

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY



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

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Editores responsáveis por essa edição:

Marcelo Dias Varella

Patrícia Perrone Campos Mello

Ardyllis Alves Soares

Jeffson Menezes de Sousa

Editores Convidados:

Mariela Morales Antoniazzi

Flávia Piovesan

Patrícia Perrone Campos Mello

ISSN 2236-1677

Revista Brasileira de Políticas Públicas Brazilian Journal of Public Policy	Brasília	v. 11	n. 2	p. 1-938	Ago	2021
--	----------	-------	------	----------	-----	------

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Brazilian Journal of Public Policy

Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

Centro Universitário de Brasília

Reitor

Getúlio Américo Moreira Lopes

Presidente do Conselho Editorial do UniCEUB

Elizabeth Regina Lopes Manzur

Diretor do ICPD

João Herculino de Souza Lopes Filho

Coordenador do Programa de Mestrado e Doutorado e Editor

Marcelo Dias Varella

Linha editorial

“A Revista Brasileira de Políticas Públicas é um periódico acadêmico da área jurídica que tem como finalidade constituir instrumento de veiculação de trabalhos científicos e doutrinários que abordem questões jurídicas da contemporaneidade e, ainda, aspectos da interação entre Direito e Políticas Públicas. Direciona, portanto, seu objeto de interesse a questões referentes a governabilidade, integração, participação cidadã, desenvolvimento e outros temas envolvendo o Estado, a Sociedade e o Direito.

Sendo assim, a proposta de linha editorial a ser seguida pela Revista Brasileira de Políticas Públicas é apresentada a partir de duas áreas fundamentais, que se subdividem:

I) Democracia, Políticas de Estado e de Governo e seus aspectos jurídicos: tendências do Direito Constitucional e do Direito Administrativo; teoria das políticas públicas; sistema de governo; sistema eleitoral e cidadania; sistema de partidos e reforma constitucional

II) Políticas Públicas de desenvolvimento econômico e social e suas interfaces com o Direito: políticas de desenvolvimento econômico e produção local/regional, desenvolvimento sustentável e meio-ambiente, desenvolvimento humano e planejamento da ação governamental”.

CONSELHO EDITORIAL

Marie-Pierre Lafranchi, Université d'Aix-en-Provence, Faculté de droit et de science politique, Provence-Alpes-Côte d'Azur, França

Frederico Augusto Barbosa, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Gilberto Bercovici, Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, Departamento de Direito Econômico-Financeiro, São Paulo/SP, Brasil

João Maurício Adeodato, Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Departamento de Teoria Geral do Direito e do Direito Privado, Recife/PE, Brasil

José Adercio Leite Sampaio, Escola Superior Dom Helder Câmara, Escola de Direito, Belo Horizonte/MG, Brasil

José Heder Benatti, Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém/PA, Brasil

EDITOR

Marcelo D. Varella, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

EDITORES ADJUNTOS

Patrícia Perrone Campos Mello, Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Brasília/DF, Brasil

Ardyllis Alves Soares, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Jéffson Menezes de Sousa, doutorando pelo Centro Universitário de Brasília, Brasília/DF, Brasil

EQUIPE TÉCNICA

Yuri Valente do Nascimento, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Aline Assunção Santos, Centro Universitário de Brasília, Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília/DF, Brasil

Com o apoio da FAP/DF. Processo: 00193.00000304/2018-58, Edital 09/2017.

Layout capa

Departamento de Comunicação / ACC UniCEUB

Diagramação

S2 Books

Disponível em:

<http://www.rbpp.uniceub.br>

Circulação

Acesso aberto e gratuito

Matérias assinadas são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Citação parcial permitida com referência à fonte.

Revista Brasileira de Políticas Públicas / Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB.
– vol. 11, n. 2 (ago. 2021) - . Brasília : UniCEUB, 2011

Quadrimestral.

ISSN 2236-1677

Disponível também on-line: www.rbpp.uniceub.br

1. Direito. 2. Políticas Públicas. I. Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB

CDU 34+338.26

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Reitor João Herculino

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	
1 Introdução	28
2 A essência do IUS Constitutionale Commune na América Latina	30
2.1 Definição do Constitucionalismo Transformador da América Latina.....	30
2.2 O Mandato Transformador da Corte IDH.....	33
3 Constitucionalismo transformador é a prática de uma comunidade	37
3.1 A Comunidade de Direitos Humanos na América Latina.....	38
3.2 A Dimensão Epistêmica.....	43
3.3 Cumprimento como uma Prática Transformadora.....	47
3.4 Constitucionalismo Transformador, Para Além do Cumprimento	50
4 Legalidade e legitimidade do constitucionalismo transformador internacional na América Latina	52
4.1 A Geração do Mandato Transformador da Corte	52
4.2 Democracia na Comunidade de Direitos Humanos da América Latina	55
4.3 Lidando com a Imprecisão Jurídica.....	59
5 Considerações finais: uma abordagem flexível, mas firme	61
Referências	63
INTERDEPENDÊNCIA E INDIVISIBILIDADE DOS DIREITOS HUMANOS: UM NOVO OLHAR PARA A PANDEMIA DE COVID-19	75
Flávia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi	
1 Introdução	76
2 Reconstrução da interdependência e indivisibilidade: as Declarações como ponto de partida pré-COVID-19	77
3 Reinterpretação da indivisibilidade e interdependência: o ius commune emergente em face do COVID-19	79
4 Standards internacionais: Nações Unidas	80
5 Standards regionais: África	82

6 Standards regionais: Europa.....	82
7 Standards regionais: América Latina.....	83
8 Renovação do discurso sobre indivisibilidade e interdependência: o potencial transformador pós-COVID-19	86
9 Condsiderações finais	88
Referências.....	89

DIREITOS HUMANOS EM TEMPOS DE EMERGÊNCIA: UMA PERSPECTIVA INTERAMERICANA COM ESPECIAL FOCO NA DEFESA DO ESTADO DE DIREITO95

Christine Binder

1 Introdução	96
2 Emergências e Estado de Direito	97
3 As “Constituições de Emergência” no Direito Internacional dos Direitos Humanos como proteção ao Estado de Direito	99
4 A Constituição de Emergência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: art. 27 CADH100	
5 A jurisprudência da Corte IDH sobre o art. 27 da CADH – garantias judiciais em defesa do Estado de Direito	102
5.1 Introdução	102
5.2 Interpretação – garantias judiciais.....	103
5.3 Garantias judiciais, tribunais independentes e Estado de Direito.....	104
6 Considerações finais	105
Referências.....	106

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

1 Introdução	110
2 Como fomentar a implementação de decisões: os kits de ferramentas dos organismos supranacionais	112
2.1 Papel dos organismos supranacionais	112
2.2 Ferramentas	114
3 Organismos supranacionais como facilitadores do diálogo	117
3.1 Os benefícios das audiências de cumprimento.....	120
4 Facilitar a implementação nos casos difíceis	122
4.1 Encaminhamento a um órgão judicial	123
4.2 Encaminhamento a um órgão político.....	124
4.3 Aumento da visibilidade e publicidade.....	125
5 Fomentar alianças – internacionais e nacionais	126
5.1 O papel de apoio das organizações internacionais.....	126

5.2 Promover o engajamento em âmbito nacional: o papel da sociedade civil e das instituições nacionais de direitos humanos	130
6 Considerações finais	134
Financiamento	135
Referências.....	135
REPENSANDO AS DERROGAÇÕES AOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS	142
Laurence R. Helfer	
1 Introdução	142
2 Uma visão geral das derrogações ao Tratado de Direitos Humanos.....	144
2.1 As razões e o design das cláusulas de derrogação	144
2.2 Derrogações aos direitos humanos na prática	145
3 Problemas com o regime de derrogações existentes	147
3.1 Desenvolvimentos dentro do sistema de derrogações: da origem de uma emergência à revisão internacional	148
3.2 Desenvolvimentos fora do sistema de derrogações.....	150
3.3 Consequências do incentivo aos estados a derogarem	153
4 Redesenhando derrogações	154
4.1 Parâmetros normativos e contrafactuais	154
4.2 Reformas.....	155
4.2.1 Incorporação	155
4.2.2 Engajamento.....	156
4.2.3 Informações.....	157
4.2.4 Prazos	158
4.2.5 Escopo.....	160
5 Conclusão.....	161
Referências	162
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	
1 Introdução	170
2 CIDH e Sistema de Alerta Precoce de Risco Democrático	171
2.1 Explicitando alguns conceitos e categorias essenciais	171
2.2 Ius Constitutionale Commune na América Latina.....	173
2.3 ICCAL, proteção à democracia e teste democrático	174
2.4 A CIDH como watchdog democrático.....	175

2.5 A CIDH como protagonista de um sistema de alerta precoce	178
2.6 Críticas dirigidas à atuação da CIDH	179
3 Matriz de Análise de Risco de Ataque Sistêmico	181
3.1 Padrão dominante de retrocesso: erosão democrática.....	181
3.2 Ataque a watchdogs democráticos.....	182
3.3 Caráter sistêmico e progressivo dos ataques	184
3.4 Propondo a matriz de análise de ataque sistêmico.....	185
3.4.1 Elementos da matriz de análise de ataque sistêmico: fases e critérios.....	185
3.4.2 Detalhamento dos critérios	187
4 Considerações finais	189
Referências.....	190

EROSÃO DEMOCRÁTICA E A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: O CASO VENEZUELANO **196**

Roberto Dias e Thomaz Fiterman Tedesco

1 Introdução	197
2 As duas formas de decaimento da democracia constitucional liberal: colapso autoritário e erosão democrática.....	199
3 As cortes regionais de direitos humanos e a erosão democrática.....	201
3.1 Corte europeia de direitos humanos	202
3.2 Corte africana de direitos humanos e dos povos	206
4 Erosão democrática na Venezuela: um panorama	208
5 A interação da corte interamericana de direitos humanos com a erosão democrática venezuelana.....	211
5.1 Casos envolvendo eleições competitivas e neutralização de oponentes	212
5.2 Casos envolvendo liberdade de expressão	214
5.3 Casos envolvendo o rule of law e captura dos árbitro	215
5.4 Discussão dos casos venezuelanos perante a corte IDH: contribuições e deficiências	217
6 Considerações finais: a corte IDH pode contribuir com a defesa da democracia no continente?.	219
Referências.....	220

PARTICIPAÇÃO POLÍTICA NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UMA COMPARAÇÃO COM O MODELO BRASILEIRO..... **226**

Júlio Grostein e Yuri Novais Magalhães

1 Introdução	227
2 Democracia no contexto do constitucionalismo latino-americano.....	229
3 A participação política no constitucionalismo latino-americano: CIDH e Constituição do Equador	231
3.1 Análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a interpretação do art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos.....	231

3.1.1 Conteúdo e alcance.....	232
3.1.2 Obrigações.....	234
3.1.3 Restrições.....	235
3.1.4 Direito à manifestação política.....	238
3.2 Os mecanismos de participação política direta na Constituição do Equador (2008).....	239
4 A timidez da participação política no constitucionalismo brasileiro em comparação com as decisões da CIDH e da Constituição do Equador.....	242
5 Considerações finais.....	244
Referências.....	245
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	
1 Introducción.....	252
2 Constitucionalismo transformador en América Latina.....	252
2.1 Concepto y características.....	253
2.2 Derechos sociales.....	257
2.2.1 Eliminación de la discriminación en materia de DESCAs.....	258
2.2.2 DESCAs no sujetos a realización progresiva.....	258
2.2.3 Obligación de dar pasos deliberados para avanzar.....	258
2.2.4 Medidas de no regresividad.....	258
2.2.5 Núcleo mínimo de sus obligaciones.....	259
3 La oportunidad de definir nuevas bases de cohesión social en Chile.....	259
4 Conclusión.....	268
Referencias.....	269
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	
1 Introducción.....	276
2 La compleja incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos al Derecho interno.....	278
3 Dos modelos distintos de jerarquía: la jurisprudencia sobre el Derecho internacional de los derechos humanos en Chile.....	282
3.1 La resistencia sistemática del Tribunal Constitucional a la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos.....	282
3.2 Los avances de la tribunales ordinarios.....	286

4 Propuestas de reconocimiento del Derecho internacional de los derechos humanos en una Nueva Constitución “transformadora”	287
4.1 Las normas del Derecho internacional de los derechos humanos que deben incorporarse al Derecho interno	288
4.2 Principios de interpretación: superando la jerarquía.....	289
4.3 El cumplimiento de las sentencias y decisiones internacionales.....	293
4.4 Acciones constitucionales y Derecho internacional de los derechos humanos.....	295
5 La distribución de competencias en el proceso de incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos	295
5.1 El papel del Poder Legislativo	296
5.2 La participación directa de la ciudadanía	297
5.3 El papel del Poder Ejecutivo	298
5.4 Las reservas	298
5.5 La denuncia	299
5.6 El control de constitucionalidad	300
5.6.1 Control preventivo	300
5.6.2 Control represivo.....	302
6 Conclusiones	304
Referencias	304

DIÁLOGO JUDICIAL NO IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO: COERÊNCIA, COESÃO E CONFORMAÇÃO CONSTITUCIONAL

Paulo Brasil Menezes

314

1 Introdução	315
2 vencendo algumas falácias argumentativas	317
2.1 O suposto Estatuto Jurídico único para a América Latina	317
2.2 A equivocada sensação de segurança com o excesso de normatizações	319
3 pressupostos dos diálogos judiciais sobre direitos humanos	320
3.1 Diálogo como atividade de cooperação judicial.....	320
3.2 Diálogo como atividade de consistência racionalista.....	322
3.3 Diálogo como atividade de concretização da dignidade humana	324
4 Funções dos diálogos judiciais sobre direitos humanos	325
4.1 A coerência do procedimento interativo	325
4.2 A coesão da judicial reasoning	327
4.3 A conformação com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos	328
5 Considerações finais	331
Referências	332

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

1 A manera de introducción: el sustrato teórico del ICCAL	339
1.1 Del constitucionalismo organicista al constitucionalismo de los derechos.....	339
1.2 El constitucionalismo más allá del Estado	341
1.3 Humanización e internacionalización	342
2 ¿De qué hablamos cuando hablamos del ICCAL?	343
2.1 Los retos y problemáticas comunes como impulso: democracia, protección de los derechos humanos	344
2.2 La estatalidad abierta como medio y fin	347
3 El material normativo disponible	347
3.1 Constituciones nacionales	347
3.2 El derecho interamericano	349
3.3 Jurisprudencia nacional.....	355
3.4 Jurisprudencia interamericana	356
4 Consideraciones conclusivas	357
Referencias.....	358

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 364

Danilo Garnica Simini e José Blanes Sala

1 Introdução	365
2 Conceitos e classificações do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos	365
3 Evolução do Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos	367
4 O debate sobre as consequências do Controle de Convencionalidade	373
5 Considerações finais	378
Referências.....	379

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

1 Introdução	385
2 A compatibilização e vinculação dos tratados internacionais de direitos humanos com o ordenamento jurídico interno.....	389

3 A interpretação dos tratados de direitos humanos no sistema interamericano.....	395
4 O poder legislativo interno como legitimado para o exercício do controle de convencionalidade	399
5 A atuação da comissão de constituição, justiça e cidadania da câmara dos deputados	401
6 Projetos de leis manifestamente inconventionais	404
6.1 Proibições e retrocessos no debate sobre gênero.....	405
6.2 Família e heteronormatividade.....	411
6.3 Expansão do encarceramento e utilização da prisão preventiva como regra	412
7 Considerações finais	416
Referências.....	417

**A PROGRESSIVA SUPERACÃO 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

1 Introdução	427
3 O constitucionalismo latino-americano e a circulação de comunicação jurídica	429
4 Acatando os precedentes interamericanos sobre o desacato	431
5 A liberdade de expressão no ordenamento doméstico na América Latina: a supressão ou reforma da regulação dos crimes de desacato	436
6 A circulação da comunicação jurídica pela América Latina e o Ius Constitutionale Commune .	443
7 O que foi acatado (e desacatado) no controle de convencionalidade brasileiro?	445
8 Considerações finais: o caminho é tão importante quanto o resultado	449
Referências.....	451

**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

1 Introdução	458
2 Reflexões sobre a liberdade de expressão	459
3 Liberdade de expressão no Sistema Interamericano de Direitos Humanos	462
4 Fake news, desinformação e a inconventionabilidade da Lei 13.834/2019.....	465
5 Considerações finais	471
Referências.....	472

**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

1 Introdução	477
2 Motivos da incidência — ou não — do direito interamericano sobre os juízes nacionais	478
3 Diálogos com a Corte IDH: as experiências das jurisdições constitucionais colombiana, mexicana e boliviana	480

3.1 Corte Constitucional da Colômbia (CCC).....	480
3.2 Suprema Corte Justicia de la Nación do México.....	483
3.3 Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia.....	484
4 Jurisdições constitucionais colombiana, mexicana e boliviana: há algo nelas a inspirar a postura institucional do STF?.....	485
4.1 Similitudes entre as jurisdições constitucionais.....	486
4.2 Diferenças significativas entre as jurisdições constitucionais.....	487
4.2.1 Comunidade de prática de direitos humanos interamericanos.....	487
4.2.2 Dispositivos constitucionais e legais de abertura ao direito internacional dos direitos humanos.....	488
4.2.3 Postura das cortes constitucionais em relação ao direito internacional dos direitos humanos.....	491
5 Considerações finais.....	492
Referências.....	493

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

1 Introdução.....	500
2 O Ius Constitutionale Commune na América Latina.....	501
2.1 Antecedentes.....	501
2.2 Definição.....	502
2.3 As estratégias do ICCAL.....	503
2.3.1 Supraestatalidade.....	503
2.3.2 Pluralismo dialógico.....	504
2.3.3 Atuação judicial.....	505
3 O ICCAL no Brasil e a atuação do STF.....	505
4 O ICCAL e os tratados internacionais na ADPF n. 132, no RE. 646.721/2017 e no RE. 878.694/2018.....	507
4.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132.....	507
4.2 Recurso extraordinário 646.721/2017.....	509
4.3 O Recurso extraordinário 878.694/2018.....	510
4.5 Há influência do STF brasileiro na Corte ou na Comissão IDH?.....	511
5 Considerações finais.....	513
Referências.....	514

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

1 Introdução.....	520
--------------------------	------------

2 Ius constitutionale commune latino-americano	521
3 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos sociais	525
3.1 Breve panorama histórico	526
3.2 O caso “Lagos del Campo vs. Peru” (2017)	529
3.2.1 Indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos	529
3.2.2 Interpretação topográfica do artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos	529
3.2.3 Carta da organização dos estados americanos	530
3.2.4 Declaração americana dos direitos e deveres do homem.....	531
3.2.5 Protocolo de San Salvador	532
4 Traços da consolidação de um ius constitutionale commune latino-americano em matéria de direitos sociais	533
4.1 Experiências constitucionais comuns da região latino-americana e o constitucionalismo transformador.....	533
4.2 Corpus Iuris latino-americano e a interpretação evolutiva	536
5 Considerações finais	538
Referências	539

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

1 Introducción	546
2 El valor y alcance de la jurisprudencia dentro del ámbito del derecho internacional clásico.....	546
2.1 La concepción de la jurisprudencia en el derecho internacional.	547
2.2 La jurisprudencia internacional como fuente del derecho o como medio auxiliar para la determinación de reglas del derecho.....	547
2.2.1 La jurisprudencia como fuente del derecho internacional.	547
2.2.2 La jurisprudencia solo como medio auxiliar para la determinación de reglas de derecho.	548
3 Las sentencias emanadas de las cortes interamericana y europea de derechos humanos.....	549
3.1 El valor de cosa interpretada de la sentencia del TEDH y el control de convencionalidad interno que deben efectuar los Estados parte de la CADH.	552
3.1.1 La cosa interpretada en la jurisprudencia del TEDH.	553
3.1.2 El control de convencionalidad interno como expresión de la jurisprudencia de la Corte IDH.	556
4 Conclusiones	561
Referencias	562

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	
1 Introdução	569
2 Diálogos e Direito Internacional	569
3 Breve histórico das cortes: contextualizando diálogo	574
4 Diálogos de uma corte em extinção? Considerações sobre o Caso Lucien Ikili Rashidi c. República Unida da Tanzânia e outros.....	579
5 Considerações finais	585
Referências	586
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	
1 Introducción.....	594
2 El ius constitutionale commune como marco del derecho humano a la identidad cultural	595
2.1 El ICCAL una nueva comprensión constitucional interamericana:	595
2.2 Un “derecho común interamericano de los derechos humanos” a partir de la concepción de un “corpus iuris” de la Corte IDH (multiplicidad de fuentes / amplitud de efectos):.....	596
3 El derecho humano a la identidad cultural: una definición	598
4 Justificación del el derecho humano a la identidad cultural desde sus fuentes.....	599
5 El derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia de la corte IDH	602
5.1 Dos hermenéuticas para un derecho:.....	602
5.2 Fundamentación desde los derechos a la vida, la propiedad y la no discriminación:	603
5.3 Fundamentación como derecho social y cultural (DESC) a la luz del 26 de la CADH:	605
5. 4 Derecho a la identidad cultural como filtro hermenéutico para la Corte IDH:.....	607
6 Estudio de casos	608
6.1 Sentencia Corte Suprema Justicia Nacional Argentina: Acción declarativa de inconstitucionalidad Asociación Lhaka Honhat contra Salta Provincia y otros solicitud y acción declarativa de certeza, 2005. .	608
6.2 Corte Suprema de Chile, sentencia que ordena cumplir en el ámbito nacional la decisión de la Corte IDH del caso “Segundo Aniceto Norín Catrimán y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) respecto de la República de Chile (2014)	610
6.3 Sentencia Supremo Tribunal Federal de Brasil “ADPF 709”:.....	612
7 Conclusiones	615
Referencias.....	617

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

1 Introdução	623
2 O impacto da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no processo interno do Povo Xukuru de Ororubá	626
3 O precedente internacional do caso Xukuru agindo na garantia de recursos para a FUNAI	628
4 As lides relativas às desintrações de não indígenas: o caso Xukuru assegurando aos indígenas o direito à propriedade coletiva	629
5 O processo administrativo demarcatório: o caso Xukuru como garantidor dos territórios tradicionais	635
6 Baliza contra os atos administrativos do Governo Federal: o caso do Povo Xukuru como barreira para retrocessos	639
7 Discussão de resultados: a sentença da Corte IDH foi eficaz?.....	640
8 Considerações finais	644
Referências.....	644

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

1 Introdução	648
2 Antecedentes da exclusão: da colonização.....	650
2.1 Direitos indígenas e as constituições brasileiras	652
2.2 A teoria do Indigenato (CIDH): como um direito originário de ocupação tradicional imemorial indígena em oposição a tese do FATO INDÍGENA (STF)	653
2.2.1 O Caso Raposa Serra do Sol e a teoria do Fato Indígena (marco temporal)	655
3 Caso povo Xukuru na Corte Interamericana de direitos humanos versus Supremo Tribunal Federal	656
4 Considerações Finais	660
Referências	661

7. GRUPOS VULNERÁVEIS E TRANSFORMAÇÃO 664

IUS CONSTITUTIONALE 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

1 Introdução	667
2 Ius Constitutionale Commune: um mandado transformador para a América Latina.....	668

3 Há um reconhecimento e incorporação dos standards protetivos aos direitos humanos dos grupos vulneráveis fixados pela Corte IDH pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal?.....	676
4 Considerações finais	682
Referências.....	683

A EFICÁCIA DA NORMA QUE OUSOU FALAR SEU NOME: OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA COMO POTÊNCIA DENSIFICADORA DO IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA687

Tiago Benício Trentini e Luiz Magno Bastos Jr

1 Introdução.....	688
2 Os Princípios de Yogyakarta: uma perspectiva plural sobre as normas internacionais de direitos humanos.....	691
3 A inafastável contribuição dos Princípios de Yogyakarta: dispositivos catalizadores para uma eficácia normativa.....	696
3.1 O Direito antidiscriminatório e as leis identitárias.....	696
3.2 A hermenêutica do oprimido e a densificação das normas internacionais	700
3.3 A produção discursiva do SIDH: os documentos técnicos	702
3.3.1 Opinião Consultiva (OC) n.º 24 de novembro de 2017	703
3.3.2 Caso Duque Vs. Colômbia.....	706
4 IACCL como cristalização cultural de experiências compartilhadas	707
4.1 A Consolidação de um corpus iuris.....	707
4.2 O processo legislativo como espaço de luta necessário	708
4.3 Remoção de institutos e instrumentos de reprodução de violência estrutural.....	709
5 Considerações finais	710
Referências.....	711

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

1 Introdução	716
2 A sexualidade entre a compulsoriedade e o direito: breves notas sobre a orientação sexual e a identidade de gênero	717
3 o potencial transformador da Corte Interamericana de direitos humanos e a formação de um Ius Constitutionale Commune na américa latina.....	722
4 Os parâmetros de proteção dos direitos LGBTI estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos	725
5 Considerações finais	732
Referências.....	733

LA VIOLENCIA INTRAFAMILIAR EN CONTEXTOS DE COVID-19: REALIDADES DEL AMPARO INSTITUCIONAL A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN EN ESCENARIOS DE EMERGÊNCIA737
Víctor Julián Moreno Mosquera, John Fernando Restrepo Tamayo e Olga Cecilia Restrepo-Yepes

1 Introducción.....	738
2 El aumento en la VIF, especialmente en las mujeres, como efecto colateral de las medidas de aislamiento preventivo por la pandemia.....	740
3 Medidas para atender la violencia intrafamiliar en contextos de pandemia: entre los decretos legislativos y las revisiones constitucionales.....	744
4 Los problemas que enfrente la protección de las víctimas de VIF en contextos de pandemia a través de la institucionalidad: entre lo real y lo reglado.....	748
4.1 Las comisarías de familia en Colombia: problemas mayores antes de la pandemia por Covid-19.....	748
4.2 Las comisarías de familia en Colombia: atención de la VIF durante la pandemia por Covid-19 e identificación de la población más vulnerable en la ciudad de Medellín y Envigado.....	750
5 Conclusiones.....	752
Referencias.....	753

O CASO VÉLEZ LOOR VS. PANAMÁ DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO PARADIGMA PARA A CONSTRUÇÃO DE PARÂMETROS MIGRATÓRIOS LATINO-AMERICANOS757
Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff e Bianca Guimarães Silva

1 Introdução.....	758
2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos como agente transformador no cenário sociopolítico do continente americano.....	759
2.1 As migrações internacionais entre reminiscências coloniais, discriminação e criminalização.....	759
2.2 O caso Vélez Loor vs. Panamá como precedente favorável aos direitos humanos dos migrantes.....	763
3 Os direitos humanos dos migrantes por meio das garantias interamericanas substanciais e procedimentais.....	768
3.1 A detenção migratória e dignidade humana: garantia à integridade física e à liberdade pessoal.....	769
3.2 A garantia do acesso à justiça por meio do devido processo legal e da ampla defesa.....	773
4 Considerações finais.....	777
Referências.....	779

DIREITOS HUMANOS E ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: O TRANSCONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO NA ADPF N° 347783
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e André Giovane de Castro

1 Introdução.....	784
2 A ADPF n° 347 e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no Brasil.....	785
3 Os desafios e as possibilidades de atuação do STF na ADPF n° 347.....	789
4 Uma técnica transconstitucional e o Ius Constitutionale Commune na América Latina.....	792
5 Considerações finais.....	796
Referências.....	797

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

1 Introdução	803
2 O trabalho escravo contemporâneo no Brasil perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos	804
3 A atualização conceitual sobre trabalho escravo e o Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde	809
4 As tentativas de revisão reducionista do conceito de trabalho escravo contemporâneo no Brasil e as barreiras jurídicas para a contenção do retrocesso	814
5 Considerações finais	819
Referências.....	820

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

1 Introdução	826
2 A tarefa urgente de construção de um <i>ius commune</i> interamericano em matéria de empresas e direitos humanos e uma abertura aos diálogos multiator	829
3 Avanços do sistema interamericano para a construção de um <i>ius commune</i> sobre empresas e direitos humanos: uma chamada aos diálogos multiator	834
4 Empresas, direitos humanos e pandemia: avançar nos diálogos multiator.....	839
5 Considerações finais	848
Referências.....	849

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

1 Introdução	857
2 O efeito <i>erga omnes</i> da jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos.....	858
3 O enfrentamento de violações de direitos humanos por empresas na Corte Interamericana.....	861
3.1 Caso <i>Kaliña e Lokono vs. Suriname</i>	862
3.2 Caso <i>Empregados da Fábrica de Fogos Santo Antônio de Jesus e familiares vs. Brasil</i>	864
3.3 Informe <i>Empresas e Direitos Humanos: estândares Interamericanos</i>	866
4 Considerações Finais	868
Referências.....	869

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	
1 Introdução	874
2 Pluralismo jurídico e democracia comunitária no processo e contexto constituinte: princípios materiais e critérios interpretativos	875
3 Desenvolvimento normativo da constituição boliviana: entre descolonização e recolonização ...	882
4 Discussões teóricas a respeito da descolonização constituição	887
5 Considerações finais	891
Referências.....	891
INTERCULTURALIDADE, PLURINACIONALIDADE E PLURALISMO NAS CONSTITUIÇÕES DO EQUADOR E DA BOLÍVIA: EXPOENTES PRINCIPIOLÓGICOS DO ESTADO PLURINACIONAL	897
Denise Tatiane Girardon dos Santos	
1 Introdução	898
2 Considerações sobre os movimentos descoloniais e o Estado Plurinacional no Equador e na Bolívia	899
3 Interculturalidade, plurinacionalidade e pluralismo nas Constituições Plurinacionais	902
4 Interculturalidade, pluralidade e pluralismo como princípios constitucionais do Estado Plurinacional.....	908
5 Considerações finais	912
Referências.....	913
IUS COMMUNE: ENTRE O PLURALISMO JURISDICCIONAL DIALÓGICO E A ADOÇÃO DE NORMAS ALTERATIVAS	917
Ana Maria D'Ávila Lopes	
1 Introdução	918
2 O ativismo da Corte Interamericana de Direitos Humanos: o problema.....	919
3 Diálogo transnacional ou normas alterativas?: a proposta.....	924
4 Considerações finais	931
Referências.....	931
NORMAS EDITORIAIS.....	935
Envio dos trabalhos:.....	937

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Editorial

Mariela Morales Antoniazzi

Flávia Piovesan

Patrícia Perrone Campos Mello

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

Mariela Morales Antoniazzi

Flávia Piovesan

Patrícia Perrone Campos Mello

O presente dossiê marca a fundação da Rede ICCAL Brasil, formada pelo Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha), bem como por universidades e juristas brasileiros e brasileiras,¹ com o propósito de empreender estudos sobre o desenvolvimento de um direito constitucional comum na América Latina, denominado *Ius Constitutionale Commune* na América Latina – ICCAL, e sobre o seu potencial transformador para os países da região.²

O ICCAL é um constitucionalismo regional, com proteção supraestatal de direitos humanos, que tem por núcleo essencial o direito interamericano e o controle de convencionalidade³, tendo por valores centrais a inclusão, o diálogo, o pluralismo e a prevalência da dignidade humana, traduzida no princípio *pro persona*. O direito interamericano se compõe pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pelos demais instrumentos, normas e declarações interamericanas e pelas interpretações e decisões produzidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Tem como ambição avançar na proteção dos direitos humanos, na consolidação da democracia e do Estado de direito na região; e reconhece a estreita relação entre direito constitucional doméstico, direito internacional e direito comparado, adotando a perspectiva multinível inspirada no valor da dignidade humana.

¹ A Rede ICCAL Brasil foi lançada no dia 02 de dezembro de 2020, em evento que contou com a participação de Mariela Morales Antoniazzi (Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Alemanha), Flávia Piovesan (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP), Melina Girardi Fachin (Universidade Federal do Paraná – UFPR), Ana Carolina Lopes Olsen (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC/PR), Patrícia Perrone Campos Mello (Centro Universitário de Brasília – CEUB), Siddharta Legale (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ), Carolina Cyrillo (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ), Eduardo Manuel Val (Universidade Federal Fluminense – UFF) e Raphael Vasconcelos (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ).

² V. Seminário de Fundação da Rede ICCAL. Disponível em: <https://ccddh.com.br/eventos/>. Acesso em 01 set. 2021; bem como: CERIONI, Clara. Advogados criam rede para fortalecer agenda dos direitos humanos na América Latina: projeto vai se aprofundar nas transformações necessárias ao Direito Público para enfrentar as violações aos DHs. **Jota**. São Paulo, 02 dez. 2012. Disponível em: <https://www.jota.info/jotinhas/rede-advogados-direitos-humanos-america-latina-02122020>. Acesso em 01 out. 2021.

³ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015; BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (org). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016; BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; SOLEYIUS Ximena. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (org). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 17-54.

O ICCAL é construído em diálogo com as experiências constitucionais dos distintos países latino-americanos e, ao mesmo tempo, busca interferir sobre seu conteúdo e alcance, por meio do *controle de convencionalidade* e da interpretação conforme as normas convencionais, conferindo significado às normas domésticas à luz de tratados de direitos humanos e de standards regionais para a sua aplicação. Trata-se de formulação acolhida pelos próprios ordenamentos constitucionais dos diferentes países da região, que, de modo geral, contemplam cláusulas de abertura a tais tratados e lhes atribuem um status especial – supralegal, constitucional ou supraconstitucional, conforme o caso.⁴ Emerge, assim, um constitucionalismo multinível, de dupla via, construído por meio de um diálogo plural entre distintas ordens e atores.⁵

O presente dossiê é uma contribuição para que se entenda “por que”, “como” e “para que” vale a pena a experiência de compreensão do constitucionalismo latino-americano sob a perspectiva do ICCAL, bem como um convite para que a academia e os operadores do direito brasileiros conheçam mais essas ideias e propostas.

Há entre os distintos países da América Latina uma grande diversidade cultural, política e econômica. Contudo, são países que têm um contexto histórico e social comum, marcado pela colonização portuguesa ou espanhola, por longos períodos de regime autoritário militar, por um esforço de transição para a democracia na década de 80 e 90, por constituições que aspiram à inclusão e à promoção da igualdade e por fatores reais de poder que resistem a tal normatividade e que possibilitam que, ainda hoje, a região seja uma das mais desiguais e excludentes do mundo.

Justamente “porque” se trata de países com um substrato histórico e social comum, que enfrentam desafios semelhantes, faz sentido que busquem apoiar-se e aprender com suas experiências recíprocas. E justamente porque a normatividade doméstica enfrenta grandes resistências de fatores reais de poder internos é coerente que se busque reforçá-la por meio de um direito supranacional. Tal mecanismo permite que os direitos humanos recebam uma dupla proteção: constitucional e convencional, que dialoga entre si.⁶

O “como” se expressa por meio dos instrumentos de diálogo. O *corpus juris* interamericano é construído por meio da interação entre normas de diversos níveis. Com base no direito internacional, no direito comparado, nos distintos direitos constitucionais, constroem-se standards mínimos de interpretação e de proteção de direitos que devem ser observados pelos países da região. Esses standards se expressam por meio das interpretações e decisões proferidas pela Comissão e pela Corte IDH, como já mencionado. Ao mesmo tempo, espera-se que sejam aplicados pelos juízes nacionais e todos agentes públicos, aos quais também compete o exercício do controle de convencionalidade, em caráter difuso.⁷ Tais standards são, ainda, produto da provocação e atuação de múltiplos atores e de litígios estratégicos patrocinados pela sociedade civil organizada, que procuram novas instâncias quando não logram ver seus direitos contemplados em âmbito interno.⁸

⁴ MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. O estado aberto: objetivo do *Ius Constitutionale Commune* em Direitos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Marco conceptual*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1; FACHIN, Melina Girardi. Guia de proteção dos direitos humanos: sistemas internacionais e sistema constitucional. 1. ed. Curitiba: Intersaberes, 2019.

⁵ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: O Impacto do Sistema Interamericano. *Revista dos Tribunais*, p. 9-10. Disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document#1/>. Acesso em: 22 set. 2021; FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, p. 66, 2020; LEGALE, Siddharta. *Curso de teoria constitucional interamericana*. Rio de Janeiro: NIDH - UFRJ, 2021.

⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. Constitucionalismo, transformação 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. 253-284, 2019; LEGALE, Siddharta; VAL, Eduardo Manuel; VASCONCELLOS, Raphael Carvalho de; GUERRA, Sidney (org.). *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica*. Curitiba: Instituto Memória, 2019.

⁷ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune latino-americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

⁸ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e Legitimidade de um processo jurisprudencial extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 232-251, ago. 2009, p. 238-240; PIOVESAN,

E “para que” se busca desenvolver o ICCAL? Para efetivar as promessas constitucionais e, portanto, para avançar na consolidação dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito na região.⁹ Não há obviamente uma “receita” pronta para alcançar tais objetivos, mas é possível buscar uma transformação gradual, por meio da interlocução entre cortes e normas de diversos níveis, que constituem, todas, diferentes espaços de luta jurídica e, também, política. Nessa medida, cada país e suas respectivas forças transformadoras podem se apoiar e respaldar reciprocamente, exercer pressão sobre aqueles que se encontram em condições institucionais de maior vulnerabilidade e compor uma rede que permita avançar na direção de tais objetivos.¹⁰

A concepção e os estudos em torno de um *Ius Constitutionale* na América Latina possibilitam o debate e a reflexão sobre tais standards, o intercâmbio de conhecimentos e experiências, uma maior autocompreensão a partir da comparação com outros. Não há como consolidar conquistas quando elas não encontram respaldo na própria sociedade e nos grupos sobre os quais incidem. Mas são esses grupos justamente os que acionam as instâncias nacionais e internacionais e que igualmente as convertem em espaços de emancipação e de transformação. Convidamos, assim, os/as leitores/as a conhecerem tais ideias, e as cortes a considerá-las em suas decisões, com a esperança de contribuir ao fortalecimento da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos – tríade dos valores que impulsionam a vocação transformadora do *Ius Constitutionale* na América Latina.

Mariela Morales Antoniazzi
Flávia Piovesan
Patrícia Perrone Campos Mello

Flávia; LEGALE, Siddharta. **Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, *e-book*; MAIA, Marielle; LIMA, Rodrigo Assis. O ativismo de direitos humanos brasileiro nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1970-2015), **Revista Direito e Práxis**, v. 8, n. 2, 2017, p. 1419-1454.

⁹ MORALES-ANTONIAZZI, Mariela. **La protección supranacional de la democracia: un estudio sobre el acervo del *Ius Constitutionale Commune***. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

¹⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. O STF em rede? Quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões? **Revista de Direito Internacional**, v. 17, n. 1, p. 93-125.

I. PARTE GERAL

**1. CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA
AMÉRICA LATINA, MARCO TEÓRICO**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Constitucionalismo transformador internacional na América Latina
International transformative constitutionalism in Latin America

Armin von Bogdandy

René Urueña

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

Constitucionalismo transformador internacional na América Latina*

International transformative constitutionalism in Latin America

Armin von Bogdandy**

René Uruña***

Resumo

Este Artigo analisa a ascensão do constitucionalismo transformador internacional na América Latina e responde a alguns dos desafios à sua legitimidade e eficácia. Centra-se na prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), as decisões e procedimentos que constituem uma parte pequena, mas vibrante e essencial, de uma ampla comunidade latino-americana de direitos humanos — um grupo diversificado de atores que enfrenta a violência, a exclusão social, e instituições fracas por meio de meios legais.

Palavras-chave: direitos humanos - constitucionalismo transformador – corte interamericana de direitos humanos (Corte IDH).

Abstract

This Article analyzes the rise of international transformative constitutionalism in Latin America and responds to some of the challenges to its legitimacy and effectiveness. It focuses on the practice of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR), the decisions and procedures of which constitute a small, but vibrant and essential, part of a wider Latin American community of human rights—a diverse group of actors who confront violence, social exclusion, and weak institutions through legal means.

Keywords: human rights - transformative constitutionalism - Inter-American Court of Human Rights (IACtHR).

1 Introdução

Em 18 de Julho de 1978, a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor. Quatro décadas mais tarde, argumentamos, o sistema de direitos humanos que ela criou tornou-se a “pedra fundamental” de um fenômeno que nós rotulamos como constitucionalismo transformador na América Latina. Este Artigo explora o funcionamento do constitucionalismo transformador como resposta aos problemas estruturais da América Latina — especialmente a violência, exclusão, e instituições fracas — e res-

* Artigo convidado

O Artigo é fruto de um Projeto Tandem, estabelecido em 2017 entre a Faculdade de Direito da Universidad de los Andes e o Instituto Max Planck. Agradecemos pelo suporte financeiro pelo Programa de Leibniz da Deutsche Forschungsgemeinschaft e pela Vice-Presidência de Pesquisa, Universidad de Los Andes (Colômbia). Estamos gratos a Dienstagsrunde pela crítica, e a Volker Daiber e Theodor Shulman pela sua assistência editorial. Estamos muito gratos aos colegas com quem temos desenvolvido a abordagem do direito comum na América Latina (ICCAL) até agora, em especial Eduardo Ferrer MacGregor, Manuel Góngora Mera, Flávia Piovesan, e Mariela Morales Antoniazzi.

Tradução Livre do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos – NESIDH, coordenado por Melina Fachin

** Diretor do Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e de Direito Internacional, Heidelberg, Alemanha, professor de direito público na Universidade Goethe, em Frankfurt/Main. E-mail: sekreavb@mpil.de.

*** Professor Associado e Diretor de Pesquisa, Universidad de los Andes, Faculdade de Direito (Colômbia). E-mail: rf.uruena21@uniandes.edu.co.

ponde a alguns dos desafios quanto à sua legitimidade e eficácia. Para isso, focamos a prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e oferecemos uma leitura de suas decisões e procedimentos como constituindo uma parte pequena, mas vibrante e essencial, da maior comunidade latino-americana de direitos humanos.

O constitucionalismo transformador internacional na América Latina é muitas coisas. É certamente contestado. Considerando-se, por exemplo, a carta pública que os presidentes da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai (um grupo de países que representa cerca de 70 por cento da população da região e 80 por cento do seu produto interno bruto) enviaram à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em abril de 2019, enquanto esta reconhece a importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sugere, fortemente, entre outras coisas, que as instituições regionais devem mostrar maior respeito pelo Princípio da Subsidiariedade, aplicar métodos mais restritos de interpretação, e operar com o “devido conhecimento e consideração das realidades políticas, econômicas e sociais dos Estados pelos órgãos do . . . Sistema.”¹ Em resposta a essa missiva, mais de duzentas organizações não governamentais (ONGs) imediatamente se mobilizaram contra o que viram como um “retrocesso para o bom funcionamento” do sistema.²

A carta dos presidentes revela, sem dúvida, a preocupação politicamente motivada dos governos, que são, muitas vezes, criticados pelas instituições interamericanas pelas suas práticas de direitos humanos. Mas os argumentos da carta, também, refletem uma maior desconfiança na região daquilo que os críticos consideram uma expansão ilegítima dos poderes do Sistema Interamericano, nomeadamente em face de uma aparente falta de base jurídica para tal expansão. É neste debate que este artigo intervém. Ele interpreta a prática da Corte IDH como expressão do *ius constitutionale commune*, descreve a prática dos direitos humanos da comunidade latino-americana como o principal mecanismo para permitir que esse fenômeno surja na região, e responde às críticas quanto à sua legitimidade e legalidade.

Para fazer isso, exploramos, na Parte I do artigo, primeiramente o conceito de *ius constitutionale commune* e argumentamos que este surge de uma confluência distintiva de desenvolvimentos legais internos e internacionais. Em seguida, apresenta-se um resumo da doutrina de controle da convencionalidade como a ferramenta chave para incorporar a jurisprudência da Corte a nível nacional. Na Parte II, descrevemos a operação do *ius constitutionale commune* na América Latina, apresentando-a como a prática de um grupo diversificado de atores que compõem a comunidade latino-americana de direitos humanos. Posteriormente, mostramos como aquela comunidade cria conhecimento relevante e emoldura a percepção das questões sociais. Em seguida, abordamos uma objeção essencial à atribuição de uma função significativa da Corte IDH no constitucionalismo transformador: as suas ordens têm graves problemas de cumprimento. Nós defendemos, no entanto, que o efeito transformador da Corte se torna evidente quando o prisma é expandido para considerar o maior impacto social desta.

O *ius constitutionale commune* não poderia funcionar se a sua advocacia criativa não pudesse se apresentar como legal e legítima. Na parte III, consideramos os argumentos que apoiam essa fundação. Nesta, analisamos as críticas pertinentes do *ius constitutionale commune*, formuladas por estudiosos, profissionais, e os governos da região. Reconhecemos que muitas dessas críticas decorrem de preocupações razoáveis. Reconstruímos o mandato da Corte em função do alegado caráter *ultra vires* de algumas das decisões desta,

¹ Consulte a República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay [República da Argentina, República Federativa do Brasil, República do Chile, República da Colômbia e República do Paraguai], Declaración sobre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos [Declaração sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos] (2019), disponível em <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>. Sobre a reação contra a corte interamericana, consulte Ximena Soley & Silvia Steininger, Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights, 14 INT'L J. L. CONTEXT 237 (2018).

² Consulte o Centro para Justiça e Direito Internacional, Attacks on the Interamerican Human Rights System Violate the Regional Protection of Human Rights (3 de maio de 2019), em <https://www.cejil.org/en/attacks-interamerican-human-rights-system-violate-regional-protection-human-rights>.

respondemos à sua suposta democracia deficitária, e identificaram-se os fatores que guiam, estruturam, e, em última instância, limitam a jurisprudência da Corte.

Na Parte IV, concluímos o artigo com um balanço do estado atual do constitucionalismo transformador na América Latina, oferecendo algumas reflexões preliminares sobre como o fenômeno pode evoluir no futuro.

2 A essência do IUS Constitutionale Commune na América Latina

A jurisprudência da Corte IDH reflete um modo específico de entender a função dos direitos humanos na sociedade, ao qual nos referimos neste artigo como o *ius constitutionale commune*. Nesta seção, nós identificamos as suas premissas e suas implicações institucionais pela introdução, primeiramente, da noção do constitucionalismo transformador quando emergiu no direito nacional, e, em seguida, sugerindo como ele pode ser implantado de forma útil para descrever a abordagem interamericana à interpretação jurídica.

2.1 Definição do Constitucionalismo Transformador da América Latina

O constitucionalismo transformador descreve a prática da interpretação e aplicação de normas constitucionais de forma que promova uma profunda mudança social. Na sua versão em língua inglesa, a noção foi inicialmente proposta pelo estudioso americano Karl Klare no contexto da adjudicação constitucional da África do Sul no final da década de 1990.³ Klare argumenta que o constitucionalismo transformativo é parte do “direito pós-liberal”, está empenhado em dar à sua concepção uma perspectiva de Estudos Legais Críticos. Após acompanhar o estudioso sul-africano Theunis Roux, no entanto, acreditamos que a abordagem transformadora à interpretação pode ser conciliada ao constitucionalismo liberal.⁴ De fato, de modo concomitante e semelhante à África do Sul, muitos juizes, ativistas e acadêmicos latino-americanos passaram a utilizar técnicas de orientação política de interpretação jurídica com base na corrente dominante liberal (como o Princípio da Proporcionalidade), a fim de transformar as realidades políticas e de distribuição na região, uma abordagem frequentemente rotulada como “neoconstitucionalismo.”⁵

Entendemos constitucionalismo transformador como uma abordagem à interpretação jurídica que considera a efetiva transformação das estruturas profundamente arraigadas para uma sociedade mais igualitária ou sociedade democrática, um dos objetivos primordiais da prática interpretativa. O fenômeno tem especial relevância para a América Latina, que sofre, particularmente, com a violência, exclusão, e instituições fracas. A América Latina representa cerca de 8% da população mundial, mas 33% de seus homicídios em 2018.

³ Karl E. Klare, *Legal Culture and Transformative Constitutionalism*, 14 S. AFR. J. HUM. RTS. 146 (1998). “Por constitucionalismo transformador”, afirma Klare, “Eu quero dizer um projeto de longo prazo da promulgação constitucional, interpretação e aplicação comprometida (não isoladamente, evidentemente, mas em um contexto histórico favorável de evolução política propícia) para transformar as instituições políticas e sociais de um país e empoderar relacionamentos de uma forma democrática, participativa, e igualitária. Constitucionalismo transformador conota uma empresa que induz mudanças sociais em larga escala através de processos políticos não violentos, fundamentadas na lei.” Id. em 150.

⁴ Consulte Theunis Roux, *A Brief Response to Professor Baxi*, in *TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM: COMPARING THE APEX COURTS OF BRAZIL, INDIA AND SOUTH AFRICA* 40, 50, (Oscar Vilhena, Upendra Baxi & Frans Viljoen eds., 2013). Para Francois Venter, por contraste, a noção de transformação na África do Sul tornou-se “flexível, e ideologicamente comprometida.” Consulte Francois Venter, *The Limits of Transformation in South Africa’s Constitutional Democracy*, 34 S. AFR. J. HUM. RTS. 143, 165 (2018).

⁵ Consulte, em geral, Paolo Comanducci, *Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico [Formas de (Neo)constitucionalismo: A Meta-theoretical Analysis]*, in *NEOCONSTITUCIONALISMO(S) [NEOCONSTITUTIONALISM(S)]* 75 (Miguel Carbonell ed., 2003). Roberto Gargarella, Piazzolla, Dworkin, y el Neoconstitucionalismo [Piazzolla, Dworkin e Neoconstitucionalismo], *BLOG: SEMINARIO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA [TEORIA CONSTITUCIONAL EORY AND POLITICAL PHILOSOPHY SEMINAR BLOG]* (25 Ago, 2011), em <http://seminariogargarella.blogspot.com/2011/08/piazzolla-dworkin-y-el.html>.

Quatro países da região (Brasil, Colômbia, México e Venezuela) foram responsáveis, em 2018, por quase 25% de todos os assassinatos no mundo.⁶ A prática jurídica da Corte IDH, argumentamos na próxima seção, reflete algumas das características do constitucionalismo transformador em sua resposta a essas condições.

A América Latina não apresenta o único caso do constitucionalismo transformador.⁷ A Suprema Corte Indiana⁸ e a Corte Constitucional da África do Sul,⁹ por exemplo, desenvolveram uma jurisprudência distinta para resolver problemas estruturais, em especial os padrões de profunda injustiça.¹⁰ Para classificar o constitucionalismo transformador em termos mais teóricos, a noção do “direito responsivo” que Nonet e Selznick introduziram ao final da década de 70 é útil.¹¹ Em seu trabalho inovador, os autores identificam diferentes formas de ordenação jurídica. A primeira é o “direito repressivo”, em que o objetivo final do sistema jurídico é ordem, a argumentação jurídica é *ad hoc*, ágil, e particularista, a coerção é estendida e fracamente reprimida, e a lei é geralmente subordinada ao poder político. A segunda é o “direito autônomo”, no qual o objetivo do sistema jurídico é de legitimação, a fundamentação legal adere, estritamente, à autoridade legal (mas é suscetível ao formalismo excessivo), a coerção é controlada por restrições legais, e a lei não está, em geral, de acordo com o capricho da política.¹²

Esses dois arquétipos pintam um retrato exato do contexto no qual o constitucionalismo transformador surgiu na América Latina. Por um lado, muitos estudiosos e ativistas consideram a lei como uma continuação da política de repressão que caracteriza grande parte da região. A partir dessa perspectiva, o constitucionalismo não poderia funcionar como uma plataforma viável para a mudança social, deixando, portanto, para a política eleitoral, mobilização social, ou mesmo a revolução armada. Por outro lado, o arquétipo de direito autônomo reflete a vertente do pensamento jurídico formalista que caracterizou o constitucionalismo na região, que se concentrou em formas jurídicas e fez “vista grossa” para os seus efeitos reais na vida real.

Embora o direito autônomo seja uma grande melhoria sobre o arquétipo repressivo, Nonet e Selznick argumentam que ele, geralmente, ignora impactos distributivos. Portanto, eles sugerem um terceiro arquétipo: um “direito responsivo”, em que o sistema jurídico, partindo da premissa de um direito autônomo, responde à necessidade social e aspirações. Atores legais, nesse arquétipo, testam “estratégias alternativas para a execução de mandatos e reconstrução destes mandatos à luz do que é aprendido.”¹³ Tal processo implica uma redistribuição de recursos dentro da sociedade — uma redistribuição que “transforma” estruturas sociais. Assim, o que Nonet e Selznick chamam de “direito responsivo” reforça uma abordagem transformadora do sistema jurídico que considera a lei como separada da política, mas ainda está preocupada com os seus efeitos na sociedade.

O que descrevemos como “constitucionalismo transformador”, portanto, é uma abordagem para textos

⁶ Robert Muggah & Katherine Aguirre Tobón, Segurança do Cidadão na América Latina: Facts and Figures, IGARAPÉ INST, 2, 5 (2018), em <https://igarape.org.br/en/citizen-security-in-latin-america-facts-and-figures>. Além disso, é uma das regiões mais desiguais do mundo. Alicia Bárcena & Winnie Byanyima, Latin America Is the World's Most Unequal Region. Here's How to Fix It, ECON. COMM'N LATIN AM. & THE CARIBBEAN (2016), em <https://www.cepal.org/en/articulos/2016-america-latina-caribe-es-la-region-mas-desigual-mundo-como-solucionarlo>.

⁷ Consulte, em geral, Michaela Hailbronner, Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South, 65 AM. J. COMP. L. 527 (2017).

⁸ Vijayashri Sripathi, Constitutionalism in India and South Africa: A Comparative Study from a Human Rights Perspective, 16 TULANE J. INT'L COMP. L. 49, 92–103 (2007).

⁹ Theunis Roux, Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction Without a Difference, 20 STELLENBOSCH L. REV. 258 (2009).

¹⁰ Para o fenômeno global, consulte Constitutionalism Of The Global South. The Activist Tribunals Of India, South Africa, And Colombia (Daniel Bonilla Maldonado ed., 2013)

¹¹ PHILIPPE NONET & PHILIP SELZNICK, LAW AND SOCIETY IN TRANSITION: TOWARD RESPONSIVE LAW (1978). Fazendo a ligação explícita de como o direito responsivo de Selznick inspirou alguns dos primeiros pensamentos sobre o novo constitucionalismo na América Latina na década de 1990, consulte Manuel José Cepeda Espinosa, Responsive Constitutionalism

¹² NONET & SELZNICK, supra nota 11, em 16.

¹³ Id. at 109.

constitucionais, um conjunto de premissas empíricas, ferramentas argumentativas, e metas normativas que se juntam em torno da noção de que a interpretação jurídica deve empenhar-se no sentido de ser responsiva aos problemas da sociedade. Tal abordagem pode ter modos críticos e pragmáticos. Em seu modo crítico, o constitucionalismo transformador aponta as consequências distributivas das questões puramente formais ou técnicas da jurisdição constitucional. No seu modo pragmático, o constitucionalismo transformador interpreta textos jurídicos com o objetivo específico de concretizar objetivos constitucionais, que muitas vezes implica mudar ou transformar as estruturas existentes.¹⁴

Definindo constitucionalismo transformador como uma abordagem à interpretação jurídica, reduzem-se os tipos de perguntas que podem ser estudadas por meio de seu prisma. Em particular, as questões de saber se as transformações sociais pretendidas são plenamente realizadas não é central para o nosso inquérito: constitucionalismo transformador “funciona” logo que tribunais ou outros intervenientes implantam sua postura interpretativa particular. O fato de que uma decisão informada por uma abordagem transformadora não “transforma” a sociedade profundamente, em curto ou em médio prazo, não torna tal decisão menos exemplar do constitucionalismo transformador.

Como um exemplo, consideramos a decisão ambiciosa de 2005 da Corte Constitucional Colombiana que visava proteger os direitos das pessoas deslocadas internamente (PDI) no país.¹⁵ No momento da decisão, a Colômbia tinha mais de 3,5 milhões de PDIs — a maior do mundo. As inúmeras políticas do governo sobre PDIs não tinham trazido resultados concretos, devido a falhas de aplicação sistemática e alocação insuficiente de recursos.¹⁶ Diante dessa situação, a Corte Constitucional da Colômbia emitiu uma decisão sem precedentes, em que se procurou inverter a inércia das burocracias dormentes, e deu ordens que procuravam incentivar à construção de capacidades institucionais, coordenar diferentes agências responsáveis pela luta contra o desafio humanitário, e criar indicadores confiáveis para monitorar a implementação da política. A decisão foi notável em sua ambição, e é refletiva de uma mentalidade de constitucionalismo transformador na medida em que um dos seus objetivos orientadores foi de transcender o formalismo de categorias jurídicas e transformar a situação real da população deslocada — uma abordagem encapsulada na tentativa da Corte medir o “gozo efetivo dos direitos”.¹⁷ A decisão da Corte Constitucional conseguiu catalisar uma frente coordenada para enfrentar a crise de PDIs na Colômbia, incluindo um esforço conjunto com organizações de sociedade civil, e muitas políticas que, sem dúvida, deixaram os PDIs em melhor situação foram adotadas. No entanto, até o momento, os efeitos da decisão foram limitados, porque os direitos dessas pessoas continuam sendo violados: PDIs continuam sendo um dos grupos mais vulneráveis entre os colombianos.¹⁸ Essa situação, que nós apresentamos, não compromete o caráter “transformador” da decisão, no entanto, porque ela abordou o texto constitucional com o objetivo de ter um impacto sobre a realidade em longo prazo.

Nesse sentido, o constitucionalismo transformador consiste na interpretação jurídica, e não em efeitos de política pública. Para ter certeza, uma interpretação transformadora dos textos legais, muitas vezes, implica uma avaliação de como alcançar os resultados desejados. Se esse cálculo, no entanto, falhar e, se o resultado não for alcançado, ou se a sociedade alcançar o resultado por meio de meios não conectados a

¹⁴ Karin van Marle, *Transformative Constitutionalism as/and Critique*, 20 *STELLENBOSCH L. REV.* 286 (2009). ¹⁵ Corte Constitucional, Sentença T-025 de 2004 (por Manuel José Cepeda Espinosa), Abr. 27, 2004 (Colom.) Consulte em geral CÉSAR AUGUSTO RODRÍGUEZ GARAVITO & DIANA RODRÍGUEZ FRANCO, *MÁS ALLÁ DEL DESPLAZAMIENTO: POLÍTICAS, DERECHOS Y SUPERACIÓN DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA [ALÉM DO DO DESLOCAMENTO: POLÍTICA, DIREITOS, E SUPERANDO O DESLOCAMENTO FORÇADO NA COLÔMBIA]* (2010).

¹⁵ *ANN. REV. L. SOC. SCI.* 21 (2019).

¹⁶ *Id.* at 44–47.

¹⁷ Consulte René Uruena, *Internally Displaced Population in Colombia: A Case Study on the Domestic Aspects of Indicators as Technologies of Global Governance*, em *GOVERNANCE BY INDICATORS: GLOBAL POWER THROUGH QUANTIFICATION AND RANKINGS* 249 (Kevin Davis, Angelina Fisher, Benedict Kingsbury & Sally Engle Merry eds., 2012).

¹⁸ Mauricio Andrés Mendoza Piñeros, *El desplazamiento forzado en Colombia y la intervención del estado [Deslocamento Forçado na Colômbia e a Intervenção do Estado]*, 14 *REV. ECON. INST.* (2012).

uma determinada decisão judicial, a interpretação permaneceria “transformadora”, independentemente de seus impactos.

Por que usar esse conceito do constitucionalismo para o regime interamericano de direitos humanos? Primeiramente, porque o conceito reconhecidamente praticado de “constitucionalismo” é útil para explicar a conexão próxima entre o regime interamericano e o direito constitucional interno: o impulso transformador das interpretações pela Corte IDH é disparado e apoiado por características específicas das constituições nacionais.¹⁹ Em segundo lugar, porque a interpretação que a Corte faz da Convenção Americana reflete a abordagem particular do que é chamado de “constitucionalismo transformador” como um de seus objetivos interpretativos é transformar realidades na região — em particular, para tratar de estruturas de violência, exclusão, e instituições fracas. Finalmente, porque a Corte funciona como um tribunal constitucional interno, não menos porque ele declarou que estatutos parlamentares contrários à convenção são nulos, um poder normalmente reservado à jurisdição constitucional. Salientamos que não vemos o constitucionalismo transformador na América Latina como a iteração do constitucionalismo global ou internacional.²⁰ Com efeito, usamos diferentes quadros analíticos para o desenvolvimento geral do direito internacional institucional.²¹

2.2 O Mandato Transformador da Corte IDH

A interpretação transformadora dos tratados pela Corte Interamericana repousa sobre uma interação dinâmica com o mandato transformador das constituições nacionais. Para entender essa relação crucial, é necessário considerar a história da região. Na década de 1960, quando a Convenção Americana foi debatida, a maioria dos países latino-americanos estavam sob governos autoritários ou repressivos. Os anos 70 foram uma época bastante sombria. Somente a partir da década de 1980, os países da região fizeram uma lenta transição rumo à democracia, buscando garantir um *¡Nunca Más!*²² de maciças violações de direitos humanos em suas sociedades. Para fazer isso, eles consolidaram um amplo consenso social, adotando novos textos constitucionais: Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Paraguai em 1992, Peru, em 1993, Equador, em 1998 e 2008, Venezuela em 1999, e Bolívia em 2009.²³ De igual modo, outros países reformaram suas constituições, tais como a Argentina em 1994 e México em 2011. O ponto fora da curva é o Chile, onde a Constituição promulgada no contexto do regime de Pinochet em 1980 ainda está em vigor, não obstante algumas emendas importantes e de um processo de mudança constitucional, que começou em 2019.²⁴ Essas

¹⁹ PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO, DIÁLOGO JUDICIAL Y CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL: EL CASO INTERAMERICANO [DIÁLOGO JUDICIAL E CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL: O CASO INTER-AMERICANO (2015) (ebook).

²⁰ No constitucionalismo global, consulte em geral Anne Peters, *Constitutionalization*, in CONCEPTS FOR INTERNATIONAL LAW – CONTRIBUTIONS TO DISCIPLINARY THOUGHT 141 (Sahib Singh & Jean d’Aspremont eds., 2019); Anne Peters, *Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures*, 19 LEIDEN J. INT’L L. 579 (2006). Antje Wiener, Anthony F. Lang Jr., James Tully, Miguel Poiars Maduro & Mattias Kumm, *Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law*, 1 GLOB. CONST. 1 (2012).

²¹ Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann & Ingo Venzke, *From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority*, 28 EUR. J. INT’L L. 115 (2017); René Uruena, *Global Administrative Law and the Global South*, in RESEARCH HANDBOOK ON GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW 392 (Sabino Cassese ed., 2016). René Uruena, *Espesismos constitucionales: La promesa incumplida del constitucionalismo global [Miragens Constitucionais: A Promessa Não Cumprida do Constitucionalismo Global]*, 24 REV. DERECHO PÚBLICO UNIV. LOS ANDES (2010).

²² COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS, NUNCA MÁS [COMISSÃO NACIONAL DO DESAPARECIMENTO DE PESSOAS, NUNCA MAIS] (1984).

²³ Consulte em geral MARIELA MORALES ANTONIAZZI, *PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LA DEMOCRACIA EN SURAMÉRICA. [SUPRANATIONAL PROTECTION OF DEMOCRACY IN SOUTH AMERICA] UN ESTUDIO SOBRE EL ACERVO DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE [Um Estudo sobre o Acervo do Direito Comum Constitucional]* (2014).

²⁴ República de Chile, *Constituciones Políticas de la República de Chile 1810-2015 [Constituições Políticas da República do Chile 1810–2015]* (Diario Oficial de la República de Chile [Diário Oficial da República do Chile]), em 448–514 (2015). Em Novembro de 2019, deputados e outros líderes políticos do Chile chegaram a um “Acordo de Paz Social e de uma Nova Constituição,” em que os chilenos iriam votar em um referendo para estabelecer uma assembléia para substituir a Constituição de 1980. Para uma descrição

transformações constitucionais têm em comum que elas adotaram uma abordagem transformadora à lei. As novas constituições foram projetadas, especificamente, para superar, nos termos de Nonet e Selznick, um legado sombrio de leis repressivas. Ao mesmo tempo, porém, elas, também, procuraram ir além da premissa de direito autônomo e seu risco de extremo formalismo.²⁵ A maioria das Constituições da região apresentou um projeto de lei generosa de direitos fundamentais, incluindo os direitos socioeconômicos,²⁶ bem como as cláusulas destinadas a melhorar a participação democrática, seja pela participação direta ou melhor representação.²⁷ Tudo isto construído em uma profunda mudança que reflete a emergência de um arquétipo responsivo, um que visualizava a lei não como o produto de uma elite interessada em impedir a mudança social (uma visão amplamente realizada pelos progressivos na região nas décadas de 1960 e 1970²⁸), mas como um instrumento crucial para a transformação social. Em uma grande acusação do formalismo jurídico, que dominou a região na época, as forças relacionadas a essas mudanças constitucionais procuraram proteger os direitos na vida real e garantir a verdadeira participação nos processos democráticos de tomadas de decisão emergentes.²⁹

Tal abordagem transformadora teria permanecido uma questão de direito constitucional interno, não relacionado ao julgamento internacional, não fosse o fato de que essas novas constituições também “abriram” o direito interno ao direito internacional; em particular, o de direitos humanos, por meio da incorporação de cláusulas de direito internacional em sistemas jurídicos nacionais. Embora haja variações significativas entre essas cláusulas, com o Chile, sendo o menos aberto, o resultado geral foi uma profunda integração nacional e internacional dos direitos humanos, de modo a permitir que a Convenção Americana e as suas

geral do Acordo e suas principais implicações legais, consulte Fernando Muñoz, Pablo Contreras e Domingo Lovera, *Definiendo las reglas para lo constituyente* [Definindo as regras para o constituinte] LA TERCERA (Nov. 15, 2019), em <https://www.latercera.com/opinion/noticia/definiendo-las-reglas-lo-constituyente/902502>. Para uma defesa do processo constitucional, consulte FERNANDO ATRIA, CONSTANZA SALGADO & JAVIER WILENMANN, *EL PROCESO CONSTITUYENTE EN 138 PREGUNTAS Y RESPUESTAS* [O PROCESSO CONSTITUINTE EM 138 PERGUNTAS E RESPOSTAS] (2020).

²⁵ Cepeda Espinosa, *supra* nota 11, 24-28.

²⁶ CÉSAR A. RODRÍGUEZ GARAVITO E DIANA RODRÍGUEZ-FRANCO, *PRIVACIÓN RADICAL EM JULGAMENTO: THE IMPACT OF JUDICIAL ACTIVISM ON SOCIOECONOMIC RIGHTS IN THE GLOBAL SOUTH* (2015).

²⁷ Estudos específicos de países sobre a emenda constitucional rumo ao aprimoramento democrático na década de 1990 na região inclui: Na Venezuela: Edward Jonathan Ceballos Méndez, *Participación Ciudadana en el marco de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y los Consejos Comunales* [Participação do Cidadão no Âmbito da Constituição da República Bolivariana da Venezuela e os Conselhos Comuns], 21 *PROVINCIA* 43, 43–60 (2009). Também: Luis Salamanca, *La Constitución Venezolana de 1999: De la representación a la hiper-participación ciudadana* [A Constituição Venezuelana de 1999: Da Representação à Super Participação do Cidadão], 82 *REV. DERECHO PÚBLICO* 85, 85–105 (2000). Chile, Colômbia e Guatemala: MARÍA ANTONIETA HUERTA MALBRÁN ET AL., *DESCENTRALIZACIÓN, MUNICIPIO Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA: CHILE, COLOMBIA Y GUATEMALA* [DECENTRALIZAÇÃO, MUNICIPALIDADE, E PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO: CHILE, COLÔMBIA, E GUATEMALA] (2000). NO PERÚ: VÍCTOR CUESTA LÓPEZ, JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR & JUAN RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *PARTICIPACIÓN DIRECTA E INICIATIVA LEGISLATIVA DEL CIUDADANO EN DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL* [PARTICIPAÇÃO DIRETA E INICIATIVA LEGISLATIVA DO CIDADÃO EM UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL] (Tese de Doutorado, Univ. Las Palmas de Gran Canaria, 2007). *DEMOCRACIA Y CIUDADANÍA: PROBLEMAS, PROMESAS Y EXPERIENCIAS EN LA REGIÓN ANDINA* [DEMOCRACIA E CIDADANIA: PROBLEMAS, PROMESSAS E EXPERIÊNCIAS NA REGIÃO ANDINA] (Martha Lucía Márquez Restrepo, Eduardo Pastrana Buelvas & Guillermo Hoyos Vásquez eds., 2009). Equador e Argentina: Yanina Welp, *La participación ciudadana en la encrucijada. Los mecanismos de democracia directa en Ecuador, Perú y Argentina* [Participação Cidadã na Encruzilhada. Os mecanismos de Democracia Direta no Equador, Peru, Argentina, 31] *ÍCONOS REV. CIENC. SOC. FLACSO-ECUADOR* 117, 117–30 (2008).

²⁸ Para um texto seminal consulte EDUARDO NOVOA MONREAL, *EL DERECHO COMO OBSTÁCULO AL CAMBIO SOCIAL* [A LEI COMO UM OBSTÁCULO PARA A MUDANÇA SOCIAL] (1975).

²⁹ Rodrigo Uprimny, *The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges*, 89 *TEX. LAW REV.* 1587 (2011). Muitos dos advogados por trás destas mudanças foram treinados nos Estados Unidos. Para o pano de fundo de muitos daqueles que atuam na Argentina, Brasil, Chile e México, consulte YVES DEZALAY & BRYANT G. GARTH, *THE INTERNATIONALIZATION OF PALACE WARS: LAWYERS, ECONOMISTS, AND THE CONTEST TO TRANSFORM LATIN AMERICAN STATES* (2002). Na Colômbia: CÉSAR A. RODRÍGUEZ GARAVITO, *LA GLOBALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO: EL NEOCONSTITUCIONALISMO, EL NEOLIBERALISMO Y LA TRANSFORMACIÓN INSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA* [A GLOBALIZAÇÃO E O ESTADO DE DIREITO: NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOLIBERALISMO E TRANSFORMAÇÃO INSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA] (2009).

instituições desempenhem uma função-chave na lei constitucional interna. Por exemplo, a Constituição Boliviana de 2009 deu aos tratados internacionais sobre direitos humanos o mesmo *status* que à Constituição. A Constituição Equatoriana de 2008 estabelece a integração dos direitos humanos internacionais, embora com um estatuto inferior ao texto constitucional, enquanto reconhece que os tratados de direitos humanos que preveem direitos mais favoráveis do que a Constituição prevaleçam na ordem interna sobre “qualquer outra norma legal ou ato do poder público.” A emenda constitucional de 2004 do Brasil, por sua vez, estabeleceu que os tratados sobre direitos humanos aprovados pela mesma maioria do Congresso, como uma emenda constitucional, seriam considerados uma alteração real e, portanto, parte da constituição.³⁰ Doutrinariamente, a maioria dos países compreendem essa integração como o “bloco de constitucionalidade”, que é formado pela constituição nacional e a Convenção Interamericana³¹ e constitui uma das razões por que este pode ser considerado uma parte integral do direito constitucional interno em muitos estados da região.³²

A garantia substantiva dos direitos constitucionais, por um lado, e a abertura constitucional, por outro lado, são de fato dois processos complementares que criam o espaço para o *ius constitutionale commune*. Nos tempos de regimes ditatoriais, a sociedade civil latino-americana dependia, fortemente, de instituições estrangeiras e internacionais para promover a mudança, conforme observado, de forma seminal, por Keck e Sikkink no final da década de 1990 na Argentina, Chile e México.³³ A abertura constitucional *vis-à-vis* do direito internacional pode ser lida como a bênção formal dessa estratégia, como uma forma de formalizar as proteções legais que os ativistas tinham conquistado em sua luta contra o regime autoritário. O constitucionalismo transformador da América Latina é um sistema de dois níveis, portanto, em que uma interação horizontal entre as instituições internas que compartilham essa visão transformadora fornece apoio suplementar. Essas instituições incluem juízes nacionais, primeiro e acima de tudo, mas também promotores, procuradores, administrações especializadas, e, sobretudo, ONGs.³⁴ Por isso o constitucionalismo transformador na América Latina não somente opera através dos meios “legais”, mas de forma mais ampla através de meios “jurídicos”.

³⁰ A emenda do Chile de 1989 (que pode ser lida como um ponto fora da curva desta tendência) apenas estabeleceu o “dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover direitos [essenciais], garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais,” sem qualquer referência específica ao seu status. Consulte Francisco Cumplido Cereceda, Alcances de la Modificación del Artículo 5° de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales [Âmbito da Modificação do artigo 5 da Constituição Política Chilena em Relação aos Tratados Internacionais], 23 REV. CHIL. DERECHO 255, 255–58 (1996). Em contraste, outras constituições da região tornaram-se muito mais abertas. Sobre a Bolívia, consulte: Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, Arts. 257, 410; José Ismael Villarroel Alarcón, El tratamiento del derecho internacional en el sistema jurídico Boliviano [O tratamento do Direito Internacional no Sistema Legal Boliviano], em DE ANACRONISMOS Y VATICINIOS: DIAGNÓSTICO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO EN LATINOAMÉRICA [DE ANACHRONISMS E PREVISÕES: DIAGNÓSTICO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO NA AMÉRICA LATINA] 29 (Paola Acosta Alvarado, Juana Inés Acosta López & Daniel Rivas Ramírez eds., 2017). Sobre o Equador, consulte constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución [O Bloco Constitucional no Equador. Os Direitos Humanos para Além da Constituição], FORO REV. DERECHO 5 (2009). Para o Brasil, consulte Constituição da República Federativa do Brasil, Art. 5, conforme alteração pela Emenda Constitucional n.º 45. Esta visão geral das principais cláusulas constitucionais “abertas” da região é baseada em René Uruña, Domestic Application of International Law in Latin America, em THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE FOREIGN RELATIONS LAW 565 (Curtis A. Bradley ed., 2019).

³¹ Consulte MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA, INTER-AMERICAN JUDICIAL CONSTITUTIONALISM. ON THE CONSTITUTIONAL RANK OF HUMAN RIGHTS TREATIES IN LATIN AMERICA THROUGH NATIONAL AND INTER-AMERICAN ADJUDICATION (2011).

³² Christina Binder, Hacia una Corte Constitucional Latinoamericana? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos con enfoque especial sobre las amnistias [Rumo a uma Corte Constitucional da América Latina? A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos com um Foco Especial em Anistias], em LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN [JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E SUA INTERNACIONALIZAÇÃO] 156 (Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor & Mariela Morales Antoniazzi eds., 2010).

³³ KATHRYN SIKKINK & MARGARET KECK, ACTIVISTS BEYOND BORDERS (1998).

³⁴ Alejandra Azuero Quijano, Redes de diálogo judicial transnacional: Una aproximación empírica al caso de la corte constitucional [Redes de Diálogo Judicial Transnacional: Uma Abordagem Empírica para o Caso da Corte Constitucional], 22 REV. DERECHO PUBLICO - UNIV. LOS ANDES (2009).

Em sincronia com essas mudanças, a Corte IDH apresentou um desenvolvimento doutrinal essencial que suporta esses desenvolvimentos constitucionais: a interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos, por meio do qual a Corte começou a adaptar os significados das garantias da Convenção, em grande medida, tomados da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH), aos desafios específicos da América Latina. A interpretação evolutiva dos tratados evidencia a aceitação crucial de uma abordagem “transformadora”, pois considera a transformação social um dos seus princípios norteadores. Nas palavras da Corte, “os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e condições de vida atual.”³⁵ Por meio da interpretação evolutiva, a Corte ampliou e aprofundou a proteção dos direitos diferentes com um enfoque especificamente latino-americano, como pode ser visto em sua jurisprudência — agora reconhecida mundialmente — sobre desaparecimentos forçados,³⁶ privacidade,³⁷ liberdade pessoal,³⁸ direitos das crianças³⁹ propriedade coletiva,⁴⁰ e de igualdade e não discriminação.⁴¹

A ambição de transformação, por meio do direito internacional, teria sido inútil na ausência de uma ferramenta específica para implementação das interpretações da Corte. Essa ferramenta é a doutrina do “controle da convencionalidade,”⁴² que se aplica, diretamente, às interpretações evolutivas de juízes à vida das pessoas. Em essência, a doutrina incumbe às cortes nacionais a revisão de qualquer lei nacional, incluindo leis internas, para a compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, tal como interpretado pela Corte IDH.⁴³ A doutrina de controle da convencionalidade transforma cada juiz nacional em um juiz interamericano, portanto, com a condição de respeitar “o âmbito de sua jurisdição respectiva e as normas processuais correspondentes.”⁴⁴ O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) nunca se atreveu a ir tão longe;⁴⁵ a Corte IDH recorda a Corte de Justiça da União Europeia, a corte supranacional

³⁵ O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias de Devido Processo da Lei, Parecer Consultivo OC-16/99, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. A) No. 16, para. 114 (1 Out, 1999).

³⁶ Caso Velásquez Rodríguez x Honduras, Mérito, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C.) No. 4, para. 155(29 de julho de 1988); Caso Godínez Cruz x Honduras, Mérito, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 5, para. 155(20 Jan., 1989).

³⁷ Caso de Artavia Murillo et al. (“Fertilização In Vitro”) x Costa Rica, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 257, para. 272 (28 Nov., 2012).

³⁸ Caso de Ituango Massacres versus Colômbia, Méritos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 148, para. 152 (1 de julho de 2006).

³⁹ Caso das “Crianças de Rua” (Villagran-Morales et al. versus Guatemala, Méritos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 63, para. 191-98 (19 Nov., 1999); o Caso dos Irmãos Gómez-Paquiyaui versus Peru, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 110, para. 164–67 (8 de julho de 2004).

⁴⁰ Caso do Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 79, para. 148(31 Ago, 2001).

⁴¹ Caso de Atala Riffo e Filhas versus Chile, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C.) No. 239, para. 83, 91 (24 Fev, 2012).

⁴² Caso de Almonacid Arellano et al. versus Chile, Objeções Preliminares, Méritos, Reparações, e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) N.º 154 (26 Set., 2006). Sobre a doutrina, consulte em geral Eduardo Ferrer Mac-Gregor Conventional Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights, 109 109 AJIL UNBOUND 93 (2015); MIRIAM HENRIQUEZ VIÑAS & MARIELA MORALES ANTONIAZZI, EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UN BALANCE COMPARADO A 10 AÑOS DE ALMONACID ARELLANO V. CHILE [CONTROLE DA C: OVENCIONALIDADE O BALANÇO COMPARATIVO DE DEZ ANOS DE ALMONACID ARELLANO VERSUS CHILE] (2017).

⁴³ O controle da convencionalidade pode ser pensado como o equivalente do controle constitucional (control de constitucionalidad), que é usado pelas cortes nacionais para rever as legislações nacionais com base na Constituição. A analogia entre o controle constitucional e controle da convencionalidade foi elaborado pelo Juiz García Ramírez no seu parecer favorável no caso de Tibi versus Equador, Objeções Preliminares, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D. H. (ser. C) No. 114, para. 3 (7 set, 2004) (García- Ramírez, J., concomitante).

⁴⁴ Consulte Caso de Gelman versus Uruguay, Méritos e Reparações, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 221, para. 193 (24 Fev., 2011); Caso dos Funcionários do Congresso Demitidos (Aguado-Alfaro et al.) versus Peru, Objeções Preliminares, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) N.º 158 (24 Nov., 2006).

⁴⁵ Para uma comparação dos dois tribunais, consulte Laurence Burgogue-Larsen, The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts, em TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: THE EMERGENCE OF A NEW IUS COMMUNE 377 (Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flavia Piovesan & Ximena Soley eds., 2017).

mais poderosa do mundo, com sua ousadia definição de efeito doméstico de suas decisões.⁴⁶ A Corte Interamericana, também, alegou ter jurisdição para fiscalizar a adequação das leis internas com a Convenção.⁴⁷ Em casos excepcionais, ainda alegou ter o poder de impor a Convenção por achar que os estatutos nacionais que “não têm efeitos jurídicos”⁴⁸ um poder normalmente reservado para a jurisdição constitucional.⁴⁹ Esses movimentos expandem, significativamente, o alcance da Convenção Americana e criam um verdadeiro sistema de execução descentralizada, que compreende não apenas os órgãos interamericanos, mas potencialmente milhares de autoridades nacionais.⁵⁰

Está além do escopo do presente Artigo a revisão de todos os casos de jurisprudência interamericana que visaram transformar estruturas profundamente arraigadas. No entanto, três temas, que discutiremos abaixo, exemplificam o alcance do impulso transformador da Corte. O primeiro é a jurisprudência da Corte limitando anistias para violações graves de direitos humanos na região. Na última seção deste Artigo, discutimos a decisão *Gelman*, em que a Corte, apoiada em uma linha de precedentes bem estabelecidas, decidiu que a lei do Uruguai, limitando a acusação de violações de direitos humanos, foi uma violação da Convenção Americana e teve de ser revogada, ainda que tivesse sido revista por um tribunal nacional em várias ocasiões e por duas vezes tenha sido ratificada em um voto popular livre. Esse acórdão, como explicamos, transformou o julgamento internacional no que diz respeito à legislação nacional. Em segundo lugar, a Corte não mediu esforços para proteger os direitos das vítimas de violações de direitos humanos. Utilizamos como exemplos a jurisprudência interamericana, para proteger as vítimas do conflito armado colombiano, e, particularmente, a inovadora decisão que reconheceu o estatuto da Comunidade de Paz de San José de Apartadó, uma comunidade de base que se definiu como uma “vítima,” e foi reconhecida como tal pela Corte, de modo a impelir as categorias tradicionais de vitimização em direito internacional. Terceiro, a Corte, também, avançou, consideravelmente, o quadro legal para proteger os direitos das mulheres, conforme evidenciado no *Campo Algodonero*, também discutido abaixo, em que os juízes redefiniram o tratamento da violência de gênero na América Latina. Em todas essas áreas, a Corte adotou uma abordagem interpretativa que, na sua essência, se esforça para realizar profundas mudanças sociais que nós rotulamos como constitucionalismo transformador. Internacional.

3 Constitucionalismo transformador é a prática de uma comunidade

Abertura constitucional, interpretação evolutiva, e controle da convencionalidade fornecem as ferramentas legais para o constitucionalismo transformador da América Latina. A abordagem transformadora é relevante na região, pois vários atores da comunidade de direitos humanos na América Latina aplicam-na em

⁴⁶ Seminal Case 26/62, *Van Gend en Loos* [1963] ECR 1, 11 et seq. On the Court of Justice’s expanded jurisdictions, consulte Eric Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, 75 *AJIL* 1 (1981).

⁴⁷ Nestor Pedro Sagüés, *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad* [Obrigações internacionais e “Controle da Convencionalidade”], 8 *ESTUD. CONST.* 117, 120 (2010); Claudio Nash Rojas, *Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* [Conventionality Control. Conceptual Clarifications and Challenges in Light of the Jurisprudence of the Inter-American Court on Human Rights], 19 *ANU. DERECHO CONST. LATINOAM.* 489, 491–92 (2013).

⁴⁸ Consulte *Caso de La Cantuta versus Perú*, Méritos, Reparações, e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 162, para. 189 (29 Nov., 2006). Na sua opinião distinta da presente decisão, Sergio García Ramírez argumenta que leis internas que violam a Convenção são “basicamente inválidas.” *Id.* (García Ramírez, J., sep. op.). Consulte também *Caso de Barrios Altos x Peru*, Méritos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) N.º 75 (14 Mar., 2001).

⁴⁹ Mesmo o Tribunal de Justiça da União Europeia (CJEU) só recentemente teve a ousadia de declarar uma medida nacional como inválida. *Processos Apensos C-202/18 e C-238/18, Rimšēvičs/BCE x Letônia*, ECLI:UE:C:2019:139, parágs. 69 e seguintes (2019). Consulte sobre a sentença, A. Hinarejos, *The Court of Justice Annuls a National Measure Directly to Protect ECB Independence: Rimšēvičs*, 56 *COMMON MARKET L. REV.* 1649 (2019).

⁵⁰ Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Conventionality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights*, 109 *AJIL UNBOUND* 93 (2015).

seus trabalhos de base, transformando, assim, uma atitude interpretativa em uma prática social comum para a região. Até agora, abordamos essa prática doutrinariamente, como o surgimento de um direito comum de direitos humanos na América Latina.⁵¹ O conceito de uma comunidade Latino-americana de direitos humanos, que vamos desenvolver a seguir, aprofunda a compreensão deste fenômeno.

3.1 A Comunidade de Direitos Humanos na América Latina

A comunidade de direitos humanos na América Latina é um grupo de atores que interage, com base na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, para promover suas agendas e cumprir o que eles consideram como seus mandatos. Essa *comunidade de prática* é composta por diferentes atores: ONGs transnacionais que apresentam casos perante o sistema interamericano, organizações fundamentais que usam esses direitos para proteger as vítimas, clínicas, escolas de direito que funcionam como *amici curiae*, tribunais nacionais que interpretam e aplicam a Convenção e a jurisprudência da Corte IDH, funcionários públicos que trabalham em direitos humanos para os governos nacionais, os estudiosos que escrevem e ensinam sobre direitos humanos, comissários e juízes do sistema da jurisprudência interamericana, e também os políticos que tem uma agenda de direitos humanos. O presidente da Costa Rica, que venceu as eleições de 2018 em uma plataforma em que o suporte para o sistema interamericano foi fundamental, é um exemplo de grande importância.⁵²

O conceito de uma comunidade de prática tem origem em pesquisas educacionais. Em 1991, o antropologista, Jean Lave e o cientista da computação, Étienne Wenger propuseram a noção de aprendizagem situada; aprendizagem, alegaram, é, fundamentalmente, um processo social e implica a socialização.⁵³ Uma comunidade de prática, em seguida, denota um grupo de pessoas que é definida pelo engajamento mútuo, uma empresa mista, e um repertório compartilhado, significando “rotinas, palavras, ferramentas, formas de fazer as coisas, histórias, gestos, símbolos, gêneros, ações ou conceitos que a comunidade produziu ou adotou no decurso da sua existência, e que se tornou parte de sua prática.”⁵⁴ Esse conceito foi, posteriormente, adotado pelo estudioso de relações internacionais Emanuel Adler, que sugere que “não há nenhuma razão por que não devemos ser capazes de identificar comunidades de prática transnacionais ou mesmo globais. Quanto mais perto chegarmos ao nível das práticas, na verdade, mais podemos tomar o sistema internacional como um conjunto de comunidades de prática — por exemplo, comunidades de diplomatas, de comerciantes, de ambientalistas e de ativistas de direitos humanos. Comunidades de prática atravessam fronteiras estaduais e de mediação entre a mediação humana, de estados, de indivíduos, por um lado, e as estruturas sociais e sistemas, por outro.”⁵⁵

Comunidades de prática foram discutidas em bolsa de estudos de direito internacional. Mais importante ainda, Jutta Brunnée e Stephen Toope aplicaram o conceito para analisar o problema da obrigação jurídica

⁵¹ Consulte em geral TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA, supra nota 47.

⁵² Kirk Semple, Costa Rica Election Hands Presidency to Governing Party Stalwart, N.Y. TIMES (1 Abr, 2018). Para a posição de seu adversário, consulte Tatiana Gutiérrez Wa-Chong, Fabricio Alvarado: “Corte Interamericana no puede legislar en el país” [Fabricio Alvarado: “Corte Interamericana de Derechos Humanos não pode Legislar no País”] LA REPUBLICA (Mar. 26, 2018), em <https://www.larepublica.net/noticia/fabricio-alvarado-corte-interamericana-no-puede-legislar-en-el-pais-para-eso-estan-los-diputados>; Fernanda Romero, Fabricio Alvarado dispuesto a salirse de la Corte IDH para que no le “impongan” agenda LGTBI [Fabricio Alvarado disposto a Deixar a Corte Interamericana de Derechos Humanos para que Não Possam “Impor” a Agenda LGTBI], EL MUNDO (11 Jan., 2018), em <https://www.elmundo.cr/costa-rica/fabricio-alvarado-dispuesto-salirse-la-corte-idh-no-le-impongan-agenda-lgtbi>. As eleições presidenciais da Costa Rica de 2018 são um exemplo claro de como a jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos tem uma ambição transformadora, que provoca controvérsia.

⁵³ O texto seminal é JEAN LAVE & ÉTIENNE WENGER, SITUATED LEARNING: LEGITIMATE PERIPHERAL PARTICIPATION (1991).

⁵⁴ ÉTIENNE WENGER, COMMUNITIES OF PRACTICE: LEARNING, MEANING, AND IDENTITY 83 (1998).

⁵⁵ EMANUEL ADLER, COMMUNITARIAN INTERNATIONAL RELATIONS: THE EPISTEMIC FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL RELATIONS 15 (2005).

internacional.⁵⁶ Para Brunnée e Toope, comunidades de prática transnacionais criaram o espaço para interação que criou o surgimento de tais obrigações: “obrigação legal, então, é mais bem visto como um compromisso internalizado e não como uma obrigação imposta externamente, combinado com uma sanção por inadimplemento.”⁵⁷ Essa noção explica o funcionamento do constitucionalismo transformador na América Latina.

Uma comunidade de prática não implica homogeneidade.⁵⁸ Muitas vezes os seus membros têm diferentes projetos e visões, até conflitantes de direitos humanos. No nosso entendimento, uma comunidade de prática não é constituída por um único objetivo, mas requer práticas comuns, bem como uma compreensão partilhada do significado social dessas práticas.⁵⁹ A comunidade de direitos humanos, na América Latina, compartilha uma estrutura: as suas instituições, um corpo de leis, seus atores, os desafios a serem enfrentados — ou seja, um sentido de propósito — e as suas realidades. Não quer dizer que todos os atores na Comunidade de prática concordam sobre todas as questões. De fato, os membros da comunidade podem discordar, pelo menos, em três níveis: primeiro, rejeitando que as atividades do Tribunal devem ser estruturadas em termos do constitucionalismo transformador; segundo, ao rejeitar a abordagem transformadora do Tribunal; e, terceiro, rejeitando o desfecho de um caso particular, ou as medidas ordenadas pela Corte, que refletem uma abordagem transformadora.⁶⁰ No entanto, tais divergências não prejudicam a alegação de que uma comunidade emerge em torno da interpretação transformadora; ao contrário, eles confirmam a sua existência, no sentido de que os atores da comunidade de prática competem para dar sentido à Convenção Americana. Tal debate, assim, reafirma a relevância da abordagem constitucional transformadora e esclarece seu quadro jurídico. O quadro permite muitas opiniões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas a interação contínua resolve o significado de uma norma internacional para um determinado caso.

Os juízes nacionais são particularmente importantes membros da comunidade, e é por isso que o compromisso destes com as decisões da Corte IDH é de particular importância.⁶¹ Em termos de identidade, juízes nacionais importantes se autoidentificam como “Juízes Interamericanos” — Mesmo expressando desacordo explícito com a Corte sobre questões que os afetam.⁶² Assim, por exemplo, o presidente (em exercício) do Supremo Tribunal da Costa Rica, Carmenmaría Escoto, explicitamente afirmou que o seu tribunal contribui para a construção do *direito comum*⁶³ — e isto, apenas, dois anos depois da confrontação de

⁵⁶ STEPHEN J. TOOPE & JUTTA BRUNNÉE, LEGITIMACY AND LEGALITY IN INTERNATIONAL LAW: AN INTERNATIONAL ACCOUNT (2010).

⁵⁷ Id. at 115.

⁵⁸ ADLER, supra nota 55, em 22. A noção de comunidades de prática tem sido criticada como silenciosa sobre a questão dos desequilíbrios de poder; por exemplo, em Alessia Contu & Hugh Willmott, Re-embedding Situatedness: The Importance of Power Relations in Learning Theory, 14 ORG. SCI. 283 (2003). No entanto, nossa leitura da prática da comunidade latino-americana de direitos humanos leva em conta diferenças de poder, por considerar muitos atores e não só os estados e organizações intergovernamentais.

⁵⁹ Comunidade é um termo que vem com muitos significados, consulte Steven Brint, Gemeinschaft Revisited: A Critique and Reconstruction of the Community Concept, 19 SOCIOLOGICAL THEORY 1 (2001).

⁶⁰ Por exemplo, quando grupos evangélicos conservadores rejeitam a expansão da jurisprudência dos direitos LGBTI da Corte. Consulte René Uruena, Evangelicals at the Inter-American Court of Human Rights, 113 AJIL UNBOUND 360 (2019).

⁶¹ Sobre isso, consulte Manuel Góngora Mera, Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales [Interações e convergências entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Tribunais Constitucionais Nacionais], em DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E INTEGRAÇÃO JURÍDICA: EMERGÊNCIA DE UM NOVO DIREITO PÚBLICO 312 (Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, & Mariela Morales Antoniazzi eds., 2017), Diana Guarnizo-Peralta, ¿Cortes pasivas, cortes activas, o cortes dialógicas?: Comentarios en torno al caso Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala [Tribunais Passivos, ou Tribunais Dialógicos?: Comentários sobre o Caso de Cuscul Pivaral et al. x Guatemala], no INTERAMERICANIZACIÓN DE LOS DESCAs. EL CASO CUSCUL PIVARAL DE LA CORTE IDH [INTER-AMERICANIZAÇÃO DA DESCAs. THE CUSCUL PIVARAL CASE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS] 429 (Mariela Morales Antoniazzi, Liliána Ronconi & Laura Clérico eds., 2020).

⁶² Consulte as contribuições por Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (México), Carmen María Escoto (Costa Rica), e Dina Ochoa Escribá (Guatemala), na Corte Interamericana por ocasião do 40º aniversário da Convenção Interamericana, que serão publicados no site da Corte.

⁶³ Poder Judiciário - República de Costa Rica, Presidenta de la Corte en ejercicio destaca trabalho de la Corte IDH [Presidente do Tribunal em exercício destaca trabalho da Corte Interamericana de Direitos Humanos] (2018), em <https://pj.poder-judicial.go.cr/>

seu tribunal com a Corte Interamericana em torno de fertilização in vitro (IVF), descrita abaixo.

A noção de uma comunidade implica que há *insiders* e *outsiders*. Enquanto a homogeneidade não é necessária entre os *insiders*, existem *outsiders*: primeiro, e mais obviamente, existem aqueles que, simplesmente, não estão engajados com a lei de direitos humanos interamericana; e, em segundo lugar, aqueles que procuram minar as práticas comuns da comunidade, ou a compreensão compartilhada do seu significado social. A carta dos presidentes da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia, e Paraguai oferece um caso limítrofe. Por um lado, a carta se engaja ao sistema, apoia a sua orientação básica e implanta argumentos legítimos para o seu desenvolvimento; assim, os cinco presidentes fazem parte da comunidade. Por outro lado, há a suspeita de que a carta poderia ser parte de uma estratégia para dismantelar o sistema ou para alterar a sua perspectiva de base, que, em seguida, posicionaria os cinco presidentes como *outsiders*.

O fato de que não há homogeneidade de significado da comunidade de prática latino-americana dos direitos humanos permite interpretações muito diferentes da Convenção Americana coexistirem e competirem por influência. Outro caso ambivalente é o de grupos cristãos evangélicos conservadores, que mobilizaram recursos financeiros e políticos importantes para resistir a certas decisões da Corte Interamericana, nomeadamente em relação aos direitos LGBTI. Essa tensão chegou à sua expressão mais clara na Costa Rica. Em maio de 2016, o governo Costarricense (centro-esquerda) apresentou um pedido de parecer consultivo sobre a questão do casamento de pessoas do mesmo sexo com uma ideia de permitir que fosse contra uma legislatura hesitante.⁶⁴ O Tribunal emitiu um parecer inovador em 2017, considerando que os casais do mesmo sexo devem gozar de todos os direitos, sem discriminação, incluindo casamento, e estabeleceu normas sobre a autodeterminação da identidade de gênero.⁶⁵

O parecer consultivo exarado, apenas, um ano depois de uma dura paralisação entre o Supremo Tribunal da Costa Rica e a Corte Interamericana, sobre a IVF. Em 2012, a Corte IDH tinha considerado que a decisão do Supremo Tribunal da Costa Rica de declarar inconstitucional a IVF foi uma violação da Convenção Americana de Direitos Humanos, e teve de ser revogada.⁶⁶ O cumprimento de tal medida tornou-se altamente contestado na Costa Rica, com o Supremo Tribunal em um ponto desafiando abertamente a Corte IDH, declarando sem efeito a norma nacional que buscou implementar a ordem internacional.⁶⁷ Durante esse confronto, os evangélicos em geral, e Fabricio Alvarado Muñoz (para não ser confundido com Carlos Alvarado Quesada, o atual presidente) em particular, foram protagonistas na resistência à aplicação da ordem — Fabricio Alvarado era, de fato, um dos proponentes da ação judicial que pediu ao Supremo Tribunal para derrubar a norma de execução.⁶⁸ Tal ação para minar a autoridade da Corte IDH é considerada de fora do âmbito da comunidade. A Corte IDH reagiu rapidamente, adotando uma decisão austera para monitorar o cumprimento em que declarou que a IVF estava, de fato, válida na Costa Rica — não obstante o parecer do Supremo Tribunal.⁶⁹ Finalmente, os juízes da Costa Rica aceitaram a autoridade da Corte IDH, e decidiram

index.php/prensa/389-cme-corteidh.

⁶⁴ Identidade de Gênero e Igualdade e Não-discriminação em Relação a Casais Homoafetivos. Obrigações do Estado em relação à Mudança de Nome, Identidade de Gênero, e os Direitos Decorrentes de uma Relação Entre Casais Homoafetivos (Interpretação e Âmbito dos Artigos 1(1), 3, 7, 11(2), 13, 17, 18, e 24, no que se refere ao Artigo 1, a Convenção Americana de Direitos Humanos), Parecer Consultivo OC-24/17, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. A) No. 24, para. 4 (24 Nov., 2017). A seguinte descrição do caso da Costa Rica é baseada em René Uruña, *Reclaiming the Keys to the Kingdom (of the World):: Evangelicals and Human Rights in Latin America*, 49 *NETH. Y.B. INT'L L.* 174 (2018).

⁶⁵ *Id.*

⁶⁶ Caso de Artavia Murillo, *supra* nota 39.

⁶⁷ Sala Constitucional de la Corte Suprema da Costa Rica [Câmara Constitucional do Supremo Tribunal da Costa Rica], Sentença N° 2016-01692 [Acórdão N° 2016-01692], *Nexus PJ* (3 Fev., 2016).

⁶⁸ Aarón Sequeira, *PUSC se mete de lleno en lucha contra decreto de Luis Guillermo Solís sobre la FIV* [PUSC É Totalmente Envolvida na Luta Contra o Decreto de Luis Guillermo Solís em FIV], *LA NACIÓN* (22 Set., 2015).

⁶⁹ Caso de Artavia Murillo et al. (“Fertilização In Vitro”) versus Costa Rica, Resolução sobre Conformidade (Ct. Inter-Am. D.H. 26 de fevereiro de 2016) (em especial, consulte parágs. 26 e 36). Consulte, no entanto, a opinião forte e dissidente do Juiz Vio Grossi, em que ele questiona a competência da IACtHR em adotar tal decisão, especialmente no parágrafo 52.

“afastar-se” e deixar o governo implantar a ordem internacional.⁷⁰ Os evangélicos no Congresso mantiveram a pressão,⁷¹ embora com pouco sucesso até hoje.⁷²

Nesse contexto o parecer consultivo da Corte IDH sobre o casamento do mesmo sexo entrou na política da Costa Rica, provocando uma reação hostil entre movimentos — e especialmente evangélicos — conservadores na Costa Rica.⁷³ A mudança foi forte: em algumas semanas, Fabricio Alvarado apoderou-se da opinião do Tribunal e tornou os direitos LGBTI o tema central da eleição presidencial, empurrando-o à frente dos outros candidatos. Tomando seu exemplo do confronto da IVF, Alvarado disse que a soberania nacional (e legislativa) teve de ser recuperada a partir da interferência internacional indevida que promoveu a “agenda LGBTI.”⁷⁴ Os evangélicos levaram a questão dos altares para as mesas de votação como uma forma de desafiar uma imposição internacional percebida sobre os valores locais, até o ponto da “campanha eleitoral ser dominada pelo candidato de oposição e evangélico Fabricio Alvarado Muñoz pela franca crítica do casamento gay.”⁷⁵ Em um resultado que foi totalmente imprevisível, apenas, dois meses antes, Fabricio Alvarado Muñoz venceu o primeiro turno de votação com 24,9 por cento dos votos. Ele foi, no entanto, derrotado no segundo turno por Carlos Alvarado Quesada, um candidato que se comprometeu a cumprir com o parecer da Corte IDH. Após a eleição, a Câmara Constitucional do Supremo Tribunal da Costa Rica decidiu, ao final de 2018, que as leis da Costa Rica proibissem o casamento entre pessoas do mesmo sexo eram inconstitucionais, e deu a Assembleia Nacional dezoito meses para a sua alteração.⁷⁶ Para alcançar a sua decisão, o Tribunal da Costa Rica mostrou-se como um membro da comunidade de direitos humanos na América Latina, baseando-se, extensivamente, na jurisprudência interamericana sobre direitos LGBTI. Curiosamente, ele considerou o parecer consultivo interamericano solicitado pelo governo da Costa Rica como apenas uma das três decisões relevantes para o caso (as outras duas sendo o *Atala Riffo versus Chile*⁷⁷ e *Duque versus Colombia*⁷⁸).⁷⁹ Por isso, a decisão Costa-riquenha estabelece equilíbrio entre dar importância à jurisprudência interamericana como base geral para a sua decisão, mas parou antes da formulação de sua decisão como um ato de execução do parecer consultivo interamericano específico em questão.

A existência de diferentes interpretações da Convenção Americana não é um argumento contra a existência de uma comunidade de prática latino-americana, mas sim está conforme. Mesmo aqueles que discordam profundamente com a Corte IDH sobre determinadas questões (como grupos ativistas de evangélicos conservadores sobre direitos LGTBI) são parte de tal comunidade, conquanto eles estejam envolvidos em práticas comuns com o objetivo de transformar a realidade da violência, exclusão, e instituições fracas, assim

⁷⁰ Manuel Avendaño Arce, Magistrado Luis Fernando Salazar: Es momento de que la sala IV se haga a un lado [Magistrado Luis Fernando Salazar: “It Is Time that the Constitutional Chamber Steps Aside”], LA NACIÓN (Mar. 1, 2016), em <https://www.nacion.com/el-pais/salud/magistrado-luis-fernando-salazar-es-momento-de-que-la-sala-iv-se-haga-a-un-lado/KXMCQE7VEZG-W7PQPFTGDR25JKU/story>.

⁷¹ Patricia Recio, Mario Redondo: La resolución de la Corte IDH es una atrocidad [Mario Redondo: “The IACtHR’s Decision Is an Atrocity”], LA NACIÓN (Mar. 1, 2016), em <https://www.nacion.com/el-pais/politica/mario-redondo-la-resolucion-de-la-corte-idh-es-una-atrociad/FF5M5WY4M5EHHABRXE6TRRHVEM/story>.

⁷² Ramón Ruiz, Bloque cristiano con pocas opciones de limitar la FIV [Bloco cristão com Poucas Opções para Limitar a Fertilização In Vitro (FIV)], LA NACIÓN (3 Mar., 2016), em <https://www.nacion.com/el-pais/politica/bloque-cristiano-con-pocas-opciones-de-limitar-la-fiv/SKBCLWYIDJDPJNJOH6DSGUI2KA/story>.

⁷³ Latin America’s Human-Rights Court Moves into Touchy Territory, ECONOMIST (Feb. 1, 2018), at <https://www.economist.com/the-americas/2018/02/01/latin-americas-human-rights-court-moves-into-touchy-territory>. A discussão seguinte sobre as eleições da Costa Rica está baseada em Uruña, supra nota 67.

⁷⁴ Álvaro Murillo, El matrimonio no parece ser un derecho para homosexuales [O Casamento Não Parece Ser um Direito aos Homossexuais], EL PAÍS (26 Mar., 2018), em https://elpais.com/internacional/2018/03/26/america/1522024297_765736.html.

⁷⁵ David Alire García, Costa Rica Vote Halts March of Religious Conservatism, REUTERS (2 de abril de 2018), em <https://www.reuters.com/article/us-costarica-election-evangelical/costa-rica-vote-halts-march-of-religious-conservatism-idUSKCN1HA081>.

⁷⁶ Supremo Tribunal de Justiça (Costa Rica), Câmara Constitucional, Exp: 15-013971-0007-CO Res. N° 2018012782, 8 Ago, 2018, Boletín Judicial n.º 219, 18.

⁷⁷ Caso de Atala Riffo e Filhas, supra nota 43.

⁷⁸ Duque versus Colômbia, Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (Ser. C) N.º 310 (26 Fev., 2016).

⁷⁹ Consulte Supremo Tribunal de Justiça (Costa Rica), supra nota 79, em 23-26.

como, em nosso exemplo, as organizações LGBTI estão. É fácil exagerar as diferenças entre grupos que acaloradamente debatem sobre uma determinada interpretação da Convenção, e que podem até mesmo se considerar como pertencentes a comunidades sociais de oposição. O valor acrescentado da abordagem da comunidade de prática é que ela destaca o fato de que, para todas as diferenças de abordagem e interpretação, todos os atores na comunidade compartilharam um mínimo de entendimento, um acordo mútuo, sobre o tipo de prática com o qual estão se engajando: basicamente, interpretando o texto legal sob uma determinada autoridade judiciária com o objetivo de mudar o que eles veem como uma realidade social profundamente deficiente. Leva, apenas, um nível mínimo de compreensão comum para a construção de uma comunidade de prática, que, muitas vezes, floresce com controvérsia acalorada sobre interpretações válidas da Convenção.

A prática da comunidade de direitos humanos não é, portanto, necessariamente unificada em seu suporte de toda a jurisprudência da Corte Interamericana. Nesse sentido, a comunidade é diferente do que a Karen Alter e Laurence Helfer chamaram de “movimentos juristas de defesa” — isto é, grupos de operadores jurídicos que defendem um objetivo específico — no estudo feito por Alter e Helfer, o objetivo foi continuar a promover a integração europeia.⁸⁰ Na nossa leitura, diferentes movimentos de defesa de direitos interagem na comunidade de prática, propondo suas interpretações da Convenção. Assim, enquanto movimentos de defesa de direitos são importantes e, como Alter e Helfer sugerem, eles podem promover a integração jurídica, eles são apenas uma parte da comunidade de prática. O tipo de acesso ao poder e conhecimento que representam movimentos de juristas de defesa bem-sucedidos é, apenas, uma das diversas vozes que compõem a comunidade de prática.

Visto por esse prisma, a ideia de uma divisão nítida entre a interação nacional e internacional e uma abordagem hierárquica, de cima para baixo, que coloca a Corte Interamericana no topo, é factualmente imprecisa. A Corte IDH está no centro de uma comunidade de prática, que inclui os atores nacionais e internacionais: juízes, funcionários públicos nacionais, Comissionados Interamericanos, escrivães, advogados e acadêmicos.

O tempo, interações iterativas e aprendizagem são cruciais para essa prática. É difícil entender a comunidade quando se conceitualiza a interação entre atores como uma questão de encontros discretos. Embora essa concepção possa parecer correta para alguns funcionários públicos nacionais que enfrentam o Tribunal uma ou duas vezes durante os seus mandatos, certamente não é verdade para juízes nacionais, instituições nacionais de direitos humanos, ou organizações de vítimas — todos os usuários frequentes do Sistema Interamericano. A iteração cria uma interação que é qualitativamente diferente da de contatos discretos, porque o processo constante da interação e aprendizagem cria expectativas do Sistema Interamericano. Iteração, em outras palavras, muda não apenas as estratégias dentro de um jogo, mas o jogo em si.⁸¹ Relações internacionais construtivistas, também, exploraram essa ideia: enquanto a interação entre os agentes desenvolve a estrutura, sendo parte da estrutura impacta os interesses e as estratégias dos agentes.⁸² Interação na comunidade de prática estabelece os termos de compromisso.

A dimensão social destaca outra característica transformativa do Tribunal sobre a Convenção: a percepção de muitos atores da comunidade de direitos humanos na América Latina que a jurisprudência do Tribunal lhes permite um melhor cumprimento de *seus mandatos*. Tanto a Convenção Americana quanto a

⁸⁰ KAREN J. ALTER & LAURENCE R. HELFER, 'TRANSPLANTING INTERNATIONAL COURTS: THE LAW AND POLITICS OF THE ANDEAN TRIBUNAL OF JUSTICE' 230–33 (2017). Os autores argumentam que, embora o movimento de defesa seja crucial para a promoção da integração europeia, permanece em grande parte ausente do processo de apoio à integração econômica andina.

⁸¹ No jogo de linguagem da teoria, a interação implícita na dimensão social da comunidade de prática dos direitos humanos Interamericanos é um jogo de evolução dinâmica. Em detalhe, Brett Frischmann, *A Dynamic Institutional Theory of International Law*, 53 *BUFF. L. REV.* 679 (2003).

⁸² Alexander E. Wendt, *The Agent-Structure Problem in International Relations Theory*, 41 *INT'L ORG.* 335 (1987); ADLER, *supra* nota 57, em 5–6

maior parte das constituições nacionais incumbem todas as autoridades públicas, não somente juízes, de tratar, dentro do escopo de suas competências e procedimentos, os desafios sociais da violência, exclusão social, e instituições fracas. Por exemplo, o Artigo 3 da Constituição equatoriana estabelece que os deveres prioritários do estado sejam, entre outros, “o planejamento do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e promoção do desenvolvimento sustentável e a justa repartição de recursos e riquezas para permitir o acesso a um bom estilo de vida,” e “garantir a seus habitantes o direito de uma cultura de paz, para a segurança integral e a viver em uma sociedade democrática, e livre de corrupção.” No Artigo 3 da Constituição brasileira estabelece-se que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, são, entre outros, a “garantia do desenvolvimento nacional” e “para erradicar a pobreza e condições de vida precárias e para reduzir as desigualdades sociais e regionais.” Por conseguinte, a interação com a Corte Interamericana tem se tornado importante dimensão do mandato das instituições nacionais de direitos humanos na região. No contexto atual, é comum para tais instituições adotar a interpretação evolutiva da Corte Interamericana sobre a Convenção e para promover os direitos humanos nos seus respectivos estados com base em tal compreensão.⁸³ A Corte, por sua vez, constrói, expansivamente, os poderes para reunir informações encontradas no Artigo 69(2) de seu Regulamento.⁸⁴ Por exemplo, ela depende diretamente das instituições nacionais de direitos humanos, a fim de cooperar no processo de implementação do estado das suas ordens (mesmo contra a vontade do respectivo governo) ou para intervir nos procedimentos para monitorar o cumprimento, atuando como participantes independentes. Ao fazê-lo, ela estreita a relação dessas instituições com a comunidade de prática. Os exemplos incluem *Artavia Murillo versus Costa Rica*, a decisão IVF discutida acima, em que a Defensoría del Pueblo Costa-riquenho interveio na audiência pública de monitoramento e *Vélez Loor versus Panamá*, um caso relativo a um imigrante equatoriano, torturado e maltratado no Panamá, em que a Defensoria Panamenha interveio em uma audiência privada de cumprimento.⁸⁵

Para concluir, uma nova comunidade de prática criou um fenômeno jurídico que inclui elementos de diferentes ordens jurídicas ligadas por uma orientação comum. Uma onda do novo constitucionalismo criou definições legais internas para um projeto constitucional transformador abrangendo a região. Uma comunidade de prática trouxe tais normas jurídicas relativas à vida atribuindo um papel essencial da Corte IDH. O corpo de leis resultante, por sua vez, reforça a mais ampla comunidade de direitos humanos na América Latina.

3.2 A Dimensão Epistêmica

A comunidade de direitos humanos da América Latina é uma prática que gera não apenas normas e decisões, mas também formas de compreender o mundo social. Ela estabelece estruturas cognitivas que são criadas e difundidas para intervenções em conflitos concretos e para efeitos de governança dos direitos humanos.⁸⁶ Esta seção explora duas formas em que o sistema interamericano desencadeia práticas epistêmicas

⁸³ Thomas Innes Pegrarn, *National Human Rights Institutions in Latin America: Politics and Institutionalization*, em *HUMAN RIGHTS, STATE COMPLIANCE, AND SOCIAL CHANGE: ASSESSING NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS* 210 (Ryan Goodman & Thomas Innes Pegrarn eds., 2012).

⁸⁴ IACtHR, *Procedimento para Monitorar o Compliance das Sentenças e Outras Decisões da Corte*, Art. 69(2). (“A Corte poderá requerer de outras fontes de informação dados relevantes sobre o caso, a fim de avaliar o compliance das mesmas. Para esse fim, a Corte pode também pedir pareceres de especialistas ou relatórios que considere adequadas.”).

⁸⁵ Consulte o Caso de *Artavia Murillo*, supra nota 37; *Vélez Loor x Panamá*, Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (Ser. C) N.º 218 (23 Nov., 2010).

⁸⁶ Esse entendimento aplica-se a metodologias de crítica literária. Consulte Sahib Singh, *Narrative and Theory: Formalism’s Recurrent Return*, 84 *BRIT. Y.B. INT’L L.* 304, 307–13 (20014). Diego López, por sua vez, aplicou a “ansiedade de influência” de Harold Bloom para a apropriação de teorias jurídicas transnacionais na América Latina. DIEGO EDUARDO LÓPEZ MEDINA, *TEORÍA IMPURA DEL DERECHO: LA TRANSFORMACIÓN DE LA CULTURA JURÍDICA LATINOAMERICANA [TEORIA IMPURA DO DIREITO: A TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA NA AMÉRICA LATINA]* 22–70 (2004). Nossa discussão, embora não seja primariamente interessada em teoria jurídica como um artefato literário, mas ao invés disso se concentra em como a lei de direitos humanos interamericana é implementada em configurações internas. Para esta abordagem no direito

que são cruciais para compreender seu funcionamento. Em primeiro lugar, o sistema interamericano estimula a criação de competências nacionais. Em segundo, requer informações sobre o que está acontecendo na prática, desencadeando práticas epistêmicas por meio do qual a Corte constitui o contexto latino-americano. Essas técnicas ajudam a definir a base epistêmica para a transformação da realidade através da lei de direitos humanos na América Latina.

Primeiramente, o sistema interamericano incentiva a produção de conhecimento nacional—um processo social que envolve a partilha de experiências, exercendo e ganhando influência, e desenvolvendo redes que produzam especificamente conhecimento *jurídico*. Certas interpretações da lei de direitos humanos interamericana, tal como foi desenvolvida pela Corte, são ensinadas, defendidas, e tornaram-se dominantes na comunidade de prática latino-americana de direitos humanos. Esse processo de criação de conhecimento e prática não ocorre apenas em fóruns acadêmicos, mas também representa um núcleo de atividade de muitos atores na comunidade. Assim, ONGs elaboram as minutas e levantam dados, instituições nacionais de direitos humanos criam tutoriais de direitos humanos, e os governos, por último, mas não menos importante, publicam seus próprios relatórios e apoiam a circulação de suas próprias práticas de conhecimento. Tal conhecimento é essencial para o funcionamento da comunidade que surge em torno do constitucionalismo transformador. Os juízes nacionais precisam aprender as normas e jurisprudência dos direitos humanos; as universidades devem estabelecer cursos e centros de pesquisa sobre estes temas; e concursos de tribunal simulado trazendo novos talentos para o campo. Consideramos o Concurso de Tribunal Simulado de Direitos Humanos da Faculdade de Direito da American University Washington, estabelecido em 1995, que formou mais de três mil estudantes de mais de trezentas universidades.⁸⁷ O concurso promoveu uma comunidade de jovens praticantes de direitos humanos, muitos dos quais para carreiras ilustres como advogados, funcionários públicos, ativistas, ou acadêmicos, e, portanto, contribuiu para a construção social do *ius constitutionale commune* na América Latina. Todas estas atividades ajudam a expandir a influência da Corte IDH, além da obrigação legal, ou cálculo de escolha racional.

O Sistema Interamericano também desencadeia a produção de outros tipos de conhecimento. Considere a necessidade de dados quantitativos sobre direitos humanos.⁸⁸ O direito internacional exige a produção de indicadores, estatísticas e outros conhecimentos quantitativos, juntamente com muitas outras ferramentas de governança. O artigo 19 do Protocolo de San Salvador da Convenção Americana de Direitos Humanos, que ordena as partes a reportarem, por meio de indicadores, sobre os avanços na implementação do Protocolo, é exemplar desse desenvolvimento.⁸⁹

Conhecimento nacional, também, engloba a economia política de direitos humanos na América Latina. As agências de desenvolvimento da Europa e dos Estados Unidos desempenham um papel fundamental neste contexto, particularmente onde as iniciativas da boa governança e o estado de direito se aplicam. Muitos atores da comunidade de direitos humanos na América Latina estão associados a essas missões de auxílio ao desenvolvimento internacional, financiados por instituições como as fundações da Ford ou Konrad-Adenauer.⁹⁰ Consoante a sua capacidade financeira e prioridades políticas, algumas agências de desenvolvimento favorecerão a produção de certas formas de conhecimento que podem se tornar relevantes para o sistema interamericano. O impacto transformador da Corte Interamericana, assim, exige pensar sobre a política de produção de conhecimento jurídico na América Latina, e as estruturas de poder, preconceituosas,

internacional em geral, consulte Uruena, supra nota 63, em 403-09.

⁸⁷ Consulte American University, Academy of Human Rights and International Humanitarian Law, Inter-American Human Rights Competition 2020, em <https://www.wcl.american.edu/impact/initiatives-programs/hracademy/academia/concurso>.

⁸⁸ Consulte em geral René Uruena, Indicators as Political Spaces, 12 INT'L ORG. L. REV. 1 (2015).

⁸⁹ Consulte o Protocolo de San Salvador da Convenção Americana de Direitos Humanos, Art. 19,1; consulte também Laura Cecilia Pautassi, Monitoreo del acceso a la información desde indicadores de los derechos humanos [Monitoria de Acesso às Informações sobre Indicadores de Direitos Humanos], 18 SUR - INT. J. HUM. RTS. 59 (2013).

⁹⁰ Uma reflexão clássica do papel da Fundação Ford na criação de conhecimento jurídico na América Latina na década de 1970s is David M. Trubek & Marc Galanter, Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States, 1974 WIS. L. REV. 1062 (1974).

ou “pontos cegos” que eles podem gerar.

Uma segunda dimensão da produção do conhecimento refere-se a como “problemas” são enquadrados cognitivamente para permitir uma resposta que considera os direitos humanos. Em muitos casos, a dimensão dos direitos humanos não é evidente nos estágios iniciais de um conflito, porque, muitas vezes, o problema é simplesmente muito grande ou muito complexo para ser processado como uma disputa *legal* distinta. Para basear o caso dos direitos humanos sobre problemas sociais, o sistema deve, muitas vezes, intervir para reconstruir esses problemas de uma maneira profunda. A Corte intervém em situações internas complexas e precisa compreendê-las, o que implica no enquadramento cognitivo. O constitucionalismo transformador na América Latina envolve uma definição específica dos problemas latino-americanos em termos de direitos humanos; qualquer participante no campo tem que desenvolver certa competência para “enquadrar” o seu caso nas categorias do sistema interamericano, tornando a disputa, bem como seu contexto mais amplo, compreensível para a Corte.

Uma ferramenta jurídica crucial relativa a essa matéria é o esgotamento dos recursos internos, estabelecidos no Artigo 46(2) da Convenção estabelece como requisito de admissibilidade processual.⁹¹ Esse requisito tem uma função epistêmica, já que uma parte importante do trabalho real do sistema interamericano de enquadrar a realidade doméstica ocorre, frequentemente, em nível doméstico. O Tribunal é dependente principalmente por sua investigação de fatos incluídos em processos judiciais internos. Apesar dos seus esforços, não pode ser verdadeiramente “obter resultados concretos.” Na verdade, a lógica de complementaridade, que se manifesta no requisito de esgotamento,⁹² impede que seja realizado concretamente.

Isto não diminui o papel cognitivo da Corte IDH. O enquadramento de violações de direitos humanos não permanece constante nas escalas, mas varia com as mudanças da jurisdição que os analisa — assim, as violações dos direitos humanos enquadrados como um problema internacional, por um tribunal internacional, parecem diferentes do que as mesmas violações de direitos humanos enquadrados como um problema local por um tribunal local⁹³— os mesmos fatos parecem diferentes quando descritos de uma perspectiva internacional da Corte. O constitucionalismo transformador proporciona, assim, um profundo enquadramento das questões, que tem consequências importantes. Consideramos, então, a decisão inovadora de *González y otras (Campo Algodonero) versus México*.⁹⁴ O caso de três mulheres cujos processos de vitimização às autoridades nacionais originalmente consideraram como isolados e independentes, em vez de parte de uma tendência ou contexto mais amplo legalmente relevante.⁹⁵ A pedido das denunciadas, a Comissão e Corte Interamericanas intervieram e expressaram uma perspectiva relevante do contexto social de vitimização e enquadraram-na com significância jurídica em termos da adjudicação dos direitos humanos. Para isso, as autoras da denúncia estabeleceram padrão geral de violência em Ciudad Juárez, especificamente do assassinato de mulheres (feminicídio), transformando, assim, as três mortes em parte de um padrão mais amplo que existia desde a década de 1990 na cidade e seus arredores. No processo, a Corte desenvolveu as categorias com que definiu a realidade, assim, criando e mobilizando certos tipos de conhecimento (como o conhecimento estatístico do crime contra as mulheres e a impunidade), e afetando profundamente a interpretação e a aplicação da lei.

Isto pode, inicialmente, parecer uma observação trivial: todos os tribunais definem os “fatos” como

⁹¹ JO M. PASQUALUCCI, THE PRACTICE AND PROCEDURE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS 92–97 (2012).

⁹² Bernard Duhaime, Subsidiarity in the Americas: What Room Is There for Deference in the Inter-American System?, in DEFERENCE IN INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS: STANDARD OF REVIEW AND MARGIN OF APPRECIATION 289 (Wouter G. Werner & Lukasz Gruszczynski eds., 2014).

⁹³ Boaventura de Sousa Santos, Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law, 14 J. L. SOC'Y 279, 287 (1987).

⁹⁴ González e Outros (“Campo de Algodão”) x México. Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) N.º 205 (16 Nov., 2009).

⁹⁵ Id., parág. 127.

parte de sua adjudicação. Mas a função epistêmica da Corte Interamericana não é trivial. O ponto principal do caso de *Campo Algodonero* refere-se, precisamente, ao fato de que as autoridades internas tinham sido incapazes (ou indispostas) de enxergar o contexto factual mais amplo da vitimização sistemática das mulheres que as instituições interamericanas identificaram e validaram. Uma intervenção transformadora essencial foi definir esse contexto mais amplo factual — uma transformação que não foi alcançada por meio do desenvolvimento de novas normas legais ou oferecendo interpretação jurídica ou estratégias de “denúncia e divulgação”, mas fornecendo ferramentas tais como estatísticas, demografia e ecologia. Levando a uma descrição diferente da realidade, essas ferramentas, assim, servem como função epistêmica de base. A descrição alternativa da realidade tem implicações importantes para a adjudicação de direitos humanos e pode até ser vista como um ato de governança. Assim, categorias cognitivas produzidas pela Corte IDH encontram sua maneira em práticas legais internas, influenciando, por exemplo, a forma em que reparações internas são concebidas e implementadas.⁹⁶

Tais descrições não são neutras; elas implicam escolhas normativas. O enquadramento cognitivo vai além da mera “tradução” de realidades nacionais;⁹⁷ também ajuda a organizar a interpretação de atores dos seus próprios contextos.⁹⁸ Por exemplo, questões socioeconômicas internas complexas são lidas através do prisma de direitos humanos, a fim de se tornarem compreensíveis para a comunidade de direitos humanos na América Latina.

O conceito fundamental de “vítima” no sistema interamericano é um bom exemplo.

O sistema requer a compreensão da vítima, como alguém que tem direitos (em especial, o direito de participar nos processos de justiça de transição) e tem direito a várias formas de reparações. Mas a ideia de vítima no direito interamericano é também uma categoria epistêmica que organiza a maneira em que a sociedade civil pode conhecer suas realidades, e eventualmente a si mesma. Ela oferece os blocos de construção para descrever a realidade — os atores, estruturas, e a representação de um processo —, o processo penal segundo o qual o “perpetrador” cria a vítima. Tudo isto influencia a estratégia na prática.

Na Colômbia, por exemplo, a noção de vítima moldou a engrenagem institucional

e regulamentar do país — um ótimo exemplo sendo a Unidade de Vítimas no Ministério do Interior.⁹⁹ Mas o conceito de vítima emoldurou um universo mais amplo de possibilidades de mobilização política.¹⁰⁰ Questões tais como a participação no processo de paz com a Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC, sua sigla em espanhol), reparações administrativas e até mesmo a questão da regularização fundiária são todas vinculadas à maneira em que a vítima é definida e entendida. Por exemplo, somente aqueles que se autoidentificam como “vítimas” foram autorizados a participar, diretamente, nas negociações colombianas que levaram ao acordo de paz de 2016.¹⁰¹ Cinco delegações, com um total de 60 vítimas, visitaram Cuba e fa-

⁹⁶ Lina M. Escobar Martínez, Vicente F. Benítez-Rojas & Margarita Cárdenas Poveda, La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano [A influência das normas interamericanas de reparação na jurisprudência do Conselho de Estado Colombiano], 9 ESTUD. CONST. 165 (2011). Consulte em geral Salvador Herencia Carrasco, Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Reparações na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos], em SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL [SISTEMA INTERAMERICANO DE

⁹⁷ HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW] 381 (Kai Ambos, Ezequiel Mallarino & Christian Steiner eds., 2011).

⁹⁸ Sally Merry has explored the political and discursive implications of this process in SALLY ENGLE MERRY, HUMAN RIGHTS AND GENDER VIOLENCE: TRANSLATING INTERNATIONAL LAW INTO LOCAL JUSTICE (2006).

⁹⁹ Em detalhe, Sheila Jasanoff, The Idiom of Co-Production, in STATES OF KNOWLEDGE: THE CO-PRODUCTION OF SCIENCE AND SOCIAL ORDER 1 (Sheila Jasanoff ed., 2004).

¹⁰⁰ Consulte Unidade de Vítimas Colombianas no Ministério do Interior, em <https://www.unidadvictimas.gov.co>.

¹⁰¹ Nadia Tapia Navarro, The Category of Victim “From Below”: The Case of the Movement of Victims of State Crimes (MOV-ICE) in Colombia, 20 HUM. RTS. REV. 289 (2019).

¹⁰¹ Consulte RODDY BRETT, LA VOZ DE LAS VÍCTIMAS EN LA NEGOCIACIÓN: SISTEMATIZACIÓN DE UNA EXPERIENCIA [A VOZ DAS VÍTIMAS NA NEGOCIAÇÃO: SISTEMATIZAÇÃO DE UMA EXPERIÊNCIA] 12-17 (2017).

laram diretamente com os negociadores. Esse papel direto das vítimas foi uma inovação fundamental às últimas negociações de paz, e até o processo de seleção das vítimas (e a controvérsia que o cercou), deu grande visibilidade ao movimento de vítimas.¹⁰² Da mesma forma, o procedimento administrativo, elaborado para provisionar as indenizações e restituições de terras sob o acordo de paz, depende da autoidentificação como uma “vítima”, e de inscrição no “Registro de Vítimas.”¹⁰³ Ao final, o conceito ajudou muitos indivíduos que sofreram de extrema marginalização ganhar acesso ao capital financeiro e político.¹⁰⁴

Como uma categoria cognitiva, a noção de “vítima” transforma realidades sociais. Uma vez que esteja claro que a comunidade latino-americana de prática pode ser mobilizada em torno desse conceito, os atores naquela comunidade adaptarão as suas estratégias. Eles podem até reenquadrar a sua própria identidade. Esse movimento, por sua vez, ajuda muito a influência transformadora da Corte Interamericana, uma vez que é creditada como o enquadramento dessas categorias que se tornaram cruciais para as atividades da sociedade civil.

Colômbia, novamente, fornece um bom exemplo. A Corte Interamericana decidiu proteger um coletivo de mais de quinhentos fazendeiros camponeses da região de Urabá, que enfrentaram ameaças, estigmatização, assassinatos, e massacres porque seus membros optaram por resistir ao deslocamento e declarar-se neutro no meio da guerra civil do país. Em 2000, a Corte IDH ordenou medidas cautelares de proteção para 189 pessoas; na sequência de extrema violência contra a comunidade, a Corte, em seguida, ordenou a proteção da comunidade como um todo.¹⁰⁵ Esse movimento criou uma entidade, a “Comunidade de Paz de San José de Apartadó,” que se define como tal e, portanto, mobiliza, organiza e traça estratégias nessa base.¹⁰⁶

Naturalmente, todas essas realidades *existem*; elas representam o fenômeno de carne e osso, não apenas as categorias. O ponto crucial, porém, é que o conceito interamericano de vítima define a maneira como os indivíduos (e a comunidade de direitos humanos na América Latina) entendem a sua situação. A realidade de serem vítimas foi coproduzida muito pela implantação do conhecimento jurídico em si que vem com o conceito de “vitimização”. Este é um aspecto importante do funcionamento do constitucionalismo transformador.

3.3 Cumprimento como uma Prática Transformadora

Os céticos do caráter transformador do julgamento interamericano, muitas vezes, destacam certa falta de conformidade com as ordens da Corte, em particular quando eles exigem uma profunda mudança.¹⁰⁷ Essa

¹⁰² Consulte Natalia Arenas, El viaje de las víctimas a La Habana desnuda el mayor problema de la Ley de Víctimas [A Viagem das Vítimas a La Habana Expôs o Grande Problema do Ato das Vítimas], LA SILLA VACÍA (14 Ago, 2014) em <https://lasillavacia.com/historia/el-viaje-de-las-victimas-en-la-habana-desnuda-el-mayor-problema-de-la-ley-de-victimas-48419>. O processo de seleção foi controverso, como as vítimas dos atos de cada ator no conflito não se sentiram representadas por organizações que representam vítimas de outros atores. Assim, por exemplo, vítimas de violação de direitos humanos por agentes do estado estavam, muitas vezes, em discordância com as vítimas das FARC, criando assim um panorama difícil (e doloroso) de vitimização conflitante.

¹⁰³ O registro foi criado pelo Artigo 155 da Lei n.º 1448/11, 2011 J.O. 48,096 (Colom.)—chamado, por sua vez, “Lei de Vítimas”.

¹⁰⁴ Para uma análise do impacto da noção de “vítima”, consulte Angelika Rettberg, Ley de víctimas en Colombia: Um balance [Lei de Vítimas na Colômbia: Um equilíbrio], 54 REV. ESTUD. SOC. 185 (2015). Para uma discussão consistente das estruturas de mobilização da sociedade civil em torno da noção, consulte Julieta Lemaitre Ripoll, Diálogo sin debate: La participación en los decretos de la Ley de Víctimas [Diálogo Sem Debate: Participação na Lei dos Decretos das Vítimas], 31 REV. DERECHO PUBLICO - UNIV. LOS ANDES 1 (2013).

¹⁰⁵ Assunto da Comunidade de Paz de San José de Apartadó relacionado à Colômbia, Medida de precaução, em 9(i), 16 considerando a cláusula 7 (Com.. Inter-Am. D.H., 24 Nov, 2000). Consulte também Assunto das Comunidades de Jiguamiandó e Curbaradó Relacionado à Colômbia, Medida de Precaução, em 9, considerando a cláusula 8 (Com.. Inter-Am. D.H., 7 Fev, 2006).

¹⁰⁶ Sobre as “comunidades de paz” na Colômbia, consulte Nadia Tapia Navarro, A Stubborn Victim of Mass Atrocity: The Peace Community of San José de Apartadó, 50 J. LEG. PLUR. UNOFF. L. 188 (2018). John Gregory Belalcázar Valencia, Las comunidades de paz: Formas de acción colectiva en resistencia civil al conflicto armado Colombiano [As Comunidades de Paz: Formas de Ação Coletiva em Resistência Civil ao Conflito Armado Colombiano], 7–8 REV. ENTORNO GEOGRÁFICO 196 (2011). Roland & Anrup Janneth Español, Una comunidad de paz conflicto con la soberanía y el aparato del Estado judicial [Uma Comunidade de Paz no Conflito com a Soberania e o Sistema Judicial do Estado], 35 DIÁLOGOS SABERES 153 (2011).

¹⁰⁷ Para análises de compliance, Fernando Basch, Leonardo Filippini, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi & Bárbara Schreiber,

deficiência pode aparecer para minar qualquer sugestão de constitucionalismo internacional transformador: se a autoridade do Tribunal parece frívola quando aplicada ao caso em apreço, um amplo papel transformador parece extremamente improvável. No entanto, concentrando-se unicamente no caso específico de supervisão, desconsidera o efeito transformador das atividades expansivas da Corte IDH. Além disso, o foco relativo ao cumprimento esconde o maior impacto de suas ordens e interpretações, que vem à luz se considerarmos a influência da Corte sobre o comportamento da comunidade latino-americana de direitos humanos.

Como uma primeira questão, a Corte IDH supervisiona o cumprimento como parte de seu mandato central, diferentemente da ECtHR, já que o Artigo 46 da CEDH delega essa tarefa ao Comitê de Ministros. O monitoramento de cumprimento da Corte IDH é essencialmente dialógico e de natureza informativa: não tanto preocupada em *impor* certas ordens, mas sim com a criação de estruturas cognitivas e dinâmicas de política interna que ajudarão a realizar as ordens da Corte. Algumas ferramentas relevantes à sua disposição são os relatórios de país da Comissão, requisitos informativos, e visitas *in loco*,¹⁰⁸ bem como o cumprimento descentralizado da Corte audições.¹⁰⁹ Em todos estes casos, a Corte e a Comissão esforçaram-se para criar as estruturas cognitivas e políticas que facilitam a pressão de cumprimento interno, que normalmente é pressão exercida pelos grupos da sociedade civil.¹¹⁰ Assim, o sistema interamericano fornece um espaço para encontros entre as autoridades nacionais e os representantes nacionais, e trabalha em conjunto com a sociedade civil para ter impacto em condições que levem ao cumprimento. A partir dessa perspectiva, o controle de cumprimento é parte de um processo mais amplo de transformação.

Essa abordagem interamericana difere muito da compreensão tradicional de cumprimento. Leituras tradicionais enxergam tanto a decisão judicial e o âmbito de aplicação como estáticos, e cumprimento é entendido como um processo mecânico, no qual “alavancagens” são ativadas para atingir o comportamento exigido dos destinatários. O formulário paradigmático é direito privado nacional: cumprimento com uma decisão judicial é obtido mediante a ativação de certos mecanismos sociopolíticos (aplicação judicial, por exemplo) para “forçar” o destinatário da decisão a fazer algo (cumprir uma obrigação). Essa visão permeia o entendimento dominante de cumprimento na visão jurídica internacional,¹¹¹ em que o principal problema

The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions 7 SUR - INT'L J. HUM. RTS. 9 (2010); Damián A. González-Salzberg, La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: Un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación [A aplicação da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Argentina: Uma análise das Oscilações de Jurisprudências da Suprema Corte] 8 SUR - INT'L J. HUM.HUM. RTS. 117 (2011). Para uma visão mais diferenciada de compliance, consulte James L. Cavallaro e Stephanie Erin Brewer Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court, 102 AJIL 768 (2008); relacionado à Comissão, Ariel Dulitzky, Derechos humanos en Latinoamérica y el sistema Interamericano: Modelos para desarmar [Direitos Humanos na América Latina, e o Sistema Interamericano: Modelos para Desmontar] 299 (2017); sobre pedidos contra Colômbia, Sergio Iván Anzola, Beatriz Eugenia Sánchez & René Uruña, Después del fallo: El cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Una propuesta de metodología [Após a Decisão: Compliance com o Sistema Interamericano de Decisões de Direitos Humanos, uma Proposta Metodológica], 11 DOCUMENTOS JUSTICIA GLOBAL 447 (2015).

¹⁰⁸ Bertha Santoscoy Noro, Las visitas in loco de la Comisión Interamericana de Protección de los Derechos Humanos [As Visitas in loco pela Comissão Interamericana de Proteção de Direitos Humanos], em EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI [O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO LIMITE DO SÉCULO XXI] 606 (2003).

¹⁰⁹ Consulte Felipe González, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Antecedentes, funciones y otros aspectos [A Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Perfil, Funções, e Outros Aspectos], 5 ANU. DERECHOS HUM. 35, 39–41, 54 (2009).

¹¹⁰ Consulte Celeste Kauffman & César Rodríguez-Garavito, De las órdenes a la práctica: Análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos [De Ordens para a Prática: Análise e Estratégias para o Compliance das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos], em DESAFÍOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. NUEVOS TIEMPOS, VIEJOS RETOS [DESAFIOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. NOVOS TEMPOS, VELHOS DESAFIOS] 276 (2015).

¹¹¹ Para um mapa, consulte Benedict Kingsbury, The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law, 19 MICH. J. INT'L L. 345 (1998). Para uma crítica, consulte também Robert Howse & Ruti Teitel, Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters, 1 GLOB. POL'Y, 127 (2010).

parece ser a forma de incentivar o cumprimento quando há pouca alavanca política para obrigar estados a mudarem seu comportamento.¹¹² Dada à escassez de mecanismos de aplicação, o cumprimento parece quase como uma escolha discricionária dos estados, em particular no contexto de direitos humanos.¹¹³

Nossa leitura refuta essa compreensão em duas direções. Na primeira, ela rejeita a ideia de que uma decisão judicial é estática, no sentido de ser totalmente cristalizada ou esculpida em pedra. Na verdade, ordens de tribunais internacionais são muitas vezes vagas, uma vez que seus contornos precisos apenas se tornam aparentes no processo de implementação e, portanto, em diálogo com as autoridades de estado envolvidas. Em outras palavras, uma ordem judicial é, apenas, um passo (embora, sem dúvida, essencial) em um longo processo. Ela define o escopo e o impulso de possível implementação, mas normalmente não tem os detalhes da política concreta para fundamentar a decisão.

Além disso, o contexto da implementação raramente é estático. Portanto, a Corte Interamericana cria um diálogo entre a decisão e as condições para a sua implementação. A alavancagem política que poderia levar ao cumprimento é dinâmica e pode ser muito influenciada pela decisão cuja execução é solicitada. Assim, quando a Corte adota uma ordem, a questão do cumprimento não é apenas saber se existem ferramentas para coagir o estado para conformar. Por exemplo, que tipo de alavancagem está lá para induzir a acusação interna de culpados? Existe um judiciário nacional ativo? Existe uma sociedade civil poderosa? Em vez disso, a questão também é a forma como a própria decisão pode ser utilizada para mobilizar e até gerar tais ferramentas e forçar um estado no sentido do cumprimento. Como pode o judiciário nacional usar *esta* decisão para forçar o cumprimento com relação a ele? Como a sociedade civil pode mobilizar-se em torno *dessa* decisão?

Nesse contexto, até casos explícitos de resistência às decisões interamericanas são parte de um processo mais amplo de influência. No caso *Fontevecchia*, a Corte IDH ordenou que a Argentina tornasse uma decisão da Suprema Corte sem efeito, porque violava o direito de liberdade de expressão de dois jornalistas que tinham sido condenados por um tribunal nacional a pagar uma indenização a um ex-presidente.¹¹⁴ A Corte Suprema da Argentina, no entanto, explicitamente, decidiu que a decisão interamericana não poderia ser implementada. Para o Tribunal, enquanto as decisões interamericanas são “a princípio” vinculativas, não poderiam ser cumpridas se o tribunal internacional tivesse excedido os seus poderes, ou se sua decisão contrariasse os “princípios de direito constitucional público argentino.”¹¹⁵ A Corte Suprema da Argentina, portanto, não estava, apenas, retrocedendo de uma linha de precedente que aceitava que as decisões interamericanas eram sempre vinculativas sob a lei argentina,¹¹⁶ mas também se posicionou em franca oposição à Corte IDH — da mesma maneira que a Suprema Corte da Costa Rica no caso da fertilização *in vitro* discutido acima.

A atitude desafiadora da Suprema Corte na *Fontevecchia* não foi o fim da história, entretanto. A Corte Interamericana continuou a monitorar o cumprimento com a sua decisão e, em última instância, sinalizou mecanismos alternativos de cumprimento disponíveis para a Argentina. Em vez de, necessariamente, revisar a decisão judicial interna, a Corte IDH decidiu que a Argentina poderia remover a decisão “de suas páginas da web do Supremo Tribunal de Justiça e o Centro de Informações Judiciais, ou que a sua publicação fosse

¹¹² ERIC A. POSNER & A. O. SYKES, *ECONOMIC FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL LAW* 198–208 (2013).

¹¹³ Consulte, por exemplo, ERIC A. POSNER, *THE TWILIGHT OF HUMAN RIGHTS LAW* 69–78 (2014).

¹¹⁴ Caso de *Fontevecchia e D’Amico x Argentina*, Méritos, Reparações, e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 238, para. 137 (29 Nov., 2011).

¹¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la Nación [Suprema Corte de Justiça da Nação], 14 de fevereiro de 2017, Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto s/ informe sentencia dictada en el caso “Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina”/Amico vs. Argentina” por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Relatório do Ministério de Relações Externas sobre a Sentença da Corte Interamericana ‘Fontevecchia y d’Amico x Argentina’], consideração 12 (Arg.).

¹¹⁶ Consulte a Corte Suprema de Justicia de la Nación [Suprema Corte de Justiça da Nação], 23 de dezembro de 2004, Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa [Miguel Ángel Espósito, Incidente de Prescrição da Ação Penal criado por Sua Defesa], “considerando” 6, 10 (Arg.); Corte Suprema de Justicia de la Nación [Suprema Corte de Justiça da Nação], 29 de novembro de 2011, Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción – causa n° 24,079 [René Jesús Derecho, Incidente de Prescrição da Ação Penal, Caso N° 24.079], considerando” 4, 5 (Arg.).

mantida, mas algum tipo de anotação é feita, indicando que esta sentença foi declarada uma violação da Convenção Americana, pela Corte Interamericana.”¹¹⁷ O tribunal argentino decidiu aceitar a proposta da Corte IDH, e adicionou o seguinte texto para o texto oficial, da sua decisão: “este acórdão foi declarado incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos pela Corte Interamericana (acórdão de 21 de Novembro, 2011).”¹¹⁸

Esse resultado pode ser inconveniente para alguns críticos dos tribunais argentinos, que acreditam que, apenas, a revogação da decisão nacional teria sido suficiente para cumprir com a ordem da Corte Interamericana. Para nossos propósitos, no entanto, a saga *Fontevicchia* revela que o que, no começo, parece ser uma reação definitiva, contra a adjudicação dos direitos humanos interamericanos, na verdade, ilustra como um primeiro ato de não conformidade pode ser, apenas, o início ponto de um processo mais amplo. Enfrentando uma forte repreensão do tribunal argentino, a Corte Interamericana adaptou a sua posição, oferecendo diferentes alternativas de cumprimento, que foram depois retomadas pelo tribunal nacional. Nem o mecanismo específico de cumprimento, nem o contexto Argentino foram esculpidos em pedra: tanto o tribunal internacional e suas contrapartes nacionais envolveram-se em um processo de interação e adaptação que resultou em um desfecho que não havia sido antecipado.

O processo de revisão de supervisão da Corte IDH, portanto, apresenta uma oportunidade para o exercício da autoridade judicial. Não é um processo político, em grande parte, fora do campo da Corte, mas sim uma parte integral dela; não é analiticamente separado da adjudicação, mas sim uma continuação dela. De forma mais ampla, é parte de um processo que envolve muitos intervenientes. Em última instância, o cumprimento, em um dado caso não é um fim em si, mas parte de um processo muito maior de transformação que envolve círculos em prol dos direitos nacionais, incluindo organizações da sociedade civil, instituições nacionais de direitos humanos, tribunais nacionais assim como atores que se opõem a uma determinada decisão da Corte.

3.4 Constitucionalismo Transformador, Para Além do Cumprimento

Não se deve “fetichizar” o cumprimento como um indicador para o impacto da vida real. Embora estudos de implementação sejam obviamente relevantes, eles são, apenas, um elemento de uma compreensão mais profunda do impacto das instituições interamericanas sobre a proteção e o avanço dos direitos humanos.¹¹⁹ Isto é particularmente verdadeiro quando se trata de avaliar o funcionamento de um tribunal internacional de direitos humanos que resolve problemas estruturais.¹²⁰ Na sequência do seu mandato de suporte ao constitucionalismo transformador, a Corte ordena reparações que são frequentemente muito difíceis de cumprir integralmente, como a perseguição de indivíduos que fazem parte de grupos sociais poderosos. Se a Corte considerasse o pleno cumprimento seu supremo objetivo, teria de renunciar ao seu mandato para aspirar por uma profunda mudança. Certamente isso não faz sentido. Em constitucionalismo transformador, a questão do cumprimento torna-se parte da grande preocupação com o impacto, o que também representa o processo social (e não apenas o resultado) de cumprimento, e para os diversos atores envolvidos no processo.

¹¹⁷ Caso de *Fontevicchia e D’Amico x Argentina*, Monitorar Compliance com a Sentença, parág. 21 (Ct. Inter-Am. D.H. 18 Out, 2017).

¹¹⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación [Suprema Corte de Justiça da Nação], 5 de dezembro de 2017, Resolução N. 4015 (Arg.).

¹¹⁹ Sobre o impacto da adjudicação nacional, consulte RODRÍGUEZ GARAVITO & RODRÍGUEZ FRANCO, supra nota 15. Para maiores impactos da adjudicação interamericana, consulte Oscar Parra Vera, *The Impact of Inter-American Judgments by Institutional Empowerment*, in *TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: THE EMERGENCE OF A NEW IUS COMMUNE*, supra nota 44. Para uma revisão da literatura relevante sobre estes impactos mais amplos, consulte Par Engstrom, *Introduction: Rethinking the Impact of the Inter-American Human Rights System*, in *THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM: IMPACT BEYOND COMPLIANCE 1* (Par Engstrom ed., 2019).

¹²⁰ Cavallaro & Brewer, supra nota 108. Ximena Soley, *The Transformative Dimension of Inter-American Jurisprudence*, in *TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: THE EMERGENCE OF A NEW IUS COMMUNE*, supra nota 44, em 337; Howse e Teitel, supra nota 113.

O uso do “impacto” como um prisma analítico mais amplo do que o “cumprimento” permite um melhor entendimento da dinâmica de proteção de direitos humanos. Grupos da sociedade civil nacional usam, frequentemente, as decisões interamericanas para promover agendas nacionais de direitos humanos.¹²¹ Isto cria “parcerias de conformidade” que promovem a colaboração entre instituições interamericanas e grupos da sociedade civil.¹²² As decisões do sistema, além disso, dão voz e reconhecimento a quem tem sido sistematicamente ignorado. A jurisprudência interamericana sobre reparações, por exemplo, muitas vezes ordena reparações simbólicas em que monumentos são construídos para homenagear vítimas de atrocidades, e não apenas os autores. Por exemplo, em 19 *Comerciantes*, a Corte ordenou a Colômbia a “erigir um monumento em memória das vítimas e, em uma cerimônia pública, na presença dos parentes das vítimas, colocar uma placa com os nomes dos 19 comerciantes [que foram mortos].”¹²³

Além disso, o sistema interamericano capacita instituições em prol dos direitos nacionais que utilizem as decisões interamericanas em suas disputas com outros atores nacionais. Por exemplo, em 2009, três juízes da Suprema Corte colombiana que estavam investigando as ligações da ala direita paramilitar tanto com a presidência e com o Congresso pediu à Comissão Interamericana proteção preventiva contra as ameaças que vieram de dentro do estado colombiano.¹²⁴ As medidas vieram para que as investigações pudessem continuar. As ordens do sistema são também úteis para desbloquear os obstáculos institucionais que impedem a proteção dos direitos humanos. Burocracias são dependentes e muitas vezes carecem de empatia com os marginalizados. Por iniciar burocracias que podem ser relutantes em envolver-se na proteção aos direitos humanos, atores nacionais de sociedade civil ou instituições públicas em prol dos direitos podem usar ordens pelo sistema interamericano para combater a inércia institucional ou ignorar os guardiães institucionais.¹²⁵

Por meio dessa interação estratégica, instituições interamericanas penetram fundo nos sistemas jurídicos dos estados.¹²⁶ Construindo sobre as disposições constitucionais nacionais exploradas na primeira seção desta Artigo, as normas interamericanas penetram a fundamentação legal nos tribunais nacionais, parlamentos e agências administrativas, criando, assim, maior espaço jurídico interamericano que é usado pelos intervenientes da comunidade de direitos humanos.¹²⁷

Naturalmente, há muitos limites para tal prática. Os tribunais não podem e não devem prever mudanças sociais profundas independentemente. Transformações dessa magnitude requerem um forte comprometimento de muitos atores em toda a sociedade, bem como uma grande vontade política.¹²⁸ Ao mesmo tempo, muitos atores da comunidade de direitos humanos na América Latina não dependem de julgamento como uma estratégia para transformar a região, com a Corte IDH, sendo um fórum importante. Em vez de considerá-los ingênuos, muitas dessas organizações são sofisticadas e repetem os intervenientes que entendem as possibilidades (e limites) da transformação que os direitos humanos na América Latina oferecem.

¹²¹ Cavallaro & Brewer, supra nota 109.

¹²² Alexandra Huneus, Compliance with International Judgments, in *THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL ADJUDICATION* 437 (Yuval Shany, Karen J. Alter & Cesare P.R. Romano, eds., 1^a ed. 2013). Um argumento semelhante, propondo o efeito do sistema interamericano como uma função da força relativa de círculos nacionais de advogados constitucionais, consulte Alexandra Huneus, *Constitutional Lawyers and the Inter-American Court's Varies Authority*, 79 L. & CONTEMP. PROBS. 179 (2016).

¹²³ Consulte O caso dos 19 Comerciantes x Colômbia, Méritos, Reparaciones, e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 109, 132 (Julho 5, 2004) (Tradução em inglês).

¹²⁴ Parra Vera, supra nota 121.

¹²⁵ RODRÍGUEZ GARAVITO & RODRÍGUEZ FRANCO, supra nota 17.

¹²⁶ ACOSTA ALVARADO, supra nota 21.

¹²⁷ René Uruena, Double or Nothing: The Inter-American Court of Human Rights in an Increasingly Adverse Context, 35 WIS. INT'L L.J. 398 (2017).

¹²⁸ Alexandra Huneus, Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights, 44 CORNELL INT'L L.J. 493 (2011); Ariel E. Dulitzky, El impacto del control de convencionalidad. Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? [O Impacto de Controle da Convencionalidade. Uma Mudança de Paradigma no Sistema Interamericano de Direitos Humanos?], em *TRATADO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES [TRATADO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS]* 533 (Julio César Rivera ed., 2014); Soley, supra nota 122, em 338, 344.

Essa presença constante das normas interamericanas, decisões, e instituições de toda a região cria um quadro cognitivo compartilhado pela sociedade civil, tribunais, acadêmicos e até por instituições do Estado que são responsáveis por violações dos direitos humanos. Nesse processo, muitos conflitos sociopolíticos importantes são enquadrados como questões distintas de *direitos humanos*, e não mais como problemas de natureza econômica ou política que vão além da lei. Este, propomos, é o sentido preferencial do constitucionalismo transformador: que problemas sociais aparentemente insolúveis que antes entendidos como força política ou força bruta, em vez disso, também fossem enquadradas como questões *jurídicas* e, de fato, como problemas de direitos humanos que podem ser resolvidas através do sistema jurídico. Efetivamente, expandir as fronteiras do que pode ser enquadrado como uma questão de direitos humanos é essencial para o constitucionalismo transformador. Sem dúvida, o impacto mais profundo da Corte Interamericana decorre do impacto profundo, permitindo essa reconstrução e favorecendo o acompanhamento da comunidade de prática latino-americana.

4 Legalidade e legitimidade do constitucionalismo transformador internacional na América Latina

O *Ius constitutionale commune*, temos argumentado, é a prática social de uma comunidade. Como tal, ele precisa de uma ideia de sua legitimidade. Sendo uma comunidade de advogados, isso inclui um argumento fundamentado da legalidade da prática. Na seção a seguir, desenvolvemos essa ideia. Fazemos isso como *insiders* da comunidade, assumindo que escrevemos como participantes, deão invés de observadores, o que não compromete a nossa reivindicação acadêmica.¹²⁹ A Corte Interamericana avança no constitucionalismo transformador com decisões verdadeiramente abrangentes e inovadoras que levantam sérias questões de legalidade e legitimidade. Abordando textos jurídicos com o objetivo de transformar estruturas profundamente arraigadas (mesmo que a ambição não seja sempre realizada) certamente será controverso. Tanto em nível nacional como em nível internacional, boa parte da crítica do constitucionalismo transformador é normativo, focando e considerando se os tribunais *deverem* interpretar textos com base em um ponto de vantagem transformador em casos em que, por exemplo, essa abordagem possa prejudicar a divisão de poderes em uma democracia ou se tem insuficiente legitimidade democrática. Mas esses argumentos têm, também, uma dimensão analítica, pois implicam que o constitucionalismo transformador dificilmente poderia funcionar sem fortes argumentos que apoiam a legalidade e legitimidade.

Nas outras seções deste artigo, por conseguinte, justificamos a legalidade e legitimidade do constitucionalismo transformador no sistema interamericano. Vamos mostrar como ele pode satisfazer três formas de crítica. A primeira é a crítica *ultra vires*, que destaca os limites legais do mandato transformador da Corte. A segunda crítica argumenta que a Corte IDH não defere, suficientemente, na tomada de decisões democráticas nacionais. Por último, a Corte não foi criticada por ter negado que “diferenças de opinião razoáveis e persistentes [persistem] no que diz respeito à justiça e direitos.”¹³⁰

4.1 A Geração do Mandato Transformador da Corte

Uma crítica incisiva é que o constitucionalismo transformador da Corte excede os limites do seu mandato, conforme estabelecido nos instrumentos internacionais pertinentes, ou seja, que age *ultra vires*.

¹²⁹ Para uma reconstrução seminal da erudição jurídica internacional como participação de projetos maiores, cf. MARTTI KOSKENNIEMI, *THE GENTLE CIVILIZER OF NATIONS: THE RISE AND FALL OF INTERNATIONAL LAW 1870–1960* (2001); Martti Koskenniemi, *Constitutionalism as a Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization*, 8 *THEORETICAL INQUIRIES L.* 9 (2007).

¹³⁰ Consulte Roberto Gargarella, *Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay*, 109 *AJIL UNBOUND* 115, 118 (2015).

Um aspecto diz respeito à falta de base textual para a prática. Há, de fato, pouco sobre essa matéria no texto da Convenção Americana de Direitos Humanos. Os redatores da Convenção dificilmente poderiam ter imaginado o tratado como fornecendo uma base para o constitucionalismo transformador. Afinal, a maioria dos estados que assinaram a Convenção Americana tiveram um governo militar autoritário ou eram apenas nominalmente democráticos. Além disso, a Convenção surgiu da Organização dos Estados Americanos, em que os interesses geopolíticos da Guerra Fria dos Estados Unidos foram essenciais.¹³¹

No entanto, porque a agenda transformadora está consagrada nas constituições nacionais — em especial por meio de Declarações de Direitos generosas — e a Convenção Americana está incorporada por meio do bloco de constitucionalidade, a Corte IDH recebeu por essas transformações internas uma função para complementar os processos constitucionais nacionais através da interpretação evolutiva. A Corte assumiu o mandato não por meio de uma decisão despótica e de tomada de poder, argumentamos, mas em resposta às constituições domésticas que complementa.¹³²

Esta não é a forma jurídica tradicional de delegar autoridade em direito institucional internacional.¹³³ Contudo, é amplamente reconhecido que o mandato de uma instituição internacional, suas atribuições e competências evoluem e expandem muitas vezes ao longo do tempo.¹³⁴ A mentalidade funcionalista de estrita responsabilidade principal de agente é insuficiente para explicar o papel dinâmico geralmente aceito de instituições internacionais — especialmente na área de direitos humanos.¹³⁵ Isso permite respostas à mudança de contextos, no nosso caso a disposições constitucionais nacionais que preveem, e podem até mesmo exigir, ações de apoio de instituições internacionais. Este é o caso na América Latina. A adoção de constituições nacionais com generosas declarações de direitos, que se destinam a transformar a realidade da região, emparelhados com cláusulas constitucionais que abrem sistemas jurídicos nacionais ao direito internacional, permitem essa interpretação. Tais textos constitucionais nacionais podem ser interpretados como a expressão de uma expectativa em nome de estados e sociedades civis nacionais que a Corte Interamericana poderia ser um aliado ativo no projeto transformador nacional. Como já mencionado, os países sabem o quão importante é o apoio externo para o avanço de uma agenda de direitos humanos no país.¹³⁶ Assim, a Corte Interamericana tem uma “função suplementar da constituição”¹³⁷ que, embora originalmente

¹³¹ Par Engstrom, *The Inter-American Human Rights System and US-Latin American Relations*, in *COOPERATION AND HEGEMONY IN US-LATIN AMERICAN RELATIONS: REVISITING THE WESTERN HEMISPHERE IDEA* 209, at 215–21 (Juan Pablo Scarfi & Andrew R. Tillman eds., 2016). JUAN PABLO SCARFI, *THE HIDDEN HISTORY OF INTERNATIONAL LAW IN THE AMERICAS: EMPIRE AND LEGAL NETWORKS* 179–190 (2017). Sobre o potencial antes inimaginável da Convenção, assim como a evolução inesperada que conduziu a resultados inovadores, consulte Tom Farer, *The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox*, 19 *HUM. RTS. Q.* 510 (1997).

¹³² Consulte Parte I.B supra.

¹³³ JAN KLABBERS, *AN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW* (2009).

¹³⁴ JOSÉ E. ALVAREZ, *INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AS LAW-MAKERS* 92–95, 139–43 (2005); HENRY G. SCHERMERS & NIELS M. BLOKKER, *INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW: UNITY WITHIN DIVERSITY*, at paras. 206-36 (2011); Enzo Cannizzaro & Paolo Palchetti, *Atos Ultra Vires das Organizações Internacionais*, em *RESEARCH HANDBOOK ON THE LAW OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS* 365 (Jan Klabbbers & Asa Wallendahl eds., 2011); Armin von Bogdandy, *General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field*, in *THE EXERCISE OF PUBLIC AUTHORITY BY INTERNATIONAL INSTITUTIONS: ADVANCING INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW* 727 (Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum, Jochen von Bernstorff, Philipp Dann & Matthias Goldmann eds., 2010); RENÉ URUEÑA, *DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES [INTERNATIONAL ORGANIZATIONS LAW]* 209–25 (2008).

¹³⁵ Jan Klabbbers, *The EJIL Foreword: The Transformation of International Organizations Law*, 26 *EUR. J. INT'L L.* 9 (2015). Os Artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais (ONU, Doc. A/66/10, 2011) fornecem boas evidências das limitações da abordagem funcionalista estreita, que tem se destacado pela maioria dos comentaristas. Consulte, por exemplo, Arnold N. Porto, *Reflections on the Scope of Application of the Articles on the Responsibility of International Organizations*, in *RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS: ESSAYS IN MEMORY OF SIR IAN BROWNLIE* 147 (Maurizio Ragazzi ed., 2013).

¹³⁶ SIKKINK & KECK, supra nota 33; veja também Kathryn Sikkink, *The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America*, in *THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN LATIN AMERICA* 263 (Rachel Sieder, Line Schjolden & Alan Angell eds., 2005).

¹³⁷ Consulte ARMIN VON BOGDANDY & INGO VENZKE, *IN WHOSE NAME?: A PUBLIC LAW THEORY OF INTER-*

não incluída nos seus estatutos, gradualmente ganhou aceitação por parte de muitos órgãos internos, como evidenciado, por exemplo, ao seguirem os precedentes da Corte IDH.¹³⁸

Assim, o mandato transformador opera em dois níveis diferentes. no primeiro, ele dá à Corte Interamericana os poderes para apoiar processos nacionais de transformação constitucional. Em segundo lugar, e não menos importante, fornece o quadro jurídico para a prática da comunidade de direitos humanos, que tem crescido ao ponto de *esperar* que a Corte Interamericana apoie tais processos de transformação. Em uma região de judiciários nacionais tradicionalmente fracos,¹³⁹ tribunais domésticos têm usado as decisões interamericanas para reforçar a sua independência e para ganhar espaço para adotar decisões controversas.¹⁴⁰ A Corte IDH, portanto, contribui para resolver bloqueios institucionais nacionais — isto é, a ação de avançamento, em que as estruturas de poder, inércia burocrática, e dependência de trajeto obstruem a mudança necessária.¹⁴¹

Outro aspecto da crítica *ultra vires* desafia a legislação geral da Corte. Assim, os cinco presidentes consideraram relevantes para “ênfatisar a importância da aplicação rigorosa das fontes da Lei de Direitos Humanos Internacional” e “lembrar que as resoluções e decisões dos órgãos do Sistema Interamericano só tem efeitos para as partes no litígio.”¹⁴² Essa crítica é periclitante em muitas frentes. Em primeiro lugar, a aplicação da Corte de fontes parece ser razoavelmente estrita: como a própria Corte explicou, instrumentos de quase direito são utilizados principalmente apenas como orientações para interpretar normas consuetudinárias ou convencionais.¹⁴³ Em segundo lugar, embora partilhemos a crítica que a Corte IDH pode ter esticado a sua interpretação das normas *jus cogens* em demasiado,¹⁴⁴ nós encontramos que a crítica ignora o fato de que a Corte poderia envolver-se em práticas discriminatórias se seguissem o pedido dos cinco presidentes. Embora não haja dúvida de que sentenças Interamericanas são juridicamente vinculativas apenas sobre as

NATIONAL ADJUDICATION 131–33 (2014).

¹³⁸ Para exemplos na Bolívia, Brasil, Colômbia, Chile e Peru, consulte PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS HUMANOS [PROTEÇÃO MULTINÍVEL DE DIREITOS HUMANOS] 327–416, 449–69 (René Uruëña, George Rodrigo Bandeira Galindo & Aida Torres Pérez, eds., 2013).

¹³⁹ Consulte em geral OLIVIER DUHAMEL & MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, LAS DEMOCRACIAS: ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA POLÍTICA [DEMOCRACIAS: ENTRE DIREITO CONSTITUCIONAL E POLÍTICA] (1997).

¹⁴⁰ Para esta mesma observação fora da América Latina, consulte Eyal Benvenisti, Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts, 102 AJIL 241 (2008).

¹⁴¹ Parra Vera, supra nota 121.

¹⁴² República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay [República da Argentina, República Federativa do Brasil, República do Chile, República da Colômbia e República do Paraguai], supra nota 3.

¹⁴³ Consulte The Environment and Human Rights (State Obligations in Relation to the Environment in the Context of the Protection and Guarantee of the Rights to Life and to Personal Integrity – Interpretation and Scope of Articles 4(1) and 5(1) of the Convenção Americana de Direitos Humanos), Parecer Consultivo OC-23/17, Ct. Inter-Am. D.H. (Ser. A) No. 23, para. 45 (15 Nov., 2017). No entanto, a Corte na ocasião contou com normas quase-direito para basear decisões importantes, sem dar explicação suficiente para a função específica de seu status legal em sua lógica. Consulte, por exemplo, consulte o Parecer Consultivo OC-24/17, supra nota 66, parágs. 174, 206 – 13. Destacando esse problema com fontes legais não vinculativas, a opinião da maioria, consulte a opinião dissidente do Juíz Vio Grossi, parágs. 66– 69.

¹⁴⁴ Por exemplo, a visão persistente da Corte que o princípio da igualdade e não-discriminação é uma norma *jus cogens*, porque “é aplicável a todos os Estados, independentemente de serem ou não parte de um tratado internacional específico” (Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados, Parecer Consultivo OC-18/03, Ct. Inter-Am D.H. (ser. A) No. 18, para. 173,4 (17 Set., 2003) parece confundir o direito costumeiro internacional padrão com regras peremptórias e carece, além disso, de uma forte base em direito internacional geral. A Corte repetiu este argumento em Yatama x Nicaragua, Objecões Preliminares, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am D.H. (ser. C) No. 127, para. 184 (23 de junho de 2005); Caso de “Massacre Mapiripán” versus Colombia Méritos, Reparações, e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 134, para. 178 (15 Set., 2005); Caso das Meninas Yean e Bosico versus República Dominicana, Objecões Preliminares, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 130, para. 141 (8 Sep., 2005); López Álvarez x Honduras, Méritos, Reparações, e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 141, para. 170 (1 Fev., 2006); Servellón García et al. versus Honduras, Méritos, Reparações, e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am D.H. (ser. C) No. 152, para. 97 (21 Set., 2006); Caso de Atala Riffo e Filhas, supra nota 43, parág. 79. No estreito conceito de *jus cogens*, consulte Jochen A. Frowein, Obligations Erga Omnes, em MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, em parágs. 6–8 (Rüdiger Wolfrum ed., 2008); Jochen Frowein, Jus Cogens, em MAX PLANCK ENCYCLOPEDIA OF PUBLIC INTERNATIONAL LAW, nos parágs. 6–8 (Rüdiger Wolfrum ed. 2013).

partes para cada caso, um padrão básico de não discriminação requer que os casos sejam decididos por considerar antes as decisões do mesmo tribunal em situações semelhantes.¹⁴⁵ Se existem decisões anteriores, os tribunais devem decidir analogamente ou devem fornecer fortes razões (de fato ou de direito) que garantam um tratamento diferente. Não o fazer implicaria discriminação arbitrária contra o autor de uma denúncia.

Mas a crítica dos presidentes também perde a sua marca em um sentido mais amplo. Como discutido acima, as novas constituições ou emendas constitucionais na América Latina criaram uma expectativa específica, expressa no direito constitucional, que a Corte poderia ser um aliado ativo em projetos transformadores nacionais. Essa função requer muito mais do que simplesmente determinar a responsabilidade do estado por violações da Convenção Americana no caso em apreço; teria sido desnecessária, afinal, alterar as constituições da região e criar cláusulas de abertura se aquele era o único âmbito do mandato da Corte. Além de estabelecer a responsabilidade do estado por uma violação concreta, o mandato interamericano compreende a definição de normas que são aplicáveis à região como um todo, não somente para as partes em uma disputa específica. Com efeito, essa legislação é uma característica geral dos tribunais internacionais.¹⁴⁶ Somente por meio dessas normas gerais que a Corte IDH pode verdadeiramente acompanhar transformações constitucionais nacionais. De fato, muitos tribunais nacionais estão usando esses padrões precisamente dessa forma.¹⁴⁷

4.2 Democracia na Comunidade de Direitos Humanos da América Latina

Uma segunda grande objeção à prática transformadora da Corte Interamericana alega que ela desrespeita a democracia.¹⁴⁸ Muitas vezes, essa crítica é acompanhada pelo pedido que a Corte conceda aos estados uma margem de apreciação.¹⁴⁹ Neste artigo, não consideramos a questão geral, mas, em vez disso, enfocamos o caso seminal Gelman. Os pais argentinos de Macarena Gelman foram capturados, torturados e mortos pelos militares uruguaios em 1976, em uma ação conjunta entre Argentina-Uruguai na “Operação Condor.” A mãe de Gelman estava grávida de sete meses quando ela foi capturada, e ela deu à luz no cativeiro. Após o desaparecimento forçado da mãe, a criança foi criada por um policial uruguai e sua esposa, que não tinham conhecimento de sua verdadeira identidade até que um avô paterno conseguiu localizá-la em 2000.

¹⁴⁵ Consulte VON BOGDANDY AND VENZKE, supra nota 138, em 117. Na mesma linha, o TEDH considerou que “enquanto não seja formalmente obrigado a seguir qualquer uma das suas decisões judiciais anteriores, é no interesse da segurança jurídica, a previsibilidade e a igualdade perante a lei, que não deve afastar-se, sem motivo justificado, a partir de precedentes estabelecidos em casos anteriores. Desde que a Convenção é primeira e acima de tudo, um sistema de proteção de direitos humanos, a Corte deve, contudo, ter em conta a evolução das condições de Estados Contratantes e responder, por exemplo, a qualquer consenso emergente como os padrões a serem alcançados.” Consulte Chapman versus Reino Unido, 2001-I Ct. Eur. D.H., parág. 70. Sobre a forma como as decisões do TEDH influenciaram políticas em toda a Europa sobre questões mais sensíveis, consulte Laurence R. Helfer & Erik Voeten, International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe, 68 INT'L ORG. 77 (2014).

¹⁴⁶ Consulte as contribuições em INTERNATIONAL JUDICIAL LAWMAKING: ON PUBLIC AUTHORITY AND DEMOCRATIC LEGITIMATION IN GLOBAL GOVERNANCE (Armin von Bogdandy & Ingo Venzke eds., 2012).

¹⁴⁷ Por exemplo o uso doméstico de normas Interamericanas na Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, Guatemala e Peru, consulte DE ANACRONISMOS Y VATICINIOS: DIAGNÓSTICO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO EN LATINOAMÉRICA [DE ANACRONISMOS E PREVISÕES: DIAGNÓSTICO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO NA AMÉRICA LATINA] 29–46 327–416, 449–69 (Paola Acosta Alvarado, Juana Inés Acosta López & Daniel Rivas Ramírez eds., 2017).

¹⁴⁸ Contesse, supra nota 60, em 430; Jorge Contesse, Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System, 79 L. & CONTEMP. PROBS. 123, 135–44 (2016); Roberto Gargarella, La democracia frente a los crímenes masivos: Una reflexión a la luz del caso Gelman [Democracia em Face de Crimes de Massa: Uma Reflexão em função do caso Gelman], REV. LATINOAM. DERECHO INT. (2015); Gargarella, supra nota 132.

¹⁴⁹ Consulte, por exemplo, Juana Inés Acosta-López, The Inter-American Human Rights System and the Colombian Peace: Redefining the Fight Against Impunity, 110 AJIL UNBOUND 178 (2016); Contesse, supra nota 60, em 141–42. O conceito vem da ETDH consulte Marckx/Bélgica, 31 Ct. Eur. D.H. (ser. A), parág. 58 (1979); Dean Spielmann, Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?, 14 CAM. Y.B. EUR. LEGAL STUD. 381–401 (2011–2012); JOSEPHINE ASCHE, DIE MARGIN OF APPRECIATION (2018).

Esses fatos foram, na sua maioria, incontestados e confirmados por um relatório oficial da “Comissão de Paz” de 2003.¹⁵⁰ No entanto, a lei uruguaia de 1986, que concedeu anistia aos membros e agentes da ditadura (a “Prescrição Penal”), impediu que os perpetradores fossem processados. A Prescrição Penal foi aprovada por um Congresso democraticamente eleito e, em três décadas, foi considerado três vezes constitucional pelo Supremo Tribunal interno relativamente independente. Além disso, ela foi submetida a um referendo nacional livre, não somente uma vez, mas duas vezes. Em um nível puramente processual, é difícil pensar em uma decisão interna com um melhor pedigree democrático formal. No entanto, a lei abertamente colidiu com um tema consistente na jurisprudência interamericana, que enfatiza a obrigação dos estados de garantir às vítimas o direito à verdade,¹⁵¹ um processo penal contra os autores de abusos de direitos humanos, e a plena reparação pelas infrações.¹⁵² Por ocasião do caso Gelman, a Corte IDH já tinha rejeitado anistias em branco em processos de justiça de transição no Peru. Especificamente, o bloqueio da Prescrição Penal uruguaia foi a decisão em 2001 em Barrios Altos¹⁵³ e a decisão de 2006 em La Cantuta,¹⁵⁴ segundo a qual anistias constituíram uma violação da Convenção Americana; a mesma Corte até considerou que tais anistias “careciam de efeitos jurídicos.”¹⁵⁵

A situação uruguaia foi completamente diferente, porque as anistias peruanas tinham pouco legitimidade democrática.¹⁵⁶ No entanto, o sistema interamericano manteve as suas declarações categóricas de Barrios Altos e La Cantuta. Ela manteve a sua estrita não deferência padrão de revisão e alegou que a Prescrição Penal uruguaia, apesar do seu pedigree democrático, violou a Convenção Americana. A Corte considerou que, assim como as anistias peruanas, a lei uruguaia “carecia de efeitos jurídicos” e não podia ficar mais como obstáculo para outras ações penais.¹⁵⁷ Para chegar a essa conclusão, a Corte salientou que o apoio democrático para uma medida não implica a sua legalidade sob a lei de direitos humanos. Nas suas palavras: o fato de que a Prescrição Penal do Estado foi aprovada em um regime democrático e, no entanto, ratificado ou apoiado pelo público, em duas ocasiões, designadamente, por meio do exercício da democracia direta, não concede automaticamente ou por si mesma a legitimidade com base no Direito Internacional.

A legitimidade democrática dos fatos específicos em uma sociedade é limitada pelas normas de proteção de direitos humanos reconhecidos nos tratados internacionais, como a Convenção Americana, de tal forma que a existência de (um) verdadeiro regime democrático é determinada tanto por suas características formais como também substanciais. Portanto, particularmente em casos de graves violações de normas (peremptória) do Direito Internacional, a proteção de direitos humanos constitui um limite intransponível à regra da maioria, isto é, para o fórum do “possível a ser decidido” pelas maiorias na instância democrática¹⁵⁸

Essa postura tem sido alvo de críticas, que defendem que a Corte não considera adequadamente os processos democráticos nacionais. Na sua forma mais severa, essa crítica visa recuperar uma maior autonomia para os estados democráticos vis-à-vis o Sistema Interamericano: uma margem de apreciação geral. Esse é o tom da carta dos cinco presidentes, que afirma que “o Princípio da Subsidiariedade, que sustenta os pressupostos legais de admissibilidade de uma petição, significa que o Estado tem o direito de ter o seu próprio

¹⁵⁰ Gelman versus Uruguay, supra nota 46.

¹⁵¹ Thomas M. Antkowiak, Truth as Right and Remedy in International Human Rights Experience, 23 MICH. J. INT’L L. 977 (2002).

¹⁵² PASQUALUCCI, supra nota 93.

¹⁵³ Caso de Barrios Altos x Peru, supra nota 48; consulte em geral, Christina Binder, The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights, 12 GER. L.J. 1203 (2011).

¹⁵⁴ Caso de La Cantuta x Peru, supra nota 50.

¹⁵⁵ Caso de Barrios Altos x Peru, supra nota 48, parágs. 41–44, Res. 4. Na sua opinião distinta a La Cantuta versus Peru, Sergio García Ramírez argumenta ainda com mais força que as leis domésticas que violam a Convenção são “basicamente inválidas” (parágs. 4– 5).

¹⁵⁶ As leis de anistia peruanas foram aprovadas por um Congresso juntadas por Alberto Fujimori, depois de ele ter fechado o Congresso democraticamente eleito no chamado “autogolpe” de 1992. Consulte em geral Steven Levitsky, Fujimori and Post-party Politics in Peru, 10 J. DEMOCRACY 78 (1999).

¹⁵⁷ Id., parág. 312,11.

¹⁵⁸ Id., parágs. 238– 39.

sistema judicial para resolver a situação antes de ser submetida a uma instância internacional.” De forma geral, a carta salienta “o espaço legítimo de autonomia disponível para os Estados deve ser respeitado a fim de assegurar a todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, através de seus próprios processos democráticos, direitos e garantias consagrados na Convenção em acordo com seus sistemas constitucionais.”¹⁵⁹ Em uma veia semelhante (mas com diferentes fidelidades políticas), a crítica acadêmica acusa a Corte por não respeitar o pedigree democrático interno específico das políticas que ela revisa.¹⁶⁰ A versão mais elaborada dessa crítica sugere uma escala deslizante: o mais forte pedigree democrático da medida, o mais referencial que a Corte Interamericana pode ser, e vice-versa.¹⁶¹

Por uma questão de princípio, este último não é necessariamente conflitante com a abordagem Gelman. Há pouca evidência de que a Corte Interamericana, em geral, rejeita um padrão de revisão maleável, com pedigree democrático como a variável independente. A diferença reside na questão de saber em que medida uma maioria democrática pode reivindicar o direito a uma decisão que não pode ser revisada. Especificamente, a controvérsia diz respeito ao que constitui a essência, o núcleo, da comunidade latino-americana de direitos humanos: suas experiências fundamentais de injustiça, e o impacto de tais experiências na definição do que a comunidade de direitos humanos pode considerar como sendo democrática. De certa forma, o conflito, em última análise, diz respeito ao legado do ¡Nunca Más! na América Latina.

Para a Corte Interamericana, qualquer decisão interna que contradiz esse princípio básico violará a Convenção. Portanto, mesmo se for tomada por meio de um processo interno totalmente democrático. Em contraste, os críticos argumentam que a Corte deve aplicar a escala deslizante até mesmo sobre essas questões centrais: daí, Gelman deve estar sujeito a um baixo padrão de revisão, tal como a arbitrariedade ou irracionalidade, dado seu alto pedigree democrático nacional.¹⁶²

Olhando a questão pelo prisma da comunidade latino-americana de direitos humanos, ajuda a resolver esse intrincado problema. Para a Corte, há uma clara linha dividindo a adjudicação dos direitos humanos da deliberação popular e, conseqüentemente, da tomada de decisões majoritárias. No entanto, o entendimento da Corte como parte da comunidade latino-americana da prática dos direitos humanos mostra que essa linha divisória é porosa. Porque a Corte contribui para a comunidade latino-americana de direitos humanos, seu julgamento está conectado com um público promovido por aquela comunidade. Na verdade, essa articulação é crucialmente importante: as decisões, como Gelman não existem porque são “corretas” em termos de fundamentação legal, mas porque as comunidades de prática relevante as aceitam e apoiam como juridicamente plausíveis, muito convincentes, e de efeitos práticos relevantes. Essa legitimidade social é fundamental para a adjudicação de direitos humanos. Uma decisão que é rejeitada pela comunidade de prática como juridicamente improvável não será socialmente legítimo. A razão mais importante da posição da Corte sobre o que é “não decidível” permanece é porque um público, as comunidades de prática relevantes, aceitam e o apoiam.

É fundamental observar que essa comunidade, esse público, é transnacional, e é a estrutura profunda da operação da Corte IDH. O mandato da Corte é Interamericano— significando que a Corte é chamada a considerar não somente os processos públicos nacionais e democráticos nacionais individuais, mas também os processos públicos regionais latino-americanas, o processo social regional, tal como entendido e realizado pela comunidade de prática latino-americana.

Críticas que incidem sobre os processos políticos nacionais e públicos falham em considerar o processo social regional da comunidade de prática latino-americana. Mas esse processo é legitimamente a referência

¹⁵⁹ República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República de Chile, la República de Colombia y la República del Paraguay [República da Argentina, República Federativa do Brasil, República do Chile, República da Colômbia e República do Paraguai], supra nota 3.

¹⁶⁰ Contesse, supra nota 60.

¹⁶¹ Gargarella, supra nota 131.

¹⁶² Id.

dominante para as interpretações da Corte Interamericana. A Corte IDH atua como um tribunal transnacional quando está engajando na interpretação evolutiva para um contexto transnacional de evolução. Embora a Prescrição Penal uruguaia em Gelman tenha um excelente pedigree democrático nacional, a Corte ainda tem de ponderar o que sua possível aceitação daquela Prescrição Penal significaria para a comunidade regional em geral, e, para os processos de democratização em outros países, em particular. Dada a centralidade que *¡ Nunca Más!*, com a sua busca por justiça, tem para aquela comunidade, parece perfeitamente razoável para a Corte aplicar um rigoroso padrão de revisão.

Por conseguinte, a decisão da Corte parece muito mais legítima quando se entende que a

comunidade latino-americana de direitos humanos criou um público latino-americano. Naturalmente, um público no sentido de um eleitorado somente existe em nível nacional na América Latina. Esse enfoque, no entanto, falha em contabilizar todos os públicos relevantes. Se um é favorável à ideia de uma comunidade de prática além do Estado, então o padrão de revisão apropriado deve considerar esse escopo mais amplo e incluir as práticas sociais e os públicos regionais que vêm com ele.

Reconhecemos que tal pensamento enfrentará o ceticismo.¹⁶³ Mas a comunidade de direitos humanos da América Latina é um fato social observável que é difícil de negar — conforme o público que ela acarreta. Mais uma vez, o público que surge da comunidade latino-americana da prática dos direitos humanos não é uma replicação das democracias nacionais — é diferente em caráter, instituições e profundidade. Práticas sociais regionais são construídas sobre processos sociais internos, mas permanecem distintas delas. Tais práticas regionais não substituem ou reproduzem práticas democráticas nacionais; eles as complementam.

Muitos desafios são regionais e precisam ser tratados naquele nível com o seu público transnacional. Delimitando práticas sociais relevantes à legitimidade da adjudicação dos direitos humanos exclusivamente nos círculos nacionais, falha em compreender a dimensão regional da sociedade latino-americana. Como pensar sobre a prestação de contas em eleições para instituições interamericanas,¹⁶⁴ por exemplo, se não mediante a construção sobre as expectativas sociais abrangendo a região de uma comunidade de prática? Como enfrentar desafios, tais como a migração¹⁶⁵, a proteção da Amazônia,¹⁶⁶ ou as práticas regionais corruptas da Odebrecht,¹⁶⁷ sem essa camada mais regional da interação social e o seu público transnacional que se esforça para desenvolver um interesse comum transnacional? Não precisamos postular um processo regional democrático formal a fim de ver como uma comunidade regional da prática dos direitos humanos pode legitimar decisões transnacionais legítimas que confrontam esses desafios regionais. Os críticos tendem a ignorar essa prática regional mais ampla e pública e centrar-se exclusivamente na nacional. No entanto, ao fazê-lo, corre-se o risco de subestimar uma dimensão crucial da política latino-americana, como as fortes reações à comunicação dos cinco presidentes mostram claramente.

¹⁶³ Consulte, em geral Gráinne de Búrca, *Developing Democracy Beyond the State*, 46 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 221 (2008). Para um resumo dos argumentos céticos, consulte Steven Wheatley, *A Democratic Rule of International Law*, 22 EUR. J. INT'L L. 525 (2011). Para o outro lado, consulte Armin Von Bogdandy, *The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9–12 EU Treaty for International Organizations*, 23 EUR. J. INT'L L. 315 (2012).

¹⁶⁴ Devido Processo de Fundação Legal, *Fundación para el debido proceso, expertos y expertas independientes evalúan postulantes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Peritos Independentes Avaliam Candidatos a Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos]* (2019), em <http://www.dplf.org/es/news/expertos-y-expertas-indepen-evaluan-postulantes-de-dientes-de-la-comision-interamericana-de-derechos-de-la>.

¹⁶⁵ MICHAEL J. CAMILLERI & FEN OSLER HAMPSON, *NO STRANGERS AT THE GATE: COLLECTIVE RESPONSIBILITY AND A REGION'S RESPONSE TO THE VENEZUELAN REFUGEE AND MIGRATION CRISIS* (2018).

¹⁶⁶ Leticia Casado & Ernesto Londoño, *Under Brazil's Far-Right Leader, Amazon Protections Slashed and Forests Fall*, N.Y. TIMES (28 Julho, 2019), em <https://www.nytimes.com/2019/07/28/world/americas/brazil-deforestation-amazonia-bolsonaro.html>.

¹⁶⁷ Para um resumo, consulte Nicholas Casey & Andrea Zarate, *Corruption Scandals with Brazilian Roots Cascade Across Latin America*, N.Y. TIMES (13 Feb, 2017), em <https://www.nytimes.com/2017/02/13/world/americas/Peru-Colombia-Venezuela-brasil-odebrecht-escandalo.html>.

4.3 Lidando com a Imprecisão Jurídica

Uma terceira linha de crítica refere-se a como a Corte Interamericana lida com a imprecisão de direitos humanos. Baseia-se na visão de que textos jurídicos em geral, e os textos de direitos humanos em particular, não podem em si determinar o resultado de um caso.¹⁶⁸ De acordo com essa crítica, tal imprecisão implica, no contexto interamericano, que “estamos em desacordo sobre o que os direitos (humanos) devem ser, e o que devem ser seu conteúdo e contornos, e “é por isso que” não devemos simplesmente tratar a ideia de direitos como isolada ou sem qualquer contato sequer com a noção da regra da maioria.”¹⁶⁹

Naturalmente, textos de direitos humanos não definem o resultado de um determinado conflito. Eles ganham precisão apenas no processo de geração de uma lei de interpretação e aplicação. A Corte IDH subestima essa indeterminação de direitos humanos. Por exemplo, *Gelman* falhou em reconhecer que depender de sua jurisprudência de anistia tal como fora desenvolvida para o Peru não era o único caminho possível. Tal é a orientação da crítica de “desacordo” de Gargarella, e ele tem razão de destacar isso. Mas, mais uma vez, subestimar a imprecisão é o que a maioria dos tribunais costuma fazer.¹⁷⁰ O simples fato de a Corte Interamericana não chamar a atenção para a eventualidade de suas escolhas argumentativas (e, por conseguinte, a sua profunda ligação a práticas sociais mais amplas) não torna o caso *Gelman* como um caso mal decidido, mas sim uma decisão frontalmente tradicional dos direitos humanos.

Se houver contingência, isso não significa que os juízes podem, apenas, ordenar o que acharem ser melhor. O mandato para avançar o constitucionalismo transformador na América Latina é guiado, enquadrado, e restringido pelas inúmeras salvaguardas jurídicas e factuais contextuais: a definição de fatos dos casos, métodos legais, a seleção de juízes, colegialidade e procedimentos, precedentes, e a necessidade de construir e proteger a autoridade do Tribunal.

O mandato encontra os seus limites externos nos desafios que surgem da realidade social. Na América Latina, a interpretação da Convenção, à luz de tal realidade implica principalmente em abordar a fraqueza das instituições, exclusão social, e violência.¹⁷¹ Há um amplo acordo na região que estes são desafios centrais que devem ser enfrentados. É também evidente que tal constitucionalismo transformador precisa ser avançado pelo emprego de medidas estruturais e focado nas deficiências estruturais.¹⁷² O mandato da Corte, portanto, vai muito além da decisão sobre se uma violação da Convenção ocorreu no caso em apreço.¹⁷³ Esta justifica as ordens criativas e abrangentes da Corte sobre reparações, que tem crescido para se tornar um componente crucial do constitucionalismo transformador.¹⁷⁴

Se este é um vasto campo no qual a Corte ainda tem grande poder discricionário, existem muitos padrões e cautelas contra “o ativismo judicial selvagem” que apoia a alegação da legalidade e legitimidade dos desfechos.¹⁷⁵ Há protocolos de fundamentação legal, por exemplo, parte dos quais são os métodos de interpretação jurídica. Qualquer decisão judicial deve ser vinculada *lege artis* à fonte básica da autoridade do tribunal,

¹⁶⁸ Para a tese de indeterminação radical em direito internacional geral, consulte MARTTI KOSKENNIEMI, DA APOLOGIA A UTOPIA: THE STRUCTURE OF INTERNATIONAL LEGAL ARGUMENT 60–66 (2006). Em direitos humanos em particular, consulte Martti Koskenniemi, Human Rights, Politics, and Love, 4 MENSESKER RETTIGHEDER 33, 83–84 (2001).

¹⁶⁹ Gargarella, supra nota 131.

¹⁷⁰ Duncan Kennedy, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, 36 J. LEGAL EDUC. 518 (1986).

¹⁷¹ Flávia Piovesan, Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives, in TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: THE EMERGENCE OF A NEW IUS COMMUNE, supra nota 46.

¹⁷² Alexandra Huneus, Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, 40 YALE J. INT'L L. 1 (2015). Víctor Abramovich, De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos [Das Violações Massivas a Padrões Estruturais: Novos Enfoques e Tensões Clássicas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos], 6 REV. SUR 7 (2009).

¹⁷³ Soley, supra nota 121.

¹⁷⁴ Sobre reparações e constitucionalismo transformador, consulte id. em 346-48; ANTONIAZZI, supra nota 25, at 267–75. Para uma visão reconhecendo alguns dos desafios para a legitimidade da prática de reparações da Corte, consulte David L. Atanasio, Extraordinary Reparations, Legitimacy, and the Inter-American Court, 37 U. PA. J. INT'L L. 813 (2016).

¹⁷⁵ Consulte VON BOGDANDY AND VENZKE, supra nota 138, em 156.

no nosso caso a Convenção Americana de Direitos Humanos. Naturalmente, a nossa própria discussão anterior mostra que não se deve superestimar esses protocolos: eles quase nunca determinam o resultado de uma decisão, em particular, as decisões de cortes supremas, constitucionais ou internacionais. Mas esses protocolos estruturam a decisão e, não menos importante, proporcionam padrões pela crítica das decisões do Tribunal. O Princípio da Colegialidade, da mesma forma, fornece outra cautela. Qualquer decisão recai sobre a sentença de vários juízes. Hércules de Dworkin fornece uma ideia errada do que acontece em San José. As divergências entre os juízes, é importante notar, são incorporados ao sistema.

Outras orientações e restrições resultam do processo que desenvolve o caso, os atores e os seus fundamentos, o contexto específico e a trajetória do caso, e as prováveis implicações de diferentes decisões possíveis. Depois, há o processo de seleção de juízes e juízas interamericanos. Cada novo juiz vem com uma ideia do que o mandato da Convenção deve ser. Todos os novos juízes, e todos os atores da comunidade, sabem como é importante uma eleição para a Corte para a evolução do campo, especialmente considerando-se que há, apenas, sete juízes (e sete membros da Comissão), que são eleitos por um período de seis (quatro) anos, respectivamente, e apenas podem servir dois mandatos. Como resultado, a Corte Interamericana poderia alterar, radicalmente, a sua perspectiva com apenas quatro nomeações. Parece provável que os cinco presidentes de estados estão ponderando essa opção para alinhar a Corte para que esteja mais próxima da sua agenda política; pela mesma razão, grupos da sociedade civil decidiram investir parte dos seus escassos recursos em fazer com que o público latino-americano seja ouvido em processos eleitorais.¹⁷⁶

Não menos importante, essa perspectiva incentiva-nos a olhar para outras cautelas. A imprecisão não implica que todos os resultados sejam igualmente aceitáveis, ou que “a lei seja política” de uma vez por todas. A identidade do sistema é mais um fator limitativo — uma identidade criada pela trajetória percorrida até agora pela Corte e prevista na sua jurisprudência, assim como no legado das lutas que a produziu. Este é mais um ponto onde a dimensão social do mandato interamericano torna-se crucial. Pensar em termos de prática social permite-nos apreciar a relevância da comunidade de direitos humanos na América Latina como um condicionante sobre juízes interamericanos. Decisões como *Barrios Altos* e *Cantuta* são mais do que declarações de obrigações jurídicas internacionais; elas também expressam convicções profundamente compartilhadas na comunidade de prática, convicções, em torno da qual a mesma comunidade interage. *Gelman* foi uma reiteração do *acervo* da comunidade de prática latino-americana, cristalizado por uma expressão jurídica da Corte Interamericana, que estabelece um padrão não deferencial de revisão ao lidar com anistias para violações graves de direitos humanos. De fato, há poucas condenações tão claramente cristalizadas naquela comunidade como o padrão não deferencial de *Barrios Altos*, *Cantuta* e agora *Gelman*. É difícil imaginar que os cinco presidentes podem indicar juízes para a Corte Interamericana que podem romper com aquela comunidade latino-americana tão facilmente assim. De fato, em uma decisão recente ao monitorar o supervisionamento com a *Barrios Altos* e *La Cantuta*, a Corte considerou que a norma restringindo anistias para graves violações de direitos humanos fazem parte do *acervo* do direito internacional de direitos humanos e do direito penal internacional.¹⁷⁷

Certamente, a antecipação da recepção que qualquer decisão é susceptível de receber— de tribunais

¹⁷⁶ Consulte, por exemplo, a fiscalização rigorosa das eleições de 2019 dos Comissários Interamericanos por organizações da sociedade civil. Centro para Justiça e Direito Internacional, Panel independiente de expertos-as evalúa candidaturas a la CIDH y recomienda a los Estados de la OEA nominar personas idóneas e independientes [Um Painel Independente de Especialistas Avalia Candidatos para a IACHR e Recomenda que a OEA Unidos Nomeie Pessoas Apropriadas e Independentes] (7 Jun, 2019), em <https://www.cejil.org/es/panel-independiente-expertos-evalua-candidaturas-cidh-y-recomienda-estados-oea-nominar-personas>. Em parte devido às pressões da sociedade civil, o candidato colombiano para a Comissão não conseguiu ser eleito. Consulte Everth Bustamante no sería apto para ser comisionado ante la CIDH, dice panel de universidad [Everth Bustamante Não Seria Elegível para ser Comissário perante a IACHR, diz Painel da Universidade], EL ESPECTADOR (Junho 10, 2019), em <https://www.elespectador.com/noticias/el-mundo/everth-bustamante-no-seria-apto-para-para-ser-comisionado-ante-la-cidh-dice-panel-de-universidade-articulo-8651693>.

¹⁷⁷ Caso de Caso de Barrios Altos e Caso de La Cantuta x Peru, Monitorar Compliance com a sentença, Ct. Inter-Am.. D.H., parágrafos 44–45 (30 de maio de 2018).

nacionais, dos atores políticos, da opinião pública, da sociedade civil e da academia, e particularmente daqueles atores que formam a comunidade de prática de direitos humanos da América Latina — envolve outro elemento limitativo. A autoridade das Cortes, o seu ativo mais importante, nunca é resolvida, mas apoiada em uma interação contínua com uma ampla gama de intervenientes, enfatizando, assim, as comunidades de prática pertinentes.¹⁷⁸

5 Considerações finais: uma abordagem flexível, mas firme

Constitucionalismo transformador não tem um botão de “liga/desliga”, que fornece um modelo para um mundo melhor. Em vez disso, ele é situacional e flexível, não menos importante, porque depende muito de casos. Ele exige muito pouco em termos de “hardware” (infraestrutura institucional ou financeira), mas muito em termos de “software” (como uma mentalidade jurídica). Quando se trata de hardware, o que é necessário é uma infraestrutura básica em termos de democracia constitucional: uma constituição com direitos básicos que funciona como lei superior, instituições de base de representação democrática, e um judiciário independente, e de algum modo, razoável. Quanto ao software, depende de um público de apoio, bem como de “atores legais” cuja abordagem à interpretação jurídica. Em primeiro lugar, responde à percepção de que uma determinada sociedade é estruturalmente falha em seus princípios constitucionais e, em segundo lugar, entende que essas deficiências estruturais são questões que podem ser abordadas de forma significativa — embora certamente não totalmente resolvidas — por meio de processos judiciais sobre casos individuais que representam tais deficiências. Essa mentalidade transformadora repousa sobre a esperança de que a interpretação e aplicação do direito constitucional, para tais casos, pode mover toda a sociedade um pouco mais perto do pacto social de base; isto é, fundamentalmente, uma contribuição específica que somente os advogados podem fazer.

Parte da força do constitucionalismo transformador, no entanto, reside na sua flexibilidade, o que é evidenciado pela maneira em que a Corte Interamericana está desenvolvendo e adaptando a sua relação com o judiciário nacional: a doutrina de controle da convencionalidade. Como ela precisa de uma comunidade de prática que se engaje em suas decisões, a Corte parece esclarecida em não alienar certos insiders importantes da comunidade, tais como tribunais nacionais importantes. Confrontado com críticas provenientes de estudiosos e tribunais nacionais, a Corte Interamericana tem relaxado alguns elementos desta doutrina. Em um determinado ponto, a Corte IDH parecia exigir que o controle da convencionalidade da legislação parlamentar fosse uma obrigação de todos os órgãos do estado, e não apenas as autoridades judiciais superiores.¹⁷⁹ No entanto, essa interpretação levava a grandes riscos nos sistemas internos, onde o estado de direito é, muitas vezes, fraco, e, também, ameaçava a própria posição das autoridades judiciais superiores em seus próprios sistemas nacionais.¹⁸⁰ Confrontados com essa crítica, a Corte deteve-se a uma compreensão mais limitada da doutrina esclarecendo que o controle da convencionalidade deveria ser exercido pelas autoridades de um estado”, evidentemente, no âmbito de suas respectivas jurisdições, e normas processuais correspondentes.¹⁸¹

¹⁷⁸ No mesmo sentido, consultar Paula Baldini Miranda da Cruz, *Trackers and Trailblazers: Dynamic Interactions and Institutional Design in the Inter-American Court of Human Rights*, 11 J. INT. DISPUTE SETTLEMENT 69 (2020), o argumento de que “uma das razões por que a Corte Interamericana de Direitos Humanos é mais criativa do que outros tribunais semelhantes, é porque os seus Estados-Membros a incentivam a agir desta forma, cumprindo seus acordãos” (At 70).

¹⁷⁹ *Caso de Cabrera García and Montiel-Flores x Mexico*, Objecões Preliminares, Méritos, Reparações, e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am.. D.H. (ser. C) No. 220, para. 225 (26 Nov., 2010).

¹⁸⁰ Para a opinião de um insider sobre a mudança da Corte, consulte DIEGO GARCÍA-SAYÁN, *CAMBIANDO EL FUTURO [MUDANDO O FUTURO]* (2017). García-Sayán era um juiz, na Corte Interamericana de 2004 a 2015, e foi presidente de 2010 a 2014, quando a mudança principal ocorreu. Para uma visão geral acadêmica das críticas, consulte Ariel E. Dulitzky, *An Inter-American Constitutional Court-The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights*, 50 TEX. INT’L L.J. 45, 60–64, 71–79 (2015).

¹⁸¹ *Gelman x Uruguai*, supra nota 46, parág. 193.

Da mesma forma, controle da convencionalidade, por conseguinte, implica que as instituições têm o dever de aplicar o direito internacional, mas apenas enquanto este seja compatível com as normas nacionais de jurisdições e procedimento — uma doutrina muito menos radical do que parecia inicialmente.¹⁸²

Mas a flexibilidade da Corte IDH é fundamentada. Não é apenas tática, em outras palavras, mas uma função da sua constante busca por seu mandato transformador. Assim, ela não recuou em relação à sua jurisprudência substantiva, que não chamou menos fogo dos críticos. neste artigo, tem-se revelada firme, não menos em comparação ao ECtHR.¹⁸³ Nós discutimos dois principais exemplos acima. A primeira é a jurisprudência sobre anistias, particularmente *Gelman*, que foi altamente controversa. Um ano depois do caso *Gelman*, a Corte IDH decidiu o caso do *Massacre del Mozote*, que não tratou com anistias no contexto da transição de ditaduras para democracias, como foi o caso de *Gelman*, mas com um acordo de paz resultante do conflito armado em El Salvador.¹⁸⁴ Em *Mozote*, a Corte aprovou uma norma mais flexível para conflitos armados, porque normas humanitárias internacionais se aplicavam, e as perspectivas de paz estavam em jogo.¹⁸⁵ A Corte, ainda, foi firme ao ressaltar que, em casos como o de *Gelman*, nenhuma flexibilidade seria permitida.¹⁸⁶

Uma atitude semelhante pode ser observada no segundo exemplo — direitos LGBTI. Este Artigo debateu como controverso, o parecer consultivo sobre o casamento do mesmo sexo. O parecer não foi a primeira decisão controversa da Corte sobre direitos LGBTI, no entanto. Ele seguiu de perto o precedente de 2012 de *Atala Ríffo versus Chile*, onde a Corte decidiu contra o Chile e declarou que a orientação sexual era uma classificação suspeita em termos de discriminação¹⁸⁷ — um caso que despertou um debate cultural aquecido no Chile.¹⁸⁸ Quatro anos mais tarde, a Corte continuou expandindo a sua jurisprudência sobre direitos LGBTI, determinando, em uma decisão contra a Colômbia, que aos casais do mesmo sexo devem ser dados o mesmo acesso a certos direitos socioeconômicos.¹⁸⁹ No ano seguinte, a Corte aprovou o parecer consultivo discutido neste Artigo. Como essas decisões mostram, a Corte é firme na sua jurisprudência transformadora, e tende a empenhar-se em face das críticas. Na verdade, abriu, recentemente, uma nova fronteira em sua constante busca por seu mandato transformador: a questão de saber se os direitos sociais podem ser submetidos aos tribunais.¹⁹⁰

Nessa busca constante, pode valer a pena ampliar a comunidade de prática, para incluir mais daqueles que não acreditam que o sistema seja tão bom; daqueles que sentem que a Corte deve ser mais formalista; daqueles que acreditam que os objetivos do sistema podem ser mais bem alcançados através de outros me-

¹⁸² A discussão dessa dimensão de controle da convencionalidade é baseada em René Uruena, Domestic Application of International Law in Latin America, in THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE FOREIGN RELATIONS LAW, supra nota 32.

¹⁸³ Compare, com relação aos direitos dos refugiados, Hirsi Jamaa et al. versus Itália, App. N.º 27765/09 (Ct. Eur. Dir. Hum. 13 Fev, 2012) com ND e NT x Espanha, o App. N.ºs 8675/15 e 8697/15 (Ct. Eur. Dir. Hum. 12 Fev, 2020). Sobre o TEDH e os desafios de suas decisões, consulte Rask Mikael Madsen, The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash, 79 L. & CONTEMP. PROBS. 141 (2016).

¹⁸⁴ Caso de Massacres de El Mozote e Lugares Próximos x El Salvador, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) N.º 252 (25 Out., 2012).

¹⁸⁵ Id., parágs. 284–286. Caso do massacre de El Mozote e Lugares Próximos x El Salvador, Voto Concorrente, Diego García-Sayán, parágs. 10, 18, 20, 37–38 (Ct. Inter-Am. D.H.)

¹⁸⁶ Caso do massacre de El Mozote e Lugares Próximos x El Salvador, Sentença, supra nota 186. para. 283; Caso Do Massacre de El Mozote e Lugares Próximos x El Salvador, Voto Concorrente, Diego García-Sayán, supra nota 187, par. 9.

¹⁸⁷ Caso de Atala Ríffo e Filhas, supra nota 43, pará. 83–93.

¹⁸⁸ Alma Luz Beltrán-Puga, Karen Atala vs. La Heteronormatividad: Reflexiones más allá de la discriminación por orientación sexual [Karen Atala x Heteronormatividade: Reflexão Além da Discriminação com Base na Orientação Sexual], 1 ANU. DERECHO PÚBLICO - UNIV. DIEGO PORTALES 259 (2011).

¹⁸⁹ Duque x Colombia, supra nota 80, paras. 126, 137.

¹⁹⁰ Consulte Caso de Lagos del Campo x Perú, Objecões Preliminares, Méritos, Reparações, e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 340 (31 Ago., 2006); Poblete Vilches e Outros x Chile, Méritos, Reparações, e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 349 (8 Mar., 2018); Cuscul Pivaral e Outros x Guatemala, Objecões Preliminares, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) No. 359 (23 Ago., 2018); Caso das Comunidades Indígenas do Lhaka Honhat Association (Nossa Terra) x Argentina, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) N.º 400 (6 Fev., 2020).

canismos, tais como o crescimento econômico mais robusto; e daqueles que são céticos de tudo que seja transnacional. A prática de direitos humanos da comunidade latino-americana, para toda a profundidade e amplitude que adquiriu nas últimas quatro décadas, é somente uma das várias forças que concorrem para moldar o futuro das Américas.

Referências

A. Hinarejos, The Court of Justice Annuls a National Measure Directly to Protect ECB Independence: Rimšėvičs, 56 COMMON MARKET L. REV. 1649 (2019).

Aarón Sequeira, PUSC se mete de lleno en lucha contra decreto de Luis Guillermo Solís sobre la FIV [PUSC É Totalmente Envolvida na Luta Contra o Decreto de Luis Guillermo Solís em FIV], LA NACIÓN (22 Set., 2015).

Alejandra Azuero Quijano, Redes de diálogo judicial transnacional: Una aproximación empírica al caso de la corte constitucional [Redes de Diálogo Judicial Transnacional: Uma Abordagem Empírica para o Caso da Corte Constitucional], 22 REV. DERECHO PUBLICO - UNIV. LOS ANDES (2009).

Alessia Contu & Hugh Willmott, Re-embedding Situatedness: The Importance of Power Relations in Learning Theory, 14 ORG. SCI. 283 (2003).

Alexander E. Wendt, The Agent-Structure Problem in International Relations Theory, 41 INT'L ORG. 335 (1987).

Alexandra Huneus, Compliance with International Judgments, in THE OXFORD HANDBOOK OF INTERNATIONAL ADJUDICATION 437 (Yuval Shany, Karen J. Alter & Cesare P.R. Romano, eds., 1ª ed. 2013).

Alexandra Huneus, Constitutional Lawyers and the Inter-American Court's Varies Authority, 79 L. & CONTEMP. PROBS. 179 (2016).

Alexandra Huneus, Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights, 44 CORNELL INT'L L.J. 493 (2011)

Alexandra Huneus, Reforming the State from Afar: Structural Reform Litigation at the Human Rights Courts, 40 YALE J. INT'L L. 1 (2015).

Alicia Bárcena & Winnie Byanyima, Latin America Is the World's Most Unequal Region. Here's How to Fix It, ECON. COMM'N LATIN AM. & THE CARIBBEAN (2016), em <https://www.cepal.org/en/articulos/2016-america-latina-caribe-es-la-region-mas-desigual-mundo-como-solucionarlo>.

Alma Luz Beltrán-Puga, Karen Atala vs. La Heteronormatividad: Reflexiones más allá de la discriminación por orientación sexual [Karen Atala x Heteronormatividade: Reflexão Além da Discriminação com Base na Orientação Sexual], 1 ANU. DERECHO PÚBLICO - UNIV. DIEGO PORTALES 259 (2011).

Álvaro Murillo, El matrimonio no parece ser un derecho para homosexuales [O Casamento Não Parece Ser um Direito aos Homossexuais], EL PAÍS (26 Mar., 2018), em https://elpais.com/internacional/2018/03/26/america/1522024297_765736.html.

American University, Academy of Human Rights and International Humanitarian Law, Inter-American Human Rights Competition 2020, em <https://www.wcl.american.edu/impact/initiatives-programs/hracademy/academia/concurso>.

Angelika Rettberg, Ley de víctimas en Colombia: Um balance [Lei de Vítimas na Colômbia: Um equilíbrio], 54 REV. ESTUD. SOC. 185 (2015).

Anne Peters, Compensatory Constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures, 19 LEIDEN J. INT'L L. 579 (2006).

Anne Peters, Constitutionalization, in CONCEPTS FOR INTERNATIONAL LAW – CONTRIBUTIONS TO DISCIPLINARY THOUGHT 141 (Sahib Singh & Jean d'Aspremont eds., 2019).

Antje Wiener, Anthony F. Lang Jr., James Tully, Miguel Poiars Maduro & Mattias Kumm, Global Constitutionalism: Human Rights, Democracy and the Rule of Law, 1 GLOB. CONST. 1 (2012).

Ariel Dulitzky, Derechos humanos en Latinoamérica y el sistema Interamericano: Modelos para desarmar [Direitos Humanos na América Latina, e o Sistema Interamericano: Modelos para Desmontar] 299 (2017)

Ariel E. Dulitzky, An Inter-American Constitutional Court-The Invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights, 50 TEX. INT'L L.J. 45, 60–64, 71–79 (2015).

Ariel E. Dulitzky, El impacto del control de convencionalidad. Un cambio de paradigma en el sistema interamericano de derechos humanos? [O Impacto de Controle da Convencionalidade. Uma Mudança de Paradigma no Sistema Interamericano de Direitos Humanos?], em TRATADO DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES [TRATADO DE DIREITOS CONSTITUCIONAIS] 533 (Julio César Rivera ed., 2014)

ARMIN VON BOGDANDY & INGO VENZKE, IN WHOSE NAME?: A PUBLIC LAW THEORY OF INTERNATIONAL ADJUDICATION 131–33 (2014).

Armin von Bogdandy, General Principles of International Public Authority: Sketching a Research Field, in THE EXERCISE OF PUBLIC AUTHORITY BY INTERNATIONAL INSTITUTIONS: ADVANCING INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW 727 (Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum, Jochen von Bernstorff, Philipp Dann & Matthias Goldmann eds., 2010)

Armin von Bogdandy, Matthias Goldmann & Ingo Venzke, From Public International to International Public Law: Translating World Public Opinion into International Public Authority, 28 EUR. J. INT'L L. 115 (2017).

Armin Von Bogdandy, The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9–12 EU Treaty for International Organizations, 23 EUR. J. INT'L L. 315 (2012).

Arnold N. Porto, Reflections on the Scope of Application of the Articles on the Responsibility of International Organizations, in RESPONSIBILITY OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS: ESSAYS IN MEMORY OF SIR IAN BROWNLIE 147 (Maurizio Ragazzi ed., 2013).

Assunto das Comunidades de Jiguamiandó e Curbaradó Relacionado à Colômbia, Medida de Prevenção, em 9, considerando a cláusula 8 (Com.. Inter-Am. D.H., 7 Fev, 2006).

Benedict Kingsbury, The Concept of Compliance as a Function of Competing Conceptions of International Law, 19 MICH. J. INT'L L. 345 (1998).

Bernard Duhaime, Subsidiarity in the Americas: What Room Is There for Deference in the Inter-American System?, in DEFERENCE IN INTERNATIONAL COURTS AND TRIBUNALS: STANDARD OF REVIEW AND MARGIN OF APPRECIATION 289 (Wouter G. Werner & Lukasz Gruszczynski eds., 2014).

Bertha Santoscoy Noro, Las visitas in loco de la Comisión Interamericana de Protección de los Derechos Humanos [As Visitas in loco pela Comissão Interamericana de Proteção de Direitos Humanos], em EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL UMBRAL DEL SIGLO XXI [O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS NO LIMITE DO SÉCULO XXI] 606 (2003).

Boaventura de Sousa Santos, Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law, 14 J. L. SOC'Y 279, 287 (1987).

Brett Frischmann, A Dynamic Institutional Theory of International Law, 53 BUFF. L. REV. 679 (2003).

Celeste Kauffman & César Rodríguez-Garavito, De las órdenes a la práctica: Análisis y estrategias para el cumplimiento de las decisiones del sistema interamericano de derechos humanos [De Ordens para a Prática: Análise e Estratégias para o Compliance das Decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos], em DESAFÍOS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. NUEVOS TIEMPOS, VIEJOS RETOS [DESAFIOS DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS. NOVOS TEMPOS, VELHOS DESAFIOS] 276 (2015).

Centro para Justiça e Direito Internacional, Attacks on the Interamerican Human Rights System Violate the Regional Protection of Human Rights (3 de maio de 2019), em <https://www.cejil.org/en/attacks-interamerican-human-rights-system-violate-regional-protection-human-rights>.

CÉSAR A. RODRÍGUEZ GARAVITO E DIANA RODRÍGUEZ-FRANCO, PRIVAÇÃO RADICAL EM JULGAMENTO: THE IMPACT OF JUDICIAL ACTIVISM ON SOCIOECONOMIC RIGHTS IN THE GLOBAL SOUTH (2015).

CÉSAR A. RODRÍGUEZ GARAVITO, LA GLOBALIZACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO: EL NEOCONSTITUCIONALISMO, EL NEOLIBERALISMO Y LA TRANSFORMACIÓN INSTITUCIONAL EN AMÉRICA LATINA [A GLOBALIZAÇÃO E O ESTADO DE DIREITO: NEOCONSTITUCIONALISMO, NEOLIBERALISMO E TRANSFORMAÇÃO INSTITUCIONAL NA AMÉRICA LATINA] (2009).

CÉSAR AUGUSTO RODRÍGUEZ GARAVITO & DIANA RODRÍGUEZ FRANCO, MÁS ALLÁ DEL DESPLAZAMIENTO: POLÍTICAS, DERECHOS Y SUPERACIÓN DEL DESPLAZAMIENTO FORZADO EN COLOMBIA [ALÉM DO DO DESLOCAMENTO: POLÍTICA, DIREITOS, E SUPERANDO O DESLOCAMENTO FORÇADO NA COLÔMBIA] (2010).

Christina Binder, Hacia una Corte Constitucional Latinoamericana? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos con enfoque especial sobre las amnistias [Rumo a uma Corte Constitucional da América Latina? A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos com um Foco Especial em Anistias], em LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y SU INTERNACIONALIZACIÓN [JUSTIÇA CONSTITUCIONAL E SUA INTERNALIZAÇÃO] 156 (Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer MacGregor & Mariela Morales Antoniazzi eds., 2010).

Christina Binder, The Prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights, 12 GER. L.J. 1203 (2011).

Claudio Nash Rojas, Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Conventionality Control. Conceptual Clarifications and Challenges in Light of the Jurisprudence of the Inter-American Court on Human Rights], 19 ANU. DERECHO CONST. LATINOAM. 489, 491–92 (2013).

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS, NUNCA MÁS [COMISSÃO NACIONAL DO DESAPARECIMENTO DE PESSOAS, NUNCA MAIS] (1984).

Constituição do Estado Plurinacional da Bolívia, Arts. 257, 410; José Ismael Villarroel Alarcón, El tratamiento del derecho internacional en el sistema jurídico Boliviano [O tratamento do Direito Internacional no Sistema Legal Boliviano], em DE ANACRONISMOS Y VATICINIOS: DIAGNÓSTICO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO EN LATINOAMÉRICA [DE ANACHRONISMS E PREVISÕES: DIAGNÓSTICO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO NA AMÉRICA LATINA] 29 (Paola Acosta Alvarado, Juana Inés Acosta López & Daniel Rivas Ramírez eds., 2017).

CONSTITUTIONALISM OF THE GLOBAL SOUTH. THE ACTIVIST TRIBUNALS OF INDIA,

SOUTH AFRICA, AND COLOMBIA (Daniel Bonilla Maldonado ed., 2013)

Damián A. González-Salzburg, La implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: Un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de la Nación [A aplicação da Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Argentina: Uma análise das Oscilações de Jurisprudências da Suprema Corte] 8 SUR - INT'L J. HUM.HUM. RTS. 117 (2011).

David Alire García, Costa Rica Vote Halts March of Religious Conservatism, REUTERS (2 de abril de 2018), em <https://www.reuters.com/article/us-costarica-election-evangelical/costa-rica-vote-halts-march-of-religious-conservatism-idUSKCN1HA081>.

David L. Atanasio, Extraordinary Reparations, Legitimacy, and the Inter-American Court, 37 U. PA. J. INT'L L. 813 (2016).

David M. Trubek & Marc Galanter, Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States, 1974 WIS. L. REV. 1062 (1974).

DE ANACRONISMOS Y VATICINIOS: DIAGNÓSTICO SOBRE LAS RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL Y EL DERECHO INTERNO EN LATINOAMÉRICA [DE ANACRONISMOS E PREVISÕES: DIAGNÓSTICO SOBRE AS RELAÇÕES ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO INTERNO NA AMÉRICA LATINA] 29-46 327-416, 449-69 (Paola Acosta Alvarado, Juana Inés Acosta López & Daniel Rivas Ramírez eds., 2017).

Dean Spielmann, Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?, 14 CAM. Y.B. EUR. LEGAL STUD. 381-401 (2011-2012); JOSEPHINE ASCHE, DIE MARGIN OF APPRECIATION (2018).

Devido Processo de Fundação Legal, Fundación para el debido proceso, expertos y expertas independientes evalúan postulantes a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [Peritos Independentes Avaliam Candidatos a Comissão Interamericana sobre Direitos Humanos] (2019), em <http://www.dplf.org/es/news/expertos-y-expertas-independen-evaluan-postulantes-de-dientes-de-la-comision-interamericana-de-derechos-de-la>.

Diana Guarnizo-Peralta, ¿Cortes pasivas, cortes activas, o cortes dialógicas?: Comentarios en torno al caso Cuscul Pivaral y otros v. Guatemala [Tribunais Passivos, ou Tribunais Dialógicos?: Comentários sobre o Caso de Cuscul Pivaral et al. x Guatemala], no INTERAMERICANIZACIÓN DE LOS DESCAR. EL CASO CUSCUL PIVARAL DE LA CORTE IDH [INTER-AMERICANIZAÇÃO DA DESCAR. THE CUSCUL PIVARAL CASE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS] 429 (María la Morales Antoniazzi, Liliana Ronconi & Laura Clérico eds., 2020).

Duncan Kennedy, Freedom and Constraint in Adjudication: A Critical Phenomenology, 36 J. LEGAL EDUC. 518 (1986).

Duque x Colômbia, Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custos, Sentença, Ct. Inter-Am. D.H. (Ser. C) N° 310 (26 Fev., 2016).

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Conventuality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights, 109 AJIL UNBOUND 93 (2015)

Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Conventuality Control the New Doctrine of the Inter-American Court of Human Rights, 109 AJIL UNBOUND 93 (2015).

EDUARDO NOVOA MONREAL, EL DERECHO COMO OBSTÁCULO AL CAMBIO SOCIAL [A LEI COMO UM OBSTÁCULO PARA A MUDANÇA SOCIAL] (1975).

Edward Jonathan Ceballos Méndez, Participación Ciudadana en el marco de la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela y los Consejos Comunales [Participação do Cidadão no Âmbito da Constituição da República Bolivariana da Venezuela e os Conselhos Comuns], 21 *PROVINCIA* 43, 43–60 (2009).

EMANUEL ADLER, *COMMUNITARIAN INTERNATIONAL RELATIONS: THE EPISTEMIC FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL RELATIONS* 15 (2005).

Enzo Cannizzaro & Paolo Palchetti, *Atos Ultra Vires das Organizações Internacionais*, em *RESEARCH HANDBOOK ON THE LAW OF INTERNATIONAL ORGANIZATIONS* 365 (Jan Klabbers & Asa Wallendahl eds., 2011)

ERIC A. POSNER & A. O. SYKES, *ECONOMIC FOUNDATIONS OF INTERNATIONAL LAW* 198–208 (2013).

ERIC A. POSNER, *THE TWILIGHT OF HUMAN RIGHTS LAW* 69–78 (2014).

Eric Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, 75 *AJIL* 1 (1981).

ÉTIENNE WENGER, *COMMUNITIES OF PRACTICE: LEARNING, MEANING, AND IDENTITY* 83 (1998).

Eyal Benvenisti, *Reclaiming Democracy: The Strategic Uses of Foreign and International Law by National Courts*, 102 *AJIL* 241 (2008).

Felipe González, *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Antecedentes, funciones y otros aspectos* [A Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Perfil, Funções, e Outros Aspectos], 5 *ANU. DERECHOS HUM.* 35, 39–41, 54 (2009).

Fernanda Romero, *Fabricio Alvarado dispuesto a salirse de la Corte IDH para que no le “impongan” agenda LGTBI* [Fabricio Alvarado disposto a Deixar a Corte Interamericana de Direitos Humanos para que Não Possam “Impor” a Agenda LGBTI], *EL MUNDO* (11 Jan., 2018), em <https://www.elmundo.cr/costa-rica/fabricio-alvarado-dispuesto-salirse-la-corte-idh-no-le-impongan-agenda-lgtbi>.

FERNANDO ATRIA, CONSTANZA SALGADO & JAVIER WILENMANN, *EL PROCESO CONSTITUYENTE EN 138 PREGUNTAS Y RESPUESTAS* [O PROCESSO CONSTITUINTE EM 138 PERGUNTAS E RESPOSTAS] (2020).

Fernando Basch, Leonardo Filippini, Ana Laya, Mariano Nino, Felicitas Rossi & Bárbara Schreiber, *The Effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: A Quantitative Approach to its Functioning and Compliance with its Decisions* 7 *SUR - INT'L J. HUM. RTS.* 9 (2010)

Fernando Muñoz, Pablo Contreras e Domingo Lovera, *Definiendo las reglas para lo constituyente* [Definindo as regras para o constituinte] *LA TERCERA* (Nov. 15, 2019), em <https://www.latercera.com/opinion/noticia/definiendo-las-reglas-lo-constituyente/902502>.

Flávia Piovesan, *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Context, Challenges, and Perspectives*, in *TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: THE EMERGENCE OF A NEW IUS COMMUNE*.

Francisco Cumplido Cereceda, *Alcances de la Modificación del Artículo 5° de la Constitución Política Chilena en Relación a los Tratados Internacionales* [Âmbito da Modificação do artigo 5 da Constituição Política Chilena em Relação aos Tratados Internacionais], 23 *REV. CHIL. DERECHO* 255, 255–58 (1996).

Francois Venter, *The Limits of Transformation in South Africa's Constitutional Democracy*, 34 *S. AFR. J. HUM. RTS.* 143, 165 (2018).

González e Outros (“Campo de Algodão”) x México. *Exceções Preliminares, Méritos, Reparações e Custos*, *Sentença*, Ct. Inter-Am. D.H. (ser. C) N° 205 (16 Nov., 2009).

Gráinne de Búrca, *Developing Democracy Beyond the State*, 46 *COLUM. J. TRANSNAT'L L.* 221 (2008).

HENRY G. SCHERMERS & NIELS M. BLOKKER, *INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW: UNITY WITHIN DIVERSITY*, at paras. 206-36 (2011)

James L. Cavallaro e Stephanie Erin Brewer Reevaluating Regional Human Rights Litigation in the Twenty-First Century: The Case of the Inter-American Court, 102 *AJIL* 768 (2008)

JAN KLABBERS, *AN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL INSTITUTIONAL LAW* (2009).

Jan Klabbers, The *EJIL* Foreword: The Transformation of International Organizations Law, 26 *EUR. J. INT'L L.* 9 (2015).

JEAN LAVE & ÉTIENNE WENGER, *SITUATED LEARNING: LEGITIMATE PERIPHERAL PARTICIPATION* (1991).

JO M. PASQUALUCCI, *THE PRACTICE AND PROCEDURE OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS* 92–97 (2012).

John Gregory Belalcázar Valencia, Las comunidades de paz: Formas de acción colectiva en resistencia civil al conflicto armado Colombiano [As Comunidades de Paz: Formas de Ação Coletiva em Resistência Civil ao Conflito Armado Colombiano], 7–8 *REV. ENTORNO GEOGRÁFICO* 196 (2011).

Jorge Contesse, Contestation and Deference in the Inter-American Human Rights System, 79 *L. & CONTEMP. PROBS.* 123, 135–44 (2016).

JOSÉ E. ALVAREZ, *INTERNATIONAL ORGANIZATIONS AS LAW-MAKERS* 92–95, 139–43 (2005)

JUAN PABLO SCARFI, *THE HIDDEN HISTORY OF INTERNATIONAL LAW IN THE AMERICAS: EMPIRE AND LEGAL NETWORKS* 179–190 (2017).

Juana Inés Acosta-López, The Inter-American Human Rights System and the Colombian Peace: Redefining the Fight Against Impunity, 110 *AJIL UNBOUND* 178 (2016).

Julieta Lemaitre Ripoll, Diálogo sin debate: La participación en los decretos de la Ley de Víctimas [Diálogo Sem Debate: Participação na Lei dos Decretos das Vítimas], 31 *REV. DERECHO PUBLICO - UNIV. LOS ANDES* 1 (2013).

KAREN J. ALTER & LAURENCE R. HELFER, *TRANSPLANTING INTERNATIONAL COURTS: THE LAW AND POLITICS OF THE ANDEAN TRIBUNAL OF JUSTICE* 230–33 (2017).

Karin van Marle, Transformative Constitutionalism as/and Critique, 20 *STELLENBOSCH L. REV.* 286 (2009). 15 Corte Constitucional, Sentença T-025 de 2004 (por Manuel José Cepeda Espinosa), Abr. 27, 2004 (Colom.)

Karl E. Klare, Legal Culture and Transformative Constitutionalism, 14 *S. AFR. J. HUM. RTS.* 146 (1998).

KATHRYN SIKKINK & MARGARET KECK, *ACTIVISTS BEYOND BORDERS* (1998).

Kathryn Sikkink, The Transnational Dimension of the Judicialization of Politics in Latin America, in *THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN LATIN AMERICA* 263 (Rachel Sieder, Line Schjolden & Alan Angell eds., 2005).

Kirk Semple, Costa Rica Election Hands Presidency to Governing Party Stalwart, *N.Y. TIMES* (1 Abr, 2018).

Latin America's Human-Rights Court Moves into Touchy Territory, *ECONOMIST* (Feb. 1, 2018), at <https://www.economist.com/the-americas/2018/02/01/latin-americas-human-rights-court-moves-into-touchy-territory>.

Laura Cecilia Pautassi, Monitoreo del acceso a la información desde indicadores de los derechos humanos [Monitoria de Acesso às Informações sobre Indicadores de Direitos Humanos], 18 *SUR - INT. J. HUM.*

RTS. 59 (2013).

Laurence Burgorgue-Larsen, The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts, em TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM IN LATIN AMERICA: THE EMERGENCE OF A NEW IUS COMMUNE 377 (Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Flavia Piovesan & Ximena Soley eds., 2017).

Laurence R. Helfer & Erik Voeten, International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe, 68 INT'L ORG. 77 (2014).

Letícia Casado & Ernesto Londoño, Under Brazil's Far-Right Leader, Amazon Protections Slashed and Forests Fall, N.Y. TIMES (28 Julho, 2019), em <https://www.nytimes.com/2019/07/28/world/americas/brazil-deforestation-amazonia-bolsonaro.html>.

Lina M. Escobar Martínez, Vicente F. Benítez-Rojas & Margarita Cárdenas Poveda, La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiano [A influência das normas interamericanas de reparação na jurisprudência do Conselho de Estado Colombiano], 9 ESTUD. CONST. 165 (2011).

Luis Salamanca, La Constitución Venezolana de 1999: De la representación a la hiper-participación ciudadana [A Constituição Venezuelana de 1999: Da Representação à Super Participação do Cidadão], 82 REV. DERECHO PÚBLICO 85, 85–105 (2000).

MANUEL EDUARDO GÓNGORA MERA, INTER-AMERICAN JUDICIAL CONSTITUTIONALISM. ON THE CONSTITUTIONAL RANK OF HUMAN RIGHTS TREATIES IN LATIN AMERICA THROUGH NATIONAL AND INTER-AMERICAN ADJUDICATION (2011).

Manuel Avendaño Arce, Magistrado Luis Fernando Salazar: Es momento de que la sala IV se haga a un lado [Magistrado Luis Fernando Salazar: “It Is Time that the Constitutional Chamber Steps Aside”], LA NACIÓN (Mar. 1, 2016), em <https://www.nacion.com/el-pais/salud/magistrado-luis-fernando-salazar-es-momento-de-que-la-sala-iv-se-haga-a-un-lado/KXMCQE7VEZGW7PQPFTGDR25JKU/story>.

Manuel Góngora Mera, Interacciones y convergencias entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales constitucionales nacionales [Interações e convergências entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os Tribunais Constitucionais Nacionais], em DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E INTEGRAÇÃO JURÍDICA: EMERGÊNCIA DE UM NOVO DIREITO PÚBLICO 312 (Armin von Bogdandy, Flávia Piovesan, & Mariela Morales Antoniazzi eds., 2017),

MARÍA ANTONIETA HUERTA MALBRÁN ET AL., DESCENTRALIZACIÓN, MUNICIPIO Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA: CHILE, COLOMBIA Y GUATEMALA [DECENTRALIZAÇÃO, MUNICIPALIDADE, E PARTICIPAÇÃO DO CIDADÃO: CHILE, COLÔMBIA, E GUATEMALA] (2000).

MARIELA MORALES ANTONIAZZI, PROTECCIÓN SUPRANACIONAL DE LA DEMOCRACIA EN SURAMÉRICA. [SUPRANATIONAL PROTECTION OF DEMOCRACY IN SOUTH AMERICA] UN ESTUDIO SOBRE EL ACERVO DEL IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE [Um Estudo sobre o Acervo do Direito Comum Constitucional] (2014).

Martti Koskenniemi, Constitutionalism as a Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization, 8 THEORETICAL INQUIRIES L. 9 (2007).

MARTTI KOSKENNIEMI, DA APOLOGIA A UTOPIA: THE STRUCTURE OF INTERNATIONAL LEGAL ARGUMENT 60–66 (2006).

Martti Koskenniemi, Human Rights, Politics, and Love, 4 MENNESKER RETTIGHEDER 33, 83–84 (2001).

MARTTI KOSKENNIEMI, *THE GENTLE CIVILIZER OF NATIONS: THE RISE AND FALL OF INTERNATIONAL LAW 1870–1960* (2001);

Mauricio Andrés Mendoza Piñeros, *El desplazamiento forzado en Colombia y la intervención del estado* [Deslocamento Forçado na Colômbia e a Intervenção do Estado, 14] *REV. ECON. INST.* (2012).

MICHAEL J. CAMILLERI & FEN OSLER HAMPSON, *NO STRANGERS AT THE GATE: COLLECTIVE RESPONSIBILITY AND A REGION'S RESPONSE TO THE VENEZUELAN REFUGEE AND MIGRATION CRISIS* (2018).

Michaela Hailbronner, *Transformative Constitutionalism: Not Only in the Global South*, 65 *AM. J. COMP. L.* 527 (2017).

MIRIAM HENRIQUEZ VIÑAS & MARIELA MORALES ANTONIAZZI, *EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD: UN BALANCE COMPARADO A 10 AÑOS DE ALMONACID ARELLANO V. CHILE* [CONTROLE DA CONVENCIONALIDADE O BALANÇO COMPARATIVO DE DEZ ANOS DE ALMONACID ARELLANO X CHILE] (2017).

Nadia Tapia Navarro, *A Stubborn Victim of Mass Atrocity: The Peace Community of San José de Apartadó*, 50 *J. LEG. PLUR. UNOFF. L.* 188 (2018).

Nadia Tapia Navarro, *The Category of Victim “From Below”: The Case of the Movement of Victims of State Crimes (MOVICE) in Colombia*, 20 *HUM. RTS. REV.* 289 (2019).

Natalia Arenas, *El viaje de las víctimas a La Habana desnuda el mayor problema de la Ley de Víctimas* [A Viagem das Vítimas a La Habana Expôs o Grande Problema do Ato das Vítimas], *LA SILLA VACÍA* (14 Ago, 2014) em <https://lasillavacia.com/historia/el-viaje-de-las-victimas-en-la-habana-desnuda-el-mayor-problema-de-la-ley-de-victimas-48419>.

Nestor Pedro Sagüés, *obligaciones internacionales y control de convencionalidad* [Obrigações internacionais e “Controle da Convencionalidade”], 8 *ESTUD. CONST.* 117, 120 (2010)

Nicholas Casey & Andrea Zarate, *Corruption Scandals with Brazilian Roots Cascade Across Latin America*, *N.Y. TIMES* (13 Feb, 2017), em <https://www.nytimes.com/2017/02/13/world/americas/Peru-Colombia-Venezuela-brasil-odebrecht-escandalo.html>.

OF HUMAN RIGHTS AND INTERNATIONAL CRIMINAL LAW] 381 (Kai Ambos, Ezequiel Mallarino & Christian Steiner eds., 2011).

OLIVIER DUHAMEL & MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, *LAS DEMOCRACIAS: ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y LA POLÍTICA* [DEMOCRACIAS: ENTRE DIREITO CONSTITUCIONAL E POLÍTICA] (1997).

PAOLA ANDREA ACOSTA ALVARADO, *DIÁLOGO JUDICIAL Y CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL: EL CASO INTERAMERICANO* [DIÁLOGO JUDICIAL E CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL: O CASO INTERAMERICANO] (2015) (ebook).

Paolo Comanducci, *Formas de (neo)constitucionalismo: Un análisis metateórico* [Formas de (Neo)constitucionalismo: A Meta-theoretical Analysis], in *NEOCONSTITUCIONALISMO(S) [NEOCONSTITUTIONALISM(S)]* 75 (Miguel Carbonell ed., 2003).

Par Engstrom, *Introduction: Rethinking the Impact of the Inter-American Human Rights System*, in *THE INTER-AMERICAN HUMAN RIGHTS SYSTEM: IMPACT BEYOND COMPLIANCE 1* (Par Engstrom ed., 2019).

Par Engstrom, *The Inter-American Human Rights System and US-Latin American Relations*, in *COOPERATION AND HEGEMONY IN US-LATIN AMERICAN RELATIONS: REVISITING THE WESTERN HEMISPHERE IDEA* 209, at 215–21 (Juan Pablo Scarfi & Andrew R. Tillman eds., 2016).

Patricia Recio, Mario Redondo: La resolución de la Corte IDH es una atrocidad [Mario Redondo: “The IACtHR’s Decision Is an Atrocity”], *LA NACIÓN* (Mar. 1, 2016), em <https://www.nacion.com/el-pais/politica/mario-redondo-la-resolucion-de-la-corte-idh-es-una-atrocidad/FF5M5WY4M5EHHABRXE-6TRRHVEM/> story.

Paula Baldini Miranda da Cruz, Trackers and Trailblazers: Dynamic Interactions and Institutional Design in the Inter-American Court of Human Rights, 11 *J. INT. DISPUTE SETTLEMENT* 69 (2020).

PHILIPPE NONET & PHILIP SELZNICK, *LAW AND SOCIETY IN TRANSITION: TOWARD RESPONSIVE LAW* (1978).

PROTECCIÓN MULTINIVEL DE DERECHOS HUMANOS [PROTEÇÃO MULTINÍVEL DE DIREITOS HUMANOS] 327–416, 449–69 (René Uruña, George Rodrigo Bandeira Galindo & Aida Torres Pérez, eds., 2013).

Ramón Ruiz, Bloque cristiano con pocas opciones de limitar la FIV [Bloco cristão com Poucas Opções para Limitar a Fertilização In Vitro (IFV)], *LA NACIÓN* (3 Mar., 2016), em <https://www.nacion.com/el-pais/politica/blo-que-cristiano-con-pocas-opciones-de-de-limitar-la-fiv/SKBCLWYIDJDPJNJOH6DSGUI-2KA/> story.

Rask Mikael Madsen, The Challenging Authority of the European Court of Human Rights: From Cold War Legal Diplomacy to the Brighton Declaration and Backlash, 79 *L. & CONTEMP. PROBS.* 141 (2016).

RENÉ URUEÑA, *DERECHO DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES [INTERNATIONAL ORGANIZATIONS LAW]* 209–25 (2008).

René Uruña, Domestic Application of International Law in Latin America, em *THE OXFORD HANDBOOK OF COMPARATIVE FOREIGN RELATIONS LAW* 565 (Curtis A. Bradley ed., 2019).

René Uruña, Double or Nothing: The Inter-American Court of Human Rights in an Increasingly Adverse Context, 35 *WIS. INT’L L.J.* 398 (2017).

René Uruña, Espejismos constitucionales: La promesa incumplida del constitucionalismo global [Miragens Constitucionais: A Promessa Não Cumprida do Constitucionalismo Global], 24 *REV. DERECHO PÚBLICO UNIV. LOS ANDES* (2010).

René Uruña, Evangelicals at the Inter-American Court of Human Rights, 113 *AJIL UNBOUND* 360 (2019).

René Uruña, Global Administrative Law and the Global South, in *RESEARCH HANDBOOK ON GLOBAL ADMINISTRATIVE LAW* 392 (Sabino Cassese ed., 2016).

René Uruña, Indicators as Political Spaces, 12 *INT’L ORG. L. REV.* 1 (2015).

René Uruña, Internally Displaced Population in Colombia: A Case Study on the Domestic Aspects of Indicators as Technologies of Global Governance, em *GOVERNANCE BY INDICATORS: GLOBAL POWER THROUGH QUANTIFICATION AND RANKINGS* 249 (Kevin Davis, Angelina Fisher, Benedict Kingsbury & Sally Engle Merry eds., 2012).

René Uruña, Reclaiming the Keys to the Kingdom (of the World):: Evangelicals and Human Rights in Latin America, 49 *NETH. Y.B. INT’L L.* 174 (2018).

República de Chile, Constituciones Políticas de la República de Chile 1810–2015 [Constituições Políticas da República do Chile 1810–2015] (Diario Oficial de la República de Chile [Diário Oficial da República do Chile]), em 448–514 (2015).

República de Costa Rica, Presidenta de la Corte en ejercicio destaca trabalho de la Corte IDH [Presidente do Tribunal em exercício destaca trabalho da Corte Interamericana de Direitos Humanos] (2018), em <https://>

pj.poder-judicial.go.cr/index.php/prensa/389-cme-Corte IDH.

Robert Howse & Ruti Teitel, Beyond Compliance: Rethinking Why International Law Really Matters, 1 GLOB. POL'Y, 127 (2010).

Robert Muggah & Katherine Aguirre Tobón, Segurança do Cidadão na América Latina: Facts and Figures, IGARAPÉ INST., 2, 5 (2018), em <https://igarape.org.br/en/citizen-security-in-latin-america-facts-and-figures>.

Roberto Gargarella, Democracy and Rights in Gelman v. Uruguay, 109 AJIL UNBOUND 115, 118 (2015).

Roberto Gargarella, La democracia frente a los crímenes masivos: Una reflexión a la luz del caso Gelman [Democracia em Face de Crimes de Massa: Uma Reflexão em função do caso Gelman], REV. LATINOAM. DERECHO INT. (2015).

Roberto Gargarella, Piazzolla, Dworkin, y el Neoconstitucionalismo [Piazzolla, Dworkin e Neoconstitucionalismo], BLOG: SEMINARIO DE TEORÍA CONSTITUCIONAL Y FILOSOFÍA POLÍTICA [TEORIA CONSTITUCIONAL EORY AND POLITICAL PHILOSOPHY SEMINAR BLOG] (25 Ago, 2011), em <http://seminariogargarella.blogspot.com/2011/08/piazzolla-dworkin-y-el.html>.

RODDY BRETT, LA VOZ DE LAS VÍCTIMAS EN LA NEGOCIACIÓN: SISTEMATIZACIÓN DE UNA EXPERIENCIA [A VOZ DAS VÍTIMAS NA NEGOCIAÇÃO: SISTEMATIZAÇÃO DE UMA EXPERIÊNCIA] 12-17 (2017).

Rodrigo Uprimny, The Recent Transformation of Constitutional Law in Latin America: Trends and Challenges, 89 TEX. LAW REV. 1587 (2011).

Roland & Anrup Janneth Español, Una comunidad de paz conflicto con la soberanía y el aparato del Estado judicial [Uma Comunidade de Paz no Conflito com a Soberania e o Sistema Judicial do Estado], 35 DIÁLOGOS SABERES 153 (2011).

Sally Merry has explored the political and discursive implications of this process in SALLY ENGLE MERRY, HUMAN RIGHTS AND GENDER VIOLENCE: TRANSLATING INTERNATIONAL LAW INTO LOCAL JUSTICE (2006).

Salvador Herencia Carrasco, Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [Reparações na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos], em SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y DERECHO PENAL INTERNACIONAL [SISTEMA INTERAMERICANO DE

Sergio Iván Anzola, Beatriz Eugenia Sánchez & René Urueña, Después del fallo: El cumplimiento de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Una propuesta de metodología [Após a Decisão: Compliance com o Sistema Interamericano de Decisões de Direitos Humanos, uma Proposta Metodológica], 11 DOCUMENTOS JUSTICIA GLOBAL 447 (2015).

Sheila Jasanoff, The Idiom of Co-Production, in STATES OF KNOWLEDGE: THE CO-PRODUCTION OF SCIENCE AND SOCIAL ORDER 1 (Sheila Jasanoff ed., 2004).

STEPHEN J. TOOPE & JUTTA BRUNNÉE, LEGITIMACY AND LEGALITY IN INTERNATIONAL LAW: AN INTERACTIONAL ACCOUNT (2010).

Steven Brint, Gemeinschaft Revisited: A Critique and Reconstruction of the Community Concept, 19 SOCIOLOGICAL THEORY 1 (2001).

Steven Wheatley, A Democratic Rule of International Law, 22 EUR. J. INT'L L. 525 (2011).

Supremo Tribunal de Justiça (Costa Rica), Câmara Constitucional, Exp: 15-013971-0007-CO Res. N° 2018012782, 8 Ago, 2018, Boletim Judicial n° 219,, 18.

Tatiana Gutiérrez Wa-Chong, Fabricio Alvarado: “Corte Interamericana no puede legislar en el país” [Fabricio Alvarado: “Corte Interamericana de Direitos Humanos não pode Legislar no País”] LA REPUBLICA (Mar. 26, 2018), em <https://www.larepublica.net/noticia/fabricio-alvarado-corte-interamericana-no-puede-legislar-en-el-pais-para-eso-estan-los-diputados>

Theunis Roux, A Brief Response to Professor Baxi, in TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM: COMPARING THE APEX COURTS OF BRAZIL, INDIA AND SOUTH AFRICA 40, 50, (Oscar Vilhena, Upendra Baxi & Frans Viljoen eds., 2013).

Theunis Roux, Transformative Constitutionalism and the Best Interpretation of the South African Constitution: Distinction Without a Difference, 20 STELLENBOSCH L. REV. 258 (2009).

Thomas Innes Pegram, National Human Rights Institutions in Latin America: Politics and Institutionalization, em HUMAN RIGHTS, STATE COMPLIANCE, AND SOCIAL CHANGE: ASSESSING NATIONAL HUMAN RIGHTS INSTITUTIONS 210 (Ryan Goodman & Thomas Innes Pegram eds., 2012).

Thomas M. Antkowiak, Truth as Right and Remedy in International Human Rights Experience, 23 MICH. J. INT’L L. 977 (2002).

Tom Farer, The Rise of the Inter-American Human Rights Regime: No Longer a Unicorn, Not Yet an Ox, 19 HUM. RTS. Q. 510 (1997).

VÍCTOR CUESTA LÓPEZ, JUAN FERNANDO LÓPEZ AGUILAR & JUAN RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, PARTICIPACIÓN DIRECTA E INICIATIVA LEGISLATIVA DEL CIUDADANO EN DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL [PARTICIPAÇÃO DIRETA E INICIATIVA LEGISLATIVA DO CIDADÃO EM UMA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL] (Tese de Doutorado, Univ. Las Palmas de Gran Canaria, 2007). DEMOCRACIA Y CIUDADANÍA: PROBLEMAS, PROMESAS Y EXPERIENCIAS EN LA REGIÓN ANDINA [DEMOCRACIA E CIDADANIA: PROBLEMAS, PROMESSAS E EXPERIÊNCIAS NA REGIÃO ANDINA] (Martha Lucía Márquez Restrepo, Eduardo Pastrana Buelvas & Guillermo Hoyos Vásquez eds., 2009).

Víctor Abramovich, De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos [Das Violações Massivas a Padrões Estruturais: Novos Enfoques e Tensões Clássicas no Sistema Interamericano de Direitos Humanos], 6 REV. SUR 7 (2009).

Vijayashri Sripati, Constitutionalism in India and South Africa: A Comparative Study from a Human Rights Perspective, 16 TULANE J. INT’L COMP. L. 49, 92–103 (2007).

Ximena Soley & Silvia Steininger, Parting Ways or Lashing Back? Withdrawals, Backlash and the Inter-American Court of Human Rights, 14 INT’L J. L. CONTEXT 237 (2018).

Yanina Welp, La participación ciudadana en la encrucijada. Los mecanismos de democracia directa en Ecuador, Perú y Argentina [Participação Cidadã na Encruzilhada. Os mecanismos de Democracia Direta no Equador, Peru, Argentina, 31] ÍCONOS REV. CIENC. SOC. FLACSO-ECUADOR 117, 117–30 (2008).

YVES DEZALAY & BRYANT G. GARTH, THE INTERNATIONALIZATION OF PALACE WARS: LAWYERS, ECONOMISTS, AND THE CONTEST TO TRANSFORM LATIN AMERICAN STATES (2002).

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Interdependência e
indivisibilidade dos direitos
humanos: um novo olhar para a
pandemia de Covid-19**

**Interdependence and
indivisibility of Human Rights: a
new look at COVID-19**

Flávia Piovesan

Mariela Morales Antoniazzi

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

Interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos: um novo olhar para a pandemia de Covid-19*

Interdependence and indivisibility of Human Rights: a new look at COVID-19

Flávia Piovesan**

Mariela Morales Antoniazzi***

* Artigo convidado. A versão original deste artigo foi publicada, em espanhol, em “COVID-19 y derechos humanos: la pandemia de la desigualdad”, livro coordenado por Juan Pablo Bohoslavsky (Buenos Aires: Biblos, 2020).

Tradução de Iasmin Nascimento Gonçalves e Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf, revisão de Patrícia Perrone Campos Mello. Grupo de Pesquisa Cortes Constitucionais, Democracia e Direitos Humanos – CCDDH, Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

** Professora de Doutora de Direito Constitucional e Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), Brasil. 2ª Vice-Presidente da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Foi visiting scholar no David Rockefeller Center for Latin American Studies (DRCLAS) na Harvard University (2018); visiting scholar no Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2007-2018); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2009-2014); human rights fellow no Centre for Brazilian Studies, university of Oxford (2005); e visiting fellow no Human Rights Program, Harvard Law School (1995). Foi membro da UN High Level Task Force on the Implementation of the Right to Development e do OAS Working Group on the monitoring of the Protocol of San Salvador on social, economic and cultural rights.
E-mail: FPiovesan@oas.org

*** Pesquisadora Sênior do Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg). Mestre pela Universidade de Heidelberg e Doutora pela Universidade de Frankfurt/Main. Professora visitante em diversas Universidades Latino-americanas. Vice-Presidente da seção alemã do Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional. Coordena o projeto Ius Constitutionale Commune na América Latina (ICCAL) no Max-Planck Institute for Comparative Public Law and International Law.
E-mail: Mmorales@mpil.de

Resumo

A pandemia de COVID-19 e seus efeitos multidimensionais exigem uma abordagem holística dos direitos humanos, centrada em sua interdependência e indivisibilidade. O artigo defende uma reinterpretação dogmática e o reforço “reverso” dos dois princípios, argumentando que a proteção a direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) também exige a garantia de direitos civis e políticos. O caráter reforçado decorre da urgência em atender indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade. O artigo dialoga com a base teórica do *ius constitutionale commune* em direitos humanos para o enfrentamento à pandemia. Com base em uma pesquisa bibliográfica, o trabalho se desenvolve em três etapas: o ponto de partida pré-COVID-19 consiste no enfoque da própria Declaração Universal e dos instrumentos regionais para a proteção dos direitos humanos no caso da América Latina; transita-se para defesa da interpretação reversa em razão dos standards normas universais, regionais e nacionais de proteção dos direitos humanos, tomando o caso argentino como referência; e, por fim, é desenvolvido o discurso acadêmico pós-COVID-19, de maneira a legitimar as ideias de indivisibilidade e interdependência como um caminho para avançar profundas transformações. Os desafios de hoje revelam o potencial dos direitos humanos como guia para os Estados a respeito do cumprimento dos standards que formam a base do novo *ius commune* pós-pandemia.

Palavras-chaves: Interdependência; Indivisibilidade; Interpretação reversa; *Ius Constitutionale Commune*.

Abstract

The COVID-19 pandemic and its multidimensional effects demand the reinforcement of a holistic approach to human rights, centered on their interdependence and indivisibility. The article advocates for a legal dogmatic reinterpretation and a “reverse” strengthening of both principles arguing that safeguarding economic, social, cultural and environmental rights (ES-CER) also requires the guarantee of civil and political rights. The reinforced character stems from the urgency of attending people and groups in a situation of vulnerability. The article discusses the theoretical base of the emer-

ging *ius constitutionale commune* on human rights to confront the pandemic. Based on the bibliographic method, the argument is developed in three stages: in the pre-COVID-19 stage of the Universal Declaration itself and the regional instruments for the protection of human rights in the case of Latin America; the reverse interpretation in face of COVID-19 in terms of the universal, regional and national standards, taking the Argentine case as a reference; and the post-COVID-19 academic discourse, to reinforce the language of indivisibility and interdependence as a route to gain leverage for profound transformations. The current challenges reveal the potential of human rights as a language to guide States towards compliance with the standards that form the basis of the new post-pandemic *ius commune*.

Keywords: Interdependence; Indivisibility; Reverse interpretation; *Ius Constitutionale Commune*.

1 Introdução

A pandemia de COVID-19 e seus efeitos negativos para a garantia dos direitos humanos são revelados, globalmente, em todas as facetas da condição humana. Por conseguinte, é inquestionável reafirmar que os direitos humanos “são universais, indivisíveis e interdependentes, inter-relacionados e mutuamente reforçados para a criação ou reconstrução de sociedades resilientes, inclusivas, justas e pacíficas”, como afirmado em julho de 2020 pela Assembleia Geral das Nações Unidas, por ocasião da 75ª aniversário da Organização¹.

A presente análise se propõe a repensar e reavaliar os princípios da indivisibilidade e da interdependência de direitos, à luz do novo desafio emergente para a validade de *todos* os direitos humanos em face da pandemia. Isso implica, por um lado, um exercício de dogmática jurídica reinterpretativa e, por outro, uma abordagem inovadora e interdisciplinar que contribui para a compreensão do alcance de uma crise multidimensional, multinível, com multiplicidade de consequências devastadoras em todas as áreas da vida e, em particular, com impactos desproporcionais sobre indivíduos e grupos vulneráveis. Como afirma o Secretário das Nações Unidas, o vírus não discrimina, mas seus impactos sim².

Trata-se de um momento histórico em que as normas vigentes em tempos de normalidade estão sujeitas a escrutínio³. A situação atual representa uma chamada de atenção e um lembrete sobre a necessidade de garantir direitos e acesso a serviços básicos para toda a população quando não se está em estado de emergência, pois, somente nessa condição, se pode garantir sua proteção durante uma situação de emergência⁴. O COVID-19 é um teste para as sociedades, os governos, as comunidades e os próprios indivíduos uma vez que o respeito pelos direitos humanos como um todo será fundamental para o sucesso da resposta à saúde pública e a recuperação da pandemia, como destaca o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos.

Na comunidade de prática de direitos humanos⁵, há consenso relativo à identificação de que a crise pandêmica, mais uma vez, destaca a natureza indivisível e interdependente dos direitos humanos⁶. Há um

¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Follow-up to and implementation of the Vienna Declaration and Programme of Action*: written statement. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3ZZ23vQ> Acesso em: 27 maio 2021.

² GUTERRES, António. *We are all in this together: hman rights and COVID-19 response and recovery*. 2020. Disponível em <https://bit.ly/2Gajr8g> Acesso em: 27 maio 2021.

³ MILANO, Brett. Restricting civil liberties amid the COVID-19 pandemic. *Harvard Law Today*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2GaTaGU> Acesso em: 27 maio 2021.

⁴ SCHENKAN, Nate. COVID-19 and the erosion of Human Rights. *Freedom House*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2G8Na12> Acesso em: 27 maio 2021.

⁵ BOGDANDY, Armin von; URUEÑA, René. International transformative constitutionalism in Latin America. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 3, p. 403-442, jul. 2020.

⁶ THE HUMAN RIGHTS CENTER TEAM. *Human Rights Dimensions of COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2S9OaVL> Acesso em: 27 maio 2021; AZDEN, Melik. COVID-19 pandemic and human rights. *CETIM*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/34crycP>. Acesso em: 27 maio 2021.

acordo no sentido de instar os Estados a que a adoção de medidas que possam afetar ou restringir o gozo e o exercício dos direitos humanos cumpram com os princípios de temporalidade, legalidade, razoabilidade, necessidade e proporcionalidade, assim como com objetivos definidos de acordo com critérios científicos, a fim de cumprir os princípios do Estado de Direito e da democracia.

O argumento central da presente análise consiste na afirmação de que a pandemia gerou uma interpretação “reversa” reforçada da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, uma vez que a salvaguarda dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) requer a garantia dos direitos civis e políticos, e não o contrário⁷. Em uma leitura tradicional, frequentemente se invocava a interdependência e indivisibilidade para justificar a justiciabilidade direta dos DESCAs, com base na necessidade de se assegurar a eles a mesma garantia e efetividade dos direitos civis e políticos.

Diante da pandemia, essa nova visão interpretativa de interdependência e indivisibilidade rege a proteção dos DESCAs (saúde, água, educação, trabalho) e também a garantia de direitos civis e políticos (liberdade de expressão, acesso à informação, garantias judiciais). O caráter de proteção reforçada decorre da dimensão de interseccionalidade — e, conseqüentemente, da urgência dentro da emergência — de atender os direitos de indivíduos e grupos vulneráveis.

O artigo dialoga com a base teórica do *ius constitutionale commune* em direitos humanos emergente, de modo a enfrentar a pandemia de acordo com as orientações dos órgãos de direitos humanos das Nações Unidas e das Américas, bem como legislações nacionais, que mostram a tendência de definir a luta contra o COVID-19 como uma batalha pelos direitos humanos e desenvolvem um *ius commune* de acordo com *standards* pré-estabelecidos.

O argumento da interpretação reversa é apresentado em três etapas, com base em um método bibliográfico. Em primeiro lugar, se expõem ambos os princípios, considerando-se a Declaração Universal de Direitos Humanos e os instrumentos regionais latino-americanos de proteção aos direitos humanos como marcos pré-COVID-19. Em segundo lugar, se faz uma nova leitura desses princípios aplicados ao contexto da pandemia, enfatizando a interpretação reversa no que diz respeito aos *standards* universais, regionais e nacionais para proteção dos direitos humanos, considerando-se o caso argentino como referência. Em terceiro lugar, se destaca o potencial do discurso acadêmico para fortalecer os conceitos de indivisibilidade e de interdependência como caminho para as profundas e necessárias transformações pós-COVID-19 nesta matéria. Conclui-se com o destaque sobre os eixos transversais do acervo comum da humanidade para enfrentar a nova realidade.

2 Reconstrução da interdependência e indivisibilidade: as Declarações como ponto de partida pré-COVID-19

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948 contém um conteúdo inovador, pois introduziu a ideia contemporânea de indivisibilidade e universalidade dos direitos e deu origem à elaboração do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). A universalidade é reconhecida como a pedra fundamental do direito internacional dos direitos humanos e prevê que as liberdades fundamentais e os direitos humanos devem ser aplicados a todos e em qualquer lugar, sob a convicção de que o status de indivíduo é o único requisito para a dignidade e a titularidade dos direitos. Somente o reconhecimento integral de todos os direitos pode garantir a existência real de cada um deles⁸. A indivisibilidade como conceito é tradicionalmente usada

⁷ PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. COVID-19 and the need for a holistic and integral approach to Human Rights Protection. *Verfassungsblog Os Matters Constitucional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Dif4qn> Acesso em: 27 maio 2021.

⁸ ESPIELL, Héctor Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José: Libro Libre, 1986.

para descrever a igualdade fundamental dos direitos contidos em ambos os pactos, apesar das diferenças em suas obrigações. Entretanto, em sentido estrito, a indivisibilidade tinha como objetivo reforçar a relevância dos direitos econômicos e sociais, diante da percepção de que a divisão da “unidade fundamental” da Declaração Universal priorizava os direitos civis e políticos em detrimento dos direitos econômicos e sociais. A interdependência, em essência, se refere à medida em que “dois ou mais direitos individuais ou grupos de direitos podem depender uns dos outros para sua efetividade”⁹.

As Nações Unidas, em particular o Alto Comissariado, defendem que os direitos humanos são inerentes à dignidade de cada pessoa. Consequentemente, todos os direitos humanos têm o mesmo status, não podem ser colocados em uma ordem hierárquica e mantêm uma relação e interdependência. A negação de um direito, inevitavelmente, impede o gozo de outros direitos. Se a privação de um direito afeta, negativamente, outros direitos, a garantia efetiva de um direito também facilita o progresso relativo à salvaguarda dos demais.

A interdependência e a indivisibilidade foram reiteradas não apenas pelas principais resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas¹⁰, mas também, em 1993, com a solene Declaração e o Programa de Ação de Viena, que novamente enfatizam que os direitos humanos “são inter-relacionados, interdependentes e mutuamente reforçados, e devem ser tratados de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Os princípios de indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos foram consagrados em diversos instrumentos regionais. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), adotada na Nona Conferência Internacional Americana em abril de 1948 — oito meses antes do DUDH —, foi precisamente a primeira lista detalhada de direitos formulada por uma organização intergovernamental¹¹. Tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), exercendo seu mandato transformador na proteção e defesa dos direitos humanos, construíram um *corpus iuris* interamericano que representa um avanço histórico a respeito da noção de interdependência e indivisibilidade. Conforme afirmado, verifica-se uma forte e progressiva jurisprudência sobre a justiciabilidade direta dos DESCAs, entre outros, no caso *Lagos del Campo vs Peru*, que reconheceu, pela primeira vez, uma violação direta do artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); no caso *Poblete Vilches e outros vs Chile*¹², que alertou para a necessidade de garantir o direito à saúde sem discriminação; e no caso *Cuscul Pivaral e outros vs Guatemala*, no qual a Corte observou que os Estados, ao promover o direito à saúde, deveriam “prestar especial atenção aos grupos vulneráveis e marginalizados”.

O caso *Lbaka Honbat*¹³ representa um marco na jurisprudência interamericana, especialmente no contexto da pandemia, pois, pela primeira vez, trata da violação autônoma dos DESCAs que dizem respeito às comunidades indígenas e a populações vulneráveis, no que se refere ao direito ao meio ambiente saudável, à alimentação e à água. Com a abordagem centrada nas vítimas, o Sistema Interamericano, que se centra na salvaguarda da dignidade humana e da prevenção ao sofrimento humano, desenvolve um intenso debate sobre a justiciabilidade direta dos DESCAs, conferindo especial visibilidade aos princípios da interdependência e indivisibilidade na América Latina.

⁹ MIHR, Anja; GIBNEY, Mark. *The SAGE handbook of human rights*. Los Angeles: SAGE, 2014.

¹⁰ Cf. Resoluções da Assembleia Geral 40/114, 13 de dezembro de 1985; 41/117, 4 de dezembro de 1986; 42/102, 7 de dezembro de 1987; e 43/113, 8 de dezembro de 1988. Todas com o título «Indivisibilidade e interdependência dos direitos culturais, civis e políticos», além de uma série de resoluções da Assembleia Geral sobre patos internacionais de direitos humanos. Cf. Resolução 60/149, de 16 de dezembro de 2005.

¹¹ FARER, Tom. The rise of the Inter-American human rights regime: no longer a unicorn, not yet an ox. *Human Rights Quarterly*, v. 19, n. 3, p. 510-546, ago. 1997. Disponível em: <https://bit.ly/36g3AQg> Acesso em: 27 maio 2021.

¹² PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MONTERO, Erika. Avances en la protección de las personas mayores en el sistema interamericano: Perspectivas y retos para la efectividad de sus derechos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; CLÉRICO, Laura (coords.). *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. México: UNAM, 2019.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lbaka Honbat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf Acesso em: 27 maio 2021.

No âmbito europeu, a noção de indivisibilidade, interdependência e inter-relação é implicitamente encontrada no preâmbulo da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH) de 1950¹⁴, instrumento que dá “os primeiros passos para a aplicação coletiva de alguns dos direitos estabelecidos na Declaração Universal”. A CEDH se concentra, principalmente, nos direitos civis e políticos, pois há duas características distintas na Europa que vão na linha da indivisibilidade e da interdependência. Em primeiro lugar, a Carta Social Europeia de 1961 e a Carta Social Europeia Revisada de 1996 incluem, amplamente, os direitos econômicos, sociais e culturais. Em segundo lugar, as práticas institucionais transcendem os limites da Convenção, uma vez que a indivisibilidade foi consolidada como “um princípio normativo de trabalho”¹⁵, tendência observada na mais recente jurisprudência¹⁶.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 se distingue por abranger em um único instrumento os direitos civis e políticos, econômicos, sociais, culturais e coletivos na África — incluídos os direitos de grupos e populações vulneráveis — e reconhece a proteção aos direitos humanos sem fazer qualquer distinção em sua justiciabilidade ou aplicação¹⁷. No próprio Preâmbulo, a Carta Africana proclama a indivisibilidade, a interdependência e a inter-relação de todos os direitos.

3 Reinterpretação da indivisibilidade e interdependência: o *ius commune* emergente em face do COVID-19

A pandemia de COVID-19 revela a necessidade de fortalecer a abordagem holística dos direitos humanos. A interdependência e indivisibilidade rege a proteção dos DESCAs (saúde, água, educação, trabalho) e a garantia de direitos civis e políticos (liberdade de expressão, acesso à informação, entre outros). Tal proteção deve ser reforçada para atender aos indivíduos e grupos vulneráveis. A título de exemplo, o contexto da COVID-19 se prestou a corroborar o quanto o direito essencial à saúde depende do direito à informação, como eixo fundamental do direito à liberdade de expressão¹⁸. Por essa razão, é fundamental a devida consideração da universalidade, da indivisibilidade, da interdependência e da inter-relação entre direitos; da igualdade e não discriminação; da perspectiva de gênero, diversidade e interseccionalidade; da inclusão, da *accountability*; do respeito ao Estado de Direito e fortalecimento da cooperação entre Estados. Essa visão implica que medidas que possam afetar ou restringir o gozo e o exercício dos direitos humanos devem cumprir com os princípios da temporalidade, legalidade, razoabilidade, necessidade e proporcionalidade, além de estarem de acordo com critérios científicos.

A pandemia produz um exercício de dogmática jurídica reinterpretação orientada para o *ius commune* emergente em relação aos DESCAs e à suspensão ou restrição de garantias à luz de sua indivisibilidade e interdependência. Três perguntas norteiam essa visão: (i) por que é necessária uma interpretação reforçada de indivíduos e grupos em situação de vulnerabilidade?; (ii) em um cenário multinível (global, regional e comparativo), pode ser identificada a vigência de ambos os princípios?; (iii) e em razão das tendências observadas, tendo a Argentina como um caso de estudo, pode-se defender, a nível nacional, uma resposta que se aproxime dessa reinterpretação?

¹⁴ KOCH, Ida Elisabeth. *Human rights as indivisible rights: the protection of socio-economic demands under the European convention on human rights*. Boston: Martiners Nijhoff, 2009.

¹⁵ WILLIAMS, Andrew. The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: confronting a heresy. *European Journal of International Law*, v. 24, p. 1157-1185, 2013.

¹⁶ CUENCA, Encarna Carmona. Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Político*, p. 241-275, 2017.

¹⁷ SSENYONJO, Manisuli. *Economic, social and cultural rights in international law*. Portland: Hart, 2016.

¹⁸ A CIDH emitiu, entre outros, o comunicado de imprensa R58/20, onde enfatiza que os Estados devem ter como elemento central o respeito total pelos direitos humanos, e, portanto, têm a obrigação de garantir que todas as pessoas tenham acesso a informações precisas sobre a natureza da ameaça e os meios para se protegerem. Também destacou a necessidade de garantir o acesso à proteção da liberdade de imprensa, de adotar medidas para combater a desinformação e, ainda, respeitar os direitos humanos em caso de vigilância cibernética.

Quanto à urgência dentro da emergência, o vírus tem mostrado ter um impacto diferenciado sobre grupos historicamente excluídos, vulneráveis ou de risco, que demandam maior proteção. Nesse sentido, a pandemia apresenta três grandes desafios estruturais a serem enfrentados¹⁹: desigualdade socioeconômica, padrões históricos de discriminação e dilemas relativos à institucionalidade democrática. Bastam alguns indicadores da multidimensionalidade da crise para que se observem déficits sistêmicos relacionados aos desafios mencionados. Philip Alston, ex-relator oficial das Nações Unidas para extrema pobreza e direitos humanos, disse, em abril de 2020, que as respostas à COVID-19 são insuficientes para as pessoas em situação de pobreza. Segundo especialistas das Nações Unidas²⁰,

a luta global contra a pandemia tem poucas chances de sucesso se a higiene pessoal, a principal medida para prevenir o contágio, não estiver disponível para os 2,2 bilhões de pessoas que não têm acesso a serviços de água potável²¹.

Por sua vez, o relator das Nações Unidas para direitos dos povos indígenas, José Francisco Cali Tzay, afirmou que “Estados de emergência estão exacerbando a marginalização das comunidades indígenas”. Em relação à institucionalidade democrática, os Estados tomaram medidas para salvaguardar a saúde, mas emitiram declarações de estado de emergência e de suspensão ou restrição de direitos, que em muitos casos dificultam o pleno exercício da democracia²². Quanto ao ponto, alguns autores ressaltam a importância do controle do Poder Executivo por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário em relação a essa matéria²³.

No que diz respeito ao aspecto multinível (global e regional e comparado), para endossar a reinterpretação da indivisibilidade e da interdependência reversa, é necessário examinar — de maneira exclusivamente enunciativa — a reiteração e criação de *standards* para enfrentar a pandemia na perspectiva dos DESCA e dos direitos civis e políticos. A seleção de pronunciamentos é estritamente aleatória e incompleta, pois excederia os limites dessa reflexão. Ela se concentra em mostrar uma tendência. Tanto as Nações Unidas quanto os sistemas regionais de direitos humanos — essa contribuição considera apenas o sistema interamericano na América Latina — possuem bases de dados abrangentes de todo o acervo criado em torno da COVID-19. Portanto, são enunciados apenas alguns exemplos.

4 Standards internacionais: Nações Unidas

Os Organismos Internacionais de direitos humanos emitiram pronunciamentos sobre a perspectiva dos direitos humanos para combater a pandemia, como as normas publicadas sobre a COVID-19 e os Direitos

¹⁹ Entre eles, idosos, pessoas que sofrem de doenças pré-existentes, pessoas privadas de liberdade, mulheres, povos indígenas, pessoas migrantes e refugiadas, crianças e adolescentes, pessoas LGBTI, população afrodescendente, pessoas com deficiência, trabalhadores e pessoas vivendo em situação de pobreza e extrema pobreza, especialmente trabalhadores informais e pessoas em uma situação de rua, bem como, defensores dos direitos humanos, líderes sociais, profissionais de saúde e jornalistas.

²⁰ Organização Internacional do Trabalho (OIT), Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e Banco Mundial desenvolveram os cenários e observatórios para monitorar os impactos do COVID-19.

²¹ NACIONES UNIDAS. *No se podrá parar el COVID-19 sin proporcionar agua a las personas en situación de vulnerabilidad*: expertos de la ONU. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25738&LangID=S> Acesso em: 27 maio 2021.

²² BRANDES, Tamar Hostovsky. Israel's perfect storm: fighting coronavirus in the midst of a constitutional crisis. *Verfassungsblog On Matters Constitucional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3mSu7Jq> Acesso em: 27 maio 2021; VASSILEVA, Radosveta. Bulgaria: COVID-19 as an Excuse to Solidify Autocracy? *Verfassungsblog On Matters Constitucional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/309tYaO> Acesso em: 27 maio 2021; ANTONIAZZI, Mariela Morales; CASAL, Jesús María Hernández. States of emergency without rule of law: the case of Venezuela. *Verfassungsblog On Matters Constitucional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FTdqgq> Acesso em: 27 maio 2021.

²³ YEYATI, Eduardo Levy. ¿Y si la pandemia mejora la democracia? La democracia es producto de la acción humana: regímenes enfermos pueden generar anticuerpos, inmunizarse para salir fortalecidos. *El País*, jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kTf5Bv> Acesso em: 27 maio 2021; GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The bound executive: emergency powers during the pandemic. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3n1uilx> Acesso em: 27 maio 2021.

Humanos das Nações Unidas e da Organização Mundial da Saúde²⁴. O Secretário das Nações Unidas, o alto Comissariado, os Comitês — em particular o Comitê dos DESC²⁵ —, os relatores e especialistas²⁶ ressaltam a interdependência e a indivisibilidade, e têm dado maior visibilidade ao impacto discriminatório do vírus sobre indivíduos e grupos vulneráveis²⁷. As Nações Unidas apelam aos Estados para que cumpram, integralmente, as normas de direitos humanos. A Alta Comissariada da ONU para Direitos Humanos define, explicitamente, a urgência de garantir o direito à saúde, ressaltando que “a universalidade da ameaça do COVID-19 cria o argumento mais convincente que já existiu em favor do acesso universal e acessível à saúde”²⁸, pois “ninguém está seguro até que todos estejam seguros”²⁹.

Nessa linha e de forma inovadora, em 9 de abril de 2020, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas organizou uma reunião virtual com o Alto Comissariado de Direitos Humanos para discutir as implicações da COVID-19 sobre os direitos humanos em resposta à pandemia. Durante a sessão, em uma discussão entre participantes de todo o mundo com a Alta Comissariada para Direitos Humanos e grupos da sociedade civil, se avaliou a urgência de proteger os direitos humanos de maneira integral. A obrigação dos Estados de evitar ou mitigar os efeitos negativos sobre o gozo dos DESC tem sido destacada com base em todas as obrigações em matéria de direitos humanos³⁰ e o dever de dedicar os “recursos máximos disponíveis”³¹ na luta contra a COVID-19, sem impor uma carga econômica adicional aos grupos marginalizados, constitui uma constante nos diversos pronunciamentos.

Paralelamente, a Alta Comissariada para Direitos Humanos³², bem como o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas³³, ratificaram e recordaram os principais parâmetros de controle internacional aplicáveis aos estados de emergência. Dessa forma, os organismos internacionais alertaram que as medidas tomadas pelos Estados em resposta à pandemia devem ser limitadas, legais, adaptadas aos objetivos definidos, de acordo com critérios científicos, razoáveis, estritamente necessários e proporcionais, e em consonância com os demais requisitos desenvolvidos no âmbito dos direitos humanos. O exemplo simbólico da ligação entre saúde e acesso à informação é destaque no comunicado do Relator Especial das Nações Unidas sobre promoção e proteção do direito à liberdade de opinião e expressão.³⁴

²⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *COVID-19 and Human Rights: we are all in this together*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2G6yeki>. Acesso em: 27 maio 2021.

²⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Addressing Human Rights as Key to the COVID-19 Response*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/330BPcA>. Acesso em: 27 maio 2021.

²⁶ Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, observação geral sobre ciência e direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 15º, parágrafos (1) (b), 2, 3 e 4 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; e “Declaração sobre pandemia da doença coronavírus (COVID-19) e direitos econômicos, sociais e culturais”, E/C.12/2020/1, 2020.

²⁷ No que se refere a procedimentos especiais, o primeiro comunicado de imprensa relacionado à COVID-19 foi emitido em 16 de março de 2020, e desde então, até 6 de agosto de 2020, se emitiram 91 declarações e comunicados de imprensa no total.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *COVID is “a colossal test of leadership” requiring coordinated action, High Commissioner tells Human Rights Council: COVID-19 pandemic: informal briefing to the Human Rights Council*. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25785&LangID=E>. Acesso em: 27 maio 2021.

²⁹ BAUOMY, Jasmin; TIDEY, Alice. Coronavirus: ‘No-one is safe until everyone is safe,’ says WHO director. *OuroNews*, 2020. Disponível em: <https://www.euronews.com/2020/08/18/coronavirus-19-european-countries-record-high-incidence-rates-as-surge-continues>. Acesso em: 27 maio 2021.

³⁰ DONALD, Alice; LEACH, Philip. Human Rights: the essential frame of reference in the global response to COVID-19. *Verfassungsblog On Matters Constitucional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/333mgAY>. Acesso em: 27 maio 2021.

³¹ UNIVERSITY OF NOTTINGHAM. *Human Rights Law Centre: making economic and social rights real*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kPwLxO>. Acesso em: 27 maio 2021.

³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Emergency measures and COVID-19: guidance*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/343FqpH>. Acesso em: 27 maio 2021.

³³ Declaração sobre a suspensão de obrigações sob o Pacto em relação à pandemia de COVID-19», HRC, Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, CCPR/C/128/2.

³⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Las pandemias y la libertad de opinión y de expresión*. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3cvWyYQ>. Acesso em: 27 maio 2021.

5 Standards regionais: África

Diante da pandemia, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi o primeiro órgão regional a fazer um apelo urgente aos Estados-Membros para que respondessem à emergência sanitária com base nos direitos humanos e à luz da sua interdependência. Um comunicado de imprensa foi emitido em 28 de fevereiro de 2020, sobre a crise sanitária, e a declaração foi realizada em 24 de março de 2020³⁵, enfatizando que a Comissão gostaria de recordar as “disposições pertinentes da Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos, em especial, o artigo 4º sobre o direito à vida, o artigo 9º sobre o direito ao acesso à informação e o artigo 16 sobre o direito à saúde”³⁶. Em consonância com esse apelo da Comissão Africana, o Grupo de Trabalho sobre os DESC recordou os efeitos negativos sobre a saúde, o trabalho, a educação, a alimentação, a água e a seguridade social, apesar da implementação das medidas de bem-estar social estabelecidas por vários Estados-Membros como parte de uma resposta nacional ao COVID-19. O grupo instou os Estados a tomar medidas que respeitem os tratados regionais e os instrumentos internacionais de direitos humanos para garantir o pleno gozo de todos os direitos³⁷ — “durante e depois da crise”³⁸. Salientou, em particular, a situação de grupos vulneráveis e marginalizados que, apenas em condições de normalidade, gozam do direito à moradia e não têm acesso universal à saúde, educação, água, saneamento, alimentação e trabalho. De forma complementar, também se constata a dependência entre os direitos políticos e o direito à saúde, especificamente com relação ao direito às eleições como pilar da democracia, que deve ser salvaguardada durante a emergência sanitária³⁹. No contexto africano, a dimensão da paz se soma ao entendimento da interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, pois nas palavras de Salomão Ayele Dersso, presidente da Comissão Africana, as consequências socioeconômicas e humanitárias previsíveis da crise podem ter impacto nos processos de paz, pois são fatores de conflito e inseguranças⁴⁰.

6 Standards regionais: Europa

Na Europa, na doutrina atual, há uma evidente tendência de compromisso com os princípios da interdependência e da indivisibilidade, por meio de múltiplas iniciativas de organismos regionais e seus representantes, guias práticos e recomendações para os Estados, bem como, pronunciamentos em favor da proteção reforçada dos grupos vulneráveis. Vale lembrar, nas palavras do deputado Josep Borrell, “que todos os direitos humanos são universais, indivisíveis e interdependentes e inter-relacionados”. Ainda em suas palavras: “Nos comprometemos em cuidar para que nossa resposta proteja a dignidade e os direitos humanos de todas as

³⁵ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Press Statement of the African Commission on Human & Peoples' Rights on the Coronavirus (COVID-19) crisis*. 2020. Disponível em <https://bit.ly/30hqOlj> Acesso em: 27 maio 2021.

³⁶ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Press Statement on human rights based effective response to the novel COVID-19 virus in Africa*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3mW49Vn> Acesso em: 27 maio 2021.

³⁷ Essas medidas incluem distribuição gratuita de alimentos, fornecimento gratuito e melhorado de água, assistência financeira, redução temporária das contas de luz e fornecendo acomodação para os sem-teto. COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Press release on the impact of the COVID-19 pandemic on economic, social and cultural rights in Africa*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kVIEU8> Acesso em: 27 maio 2021.

³⁸ *Press release*.

³⁹ A Comissão afirma que o direito a uma eleição regular, livre, justa e crível é a norma democrática mais sagrada que serve como o principal meio de exercer o direito soberano de um povo ao autogoverno sob o artigo 20 da Carta Africana e o direito dos indivíduos de participar em assuntos públicos sob o artigo 13 da Carta Africana. A realização de eleições dentro de parâmetros constitucionalmente estabelecidos e padrões aplicáveis de direitos humanos, incluindo aqueles previstos na Carta Africana sobre Democracia, Eleições e Governança, é um pré-requisito para manter um sistema democrático, responsável e responsivo de governo. COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Statement of the African Commission on Human and Peoples' Rights on Elections in Africa during the COVID-19 Pandemic*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2G5hNoA> Acesso em: 27 maio 2021.

⁴⁰ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Statement of Commissioner Solomon Ayele Dersso, (PhD) Chairperson of the African Commission on Human and Peoples' Rights*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/34362qE> Acesso em: 27 maio 2021.

personas sem discriminação de qualquer tipo”⁴¹. Eamon Gilmore, representante da União Europeia para os Direitos Humanos, afirmou categoricamente que estes estão no centro da batalha contra a COVID-19. Em termos eloquentes, ele reivindica este novo olhar de interdependência e indivisibilidade, ao afirmar que

Proteger e preservar a vida é o principal propósito dessa luta. Sem o direito à vida, é impossível exercer outros direitos. Para proteger a vida, devemos reivindicar o direito à saúde. Isso, por sua vez, depende não apenas do acesso aos cuidados de saúde, mas também do direito à água segura e ao saneamento, à alimentação adequada e a um ambiente seguro e saudável. Também requer acesso à informação, para que as pessoas sejam capacitadas a proteger sua própria saúde e a dos outros. E nesta crise de saúde, que requer uma resposta coletiva e a cooperação das pessoas em todos os lugares, o respeito pela sociedade civil é mais importante do que nunca. Todos os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis⁴².

Por sua vez, o secretário geral do Conselho da Europa evidenciou como boa prática um conjunto de ferramentas⁴³, para lembrar aos governos de toda a Europa, a importância de garantir o respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais — pedindo a proteção do direito à educação, à liberdade de expressão, à privacidade e aos dados, à proteção dos grupos vulneráveis e contra a discriminação — bem como a defesa da democracia e do Estado de Direito durante a crise do COVID-19. E não se deixa de lado a determinação dos limites do objeto e da duração das medidas de emergência⁴⁴.

No tocante aos impactos negativos da pandemia em determinados grupos, vale destacar a nota do Secretário Geral para Imigração e Refugiados do Conselho da Europa, juntamente com a Agência de Direitos Fundamentais da União Europeia, que insiste nas principais salvaguardas dos direitos fundamentais dos refugiados, requerentes de asilo e imigrantes de seus Estados-Membros⁴⁵. O Comitê Europeu de Direitos Sociais também forneceu orientações por meio de seu site dedicado aos “direitos sociais em tempos de pandemia: COVID-19 e a Carta Social Europeia”, e examinou as medidas tomadas pelos Estados no que diz respeito às suas obrigações de direitos sociais.

7 Standards regionais: América Latina

Diante da pandemia, a Corte IDH e a CIDH reiteraram o princípio da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos e denotaram maior proteção para atender indivíduos e grupos vulneráveis, invocando, reiteradamente, o enfoque de interseccionalidade⁴⁶. O Sistema Interamericano também ressaltou que medidas que possam afetar ou restringir o gozo e o exercício dos direitos humanos devem estar em conformidade com os princípios da temporalidade, legalidade, razoabilidade, necessidade, proporcionalidade e conformidade com critérios científicos.

O exercício do mandato transformador do sistema interamericano foi concretizado por meio de comunicados conjuntos com a Relatoria Especial dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) e a Relatoria Especial pela Liberdade de Expressão (RELE), que, mais uma vez, se basearam na

⁴¹ BATTU, Virginie. *Declaración del alto representante, Josep Borrell, en nombre de la Unión Europea, sobre los derechos humanos en tiempos de pandemia de coronavirus*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/36hdL7c> Acesso em: 27 maio 2021.

⁴² GILMORE, Eamon. *La lucha contra COVID-19 es una batalla por los derechos humanos*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FXqdhT> Acesso em: 27 maio 2021.

⁴³ UNIÃO EUROPEIA. *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis: a toolkit for member states*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EKNJOW> Acesso em: 27 maio 2021.

⁴⁴ ETUC BRIEFING NOTES. *Human Rights and COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2HDQqT3> Acesso em: 27 maio 2021.

⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. *Fundamental rights of refugees and migrants at European borders*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/349w4IX> Acesso em: 27 maio 2021.

⁴⁶ GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura. (coords). *Interamericanización de los DESCAs: el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020. p. 399-427.

ordem pública interamericana. À luz do sistema multinível, o primeiro comunicado à imprensa afirma que os governos devem promover e proteger o acesso e a livre circulação de informações durante a pandemia⁴⁷; seguido do apelo para assegurar o cumprimento das políticas de proteção integral aos direitos humanos e à saúde pública durante a pandemia; e, de modo progressivo, foram emitidos mais de uma dúzia de comunicados⁴⁸ que alertavam para a urgência de proteger os direitos dos grupos mais vulneráveis. Com um mecanismo inovador, em 27 de março de 2020, a Comissão anunciou a instalação de sua Sala de Coordenação e Resposta Oportuna e Integrada à Crise em relação à pandemia COVID-19 (SACROI COVID-19), para monitorar o impacto sobre os direitos humanos e, em particular, sobre grupos vulneráveis, nos 35 países das Américas.

Em 10 de abril, foi aprovada a Resolução n.º 01/2020 sobre Pandemia e Direitos Humanos, com 85 recomendações para os Estados, à luz dos standards interamericanos e do princípio *pro persona*. A resolução enfatiza o dever dos Estados de adotar uma abordagem focada em direitos humanos para qualquer estratégia, política ou medida de enfrentamento à pandemia de COVID-19 e suas consequências. Em um primeiro balanço, impacto e resultados alcançados foram apresentados à imprensa, por meio do comunicado de 16 de maio de 2020. A CIDH, em 27 de julho de 2020, também aprovou a Resolução n.º 04/2020 sobre direitos humanos das pessoas com COVID-19, com o objetivo de conferir visibilidade, por meio de 52 diretrizes, ao fato de que os povos das Américas continuam extremamente afetados pela pandemia global e que aquelas pessoas que contraíram o vírus correm o risco de não ver seus direitos humanos protegidos. Em 06 de abril de 2021, foi adotada a Resolução n.º 01/2021 sobre “vacinas contra a COVID-19 no marco das obrigações interamericanas de direitos humanos”, com o objetivo de contribuir para destacar o alcance dos deveres internacionais contraídos pelos Estados, visando à garantia dos direitos humanos, especialmente dos direitos à saúde e à vida, com recomendações baseadas nos princípios da igualdade e não discriminação, dignidade humana, transparência, acesso à informação, cooperação e solidariedade internacional.

A Declaração 1/20 emitida pela Corte Interamericana, intitulada “COVID-19 y derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales”, insta os Estados a adotarem e implementarem medidas no âmbito do Estado de Direito, com pleno respeito aos instrumentos interamericanos, para a proteção dos direitos humanos e *standards* desenvolvidos pela jurisprudência da Corte. No que diz respeito aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, foi publicada uma infografia sobre “COVID-19 y el derecho a la salud”, que sintetiza as obrigações estatais, em caso de limitação a direitos econômicos, sociais e culturais, assim como dever de proteção reforçada a grupos vulneráveis. Também foi publicado o novo Caderno de Jurisprudência n.º 28, sobre o direito à saúde, que diz respeito ao debate universal sobre a pandemia de COVID-19.

Mais uma vez, a Corte do IDH foi pioneira e, por meio da resolução da sua presidente, Elizabeth Odio Benito, editou medidas urgentes, tendo como marco, o caso *Vélez Loor con Panamá*. Essas medidas tiveram origem no pedido das vítimas de que o Tribunal exija que o Panamá implemente medidas protetivas em relação aos imigrantes detidos no centro de La Peñita, para proteger seus direitos à vida, à saúde e à integridade no contexto da pandemia. Ao analisar a situação, levou-se em consideração a referida Declaração n.º 1/20, bem como o *corpus iuris* interamericano, e, portanto, exigiu-se que o Estado, entre outros, garantisse,

De forma imediata e eficaz, o acesso a serviços essenciais de saúde, sem discriminação, a todas as pessoas detidas em La Peñita e Laja Blanca, incluindo detecção precoce e tratamento de COVID-19.

Na ideia de aprofundar a indivisibilidade e a interdependência, a CIDH deu relevo à sua jurisprudência

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *COVID-19: los gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia: expertos internacionales*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2G7px9B>. Acesso em: 27 maio 2021.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3n1U0Xp>. Acesso em: 27 maio 2021.

sobre estados de emergência e suspensão de direitos, com a reedição da Cartilha da Jurisprudência n.º 26, “Restrição e Suspensão dos Direitos Humanos”, enfatizando que nenhum direito pode ser suspenso sem atender às rigorosas condições do artigo 27.1 da CADH. Outras valiosas iniciativas são o Centro de Informação e Direitos Humanos COVID-19, um espaço de difusão na web, e o “Diálogo entre as três Cortes Regionais de Direitos Humanos”, que permitiu evidenciar “que nos três continentes, a pandemia está afetando desproporcionalmente indivíduos historicamente discriminados, como mulheres, imigrantes, idosos, entre outros”⁴⁹.

Surge então a questão de verificar se, em âmbito nacional, tomando a Argentina como estudo de caso, se poderia defender uma abordagem no sentido da reinterpretação da indivisibilidade e da interdependência reversa para os mais vulneráveis. Três características serão destacadas: a visão compartilhada da reinterpretação reversa; a importância da proteção reforçada para os mais marginalizados, alinhados a *standards* universais e regionais e de boas práticas, que refletem a internacionalização; e a interamericanização das ordens nacionais.

Com base no Plano Operacional de Preparação e Resposta ao COVID-19⁵⁰, se verifica que o Estado nacional tem tomado providências em todas as áreas do governo, observada a lógica de complementariedade das diversas políticas públicas, com uma abordagem dos efeitos da pandemia sobre os direitos fundamentais da população. Essa resposta confirma o argumento de que é necessário não somente reconhecer a interdependência e a indivisibilidade reversas, mas também ir além no sentido de se comprometer com “respostas integrais” entre as diferentes entidades do poder público. A Comissão de Ética e Direitos Humanos da Pandemia COVID-19 foi criada *ad hoc* e *ad honorem*, com a Resolução n.º 1. 117/2020 (firmada pelo Ministro da Saúde da Nação, da Argentina), declarando-se a sua necessidade diante das múltiplas incertezas colocadas pela COVID-19. O novo órgão tem como objetivo promover o diálogo interdisciplinar entre política de saúde, ciência e ética, de modo a gerar recomendações de medidas de saúde pública, a partir da proteção dos direitos fundamentais da população e levando em conta as recomendações da Organização Mundial da Saúde. Afirmam a filosofia do Estado constitucional, convencional, democrático, social e jurídico que visam assegurar o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Em consonância com o exemplo simbólico da ligação entre saúde e acesso à informação, a Argentina determinou que o Ministério da Saúde informaria, diariamente, sobre as “zonas afetadas” e a situação epidemiológica. Sobre dados acerca da disseminação, contenção e mitigação do vírus, o governo criou uma página para divulgar medidas e recomendações obrigatórias e a apresentação de um relatório matinal e noturno transmitido pela mídia⁵¹. Para a proteção aprimorada de um grupo vulnerável, foi criada uma linha gratuita exclusiva para que os idosos possam fazer consultas sobre o novo coronavírus e acessar informações sobre recomendações específicas de cuidados de saúde⁵². Na configuração do *ius commune* se incluem boas práticas, como a defesa do direito à moradia de pessoas residentes em bairros populares, destacada por especialistas das Nações Unidas⁵³ ou indicada pela CIDH, os procedimentos previstos na Lei n.º 27.275 (Acesso a In-

⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *COVID-19 y derechos humanos: diálogo entre las tres cortes regionales de derechos humanos*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2GfeWsT> Acesso em: 27 maio 2021.

⁵⁰ ARGENTINA. Ministério da Saúde. *Plan operativo de preparación y respuesta al COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3iilLHG> Acesso em: 27 maio 2021.

⁵¹ Cf. o Decreto 260/2020, 12 de março, 2020; e o Resolução 568/2020 do Ministério da Saúde do 14 Março 2020.

⁵² O Programa de Atenção Integral à Saúde (PAMI), do Governo argentino, habilitou uma linha gratuita exclusiva (138, opção 9) e fez uma campanha de mídia social com ferramentas audiovisuais acessíveis.

⁵³ No caso da Argentina, vale destacar como boas práticas «Decretos Nacionais número 319/2020 e 320/2020, que suspendem despejos por não pagamento, ampliam a validade de contratos de aluguel e congelam cotas de empréstimos hipotecários, pois podem ajudar a reduzir a vulnerabilidade à pandemia COVID-19». ver comunicação conjunta enviada pelo Relator de Direitos Humanos à água segura e ao saneamento; o Relator Especial sobre o direito de cada pessoa de desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental; o Relator Especial sobre a habitação adequada como elemento integral do direito a um padrão de vida adequado; e o Relator Especial sobre pobreza extrema e direitos humanos. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. 24 de junho de 2020. Disponível em: <https://spcommreports.ohchr.org/TMResultsBase/DownloadPublicCommunicationFile?gId=25382> Acesso em: 27 maio 2021; ARGENTINA. *Decreto 319/2020*. 29 de março de 2020. Disponível em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227246/20200329> Acesso em: 27 maio 2021; ARGENTINA. *Decreto 320/2020*. 29 de março de 2020. Disponível

formações Públicas) e na Lei n.º 25.326 (Proteção de Dados Pessoais)⁵⁴. Na interamericanização do direito à água⁵⁵, se inclui a decisão de um juiz distrital, que determinou ao governo da Cidade de Buenos Aires a elaboração de um plano de contingência que estabeleça um cronograma detalhado para o fornecimento de água potável em comunidades sem acesso à água encanada e garantindo o fornecimento de água por meio de reservatórios de água⁵⁶. Nesse sentido, a decisão da CIDH no caso *Lhaka Hobnat com a Argentina* define os contornos do direito humano à água, enriquecidos por padrões universais e nacionais.

8 Renovação do discurso sobre indivisibilidade e interdependência: o potencial transformador pós-COVID-19

O impacto dramático do COVID-19 e sua natureza multidimensional impulsionaram um tempo de profunda transformação e reinvenção, marcado por decisões cruciais. Haverá um mundo pré-COVID-19 e um mundo pós-COVID-19.

Há mais de sete décadas, há uma visão mundial compartilhada do abrangente sistema de direitos humanos, com o entendimento de que, para garantir a dignidade da pessoa humana, todos os direitos humanos devem ser assegurados⁵⁷. Os limites de conceituá-los à luz de sua interdependência e indivisibilidade na leitura tradicional já foram delineados no mundo pré-COVID-19. Entre diferentes discursos, alude-se à incorporação de uma perspectiva de justiça social, especialmente para enfrentar o desafio de atender às necessidades de grupos e populações vulneráveis⁵⁸; também do ponto de vista da prática, com especial referência ao direito à saúde, refere-se à falta de compreensão em sua relação com outros direitos⁵⁹; ou sobre a necessidade de se criar ferramentas de monitoramento adequadas, a fim de melhor compreender as consequências das violações dos direitos interdependentes⁶⁰, o que tem impulsionado mudanças dogmáticas e práticas.

A pandemia nos evidenciou a necessidade de repensar os alcances dos princípios da indivisibilidade e da interdependência. Além disso, nos instiga a repensá-los de forma reversa, com vistas a reforçar a proteção de indivíduos e grupos vulneráveis, com maior ênfase na igualdade, abordando os déficits estruturais. O contexto atual pode fornecer um ponto de partida para um sistema mais integrado, resiliente e sustentável, com a devida priorização dos grupos mais vulneráveis.

Do ponto de vista dos direitos humanos, uma “disrupção” como a COVID-19 poderia levar a uma profunda transformação, já que a pandemia é o maior desafio enfrentado pela humanidade há décadas. Classificar a pandemia como “disrupção” nos permite apontar para uma mudança de longo alcance nas práticas de direitos humanos, em termos de intensidade e urgência do choque produzido no sistema de di-

em: <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/227247/20200329> Acesso em: 27 maio 2021.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presenta balance, impactos y resultados alcanzados por su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a Crisis para la Pandemia de COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3jBIQNI> Acesso em: 27 maio 2021.

⁵⁵ Resolução 70/2020, Agência de Acesso à Informação Pública.

⁵⁶ ANTONIAZZI, Mariela Morales. How a landmark decision from the Inter American Court on Argentina can help shape a response to Covid-19 and the right to water: New momentum for the *ius commune*. *EJIL Talk*, 29 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3cF5Kdr> Acesso em: 27 maio 2021.

⁵⁷ MINKLER, Lanse; SWEENEY, Shawna. On the indivisibility and interdependence of basic rights in developing countries. *Human Rights Quarterly*, p. 351-396, 2011.

⁵⁸ NUEVES-SILVA, Priscila; MARTINS, Giselle Isabele; HELLER, Léo. Human rights' interdependence and indivisibility: a glance over the human rights to water and sanitation. *BMC Int. Health Hum Rights*, 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1186/s12914-019-0197-3#citeas> Acesso em: 27 maio 2021.

⁵⁹ PÜRAS, Dainius. Challenges in promoting the interdependence of all human rights. *Health and Human Right Journal*, 2019. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2019/12/challenges-in-promoting-the-interdependence-of-all-human-rights/> Acesso em: 27 maio 2021.

⁶⁰ BOUCHARD, Johanne; MEYER-BISCH, Patrice. Intersectionality and interdependence of human rights: same or different? *The Equal Rights Review*, Suíça, v. 15, p. 186-203, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/36e51Pl> Acesso em: 27 maio 2021.

reitos humanos⁶¹. Assim como as Nações Unidas e o Direito Internacional dos Direitos Humanos sugeriram em resposta às atrocidades da Segunda Guerra Mundial, as respostas ao COVID-19 podem significar um momento de reformulação, consistente com a chamada “contribuição do respeito a todos os direitos humanos e liberdades fundamentais para alcançar os objetivos e a defesa dos princípios da Carta das Nações Unidas”⁶², emitida em julho de 2020 pela Assembleia Geral. A indivisibilidade da saúde e de outros direitos não diz respeito, apenas, a uma questão teórica, mas tem um impacto prático essencial, que desafia a eficácia do poder público⁶³ e impõe limites legais à atuação do Estado no exercício da sua autoridade⁶⁴.

Nessa ordem de ideias, é apropriado pensar em uma reformulação dos direitos humanos, bem como buscar abordagens com potencial transformador, incluindo os conceitos de *comunhão* e de uma comunidade de prática em direitos humanos. O discurso acadêmico precisa ser baseado no reconhecimento de *todos* os direitos humanos para articular respostas nos níveis global, regional e nacional à pandemia.

À luz dos desafios estruturais que devem ser enfrentados, agravados e com seus impactos exacerbados sobre os direitos humanos, pode-se reiterar que a efetividade dos DESCAs está absolutamente condicionada à efetividade dos direitos civis e políticos, e a efetividade dos direitos civis e políticos, em sua plenitude, está absolutamente condicionada à efetividade dos DESCAs.

O mundo pós-COVID-19 impõe abordar os marcos e mitos da pobreza como uma condição generalizada de violação dos múltiplos direitos humanos; paralelamente, pede a apropriação de toda a consolidação normativa, jurisprudencial e discursiva que vem sendo, progressivamente, desenvolvida:

Três eixos são fundamentais, ou seja, a noção de pobreza, a partir de seu alcance multidimensional, e a rejeição da conceituação em termos de mera escassez de renda, bem como a preferência por uma abordagem focada na capacidade como a ponte conceitual entre a pobreza e os direitos humanos; um segundo marco é “re-advertir” até que ponto a pobreza também afeta a capacidade das pessoas de usufruir de seus direitos civis e políticos porque lhes nega a voz política, cria obstáculos para recuperar sua situação, e as priva de suas habilidades para desfrutar de seus direitos humanos. E um terceiro marco deve ter por base uma orientação mais substantiva da igualdade, que permite aos tribunais, como atores do processo democrático, considerar melhor os vínculos entre pobreza e discriminação e ampliar o espectro dos conceitos de vulnerabilidade e discriminação interseccional⁶⁵.

Para a América Latina, é essencial “repotencializar” o discurso sobre a proteção prioritária das pessoas que vivem na pobreza, com a compreensão de que os órgãos do sistema interamericano exercem um mandato transformador, interpretando a Convenção Americana como instrumento vivo.

⁶¹ De acordo com Oona Hathaway: «Grandes crises de sistema proporcionam uma janela limitada de oportunidade para fazer grandes mudanças no sistema. De fato, quando grandes mudanças ocorrem nas práticas de direitos humanos, muitas vezes é devido a isso». A ideia de um momento fundador de mudança institucional tem suas raízes no institucionalismo histórico. Este último se concentra em instituições formais e informais e considera sua evolução com uma trajetória estável em tempos normais. Uma perspectiva da análise dessa teoria argumenta que as conjunturas circulares são momentos particulares da história, quando as limitações habituais de ação são levantadas ou suavizadas, o que também inclui o peso relativo do organismo versus estrutura durante esses episódios». HATHAWAY, Oona. Do human rights treaties make a difference? *Yale Law Journal*, p. 1935-2042, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/30iwZWp> Acesso em: 27 maio 2021; MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. *Explaining institutional change: ambiguity, agency, and power*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010; y para um estudo sobre o Peru e o fortalecimento dos direitos humanos através de uma janela de oportunidade. ROOT, Rebecca K. Through the window of opportunity: the transitional justice network in Peru. *Human Rights Quarterly*, v. 31, n. 2, p. 452-473, 2009.

⁶² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *A/HRC/44/L.17/Rev.1 por ocasião do 75º aniversário das Nações Unidas*. 14 de julho de 2020. Disponível em: https://ap.ohchr.org/Documents/S/HRC/d_res_dec/2009447S.docx Acesso em: 27 maio 2021.

⁶³ FORMAN, Lisa. The evolution of the right to health in the shadow of COVID-19. *Health and Human Rights Journal*, abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3cFcDf1> Acesso em: 27 maio 2021.

⁶⁴ HOSTMAELINGEN, Njal; BENTZEN, Heidi. How to operationalise human rights for Covid-19 measures. *BMJ Global Health*, 2020.

⁶⁵ ANTONIAZZI, Mariela Morales. La Corte IDH y la interamericanización del test democrático, frente al COVID-19. In: RAMÍREZ, Sergio García; ASTUDILLO, César (coord.). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. organización, funcionamiento y trascendencia. México: Tirant lo Blanch, 2021.

São conhecidas as vozes críticas sobre as limitações do discurso dos direitos humanos⁶⁶. No entanto, há estudos que demonstram o papel que as decisões judiciais nacionais podem desempenhar no combate à desigualdade, quando atuam na interpretação das constituições nacionais e decidem a favor da promoção da igualdade a partir do discurso dos direitos humanos⁶⁷. No contexto do sistema interamericano, a academia destaca a reconceitualização da igualdade e descreve a tendência a uma compreensão da igualdade como “antis-subordinação”, com vistas a abordar problemas estruturais profundamente enraizados⁶⁸.

As desigualdades e os impactos discriminatórios da pandemia para indivíduos e grupos vulneráveis trazem consigo um apelo à academia e à prática para buscar a transformação no sentido de sistemas mais justos, e abranger a inclusão social e política⁶⁹. Estudos já procuram avaliar os cenários e potenciais soluções, visões multidisciplinares e efeitos de medidas contra a COVID-19⁷⁰, bem como perspectivas sobre uma política de bem-estar baseada em um novo pacto social (fiscal, social e produtivo), com a universalização do acesso aos direitos, renda básica universal e sistema assistencial⁷¹. São apenas exemplos que explicam o interesse acadêmico em dar visibilidade aos invisíveis.

9 Considerações finais

Os desafios de hoje revelam o potencial dos direitos humanos como ideias para orientar os Estados no cumprimento das normas que formam a base do *ius commune* pós-pandemia. Não se trata apenas de uma compreensão holística dos direitos humanos, mas também de sua aplicação prática na luta implacável contra a pobreza e, em particular, na proteção de direitos dos indivíduos e grupos vulneráveis.

À luz dos desafios estruturais que devem ser enfrentados — desafios agravados e com seus impactos exacerbados sobre os direitos humanos — pode-se reiterar que a eficácia dos DESCAs está absolutamente condicionada à eficácia dos direitos civis e políticos, enquanto a eficácia dos direitos civis e políticos, em sua plenitude, está absolutamente condicionada à eficácia do DESCa.

Eixos transversais para enfrentar desafios estruturais podem ser identificados, como a desigualdade socioeconômica, a discriminação histórica e a debilidade institucional.

No que se refere ao aspecto *socioeconômico*:

- O dever dos Estados de adotar uma abordagem focada em direitos humanos para qualquer estratégia

⁶⁶ MOYN, Samuel. *Not enough: human rights in an unequal world*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

⁶⁷ VERSTEEG, Mila. *Can rights combat economic inequality?* *Harvard Law Review*, p. 2017-2060, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2G0bKSp> Acesso em: 27 maio 2021.

⁶⁸ ALDAO, Martín; CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana. A multidimensional approach to equality in the Inter-American context: redistribution, recognition, and participatory parity. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena (eds.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

⁶⁹ Veja, por exemplo, Olivier de Rio Schutter - A crise COVID-19 enfatiza necessidade urgente de transformar economia global, diz novo especialista da ONU em pobreza - Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *La crisis por COVID-19 destaca la urgente necesidad de transformar la economía global, dice nuevo experto de la ONU en pobreza*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/33aNq99> Acesso em: 27 maio 2021.

⁷⁰ BUHEJI, Mohamed *et al.* The extent of Covid-19 pandemic socio-economic impact on global poverty: a global integrative multidisciplinary review. *American Journal of Economics*, p. 213-224, 2020.

⁷¹ Alicia Bárcena, secretária da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL), em uma reunião intitulada “Rumo a uma nova economia global: reunião ministerial da universidade”, mencionou que vários países mostram indicadores de que deram certos passos nesse sentido. Alguns dos países da América Latina aumentaram a proteção social desde o início da crise do coronavírus e adotaram auxílios para as famílias vulneráveis (Argentina, Colômbia, Peru, entre outros). O número de crianças em domicílios pobres pode aumentar em 86 milhões devido ao coronavírus. DEJONGH, Frank. El número de niños en hogares pobres puede aumentar en 86 millones debido al coronavirus. *Noticias da ONU*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/33ayhVf> Acesso em: 27 maio 2021.

de Estado, política ou medida de confronto com a pandemia COVID-19 e suas consequências.

- Potencializar os DESCAs, enquanto os Estados devem dar prioridade especial à proteção dos direitos à vida e à saúde, adotando medidas imediatas e urgentes, com devida diligência, apoiando o dever do Estado de prevenir e mitigar os danos, e disponibilizando o máximo dos recursos disponíveis para a efetividade do direito à saúde, sob uma concepção abrangente.
- Ações estatais, programas e políticas públicas devem atender ao critério das melhores evidências científicas.
- Os Estados devem exigir e fiscalizar o respeito aos direitos humanos pelas empresas.
- No que se refere à discriminação histórica:
- Para os grupos em especial situação de vulnerabilidade, deve vigorar o dever reforçado de proteção estatal, alcançando pessoas idosas, pessoas privadas de liberdade, mulheres, povos indígenas, imigrantes e refugiados, crianças e adolescentes, pessoas LGBTI, afrodescendentes e pessoas com deficiência.
- Adoção de programas específicos de prevenção pandêmica (por exemplo, nas línguas tradicionais dos povos indígenas, canais alternativos de denúncia de mulheres vítimas de violência doméstica, protocolos específicos para pessoas LGBTI e medidas alternativas de privação de liberdade).
- No que se refere aos dilemas da *institucionalidade democrática*.
- Os Estados, em qualquer restrição de direitos e liberdades, devem observar estritamente os princípios da legalidade, proporcionalidade, necessidade e temporalidade, a fim de cumprir os propósitos legítimos de proteção à saúde.
- A importância do funcionamento de todos os poderes, sobretudo dos procedimentos judiciais adequados à proteção de direitos e liberdades, bem como a garantia dos direitos à liberdade de expressão e ao acesso à informação, pilares essenciais do regime democrático.
- A vigilância digital deve limitar-se estritamente à rigorosa proteção dos direitos individuais, ao princípio da não discriminação e às liberdades fundamentais.

Assim como a pandemia adverte que compartilhamos das mesmas ameaças, medos e riscos, também adverte que compartilhamos da própria humanidade e da capacidade de lograr que todos e todas sejam livres e iguais em dignidade e direitos, com vistas a um processo de reconstrução de sociedades mais resilientes, inclusivas e justas.

Referências

ALDAO, Martín; CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana. A multidimensional approach to equality in the Inter-American context: redistribution, recognition, and participatory parity. *In*: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena (eds.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. La Corte IDH y la interamericanización del test democrático, frente al COVID-19. *In*: RAMÍREZ, Sergio García; ASTUDILLO, César (coord.). *Corte Interamericana de Derechos Humanos: organización, funcionamiento y trascendencia*. México: Tirant lo Blanch, 2021.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; CASAL, Jesús María Hernández. States of emergency without rule

of law: the case of Venezuela. *Verfassungsblog On Matters Constitucional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FTdqgq> Acesso em: 27 maio 2021.

ARGENTINA. Ministério da Saúde. *Plan operativo de preparación y respuesta al COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3iilLHG> Acesso em: 27 maio 2021.

AZDEN, Melik. COVID-19 pandemic and human rights. *CETIM*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/34crycP>. Acesso em: 27 maio 2021.

BAUOMY, Jasmin; TIDEY, Alice. Coronavirus: ‘No-one is safe until everyone is safe,’ says WHO director. *EuroNews*, 2020. Disponível em: <https://www.euronews.com/2020/08/18/coronavirus-19-european-countries-record-high-incidence-rates-as-surge-continues> Acesso em: 27 maio 2021.

BOGDANDY, Armin von; URUEÑA, René. International transformative constitutionalism in Latin America. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 3, p. 403-442, jul. 2020.

BOUCHARD, Johanne; MEYER-BISCH, Patrice. Intersectionality and interdependence of human rights: same or different? *The Equal Rights Review*, Suíça, v. 15, p. 186-203, 2016. Disponível em: <https://bit.ly/36e51Pl> Acesso em: 27 maio 2021.

BRANDES, Tamar Hostovsky. Israel’s perfect storm: fighting coronavirus in the midst of a constitutional crisis. *Verfassungsblog On Matters Constitucional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3mSu7Jq> Acesso em: 27 maio 2021.

BUHEJI, Mohamed *et al.* The extent of Covid-19 pandemic socio-economic impact on global poverty: a global integrative multidisciplinary review. *American Journal of Economics*, p. 213-224, 2020.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Press release on the impact of the COVID-19 pandemic on economic, social and cultural rights in Africa*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kVIEU8> Acesso em: 27 maio 2021.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Press Statement of the African Commission on Human & Peoples’ Rights on the Coronavirus (COVID-19) crisis*. 2020. Disponível em <https://bit.ly/30hqOlj> Acesso em: 27 maio 2021.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Press Statement on human rights based effective response to the novel COVID-19 virus in Africa*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3mW49Vn> Acesso em: 27 maio 2021.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Statement of the African Commission on Human and Peoples’ Rights on Elections in Africa during the COVID-19 Pandemic*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2G5hNoA> Acesso em: 27 maio 2021.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Statement of Commissioner Solomon Ayele Dersso, (PhD) Chairperson of the African Commission on Human and Peoples’ Rights*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/34362qE> Acesso em: 27 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Sentencia de 6 de febrero de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf Acesso em: 27 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *COVID-19 y derechos humanos: diálogo entre las tres cortes regionales de derechos humanos*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2GfeWsT> Acesso em: 27 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *COVID-19: los gobiernos deben promover y proteger el acceso y la libre circulación de la información durante la pandemia: expertos internacionales*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2G7px9B> Acesso em: 27 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3n1U0Xp> Acesso em: 27 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) presenta balance, impactos y resultados alcanzados por su Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a Crisis para la Pandemia de COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3jbIQNI> Acesso em: 27 maio 2021.

CUENCA, Encarna Carmona. Derechos sociales de prestación y obligaciones positivas del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Político*, p. 241-275, 2017.

DEJONGH, Frank. El número de niños en hogares pobres puede aumentar en 86 millones debido al coronavirus. *Noticias da ONU*, 28 maio 2020. Disponível em: <https://bit.ly/33ayhVf> Acesso em: 27 maio 2021.

DONALD, Alice; LEACH, Philip. Human Rights: the essential frame of reference in the global response to COVID-19. *Verfassungsblog On Matters Constitutional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/333mgAY> Acesso em: 27 maio 2021.

ESPIELL, Héctor Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José: Libro Libre, 1986.

ETUC BRIEFING NOTES. *Human Rights and COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2HDQqT3> Acesso em: 27 maio 2021.

FARER, Tom. The rise of the Inter-American human rights regime: no longer a unicorn, not yet an ox. *Human Rights Quarterly*, v. 19, n. 3, p. 510-546, ago. 1997. Disponível em: <https://bit.ly/36g3AQg> Acesso em: 27 maio 2021.

FORMAN, Lisa. The evolution of the right to health in the shadow of COVID-19. *Health and Human Rights Journal*, abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3cFcDf1> Acesso em: 27 maio 2021.

GILMORE, Eamon. *La lucha contra COVID-19 es una batalla por los derechos humanos*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2FXqdhT> Acesso em: 27 maio 2021.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The bound executive: emergency powers during the pandemic. *Virginia Public Law and Legal Theory Research Paper*, jul. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3n1uilx> Acesso em: 27 maio 2021.

GÓNGORA-MERA, Manuel Eduardo. Discriminación en clave interseccional: tendencias recientes en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura. (coords). *Interamericanización de los DESCA: el caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2020. p. 399-427.

GUTERRES, António. *We are all in this together: human rights and COVID-19 response and recovery*. 2020. Disponível em <https://bit.ly/2Gajr8g> Acesso em: 27 maio 2021.

HATHAWAY, Oona. Do human rights treaties make a difference? *Yale Law Journal*, p. 1935-2042, 2002. Disponível em: <https://bit.ly/30iwZWp> Acesso em: 27 maio 2021.

HOSTMAELINGEN, Njal; BENTZEN, Heidi. How to operationalise human rights for Covid-19 measures. *BMJ Global Health*, 2020.

KOCH, Ida Elisabeth. Human rights as indivisible rights: the protection of socio-economic demands under the European convention on human rights. Boston: Martiners Nijhoff, 2009.

MAHONEY, James; THELEN, Kathleen. *Explaining institutional change: ambiguity, agency, and power*. Cam-

bridge: Cambridge University Press, 2010.

MIHR, Anja; GIBNEY, Mark. *The SAGE handbook of human rights*. Los Angeles: SAGE, 2014.

MILANO, Brett. Restricting civil liberties amid the COVID-19 pandemic. *Harvard Law Today*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2GaTaGU> Acesso em: 27 maio 2021.

MINKLER, Lanse; SWEENEY, Shawna. On the indivisibility and interdependence of basic rights in developing countries. *Human Rights Quarterly*, p. 351-396, 2011.

MOYN, Samuel. *Not enough: human rights in an unequal world*. Cambridge: Harvard University Press, 2018.

NACIONES UNIDAS. *No se podrá parar el COVID-19 sin proporcionar agua a las personas en situación de vulnerabilidad: expertos de la ONU*. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25738&LangID=S> Acesso em: 27 maio 2021.

NUEVES-SILVA, Priscila; MARTINS, Giselle Isabele; HELLER, Léo. Human rights' interdependence and indivisibility: a glance over the human rights to water and sanitation. *BMC Int. Health Hum Rights*, 2019. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1186/s12914-019-0197-3#citeas> Acesso em: 27 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Addressing Human Rights as Key to the COVID-19 Response*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/330BPcA> Acesso em: 27 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *COVID is "a colossal test of leadership" requiring coordinated action, High Commissioner tells Human Rights Council: COVID-19 pandemic: informal briefing to the Human Rights Council*. 2020. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25785&LangID=E> Acesso em: 27 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *COVID-19 and Human Rights: we are all in this together*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2G6yeki>. Acesso em: 27 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Emergency measures and COVID-19: guidance*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/343FqpH> Acesso em: 27 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Follow-up to and implementation of the Vienna Declaration and Programme of Action: written statement*. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/32Z23vQ> Acesso em: 27 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *La crisis por COVID-19 destaca la urgente necesidad de transformar la economía global, dice nuevo experto de la ONU en pobreza*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/33aNq99> Acesso em: 27 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Las pandemias y la libertad de opinión y de expresión*. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3cvWyYQ> Acesso em: 27 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. COVID-19 and the need for a holistic and integral approach to Human Rights Protection. *Verfassungsblog Os Matters Constitucional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2Dif4qn> Acesso em: 27 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MONTERO, Erika. Avances en la protección de las personas mayores en el sistema interamericano: Perspectivas y retos para la efectividad de sus derechos. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales; CLÉRICO, Laura (coords.). *Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. México: UNAM, 2019.

PÜRAS, Dainius. Challenges in promoting the interdependence of all human rights. *Health and Human Right Journal*, 2019. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2019/12/challenges-in-promoting-the-interde>

pendence-of-all-human-rights/ Acesso em: 27 maio 2021.

ROOT, Rebecca K. Through the window of opportunity: the transitional justice network in Peru. *Human Rights Quarterly*, v. 31, n. 2, p. 452-473, 2009.

SCHENKAN, Nate. COVID-19 and the erosion of Human Rights. *Freedom House*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2G8Na12> Acesso em: 27 maio 2021.

SSENYONJO, Manisuli. *Economic, social and cultural rights in international law*. Portland: Hart, 2016.

THE HUMAN RIGHTS CENTER TEAM. *Human Rights Dimensions of COVID-19*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2S9OaVL> Acesso em: 27 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Fundamental rights of refugees and migrants at European borders*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/349w4IX> Acesso em: 27 maio 2021.

UNIÃO EUROPEIA. *Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis: a toolkit for member states*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2EKNJOW> Acesso em: 27 maio 2021.

UNIVERSITY OF NOTTINGHAM. *Human Rights Law Centre: making economic and social rights real*. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kPwLxO> Acesso em: 27 maio 2021.

VASSILEVA, Radosveta. Bulgaria: COVID-19 as an Excuse to Solidify Autocracy? *Verfassungsblog On Matters Constitutional*, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/309tYaO> Acesso em: 27 maio 2021.

VERSTEEG, Mila. Can rights combat economic inequality? *Harvard Law Review*, p. 2017-2060, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2G0bKSp> Acesso em: 27 maio 2021.

WILLIAMS, Andrew. The European Convention on Human Rights, the EU and the UK: confronting a heresy. *European Journal of International Law*, v. 24, p. 1157-1185, 2013.

YEYATI, Eduardo Levy. ¿Y si la pandemia mejora la democracia? La democracia es producto de la acción humana: regímenes enfermos pueden generar anticuerpos, inmunizarse para salir fortalecidos. *El País*, jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3kTf5Bv> Acesso em: 27 maio 2021.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direitos humanos em tempos de emergência: uma perspectiva interamericana com especial foco na defesa do Estado de Direito

Human rights in times of emergency: an inter-American perspective with a special focus on defending the rule of law

Christine Binder

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

Direitos humanos em tempos de emergência: uma perspectiva interamericana com especial foco na defesa do Estado de Direito*

Human rights in times of emergency: an inter-American perspective with a special focus on defending the rule of law

Christine Binder**

Resumo

Em tempos de emergência, os Estados podem ser obrigados a tomar medidas extraordinárias para lidar com a situação. Ao mesmo tempo, o emprego desses poderes estatais de emergência coloca em risco a integridade dos direitos humanos, a higidez das garantias do Estado de Direito e pode dar margem a abusos. É imprescindível, portanto, buscar um equilíbrio. Os instrumentos internacionais de direitos humanos procuram encontrar tal equilíbrio entre o espaço obrigatoriamente ampliado de atuação dos Estados e a necessária limitação dos poderes emergenciais por meio de suas respectivas previsões de derrogação. O presente trabalho defende que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, mas especificamente, a interpretação conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) ao artigo 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos, constitui um bom exemplo de como esse equilíbrio pode ser atingido. O reconhecimento da inderrogabilidade das garantias judiciais pela Corte parece ser importante para a manutenção de direitos humanos básicos e das garantias do Estado de Direito, tanto de forma geral quanto em tempos de emergência, o que a coloca como um importante ator do ICCAL também em situações anômalas. Daí porque o Sistema Interamericano e sua vasta experiência com regimes de emergência podem servir como modelo e inspirar o sistema europeu.

Palavras-chave: estado de direito; estado de emergência; direitos humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

In times of emergency, states may be required to take extraordinary measures to cope with the emergency. At the same time, the exercise of a state's emergency powers risks to encroach upon human rights, rule of law guarantees and lends itself to abuse. A balance must therefore be struck. International human rights instruments attempt to strike this balance between a necessarily increased room for action by states and limits to any reliance on emergency powers by means of the respective derogation provisions. This contribution argues that the Inter-American human rights system, and more

* Artigo convidado.

This article was first published with the title "Human Rights in Times of Emergency. An Inter-American Perspective with Special Focus on the Defence of the Rule of Law", in *Zeitschrift für Menschenrechte* 2/2019, p. 22-37.

Tradução de Vanessa Wendhausen Cavallazzi. Revisão de Patrícia Perrone Campos Mello. Trabalho desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Cortes Constitucionais, Democracia e Direitos Humanos.

A autora agradece a Verena Jackson e a Mag. Philipp Janing por sua valiosa atuação como assistente de pesquisa, assim como a Dra. Jane Hofbauer por seus importantes comentários a uma versão anterior deste artigo.

** Christina Binder é Chair for International Law and International Human Rights Law da Bundeswehr University Munich, desde abril de 2017. Anteriormente, era Professora de Direito Internacional do Department of European, International and Comparative Law da University of Vienna e Vice-Diretora do Interdisciplinary Research Centre "Human Rights". E-mail: christina.binder@univie.ac.at; c.binder@unibw.de.

specifically Article 27 of the American Convention on Human Rights, in its interpretation by the Inter-American Court of Human Rights, is a particularly good example of how this balance may be achieved. The established non-derogability from judicial guarantees appears especially important to uphold basic human rights and rule of law guarantees both generally and in times of emergency. The Inter-American Court of Human Rights is, accordingly, an important proponent of the ICCAL also in times of emergency. Thus, the Inter-American system and its vast experience with emergency regimes may serve as a model and provide inspiration for the European system too.

Keywords: rule of law; estate of emergency; human rights; Inter-American Court of Human Rights.

1 Introdução

Tempos de emergência, sejam eles derivados de desastres naturais, levantes civis ou ameaças terroristas, podem exigir dos Estados a adoção de medidas extraordinárias. Como reconhecido pela Comissão de Verneza na *Rule of Law Checklist*:

A segurança do Estado e das suas instituições democráticas e a segurança de seus agentes políticos e de sua população são interesses públicos e privados vitais que merecem proteção e podem levar a uma derrogação temporária de certos direitos humanos e a uma divisão extraordinária de poderes.¹

Os poderes de emergência, no entanto, também estão sujeitos a abusos. Eles podem ser usados por governos autoritários para silenciar a oposição e restringir direitos e liberdades fundamentais.² Um exemplo atual é a Venezuela, onde o Presidente Maduro declarou estado de emergência em maio de 2016,³ o que, desde então, tem servido como meio para reprimir protestos e movimentos de oposição contra o seu governo.⁴

A utilização dos poderes derivados do estado de emergência usualmente inclui uma mudança na correlação de forças em favor do Executivo: a introdução de mecanismos de tomada de decisão mais rápidos e limitações aos direitos humanos e liberdades fundamentais, tais como liberdade de expressão e reunião, liberdade de ir e vir e direito à integridade pessoal. Ao fazê-lo, os regimes de emergência, por sua própria natureza, tendem a colocar em xeque componentes básicos do Estado de Direito e dos direitos humanos. Daí a importância da construção cuidadosa de uma relação de equilíbrio entre a atuação do Estado que enfrenta uma emergência e o perigo da utilização excessiva de poderes de emergência. Mas, afinal, onde podem ser definidos os limites dessa ação legítima do Estado?

O trabalho argumenta que os direitos humanos e as garantias do Estado de Direito são os principais parâmetros para medir a ação estatal relevante. Isso está bastante evidenciado no âmbito do Sistema Interame-

¹ COUNCIL OF EUROPE. European Commission for Democracy through Law Venice Commission. *Rule of Law Checklist*, Venice, 2016, CDL-AD(2016)007 parágrafo 51.

² COUNCIL OF EUROPE. European Commission for Democracy through Law Venice Commission. *Rule of Law Checklist*, Venice, 2016, CDL-AD(2016)007 parágrafo 51.

³ Sob o Título VII (Proteção da Constituição) da Constituição Venezuelana, o Presidente tem o poder de declarar estado de emergência temporário (nas condições estabelecidas pelo art. 337). A medida deve ser aprovada pela Assembleia Nacional em oito dias (art. 339) e não pode restringir determinados direitos, como o direito à vida, ao devido processo legal e direitos humanos inderrogáveis (art. 337).

⁴ Para mais detalhes, ver Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela, Año CXLIII- Mes VIII, No. 6.227 Extraordinario, 13 May 2016, Decreto No. 2.323. Nesse decreto, um estado de emergência foi declarado por razões internas, como “atitudes hostis e desestabilizadoras provenientes de certos setores privados, causadores de crise econômica e social. Da mesma forma, por causas relacionadas à política de intervenção anti-Venezuelana levada a termo pelos EUA. De interesse é o art. 6º, com base no qual as autoridades estaduais têm o direito de tomar todas as medidas necessárias para garantir a paz social e a ordem pública, além da soberania e a defesa nacional. Enfatizando a “estrita observância dos direitos humanos” em todos os momentos. No art. 7º, o Judiciário e o Ministério Público têm a competência para reforçar o combate ao crime e a execução das medidas previstas no decreto. Isso, além de medidas mais concretas constantes dos arts. 2º a 5º, dá ao governo uma ampla gama de possibilidades para tomar medidas contra seus oponentes e apoiadores da oposição.

ricano de Direitos Humanos por várias razões: a América Latina tem um histórico de emergências no curso de ditaduras, durante as quais medidas excepcionais serviram, muitas das vezes, para abolir constituições e derrubar governos legítimos, de forma a usurpar-lhes o poder.⁵ Além disso, os Estados latino-americanos continuam declarando estados de emergência: uma lista de derrogações com início em 2014⁶ ilustra a relativa frequência de suspensões a direitos, com Peru, Jamaica e Equador limitando as garantias previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em 2018 e 2019.⁷ Há, portanto, uma experiência considerável com regimes de emergência nas Américas. Da mesma forma, defender direitos humanos essenciais e as garantias do Estado de Direito parece particularmente necessário na região: muitos países latino-americanos são vulneráveis a abusos em tempos de emergência, dada a proeminência geral do Executivo sobre o Legislativo e o Judiciário, bem como ao sistema de freios e contrapesos limitado em algumas democracias ainda jovens e à confiança nas instituições geralmente diminuída.⁸ Ao mesmo tempo, o art. 27 da CADH, base da estrutura de emergência do Sistema Interamericano, apresenta algumas características específicas que oferecem uma proteção robusta aos direitos humanos e ao Estado de Direito em tempos de emergência. Como será explorado neste artigo, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem contribuído consideravelmente para consolidar essa proteção.

Nesse sentido, a Corte IDH demonstrou ser um ator central do ICCAL também em momentos de emergência. O foco na manutenção das garantias processuais e do Estado de Direito também em situações excepcionais evidencia o seu potencial transformador e promotor da proteção dos direitos humanos em nível doméstico, até mesmo em momentos de emergência.

Fixadas essas premissas, as contribuições que este trabalho pretende apresentar principiam com algumas reflexões gerais sobre emergências e o Estado de Direito (parte 2). Tais reflexões são suplementadas por referências à “constituição de emergência” (*emergency constitution*) do Direito Internacional dos Direitos Humanos (parte 3). A ênfase é, então, direcionada para as especificidades do Sistema Interamericano e, em particular, para o seu foco nas garantias judiciais como salvaguardas essenciais à defesa do Estado de Direito (parte 4) e para a jurisprudência da Corte IDH (parte 5). Uma breve análise de tais elementos conclui o artigo (parte 6).

2 Emergências e Estado de Direito

Qualquer consideração sobre a proteção ao Estado de Direito em tempos de emergência deve começar pela sua própria definição. Na verdade, existem várias abordagens acerca do Estado de Direito.⁹ A literatura a respeito do tema geralmente se divide entre teorias formais e substantivas. Especialmente para as teorias

⁵ Além disso, os estados de emergência costumam ser usados para ocultar um golpe militar ou se prestam a escamotear os primeiros estágios de regimes tirânicos. Ver: GROSSE ESPIEL, Hector. *La Convention Américaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme: Analyse comparative. Recueil des cours*, v. 218, p. 167-411, 1989. p. 296. apud Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya. “War” in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 33, p. 148-174, 2011. p. 168.

⁶ OEA. *Lista de suspensões do Departamento de Direito Público Internacional da Organização do Estados Americanos*. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp. Acesso em: 10 set. 2019.

⁷ OEA. *Lista de suspensões do Departamento de Direito Público Internacional da Organização do Estados Americanos*. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp. Acesso em: 10 set. 2019.

⁸ Burgorgue-Larsen, Laurence. The right to an effective remedy. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: case, law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 673-693. p. 168.

⁹ Ver em geral Peerenboom, Randall. Human rights and rule of law: what's the relationship? *Georgetown Journal of International Law*, v. 36, UCLA School of Law Research Paper n. 05-31, 2005. Rule of Law Checklist da Comissão de Veneza, para referências ao Preâmbulo do Estatuto do Conselho da Europa. Historicamente, os conceitos e definições de Estado de Direito diferem levemente: da compreensão adotada na Europa Continental (largamente influenciada por Kant, Kelsen e Montesquieu) até as conformações abraçadas pelos países Anglo-Americanos.

substantivas – ou densas (*thick theories*)¹⁰ – as garantias dos direitos humanos são consideradas elementos essenciais do Estado de Direito.¹¹

Para os fins deste trabalho, será adotada a definição de Estado de Direito fornecida pelo Secretário-Geral da ONU em seu relatório de 2004 sobre o tema, que constitui um denominador amplamente compartilhado e geralmente aceito. Ele contém os seguintes elementos:

[...] um princípio de governança em que todas as pessoas, instituições e entidades, públicas ou privadas, incluindo o próprio Estado, são responsáveis por leis que são publicamente promulgadas, igualmente aplicadas e julgadas de forma independente e que são consistentes com as normas e *standards* internacionais de direitos humanos. Requer, também, medidas para garantir a adesão aos princípios da supremacia da lei, igualdade perante a lei, *accountability* nos termos lei, justiça na aplicação da lei, separação de poderes, participação na tomada de decisões, segurança jurídica, ausência de arbitrariedade e transparência procedimental e legal.¹²

Tem-se, portanto, que o Relatório do Secretário-Geral elenca os requisitos formais chave do Estado de Direito, como a supremacia da lei, a separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos e a independência do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, a definição remete a elementos substantivos, como os *standards* e normas internacionais de direitos humanos. Essa compreensão do Estado de Direito considera os direitos humanos como elementos inerentes à própria definição de Estado de Direito.

As garantias do Estado de Direito acima mencionadas fornecem salvaguardas contra o abuso de poder por parte do Executivo em tempos de emergência nacional. Isso é sublinhado da seguinte forma na *Rule of Law Checklist*, da Comissão de Veneza:

51. [...] Limites bem definidos acerca da duração, circunstâncias e alcance de tais poderes são, portanto, essenciais. A segurança do Estado e a segurança pública só podem ser efetivamente garantidas em uma democracia que respeite plenamente o Estado de Direito. Isso requer controle parlamentar e judicial acerca da existência e da duração da declaração de emergência, a fim de evitar abusos.¹³

De acordo com a Comissão de Veneza, o Estado de Direito deve, portanto, ser integralmente respeitado, mesmo durante o período de vigência da emergência, o que impõe a aplicação de certas salvaguardas. Dentre os principais recursos contra abusos estão o controle de constitucionalidade exercido por tribunais independentes e a manutenção do devido processo legal. Juntamente com o indispensável controle parlamentar (Legislativo), o Judiciário figura como um dos guardiães centrais do Estado de Direito (incluindo o respeito pelos pertinentes direitos humanos) e deve atuar no sentido de prevenir abusos por parte do Executivo.

Os tribunais domésticos estão comparativamente mais bem posicionados e mais próximos dos fatos para avaliar se as medidas adotadas pelo Estado para lidar com determinada emergência são necessárias ou se, ao contrário, constituem um pretexto e, portanto, são abusivas. Isso os torna guardiães cruciais do Estado de Direito em nível doméstico e atores fundamentais para a prevenção e o enfrentamento de violações a

¹⁰ A denominação “teorias densas” (*thick theories*) remete à circunstância de apresentarem um conteúdo “substantivo”, ao contrário das “teorias fracas” (*thin theories*), que adotam uma compreensão bastante formal. Ver Chesterman, Simon. *Rule of law*. In: Wolfrum, Rüdiger (ed.): *Max Planck encyclopedia of public international law*. 2007. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/home/mpi>: “A análise de seu conteúdo (do Estado de Direito) frequentemente começa pela análise de entendimentos formais e substantivos. Aqueles que enfatizam os aspectos formais descrevem limitações instrumentais ao exercício da autoridade do Estado; elas tendem a ser minimalistas, positivistas e muitas vezes chamadas de “teorias fracas”, distinguindo-as das “teorias densas”, que incorporam noções substantivas de justiça. Os últimos concebem o império da lei de forma mais ampla, como um conjunto de ideais, quer seja entendido em termos de proteção dos direitos humanos, formas específicas de governo organizado ou arranjos econômicos específicos, como o capitalismo de livre mercado”.

¹¹ Como consignado no Documento de Copenhague da Conferência sobre as Dimensões Humanas da Comissão de Segurança e Cooperação na Europa, de 29 de junho de 1990.

¹² ONU. *Relatório do Secretário-Geral sobre Estado de Direito e justiça transicional em conflitos e no pós-conflito*. 2004. p. 15. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/what-is-the-rule-of-law/>. Acesso em: 10 set. 2019.

¹³ ONU. *Relatório do Secretário-Geral sobre Estado de Direito e justiça transicional em conflitos e no pós-conflito*. 2004. p. 51. Disponível em: <https://www.un.org/ruleoflaw/what-is-the-rule-of-law/>. Acesso em: 10 set. 2019.

direitos humanos.¹⁴ Assim, para assegurar a manutenção da separação de poderes em tempos de emergência, é essencial que haja um sistema de freios e contrapesos relevante e o exercício do controle judicial por tribunais independentes.

Embora os conseqüências do Estado de Direito forneçam proteção em tempos de emergência, o Estado de Direito em si também tem sido alvo de ameaças. De fato, como destacado, uma característica comum das emergências é a ampliação dos poderes do Executivo, o que costuma vir acompanhado da imposição de limites ao controle judicial e restrições aos direitos humanos básicos. Essa é a mensagem contida na observação abaixo, que estabelece as principais características dos regimes de emergência:

[...] o Executivo ganha competências adicionais para promulgar atos jurídicos para os quais, de outra forma, precisaria da aprovação parlamentar e não está sujeito ao escrutínio judicial nos mesmos termos de que ocorreria em tempos não emergenciais.¹⁵

Nesse sentido, uma tipologia de provisões de emergência inseridas nas constituições incluiria o seguinte: 1. uma mudança do eixo de poder do Legislativo para o Executivo, além da redução do controle judicial sobre os atos deste último; 2. processos de tomada de decisão mais rápidos e flexíveis. 3. regras sobre limitações substantivas a direitos.¹⁶ Tais limitações geralmente incluem restrições à liberdade de expressão, à liberdade de reunião, à liberdade de movimento e aos direitos à liberdade e segurança pessoais em geral. Com isso, os regimes de emergência representam uma ameaça cogente ao Estado de Direito.

A análise conjunta desses vetores revela a existência de uma tensão permanente entre a necessidade do Estado de recorrer a medidas extraordinárias em tempos de emergência e o risco de abuso deste poder. A questão que se coloca, portanto, é a de como estabelecer uma relação de equilíbrio entre a atuação legítima do Estado em tempos de crise e os limites necessários para que não se converta em abuso de poder. Para além disso, como as garantias fundamentais do Estado de Direito (incluindo os direitos humanos) podem ser protegidas ao mesmo tempo em que se mantêm os poderes do Estado para o enfrentamento da crise?

3 As “Constituições de Emergência” no Direito Internacional dos Direitos Humanos como proteção ao Estado de Direito

Instrumentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH), a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) – estabelecem um equilíbrio entre o espaço necessariamente mais amplo de que os Estados devem dispor para a adoção de medidas de enfrentamento a crises e a necessidade de contenção dos abusos decorrentes desses poderes. De forma particular, disposições insertas nesses instrumentos (art. 4º, do PIDCP, art. 15, da CEDH e art. 27 da CADH), embora permitam a mitigação de certas garantias individuais, também oferecem amparo normativo para a defesa (internacional) do Estado de Direito no curso de regimes de emergência. Elas estabelecem as condições (mínimas) que os Estados devem cumprir tanto em tempos de normalidade quanto em situações emergenciais. Trata-se, portanto, de uma quase “constituição de emergência” sob a égide do direito internacional.¹⁷

Todas as três disposições derogatórias estão estruturadas de forma muito semelhante. Elas operam,

¹⁴ A Corte IDH afirma a relevância da manutenção das garantias judiciais durante estados de emergência. Ver: CORTE IDH. *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion, 30. jan. 1987, OC-8/87, p. 23.

¹⁵ Istrefi, Kushtrim; Salomon, Stefan. Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision of derogations. *Austrian Review of International and European Law*, v. 22, p. 7-28, 2017. p. 15.

¹⁶ Istrefi, Kushtrim; Salomon, Stefan. Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision of derogations. *Austrian Review of International and European Law*, v. 22, p. 7-28, 2017. p. 15.

¹⁷ Para detalhes acerca da “constituição de emergência” sob o Direito Internacional, ver: Criddle, Evan J.; Fox-Decent, Evan. Human Rights Emergencies and the Rule of Law. *Human Rights Quarterly*, v. 34, p. 39-87, 2012.

basicamente, em dois níveis. Por um lado, estabelecem as condições necessárias para que um Estado ingresse em situação de emergência.¹⁸ Ao mesmo tempo, impõem limites à pertinente ação estatal durante a emergência (*ius in tumulto*).¹⁹ Além disso, estabelecem a obrigação formal de notificação da emergência, o que possibilita o controle internacional.

A “constituição de emergência” do Direito Internacional estabelece alguns requisitos mínimos para preservação do Estado de Direito, que devem ser mantidos e não podem ser transgredidos, especialmente no que se refere aos seus elementos substantivos, ou seja, às normas de direitos humanos.²⁰ Ao fazê-lo, os instrumentos internacionais de direitos humanos preveem critérios claros a respeito do que é aceitável e restringem as possíveis investidas do Estado contra direitos. A ampliação da margem de manobra do Estado para lidar com uma emergência pode ocorrer, portanto, apenas dentro de limites estritos. Esse entendimento confere efetividade à *Rule of Law Checklist* da Comissão de Veneza, sobre garantias de direitos humanos incorporadas aos internacionais.²¹

A seguir, examinaremos como isso se apresenta especificamente no caso do Sistema Interamericano.

4 A Constituição de Emergência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: art. 27 CADH

O art. 27 da CADH é um exemplo interessante e bem desenvolvido de uma “constituição de emergência” de direitos humanos. Conforme mencionado acima, o dispositivo está estruturado de forma semelhante às suas “disposições irmãs” – art. 4 do PIDCP e art. 15 da CEDH – sendo dividido em três partes.

O preceito em questão contém os elementos substanciais para a declaração do estado de emergência, ou seja, as condições que justificam que um Estado suspenda garantias:

Em tempo de guerra, de perigo público ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança de um Estado parte, este pode tomar medidas derogatórias de suas obrigações, nos termos desta Convenção, na medida e pelo tempo estritamente necessário, conforme a situação, desde que tais medidas não sejam incompatíveis com outras obrigações estabelecidas pelo Direito Internacional e não envolvam discriminação em razão de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. [...]

Assim, podem ser identificadas quatro condições. Em primeiro lugar, é preciso haver uma guerra ou um perigo público ou, ainda, outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado. Em segundo lugar, a derrogação de uma norma de direitos humanos deve ser proporcional; deve ser imprescindível diante das exigências da situação no que se refere ao alcance e à duração da suspensão. Em terceiro lugar, a derrogação deve ser compatível com outras obrigações previstas pelo Direito Internacional (por exemplo, o direito consular, diplomático, imunidades; o direito humanitário, em caso de conflitos armados). Por fim, a medida não pode incidir em discriminação em razão de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

As condições materiais para uma emergência previstas no art. 27 (1) da CADH são, assim, mais permisivas do que aquelas elencadas pelo PIDCP e pela CEDH. Basta ver que o art. 27 (1) admite a suspensão em caso de “guerra, perigo público ou outra emergência”, ao passo que o PIDCP prevê a possibilidade de derrogações apenas nas hipóteses de “emergência pública” e a CEDH somente em situações de “guerra” e

¹⁸ Criddle, Evan J.; Fox-Decent, Evan. Human Rights Emergencies and the Rule of Law. *Human Rights Quarterly*, v. 34, p. 39-87, 2012. p. 47.

¹⁹ Criddle, Evan J.; Fox-Decent, Evan. Human Rights Emergencies and the Rule of Law. *Human Rights Quarterly*, v. 34, p. 39-87, 2012. p. 47.

²⁰ No que se refere a garantias mais formais, separação de poderes, sistema de freios e contrapesos, tribunais independentes, v. abaixo.

²¹ COUNCIL OF EUROPE. European Commission for Democracy through Law Venice Commission. *Rule of Law Checklist*, Venice, 2016, CDL-AD(2016)007 p. 13.

“emergência pública”. Além disso, os limites traçados pela CADH são mais baixos, uma vez que o art. 27 (1) só se refere à “independência ou segurança de um Estado”, enquanto no âmbito do PIDCP e da CEDH a situação de emergência deve ameaçar a existência da nação (*life of the nation*) e sua declaração proclamada oficialmente para ser aceitável.

No entanto, a Corte IDH interpretou o dispositivo de forma a elevar tais limites e, conseqüentemente, restringir a atuação do Estado.²² Na Opinião Consultiva sobre a concessão de habeas corpus em situações de emergência, a Corte descreveu o art. 27 como uma “previsão apenas para situações excepcionais” e, portanto, afirmou um limite superior para aplicação do preceito, em detrimento de uma leitura puramente literal.²³ Por outro lado, adotou também uma visão restritiva sobre a necessária proporcionalidade das medidas.²⁴ No caso paradigmático *Zambrano v. Equador*, a Corte IDH reconheceu a existência de violação ao art. 27 (1) da CADH, em razão da amplitude e da generalidade do decreto de emergência editado pelo Equador.²⁵ O Tribunal impôs, assim, condições rigorosas à emergência e sublinhou a excepcionalidade absoluta das medidas.²⁶

De maior interesse para esse estudo, no entanto, parece ser a lista de direitos não derogáveis contida no art. 27 (2) da CADH, que é mais extensa do que as listas contidas em outros instrumentos de direitos humanos, tais como aquelas concebidas pelo art. 4º (2) do PIDCP²⁷ e pelo art. 15 (2) da CEDH. Compreende, por um lado, direitos substantivos – o direito à personalidade jurídica (art. 3º), o direito à vida (art. 4º), o direito à integridade pessoal (art. 5º), a vedação à escravidão (art. 6º), a proibição de leis *ex post facto* (art. 9º), a liberdade de consciência e de religião (art. 12), os direitos da criança (art. 19), o direito à nacionalidade (art. 20), bem como o direito de participar do governo (art. 23). Ao mesmo tempo, “as garantias judiciais essenciais para a proteção desses direitos” (art. 27 (2) da CADH) são explicitamente declaradas como não derogáveis. As últimas têm particular relevância, tendo em vista o papel crucial dos tribunais independentes e imparciais na defesa do Estado de Direito em nível doméstico (e internacional) durante emergências.²⁸ Um Judiciário forte é uma salvaguarda importante para a defesa dos direitos humanos e atua como uma barreira contra os abusos. De qualquer sorte, as garantias estabelecidas pela CADH vão mais longe do que aquelas inseridas no PIDCP e CEDH.²⁹

O apoio adicional ao papel forte desempenhado pelos tribunais nacionais pode ser encontrado no requisito de notificação estabelecido no art. 27 (3) da CADH, que impõe aos Estados nacionais o dever de manutenção de uma certa transparência, no plano internacional, acerca das ações emergenciais adotadas. Isto porque o dispositivo, assim como as disposições correlatas previstas no art. 4º do PIDCP e no art. 15 da CEDH, contempla a obrigação do Estado sob emergência de notificar os demais Estados parte da Convenção, por meio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. A declaração deve conter informações sobre as disposições a serem objeto de mitigação, os motivos e a duração da suspensão, ou

²² Oberleitner, Gerd. Das bedrohte Leben der Nation: Begriff, Begründung und Funktion des Staatsnotstandes in menschenrechtlichen Verträgen. *Zeitschrift für Menschenrechte*, Jg., n. 2, 2019. p. 3.

²³ CORTE IDH. *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion, 30 jan. 1987, OC-8/87, p. 19 e seguintes.

²⁴ CORTE IDH. *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion, 30 jan. 1987, OC-8/87, p. 22 e 39.

²⁵ O Equador declarou situação de emergência em um contexto de insegurança e vandalismo, especialmente nas cidades de Quito e Guayaquil (Decreto-lei nº 86 de 1992). Ainda assim, as medidas de emergência (intervenção dos militares) não se limitaram a essas cidades, nem o Decreto-lei em causa especificou quais direitos teriam sido suspensos. CORTE IDH. *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador*, 04 jul. 2017. p. 48.

²⁶ CORTE IDH. *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador*, 04 jul. 2017. p. 52.

²⁷ Ver, entretanto, ONU. UN Human Rights Committee. Derogations during a State of Emergency. *ICCPR General Comment*, n. 29, art. 4., 31 ago. 2001, que expandiu a lista de direitos não derogáveis. Para obter detalhes sobre a interpretação do PIDCP conferida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, v. seção 5 deste trabalho.

²⁸ Ver, também, a Rule of Law Checklist da Comissão de Veneza: “[...] há controle parlamentar e controle de constitucionalidade sobre a existência e a duração de uma situação de emergência e o escopo de qualquer derrogação?”. COUNCIL OF EUROPE. European Commission for Democracy through Law Venice Commission. *Rule of Law Checklist*, Venice, 2016, CDL-AD(2016)007 p. 13.

²⁹ Para detalhes, v. seção 5 deste trabalho.

seja, por quanto tempo deve perdurar a derrogação. O art. 27 (3), então, compele o Estados a manterem requisitos mínimos de transparência sobre as medidas tomadas por ocasião da emergência.

De fato, a Corte Interamericana, com base no art. 27 (3), afirmou a importância das notificações, bem como considerou que os Estados que descumpriram a obrigação se encontravam em situação de violação à CADH. No caso de *Zambrano v. Equador*, por exemplo, a Corte destacou a importância do dispositivo e a inderrogabilidade do dever de notificar:

70. A Corte considera que a obrigação internacional de os Estados parte da Convenção Americana, nos termos do art. 27 (3), constitui um mecanismo que compõe a estrutura do que se tem como garantia subjacente a este tratado, cujo objetivo é a proteção da pessoa humana. Tal obrigação também constitui uma salvaguarda para prevenir o abuso dos poderes excepcionais de suspensão de garantias e permite que outros Estados parte avaliem se o alcance dessa suspensão é compatível com as disposições da Convenção. Assim, o não cumprimento do dever de informar implica descumprimento da obrigação prevista no parágrafo terceiro do art. 27. Mesmo assim, o Estado não se exime de justificar a existência de uma situação de emergência e a adequação das medidas então estabelecidas, conforme determinado anteriormente.³⁰

Com base nisso, a Corte IDH reconheceu a existência de uma violação ao art. 27 (3) da CADH.³¹ Com ênfase na obrigação de notificar, a Corte afirmou o dever de transparência para com os demais Estados parte. Nesse sentido, o controle internacional pode contribuir para a manutenção do Estado de Direito por meio do escrutínio exercido “de cima para baixo”.

O estabelecimento de garantias judiciais inderrogáveis parece importante para a defesa do Estado de Direito em tempos de emergência. Ainda assim, a expressão “garantias judiciais” não é definida no art. 27 (2) da CADH. O que resta a ser examinado em uma próxima etapa, portanto, é o que se entende por “garantias judiciais”, com base na extensa jurisprudência da Corte IDH.

5 A jurisprudência da Corte IDH sobre o art. 27 da CADH – garantias judiciais em defesa do Estado de Direito

5.1 Introdução

A Corte IDH abordou a questão das “garantias judiciais necessárias para a defesa desses direitos” em pareceres consultivos³² e também em sua jurisprudência, especialmente em diversos casos contra o Peru.³³ Ao fazê-lo, forneceu informações importantes sobre como compreender a categoria, à luz da interpretação conferida ao art. 27 (2) da CADH. Dada a variedade de direitos não derogáveis ali estabelecidos, a amplitude exata das garantias judiciais varia conforme o direito em jogo (direito à integridade pessoal ou liberdade *versus* direito à nacionalidade). No entanto, também se podem extrair diretrizes mais gerais da jurisprudência da Corte Interamericana.

³⁰ CORTE IDH. *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador*, 04 jul. 2017. p. 70.

³¹ V. também *Caracazo v. Venezuela*, onde a Corte IDH considerou que, além de várias outras disposições, também a obrigação de notificar, art. 27, §3º, da CADH, foi violada, uma vez que os Estados parte não foram informados pelo Secretário-Geral da OEA. Eventos em fevereiro e março de 1989. CORTE IDH. *Caracazo v. Venezuela*, 11 nov. 1999.

³² CORTE IDH. *Habeas Corpus in Emergency Situations*, Advisory Opinion, 30 jan. 1987, OC-8/87, p. 38.

³³ Ver CORTE IDH. *Galindo Cárdenas et al v. Peru*, 30 maio 1999.

5.2 Interpretação – garantias judiciais

A concretização das garantias judiciais pela Corte IDH remonta a dois pareceres consultivos emitidos em 1987. O primeiro deles – Opinião Consultiva n° 8 –, foi solicitado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH. O pedido dizia respeito ao recurso específico de habeas corpus (recurso a um tribunal, em caso de privação da liberdade, para decidir sobre a legalidade de prisão e detenção (art. 7° (6) da CADH)) e o recurso geral de amparo (direito de recurso no caso de violações gerais a direitos fundamentais (art. 25 (1) da CADH)). O segundo parecer da Corte – a Opinião Consultiva n° 9 – foi solicitada pelo Uruguai, que desejava esclarecimento sobre a possível suspensão de garantias, em situação de emergência, nos termos do art. 8° da Convenção (direito a um julgamento justo, garantias relacionadas ao devido processo legal) e do art. 25 (1) do mesmo Diploma internacional. Ambos os pedidos questionaram se tais recursos eram inderrogáveis porquanto incluídos na expressão “garantias judiciais essenciais para a proteção de tais direitos”, mencionada na parte final do art. 27 (2) da CADH.³⁴

Essa pergunta foi respondida afirmativamente pela Corte IDH. De acordo com o órgão, não era possível, em um sistema regido pelo Estado de Direito, suspender as garantias judiciais estabelecidas nos arts. 7° (6), 8° e 25 (1) da CADH, uma vez que eram, todas elas, indispensáveis ao exercício pleno e efetivo dos direitos e liberdades protegidos pelo art. 27 da Convenção.³⁵ Os recursos de habeas corpus e de amparo, bem como o direito à proteção judicial foram, portanto, considerados inderrogáveis. Esse entendimento contempla uma grande variedade de garantias judiciais, podendo ser resumido da seguinte forma: o art. 25 estabelece um direito geral à proteção judicial, ou seja, um direito de recurso simples e rápido a um tribunal competente, e abrange os recursos específicos de amparo e de habeas corpus, enquanto o art. 8° enumera as regras para um julgamento justo e, portanto, detalha garantias processuais.³⁶

Os casos subsequentes confirmaram a posição firme da Corte em relação às garantias judiciais.³⁷ Em sua análise, a Corte Interamericana teve que lidar com detenções secretas havidas no decorrer da luta contra o grupo guerrilheiro de esquerda, Sendero Luminoso, e a realização de julgamentos por tribunais militares compostos por “juízes sem rosto”. O direito à liberdade pessoal previsto no art. 7° da CADH e as garantias judiciais estavam, claramente, em jogo. O Peru, a seu turno, argumentou haver declarado estado de emergência no contexto do combate ao Sendero Luminoso, respeitando os requisitos estabelecidos pelo art. 27 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Frisou que a derrogação das garantias do art. 7° também havia se dado nos limites do que previa o diploma internacional, defendendo que as detenções efetivadas (durante as quais os detentos permaneciam por mais de trinta dias sem a oportunidade de serem levados à presença de um juiz) eram legais.³⁸ A Corte IDH, todavia, rejeitou os argumentos apresentados pelo Estado peruano, confirmando, ao revés, que tanto o recurso de amparo quanto o habeas corpus eram instrumentos inderrogáveis.³⁹ Nesse sentido, tem particular interesse para nossas considerações sobre o Estado de Direito,

³⁴ Burgorgue-Larsen, Laurence. The right to an effective remedy. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: case, law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 673-693. p. 680.

³⁵ Burgorgue-Larsen, Laurence. The right to an effective remedy. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: case, law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 673-693. p. 680.

³⁶ Úbeda de Torres, Amaya. The right to due process. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 642-671. p. 648.

³⁷ Úbeda de Torres, Amaya. The right to due process. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 642-671. p. 650.

³⁸ CORTE IDH. *Galindo Cárdenas et al v. Peru*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 2 October 2015, p. 180. No Peru, o Código da Justiça Militar autorizava o julgamento de civis por tribunais militares, em casos de suposta traição, mas apenas em situação de Guerra externa. Em 1992, isso foi estendido para tempos de paz. Os juízes eram anônimos (sem rosto). Eles tinham direito de julgar civis em um procedimento sumário. Da mesma forma, em 1992, os decretos-lei permitiam a prisão preventiva de uma pessoa, por um período máximo de 15 dias (com uma prorrogação por mais 15 dias), sem que a pessoa detida tivesse que ser apresentada a um juiz. Ver Rodríguez, Gabriela. Artículo 27. In: Steiner, Christian; Uribe, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Mexico City, 2014. p. 10.

³⁹ Ver, por exemplo, *Galindo Cárdenas et al v. Peru*, onde a Corte IDH identificou as normas que devem permanecer aplicáveis durante a vigência de um estado de emergência e estabeleceu violações aos direitos previstos nos art. 7°, §4°; 8°, §2°, “b” e “c”; 7°, §6°, da

a reiteração pelo Tribunal da assertiva de que as garantias judiciais elencadas no art. 27, §2º, da CADH não podem ser exercidas sem que as garantias do devido processo legal (direito a um julgamento justo, art. 8º)⁴⁰ sejam igualmente asseguradas, além da ênfase conferida à existência de tribunais independentes e imparciais.

Em *Castillo Petruzzi*, a Corte afirmou que, embora nada justifique a violência terrorista e o Estado tenha o direito de garantir sua própria segurança, deve exercer esse direito dentro de limites e de acordo com procedimentos que preservem a segurança pública e os direitos fundamentais (89).⁴¹ Reconheceu, outrossim, o direito à assistência jurídica (143 e seguintes) e de arrolar e ouvir testemunhas (150 e seguintes), dentre outros, concluindo que tribunais militares “sem rosto” não se qualificam como órgãos judiciais, na acepção do que preceitua o art. 8º da CADH (134).⁴² Da mesma forma, em *J. v Peru* (2003), a Corte IDH enfatizou a importância dos controles judiciais, no contexto de privações de liberdade, e estabeleceu violações correlatas aos art. 7º (6) (habeas corpus), art. 8º (proteção judicial/julgamento justo) e art. 25 (1) (amparo) da CADH. Considerou que, especialmente nos casos em que a detenção inicial havia ocorrido sem uma ordem judicial, a subsequente entrevista com um juiz se mostrava importante.⁴³ Além disso, a Corte IDH considerou que a suspensão de certos aspectos do direito à liberdade pessoal não poderia significar que as ações do Estado anulariam os controles jurisdicionais sobre a forma como foram realizadas.⁴⁴ Com base nisso, o Tribunal declarou a ocorrência de violações ao art. 8º (1; 2 (b, c, d, f, h) 3; 5), ao art. 7º (6) e ao art. 25 (1), da CADH no que se refere aos meios e ao tempo adequados para preparar a defesa, arrolar e ouvir testemunhas, bem como interpor recursos.

5.3 Garantias judiciais, tribunais independentes e Estado de Direito

As garantias judiciais são consideradas essenciais pela Corte IDH tanto em nível geral quanto, mais especificamente, em casos de detenção e privação de liberdade. Os tribunais domésticos não apenas são fortalecidos em sua interação com o Poder Executivo como permanecem firmes contra as violações de direitos humanos, funcionando como guardiães do Estado de Direito. Isto é especialmente importante se considerarmos as características associadas aos regimes de emergência: agigantamento do Executivo, processo de tomada de decisões mais rápido e mais flexível e restrições às garantias substantivas dos direitos humanos. Diante disso, a ênfase da Corte IDH nas garantias judiciais parece crucial para defender certos valores básicos em tempos de emergência.

CADH. Em *Castillo Petruzzi*, a Corte concluiu que o tempo de detenção sem que as vítimas pudessem ser entrevistadas por um juiz foi excessivo e, portanto, violava a Convenção. CORTE IDH. *Castillo Petruzzi et al. v. Perú*, Merits, Reparations and Costs, IACtHR, 30 May 1999, p. 110. Ver, também, *Cantoral Benavides v. Perú*, Merits, Judgment, 18 August 2000, p. 73. As vítimas foram detidas por trinta e seis dias. Burgorgue-Larsen, Laurence. The right to an effective remedy. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya. The right to due process. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 642-671. p. 680.

⁴⁰ CORTE IDH. *Galindo Cárdenas et al. v. Peru*. Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 2 October 2015, p. 168.

⁴¹ Para a Corte IDH: “Um princípio básico da independência do judiciário é o de que toda pessoa tem o direito de ser ouvida por tribunais regulares, seguindo procedimentos previamente estabelecidos por lei, razão pela qual os Estados não devem criar tribunais que não empreguem os procedimentos regularmente estabelecidos pelo devido processo legal [...] para deslocar a jurisdição pertencente aos tribunais ordinários ou judiciais. [...] Implícito na concepção das garantias judiciais está o envolvimento ativo de um órgão judicial independente e imparcial, com o poder de transmitir a legalidade das medidas adotadas em estado de emergência”. CORTE IDH. *Castillo Petruzzi et al. v. Perú*, Merits, Reparations and Costs, 30 May 1999, parágrafos 129 e 131.

⁴² CORTE IDH. *Zambrano Vélez et al. v. Ecuador*, Merits, Reparations and Costs, Judgment, 04 July 2017, parágrafos 67, 71.

⁴³ CORTE IDH. *J. v Perú*, Preliminary objections, Merits, Reparations and Costs, 27 November 2013, parágrafo 144.

⁴⁴ CORTE IDH. *J. v Perú*, Preliminary objections, Merits, Reparations and Costs, 27 November 2013, parágrafo 144.

6 Considerações finais

O sistema interamericano de direitos humanos contém fortes salvaguardas para proteger os valores básicos em tempos de emergência. Mais importante ainda, o art. 27 da CADH, a “constituição de emergência” do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, fornece extensa lista de garantias substantivas, tais como: a proibição de tortura, a proibição de escravidão ou a liberdade de religião. Também exige que Estados mantenham as garantias judiciais para proteger esses direitos; ou seja, o recurso de amparo em caso de supostas violações de direitos fundamentais (art. 25 (1) CADH), o habeas corpus (recurso ao tribunal em caso de privação de liberdade para decidir sobre a legalidade da prisão ou detenção, art. 7º (6) CADH), bem como as garantias gerais do devido processo legal (art. 8º (1) CADH) são garantias inderrogáveis.

A ênfase do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nas garantias judiciais concentra-se em um componente essencial do Estado de Direito: o Judiciário. Na verdade, parece essencial manter o sistema de freios e contrapesos em nível doméstico, com a sedimentação de tribunais independentes, aptos a conter o Executivo, funcionando como *watchdogs* na vigência de estados de emergência. Isso se torna especialmente relevante no Sistema Interamericano, com democracias jovens, ainda em processo de consolidação, proeminência geral do Executivo nos arranjos institucionais e fragilidade da separação de poderes. Mostra, também, o importante papel de transformação do ICCAL na América Latina.

Com isso, o art. 27 da CADH, reconhecido pela Corte IDH como a “constituição de emergência” do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, prevê salvaguardas mais rigorosas do que o sistema europeu de proteção dos direitos humanos. Além de possuir uma lista mais longa de direitos não derogáveis, contempla a não derogabilidade das garantias judiciais de defesa desses direitos. A Corte confirmou a tese não só para uma grande variedade de garantias, como também para o recurso de amparo, para o habeas corpus e para os *standards* conectados à efetivação de julgamentos justos. Em um movimento semelhante, por meio do Comentário Geral nº 29, o Comitê de Direitos Humanos expandiu o rol de direitos não derogáveis contidos no art. 4º do PIDCP, incluindo também as garantias judiciais.⁴⁵

Na Europa, ao contrário, o Estados têm maior liberdade de ação em tempos de emergência. Isso tornou-se evidente no contexto do conflito na Irlanda do Norte e das derrogações relacionadas a ele. Em *Lawless v. Ireland*, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) aceitou que a detenção de suspeitos sem controle judicial, com a consequente mitigação dos direitos à liberdade e segurança pessoais e à utilização de habeas corpus, eram expedientes necessários no cenário de conflito existente na Irlanda do Norte.⁴⁶ Em *Brannigan & McBride v. Reino Unido* (1993), o TEDH concluiu que a detenção de suspeitos por terrorismo sem a chancela judicial era aceitável.⁴⁷ O Tribunal Europeu, portanto, deixou aos Estados certa margem de manobra na concepção das salvaguardas processuais. Embora essa linha de jurisprudência não tenha sido explicitamente confirmada em casos mais recentes, também não foi contestada.⁴⁸ Alguns casos

⁴⁵ Ver Comentário Geral nº 29 do Comitê de Direitos Humanos: art. 4º - Derrogações durante um estado de emergência: “15. É inerente à proteção de direitos expressamente reconhecidos como inderrogáveis no art. 4º, parágrafo 2º, que eles devam ser garantidos por garantias processuais, incluindo, muitas vezes, garantias judiciais. As disposições do Pacto relativas às salvaguardas processuais nunca podem ser submetidas a medidas que contornem a proteção de direitos não derogáveis [...]. 16. O Comitê acredita que os princípios da legalidade e do Estado de Direito exigem que os requisitos fundamentais de um julgamento justo sejam respeitados durante o estado de emergência. Apenas um tribunal pode julgar e condenar uma pessoa por um crime. A presunção de inocência deve ser respeitada. A fim de proteger direitos inderrogáveis, o direito de entrar com um processo perante um tribunal para permitir que o tribunal decida de forma célere sobre a legalidade da detenção não deve ser diminuída pela decisão de um Estado parte de derrogar o Pacto.”

⁴⁶ TEDH. *Lawless v. Ireland* (No.3), Judgment, 01 July 1961, parágrafo 36. Ver também TEDH. *Ireland v. the United Kingdom*, Judgment, 18 January 1978, parágrafo 220.

⁴⁷ TEDH. *Brannigan & McBride v. UK*, Judgment, 25 May 1993, para 55 et seq. See generally Lukan 2013, parágrafo 19.

⁴⁸ Ver Grupo de Redação sobre o Lugar da Convenção Europeia de Direitos Humanos na Ordem Jurídica Europeia e Internacional contribuição externa voluntária para a preparação do capítulo 2 do projeto do tema 2 (desafio da interação entre a Convenção e outros instrumentos internacionais de direitos humanos com o qual o Conselho dos Estados-membros europeus é parte), 15 jan. 2019, p. 8: “[...] o TEDH nunca considerou que o habeas corpus não pode ser suspenso em tempos de emergência e, ao invés disso,

contra a Turquia, por ocasião da declaração de estado de emergência, em 2016, abordaram a questão do habeas corpus, sem, contudo, fornecer qualquer resposta explícita.⁴⁹

Tem-se, portanto, que se de um lado as garantias extrajudiciais foram consideradas suficientes pelo TEDH, de outro, o Comitê de Direitos Humanos, por meio do Comentário Geral nº 29, desenvolveu interpretação convergente com aquela fixada pela Corte IDH, no sentido de reconhecer que a “constituição de emergência” demanda plena manutenção das garantias judiciais. Portanto, é verdade que, embora os fortes mecanismos de defesa do Estado de Direito desenvolvidos pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos pareçam especialmente justificados em razão do passado (e presente) da América Latina, também podem servir de inspiração para o sistema europeu.

Referências

- Burgorgue-Larsen, Laurence. The right to an effective remedy. In: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: case, law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 673-693.
- Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights: case, law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2011.
- Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya. “War” in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 33, p. 148-174, 2011.
- Chesterman, Simon. Rule of law. In: Wolfrum, Rüdiger (ed.): *Max Planck encyclopedia of public international law*. 2007. Disponível em: <https://opil.ouplaw.com/home/mpil>.
- Criddle, Evan J.; Fox-Decent, Evan. Human Rights Emergencies and the Rule of Law. *Human Rights Quarterly*, v. 34, p. 39-87, 2012.
- Istrefi, Kushtrim; Salomon, Stefan. Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision of derogations. *Austrian Review of International and European Law*, v. 22, p. 7-28, 2017.
- Lukan, Matthias. Artikel 15 EMRK. In: Kneihls, Benjamin; Lienbacher, Georg (ed.). *Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht*. Wien: Verlag Österreich, 2013.
- Oberleitner, Gerd. Das bedrohte Leben der Nation: Begriff, Begründung und Funktion des Staatsnotstandes in menschenrechtlichen Verträgen. *Zeitschrift für Menschenrechte*, Jg., n. 2, 2019.
- Peerenboom, Randall. Human rights and rule of law: what’s the relationship? *Georgetown Journal of International Law*, v. 36, UCLA School of Law Research Paper n. 05-31, 2005.
- Rodríguez, Gabriela. Artículo 27. In: Steiner, Christian; Uribe, Patricia (ed.). *Convención Americana sobre Dere-*

aceitou expressamente sua derogabilidade até o momento.” (notas de rodapé omitidas). Ver, no entanto, a Resolução 2209 da PACE (2018) “Estado de emergência: questões de proporcionalidade relativas à derrogação do art. 15 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos”, onde a PACE declarou: “3. Não pode haver qualquer derrogação a certos direitos, conforme especificado no artigo 15; [...] Ou garantias processuais de forma a contornar a proteção de direitos inderrogáveis. As salvaguardas fundamentais do Estado de Direito, em particular a legalidade, a supervisão parlamentar eficaz, o controle judicial independente e os recursos internos eficazes devem ser mantidas, mesmo durante o estado de emergência [...]” Observe também que certas salvaguardas processuais podem ser derivadas do ramo processual de direitos não derogáveis, como a proibição da tortura e a obrigação correspondente dos Estados parte, por exemplo, para investigar denúncias de maus-tratos (TEDH. *Elçi e outros v. Turquia*. 13 November 2003, parágrafos 632, 648-649).

⁴⁹ See TEDH. *Alparslan Altan v. Turkey*, Judgment., 16 April 2017, parágrafos 147-148. TEDH. *Mehmet Hasan Altan v. Turkey*, Judgment, 20 March 2018, para 140; TEDH. *Şahin Alpay v. Turkey*, Judgment, 20 March 2018, parágrafo 119.

cbos Humanos comentada. Mexico City, 2014.

Úbeda de Torres, Amaya. The right to due process. *In*: Burgorgue-Larsen, Laurence; Úbeda de Torres, Amaya (ed.). *The Inter-American Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 642-671.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Monitoramento, persuasão e promoção do diálogo:

qual o papel dos organismos supranacionais de direitos humanos na implementação de decisões individuais?

Monitoring, cajoling and promoting dialogue: what role for supranational human rights bodies in the implementation of individual decisions?

Clara Sandoval

Philip Leach

Rachel Murray

VOLUME 11 • Nº 2 • AGO • 2021

**CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA**

Monitoramento, persuasão e promoção do diálogo: qual o papel dos organismos supranacionais de direitos humanos na implementação de decisões individuais?*

Monitoring, cajoling and promoting dialogue: what role for supranational human rights bodies in the implementation of individual decisions?

Clara Sandoval**

Philip Leach***

Rachel Murray****

Resumo

Neste artigo analisa-se o papel dos organismos supranacionais de direitos humanos em relação à implementação de suas decisões e recomendações, em casos individuais. Além disso, avaliam-se o papel e o impacto dos mecanismos supranacionais para o desencadeamento de processos de implementação, por meio da observação do trabalho dos Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) e dos três sistemas regionais, e por meio do estudo aprofundado de casos específicos e de entrevistas semiestruturadas com as partes interessadas. Argumenta-se que os organismos supranacionais fazem mais do que somente monitorar a implementação de ordens e recomendações em casos individuais, apesar da escassez de recursos. Eles usam ferramentas diferentes, tanto persuasivas quanto coercitivas. Esse diálogo é central para a realização do trabalho, e, às vezes, é aberto a outros atores, como organizações da sociedade civil, instituições nacionais de direitos humanos e outros. No entanto, os organismos supranacionais poderiam fazer ainda mais para aprimorar o papel que desempenham em relação à implementação pelos Estados de suas decisões e recomendações.

Palavras-chave: diálogo; implementação; audiências de instrução; monitoramento; indenizações.

Abstract

This article analyses the role of supranational human rights bodies in the implementation of their orders and recommendations in individual cases. It elicits the means, roles and impact of supranational mechanisms in triggering implementation processes by looking at the practice of UN treaty bodies and the three regional systems, through the in-depth study of specific

* Artigo convidado. Uma primeira versão em inglês foi publicada no *Journal of Human Rights Practice*, n. 12, 2020, p. 71-100. Doi, 10.1093/jhum/huaa009. Data da publicação, 18 ago. 2020. Tradução para o português de Iasmin Nascimento Gonçalves e Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf, revisão de Patrícia Perrone Campos Mello, Grupo de Pesquisa CORTES Constitucionais, Democracia e Direitos Humanos - CCDDH, do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

** Professora da Faculdade de Direito e do Human Rights Centre da Universidade de Essex e Codiretora da Essex Transitional Justice Network, de Essex.
E-mail: csando@essex.ac.uk.

*** Professor de Direito Internacional dos Direitos Humanos na Universidade de Middlesex em Londres e Diretor do European Human Rights Advocacy Centre (EHRAC), também sediado na Universidade de Middlesex.
E-mail: p.leach@mdx.ac.uk.

**** Professora de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Universidade de Bristol e diretora do Human Rights Implementation Centre, também da Universidade de Bristol.
E-mail: Rachel.Murray@bristol.ac.uk.

cases and semi-structured interviews with relevant stakeholders. The article argues that supranational bodies are doing more than monitoring implementation of orders and recommendations in individual cases despite the scarcity of resources. They use different tools, both persuasive and coercive. Dialogue is central to their work, a dialogue that at times is opened to other actors such as civil society organizations, national human rights institutions and others. However, supranational bodies could do more to enhance the role they have promoting implementation by states of their orders and recommendations.

Keywords: dialogue; implementation; hearings; monitoring; reparations.

1 Introdução

A efetiva implementação das decisões dos Organismos Internacionais de Direitos Humanos continua sendo um desafio significativo para os mecanismos regionais e os Órgãos de Tratados de Direitos Humanos das Organizações das Nações Unidas¹. Essas instituições destinam-se a monitorar, ou seja, acompanhar a efetiva implementação de suas decisões, por meio de diferentes ferramentas. No entanto, nosso projeto de pesquisa sobre Implementação de Normas de Direitos Humanos (INDH) constatou que o papel desempenhado por vários Organismos Internacionais vai além do monitoramento, uma vez que desempenham um papel relevante para a implementação desses direitos no âmbito nacional. Isso é possível não apenas porque esses órgãos compreendem o impacto que poderiam ter na dinâmica de implementação em nível doméstico, mas também, porque a sua arquitetura institucional pode facilitar esse impacto. Nesse sentido, nossa pesquisa ressalta o argumento de Çali e Koch, de que “o papel institucional dos Organismos Supranacionais de Direitos Humanos e as propriedades dos Estados correspondentes constituem papéis-chaves variáveis, que influenciam nos resultados”².

Analisa-se, neste artigo, o papel desempenhado pelos sistemas regionais e pelos Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU em relação à função de monitorar, persuadir e promover a implementação de suas decisões; bem como compreender a arquitetura que foi desenvolvida para essa finalidade; as diferentes abordagens existentes entre eles; e, até certo ponto, quão eficazes esses desenvolvimentos institucionais têm sido. Embora o papel dos tribunais internacionais nas relações internacionais tenha sido examinado minuciosamente³ e Huneeus tenha identificado a mobilização de atores promotores do cumprimento de decisões (*compliance constituencies*), como um meio dos tribunais poderem exercer um *soft power*⁴, nós fazemos uma contribuição adicional para a literatura, ao elucidarmos aos leitores o significado, papel e impacto dos mecanismos supranacionais, na ativação e facilitação dos processos de implementação de direitos humanos. Além disso, este é o primeiro artigo a fornecer uma análise detalhada do papel desempenhado pelos três sistemas regionais para promoção da implementação de suas decisões, acrescentando esses dados sobre instituições especializadas às pesquisas produzidas na atualidade, particularmente pelo Sistema Europeu. Além da importância dos Órgãos de Tratados em Direitos Humanos da ONU, o seu trabalho de facilitar

¹ OSJI. Open Society Justice Initiative. From Rights to Remedies, Structures and Strategies for Implementing International Human Rights Decisions. New York, Open Society Foundations, 2013, p. 15; FOX PRINCIPI, K. Implementation of Decisions under Treaty Body Complaints Procedures, Do States Comply? How Do They Do It? Sabbatical Report, Treaty Bodies Branch, UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 2017, p.9.

² ÇALI, B.; KOCH, Anne. Lessons Learnt from the Implementation of Civil and Political Rights Judgments. 2011. Disponível em, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=41858663. Acesso em, 24 mar. 2020, p. 05.; e HILLEBRECHT, C. Compliance, Actors, Context and Causal Processes. In, SANDHOLTZ W.; WHYTOCK, C. A. (eds), *Research Handbook on the Politics of International Law*. p. 27–54, 2017, p. 34.

³ HELFER, L.; SLAUGHTER, A. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. *Yale Law Journal* 107, p. 273–392, 1997; POSNER, E.; YOO, J. *A Theory of International Adjudication*. *California Law Review* 93(1), p. 1–74, 2005; e ALTER, K. Tipping the Balance, International Courts and the Construction of International and Domestic Politics. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 13, p. 1–22, 2011.

⁴ HUNEEUS, A. V. Compliance with Judgments and Decisions. In, Romano, C.P.; ALTER, K. J.; SHANY, Y (eds), *Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford University Press, p. 438–59, 2014, p. 452.

a implementação de direitos humanos é incomparável ao que é exercido pelos organismos regionais. E, mesmo tendo ferramentas para monitorar (com potencial inexplorado para facilitar a implementação de decisões), eles, ainda, estão buscando alcançar esse resultado. Isso explica porque damos maior atenção aos outros organismos supranacionais. Este artigo pode ser lido em conjunto com o artigo de Donald, Long e Speck, sobre a identificação e avaliação da implementação, que considera as formas pelas quais tais órgãos acompanham e medem a implementação dos direitos humanos.

Como mostra o artigo dessa edição especial de Donald e Speck⁵, sobre a dinâmica da implementação dos direitos humanos em nível doméstico, os artigos dessa edição são resultado de um projeto de três anos e meio, financiado pelo Conselho Econômico e Social de Pesquisa (*Economic and Social Research Council – ESRC*), e têm como objetivo esclarecer a dinâmica de implementação de decisões individuais de organismos supranacionais de direitos humanos — dinâmicas que não foram captadas por pesquisas anteriores.

Nosso Projeto realizou pesquisas qualitativas sobre essas dinâmicas e considerou, em particular, o papel que os organismos supranacionais desempenham, não apenas no monitoramento, mas também a respeito da tomada de outras medidas para estimular a implementação de decisões, observando o comportamento e as interações dos atores relevantes e em suas atitudes, bem como o desenho institucional e a capacidade dos órgãos de responder aos desafios de implementação de decisões e dos incentivos presentes nessas dinâmicas.

O Projeto utilizou uma metodologia de rastreamento de processos, de modo que foi selecionado um pequeno número de casos em cada sistema (nos Órgãos regionais e nos Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU) com base em critérios pré-estabelecidos, incluindo: a natureza das violações dos direitos humanos como risco eminente; as identidades das vítimas, bem como dos autores potencialmente identificados; os tipos de reparação aplicadas; a natureza do sistema e estrutura governamentais; a extensão do engajamento do Estado com os organismos supranacionais; e a data das decisões (a fim de incluir casos mais antigos e mais recentes). Foram considerados os casos em nove países (três por região), Bélgica, República Tcheca e Geórgia, na Europa; Colômbia, Guatemala e Canadá, nas Américas; e Burkina Faso, Camarões e Zâmbia, na África. Eles foram escolhidos, após serem considerados como os Estados de cada região a pontuarem de acordo com critérios pré-estabelecidos. Não foram incluídos Estados da Ásia, pois não há um sistema regional de direitos humanos nessa região. Não foram incluídos os *outliers*, ou seja, Estados que não cumprem e/ou não se envolvem, conscientemente, com mecanismos supranacionais de direitos humanos para implementar suas recomendações ou ordens, e que simplesmente desconsideram as opiniões de tais órgãos.

Montamos um cronograma para cada um dos casos selecionados em cada um dos países, acompanhando *desenvolvimentos relacionados à própria decisão judicial*, como quando foi emitida, quem foram as vítimas, quem foram os litigantes e o que foi solicitado por meio de indenizações; *desenvolvimentos relacionados à implementação de direitos humanos*, como o que tinha acontecido com cada forma de reparação desde que a decisão foi emitida, porque era possível, que papel o organismo internacional desempenhava e quem eram os membros do órgão; e os *desenvolvimentos externos* que poderiam ter impacto na implementação, como mudanças no governo, a mídia e a influência de outros organismos supranacionais. Identificamos atores relevantes (*stakeholders*), nos estados em questão e em organismos supranacionais, organizações da sociedade civil e instituições nacionais de direitos humanos, bem como as vítimas de violações de direitos humanos e membros da academia.

Foram realizadas mais de 300 entrevistas semiestruturadas sobre essas questões⁶, e implementados, pelo menos, dois grupos focais por país. Também realizamos pesquisas internas aprofundadas antes de continuar

⁵ DONALD, Alice; SPECK, Anne-Katrin. The European Court of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments. *Human Rights Law Review*, n. 19, v. 1, p. 83–117, 2019.

⁶ As entrevistas semiestruturadas foram conduzidas com uma variedade de atores, incluindo atuais e ex-funcionários do Estado, membros de instituições de direitos humanos, organizações da sociedade civil, vítimas, funcionários atuais e ex-funcionários de órgãos supranacionais de direitos humanos e outros especialistas na área. A maioria de forma anônima, a menos que o entrevistado tenha concordado em que sua identidade fosse conhecida. Entrevistas foram codificadas pela equipe do Projeto, usando a localização e a data. Omitiu-se a localização do entrevistado nos casos em que havia o risco de identificá-lo por esse fator.

com os trabalhos de campo em cada país e entrevistas nos organismos supranacionais. Este artigo baseia-se nos dados qualitativos coletados durante o Projeto, que não se limitam às entrevistas realizadas⁷. Quando este artigo menciona *sistemas*, referimo-nos não apenas aos tribunais e/ou aos Órgãos de Tratados em Direitos Humanos que adotaram as decisões, mas também aos órgãos políticos sob quais funcionam e aos quais se reportam.

O artigo é dividido em quatro seções. Na segunda seção, discutem-se os atributos e desvantagens dos órgãos judiciais; órgãos parajudiciais e políticos especializados em monitoramento; e a variedade de ferramentas que foram adotadas até o momento. Na terceira seção, faz-se uma reflexão sobre as várias formas de diálogo potenciais que podem ser fomentadas pelos órgãos de monitoramento. Na quarta seção, consideram-se quais outras medidas esses órgãos podem adotar em situações especialmente críticas. Por fim, na quinta seção do artigo, discutem-se o que mais poderia ser feito por tais órgãos para promover alianças nos níveis internacional e nacional que possam favorecer a implementação de decisões. O artigo argumenta que os organismos supranacionais estão fazendo mais do que monitorar o cumprimento de ordens e de recomendações — apesar da escassez de recursos —, mas também observa uma certa inutilização de normas, bem como da capacidade de trazer outros atores a bordo, por parte desses organismos supranacionais, de maneira a conferir uma melhor efetividade às medidas de reparação. O artigo conclui sugerindo maneiras pelas quais o papel de tais organismos supranacionais poderia ser fortalecido no futuro.

2 Como fomentar a implementação de decisões: os kits de ferramentas dos organismos supranacionais

A literatura prévia tende a defender uma *abordagem de execução*, argumentando que procedimentos claros, consequências e sanções aumentam o *compliance* em direitos humanos⁸ ou, alegam que mecanismos de revisão por pares, que provocam cooperação e persuasão, são mais propensos a se mostrar eficazes⁹. Ponderamos, no entanto, que há muitos fatores que impactam as abordagens adotadas e desenvolvidas pelos sistemas internacionais de direitos humanos e que uma variedade de ferramentas, tanto persuasivas quanto coercitivas, podem ser propícias à implementação de direitos humanos em contextos diferentes. Esta seção explora e analisa os conjuntos de ferramentas empregados pelos Órgãos de Tratados em Direitos Humanos da ONU e pelos três sistemas regionais, bem como o impacto que tais ferramentas têm para a implementação de decisões e recomendações em direitos humanos.

2.1 Papel dos organismos supranacionais

A implementação das decisões tomadas pelos Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU e pelas comissões e cortes africanas e interamericanas é monitorada na prática por esses órgãos, em maior ou menor grau, por meio de processos que não foram estabelecidos em seus tratados, mas que foram desenvolvidos organicamente ao longo do tempo. A Convenção Americana de Direitos Humanos não contém regras explícitas sobre como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) devem monitorar a implementação de decisões, mas essa lacuna legal deu a oportunidade a esses órgãos de estabelecerem vários procedimentos para melhorar a implementação,

⁷ Para uma análise mais detalhada da metodologia deste artigo, v. Donald e Speck, no item em que explicam a dinâmica da implementação dos direitos humanos em âmbito doméstico. DONALD, Alice; SPECK, Anne-Katrin. The European Court of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments. *Human Rights Law Review*, n. 19, v. 1, p. 83–117, 2019.

⁸ DOWNS, G. Enforcement and the Evolution of Cooperation. *Michigan Journal of International Law*, n. 19, v. 2, p. 319–44, 1998, p. 320.

⁹ RAUSTIALA, K.; SLAUGHTER, A. International Law, International Relations and Compliance. In, CARLNAES, W.; Risse, T.; SIMMONS, B. (eds). *The Handbook of International Relations*. Sage, p. 538–57, 2002.

utilizando suas regras de procedimento¹⁰. Para Vannuccini¹¹, isso representa a adoção de *ações concretas (affirmative steps)* voltadas a produzir uma estrutura de monitoramento do cumprimento de decisões, com base em um conjunto de procedimentos. Dentro do Sistema Africano encontra-se a Comissão Africana de Direitos Humanos e Dos Povos (CADHP) que assumiu o papel principal do monitoramento da implementação — como regra, já que, até o presente, a União Africana (UA) pouco contribuiu na prática. Esse papel inclui a coleta de informações e a oferta de diálogo e, até mesmo, a indicação e o constrangimento de Estados recalcitrantes, ainda que de forma inconsistente. A natureza de dupla instância das cortes e comissões africana e interamericana significa que tanto a Comissão Africana quanto a Comissão Interamericana podem decidir encaminhar os casos às respectivas cortes — e que tais encaminhamentos podem ser baseados na medida em que a decisão foi implementada ou não (ver seção 4.1 abaixo). A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos poderá determinar indenizações, coleta de informações das partes acerca da implementação das medidas e poderá publicar algumas dessas informações (embora não esteja muito claro o alcance dessas prerrogativas). No entanto, é improvável que esse órgão assuma o papel de realmente avaliar a extensão da implementação de decisões.

Entre os Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU, o Comitê de Direitos Humanos da ONU, o Comitê Contra a Tortura, o Comitê de Eliminação da Discriminação Contra as Mulheres e a Comissão de Eliminação da Discriminação Racial estabeleceram *pontos focais* para a implementação de decisões, como relatores especiais sobre acompanhamento ou grupos de trabalho, que coletam informações sobre a implementação e avaliam o grau de conformidade dos Estados¹². Isso foi desenvolvido por órgãos específicos de Tratados de Direitos Humanos, não pela equipe de petições da Secretaria, sugerindo que funcione como uma espécie de *sistema* de implementação de decisões de direitos humanos.

Em contrapartida, na Europa é o Comitê de Ministros (CM), um órgão político, que monitora a execução de sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), conforme determina a Convenção Europeia de Direitos Humanos (nos termos do artigo 46, 2º). Isso marca uma diferença fundamental entre esses tratados, uma vez que, na Europa, a supervisão da execução de sentenças é realizada por diplomatas (os Ministros de Estado que representam os Estados no Comitê de Ministros), e não por juízes independentes ou tomadores de decisão — um mecanismo que tem sido caracterizado como “*raposas que guardam as raposas*”¹³. O Comitê de Ministros é apoiado em seu papel de supervisão por funcionários do Departamento de Execução de Sentenças da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDES) que realizam grande parte do *trabalho pesado* em termos de contato com representantes do governo e outros órgãos estatais e, até certo ponto, com representantes dos candidatos e da sociedade civil. O Departamento de Execução de Sentenças exerce um controle considerável, tanto sobre o processo de supervisão — incluindo classificação e priorização dos casos — quanto em termos de avaliação da adequação da resposta de um Estado. Desde 2011, a priorização no processo de supervisão tem sido tratada por meio de um sistema de mão-dupla de acordo com o qual os casos são alocados tanto para um procedimento *padrão* ou um procedimento *aprimorado* para casos que requerem medidas individuais urgentes ou que dizem respeito a problemas estruturais importantes, notadamente julgamentos piloto — em ambos os casos, entretanto, os Estados são obrigados a fornecer um *plano de ação* ou *relatório de ação* sobre o caso dentro de seis meses, após o julgamento final. Para casos de *procedimento aprimorado*, o Departamento de Execução de Sentenças pode envolver as autoridades estatais de forma mais direta, prestando assistência em relação à elaboração ou implementação de planos de ação, ou prestando assistência especializada no que diz respeito ao tipo de medidas a serem tomadas, ou estabelecen-

¹⁰ Ver artigo 48 das Normas Procedimentais da Comissão Interamericana e artigo 69 das Normas Procedimentais da Corte Interamericana.

¹¹ VANNUCCINI, S. Member States’ Compliance with the Inter-American Court of Human Rights’ Judgments and Orders Requiring Non-Pecuniary Reparations. *Inter-American and European Human Rights Journal*, v. 7, n. 1–2, p. 225–244, 2014. p. 234.

¹² DONALD, Alice; SPECK, Anne-Katrin. The European Court of Human Rights’ Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments. *Human Rights Law Review*, n. 19, v. 1, p. 83–117, 2019.

¹³ ÇALI, B.; KOCH, Anne. Foxes Guarding the Foxes? The Peer Review of Human Rights Judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe. *Human Rights Law Review* n. 14, v. 2, p. 301–325, 2014. p. 314.

do programas de cooperação bilateral ou multilateral — como seminários ou mesas redondas. Para Çali e Koch, isso representa “uma forma híbrida de monitoramento dos direitos humanos em que os governos e um órgão tecnocrático compartilham conjuntamente competências sob a sombra de uma Corte”¹⁴. Outros estudiosos reconheceram as limitações criadas pela *natureza política* do Comitê de Ministros, que é considerada *mal adaptada* para lidar com questões contraditórias¹⁵.

Enquanto na Europa, o Comitê de Ministros é o principal responsável em relação à implementação de decisões, a Corte Europeia de Direitos Humanos também considerou questões de implementação nos casos de processos e até em relação à elaboração de suas sentenças¹⁶. A posição usual da Corte Europeia tem sido evitar assumir qualquer papel no que diz respeito à implementação de suas decisões (ECtHR, *Bochan v. Ucrânia*, parágrafo 33)¹⁷, consciente do princípio da subsidiariedade, mas também do risco de ser criticada por ultrapassar os limites definidos pelo tratado no que diz respeito à distribuição de poderes e passar por cima do Comitê de Ministros. No entanto, sua posição mais recente tende a uma indiscutível aproximação às atribuições desempenhadas pelo Comitê de Ministros, uma vez que a definição das medidas a serem executadas pelas autoridades estatais em resposta a violações sistêmicas, por meio de julgamentos de casos piloto¹⁸ e artigo 46º (ver Seção 4.1 abaixo), visam facilitar a implementação de julgamentos¹⁹. Esses desenvolvimentos sugerem que a Corte Europeia tem se movimentado no sentido do processo de revisão judicial, como uma forma mais forte de revisão, quando necessário²⁰. Também indicam a necessidade, ainda que excepcionalmente, de grau de judicialização do processo de implementação. Keller e Marti²¹ defendem uma combinação de diálogo político e responsabilidade jurídica — com o Comitê de Ministros inicialmente mantendo o poder de supervisionar a implementação, mas se isso se provar malsucedido após um período determinado, a Corte teria, então, o poder de rever o cumprimento.

2.2 Ferramentas

Os organismos supranacionais empregam uma série de ferramentas, incluindo correspondência escrita, reuniões e audiências, bem como o uso de outros mecanismos disponíveis como parte de seu mandato geral. Isso pode facilitar e possibilitar o diálogo entre o órgão supranacional e uma ou mais das partes; entre as próprias partes; e uns com outros, no âmbito nacional. Também permite obter informações sobre as medidas tomadas e identificar obstáculos e desafios.

A base de todo o processo de monitoramento nos órgãos supranacionais é escrita, permitindo que estados e candidatos apresentem submissões ou informações sobre implementação, ensejando em algumas instâncias uma avaliação pelo órgão fiscalizador realizada por escrito — com aprofundamento e detalhamento variados²². Além disso, as oportunidades de um processo de avaliação eficaz e um diálogo genuíno

¹⁴ ÇALI, B.; KOCH, Anne. Foxes Guarding the Foxes? The Peer Review of Human Rights Judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe. *Human Rights Law Review* n. 14, v. 2, p. 301–325, 2014. p. 314.

¹⁵ PALMER, S. The Committee of Ministers. In: SCHMAHL, S.; BREUER, M. (eds). *The Council of Europe: Its Law and Policies*. Oxford University Press, p. 137–65, 2017. p. 150.

¹⁶ KELLER, H.; MARTI, C. Reconceptualizing Implementation, The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments. *European Journal of International Law*, v. 26, n. 4, p. 829–850, 2015.

¹⁷ Os detalhes dos casos mencionados neste artigo estão listados ao final, após a lista de referências.

¹⁸ Em um julgamento principal, o Tribunal Europeu identificou o problema estrutural subjacente aos casos repetitivos e prescreveu medidas para resolvê-lo, geralmente com a delimitação de um prazo.

¹⁹ Entrevista BE15, Bruxelas, 1 dez. 2016. Cf.: DONALD, Alice; SPECK, Anne-Katrin. The European Court of Human Rights’ Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments. *Human Rights Law Review*, n. 19, v. 1, p. 83–117, 2019.

²⁰ GARDBAUM, S. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, ed. 49, p. 707–60, 2001; TUSHNET, M. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries. *Wake Forest Law Review* 38, p. 813–38, 2003; e ÇALI, B. Coping with Crisis, Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Wisconsin International Law Journal* 35(2), p. 237–76, 2018.

²¹ KELLER, H.; MARTI, C. Reconceptualizing Implementation, The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments. *European Journal of International Law* n. 26, v. 4, p. 829–50, 2015.

²² GAMBOA, J. C. Fortalecimiento del Rol de la IACOMMHR en el Proceso de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias y

— envolvendo o órgão fiscalizador, o Estado, bem como a vítima — variam, significativamente, devido às diferentes abordagens. O processo de supervisão do Comitê de Ministros é conduzido por meio de reuniões trimestrais fechadas compostas apenas por representantes estatais — nem juízes da Corte, nem as vítimas estão presentes. O diálogo entre as partes, perante os Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU e a Comissão Africana de Direitos Humanos e Dos Povos e a Corte Africana, é conduzido, principalmente, por correspondência escrita, embora a Comissão Africana tenha se envolvido na realização de audiências — conforme discutido posteriormente. Entre todos os órgãos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos é aquela que tem se mostrado o mais inovador e persistente no enfrentamento dos problemas de implementação. Além de ordenar várias formas de reparação, indica, em seus julgamentos, os meios de cumprimento das diversas medidas ordenadas, incluindo prazos²³. Além disso, a Corte Interamericana emprega uma série de outras ferramentas para facilitar a implementação, incluindo a determinação de ordens expressas; a realização de audiências públicas e privadas; a expedição de medidas provisórias; a realização de visitas ao país em análise; reuniões informais com as delegações estaduais; e a solicitação de informações adicionais de fontes específicas. Há, também, casos conjuntos, nos quais formas de reparação similares têm sido ordenadas contra o mesmo Estado, bem como audiências conjuntas e emissão de resoluções conjuntas de monitoramento, em especial, no que diz respeito a questões estruturais, de modo agilizar o processo de monitoramento (artigo 30(5º), do Regimento da Corte IDH)²⁴. No entanto, diante dos desafios contínuos na garantia da efetiva implementação, foi criada, em 2015, uma Unidade dedicada de Monitoramento aos Cumprimento dos Julgamentos (Unidade de Cumprimento) no âmbito da Secretaria da Corte Interamericana²⁵.

Os Órgãos de Tratado da ONU, a Comissão Africana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possuem um rol de funções que vão além da jurisdição sobre petições individuais e que podem ser empregadas em apoio à implementação dos casos. Os Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU podem buscar informações de outras fontes além das partes (por exemplo, ver o Artigo 101(2), Regimento do Comitê de Direitos Humanos), em particular no que diz respeito às garantias de não repetição que abordam causas estruturais de violações de direitos humanos, inclusive por meio de relatórios incluídos no processo periódico de notificação estatal, através de submissões separadas ao Secretariado, e também utilizando o diálogo entre os Órgãos de Tratados de Direitos Humanos e a sociedade civil (entrevistas realizadas em Genebra, 18 de novembro de 2016). Um membro dos Órgãos de Tratados de Direitos Humanos sugeriu que, embora nem sempre haja sincronia entre as funções de relatórios estatais e o procedimento de petições individuais, as sinergias entre os dois cresceram ao longo dos anos (reunião com o Comitê de Direitos Humanos, Genebra, 22 de outubro de 2018). A Comissão Interamericana tem funções semelhantes e as tem usado com a finalidade de monitorar a implementação de suas decisões em casos individuais. No entanto, a adoção de seu novo plano estratégico para 2017-2021²⁶ criou uma oportunidade única de melhor coordenação entre as diversas funções da Comissão para monitorar a implementação de decisões. Criou-se uma nova Seção de Monitoramento de Recomendações para acompanhar a implementação de todas as recomendações feitas pela Comissão, não apenas aquelas feitas no curso do processo de petições individuais, mas também em relatórios corridos, visitas *in loco*, relatórios temáticos, e assim por diante²⁷. Da mesma forma, a Comissão Africana aproveita seu mandato mais amplo para monitorar a implementação. Por exemplo, durante o processo de emissão de relatórios e, durante as visitas nos locais, a Comissão levanta

Planteamiento de Reparaciones ante la Corte IDH. *Anuario de Derechos Humanos* 10, p 105–16, 2014; e DONALD, Alice; SPECK, Anne-Katrin. The European Court of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments. *Human Rights Law Review*, n. 19, v. 1, p. 83–117, 2019.

²³ Ver Murray e Sandoval na publicação original deste artigo. Cf.: MURRAY; e SANDOVAL. In: *Journal of Human Rights Practice*, 12, 2020, 71-100. Doi, 10.1093/jhum/huaa009. Data da publicação, 18 ago. 2020.

²⁴ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Annual Report*, 2014, p. 35.

²⁵ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Annual Report*, 2015, p. 55.

²⁶ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condemns Execution of Edgar Tamayo Arias in the United States*. Strategic Plan 2017/2021, p. 62.

²⁷ Entrevista IASHR034, Washington DC, 1 dez. 2017. Cf.: OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Condemns Execution of Edgar Tamayo Arias in the United States*. Strategic Plan 2017/2021.

questões com os Estados sobre decisões individuais, e tem adotado resoluções destacando a falta de implementação, ainda que forma *ad hoc*.

Embora exista, portanto, um potencial considerável para que os mecanismos supranacionais empreguem seus mandatos mais amplos para promover a implementação de decisões individuais, nossa pesquisa revelou que estes não são empregados em sua plenitude. O monitoramento da implementação, às vezes, é visto como uma tarefa distinta que deve ser realizada, embora muitas vezes sem recursos adicionais disponíveis, nem mesmo a promessa de tal²⁸. Por exemplo, nos disseram que havia “uma desconexão muito forte” entre o monitoramento temático da Comissão Interamericana e a avaliação de casos individuais²⁹; e outro entrevistado da Comissão Interamericana reconheceu que “não entendo que realmente trabalhamos juntos”³⁰. No entanto, os entrevistados sugeriram que a nova Seção de Monitoramento de Recomendações poderia ajudar a melhorar a coordenação entre os dois mandatos tanto na Comissão Interamericana quanto na Corte Interamericana³¹. Por exemplo, o trabalho da Comissão Interamericana, em relação às garantias de não repetição (abordando problemas estruturais), poderia ser aprimorado se houvesse uma melhor coordenação entre seus papéis de proteção e monitoramento, uma vez que casos individuais poderiam se beneficiar da experiência adquirida ao longo dos anos pela Comissão, por meio de seu trabalho de monitoramento não apenas em países específicos, mas também na região mais ampla.

Cada um dos organismos supranacionais desenvolveu, até certo ponto, sua abordagem para problemas sistêmicos, principalmente por agrupar problemas estruturais encontrados dentro dos Estados e, em certa medida, entre os estados. A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi pioneira na prática de realizar audiências conjuntas em relação a formas semelhantes de reparação ordenadas contra um determinado Estado em diferentes casos (discutidos a seguir), e na Europa o Comitê de Ministros tem agrupado nos últimos anos casos semelhantes, uma abordagem que tem sido muito bem recebida por ajudar a chamar a atenção para a natureza sistêmica dos problemas³². Desde 2018, o Comitê de Ministros começou a realizar debates temáticos, sobre as condições prisionais (2018) e sobre o dever de investigar o direito à vida e aos casos de tortura (2019), mas tais debates de desenvolvem no âmbito das audiências fechadas do Comitê de Ministros, com pouca informação sendo divulgada, dificultando a percepção do impacto que tiveram, se existiu.

Há três deficiências que detectamos em toda a gama de organismos supranacionais. Em primeiro lugar, nem todas as ferramentas já disponíveis são usadas, extraíndo-se seu o melhor de seu potencial. Por exemplo, certas ferramentas de monitoramento (como fazer perguntas durante a emissão de relatórios) são, na prática, inconsistentes ou raramente utilizadas. Essa deficiência é evidente não apenas no que diz respeito ao uso de suas próprias ferramentas pelos órgãos de monitoramento, mas também no que se refere ao seu engajamento com outros atores nos níveis regional e internacional (ver Seção 5). Em segundo lugar, há um persistente descumprimento por parte dos Estados quanto a diversos procedimentos. Por exemplo, os Órgãos de Tratados de Direitos Humanos muitas vezes solicitam ao país interessado que informe sobre a implementação, por escrito, dentro de um determinado prazo, geralmente dentro de seis meses a partir da notificação das recomendações pelo órgão. No entanto, os Estados nem sempre cumprem tais prazos³³. Em terceiro lugar, recursos suficientes (humanos e financeiros) não estão sendo disponibilizados aos organismos supranacionais para monitorar e promover a implementação de suas decisões. Isso é discutido, ainda, no trabalho de Donald, Long e Speck³⁴.

²⁸ Para isso, cf. Donald, Long e Speck, na publicação original deste artigo na Seção 2.1. Cf.: DONALD; LONG; e SPECK. *Journal of Human Rights Practice*, 12, 2020, 71-100. Doi, 10.1093/jhum/huaa009. Data da publicação, 18 ago. 2020.

²⁹ Entrevista IASHR033, Washington DC, 30 nov. 2017

³⁰ Entrevista IASHR030, Washington DC, 2 dez. 2017.

³¹ Entrevistas IASHR033, IASHR031, Washington DC, 27 de novembro de 2017; grupo focal na Comissão Interamericana, 2 dez. 2017.

³² Entrevistas GE01, GE02, Londres, 17 jan. 2017.

³³ Entrevista D.14, 23 de novembro de 2017.

³⁴ Para isso, cf. Donald, Long e Speck, na publicação original deste artigo na Seção 2.1. Cf.: DONALD; LONG; e SPECK. *Journal of Human Rights Practice*, 12, 2020, 71-100. Doi, 10.1093/jhum/huaa009. Data da publicação, 18 ago. 2020.

3 Organismos supranacionais como facilitadores do diálogo

Os organismos supranacionais adotam diferentes abordagens de diálogo, a depender de quem está envolvido e de acordo com determinado propósito. Alguns órgãos, como a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, ainda não definiram totalmente o seu próprio papel. Nesse sentido, referimo-nos ao *diálogo* neste artigo para descrever o processo de avaliação da implementação de decisões realizado pelos mecanismos supranacionais de direitos humanos, que inclui a utilização de ferramentas para incentivar as partes a explorar formas de avançar em tal implementação, seja entre si ou com a ajuda direta do órgão de monitoramento.

O diálogo construtivo tem sido o centro do trabalho dos Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU, levando em consideração o fato de que eles não são tribunais. Eles aproveitam a presença das delegações estatais em Genebra para ter reuniões formais ou informais e para levantar questões relacionadas à implementação de comunicações individuais³⁵. Como observado acima, o sistema de relatórios estatais é mais um caminho para os Órgãos de Tratados de Direitos Humanos promoverem uma conversa por meio do *diálogo construtivo*. A Comissão de Eliminação da Discriminação contra a Mulher, a Comissão dos Direitos da Criança, a Comissão dos Direitos das Pessoas com Deficiência e a Comissão dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais têm, cada uma, o poder expresso de solicitar que o Estado inclua em seus relatórios periódicos informações sobre as ações adotadas em resposta às decisões individuais³⁶. As oportunidades para que as autoridades estatais tomem conhecimento dos desafios e identifiquem ações que foram adotadas, bem como as questões e recomendações que órgãos de tratado podem fazer, ajudam a promover um diálogo sobre a implementação de direitos humanos naqueles Estados.

No sistema africano, a Comissão Africana ofereceu os seus “bons préstimos” (“good offices”) às partes, para facilitar a implementação e, mais amplamente, forjar o diálogo e a estratégia com o Governo e a sociedade civil, como no caso *Endorois*, relacionado às violações contra os povos indígenas no Quênia³⁷, por meio de uma audiência para a qual as partes foram convidadas, atuando a Comissão como um intermediário entre elas, em questões práticas e soluções para o caso em discussão³⁸. Também é possível obter informações daqueles que não são partes do caso (como é permitido pela Regra 112(6) do Regimento). Além de termos ouvido dizer que, em determinado caso, a visita pessoal de um membro da Comissão Africana a um Estado para incentivar a implementação de uma decisão foi seguida por alguma atividade do governo para implementar as recomendações³⁹. Mas estas são as exceções e não a regra.

Interlocutores confirmaram que, no sistema europeu, um processo de diálogo e meios diplomáticos são fundamentais, inclusive reconhecendo as medidas positivas adotadas pelas autoridades governamentais. As interações entre os funcionários do Estado e o Departamento de Execução de Sentenças estão no centro do diálogo. Representantes do governo reconhecem que o estímulo ou questionamento do Departamento para a Execução de Sentenças exerce uma espécie de pressão⁴⁰. Um funcionário do Ministério das Relações Exteriores da Bélgica comentou que essa pressão pode ser usada por funcionários *internamente* com outros ministérios ou departamentos para levar as coisas adiante, como aconteceu quando o Departamento de

³⁵ Entrevista à equipe de queixas da ONU, Genebra, 18 nov. 2016.

³⁶ Cf. o artigo 7º, 5º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, artigo 11º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, artigo 11º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, artigo 11º do Protocolo Facultativo à Convenção sobre Protocolo Opcional para a Convenção sobre os Direitos da Criança.

³⁷ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Final Communiqué of the Workshop on the Status of Implementation of the Endorois Decision of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, 23 set. 2013.

³⁸ Entrevista B.4, jul. 2017. Cf.: MURRAY, R.; LONG, D.; AYENI, V.; SOME, A. *Monitoring Implementation of the Decisions and Judgments of the African Commission and Court on Human and Peoples' Rights*. *African Human Rights Yearbook* 1, p. 150–66, 2017, p. 153.

³⁹ Entrevista D.1, 20 abr. 2017.

⁴⁰ Entrevistas BE03, BE04, BE05, Bruxelas, 8 nov. 2016.

Execução de Sentenças levantou a implementação da *RTBF vs. Bélgica*, um caso relativo a uma liminar judicial imposta a uma emissora, cuja implementação havia sido paralisada⁴¹. O funcionário do Ministério também enfatizou que, quando os Estados atuam em conjunto para destacar um problema, tal ação coletiva será cada vez mais persuasiva. Além disso, os funcionários reconhecem que a reputação do Estado importa e eles se preocupam com a *mancha em sua imagem*⁴². Os funcionários do governo também dizem que apreciam a oportunidade de ter discussões informais com o Departamento de Execução de Sentenças, especialmente quando há um grau de incerteza sobre a exigência na aplicabilidade de um julgamento, para que possam trabalhar juntos e encontrar uma solução conjunta⁴³. Isso os ajuda a entender melhor as expectativas do Departamento de Execução de Sentenças.

A perseverança na manutenção do diálogo, mantendo-se o foco sobre uma questão ao longo de um período de anos, também foi notada como importante na Europa. O funcionário sênior do Conselho da Europa, Christos Giakoumopoulos, sugere que isso é eficaz até mesmo para questões de difícil implementação, pois mantém o diálogo em andamento até um momento em que é possível um avanço maior⁴⁴. No contexto de uma discussão sobre a implementação do caso de *L. vs. Lituânia* (2007) e a indisponibilidade da cirurgia de redesignação de gênero, um representante da organização da sociedade civil ILGA-Europa também ressaltou os benefícios em perseverar e manter em destaque o problema, pois mantém a questão em pauta⁴⁵.

Outros interlocutores enfatizaram a necessidade do uso de ações de diplomacia de modo a persuadir um Estado a fazer mudanças. Michael O'Boyle, o ex-secretário adjunto da Corte Europeia, sugeriu que

A implementação bem-sucedida requer que você convença um governo soberano a introduzir alguma reforma. Ao criar um órgão que simplesmente dá instruções ao governo, é menos provável que você obtenha um resultado positivo. Criar um órgão mais inteligente, que busca colocar a ênfase nas técnicas da diplomacia e persuasão, é a única maneira de ter alguma chance de convencer um governo que não quer impor um julgamento⁴⁶.

Esses achados ressaltam a conclusão alcançada por Çali e Koch de que a extensão da “deliberação, cooperação e intercâmbio contínuo” é a força-chave do sistema europeu⁴⁷.

Nas Américas, facilitar o diálogo também é intrínseco aos processos de implementação. Um representante da Agência Nacional de Defesa Jurídica do Estado Colombiano (*Agência Nacional de Defesa Jurídica del Estado*) sugeriu que a Comissão e a Corte Interamericanas devem “servir como espaço para ouvir as partes, mas sempre tentando fazer com que as partes cheguem a acordos entre elas”⁴⁸. Um advogado sênior da Corte Interamericana confirmou que as audiências judiciais que permitem o diálogo têm sido essenciais para uma melhor implementação de direitos humanos, citando o exemplo do caso *Avas Tingni* (2009), em relação à demarcação e titulação de terras indígenas na Nicarágua, onde um plano de trabalho foi acordado na audiência e dentro de seis meses todo o julgamento foi cumprido com “apenas a oitiva das partes... gerando um diálogo mais criativo”⁴⁹. Essa visão também foi confirmada por um membro da Unidade de Cumprimento da Corte Interamericana, que sugeriu que o diálogo entre Estados e candidatos (ou seus representantes), no âmbito do sistema interamericano, foi fundamental neste sentido⁵⁰.

⁴¹ Entrevista BE22, Bruxelas, 1 fev. 2017; entrevista SXB02, Estrasburgo, 25 nov. 2016.

⁴² Entrevista GE31, Tbilisi, 27 abr. 2017.

⁴³ Entrevistas CZ16, CZ17, CZ18, CZ19, CZ20, Praga, 22 jun. 2017; entrevista GE06, Tbilisi, 24 abr. 2017.

⁴⁴ Ver conversa com o Conselho de Membros da Europa, na edição da publicação original deste artigo. Cf.: *Journal of Human Rights Practice*, 12, 2020, 71-100. Doi, 10.1093/jhum/huaa009. Data da publicação, 18 ago. 2020.

⁴⁵ Entrevista GE02, Londres, 17 jan. 2017.

⁴⁶ Ver conversa com o Conselho de Insiders da Europa, na edição da publicação original deste artigo. Cf.: *Journal of Human Rights Practice*, 12, 2020, 71-100. Doi, 10.1093/jhum/huaa009. Data da publicação, 18 ago. 2020.

⁴⁷ ÇALI, B.; KOCH, Anne. *Lessons Learnt from the Implementation of Civil and Political Rights Judgments*. 2011. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=41858663. Acesso em: 24 mar. 2020. p. 22.

⁴⁸ Entrevista COL05, Bogotá, 26 jul. 2017.

⁴⁹ Entrevista IASHR019, San José, 15 fev. 2018.

⁵⁰ Entrevista IASHR024, San José, 15 fev. 2018.

Cada um dos sistemas regionais emite resoluções, declarações ou documentos semelhantes para manter o diálogo sobre a implementação. A Corte Interamericana pode emitir “resoluções muito pontuais” e pode usá-las como meio de manter o diálogo, bem como para definir o que é esperado dos Estados⁵¹. Em casos como *Molina Theissen* (2009), sobre o desaparecimento de uma criança, a detenção e estupro de sua irmã em 1981, além da ausência de investigação diligente sobre os fatos, o Tribunal prescreveu direções mais explícitas sobre o que a Guatemala deveria fazer — reportar ao Tribunal e realizar uma investigação eficaz, como por exemplo:

apresentar um cronograma listando todas as etapas a serem seguidas, incluindo as datas potenciais e as instituições ou pessoas encarregadas. Nesse cronograma, o Estado deve ainda observar as medidas administrativas e orçamentárias a serem tomadas antes de qualquer ação investigativa, além de identificar os problemas detectados para investigar o caso, bem como um plano para enfrentar tais dificuldades dentro de um prazo definido⁵².

A Comissão Interamericana também emite comunicados à imprensa, a fim de elogiar os progressos feitos pelos Estados⁵³ ou criticar a falta de cumprimento⁵⁴.

Resoluções também foram emitidas pela Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, em resposta às falhas dos Estados em implementar plenamente suas decisões, embora a abordagem seja *ad hoc* e resulte de uma pressão consistente dos litigantes (como no caso *Endorois*⁵⁵) e sociedade civil (como no caso *Gunme*, sobre a discriminação contra a população anglofônica nos Camarões⁵⁶). Tais resoluções têm insistido no cumprimento, lembrando os Estados da ação que deveriam tomar⁵⁷, observando a deterioração da situação e reiterando a necessidade de diálogo⁵⁸. Quando há problemas a respeito da implementação de um julgamento dentro do sistema europeu, o Comitê de Ministros pode tomar várias medidas para facilitar a execução, como declarações do Presidente, comunicados de imprensa, emissão de decisões adotadas como resultado de um debate e emissão de resoluções provisórias⁵⁹. A desobediência pode resultar em resoluções fortes — por exemplo, lamentando a inaptidão do Estado para implementar a decisão e declarando que o Estado se encontra em “flagrante conflito com suas obrigações internacionais”⁶⁰. Quando há problemas sistêmicos contínuos, o Comitê de Ministros pode emitir uma série de resoluções pedindo que novas medidas sejam tomadas pelas autoridades⁶¹.

Resta claro que o diálogo pode ser promovido por meio de diferentes ferramentas empregadas pelos organismos supranacionais, seja para persuadir ou repreender. A próxima seção se concentra no uso de au-

⁵¹ Entrevista IASHR004, San José, 9 fev. 2018.

⁵² Corte IDH, *Molina Theissen v. Guatemala*, 2009.

⁵³ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *LACiHR Carries Out Working Visit to Mexico*. Press release. 20 jul. 2017.

⁵⁴ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Condemns Execution of Edgar Tamayo Arias in the United States*. Press release, n. 6/14. 27 jan. 2014.

⁵⁵ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Final Communique’ of the Workshop on the Status of Implementation of the Endorois Decision of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, 23 set. 2013; e COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Resolution Calling on the Republic of Kenya to Implement the Endorois Decision. ACHPR/Res.257, nov. 2013.

⁵⁶ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Resolution on the Human Rights Situation in the Republic of Cameroon. ACHPR/Res. 395 (LXII), 9 maio 2018.

⁵⁷ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Resolution Calling on the Republic of Kenya to Implement the Endorois Decision. ACHPR/Res.257, nov. 2013.

⁵⁸ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Resolution on the Human Rights Situation in the Republic of Cameroon. ACHPR/Res. 395 (LXII), 9 maio 2018.

⁵⁹ CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Comitê para os Direitos Humanos. Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights. Annual Report, 2017, p. 21.

⁶⁰ CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Comitê para os Direitos Humanos. Interim Resolution CM/ResDH(2014)185. Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights in the Cases Varnava, Xenides-Arestis and 32 other. Cases against Turkey, 25 abr. 2014.

⁶¹ CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Comitê para os Direitos Humanos. Conclusions, Workshop on the Implementation and Impact of National Human Rights Action Plans, 12 dez. 2017. In, CM (Committee of Ministers of the Council of Europe). Interim Resolution ResDH, 135, 25 out. 2000.

diências no âmbito do sistema interamericano, que têm aprimorado o diálogo, gerando novas dinâmicas de implementação entre as partes, no que diz respeito ao contencioso e a outros atores relevantes.

3.1 Os benefícios das audiências de cumprimento

A prática de realizar uma audiência separada para considerar questões de implementação é comum no sistema interamericano, e uma possibilidade no sistema africano, mas é desconhecida na Europa e entre os Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU. A Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos realizou audiências em apenas dois casos, nenhum dos quais poderia ser considerado indicativo de uma prática ou de uma abordagem coerente⁶². Solicitadas pelos litigantes e organizações da sociedade civil, em nenhuma das ocasiões, ficou claro quem deveria estar presente, se a audiência deveria ser realizada em público ou privado, ou qual deveria ser o propósito ou objetivo, resultando em uma audiência que foi, como um entrevistado nos informou, “tão caótico... não ter ideia de onde iríamos começar, como ia acabar”⁶³.

Nas Américas, em contrapartida, a utilização das audiências não é um processo *ad hoc* e tem tido um efeito positivo na implementação, ajudando as coisas a avançar quando os Estados parecem estar se arrastando. Tanto a Comissão Interamericana quanto a Corte Interamericana podem convocar audiências de implementação, mas estas são mais utilizadas pela Corte, desde 2007⁶⁴. A maioria das audiências da Corte Interamericana são realizadas em sigilo, mas também pode realizar audiências públicas (que são tratadas na Seção 4.3, de modo a pressionar Estados não cooperativos). As partes podem solicitar uma audiência, mas não há critérios explícitos que estabeleçam quando uma audiência deve ser realizada. Audiências privadas são realizadas diante de uma delegação de três ou quatro juízes, juntamente com a Comissão Interamericana, as vítimas e seus representantes legais, e a delegação do Estado. Eles são conduzidos informalmente, com duração de cerca de duas horas. Durante a audiência, a delegação da Corte ouvirá as alegações do Estado e das vítimas; fará perguntas; sugerirá soluções e buscará preparar “cronogramas de cumprimento”⁶⁵.

A Corte Interamericana realiza audiências para tentar promover o cumprimento das suas decisões em situações especialmente problemáticas ou quando há grande demora, tal como o caso *Avas Tingni* (caso mencionado anteriormente), ou, no caso de *La Rochela Massacre vs. Colômbia*, em que membros de uma comissão de investigação judicial foram massacrados por grupos paramilitares, com o consentimento do Estado, enquanto realizavam a investigação do massacre de 19 comerciantes. Em *La Rochela*, uma audiência ocorreu em 2014, sete anos depois do julgamento, para tentar fazer avançar a implementação da decisão⁶⁶. A Corte pode buscar realizar audiências para pressionar o Estado, em um caso em particular, como aconteceu em *Fermín Ramírez e Raxcacó vs. Guatemala* em 2008, para dissuadir o Estado de admitir a adoção de pena de morte por decreto⁶⁷. Situação semelhante ocorreu no caso de *Mapiripán Massacre vs. Colômbia* em 2012, em que a Corte teve que lidar com o problema de “falsas vítimas”, que foram indenizadas pela Corte e que posteriormente se descobriu que não eram vítimas reais⁶⁸. Sugeriu-se que as audiências foram mais efetivas quando a Corte facilitou a comunicação entre as partes e permitiu que elas definissem a melhor forma de avançar na matéria. É importante também que os principais agentes públicos de instituições centrais para a implementação de certas formas de reparação (como juízes, promotores ou servidores) estejam presentes na audiência, uma vez que podem assumir a responsabilidade pelo cumprimento e iniciar uma dinâmica de efetivação importante a nível nacional dentro das suas próprias instituições e/ou em diferentes poderes,

⁶² HARRINGTON, J.; BINGHAM, L. *Never-Ending Story*, The African Commission Evolving through Practice in Malawi African Association et al. v. Mauritania. *Human Rights & International Legal Discourse*, v. 7, n. 1, p. 6–55, 2013.

⁶³ Entrevista D.1, 20 abr. 2017.

⁶⁴ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Annual Report*, 2007, p. 23.

⁶⁵ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Annual Report*, 2010, p. 5.

⁶⁶ Entrevista COL017, Bogotá, 28 de julho de 2017.

⁶⁷ *Ramírez e Raxcacó* 2008; entrevista IASHR01, Bogotá, 25 jul. 2017.

⁶⁸ Entrevistas IASHR013, San José, 9 fev. 2018 e COL04, Bogotá, 26 jul. 2017.

além do Poder Executivo. Isso aconteceu, por exemplo, em fevereiro 2012 na audiência sobre reabilitação (assistência médica e psicológica) de nove casos, em que a Ministra da Saúde da Colômbia, Beatriz Londoño, esteve presente e explicou ao Tribunal os obstáculos para avançar na entrega de serviços de reabilitação às vítimas — obstáculos que, segundo ela, se deviam em parte ao fracasso em chegar a um acordo com os representantes legais dos casos sobre como atuar neste sentido⁶⁹. De acordo com funcionários do Ministério da Saúde e representantes legais dos casos, a Ministra desempenhou um papel fundamental, entendendo quais eram os problemas e o que era necessário para destravar a discussão⁷⁰. Esse diálogo (que foi facilitado pela audiência) acabou levando à conclusão de um acordo, em 2017, sobre a reabilitação para as vítimas, quanto a pontos específicos que foram acordados entre as partes⁷¹.

Também tem sido produtivo para a Corte Interamericana solicitar informações centrais ao processo de implementação do Estado antes da audiência ou, ainda, formular pedidos de informações direcionados a determinados órgãos estatais, como fez, por exemplo, quanto ao Ministério Público nacional da Guatemala, em relação ao dever de investigar em 12 casos contra a Guatemala⁷². Estes parecem ser métodos produtivos para avançar a implementação, quando os canais tradicionais (muitas vezes via Ministérios das Relações Exteriores ou da Justiça) não funcionam. Para outros interlocutores, as audiências de instrução são consideradas mais eficazes quando funcionam como um mecanismo de pressão sobre o Estado e forçam uma resposta da sua parte⁷³.

Nossa pesquisa também sugere que as audiências de instrução são empregadas mais frequentemente pela Corte Interamericana, com relação aos Estados que demonstram alguma disposição para dialogar e para implementar as ordens do Tribunal. Entre 2007 e 2018, o maior número de audiências privadas envolveu a Colômbia (32) e a Guatemala (38). Em contrapartida, a Corte Interamericana realizou, apenas, uma audiência em um processo relativo à Venezuela (Família Barrios 2016), que havia contestado fortemente a sua autoridade e legitimidade, por fim denunciando a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 2012⁷⁴.

Outro fator preponderante na prática da realização de audiências tem sido o impulso fornecido por centros de organizações da sociedade civil (OSC), que pressionaram pela sua realização⁷⁵. Por exemplo, na Colômbia, a maioria dos casos em que as audiências ocorreram, foram litigados por organizações da sociedade civil especializada, como a *Comisión Colombiana de Juristas* ou o *Colectivo de Abogados Alvear Restrepo*⁷⁶. Estas e outras instituições fizeram parceria com o *Center for Justice and International Law – CEJIL*, uma das mais experientes OSC da área⁷⁷, que tem demonstrado um claro compromisso em avançar em questões de implementação, defendendo, ativamente, perante a Comissão e a Corte Interamericanas, melhorias em seus *instrumentos* e realizando importantes estudos sobre o tema em relação a medidas específicas como a obrigação de investigar, processar e punir⁷⁸.

⁶⁹ Corte IDH, Nove casos colombianos 2012; entrevista COL023, Bogotá, 11 ago. 2017.

⁷⁰ Entrevistas COL015 e COL016, Bogotá, 28 de julho de 2017.

⁷¹ Entrevistas COL023, Bogotá, 11 de agosto de 2017 e COL015, Bogotá, 28 de julho de 2017.

⁷² 12 casos guatemaltecos. Cf.: OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Annual Report*, 2015, p. 23.

⁷³ Entrevistas COL010, Bogotá, 27 de julho de 2017 e COL014, Bogotá, 28 de julho de 2017.

⁷⁴ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Annual Report*, 2015., p. 58

⁷⁵ Entrevista IASHR01, 25 jul. 2017

⁷⁶ ENGSTROM, P.; LOW, P. Mobilising the Inter-American Human Rights System, Regional Litigation and Domestic Human Rights Impact in Latin America. In: ENGSTROM, Par (ed.) *The Inter-American Human Rights System, Impact Beyond Compliance*, Palgrave MacMillan, p. 23–58, 2019, p. 42.

⁷⁷ ENGSTROM, P.; LOW, P. Mobilising the Inter-American Human Rights System, Regional Litigation and Domestic Human Rights Impact in Latin America. In, Engstrom, Par (ed.) *The Inter-American Human Rights System, Impact Beyond Compliance*, Palgrave MacMillan, p. 23–58, 2019, p. 28.

⁷⁸ CEJIL (Center for Justice and International Law). *Implementation of Decisions of the Inter-American Human Rights System*. Jurisprudence, Regulations and National Experiences (in Spanish), 2007; CEJIL (Center for Justice and International Law). *Implementation of the Inter-American Human Rights System's Decisions. Contributions to Legislative Processes* (in Spanish), 2009b; e CEJIL (Center for Justice and International Law). *Compliance on the Inter-American Human Rights System's Decisions, Challenges Regarding Justice, Guatemala* (in Spanish), 2017.

A Corte Interamericana também realiza audiências conjuntas para monitorar o cumprimento das mesmas medidas de reparação ordenadas em vários casos contra o mesmo Estado, o que pode levar à publicação de resoluções conjuntas. Isso foi feito pela primeira vez em relação às ordens de reabilitação das vítimas na Colômbia, em maio de 2010 (referidas acima), aparentemente como resultado de um pedido feito pelos representantes dos requerentes⁷⁹. A Corte se reuniu em nove casos, os quais haviam ordenado a reabilitação, sendo eles: *Manuel Cepeda Vargas, Escué Zapata, Valle Jaramillo et al., Ituango Massacres, La Rochela Massacre, Pueblo Bello Massacre, Gutiérrez Soler, Mapiripán Massacre e 19 Tradesmen*. A sociedade civil tem sido ativa e influente na convocação de audiências conjuntas em que problemas estruturais são uma questão, como o não cumprimento do dever de investigar, processar e punir⁸⁰. Os entrevistados observaram a importância das audiências na melhoria da visibilidade dos problemas estruturais⁸¹ e os benefícios da economia processual, particularmente no que diz respeito aos estados considerados violadores frequentes, como Guatemala, Colômbia e Peru⁸². No entanto, outros entrevistados criticaram as limitações e rigidez das audiências conjuntas, pois o curto tempo disponível não permitia que discussões detalhadas ocorressem⁸³. Não conseguimos encontrar uma relação causal clara entre o uso de audiências conjuntas e os desenvolvimentos na implementação nos casos que consideramos. No entanto, nossa análise mostra que essas audiências conjuntas ajudaram a manter formas importantes de reparação na agenda e assegurar o diálogo, como mostra a audiência conjunta sobre reabilitação na Colômbia. Além disso, selecionar apenas uma forma de reparação na prática significa priorizá-la em relação a outras formas de reparação, o que poderia ser prejudicial para a implementação das demais medidas.

A realização de audiências *in loco*, como a Corte Interamericana faz desde 2015, pode permitir que se leve a supervisão ao país o que pode garantir o atendimento de funcionários do Estado que têm autoridade para executar as ordens, bem como, permitir o atendimento às vítimas e seus representantes⁸⁴. Os critérios utilizados pela Corte para realizar essas audiências não são claros, mas são usados, principalmente, em relação aos casos relacionados aos direitos dos povos indígenas, provavelmente dada a sua situação vulnerável, mas também para compreender melhor sua cultura e seu ponto de vista, como aconteceu em 2017, quando a Corte visitou o *Plan de Sánchez* na Guatemala, a aldeia onde mais de 250 indígenas foram massacrados em 1982. Embora seja prematuro avaliar sua eficácia, dada a realização relativamente recente, é evidente que as audiências podem auxiliar o Tribunal a entender os problemas e desafios enfrentados pelo Estado para o cumprimento das suas decisões, bem como dar a oportunidade às autoridades estatais dar “um rosto” às vítimas e melhor compreender seus pontos de vista e sua situação⁸⁵. Da mesma forma, essas audiências podem auxiliar a manter viva a atenção do Estado sobre os casos (incluindo casos antigos), podendo contribuir para a implementação da decisão, como aconteceu no *Plan de Sánchez*, onde a visita da Corte ajudou a manter o caso na agenda do Estado, embora passados 13 anos da prolação da sentença.

4 Facilitar a implementação nos casos difíceis

Os mecanismos supranacionais, voltados ao monitoramento e à indução do cumprimento das decisões, são projetados, fundamentalmente, utilizando um cenário não confrontante. Nessa perspectiva, assentam-se na Teoria Gerencial do Cumprimento, que afirma que os Estados tendem respeitar o direito internacional

⁷⁹ Entrevista IASHR01, Bogotá, 25 jul. 2017.

⁸⁰ Entrevista CIDH06, San José, 12 fev. 2018.

⁸¹ Entrevista GUA01, Cidade da Guatemala, 3 ago. 2017.

⁸² Entrevista IASHR05, San José, 9 fev. 2018.

⁸³ Entrevista IASHR05, San José, 9 fev. 2018.

⁸⁴ Entrevista IASHR022, San José, 15 fev. 2018.

⁸⁵ Entrevista IASHR013, San José, 9 fev. 2018; e Saavedra, na publicação original deste texto.

e a cumprir decisões individuais, quando há capacidade para fazê-lo⁸⁶. No entanto, quando o diálogo para promover a implementação não traz resultados, os organismos supranacionais também possuem outras ferramentas que podem ser implantadas para promover essa comunicação. Os organismos supranacionais não podem, como tal, impor a implementação usando essas ferramentas ou impor sanções específicas aos Estados, mas podem gerar mais atenção sobre uma questão, exercer pressão adicional sobre o Estado, levar o debate sobre o cumprimento a outros atores (incluindo outros Estados ou órgãos intergovernamentais). Como medidas de último recurso, mecanismos supranacionais podem ser utilizados para *nomear e constranger* Estados. Curiosamente, esse aumento envolve tanto os próprios órgãos decisórios como as organizações políticas que os supervisionam. A eficácia dessas ferramentas tem sido questionada por algumas pessoas. Nossa pesquisa oferece visões mistas sobre sua eficácia geral.

4.1 Encaminhamento a um órgão judicial

Em 2010, o sistema europeu passou a prever “procedimentos de infringência” (*infringement proceedings*), um novo mecanismo que dá ao Comitê de Ministros o direito de remeter um caso de volta à Corte Europeia de Direitos Humanos, quando entender que um Estado se recusou a cumprir um acórdão (artigo 46(4^o), Convenção Europeia sobre Direitos Humanos⁸⁷). Embora o mecanismo não estabeleça uma sanção específica (financeira ou de outra natureza), é vista como uma medida mais viável do que a expulsão do Conselho da Europa (artigo 8^o, Estatuto do Conselho da Europa), uma sanção que nunca foi invocada. Entretanto, passaram-se sete anos até que fosse usado pela primeira vez, em dezembro de 2017 (único uso até hoje), em relação ao político da oposição do Azerbaijão, Ilgar Mammadov, que permaneceu na prisão em Baku, apesar dos persistentes apelos do Comitê de Ministros para que fosse libertado⁸⁸. Será que a subsequente libertação de Mammadov — em agosto de 2018 — significa a decisão do Comitê de Ministros de invocar o mecanismo foi sucesso? O instrumento parece ter sido utilizado de forma efetiva, mas é importante reconhecer que houve uma pressão significativa sobre as autoridades do Azerbaijão por parte de diversas instituições do Conselho da Europa, incluindo o Secretário-Geral, que havia instigado um inquérito do artigo 52^o sobre o caso⁸⁹.

Ambas as Comissões Interamericana e Africana podem encaminhar decisões às suas respectivas Cortes, motivadamente no seu não cumprimento. A Comissão Africana só usou esse procedimento duas vezes em relação à não implementação de suas medidas provisórias (*provisional measures*)⁹⁰, mas nunca em relação à não implementação de uma decisão. Quanto ao motivo pelo qual tal instrumento é tão subutilizado, pode ser atribuído a inúmeros fatores, incluindo a incapacidade da Comissão Africana para delimitar critérios para o encaminhamento à Corte; dificuldades para reunir evidências sobre o cumprimento da decisão; e o risco de que, ao fazê-lo, gere a impressão de que não foi levada a sério pelo Estado e que a Corte Africana, sendo um órgão judicial em oposição a um órgão quase-judicial como a Comissão, é mais eficaz para assegurar a implementação⁹¹. Além disso, a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos foi estabelecida

⁸⁶ CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia. *The New Sovereignty*, Compliance with International Regulatory Agreements. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1995.

⁸⁷ DE LONDRAS, Fiona; DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *Mission Impossible? Addressing Non-Execution through Infringement Proceedings in the European Court of Human Rights*. *International & Comparative Law Quarterly* 66(2), p. 467–90, 2017.

⁸⁸ REMEZAITTE, R.; DAHLSEN, J. *Explainer*, Council of Europe Infringement Proceedings against Azerbaijan. 2002. Disponível em, <http://ehrac.org.uk/resources/what-are-infringement-proceedings>. Acesso em, 31 out. 2018; ECtHR, Ilgar Mammadov v. Azerbaijão 2019.

⁸⁹ Ver também a Seção 5.1 e cf.: JAGLAND, T. *Statement by Secretary General Thorbjørn Jagland on the Release of Human Rights Defender Ilgar Mammadov in Azerbaijan*. 13 ago. 2018. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/por-tal/-/statement-by-council-of-europe-secretary-general-thorbjorn-jagland-on-the-release-of-human-rights-defender-ilgar-mammadov-in-azerbaijan>. Acesso em, 31 out. 2018.

⁹⁰ Regra 118(2), Regimento da Comissão Africana dos Direitos humanos e dos Povos; Requerimento 002/2013, *Comissão Africana de Direitos Humanos e Dos Povos vs. Líbia*; Requerimento 006/2012, *Comissão Africana de Direitos Humanos e Povos vs. Quênia*.

⁹¹ MURRAY, R.; LONG, D. *Implementation of the Findings of the African Commission on Human and Peoples' Rights*. Cambridge University Press, 2015.

apenas recentemente, e a relação entre a Comissão Africana e a Corte está em constante fluxo. A Comissão Interamericana pode encaminhar os casos à Corte Interamericana em relação aos Estados que aceitaram a jurisdição dessa última⁹², se o Estado não tiver cumprido as recomendações do relatório aprovado de acordo com o artigo 50 da Convenção Americana e ponderando outros fatores, como a posição do peticionário. A Comissão Interamericana encaminha casos à Corte, mesmo quando deu várias oportunidades a um Estado para implementar suas recomendações. Por exemplo, caso no *Massacre de Las Dos Erres vs. a Guatemala*, as partes assinaram um acordo amigável quando o caso estava na fase da Comissão, em 2000, mas a Comissão continuou a monitorar sua implementação. Em 2006, os representantes legais das vítimas pediram à Comissão que suspendesse o acordo, uma vez que a Guatemala não o estava cumprindo, em relação ao dever de investigar e à obrigação de assegurar reparações coletivas. A Comissão encaminhou o caso à Corte Interamericana em julho de 2008 (Corte IDH, *Massacre de Las Dos Erres* 2008), embora a Guatemala tenha cumprido (ou parcialmente cumprido) outros elementos do acordo⁹³.

Esses mecanismos podem ajudar a pressionar os Estados em situações de descumprimento, já que, como atores locais (*local constituencies*) (Estados e OSCs), muitas vezes reconhecem maior autoridade e legitimidade a tribunais supranacionais. Da mesma forma, poderiam gerar maior consciência da atitude negligente ou de má-fé dos Estados em relação à implementação de determinadas decisões. No entanto, lamenta-se que os procedimentos de infringência (*infringement proceedings*) na Europa não tenham sido mais utilizados, apesar dos apelos do Conselho da Europa para o seu maior uso⁹⁴. É uma anomalia evidente que tenha havido tanta relutância do Comitê de Ministros em usar este novo mecanismo. Da mesma forma, é surpreendente que a Comissão Africana não tenha encaminhado um único caso sobre a não implementação de suas decisões à Corte Africana, negligenciando assim uma ferramenta potencialmente poderosa para garantir que a justiça seja garantida para as vítimas de abusos de direitos humanos. Em contrapartida, a Comissão Interamericana encaminha, regularmente, os casos à Corte Interamericana.

Finalmente, em ocorrência recente, as vítimas no caso de *Chichupac* pediram à Corte Interamericana que concedesse medidas provisórias por diversos fundamentos, mas particularmente para ordenar à Guatemala, que descontinuasse o processo de aprovação de uma lei de anistia que estava perante o Congresso e teria impedido a Guatemala de cumprir as ordens da Corte (no caso em questão e em outros) para investigar graves violações dos direitos humanos. A Corte concedeu as medidas e estendeu-as a outros 12 casos em que havia ordenado à Guatemala que investigasse, processasse e punisse os autores. Assim, as medidas provisórias permitiram à Corte impedir que um Estado adotasse medidas regressivas que teriam impedido a execução de suas ordens (Corte IDH, *Chichupac* e outros 12 casos em 2019). Nesse caso em particular, a Guatemala não foi capaz de avançar com a reforma de sua Lei de Reconciliação Nacional. De fato, em julho de 2019, o Tribunal Constitucional da Guatemala ordenou a suspensão de qualquer discussão sobre esta reforma com base no uso do mandado de amparo (*amparo writ*) como forma de evitar danos irreparáveis às vítimas. No entanto, esta continua sendo uma questão controversa na Guatemala e o estudo da reforma legislativa foi suspenso, mas não permanentemente encerrado, até o momento da redação deste artigo.

4.2 Encaminhamento a um órgão político

Como alternativa ao envolvimento judicial, o encaminhamento de uma decisão de difícil implementação a um órgão político, como mostrado pela experiência das Américas e África, muitas vezes rende pouca resposta, representando, simplesmente, “uma saudação à bandeira”, o que significa uma ação sem quaisquer

⁹² Artigo 44, Regimento Interno da CIDH.

⁹³ CEJIL (Center for Justice and International Law). *Organizaciones se Retiran de Solucio'n Amistosa en Caso de Masacre Guatemalteca*. Press release, 2009a.

⁹⁴ PACE (Parliamentary Assembly of the Council of Europe) *Committee on Legal Affairs and Human Rights. Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights Report*, Netherlands: Socialist Group, 2015, §34.

consequências⁹⁵ ou, frustrantemente, mantendo a decisão em um “vácuo político”, em que nenhuma ação relevante é tomada pelos órgãos internos para desencadear o cumprimento⁹⁶. A Corte Interamericana pode levar ao conhecimento da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) a falta de implementação de suas decisões, bem como emitir recomendações⁹⁷. Esta medida só foi excepcionalmente invocada, em relação a situações intratáveis envolvendo Estados como Venezuela, Haiti, Nicarágua, Trinidad e Tobago, ou Equador, quando a Corte considerou que poderia ser benéfico envolver outros atores (*constituencies*), ou simplesmente que poderia ter mais impacto se recorresse à nomeação e ao constrangimento dos Estados faltosos, em um contexto político envolvendo outros Estados. No entanto, nenhum desses casos levou a Assembleia Geral da OEA a tomar medidas junto aos Estados. Acreditamos que isso possa refletir o fato de ser um órgão político, dominado pelas opiniões dos Estados, e que não se beneficie da contribuição de órgãos técnicos como o Departamento de Execução de Sentenças no Conselho da Europa, que realizam uma consideração mais “neutra” das questões de implementação.

No âmbito do sistema africano, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos também tem o poder de solicitar aos órgãos da União Africana (UA) que tomem medidas em resposta à omissão dos Estados e é obrigada a informar um Subcomitê do Comitê de Representantes Permanentes (que ainda está por ser criado) e ao Conselho Executivo da UA sobre a implementação de suas decisões, incluindo situações de descumprimento⁹⁸. A Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, sob seu Protocolo⁹⁹, é igualmente obrigada a notificar seus ao Conselho Executivo sobre suas decisões, o qual, por sua vez, deve monitorar sua execução em nome da Assembleia de Chefes de Estado e de Governo¹⁰⁰. A Corte Africana propôs uma “abordagem híbrida do monitoramento”, na qual, ela avalia o nível de implementação, realiza audiências e adota um julgamento de conformidade quando necessário, quando seus relatórios sobre o cumprimento serão considerados pelos órgãos políticos — Comitê de Representantes Permanentes e pelo Conselho Executivo da UA —, permitindo, em última instância, que a Assembleia de Chefes de Estado e de Governo se envolva com o Estado¹⁰¹.

Embora os canais políticos continuem sendo uma opção para ajudar na implementação, qualquer encaminhamento a esses órgãos deve ser feito com considerável cautela, particularmente em organizações regionais onde o compromisso com a promoção e proteção dos direitos humanos permanece questionável. A título ilustrativo, tentativas recentes dos órgãos políticos da UA de minar a independência da Comissão e da Corte Africana, por meio da adoção de decisões que sublinham que não têm independência com relação aos órgãos que as criaram (Conselho Executivo da UA 2018), sugerem que um maior engajamento nesse momento, que poderia colocar o sistema em risco.

4.3 Aumento da visibilidade e publicidade

Uma maior pressão sobre os Estados pode resultar no aumento da visibilidade dos descumprimentos das decisões, que pode promover incentivos para o cumprimento, tanto por meio da divulgação da situação quanto de recurso a ferramentas discursivas atribuídas à sociedade civil e a outros Estados interessados em pressionar pelo cumprimento¹⁰².

⁹⁵ Entrevista IASHR014, San José, 14 fev. 2018.

⁹⁶ Entrevista IASHR035, Washington DC, 1 dez. 2017.

⁹⁷ Artigo 65º, Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

⁹⁸ Regra 112(7), CADHP Regras de Procedimento.

⁹⁹ Artigo 29(2).

¹⁰⁰ MURRAY, R.; LONG, D.; AYENI, V.; SOME, A. Monitoring Implementation of the Decisions and Judgments of the African Commission and Court on Human and Peoples’ Rights. *African Human Rights Yearbook 1*, p. 150–66, 2017.

¹⁰¹ TRIBUNAL AFRICANO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Kampala Declaration*. First International Human Rights Forum, Kampala, Uganda, p 28–29, out. 2019.

¹⁰² HUNEEUS, A. V. Compliance with Judgments and Decisions. In, Romano, C.P.; ALTER, K. J.; SHANY, Y (eds), *Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford University Press, p. 438–59, 2014, p. 451.

Alguns dos organismos supranacionais de direitos humanos usam a publicidade como ferramenta para incentivar a implementação. Como medida excepcional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode realizar audiências em público, nos casos em que houver manifesto descumprimento pelo Estado, onde considera que as decisões tomadas, em nível doméstico, são uma completa afronta às suas decisões e ordens de reparação¹⁰³, ou em resposta a desenvolvimentos excepcionais a nível nacional que coloquem em jogo os próprios fundamentos do sistema interamericano (como a obrigação crucial de investigar, processar e punir). A primeira audiência pública de tal tipo ocorreu no caso da *Comunidade Indígena Sanhoyamaxa vs. Paraguai*, um caso relacionado ao inadimplemento do Estado quanto a seu dever de reconhecer os direitos da comunidade sobre a sua terra ancestral. De acordo com um ex-advogado sênior da Corte Interamericana, a decisão de realizar uma audiência foi uma resposta ao fato de que pessoas estavam morrendo e a Corte entendeu que era necessária mais publicidade¹⁰⁴. Outra audiência pública foi realizada em fevereiro de 2019, no caso de Molina Theissen, já que a Guatemala estava em processo de aprovação de uma lei de anistia que poderia ter tido o efeito de dificultar investigações de graves violações de direitos humanos cometidas durante o conflito interno e, portanto, poderia ter levado à impunidade para os comandantes militares seniores (CEJIL 2019, e seção 4.1 deste artigo).

As audiências públicas envolvem todos os sete juízes da Corte, seguem protocolos muito formais e são de natureza adversarial. Os juízes podem questionar o Estado e as vítimas durante a audiência, de modo a possibilitar que a Corte examine e exponha a posição do Estado. Além disso, as audiências podem ser assistidas por qualquer pessoa e são transmitidas no site da Corte Interamericana. Intervenções de terceiros também podem ser apresentadas. Assim, além de exercerem pressão adicional sobre os Estados, as audiências também podem ser vistas como promovendo novas formas de diálogo, uma vez que reúnem diversos atores (*constituencies*), o que pode ter um impacto positivo na geração de novas dinâmicas de implementação em nível nacional e internacional (ver na Seção 4.1).

5 Fomentar alianças – internacionais e nacionais

Dado os altos níveis falta de implementação dentro de todos os sistemas, as restrições impostas por recursos limitados e a variada natureza das formas de reparação, o papel desempenhado pelos atores externos nos processos de implementação pode ser de particular benefício, especialmente em relação a problemas sistêmicos ou estruturais. Nossa pesquisa sugere que dois tipos de alianças são de importância fundamental para os organismos supranacionais. A primeira é em nível internacional — tanto com outras entidades dentro do próprio sistema quanto com outras organizações internacionais — e a segunda é com atores em nível nacional.

5.1 O papel de apoio das organizações internacionais

Cada um dos organismos supranacionais, em nível regional, que examinamos, se envolveu com outros órgãos dentro de seus próprios sistemas para facilitar o monitoramento da implementação, com as instituições europeias liderando quanto a tal aspecto. De fato, no contexto europeu, a percepção de muitos de nossos entrevistados dizia respeito às limitações do Conselho da Europa atuando sozinho e à importância de sua colaboração. O ex-vice-secretário da Corte Europeia, Michael O’Boyle, se referiu a um sofisticado sistema de várias camadas, com diferentes atores participando do processo¹⁰⁵. Esse “sistema” tem uma série de elementos, cada um dos quais adiciona peso. Por exemplo, a capacidade política dos relatores na Assembleia

¹⁰³ Entrevista IASHR032, Washington DC, 5 dez. 2017.

¹⁰⁴ Entrevista IASHR01, Bogotá, 25 de julho de 2017 e Corte IDH, *Sanhoyamaxa vs. Paraguai*, 2009

¹⁰⁵ Cf.: conversa com o Conselho da Europa sobre esta questão.

Parlamentar da Comissão de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos do Conselho da Europa (PACE), que monitora as decisões da Corte Europeia por meio da publicação de relatórios, visitas ao país e, por meio da realização de audiências, foi considerado de particular importância. Eles, frequentemente, têm experiência ministerial prévia em nível nacional, e, como o ex-chefe de secretariado do Comitê sublinhou: “eles não são apenas simples membros do parlamento, eles sabem como o jogo funciona, e isso é um valor agregado”¹⁰⁶.

Além disso, o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa assumiu uma série de questões temáticas, algumas das quais se encaixam com aspectos levantados pelas decisões do Tribunal Europeu. Mais diretamente, o Comissário procurou encorajar os Estados do Conselho da Europa a adotar uma abordagem sistemática para a implementação a nível nacional, notadamente por meio da incorporação de estudos de linha de base (*baseline studies*) aos planos nacionais de ação dos direitos humanos, juntamente com o monitoramento regular e a avaliação independente (Comissário para os Direitos Humanos 2009 e 2017). O Comissário está em posição de levantar questões de implementação diretamente, nas reuniões bilaterais com representantes do governo, e fazer submissões diretamente aos organismos nacionais. A implementação dos acórdãos da Corte Europeia também é apoiada indiretamente, por meio de decisões que são mutuamente reforçadas, emitidas por outras entidades do Conselho da Europa, como o Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura (CPT). Além disso, o Secretário-Geral do Conselho da Europa pode instaurar inquéritos (artigo 52º, Convenção Europeia sobre Direitos Humanos) sobre a implementação interna das normas da Convenção Europeia, embora tal potestade raramente tenha sido invocada (por exemplo, sobre a prática de “rendição extraordinária” e violações flagrantes cometidas pelas forças de segurança russas na Chechênia). O inquérito do artigo 52º, de 2015, sobre a prisão do ativista político Ilgar Mammadov, representou um novo desenvolvimento dado que tinha por objeto um único caso¹⁰⁷.

O papel desempenhado pela União Europeia tem sido significativo em certos contextos, aumentando a visibilidade, emprestando peso político e fornecendo financiamento. Por exemplo, em 2014, a Comissão Europeia iniciou um processo de infração contra a República Tcheca por sua falha na implementação da Diretiva de Igualdade Racial (2000/43/CE), devido à discriminação sistêmica e à segregação de crianças romanas nas escolas¹⁰⁸. Considerou-se que esse processo ajudou a manter o impulso das reformas educacionais inclusivas, e a Comissão, no julgamento da Corte Europeia de Direitos Humanos, negociou com o governo tcheco. O processo também ajudou representantes da sociedade civil a pressionar o Ministério da Educação a avançar ainda mais na aplicação do acórdão do Tribunal Europeu¹⁰⁹. Interlocutores da Geórgia fizeram um ponto mais amplo sobre o respeito que geralmente é concedido à União Europeia e às suas instituições¹¹⁰. Um representante da sociedade civil argumentou que grande parte da resposta das autoridades georgianas, após o julgamento de *Identoba*, sobre a violenta interrupção de uma manifestação pacífica no Dia Internacional contra a Homofobia e a Transfobia (incluindo o desenvolvimento de uma legislação antidiscriminação mais abrangente), foi principalmente resultado da influência do acordo de integração e associação da UE da Geórgia, em vez de, apenas, refletir o processo de Estrasburgo¹¹¹. Um membro do parlamento da coalizão *Georgiana Dream* reconheceu que as falhas de implementação prejudicariam a integração da Geórgia com a União Europeia e até mesmo seu crescimento econômico¹¹². Alguns dos nossos interlocutores referiram-se à disponibilidade de fundos da UE como forma de aliviar os encargos financeiros sobre os Estados¹¹³. Por exemplo, a respeito da implementação do caso *Muskhadzhiyeva*, um funcionário do Ministério do Interior belga reconheceu a importância do financiamento da UE no apoio às famílias detidas na detenção de imi-

¹⁰⁶ Entrevista SXB07, Strasbourg, 19 jun. 2018.

¹⁰⁷ Cf.: Seção 4.1.

¹⁰⁸ Chopin et al. 2017.

¹⁰⁹ Entrevista CZ10, Praga, 21 jun. 2017; Oficina HRLIP, Praga, 17 nov. 2017

¹¹⁰ Entrevista GE25, Tbilisi, 26 abr. 2017.

¹¹¹ Entrevista GE01, Londres, 17 jan. 2017; Cf.: DONALD, Alice; SPECK, Anne-Katrin. The European Court of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments. *Human Rights Law Review*, v. 19, n. 1, p. 83–117, 2019.

¹¹² Entrevista GE31, Tbilisi, 27 de abril de 2017.

¹¹³ Entrevista CZ05, Brno, 20 jun. 2017.

gração¹¹⁴.

Houve algum engajamento entre a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e os outros órgãos da União Africana, incluindo o Mecanismo Africano de Revisão de Pares (*African Peer Review Mechanism – APRM*), pelo qual os Estados voluntariamente se comprometem a autoavaliar sua conformidade com as metas em torno da boa governança e desenvolvimento. Isso resultou, por exemplo, na nomeação de um dos membros da Comissão Africana como ponto focal para o engajamento com a APRM e o compromisso de compartilhamento de relatórios, entre outras coisas¹¹⁵. Enquanto os membros da CADHP, ocasionalmente, participam das visitas da APRM¹¹⁶, que poderiam fornecer uma ferramenta adicional para o acompanhamento no país, há poucas evidências de que esse processo tenha sido usado para monitorar a implementação de decisões. Da mesma forma, o artigo 19º do Protocolo do Conselho de Paz e Segurança da UA permite que a *estreita cooperação* seja buscada com a Comissão Africana, e que as informações sejam trazidas à sua atenção, bem como possibilita encorajar as OSCs e outros a abordá-lo, fornecendo oportunidades para que ela monitore a implementação das decisões da Comissão Africana¹¹⁷. O Parlamento Pan-Africano (PAP), no que diz respeito à facilitação da implementação das políticas de UA, pode realizar audiências públicas, missões de apuração de fatos e adotar resoluções, mas nenhum desses mecanismos foi utilizado para monitorar a implementação de decisões da Comissão Africana ou da Corte Africana.

Dada a amplitude e especificidade das ordens e recomendações sobre as indenizações feitas pela Comissão Interamericana e pela Corte Interamericana, os órgãos especializados na OEA poderiam exercer um importante papel complementar em relação à implementação, porém esta tem sido a exceção e não a regra. Por exemplo, a Comissão Interamericana da Mulher (Comissão Interamericana das Mulheres) poderia estar engajada na implementação de julgamentos relativos aos direitos das mulheres ou aos casos de violência sexual, uma vez que a Convenção Belém do Pará reconhece seu papel na prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher, e que há um órgão específico estabelecido para esse fim, o Mecanismo de Acompanhamento da Convenção de Belém (MESECVI). Um membro sênior da Comissão Interamericana confirmou que a Comissão trabalha em estreita colaboração com o MESECVI, mas que o MESECVI não tem recursos para monitorar a implementação, sugerindo que faz o que pode com os recursos que tem¹¹⁸. Isso ficou evidente para nós em um dos casos do nosso estudo, *Véliz Franco vs. Guatemala*, sobre o desaparecimento de uma menina de 15 anos. Rednovi, uma das OSCs que litigaram no caso, disse que o MESECVI não tinha desempenhado um papel na implementação das medidas, embora a Rednovi tenha reconhecido sua expertise sobre o assunto¹¹⁹. Existem outros órgãos especializados na OEA, como a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), que poderia fornecer expertise e assistência técnica aos Estados e ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, para enfrentar os desafios envolvidos na implementação da reabilitação de vítimas de graves violações dos direitos humanos.

É encorajador que as relações entre os três tribunais regionais tenham sido consolidadas com a criação de um Fórum Internacional de Direitos Humanos. Isso proporciona mais oportunidades de engajamento e compartilhamento das melhores práticas de implementação, e, de fato, em sua primeira reunião, em outubro de 2019, a Declaração de Kampala foi assinada pelos três tribunais, com o objetivo, entre outras coisas, de aprimorar o diálogo e contribuir “para a implementação de (...) julgamentos a longo prazo”¹²⁰.

¹¹⁴ Entrevista BE13, Bruxelas, 10 nov. 2016.

¹¹⁵ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Activities as Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information. Presented to the 48th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples’ Rights. Banjul, *The Gambia*, p. 10–24, nov. 2010.

¹¹⁶ KILLANDER, M.; ABEBE, A. K. Human Rights Developments in the African Union during 2010 and 2011. *African Human Rights Law Journal*, v. 12, n. 1, p. 199–222, 2012, p. 219.

¹¹⁷ WACHIRA, G. M.; AYINLA, A. Twenty Years of Elusive Enforcement of the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples’ Rights, A Possible Remedy. *African Human Rights Law Journal*, v. 6, n. 2, p. 465–92, 2006. p. 486 – 487.

¹¹⁸ Entrevista IASHR033.

¹¹⁹ Entrevista GUA02, Cidade da Guatemala, 3 ago. 2017.

¹²⁰ TRIBUNAL AFRICANO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Kampala Declaration*. First International Human

No caso dos Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU, fica claro que eles aprenderam com as experiências uns dos outros (com o Comitê de Direitos Humanos liderando o caminho) na adoção de ferramentas semelhantes, como a nomeação de relatores especiais para acompanhamento, e estipulando prazos específicos para a entrega dos relatórios dos Estados sobre a implementação. As reuniões dos presidentes dos órgãos do tratado oferecem uma oportunidade adicional para compartilhar experiências no acompanhamento das comunicações individuais, embora essas reuniões sejam às vezes mais sobre formalismos do que sobre substância¹²¹. Certamente, poderia ser feito mais pelos Órgãos de Tratados de Direitos Humanos, com base em seus mandatos de promoção e proteção, bem como na integração de seu trabalho com o Conselho de Direitos Humanos, o processo de Revisão Periódica Universal (UPR) e os procedimentos especiais, com sua temática ou país e com o “Arquipélago da ONU”, ou seja, todos os outros organismos das Nações Unidas que lidam com questões de direitos humanos¹²².

Também descobrimos que, embora tanto a Colômbia quanto a Guatemala tenham escritórios de campo no país do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (*UN High Commissioner for Human Rights – OHCHR*), havia muito pouca conexão entre seus mandatos e o acompanhamento de decisões individuais por organismos supranacionais, seja do Sistema Interamericano ou dos Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU (mesmo no que diz respeito a problemas sistêmicos). Isso se deve, em parte, à limitação dos recursos humanos e financeiros dentro dos escritórios da OHCHR¹²³, mas também como resultado de uma visão institucional estreita que retrata os Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU, como tendo funções diferentes às da OHCHR. Encontramos limitações semelhantes em Camarões, em que encontramos algumas evidências de que o escritório regional da OHCHR não via como seu papel monitorar comunicações, possivelmente porque trabalhar em casos politicamente controversos poderia impactar negativamente em suas relações com o governo¹²⁴.

Há, no entanto, evidências de colaboração produtiva entre os sistemas regionais e a ONU. Por exemplo, os entrevistados na Europa enfatizaram essa influência positiva, tanto na melhoria dos mecanismos estatais quanto no esforço de pressão adicional em determinados campos. Um membro da Comissão de Veneza do Conselho da Europa, um órgão consultivo independente sobre democracia, estado de direito e direitos fundamentais, sugeriu que a introdução do processo de Revisão Periódica Universal (UPR) do Conselho de Direitos Humanos da ONU levou a uma melhor coordenação dos ministérios tchecos na resposta aos diversos organismos internacionais de direitos humanos¹²⁵. Discutindo o problema da superlotação prisional, funcionários do Ministério da Justiça belga observaram o impacto da convergência das declarações feitas, ao longo de um período de anos, não apenas pelo Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura (CPT), mas também por meio do processo de UPR¹²⁶. Um funcionário do Departamento de Execução de Sentenças sugeriu que “às vezes, é muito eficiente quando você tem todo esse encorajamento diferente, pressão, quando todas as luzes estão em um problema”¹²⁷. Além disso, o OHCHR tem procurado tirar lições e fortalecer a cooperação com o Sistema Europeu de Direitos Humanos, adotando uma declaração conjunta com o Conselho da Europa, em 2013, inclusive em relação às recomendações de observações finais¹²⁸. Da mesma

Rights Forum, Kampala, Uganda, p 28–29, out. 2019.

¹²¹ ONU. Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Secretary-General on Measures Taken to Implement Resolution 9/8 and Obstacles to its Implementation, Including Recommendations for Further Improving the Effectiveness of, Harmonizing and Reforming the Treaty Body System.* A/HRC/25/22, 2014, p. 47.

¹²² HUNT, P. Configuring the UN Human Rights System in the ‘Era of Implementation’, Mainland and Archipelago. *Human Rights Quarterly*, v. 39, n. 3, p. 489–538, 2017.

¹²³ Entrevista IASHR02, Bogotá, 1 ago. 2017.

¹²⁴ Entrevista B5, Yaounde’, 26 fev. 2018.

¹²⁵ Entrevista CZ13, Praga, 21 jun. 2017.

¹²⁶ Entrevistas BE03, BE04, BE05, Bruxelas, 8 nov. 2016.

¹²⁷ Entrevista CZ26, Estrasburgo, 8 nov. 2017.

¹²⁸ ONU. Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Secretary-General on Measures Taken to Implement Resolution 9/8 and Obstacles to its Implementation, Including Recommendations for Further Improving the Effectiveness of, Harmonizing and Reforming the Treaty Body System.* A/HRC/25/22, 2014, p. 78.

forma, funcionários do governo de um estado africano notaram a considerável visibilidade que as recomendações da UPR receberam a nível nacional¹²⁹.

Embora os órgãos dentro dos sistemas interamericano e africano mantenham vínculos com vários organismos da ONU (incluindo órgãos do tratado, procedimentos especiais e o OHCHR), esse contato parece ser *ad hoc* e é mais orientado para o monitoramento da situação geral dos direitos humanos na região ou em países específicos, em vez de promover a implementação de ordens e recomendações em casos especiais e também pode ser facilitado pelas relações entre membros dos respectivos órgãos (entrevista IASHR018, San Jose', 15 fev. 2018). No entanto, colaborações bem-sucedidas foram estabelecidas por vários órgãos da ONU, a Comissão Interamericana e a Corte Interamericana, por exemplo, no caso *Cotton Field*, relativo a feminicídios na Ciudad Juárez, no México, com tais órgãos unindo forças para documentar a situação e provar a existência de discriminação contra as mulheres¹³⁰. Além disso, um roteiro de Addis Ababa, adotado em 2012, buscou fortalecer a cooperação entre o Alto Comissariado das Nações Unidas para Direitos Humanos (ACNUDH) e a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP)¹³¹, e um recente Memorando de Entendimento¹³² entre a Comissão Africana e o ACNUDH¹³² concordaram em apoiar *ações conjuntas* entre eles, incluindo o “acompanhamento das recomendações emanadas desses órgãos”.

No geral, embora muitos de nossos interlocutores reconhecessem o importante papel de outros órgãos dentro de seus próprios sistemas e os seus desempenhos para aumentar a conscientização das decisões e oferecer meios alternativos de abordar Estados ou informar outros atores, está claro que essas relações ainda não foram utilizadas em sua plenitude.

5.2 Promover o engajamento em âmbito nacional: o papel da sociedade civil e das instituições nacionais de direitos humanos

Nossa pesquisa sugere que os mecanismos supranacionais estão bem posicionados para ativar os círculos constitucionais domésticos, além dos já envolvidos na demanda judicial. Todos eles têm, até certo ponto, autoridade, legitimidade, conhecimento e redes para tornar isso possível¹³³. Eles têm, ou podem criar, oportunidades de engajamento com os sistemas — ou mesmo em nível doméstico —, sendo atores de ponto de reflexão, construindo e dando recursos para os círculos eleitorais de conformidade — coalizões de atores dentro e fora dos estados¹³⁴.

Na Europa, as OSCs e as Instituições Nacionais de Direitos Humanos (*National Human Rights Institutions – NHRI*s) enviam informações em cerca de 5% dos principais casos perante o Comitê de Ministros¹³⁵. É

¹²⁹ Entrevista, 28 fev. 2018.

¹³⁰ RUBIO-MARI N, R.; SANDOVAL. C. Engendering the Reparations Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights: The Promise of the ‘Cotton Field’ Judgment. *Human Rights Quarterly*, v. 33, n. 4, p. 1062–91, 2011.

¹³¹ COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos. Diálogo entre Mandatários de Procedimentos Especiais do Conselho de Direitos Humanos da ONU e da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP). Addis Abada, Etiópia: *Road Map*, 2012, p. 17 -18.

¹³² COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos. *Memorando de Entendimento entre a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) e o Escritório do Alto Comissariado de Direitos Humanos (ACNUDH)*, 16 set. 2018, 2019.

¹³³ PARRA-VERA, O. Institutional Empowerment and Progressive Policy Reforms, The Impact of the Inter-American Human Rights System on Intra-State Conflicts. In: ENGSTROM, P. (ed.), *The Inter-American Human Rights System*, Impact Beyond Compliance. Palgrave Macmillan, p. 143–66, 2018.

¹³⁴ ALTER, K. Tipping the Balance, International Courts and the Construction of International and Domestic Politics. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* n. 13, p. 1–22, 2011, p. 3.; e Donald, Long e Speck, na publicação original deste artigo, Seções 2.2.2 e 5.

¹³⁵ STAFFORD, G. *Presentation to the PACE Committee on Legal Affairs and Human Rights*, The Role of Civil Society in the Monitoring Process for the Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights, 9 out. 2018; e CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Comitê para os Direitos Humanos. Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights. *Annual Report*, 2017, p. 73.

lamentável que o Comitê de Ministros receba, apenas, um número tão pequeno de submissões de NHRIs¹³⁶, quando há mais de 1.200 casos de destaque pendentes de implementação, e uma vez que as informações de tais órgãos poderiam ser altamente pertinentes e auxiliar o Comitê de Ministros na avaliação da extensão do cumprimento. No entanto, o engajamento da sociedade civil está sendo reforçado pela Rede Europeia de Implementação (*European Implementation Network* –

EIN), criada em Estrasburgo em 2018, o que levou a um aumento do número de submissões de OSC ao Comitê de Ministros em 2019¹³⁷. A EIN realiza reuniões regulares de *briefing* para delegados do Comitê de Ministros sobre casos cuja implementação está sendo avaliada e auxilia as OSCs na elaboração de submissões por escrito ao Comitê. Um alto funcionário do Conselho da Europa reconheceu, como resultado das instruções da EIN, que os delegados do Comitê de Ministros estão mais bem informados sobre as questões levantadas pelos casos, e considerou que também permitem uma comunicação mais informal entre as OSCs e o Departamento de Execução de Sentenças¹³⁸.

No entanto, a maior deficiência no que diz respeito à acessibilidade é o fato de que as reuniões de implementação do Comitê de Ministros permanecem confidenciais, o que significa que as partes interessadas (não estatais), como litigantes, vítimas, interventores terceirizados, NHRIs ou OSCs não podem avaliar seu teor ou conteúdo. O mecanismo de supervisão da Comissão dos Ministros não é, naturalmente, um processo contraditório, que exige igualdade de armas como tal; em vez disso, envolve engajamento intergovernamental e debate. Mas pode ser questionado se a confidencialidade das reuniões é um aspecto necessário e imutável deste procedimento, ou se há circunstâncias em que o processo poderia ser aberto com o objetivo de permitir o exercício de pressão pública sobre um estado resistente¹³⁹. Isso seria justificável (mesmo que apenas excepcionalmente) se pudesse significar que os diplomatas respondem de diferentes maneiras no que diz respeito especialmente a questões de difícil solução, e se a sociedade civil e a mídia pudessem então estimular um debate a nível nacional sobre a adequação da resposta de um governo. A experiência nas Américas com audiências públicas¹⁴⁰ sugere que há um forte caso a favor da abertura do processo do Comitê de Ministros em determinadas circunstâncias.

Na região das Américas, tanto a Comissão Interamericana quanto a Corte oferecem oportunidades às organizações da sociedade civil de estarem envolvidas nos diversos mecanismos que têm à sua disposição para promover ou proteger os direitos humanos, incluindo a implementação de decisões. Elas têm sido muito proativas em incluir as OSCs nesses processos, muito mais do que os outros sistemas discutidos neste artigo. Há várias oportunidades para as OSC se engajarem com a Comissão, como audiências temáticas e visitas aos países, além de reunião com relatores temáticos. Por exemplo, em 2018, a Comissão Interamericana realizou 25 visitas a 12 Estados do continente americano, para acompanhar questões particulares, promover os direitos humanos ou monitorar a situação dos direitos humanos. Durante essas visitas a cada um desses países, a Comissão se reuniu com as OSCs e as vítimas¹⁴¹.

Em relação ao acompanhamento de suas recomendações, em casos individuais, a Comissão Interamericana tomou a iniciativa, em 2018, de realizar conversas telefônicas com as vítimas e aqueles que solicitaram à Comissão (em muitos casos as OSC), para obter uma melhor imagem da implementação em casos individuais. Como consequência, a Comissão recebeu um número significativo de respostas dos Estados, em

¹³⁶ CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Comitê para os Direitos Humanos. Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights. *Annual Report*, 2018, p. 69.

¹³⁷ Um dos coautores deste artigo, Philip Leach, é copresidente da EIN. Cf.: página da EIN <http://www.einnetwork.org>.

¹³⁸ Entrevista SXB05, Estrasburgo, 19 de jun. de 2018.

¹³⁹ O codiretor da EIN, George Stafford, tem demonstrado apoio para uma maior acessibilidade do público aos processos do Comitê de Ministros. Cf.: STAFFORD, G. 2019. *The Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights, Worse Than You Think*. Part 2, The Hole in the Roof. EJIL Talk, 08 out. 2019.

¹⁴⁰ Cf.: Seção 4.3.

¹⁴¹ Cf. capítulo III de: OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Annual Report*, 2018.

relação à implementação de recomendações em casos individuais¹⁴². A Comissão também realiza reuniões de trabalho em casos específicos, para tentar avançar na implementação. Em 2018, a Comissão organizou 15 reuniões em que as vítimas e as OSC envolvidas puderam apresentar suas opiniões aos Estados. Ainda assim, a Comissão poderia ser mais proativa em garantir que as audiências temáticas ocorram sobre questões-chave identificadas no processo de implementação de casos individuais, por exemplo, sobre garantias específicas de não repetição ou prestação de serviços de reabilitação. As submissões escritas também devem ser incentivadas, especialmente daqueles com especialização em questões específicas. Ao avaliar relatórios dos Estados sobre a implementação de suas recomendações, a Comissão também poderia solicitar informações específicas de instituições estatais ou a OSCs para preencher quaisquer lacunas, ou avaliar a veracidade das informações fornecidas pelas partes no caso. As instituições acadêmicas também poderiam ser mobilizadas, conforme exemplificado pela chamada emitida pela Comissão em abril de 2019, para que as universidades se tornem membros de sua Rede Acadêmica Especializada de Cooperação Técnica, cujos objetivos incluem a prestação de apoio ao monitoramento das recomendações da Comissão Interamericana¹⁴³.

Nos últimos anos, a Corte Interamericana também se tornou mais proativa com as NHRI, conforme ilustrado no caso de *Artavia Murillo et al. - In Vitro Fertilization vs. Costa Rica*. O caso diz respeito a uma decisão do Tribunal Constitucional da Costa Rica que estabelece a proibição da fertilização *in vitro* (FIV), argumentando que houve violação do direito à vida. A Corte Interamericana considerou a Costa Rica responsável por diversas violações e ordenou ao Estado, entre outras medidas, que suspendesse a proibição do tratamento de FIV. A Defensoria Pública da Costa Rica entendeu como seu o papel de monitoramento da implementação das medidas e a manutenção da Corte. Apresentou dois relatórios a ela sobre a execução das ordens, tendo em vista o descumprimento pelo Estado, foi proativa e sugeriu à Corte que convocasse uma audiência pública. O NHRI foi então convidado pelo Tribunal para dar suas explicações em uma audiência pública em 2015. Poucas horas antes da audiência, o presidente da Costa Rica assinou um decreto executivo suspendendo a proibição da FIV e regulamentando sua provisão pelo sistema de saúde no país¹⁴⁴.

No caso da Colômbia, a Defensoria de Pueblo também mostrou que outros tipos de alianças podem ser construídas entre a Corte e tais instituições. De fato, durante uma visita da Corte à Colômbia, em dezembro de 2018, para a realização do segundo Fórum Interamericano de Direitos Humanos, o NHRI organizou uma reunião para avaliar o nível de cumprimento das ordens dadas pela Corte Interamericana em 19 processos decididos contra a Colômbia, com a participação dos juízes da Corte, membros da Comissão Interamericana, ministros, OSCs e outros, para considerar como avançar na implementação nesses casos. Tanto a Comissão Interamericana como a Corte assinaram acordos de cooperação técnica com o NHRI da Colômbia. A Corte também assinou acordos de cooperação com várias outras NHRI da região para apoiar seu papel de implementação, como o da Federação Ibero-Americana de Ombudsmen em relação ao cumprimento de medidas estruturais¹⁴⁵.

Há, também, oportunidades para OSCs serem atores ativos na implementação de decisões da Corte Interamericana, como a possibilidade de participação de *amicus curiae* durante o processo de monitoramento¹⁴⁶. Essa ferramenta poderia ser usada com mais frequência e mais estrategicamente. A Corte poderia garantir que, nos casos em que as opiniões de especialistas das OSCs fossem de particular importância, uma chamada pública e aberta fosse emitida convidando opiniões ou informações específicas sobre questões-chave. Isso poderia ser particularmente relevante em relação às formas de reparação em que a Corte junta vários casos, para apurar o progresso da sua implementação quanto a questões sistêmicas¹⁴⁷. A Corte reconheceu a

¹⁴² OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Annual Report*, 2018, p. 173.

¹⁴³ OEA. Comissão Interamericana de Derechos Humanos. *LACtHR (Inter-American Court of Human Rights)*. Court Orders the Publication in its Website of Information Presented at the Stage of Monitoring Compliance with Judgment. Press release. 11 jul. 2019.

¹⁴⁴ Cf.: Solano, na publicação original deste artigo.

¹⁴⁵ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Annual Report*, 2016.

¹⁴⁶ Artigo 44, Regimento interno da Corte Interamericana.

¹⁴⁷ DONALD, Alice; SPECK, Anne-Katrin. The European Court of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the

importância de tais intervenções, mesmo que ainda possa fazer mais nesse sentido. Em 2019, a Corte passou a publicar em seu site informações apresentadas na fase de acompanhamento do cumprimento da aplicação de garantias de não reincidência, reconhecendo o interesse demonstrado pela academia, organizações não governamentais e outros membros da sociedade civil em participar da execução das sentenças¹⁴⁸.

Enquanto a Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos vê seu papel como o envolvimento com as partes nos casos¹⁴⁹, um relatório do colóquio de novembro de 2016, na Corte Africana, observou que “a Corte deve desenvolver um círculo de suporte em nível nacional, com instituições nacionais de direitos humanos e organizações da sociedade civil, que possam realizar o acompanhamento do cumprimento de suas decisões em nível nacional, e também dependem delas para seu trabalho de advocacia”¹⁵⁰. Por sua vez, a Comissão Africana tem um forte histórico de engajamento com as OSCs e NHRI, formalmente por meio de seu status de observadoras e afiliada, respectivamente, mas também dado que a maioria de suas comunicações foram submetidas por ou com o envolvimento de OSCs. Pode-se esperar, portanto, que estejam intimamente envolvidos na implementação das decisões da Comissão e, de fato, alguns continuaram a se envolver com a Comissão, além da aprovação da decisão. As NHRI, embora não ativas perante a Comissão, reconheceram o papel que podem desempenhar no monitoramento da implementação de suas decisões, refletidas pela adoção pela Rede de Instituições Nacionais Africanas de Direitos Humanos (NANHRI) de Diretrizes sobre o papel que poderiam ter para ajudar a Comissão e o Tribunal a implementar suas decisões¹⁵¹. Estas incluem sugestões de que as NHRI, por exemplo, forneçam informações precisas aos organismos africanos de direitos humanos, por meio de relatórios regulares, sobre a extensão da implementação de uma decisão pelo Estado. Assim como as Américas, NHRI e OSCs podem submeter relatórios de *amicus curie* à Comissão Africana e à Corte Africana e, embora tenham feito isso enquanto as comunicações estão suspensas, isso é menos aparente pós-decisão ou julgamento e no contexto da implementação. Assim, embora existam várias oportunidades para OSCs se engajarem em processos de implementação, elas têm feito isso de forma inconsistente e de modo ad hoc.

Perante os Órgãos de Tratados de Direitos Humanos da ONU, as vítimas poderiam apresentar relatórios alternativos (*shadow reports*), como parte do processo de informação sobre a implementação de recomendações em casos individuais, e poderiam oferecer atualizações regulares ao órgão competente sobre quais ações foram ou não adotadas pelo Estado. As OSCs, como o Centro de Direitos Cívicos e Políticos¹⁵², deram um passo inovador para apoiar as visitas *in loco* dos membros de Órgãos de Tratado da ONU aos Estados-membro, proporcionando-lhes oportunidades para que entendam mais sobre a implementação das recomendações, o contexto nacional e reúna opiniões diretamente das vítimas e autoridades estaduais.

Todos os sistemas, ao mesmo tempo em que oferecem oportunidades e incentivam a participação das OSCs e NHRI no monitoramento da implementação de suas decisões, têm enfrentado diversos obstáculos para esse fim, alguns relacionados à falta de recursos humanos e financeiros, outros relacionados ao desenho de suas ferramentas de implementação e também como resultado de seus mandatos concorrentes. No entanto, as OSCs e as NHRI poderiam pressionar por um maior envolvimento e aproveitar as oportunidades disponíveis¹⁵³. Quando o fizeram, como no caso da NHRI na Costa Rica no caso *in vitro*, foi possível mover

Execution of Judgments. *Human Rights Law Review*, n. 19, v. 1, p. 83–117, 2019. e Cf.: Seção 2.2.2.

¹⁴⁸ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *LACiHR (Inter-American Court of Human Rights)*. Court Orders the Publication in its Website of Information Presented at the Stage of Monitoring Compliance with Judgment. Press release. 11 jul. 2019.

¹⁴⁹ Entrevista D5, 13 maio 2017.

¹⁵⁰ TRIBUNAL AFRICANO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Communique/Outcome of the International Symposium on the 10th Anniversary of the African Court on Human and Peoples' Rights*. A Decade of Human Rights Protection in Africa, Arusha, República Unida da Tanzânia, p. 21–22, nov. 2016, p. 5.

¹⁵¹ REDE DE INSTITUIÇÕES NACIONAIS AFRICANAS DE DIREITOS HUMANOS. *Guidelines on the Role of National Human Rights Institutions*, Monitoring Implementation of Decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights and Judgments of the African Court on Human and Peoples' Rights, 2015.

¹⁵² Cf.: <http://ccprcentre.org>.

¹⁵³ DONALD, Alice; SPECK, Anne-Katrin. The European Court of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the

a implementação de ordens/recomendações na direção certa.

6 Considerações finais

Quais são as características mais eficazes dos organismos supranacionais de direitos humanos, que melhor promovem ou incentivam a implementação? Eles têm uma série de ferramentas diferentes à sua disposição, dependendo do seu mandato, e cada um de tais organismos difere na medida em que desenvolveu essas ferramentas em um processo coerente com tal mandato.

O diálogo é fundamental, adota diversas formas e atores, ocorrendo, por exemplo, por meio de audiências privadas ou reuniões, com base na percepção de que tal ambiente favorece uma dinâmica de acordos ou planos de ação para alcançar a implementação. No entanto, o diálogo pode não ser suficiente em certas situações, como quando Estados recalcitrantes deixam de adotar providências necessárias para isso. Então, os organismos supranacionais precisam invocar medidas mais fortes, que permitam que outros atores sejam trazidos para o quadro, seja por meio de exposição mais ampla (como nas audiências públicas do sistema interamericano) ou por meio de uma abordagem mais judicializada (como o encaminhamento de casos de volta à Corte, por meio do procedimento de infringência do sistema europeu, ou por meio do uso de medidas provisórias pela Corte Interamericana, quando do monitoramento do cumprimento das decisões). Estes podem ser vistos como passos mais coercitivos.

Todos os organismos supranacionais de direitos humanos têm, em maior ou menor grau, tentado melhorar a implementação entre os apoiadores domésticos relevantes, criando oportunidades adicionais e espaços de diálogo entre as partes para os casos. Bem como, permitindo que outros, como as OSCs, NHRI e vítimas, desempenhem um papel no processo e ajudem a acompanhar o seu desenvolvimento. Em alguns casos, particularmente nas Américas e na Europa, os mecanismos não estão estagnados. Ao contrário, têm respondido, criativamente, ao desafio de um número cada vez maior de casos e a problemas intratáveis de não implementação, com novas ferramentas e procedimentos. Embora esses órgãos tenham tentado ser proativos, é improvável que isso continue, caso permaneçam subfinanciados, já que a falta de recursos para fazer um trabalho de monitoramento eficaz afeta negativamente o papel que eles serão capazes de desempenhar no futuro. Uma forma de promover seu envolvimento ainda maior no sistema europeu seria alterar o mandato do Departamento de Execução de Sentenças, que, atualmente, se refere à assessoria e assistência ao Comitê de Ministros e no apoio aos Estados-membros, mas não faz menção a qualquer função em relação à sociedade civil¹⁵⁴. Outra possibilidade seria que o Comitê de Ministros e o Departamento de Execução de Sentenças insistam juntos aos governos para que apresentem planos de ação que expliquem como consultaram ou envolveram OSCs relevantes, identificando quem estava envolvido e a metodologia adotada.

Alguns desses órgãos (em particular os afro-americanos e os Órgãos de Tratado das Nações Unidas) estão subfinanciados, mas, ao mesmo tempo, deixam de buscar a implementação por meio de seus outros mandatos, ou de maximizar oportunidades de colaboração com outros órgãos. Isso não é apenas prejudicial para a implementação. De fato, se houver falha na coordenação dos mandatos de proteção e monitoramento, há uma oportunidade perdida de abordar causas estruturais de violações de direitos humanos e facilitar a resposta necessária por parte dos atores relevantes, para tentar garantir que tais violações não voltem a acontecer. Essa ausência de trabalho integrado na implementação é exacerbada pela tendência de ver o cumprimento de decisões individuais como algo distinto e menos importante do que o resto do procedimento de reclamações ou de outras funções de monitoramento exercidas por esses órgãos.

Os métodos e as ferramentas destacados neste artigo como possibilitando o diálogo entre autoridades

Execution of Judgments. *Human Rights Law Review*, n. 19, v. 1, p. 83–117, 2019. 19(1), p. 83–117, 2019.

¹⁵⁴ Ver mandato do DEJ, <https://www.coe.int/en/web/execução/apresentaçãododepartamento>.

estatais, vítimas, sociedade civil, instituições nacionais de direitos humanos e outros interlocutores nacionais sugerem que os organismos supranacionais estão desempenhando uma variedade de papéis para desencadear a implementação, ainda que de forma desigual e inconsistente — impulsionada, em especial, por processos dialógicos. Todos eles fazem mais do que o mero monitoramento de relatórios estatais, dependendo das violações cometidas e das reparações estipuladas, da resposta do Estado e do papel desempenhado pelas vítimas, tanto no nível internacional quanto doméstico. Nenhuma dessas ferramentas que permitem o diálogo parece ser preeminente para levar a uma melhor implementação. Em vez disso, a implementação é vista como um processo contínuo, que requer diferentes medidas em diferentes conjunturas. No entanto, audiências, às vezes privadas e outras vezes públicas, como no sistema interamericano, têm gerado resultados positivos, no mínimo mantendo questões na agenda dos Estados e tornando as lacunas de implementação claramente visíveis. Elas constituem uma prática que pode ser desenvolvida por outros organismos supranacionais, incluindo o Comitê de Ministros.

A contribuição futura desses órgãos para um processo de implementação mais eficaz repousa não apenas em sua capacidade de ser criativo com as ferramentas dialógicas de que dispõem para monitorar e promover a implementação em um ambiente de recursos escassos, mas também em sua capacidade de explorar o máximo possível seus mandatos, redes nacionais e internacionais e atores domésticos para que seja possível uma abordagem mais holística para a proteção dos direitos humanos.

Financiamento

Este trabalho foi apoiado pelo Conselho de Pesquisa Econômica e Social no Reino Unido [Grant No ES/ M008819/1].

Referências

- ALTER, K. Tipping the Balance, International Courts and the Construction of International and Domestic Politics. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, n. 13, p. 1–22, 2011.
- ÇALI, B. Coping with Crisis, Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Wisconsin International Law Journal*, n. 35, v. 2, p. 237–76, 2018.
- ÇALI, B.; KOCH, Anne. Foxes Guarding the Foxes? The Peer Review of Human Rights Judgments by the Committee of Ministers of the Council of Europe. *Human Rights Law Review*, n. 14, v. 2, p. 301–25, 2014.
- ÇALI, B.; KOCH, Anne. *Lessons Learnt from the Implementation of Civil and Political Rights Judgments*. 2011. Disponível em, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=41858663. Acesso em: 24 mar. 2020.
- CEJIL (Center for Justice and International Law). *Compliance on the Inter-American Human Rights System's Decisions*. Challenges Regarding Justice, Guatemala (in Spanish), 2017.
- CEJIL (Center for Justice and International Law). *Corte IDH Emite Resolución que Obliga a Congreso Guatemalteco Desistir de Aprobar una Amnistía General*. Press release, 2019.
- CEJIL (Center for Justice and International Law). *Implementation of Decisions of the Inter-American Human Rights System*. Jurisprudence, Regulations and National Experiences (in Spanish), 2007.
- CEJIL (Center for Justice and International Law). *Implementation of the Inter-American Human Rights System's Decisions*. Contributions to Legislative Processes (in Spanish), 2009b.
- CEJIL (Center for Justice and International Law). *Organizaciones se Retiran de Solución Amistosa en Caso de*

Masacre Guatemalteca. Press release, 2009a.

CHAYES, Abram; CHAYES, Antonia. *The New Sovereignty*, Compliance with International Regulatory Agreements. Cambridge, MA, Harvard University Press, 1995.

CHOPIN, I.; GERMAINE, C.; TANCZOS, J. *Roma and the Enforcement of Anti-Discrimination Law*. European Commission, 2017.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Activities as Special Rapporteur on Freedom of Expression and Access to Information. Presented to the 48th Ordinary Session of the African Commission on Human and Peoples' Rights. *Banjul*, The Gambia, p. 10–24, nov. 2010.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Final Communiqué' of the Workshop on the Status of Implementation of the Endorois Decision of the African Commission on Human and Peoples' Rights*, 23 set. 2013.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Resolution Calling on the Republic of Kenya to Implement the Endorois Decision*. ACHPR/Res.257. Nov. 2013.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Resolution on the Human Rights Situation in the Republic of Cameroon*. ACHPR/Res. 395 (LXII), 9 maio 2018.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos. *Diálogo entre Mandatários de Procedimentos Especiais do Conselho de Direitos Humanos da ONU e da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos (CADHP)*. Addis Abada, Etiópia: Road Map, 2012, p. 17 -18.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS; ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório do Alto Comissariado para Direitos Humanos. *Memorando de Entendimento entre a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) e o Escritório do Alto Comissariado de Direitos Humanos (ACNUDH)*. 16 set. 2018, 2019.

CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Assembleia Parlamentar. *Committee on Legal Affairs and Human Rights*. Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights, Report (Rapporteur, Mr Klaas de Vries, Netherlands, Socialist Group). Doc. 13864, 2015.

CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Comitê para os Direitos Humanos. Conclusions, Workshop on the Implementation and Impact of National Human Rights Action Plans, 12 dez. 2017. In, CM (Committee of Ministers of the Council of Europe). *Interim Resolution ResDH*, n. 135, 25 out. 2000.

CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Comitê para os Direitos Humanos. *Interim Resolution CM/ResDH(2014)185*. Execution of the Judgments of the European Court of Human Rights in the Cases Varnava, Xenides-Arestis and 32 other. Cases against Turkey, 25 abr. 2014.

CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Comitê para os Direitos Humanos. *Recommendation on Systematic Work for Implementing Human Rights at the National Level*. CommDH, n. 3, 18 fev. 2009.

CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Comitê para os Direitos Humanos. Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights. *Annual Report*, 2017.

CONSELHO DA EUROPA DE DIREITOS HUMANOS. Comitê para os Direitos Humanos. Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights. *Annual Report*, 2018.

CONSELHO EXECUTIVO DA UNIÃO AFRICANA. *Decision on the Report on the Joint Retreat of the Permanent Representatives' Committee (PRC) and the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR)*. Dec. EX.CL/Dec.1015 (XXIII), jul. 2018.

DE LONDRAS, Fiona; DZEHTSIAROU, Kanstantsin. Mission Impossible? Addressing Non-Execution

through Infringement Proceedings in the European Court of Human Rights. *International & Comparative Law Quarterly*, n. 66, v. 2, p. 467–90, 2017.

DONALD, Alice; SPECK, Anne-Katrin. The European Court of Human Rights' Remedial Practice and its Impact on the Execution of Judgments. *Human Rights Law Review*, n. 19, v. 1, p. 83–117, 2019.

DOWNS, G. Enforcement and the Evolution of Cooperation. *Michigan Journal of International Law* 19(2), 319–44, 1998.

ENGSTROM, P.; LOW, P. Mobilising the Inter-American Human Rights System, Regional Litigation and Domestic Human Rights Impact in Latin America. In: Engstrom, Par (ed.) *The Inter-American Human Rights System, Impact Beyond Compliance*, Palgrave MacMillan, p. 23–58, 2019.

FOX PRINCIPI, K. *Implementation of Decisions under Treaty Body Complaints Procedures, Do States Comply? How Do They Do It?* Sabbatical Report, Treaty Bodies Branch, UN Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR), 2017.

GAMBOA, J. C. Fortalecimiento del Rol de la IACOMMHR en el Proceso de Supervisión de Cumplimiento de Sentencias y Planteamiento de Reparaciones ante la Corte IDH. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 10, p. 105–16, 2014.

GARDBAUM, S. The New Commonwealth Model of Constitutionalism. *American Journal of Comparative Law*, ed. 49, p. 707–60, 2001.

HARRINGTON, J.; BINGHAM, L. *Never-Ending Story*, The African Commission Evolving through Practice in Malawi African Association et al. v. Mauritania. *Human Rights & International Legal Discourse* 7(1), p. 6–55, 2013.

HELPER, L.; SLAUGHTER, A. Toward a Theory of Effective Supranational Adjudication. *Yale Law Journal*, n. 107, p. 273–392, 1997.

HILLEBRECHT, C. Compliance, Actors, Context and Causal Processes. In: SANDHOLTZ W.; WHYTOCK, C. A. (eds), *Research Handbook on the Politics of International Law*. 2017, p. 27–54.

HUNEEUS, A. V. Compliance with Judgments and Decisions. In: ROMANO, C. P.; ALTER, K. J.; SHANY, Y (eds.). *Oxford Handbook of International Adjudication*. Oxford University Press, 2014, p. 438–59.

HUNT, P. Configuring the UN Human Rights System in the 'Era of Implementation', Mainland and Archipelago. *Human Rights Quarterly*, n. 39, v. 3, p. 489–538, 2017.

JAGLAND, T. *Statement by Secretary General Thorbjørn Jagland on the Release of Human Rights Defender Ilgar Mammadov in Azerbaijan*. 13 ago. 2018. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/statement-by-council-of-europe-secretary-general-thorbj-rn-jagland-on-the-release-of-human-rights-defender-ilgar-mammadov-in-azerbaijan>. Acesso em: 31 out. 2018.

KELLER, H.; MARTI, C. Reconceptualizing Implementation, The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights' Judgments. *European Journal of International Law*, n. 26, v. 4, p. 829–50, 2015.

KILLANDER, M.; ABEBE, A. K. Human Rights Developments in the African Union during 2010 and 2011. *African Human Rights Law Journal*, v. 12, n. 1, p. 199–222, 2012.

MURRAY, R.; LONG, D. *Implementation of the Findings of the African Commission on Human and Peoples' Rights*. Cambridge University Press, 2015.

MURRAY, R.; LONG, D.; AYENI, V.; SOME, A. Monitoring Implementation of the Decisions and Judgments of the African Commission and Court on Human and Peoples' Rights. *African Human Rights Yearbook*, n. 1, p. 150–66, 2017.

- OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *ACHR Calls for Specialized Academic Network for Technical Cooperation*. Press release, 15 abr. 2017.
- OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Condemns Execution of Edgar Tamayo Arias in the United States*. Press release, n. 6/14, 27 jan. 2014.
- OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Condemns Execution of Edgar Tamayo Arias in the United States*. Strategic Plan 2017/2021.
- OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *LACtHR Carries Out Working Visit to Mexico*. Press release. 20 jul. 2017.
- OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Annual Report, 2007*.
- OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Annual Report, 2018*.
- OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Annual Report, 2010*.
- OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Annual Report, 2014*.
- OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Annual Report, 2015*.
- OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Annual Report, 2016*.
- OEA. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *LACtHR (Inter-American Court of Human Rights)*. Court Orders the Publication in its Website of Information Presented at the Stage of Monitoring Compliance with Judgment. Press release. 11 jul. 2019.
- ONU. Conselho de Direitos Humanos. *Report of the Secretary-General on Measures Taken to Implement Resolution 9/8 and Obstacles to its Implementation, Including Recommendations for Further Improving the Effectiveness of, Harmonizing and Reforming the Treaty Body System*. A/HRC/25/22, 2014.
- ONU. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Dialogue between Special Procedures Mandate-Holders of the UN Human Rights Council and the African Commission on Human and Peoples' Rights*. Road Map. Etiópia, Addis Ababa, p. 17–18, jan. 2012.
- ONU. Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. *Memorandum of Understanding between the African Commission on Human and Peoples' Rights (ACHPR) and the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR)*. 16 set. 2019.
- OSJI. Open Society Justice Initiative. *From Rights to Remedies, Structures and Strategies for Implementing International Human Rights Decisions*. New York, Open Society Foundations, 2013.
- PACE (Parliamentary Assembly of the Council of Europe) *Committee on Legal Affairs and Human Rights. Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights Report*. Netherlands: Socialist Group, 2015.
- PALMER, S. The Committee of Ministers. In: SCHMAHL, S.; BREUER, M. (eds.). *The Council of Europe, Its Law and Policies*, Oxford University Press, 2017. p. 137–65.
- PARRA-VERA, O. Institutional Empowerment and Progressive Policy Reforms, The Impact of the Inter-American Human Rights System on Intra-State Conflicts. In: ENGSTROM, P. (ed.), *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*. Palgrave Macmillan, 2018. p. 143–66.
- PEGRAM, T., HERRERA, N. Bridging the Gap, National Human Rights Institutions and the Inter-American Human Rights System. In: ENGSTROM, P. (ed.), *The Inter-American Human Rights System: Impact Beyond Compliance*. Palgrave Macmillan, 2018. p. 167–198.
- POSNER, E.; YOO, J. A Theory of International Adjudication. *California Law Review*, n. 93, v. 1, p. 1–74, 2005.

RAUSTIALA, K.; SLAUGHTER, A. International Law, International Relations and Compliance. In, CARLNAES, W.; Risse, T.; SIMMONS, B. (eds). *The Handbook of International Relations*. Sage, p. 538–57, 2002.

REDE DE INSTITUIÇÕES NACIONAIS AFRICANAS DE DIREITOS HUMANOS. *Guidelines on the Role of National Human Rights Institutions*. Monitoring Implementation of Decisions of the African Commission on Human and Peoples' Rights and Judgments of the African Court on Human and Peoples' Rights, 2015.

REMEZAITTE, R.; DAHLSEN, J. *Explainer*; Council of Europe Infringement Proceedings against Azerbaijan. 2002. Disponível em: <http://ehrac.org.uk/resources/what-are-infringement-proceedings>. Acesso em: 31 out. 2018.

RUBIO-MARI'N, R.; SANDOVAL. C. Engendering the Reparations Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. The Promise of the 'Cotton Field' Judgment. *Human Rights Quarterly*, n. 33, v. 4, p. 1062–1091, 2011.

STAFFORD, G. *The Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights, Worse Than You Think*. Part 2, The Hole in the Roof. EJIL Talk, 08 out. 2019.

STAFFORD, G. *Presentation to the PACE Committee on Legal Affairs and Human Rights*. The Role of Civil Society in the Monitoring Process for the Implementation of Judgments of the European Court of Human Rights, 9 out. 2018.

TRIBUNAL AFRICANO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Activity Report of the African Court on Human and Peoples' Rights (AfCHPR) to the Executive Council 34th Ordinary Session*. EX.CL/1126 (XXIV), p 7–8, fev. 2019.

TRIBUNAL AFRICANO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Communique/Outcome of the International Symposium on the 10th Anniversary of the African Court on Human and Peoples' Rights*. A Decade of Human Rights Protection in Africa, Arusha, República Unida da Tanzânia, p. 21–22, nov. 2016.

TRIBUNAL AFRICANO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Kampala Declaration*. First International Human Rights Forum, Kampala, Uganda, p. 28–29, out. 2019.

TUSHNET, M. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-Based Worries. *Wake Forest Law Review*, n. 38, p. 813–38, 2003.

VANNUCCINI, S. Member States' Compliance with the Inter-American Court of Human Rights' Judgments and Orders Requiring Non-Pecuniary Reparations. *Inter-American and European Human Rights Journal*, n. 7, v. 1–2, p. 225–44, 2014.

WACHIRA, G. M.; AYINLA, A. Twenty Years of Elusive Enforcement of the Recommendations of the African Commission on Human and Peoples' Rights, A Possible Remedy. *African Human Rights Law Journal* n. 6, v. 2, p. 465–92, 2006.

Casos

ACtHPR (African Court on Human and Peoples' Rights)

African Commission on Human and Peoples' Rights v. Kenya, Application 006/2012, 26 May 2017.

African Commission on Human and Peoples' Rights v. Libya, Application 002/2013, 3 June 2013.

ECtHR (European Court of Human Rights)

Bochan v. Ukraine (No. 2), Application 22251/08, Judgment of 5 February 2015 (Grand Chamber).

D.H. and Others v. the Czech Republic, Application 57325/00, Judgment of 13 November 2007 (Grand Chamber).

Identoba and Others v. Georgia, Application 73235/12, Judgment of 15 May 2015. L v. Lithuania, Application 27527/03, Judgment of 11 September 2007.

Proceedings under Article 46 § 4 in the case of Ilgar Mammadov v. Azerbaijan, Application 15172/13, Judgment of 29 May 2019 (Grand Chamber).

Muskhadzhiyeva and Others v. Belgium, Application 41442/07, Judgment of 19 January 2010. RTBF v. Belgium, Application 50084/06, Judgment of 29 March 2011.

IACmHR (Inter-American Commission on Human Rights)

Las Dos Erres Massacre v. Guatemala, case 11.681, Application to the Inter-American Court of Human Rights, 30 July 2008.

IACtHR (Inter-American Court of Human Rights)

Artavia Murillo et al. 'In Vitro Fertilization' v. Costa Rica, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, 28 November 2012.

Barrios Family v. Venezuela, Monitoring Compliance with Judgment, 23 February 2016.

Fermín Ramírez v. Guatemala and Raxcaco´ et al. v. Guatemala, Monitoring Compliance, 9 May 2008.

González and Others ('Cotton Field') v. Mexico, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, 16 November 2009.

Mapiripán Massacre v. Colombia, Order of Compliance with Judgment, 23 November 2012.

Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua, Monitoring Compliance with Judgment, Order of the Court, 3 April 2009.

Molina Theissen v. Guatemala, Order of the President of the Inter-American Court of Human Rights, 17 August 2009.

Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala, Order of Compliance with Judgment, 25 May 2017. La Rochela Massacre v. Colombia, Merits, Reparations and Costs, 11 May 2007. Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay, Order of the Court, 20 May 2009.

Véliz Franco and Others v. Guatemala, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, 19 May 2014.

Nine Colombian cases, Monitoring Compliance of Rehabilitation Services, Order of the President of the Court, 8 February 2012.

12 Guatemalan Cases, Monitoring Compliance with the Obligation to Investigate, Prosecute and Punish Those Responsible for Human Rights Violations, 24 November 2015.

Chichupac and 12 other Guatemalan Cases, Provisional Measures and Monitoring Compliance, 12 March 2019.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Repensando as derrogações aos
tratados de direitos humanos**
Rethinking derogations from
human rights treaties

Laurence R. Helfer

Traduzido por Gabriela C. B. Navarro

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

Repensando as derrogações aos tratados de direitos humanos*

Rethinking derogations from human rights treaties

Laurence R. Helfer**

Traduzido por Gabriela C. B. Navarro***

Resumo

Vários governos responderam à pandemia de COVID-19 declarando estados de emergência e restringindo as liberdades individuais protegidas pelo direito internacional. Entretanto, muito mais Estados adotaram medidas de emergência do que derrogaram formalmente as convenções de direitos humanos. O presente artigo avalia, criticamente, o sistema existente de derrogações aos tratados de direitos humanos. Ele analisa os problemas do sistema, identifica desenvolvimentos recentes que exacerbaram esses problemas e propõe uma série de reformas em cinco áreas –incorporação, engajamento, informação, prazos e escopo.

Palavras-chave: Pandemia de COVID-19; Derrogações de tratados; Estado de emergência.

Abstract

Numerous governments have responded to the COVID-19 pandemic by declaring states of emergency and restricting individual liberties protected by international law. However, many more states have adopted emergency measures than have formally derogated from human rights conventions. This Editorial Comment critically evaluates the existing system of human rights treaty derogations. It analyzes the system's problems, identifies recent developments that have exacerbated these problems, and proposes a range of reforms in five areas - embeddedness, engagement, information, timing, and scope.

Keywords: COVID-19 pandemic; Treaty derogation; State of emergency.

1 Introdução

A pandemia de COVID-19 expôs fraquezas fundamentais em muitas instituições internacionais. Entre elas está o sistema de derrogações, que permite aos Estados restringir, temporariamente, alguns tratados de direitos

* Artigo convidado.

** Harry R. Chadwick, Sr. Professor of Law, Duke University; Co-editor American Journal of International Law. Pelos comentários e sugestões úteis, eu agradeço a Curtis Bradley, Alan Greene, Gerald Neuman, Fionnuala Ní Aoláin, e os participantes da conferência sobre COVID-19 e Direito Internacional Público no Trinity College Dublin School of Law. Olivia Daniels forneceu excelente auxílio de pesquisa. NT: Laurence Helfer é doutor em Direito pela New York University, mestre em Direito pela Princeton University e bacharel em direito pela Yale University. É professor catedrático da Duke University School of Law. Email: helfer@law.duke.edu

*** Original article published as “Helfer, L. (2021). Rethinking Derogations from Human Rights Treaties. American Journal of International Law, 115(1), 20-40. doi:10.1017/ajil.2020.92.” Artigo original publicado como “Helfer, L. (2021). Repensando as derrogações de direitos humanos. Revista Americana de Direito Internacional, 115(1), 20-40. doi:10.1017/ajil.2020.92.” Gabriela C. B. Navarro é doutora em direito pela Goethe Universität, mestra em direito pela UFSC e bacharela em direito pela UNESP. Atualmente, é professora no Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. E-mails para contato: gabriela.navarro@ufla.br. Agradeço a Patrícia Perrone Campos Mello e Danuta Calazans pela revisão da tradução.

humanos durante situações de emergência.¹

À primeira vista, o sistema de derrogações parece estar funcionando bem. Quase trinta países notificaram as Nações Unidas, o Conselho Europeu ou a Organização dos Estados Americanos que suspenderam os direitos humanos em um esforço para combater o coronavírus - um número muito maior do que o que foi derogado em resposta a emergências anteriores, incluindo ataques terroristas, conflitos armados, agitação civil e desastres naturais.² Os direitos mais comumente suspensos - liberdade de circulação, reunião e associação - estão intimamente ligados a medidas de controle da pandemia. A maioria das suspensões foi adotada, inicialmente, por um a três meses, e algumas já foram encerradas. Revisando essas informações, alguns estudiosos argumentaram que COVID-19 é um “estado de emergência ideal” - exatamente o tipo de crise que as derrogações de direitos humanos se destinavam a resolver.³

No entanto, a realidade atual desmente essa avaliação otimista. A COVID-19 é um fenômeno global, mas as respostas dos direitos humanos à pandemia têm sido marcadamente diversas. Muito mais países adotaram medidas de emergência do que derogaram os tratados de direitos humanos. Mesmo os Estados que são partes dos mesmos acordos internacionais e enfrentam ameaças semelhantes à saúde pública têm respostas muito divergentes. Muitos governos declararam formalmente estados de emergência; outros estão exercendo poderes extraordinários informalmente. Alguns Estados restringiram, apenas levemente, as liberdades civis e políticas; outros usaram poderes de emergência como pretexto para reprimir a dissidência e reverter uma ampla gama de direitos fundamentais.⁴

Também há variações entre os Estados derogadores. A maioria dos avisos de derrogação são breves declarações simples listando quais direitos foram suspensos e por quanto tempo, e citando leis ou decretos domésticos; apenas alguns Estados ofereceram justificativas mais detalhadas de suas ações. Além disso, até o momento, nenhum tribunal internacional ou órgão de monitoramento avaliou se as derrogações da COVID são necessárias, proporcionais e temporárias. Como, desde então, alguns Estados retiraram ou reduziram as medidas de emergência, muitas suspensões de direitos em resposta à pandemia podem nunca ser revistas.

Os problemas vão além da crise atual e se estendem ao próprio sistema de derrogações de direitos humanos. Embora a COVID-19 tenha desencadeado comentários extensivos sobre esse sistema, a realidade é que apenas três tratados - o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (CEDH) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) - incluem cláusulas derogatórias em operação.⁵ Essas três convenções estão entre os mais antigos e influentes acordos de direitos humanos, e estabelecem tribunais e órgãos de tratados internacionais (doravante “tribunais”) altamente conceituados para monitorar o cumprimento do Estado e julgar as queixas que alegam violações. Contudo, a grande maioria das convenções globais e regionais - incluindo as que protegem os

¹ “Uma derrogação de um direito ou um aspecto de um direito é sua eliminação total ou parcial como uma obrigação internacional”. MCGOLDRICK, Dominic. The interface between public emergency powers and international law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 2, p. 380–429, abr. 2004.

² COGHLAN, Niall. Dissecting Covid-19 derogations. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations> Acesso em: 15 set. 2021. Para os textos de todos os avisos de derrogação. COUNCIL OF EUROPE. *Complete list of the Council of Europe's treaties*. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354> Acesso em: 15 set. 2021; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Recent suspensions of guarantees regarding multilateral treaties*. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp Acesso em: 15 set. 2021; UNITED NATIONS. *Notificações do Depositário (CNs) pela Secretária Geral*. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/CNs.aspx?cnTab=tab2&clang=en> Acesso em: 15 set. 2021.

³ GREENE, Alan. States should Declare a State of Emergency Using Article 15 ECHR to confront the coronavirus pandemic. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic> Acesso em: 15 set. 2021.

⁴ EMMONS, Cassandra. International human rights law and Covid-19 states of emergency. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/international-human-rights-law-and-covid-19-states-of-emergency> Acesso em: 15 set. 2021; SCHEININ, Martin. COVID-19 Symposium: to derogate or not to derogate? *Opinio Juris*, 2020. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate> Acesso em: 15 set. 2021.

⁵ Ver nota 50 *infra* (revisão de tratados que contêm cláusulas derogatórias ou protegem direitos não-negociáveis).

direitos econômicos e sociais, a igualdade de gênero e racial e os grupos marginalizados - não inclui cláusulas derogatórias. A ausência de tais cláusulas não impediu, entretanto, que os Estados invocassem poderes de emergência para violar os direitos que esses tratados protegem.⁶

Esse Comentário Editorial identifica e analisa os principais problemas do sistema existente de derrogações de direitos humanos e sugere possíveis reformas. O diagnóstico das falhas do sistema se baseia em uma ampla gama de desenvolvimentos, alguns referentes a derrogações e outros relacionados à legislação internacional de direitos humanos de forma mais geral. As propostas de reforma podem parecer controversas para alguns leitores. No entanto, no presente momento - quando a ONU e organizações regionais estão revendo os mandatos dos tribunais de direitos humanos; quando as instituições internacionais enfrentam desafios do populismo nacionalista e ameaças ao Estado de direito;⁷ e quando uma pandemia global concentra a atenção para proteção das liberdades individuais diante de ameaças urgentes à sociedade -, repensar as regras para derrogações durante emergências é tanto oportuno quanto essencial.

Na Parte 2 desse Comentário Editorial, introduz-se o sistema existente de derrogações aos tratados de direitos humanos e descreve-se seu funcionamento na prática. Na Parte 3, identificam-se os desenvolvimentos que exacerbaram as falhas de projeto básico nesse sistema. Na Parte 4, identificam-se reformas potenciais em cinco áreas: incorporação, engajamento, informação, prazos e escopo. Na Parte 5, conclui-se brevemente.

2 Uma visão geral das derrogações ao Tratado de Direitos Humanos

Quando um Estado enfrenta uma ameaça à sua segurança ou sua sobrevivência, a pressão para adotar medidas de emergência - incluindo a suspensão das liberdades individuais que o Estado se comprometeu anteriormente a manter - é muitas vezes esmagadora. Os redatores de três acordos de direitos humanos - o PIDCP, a CEDH e a CADH - estavam cientes desses perigos. Eles reconheceram que as crises fornecem desculpas convenientes para que os governantes expandam seus poderes, desmantelem as instituições democráticas e reprimam os opositores políticos. No entanto, os redatores, também, aceitaram que os governos têm a responsabilidade de proteger seus cidadãos e suas sociedades. Para equilibrar essas preocupações concorrentes, os tratados incluíam cláusulas que autorizavam os Estados a suspender certos direitos durante emergências, enquanto submetiam tais medidas a notificação e monitoramento internacional.⁸

2.1 As razões e o design das cláusulas de derrogação

Várias considerações orientaram a decisão de adotar essas disposições. Em primeiro lugar, “sob o direito internacional geral, em tempo de guerra os Estados não estavam estritamente vinculados a obrigações convencionais, a menos que a convenção contivesse disposições em contrário”; uma disposição explícita do tratado delineando o escopo das suspensões permitidas era, portanto, necessária “para evitar que os Estados derrogassem arbitrariamente suas obrigações em relação aos direitos humanos em tempo de guerra” ou

⁶ ALTO COMISSARIADO PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Compilação de declarações por órgãos do Tratado de Direitos Humanos no contexto de COVID-19*. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/COVID19/External_TB_statements_COVID19.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

⁷ Para uma discussão adicional, ver HELFER, Laurence R. Populism and international human rights institutions: a survival guide. In: NEUMAN, Gerald L. (ed.). *Human rights in a time of populism: challenges and responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

⁸ Para análises influentes: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016; GROSS, Oren; NÍ AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; FITZPATRICK, Joan. Human rights in crisis: the international system for protecting human rights during states of emergency. *The Modern Law Review*, v. 58, n. 2, p. 279-282, mar. 1995.

outras emergências.⁹

Em segundo, os redatores dos tratados duvidavam da capacidade das instituições nacionais de responsabilizar os governos pela violação de direitos individuais. As medidas que os executivos e legisladores adotam em resposta às crises frequentemente infringem as liberdades civis e políticas. No entanto, os juízes, frequentemente, relutam em questionar os órgãos políticos quando as restrições de direitos são contestadas nos tribunais. Os limites domésticos aos poderes de emergência - que exigem proclamação pública e revisão judicial dos decretos de emergência - seriam, assim, insuficientes para garantir que as restrições de direitos fossem compatíveis com o direito internacional.¹⁰

Em terceiro lugar, os tratados incluem limitações, salvaguardas e procedimentos de revisão para dissuadir abusos. O artigo 4 do PIDCP é ilustrativo. Quando uma emergência pública que “ameaça a vida da nação” é oficialmente proclamada, no Artigo 4(1), autoriza-se um Estado a derrogar certas disposições do PIDCP, mas apenas “na medida estritamente necessária pelas exigências da situação”. No Artigo 4(2), acrescenta-se uma restrição adicional: um Estado não pode suspender certos direitos designados como não-derrogáveis, incluindo as proibições de assassinato, tortura e escravidão. No artigo 4(3), exige-se que o país derrogador apresente um aviso ao Secretário-Geral da ONU listando os direitos que suspendeu, as razões de sua suspensão e, posteriormente, a data em que levantará as medidas de emergência. O Secretário-Geral da ONU faz circular essa informação para outras partes do tratado e para o Comitê de Direitos Humanos da ONU (CDH). O CDH, por sua vez, pode rever a derrogação ao examinar as queixas contra o Estado derrogador, analisar os relatórios apresentados por esse Estado e emitir comentários gerais interpretando o PIDCP.

Em suma, a cláusula derogatória reconhece que eventos extraordinários podem exigir restrições temporárias aos direitos humanos que seriam inaceitáveis em outros momentos. Essas disposições permitem aos Estados que enfrentam ameaças internas ou externas “ganhar tempo e margem de manobra legal para os eleitores, tribunais e grupos de interesse enfrentarem crises enquanto sinalizam a essas audiências que os desvios de direitos são temporários e legais”.¹¹ As limitações e salvaguardas aplicáveis às derrogações - e as notificações formais que os Estados devem apresentar - fornecem informações vitais aos grupos de interesse nacionais, membros de tratados e instituições internacionais sobre quais direitos estão suspensos, por qual motivo e por quanto tempo. Munidos dessas informações esses atores podem questionar, - ao menos a princípio - a suspensões de direitos que são demasiadamente amplas, carecem de justificativa adequada, ou ultrapassaram as crises que as geraram.

2.2 Derrogações aos direitos humanos na prática

Durante as últimas seis décadas, mais de cinquenta Estados - incluindo membros do Conselho de Segurança da ONU, grandes nações industrializadas e pequenos países em desenvolvimento - derrogaram, pelo menos, um tratado de direitos humanos. Suas derrogações responderam a uma série de situações de emergência - conflitos armados, guerras civis, insurreições, graves choques econômicos, desastres naturais e, mais recentemente, uma ameaça à saúde pública global.¹² Essas suspensões de direitos podem ser agrupadas em aproximadamente três períodos de tempo.

Durante o primeiro período, desde os anos 50 até o final do século XX, as derrogações se concentraram em alguns poucos Estados, que responderam à agitação civil ou política localizada, e geralmente limitadas

⁹ SIMPSON, A. W. Brian. *Human rights and the end of empire: Britain and the Genesis of the European Convention*. Oxford: Oxford University Press, 2001.

¹⁰ GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *The Yale Law Journal*, v. 112, n. 5, p. 1011-1134, mar. 2003; RAMRAJ, Victor V. *Emergencies and the limits of legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

¹¹ HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011.

¹² Ver fontes do depositário do tratado citadas na nota 2 *supra*.

no tempo e no escopo. Na Europa, as derrogações eram “utilizadas quase exclusivamente por dois países: O Reino Unido [...] em suas relações com a Irlanda do Norte, e a Turquia em suas relações com o Movimento Separatista Curdo na região sudeste do país”.¹³ Nas Américas, o Peru foi de longe o país que mais frequentemente derogou tratados. Suas suspensões de direitos “aumentaram no início dos anos 90, um período de grande agitação interna”, quando o presidente Alberto Fujimori “suspendeu a Constituição, fechou o Congresso e expulsou o Judiciário”.¹⁴ Durante esse período, os tribunais internacionais interpretaram e aplicaram cláusulas derogatórias de tratados para dar ampla liberdade aos governos para decidir se existia uma emergência, ao mesmo tempo em que faziam avaliações mais criteriosas sobre se as suspensões de direitos eram necessárias e proporcionais.¹⁵

Uma mudança ocorreu após os ataques terroristas de 11 de setembro de 2001. Numerosos governos responderam à ameaça do terrorismo transnacional declarando estados de emergência e suspendendo liberdades individuais, especialmente restrições à prisão e detenção preventiva. Ao contrário de crises anteriores, porém, esses poderes extraordinários persistiram por anos, criando as chamadas emergências permanentes. No entanto, enquanto muitos países operaram sob estados de exceção *de jure* ou *de fato* durante o período pós-11 de setembro, eles raramente fizeram uso de derrogações para justificar a suspensão de direitos.¹⁶ Apenas o Reino Unido (de 2001 a 2005) e a França (de 2015 a 2017) notificaram derrogações em resposta a ataques ou ameaças terroristas transnacionais, e mesmo nesses países as medidas de emergência persistiram muito tempo depois que as derrogações expiraram.¹⁷ Fora do contexto antiterrorismo, alguns Estados continuaram, como no primeiro período, a derogar em resposta a crises localizadas e temporárias. Ao rever os dois tipos de suspensões, os tribunais ampliaram a divergência entre duas doutrinas jurídicas - por um lado, dando aos governos ampla autoridade para decidir por quanto tempo as emergências persistem, enquanto, por outro, se tornaram cada vez mais céticos em relação às restrições de direitos que eram desproporcionais à ameaça.¹⁸

As medidas de emergência engendradas pela pandemia de COVID-19 diferem em vários aspectos. Por um lado, essas medidas foram adotadas por numerosos governos durante alguns meses em 2020, em resposta a uma ameaça global comum. No entanto, o número de Estados derogadores, quase trinta,¹⁹ é muito inferior aos mais de cem países que impuseram restrições aos direitos individuais relacionadas à pandemia.²⁰

Uma segunda diferença diz respeito ao número e à diversidade dos direitos afetados. Não é surpresa que

¹³ MARINIELLO, Triestino. Prolonged emergency and derogation of human rights: why the European Court should raise its immunity system. *German Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 46-71, fev. 2019.

¹⁴ HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011. Fora da Europa e das Américas, os Estados PIDCP que têm o maior número de derrogações são Argélia, Israel, Sri Lanka e Sudão. *Id.* em 679.

¹⁵ Ver, por exemplo, COUNCIL OF EUROPE. *Guia sobre o artigo 15 da Convenção Européia sobre Direitos Humanos: derrogação em tempo de emergência* (31 de dezembro de 2019); CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Habeas Corpus em Situações de Emergência. *Parecer consultivo OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 8 (1987)*.

¹⁶ MASFERRER, Aniceto. *Post 9/11 and the state of permanent legal emergency: security and human rights in countering terrorism*. Berlin: Springer, 2012.

¹⁷ NÍ AOLÁIN, Fionnuala. The cloak and dagger game of derogation, in human rights in emergencies. In: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. p. 51-54.

¹⁸ COUNCIL OF EUROPE. *Case of a and others v. the United Kingdom*. Application no. 3455/05. 19 February 2009. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/499d4a1b2.pdf> Acesso em: 15 set. 2021.

¹⁹ No início de maio de 2020, doze dos vinte e quatro Estados partes (50%) haviam suspenso as garantias sob a CADH, enquanto dez dos quarenta e sete Estados (21%) haviam derogado a CEDH. Apenas quatorze dos 173 Estados partes (8%) haviam derogado a PIDCP, e todos, exceto dois, haviam também derogado as convenções regionais. COGHLAN, Niall. Dissecting Covid-19 derogations. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations> Acesso em: 15 set. 2021. Em junho e julho de 2020, Etiópia, Namíbia, Paraguai, Senegal e Tailândia apresentaram notificações de derrogação da PIDCP. Notificações de depósito, nota *supracitada* 2.

²⁰ Os bancos de dados que coletam as restrições relacionadas à pandemia de direitos humanos incluem: COVID-19 Civic Freedom Tracker, em <https://www.icnl.org/covid19tracker>; COVID-DEM Infohub, em <https://www.democratic-decay.org/covid-dem>; e Varieties of Democracy (V-Dem) Pandemic Backsliding Project, em <https://www.v-dem.net/en/our-work/research-projects/pandemic-backsliding>.

a maioria das derrogações em razão da COVID-19 se concentrem na liberdade de circulação, de reunião e de associação. Mas os Estados também restringiram os direitos à liberdade, ao respeito à vida privada e familiar, a um julgamento justo, à proteção da propriedade, à liberdade de expressão e à educação.²¹ Alguns controles advindos da COVID-19 também infringiram direitos não derogáveis - incluindo o direito à vida, a proibição de tortura e tratamento cruel, desumano ou degradante, e trabalho forçado²² - e prejudicaram as obrigações positivas de um Estado em matéria de direitos humanos, incluindo aquelas relacionadas às garantias econômicas e sociais.²³

Uma terceira diferença diz respeito aos governos que invocaram a pandemia como uma desculpa para reprimir dissidências. Muitas dessas violações estão relacionadas à saúde pública - tais como prisões arbitrárias e execuções extrajudiciais durante os *lockdowns* ou censura de informações sobre infecções ou mortes relacionadas à COVID.²⁴ Outras expandem-se muito mais longe e talvez as mais infames sejam as leis de emergência húngaras que dão ao executivo poder de governar, praticamente, sem restrições por meio de decreto.²⁵

Uma última diferença diz respeito à resposta volumosa à COVID-19 de instituições internacionais.

Os 56 procedimentos especiais das Nações Unidas, os 10 órgãos de tratados de direitos humanos da ONU, e os três principais sistemas regionais de direitos humanos [...] lançaram coletivamente mais de 150 declarações sobre o respeito aos direitos humanos durante a pandemia desde o final de fevereiro [2020].²⁶

Algumas dessas declarações enfocam derrogações,²⁷ mas a grande maioria se refere a restrições de emergência dos direitos humanos em geral e a convenções que não incluem cláusulas de derrogação ou suspensão.

Em suma, o uso de derrogações em resposta à COVID-19 é, apenas, uma faceta de um conjunto muito mais amplo de restrições e violações dos direitos humanos durante a pandemia. Para um mecanismo concebido para restringir a suspensão das liberdades individuais durante emergências por meio de divulgação e supervisão internacional, o regime de derrogações parece ter, apenas, um impacto modesto.

3 Problemas com o regime de derrogações existentes

Na Parte 2, forneceu-se visão geral da concepção e do funcionamento das derrogações aos tratados de direitos humanos. Essa parte identifica e analisa os problemas do regime de derrogações.

²¹ COGHLAN, Niall. Dissecting Covid-19 derogations. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations> Acesso em: 15 set. 2021.

²² DZEHTSIAROU, Kanstantsin. European Convention on Human Rights. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgoobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights> Acesso em: 15 set. 2021.

²³ THE STATE'S positive obligations under IHRL during the coronavirus outbreak. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgoobservers.com/2020/04/29/announcement-webinar-the-states-positive-obligations-under-ihrl-during-the-coronavirus-outbreak-5-may> Acesso em: 15 set. 2021.

²⁴ SUN, Nina. Applying Siracusa: a call for a general comment on public health emergencies. *Health & Hum. Rts. Journal*, 2020. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2020/04/applying-siracusa-a-call-for-a-general-comment-on-public-health-emergencies> Acesso em: 15 set. 2021.

²⁵ GEBREKIDAN, Selam. For autocrats, and others, coronavirus is a chance to grab even more power. *New York Times*, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/30/world/europe/coronavirus-governments-power.html> Acesso em: 15 set. 2021.

²⁶ REINSBERG, Lisa. Mapping the proliferation of human rights bodies' guidance on COVID-19 mitigation. *Just Security*, 2020. Disponível em: <https://www.justsecurity.org/70170/mapping-the-proliferation-of-human-rights-bodies-guidance-on-covid-19-mitigation> Acesso em: 15 set. 2021; ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Res. No. 4/2020: direitos humanos das pessoas com covid-19* (27 de julho de 2020). Disponível em: <https://www.oas.org/en/iCADH/decisions/pdf/Resolution-4-20-en.pdf> Acesso em: 15 set. 2021.

²⁷ Ver, por exemplo: UNITED NATIONS. *Compilation of statements by human rights treaty bodies in the context of COVID-19*. CCPR/C/128/2 (24 de abril de 2020).

3.1 Desenvolvimentos dentro do sistema de derrogações: da origem de uma emergência à revisão internacional

As dificuldades começam quando um Estado enfrenta, pela primeira vez, uma “emergência pública que ameaça a vida da nação”.²⁸ Todos os sistemas jurídicos nacionais estabelecem regras e procedimentos para que os governos respondam a tais crises, inclusive restringindo as liberdades individuais. A maioria dos países dá poder ao Executivo para adotar medidas de emergência, com variações nacionais relacionadas ao grau de envolvimento legislativo, se uma emergência deve ser declarada oficialmente e quando, como e por quem os poderes de emergência podem ser encerrados.²⁹

Entretanto, nenhuma constituição nacional exige que o governo derogue quando suspende as liberdades individuais em resposta a uma crise, e muito menos vincule a legalidade das suspensões à apresentação de um aviso de derrogação.³⁰ No entanto, os Estados podem optar por derrogar o PIDCP ou um tratado regional de direitos humanos. Por exemplo, as democracias estabelecidas que derrogam o fazem

com um objetivo específico em mente: assinalar as restrições de direitos potencialmente impopulares, tornar as más notícias a seu favor e sinalizar aos juízes e aos grupos de interesse domésticos que pressionam pelo cumprimento do tratado que as restrições de emergência são necessárias, temporárias e legais.³¹

Mas a realidade é que as suspensões de direitos emergenciais de todos os tipos de governos são muito maiores do que o subconjunto de suspensões sujeitas a derrogações internacionais.³²

Em seguida, consideram-se as ações dos Estados que derrogam. Em princípio, as notificações devem ser imediatas; mas na realidade, as notificações são frequentemente depositadas semanas ou meses após a adoção de medidas de emergência.³³ Mais preocupante, o conteúdo das notificações tem sido criticado como “muito geral, muito breve e omitindo uma indicação clara dos artigos que foram suspensos”.³⁴ As derrogações ligadas ao coronavírus são uma modesta melhoria a esse respeito. A maioria dos avisos identifica quais direitos foram suspensos, a lei que autoriza sua suspensão e quanto tempo durarão as medidas de emergência. No entanto, essas notificações revelam duas outras falhas - uma falha em explicar “por que a derrogação é necessária nas circunstâncias” e uma suposição de que o atendimento às regras nacionais para medidas de emergência preenche necessariamente os requisitos para a suspensão de direitos sob o direito internacional.³⁵

Outras dificuldades surgem uma vez que um Estado tenha apresentado um aviso de derrogação. Como um relator de direitos humanos da ONU lamentou recentemente, “os depositários de tratados e os órgãos

²⁸ CEDH, Art. 15, 4 de novembro de 1950, ETS 5. Formulações semelhantes aparecem em: CADH, Art. 27, 27 de junho de 1981, 21 ILM 58; e PIDCP, Art. 4, Dez. 16, 1966, 999 UNTS 171.

²⁹ GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound executive: emergency powers during the pandemic. Virginia public law and legal theory research paper No. 2020-52. *Public Law Working Paper No. 747*, 26 de julho de 2020. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3608974> Acesso em: 15 set. 2021.

³⁰ Somente a Armênia faz referência a derrogações em sua constituição. Const. da Armênia, cap. 2, Art. 76 (1995) (rev. 2015) (que prevê a suspensão temporária de certos direitos humanos “sujeitos aos compromissos internacionais assumidos com respeito às derrogações de compromissos em situações de emergência ou durante a lei marcial”). Algumas outras constituições incluem salvaguardas semelhantes às cláusulas de derrogação de tratados, mas não mencionam as derrogações. Ver, por exemplo, Const. da Geórgia, cap. 8, Art. 71(4) (1995) (rev. 2018); Const. do México, cap. 1, Art. 29 (1917) (rev. 2015).

³¹ HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011.

³² UNITED NATIONS. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism on the human rights challenge of states of emergency in the context of countering terrorism. *A/HRC/37/52 (28 de fevereiro de 2018)*. (relatório de Fionnuala Ní Aoláin) [doravante Relatório Ní Aoláin].

³³ UNITED NATIONS. *General comment N. 29: states of emergency (article 4)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

³⁴ ORÀÀ, Jaime. *Human Rights in States of Emergency in International Law*. Don Mills: Oxford University Press, 1992.

³⁵ COGHLAN, Niall. Dissecting Covid-19 derogations. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations> Acesso em: 15 set. 2021.

de direitos humanos que monitoram a implementação dos tratados raramente tomaram a notificação como base para um engajamento robusto com os Estados.³⁶ Os depositários, em particular, geralmente veem o processo de notificação como um mero exercício de verificação, registrando e publicando quaisquer informações que o governo forneça.

Na ausência de um mecanismo para engajar Estados derogatórios no momento da notificação, a revisão internacional das suspensões de direitos emergenciais geralmente não ocorre até que uma queixa que as conteste chegue à Corte Europeia de Direitos Humanos (TEDH) ou aos tribunais interamericanos de direitos humanos, ou até que o CDH analise uma petição individual contra um Estado derogatório ou examine seu relatório periódico sob o PIDCP. Devido a longos atrasos nesses processos, vários anos decorrem até que os tribunais possam avaliar a legalidade das derrogações. A revisão frequentemente ocorre muito depois que as medidas de emergência foram levantadas e, em alguns casos - como as derrogações da CEDH ou da CADH que não acionam queixas individuais - nunca chega a ocorrer.³⁷

Apesar desses atrasos, os tribunais internacionais desenvolveram uma extensa jurisprudência sobre derrogações. Dois aspectos dessa jurisprudência são dignos de nota, cada um dos quais aponta para um escopo muito diferente da revisão internacional. O primeiro refere-se aos tribunais, que dão ampla liberdade aos governos para determinar se existe uma emergência pública, para identificar a natureza da ameaça e para moldar uma resposta apropriada.³⁸ Eles também reconhecem que as emergências podem continuar por anos, levando um Estado a estender uma derrogação ou a registrar derrogações em série em resposta à mudança das circunstâncias.³⁹

Uma segunda doutrina diz respeito a restrições às suspensões dos direitos humanos que um Estado pode adotar em resposta a uma crise. Essas restrições são fundamentadas no texto das cláusulas derogatórias, sendo que a mais importante delas permite suspensões de direitos apenas “na medida estritamente exigida pelas exigências da situação”.⁴⁰ As cláusulas também designam certos direitos como não derogáveis, colocando-os fora do alcance de medidas de emergência e implicando um papel mais robusto para os tribunais no policiamento desses limites.⁴¹

Os tribunais têm interpretado essas disposições de forma expansiva. Ao avaliar a necessidade e a proporcionalidade, por exemplo, os tribunais consideram se as suspensões são limitadas no tempo e no escopo, consistentes com os objetivos proferidos pelo governo, se injustificadamente praticam discriminações entre diferentes grupos, se incluem salvaguardas para limitar abusos potenciais, e se a necessidade de uma derrogação foi mantida sob revisão.⁴² Em princípio, essas avaliações são apenas prospectivas; na prática, os tribunais consideram as circunstâncias ou informações que surgiram após a adoção das suspensões,⁴³ e sua

³⁶ Relatório Ní Aoláin, *supra* nota 32, para. 26.

³⁷ ISTREFI Kushtrim; SALOMON, Stefan. Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision of derogations. *Austrian Review of International and European Law Online*, v. 22, n. 1, p. 5-28, 2017.

³⁸ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Irlanda v. Reino Unido*, App. No. 5310/71, para. 207 (TEDH 1978). “Em razão de seu contato direto e contínuo com as necessidades urgentes do momento, as autoridades nacionais estão, em princípio, em melhor posição do que o juiz internacional para decidir tanto sobre a presença de tal emergência quanto sobre a natureza e o alcance das derrogações necessárias para evitá-la”.

³⁹ Analisando “derrogações em série” pela Colômbia, Israel, Turquia, Venezuela e Reino Unido. HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011. Mantendo a detenção sem revisão judicial, com base em uma derrogação arquivada dez anos antes. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Marshall v. the United Kingdom*, dec., No. 41571/98, ECtHR (Fourth Section), 10 July 2001.

⁴⁰ TEDH, *supra* nota 28, Art. 15; CADH, nota 28, art. 15; CADH, nota 28, art. 15; CADH, nota 28, art. 15. 27; PIDCP, *supra* nota 28, art. 4.

⁴¹ As derrogações também não devem violar as outras obrigações de direito internacional de um Estado. *Ver* Parte 3(B) *infra*.

⁴² COUNCIL OF EUROPE. *Guia sobre o artigo 15 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos*: derrogação em tempo de emergência (31 de dezembro de 2019).

⁴³ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Irlanda v. Reino Unido*, App. No. 5310/71, para. 207 (TEDH 1978); TZEVELEKOS, Vassilis P. Herd immunity and lockdown: the legitimacy of national policies against the pandemic and judicial self-restraint

revisão se torna “mais rigorosa” quando uma derrogação durar mais tempo.⁴⁴ Alguns tribunais sugerem que os Estados devem responder às crises aplicando limitações ordinárias aos direitos, evitando assim a necessidade de derrogar em primeira instância.⁴⁵ Outros afirmam que os Estados não podem limitar os direitos derogáveis que fornecem “garantias processuais” cuja suspensão “contornaria a proteção de direitos não derogáveis”.⁴⁶

A jurisprudência e os comentários gerais sobre as derrogações permitem, assim, uma ampla deferência dos governos para determinar se existe uma emergência, limitando significativamente as medidas que eles podem implantar para suspender os direitos durante uma crise. O resultado é uma jurisprudência bifurcada que muitas vezes valida a declaração de uma ameaça extraordinária, ao mesmo tempo em que restringe as opções disponíveis para responder a ela.⁴⁷

3.2 Desenvolvimentos fora do sistema de derrogações

Três tendências mais amplas reforçam os problemas criados pelo sistema de derrogações existente: a adoção de numerosas convenções de direitos humanos que carecem de disposições explícitas de suspensão; uma evolução significativa na forma como essas convenções são interpretadas; e as decisões dos tribunais internacionais que ampliam as obrigações dos Estados partes da CEDH, CADH e PIDCP no que diz respeito aos direitos não derogáveis.

Primeiro, a ONU e as organizações regionais adotaram numerosos tratados de direitos humanos ao longo do meio século anterior. Essas convenções enfocam os direitos dos grupos vulneráveis, marginalizados e minoritários; protegem certos direitos de maneira mais detalhada; ou ocasionalmente codificam novos direitos. Amplamente categorizados, esses tratados procuram “fazer mais concreto o foco das [convenções anteriores] em ‘todos’”.⁴⁸ Existe, portanto, um grau significativo de sobreposição entre os direitos protegidos nos acordos de direitos humanos mais recentes e antigos.

No entanto, os instrumentos de direitos humanos mais antigos e mais recentes diferem em sua abordagem a emergências. Apenas quatro novas convenções incluem cláusulas de derrogação, e parecem nunca ter sido invocadas.⁴⁹ Vários outros tratados mais novos - os protocolos opcionais que proíbem a pena capital, bem como as convenções da ONU e regionais que proíbem a tortura e os desaparecimentos forçados - protegem os direitos que são expressamente inultrapassáveis ou exigem o cumprimento mesmo em circunstâncias excepcionais.⁵⁰ Mas a grande maioria dos tratados globais e regionais de direitos humanos - mais de

by the TEDH. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgeoiservers.com/2020/05/11/herd-immunity-and-lock-down-the-legitimacy-of-national-policies-against-the-pandemic-and-judicial-self-restraint-by-the-TEDH> Acesso em: 15 set. 2021.

⁴⁴ COUNCIL OF EUROPE. *Baş v. Turquia*, App. No. 66448/17, para. 224 (TEDH 2020).

⁴⁵ Comentário Geral nº 29, nota 33 *supra*, para. 5.

⁴⁶ *Id.*, para. 15; Artigo 9 (Liberdade e Segurança da Pessoa). “As garantias processuais que protegem a liberdade da pessoa nunca poderão ser sujeitas a medidas de derrogação que contornem a proteção de direitos não derogáveis”. UNITED NATIONS. *General comment N. 29: CCPR/C/GC/35 (2014)*.

⁴⁷ Entre os estudos especializados sobre derrogações e medidas de emergência, incluem-se Princípios Siracusa sobre a Limitação e Derrogação de Disposições no [PIDCP]. UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985); LILLICH, Richard. The Paris minimum standards of human rights norms in a state of emergency. *American Journal of International Law*, v. 79, n. 4, p. 1072-1081, out. 1985. Espera-se que a Associação de Direito Internacional emita um relatório sobre o tema. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Committees*. Disponível em: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees> Acesso em: 15 set. 2021.

⁴⁸ HANNUM, Hurst. *Rescuing human rights: a radically moderate approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

⁴⁹ Carta Árabe dos Direitos Humanos, Arte. 4, 15 de setembro de 1994; Carta Social Europeia (Revisada), Art. F, 3 de maio de 1996, ETS 163; Convenção-Quadro para a Proteção das Minorias Nacionais, Art. 19, Fev. 1, 1995, ETS 157; Convenção Europeia sobre a Participação de Estrangeiros na Vida Pública em Nível Local, Art. 9, 5 de fevereiro de 1992, ETS 144.

⁵⁰ Segundo Protocolo Opcional ao [PIDCP] visando a Abolição da Pena de Morte, 15 de dezembro de 1989, 1642 UNTS 414; Protocolo No. 6 à [ECHR] relativo à Abolição da Pena de Morte, 1 de março de 1985, ETS 114; Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, 15 de dezembro de 1989, UN Doc. A/Res/44/144; Convenção

oitenta no total - carece de uma disposição que autorize derrogações ou suspensões durante situações de emergência.⁵¹

Visto de uma perspectiva, esse afastamento das cláusulas de derrogação reflete o desenvolvimento progressivo do direito internacional. De acordo com essa visão, os Estados se tornaram mais dispostos a aderir aos tratados de direitos humanos e mais confortáveis com a revisão pelos tribunais internacionais. Muitos países, também, responderam a situações excepcionais, suspendendo liberdades individuais protegidas tanto no direito interno quanto no direito internacional. No entanto, os Estados se abstiveram de incluir cláusulas derogatórias na maioria das convenções de direitos humanos e ratificaram essas convenções em grande número.

Esse argumento de desenvolvimento progressivo ignora o fato de que todas as disposições derogatórias contêm cláusulas de segurança que limitam as suspensões de direitos emergenciais a “medidas não inconsistentes com outras obrigações [de um Estado] nos termos do direito internacional”.⁵² Formalmente, essas cláusulas de segurança explicitam o que já está implícito - que a derrogação de um Estado a um tratado não diminui seus compromissos sob outros tratados ou o direito internacional consuetudinário.⁵³ De uma perspectiva prática, porém, as cláusulas de segurança - quando vistas à luz dos muitos acordos de direitos humanos *sem* disposições suspensivas - fazem derrogações de convenções que *permitem* derrogações muito menos impactantes. Por exemplo, a violência doméstica aumentou acentuadamente durante os *lockdowns* da COVID-19. Um Estado que justifica sua reduzida capacidade de prevenir ou investigar tal violência durante a pandemia com uma derrogação do direito ao respeito à vida privada e familiar na PIDCP ganha pouco se permanecer vinculado às mesmas obrigações ou mesmo mais amplas sob a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW).⁵⁴

Um segundo pressuposto subjacente ao argumento do desenvolvimento progressivo é que os acordos de direitos humanos são estáticos e autocontidos. Mas, na realidade, eles não são nenhum dos dois. A exclusão de cláusulas derogatórias de muitos tratados foi baseada em um entendimento que não é exato, já que as convenções redigidas em linguagem vaga se tornaram muito mais prescritivas. Os limites entre tratados, também, se tornaram mais porosos. Mais notadamente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), o TEDH e o CDH interpretaram direitos civis e políticos não derogáveis para abranger direitos econômicos e sociais, obrigações positivas, e outros instrumentos internacionais. Ao fazê-lo, os tribunais expandiram amplamente os direitos que estão “fora dos limites” às suspensões durante emergências.

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) fornece um exemplo impressionante de como os tratados de direitos humanos evoluíram.⁵⁵ O PIDESC carece de uma disposição sobre derrogações ou suspensões. As principais razões para sua ausência são a “natureza mais flexível e amoldável” das obrigações do Estado no PIDESC e a inclusão de uma cláusula de limitações gerais que não

Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, 9 de dezembro de 1985, OAS TS 67; Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados, 20 de dezembro de 2006; Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, 9 de junho de 1994; *ver também* Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência, Art. 11, 24 de janeiro de 2007, Doc. das Nações Unidas. A/Res/61/106 (“Os Estados Partes deverão tomar [...] todas as medidas necessárias para garantir a proteção e a segurança das pessoas com deficiência em situações de risco, incluindo situações de conflito armado, emergências humanitárias e a ocorrência de desastres naturais”). “”).

⁵¹ Este número é baseado em uma coleção abrangente de instrumentos internacionais da Biblioteca de Direitos Humanos da Universidade de Minnesota, disponível em <http://hrlibrary.umn.edu/instree/ainstls1.htm>. Excluí dessa coleção documentos não vinculativos, assim como tratados sobre direito humanitário, direito do trabalho e contraterrorismo.

⁵² ECHR, *supra* nota 28, Art. 15; CADH, nota 28, art. 15; CADH, nota 28, art. 15; CADH, nota 28, art. 15. 27; PIDCP, *supra* nota 28, art. 4.

⁵³ UNHRC COVID Declaração, *supra* nota 27, parágrafo 2(d).

⁵⁴ Observando o aumento da violência doméstica durante a pandemia e afirmando que os Estados “têm a obrigação de diligência devida para prevenir e proteger as mulheres de, e responsabilizar os perpetradores por” tal violência. CEDAW. *Nota de Orientação sobre CEDAW e COVID-19*. (22 de abril de 2020).

⁵⁵ Para exemplos adicionais, ver HELFER, Laurence R. Pushback against supervisory systems: lessons for the ILO from international human rights institutions. In: KOHIYAMA, Tomi; POLITAKIS, George; LIEBY Thomas (eds.). *ILO 100 - Law for Social Justice*. Geneva: International Labour Office, 2019.

faz distinção entre emergências e situações comuns.⁵⁶ Essas duas características, indiscutivelmente, tornam desnecessária uma disposição derogatória.

Nas últimas três décadas, entretanto, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais adotou uma série de comentários gerais que transformaram uma convenção outrora vista amplamente como uma aspiração em um tratado que é “incontestavelmente obrigatório e sujeito à aplicação imediata no todo ou em parte substancial”.⁵⁷ O Comitê, também, interpretou, de forma restrita, a cláusula de limitações gerais no PIDESC, exigindo que os Estados adotem os meios menos restritivos disponíveis ao limitarem os direitos.⁵⁸ Mais importante ainda, rotulou os níveis mínimos essenciais dos direitos à alimentação, água, moradia e saúde como “obrigações fundamentais” que “não são derogáveis [e] continuam a existir em situações de conflito, emergência e desastre natural”.⁵⁹ Essas interpretações limitam a capacidade dos Estados de restringir esses direitos, mesmo durante crises que diminuem drasticamente os recursos financeiros e o apoio institucional disponível para programas sociais.

A erosão dos limites entre tratados de direitos humanos reflete na jurisprudência dos tribunais internacionais interpretando expansivamente os direitos não derogáveis. A Corte IDH, por exemplo, sustentou que o direito à vida se estende além das privações arbitrárias dos atores estatais para incluir o direito a uma existência digna ou decente.⁶⁰ Os Estados devem tomar “medidas positivas e concretas” para cumprir esse direito, “especialmente no caso de pessoas vulneráveis e em risco”.⁶¹ A Corte foi mais longe em recentes decisões, sustentando que “o direito fundamental à vida nunca será significativo e eficaz sem nutrição, água, cuidados com a saúde, moradia, educação e terras ancestrais”.⁶² O comentário geral do CDH de 2018 sobre o direito à vida segue uma trajetória igualmente ambiciosa.⁶³ Além de análises detalhadas sobre aborto, eutanásia, pena de morte e ameaças de atores não estatais, o comentário geral abrange as interpretações evolutivas de outros órgãos de direitos humanos e convida os Estados a adotarem “medidas destinadas a garantir o acesso sem demora dos indivíduos a bens e serviços essenciais, tais como alimentação, água, abrigo, cuidados com a saúde, eletricidade e saneamento”.⁶⁴ O TEDH tem sido comparativamente mais circunspecto na infusão de direitos econômicos e sociais no direito à vida, mas a Corte não se coibiu de aumentar outros direitos não derogáveis. Por exemplo, interpretou a proibição da escravidão, servidão e trabalho forçado ou compulsório para incluir o tráfico de pessoas,⁶⁵ aplicou abordagem evolutiva para determinar os tipos de maus-tratos que se qualificam como tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante;⁶⁶ e impôs obrigações positivas aos Estados para desenvolver uma estrutura legal prática e eficaz para prevenir, investigar e punir tais maus-tratos por parte de atores públicos e privados.⁶⁷

⁵⁶ ALSTON; QUINN, 1987 apud SSENYONJO, Manisuli. *Economic, social and cultural rights in international law*. London: Hart Publishing, 2009; ICESCR Artigo 4 permite aos Estados-Partes impor “somente [...] as limitações determinadas por lei somente na medida em que isso seja compatível com a natureza desses direitos e somente com o objetivo de promover o bem-estar geral em uma sociedade democrática”.

⁵⁷ DENNIS, Michael J.; STEWART, David P. Justiciability of economic, social and cultural rights: should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health? *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 462-515, jul. 2004.

⁵⁸ Por exemplo, Comitê ESCR, Comentário Geral 14: O Direito ao Mais Alto Padrão Atingível de Saúde, para. 42. UNITED NATIONS. *E/C.12/2000/4*. 11 August 2000. General Comment No. 14 (2000).

⁵⁹ Por exemplo, Comitê ESCR, Declaração sobre a Pobreza e o ICESCR, para. 18. UNITED NATIONS. *E/C.12/1/Add.59*. 2001.

⁶⁰ PASQUALUCCI, Jo M. The right to a dignified life (vida digna): the integration of economic and social rights with civil and political rights in the inter-american human rights system. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 31, n. 1, 2008.

⁶¹ INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Judgment of June 17, 2005.

⁶² ANTKOWIAK, Thomas M. A “Dignified Life” and the resurgence of social rights. *Seattle University School of Law*, v. 18, n. 1, 2020.

⁶³ UNITED NATIONS. *General comment N. 36: CCPR/C/GC/36* (2018).

⁶⁴ UNITED NATIONS. *General comment N. 36: CCPR/C/GC/36* (2018); JOSEPH, Sarah. Extending the right to life under the International Covenant on civil and political rights: general comment 36. *Human Rights Law Review*, v. 19, n. 2, p. 356-359, jun. 2019.

⁶⁵ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Rantsev v. Chipre e Rússia*, *App. No. 25965/04*, para. 282 (TEDH 2010).

⁶⁶ COUNCIL OF EUROPE. *Selmouni v. França*, *App. No. 25803/94*, para. 101 (TEDH Grand Chamber 2001).

⁶⁷ COUNCIL OF EUROPE. *Volodina v. Rússia*, *App. No. 41261/17*, para. 77 (TEDH 2019).

Em suma, os três desenvolvimentos discutidos nesta Seção - a ligação indireta dos tratados de direitos humanos sem cláusulas de derrogação às convenções que permitem suspensões, a evolução da norma PIDESC para incluir obrigações centrais mínimas que se aplicam mesmo em situações excepcionais, e a jurisprudência que expande direitos não negociáveis para incluir obrigações positivas e garantias econômicas e sociais - ampliaram, vastamente, o escopo e o alcance da legislação internacional de direitos humanos aplicável durante emergências sem, no entanto, ampliar, concomitantemente, a autoridade estatal para suspender direitos durante tais crises.

3.3 Consequências do incentivo aos estados a derrogarem

As problemáticas concepção e operação de cláusulas derogatórias, juntamente à expansão dos tratados de direitos humanos e da jurisprudência, criam incentivos problemáticos para os Estados que enfrentam ataques terroristas, agitação civil, desastres naturais, pandemias e outras crises. Considere a perspectiva dos funcionários do Poder Executivo que enfrentam estas ameaças. Considerações domésticas sobre leis e política - tais como se as suspensões de direitos são constitucionais, têm apoio legislativo, ou serão contestadas em juízo - provavelmente estarão, em primeiro lugar, na mente desses funcionários. Esse enfoque é reforçado pelo fato de que a decisão de suspender direitos internamente muitas vezes não tem relação com a obrigação de revelar essas suspensões internacionalmente. Como resultado, a maioria das suspensões de direitos de emergência nunca são objeto de derrogações.

O desestímulo para participar plena e efetivamente do sistema de derrogações existe mesmo para os Estados que enviam avisos que justificam medidas de emergência. Os depositários de tratados não ajudam os governos a decidir se uma derrogação é necessária e, em caso afirmativo, como promover a coerência com os limites internacionais de suspensões de direitos. Com uma escassez de orientação e informação, e enfrentando restrições de tempo significativas, o caminho de menor resistência para os Estados derogadores pode ser o de notificações internacionais pegarem carona com as suspensões de direitos nacionais - um padrão comum para as derrogações durante a COVID-19.

No entanto, essa abordagem tem riscos consideráveis. Os limites domésticos e internacionais de poderes prementes, muitas vezes, diferem, por exemplo, se uma emergência deve ser oficialmente proclamada, quanto tempo duram as medidas excepcionais e se certas liberdades nunca podem ser suspensas. Essas divergências se tornaram mais agudas nos últimos anos, pois os tribunais interpretaram, de forma ampla, direitos inultrapassáveis. Além disso, devido à sobreposição de temas entre os acordos de direitos humanos, mesmo um Estado que adere, escrupulosamente, aos limites de suspensões nos tratados PIDCP, CEDH ou CADH pode, no entanto, violar uma das dezenas de tratados de direitos humanos que não permitem derrogações.

Na ausência de um procedimento de revisão dos avisos de derrogação no momento em que são apresentados, esses riscos podem não se manifestar durante meses ou anos. Mas, quando as suspensões são contestadas perante tribunais nacionais ou tribunais internacionais, o não cumprimento dos limites de derrogação baseados em tratados aumenta a probabilidade de uma conclusão de que o Estado tenha violado o direito internacional. Os juristas, provavelmente, serão deferentes ao governo quanto à análise se uma situação de emergência foi enfrentada. Mas, como desenvolvem uma visão *a posteriori* e após uma crise ter diminuído ou terminado, eles muitas vezes questionam a necessidade de restrições, levantam a hipótese de medidas menos intrusivas para atingir os objetivos do Estado, ou identificam outros compromissos internacionais que o Estado derogador tenha violado.

O “quebra-cabeças das derrogações”, portanto, não é “por que os Estados não estão fazendo maior uso de um regime justificatório para validar o uso de poderes excepcionais sob o direito internacional”.⁶⁸ O “quebra-cabeça” é a razão pela qual os Estados fazem tanto uso desse regime quanto o fazem. Pois, se o

⁶⁸ NÍ AOLÁIN, Fionnuala. The cloak and dagger game of derogation, in human rights in emergencies. In: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.

resultado de uma notificação internacional que divulga e justifica as suspensões de direitos humanos for a constatação de que um Estado violou suas obrigações de tratado, um Estado pode, razoavelmente, concluir que o caminho menos arriscado jurídica e politicamente é suspender direitos internamente e evitar, completamente, as derrogações.

4 Redesenhando derrogações

Qualquer proposta de reforma do sistema de derrogações aos direitos humanos deve enfrentar um aparente paradoxo. Por um lado, as derrogações são um tipo de “cláusula de escape” encontrada em muitos tratados.⁶⁹ Tais cláusulas reduzem a incerteza e proporcionam flexibilidade para que os Estados gerenciem os riscos dos acordos internacionais. Para as convenções de direitos humanos, as derrogações “proporcionam uma válvula de escape para as enormes pressões que os governos enfrentam para reprimir as liberdades individuais em tempos de crise”.⁷⁰ No entanto, “a experiência tem mostrado que as mais graves violações dos direitos humanos tendem a ocorrer no contexto de estados de emergência”.⁷¹ Ao aceitar violações durante crises, as derrogações ameaçam minar a *razão de ser* do direito internacional dos direitos humanos. .

4.1 Parâmetros normativos e contrafactuais

O estabelecimento de um equilíbrio entre essas perspectivas concorrentes requer um parâmetro normativo sobre os objetivos das derrogações, bem como um contrafactual sobre como os Estados se comportariam se não houvesse um mecanismo para suspender os direitos. Para alguns estudiosos, as derrogações são, na melhor das hipóteses, um mal necessário. Eles temem que os Estados estejam ansiosos para abusar das cláusulas de suspensão para justificar violações generalizadas de direitos, normalizar poderes extraordinários e reprimir permanentemente as liberdades individuais.⁷² O contrafactual implícito subjacente a essa visão é que um Estado incapaz de derrogar não terá outra escolha a não ser aderir, plenamente, ou quase, aos tratados de direitos humanos que ratificou.

Um contrafactual diferente e mais realista é que, sem uma opção de fuga, os governos seriam mais, e não menos, capazes de reprimir os direitos humanos durante as emergências. Mesmo em períodos comuns, os governantes frequentemente procuram impedir a divulgação de potenciais violações de direitos, impedir sua verificação e negar responsabilidade quando surgem fatos incriminatórios.⁷³ A necessidade de respostas rápidas e eficazes a uma crise torna mais agudo o desejo de ofuscar ou minimizar as violações. Ao proporcionar um mecanismo para formalizar a decisão de suspender certos direitos, divulgar essa decisão, explicar por que as suspensões são necessárias e indicar quanto tempo elas permanecerão em vigor, as derrogações reduzem a probabilidade de infringir direitos sub-repticiamente. Mas o exercício dessa opção de fuga tem um custo. Um governo que fornece essas informações em um aviso de derrogação coloca em jogo sua

⁶⁹ HELFER, Laurence R. Flexibility in international agreements. In: DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. (eds.). *Interdisciplinary perspectives on international law and international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013; NEUMAN, Gerald L. Constrained derogation in positive human rights regimes. In: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016. Descrevendo derrogações como uma “válvula de segurança”.

⁷⁰ HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011.

⁷¹ COUNCIL OF EUROPE. *CDL-PI (2020)003-e*. Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on States of Emergency (16 de abril de 2020). Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)003-e) Acesso em: 15 set. 2021.

⁷² GROSS, Oren; NÍ AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

⁷³ FARBER, Daniel A. Rights as signals. *The Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 1, p. 83-98, jan. 2002; SIMMONS, Beth A. *Mobilizing for human rights: international law in domestic politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

credibilidade ao fazer afirmações oficiais e públicas sobre a natureza da crise, o alcance e a duração das restrições de emergência. Essas informações fornecem referências para outros atores - eleitores, grupos de interesse, tribunais nacionais, tribunais internacionais e outros Estados - responsabilizarem os governos se eles desconsiderarem ou excederem esses parâmetros.

Assim, as derrogações visam reduzir as violações de direitos humanos durante emergências em *relação ao nível de violações que teriam ocorrido sem tal mecanismo*. Uma disposição de suspensão demasiado frouxa pouco fará para melhorar esta métrica, agindo como uma espécie de cartão “sair da cadeia livre” que condescende com a repressão. No entanto, uma cláusula de derrogação demasiado restritiva é igualmente problemática, desencorajando os Estados de invocar o mecanismo - e a credibilidade e os custos de monitoramento que ele impõe - e, ao invés disso, encorajando violações sub-reptícias. A chave é projetar um sistema que maximize a participação dos Estados, incentive a divulgação apropriada, aumente a responsabilidade e a supervisão e encoraje um retorno à normalidade o mais rápido possível.

4.2 Reformas

Esta seção identifica cinco áreas em que o sistema existente de derrogações pode ser melhorado - incorporação, engajamento, informação, *prazos* e escopo. Muitas das propostas discutidas abaixo podem ser implementadas pelos governos voluntariamente ou por depositários de tratados agindo sob sua autoridade existente. Outras exigirão ação coletiva, tais como diretrizes internacionais, melhores práticas ou, mais significativamente, a revisão de tratados de direitos humanos para codificar novas regras para derrogações.

4.2.1 Incorporação

Cumprimento é uma preocupação permanente para o direito internacional e, especialmente, para os tratados de direitos humanos. No contexto de derrogações, um ato inicial de descumprimento ocorre sempre que um Estado parte da CADH, da CEDH, ou do PIDCP suspende direitos internacionalmente protegidos sem apresentar a notificação necessária a um depositário de tratados. Como explicado acima, a falha em notificar é mais a regra do que a exceção, inclusive durante a pandemia de COVID-19.

Uma forma de remediar essa omissão seria incorporar a exigência de notificação do tratado nas regras e procedimentos internos de suspensão de direitos. A exigência poderia, por exemplo, ser acrescentada ao capítulo de poderes de emergência de uma constituição, a um estatuto que especifique quais ramos do governo podem suspender as liberdades individuais, ou aos regulamentos administrativos de um ministério das relações exteriores.⁷⁴ A notificação poderia ser exigida antes que as suspensões de direitos entrem em vigor ou posteriormente dentro de um período pré-determinado. O mecanismo preciso, para ligar os dois processos, é menos importante do que a ligação em si. O objetivo não é amarrar as mãos do governo no início de uma crise, mas estabelecer um mecanismo doméstico que exija que os funcionários apresentem uma notificação internacional em primeira instância.

Um benefício da incorporação doméstica como uma proposta de reforma é que ela pode ser adotada por qualquer Estado. Sugestões para vincular as suspensões de direitos domésticos às notificações internacionais também poderiam ser incluídas nas diretrizes preparadas pelos depositários de tratados. Finalmente, se as convenções de direitos humanos forem revisadas para implementar outras reformas de derrogação, os Estados poderiam incluir a obrigação de incorporar a exigência de notificação na legislação nacional, dando, ao mesmo tempo, aos governos a discricão quanto aos detalhes.

⁷⁴ Para um exemplo raro de lei doméstica de estado de emergência que requer derrogação, ver Lei No. 21-18 de 25 de maio de 2018 (República Dominicana), Art. 17, UNITED NATIONS. *International Covenant on Civil And Political Rights*. New York, 16 December 1966. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/CN/2020/CN.327.2020-Eng.pdf> Acesso em: 15 set. 2021.

4.2.2 Engajamento

Os depositários de tratados precisam reavaliar a forma como respondem à apresentação de avisos de derrogação. Ao invés de simplesmente registrar e divulgar qualquer informação que um Estado apresente, os depositários devem se oferecer para conferir com governantes estatais sobre a natureza da crise, a necessidade de medidas de emergência, o escopo e a duração das suspensões de direitos. Tal engajamento deve procurar esclarecer as consequências das medidas de emergência em termos de direitos humanos e ajudar os Estados a tomar decisões informadas sobre se e como derrogar.

O sistema europeu foi o que mais se aproximou de uma abordagem de engajamento. Em 2018, a Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu adotou uma resolução sobre estados de emergência e derrogações que incluía uma proposta para o Secretário-Geral do Conselho:

Na qualidade de depositário da Convenção [Europeia], aconselhar qualquer Estado Parte que considere a possibilidade de derrogar se a derrogação é necessária e, em caso afirmativo, como limitar estritamente seu escopo;

Abrir um inquérito nos termos do artigo 52 da Convenção em relação a qualquer Estado que derogue a Convenção;

Com base nas informações fornecidas em resposta a tal inquérito, dialogar com o Estado interessado, a fim de assegurar a compatibilidade do estado de emergência com as normas da Convenção, respeitando ao mesmo tempo a competência legal do [ECtHR].⁷⁵

A resolução previa duas funções distintas para o Secretariado-Geral - conselheiro e supervisor. Como depositário de tratados, o Secretariado-Geral aconselharia os governos a respeito de derrogações e medidas de emergência. A CEDH não exige que os Estados consultem o Secretariado-Geral antes de apresentar um aviso de derrogação, mas o depositário já forneceu tal conselho várias vezes nas últimas duas décadas.⁷⁶ Além disso, em resposta a uma ameaça comum - como a COVID-19 - todos os Estados “têm um interesse genuíno em saber se as derrogações são adequadas [...] [e] quais medidas específicas poderiam ser consideradas necessárias e proporcionais”.⁷⁷ Embora o Comitê de Ministros, o órgão executivo do Conselho Europeu, tenha se recusado a emitir uma recomendação formal “identificando normas legais e boas práticas” sobre as derrogações,⁷⁸ nada impede que o Secretariado-Geral continue a se envolver informalmente com os governos, ou que emita diretrizes sobre se as suspensões se mostraram desnecessárias ou ineficazes na prática. Essas etapas podem levar um governo a reconsiderar medidas de emergência ou a restringir seu escopo.

O papel de supervisão do Secretariado-Geral baseia-se no artigo 52 da CEDH, que exige que um Estado forneça, em resposta a um pedido oficial, “uma explicação da maneira pela qual sua lei interna garante a implementação efetiva de qualquer uma das disposições da Convenção.” O Secretariado-Geral ainda não iniciou nenhum inquérito sobre uma derrogação ao artigo 52. Entretanto, em março de 2020, ele emitiu uma carta à Hungria - que adotou leis de emergência amplas em resposta à COVID-19 mas não derrogou a CEDH - enfatizando “que as medidas que os Estados membros tomam nas atuais circunstâncias excepcionais da pandemia devem estar de acordo tanto com as constituições nacionais quanto com as normas internacionais”, e oferecendo ajuda à Hungria no cumprimento de seus compromissos com os direitos humanos.⁷⁹

⁷⁵ COUNCIL OF EUROPE. *Res. 2209 (2018): Estado de Emergência - Questões de Proporcionalidade Relativas às Derrogações nos termos do artigo 15 da CEDH* (24 de abril de 2018).

⁷⁶ COUNCIL OF EUROPE. *Doc. 14506. Relatório do Comitê de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos*. 27 de fevereiro de 2018.

⁷⁷ ISTREFI Kushtrim. *Supervision of derogations in the wake of COVID-19: a litmus test for the Secretary General of the Council of Europe*. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/supervision-of-derogations-in-the-wake-of-covid-19-a-litmus-test-for-the-secretary-general-of-the-council-of-europe> Acesso em: 15 set. 2021.

⁷⁸ COUNCIL OF EUROPE. *Resposta ao Rec. 2125 (2018), para. 6, Doc. 14770*. (5 de dezembro de 2018).

⁷⁹ COUNCIL OF EUROPE. *Secretary General writes to Viktor Orbán regarding COVID-19 state of emergency in Hungary*. (24 de março de 2020). Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/secretary-general-writes-to-viktor-orban-regarding-covid-19-state>

Nem o PIDCP nem a CADH criam um mecanismo para que o Secretário-geral da ONU, o Alto Comissário da ONU para os Direitos Humanos, ou a Organização dos Estados Americanos iniciem investigações similares. Esses poderes poderiam ser concedidos mediante emendas aos dois tratados, mas tais revisões podem não ser necessárias. Os depositários de tratados podem, de acordo com suas competências existentes, rever os avisos de derrogação, solicitar informações adicionais aos Estados e fornecer conselhos informais aos funcionários do governo. A Comissão Interamericana e o CDH poderiam, também, exercer seus mandatos de proteção para investigar, proativamente, as situações de emergência cobertas por uma derrogação.⁸⁰

4.2.3 Informações

Para remediar as deficiências de informações nos avisos de derrogação, estudiosos e comitês de tratados há muito têm argumentado que um Estado deve, além de identificar os direitos específicos suspensos, fornecer “uma descrição das medidas tomadas, cópias de textos relevantes e um resumo histórico conciso dos eventos que levaram à declaração do estado de emergência que causaram a percepção de uma ameaça à vida da nação”.⁸¹ Um Estado também deve apresentar notificações suplementares se modificar ou estender as medidas de emergência, temporária ou geograficamente.⁸²

Embora não exigida pela legislação existente, a função de responsabilidade das derrogações seria reforçada se os Estados revelassem quais instituições nacionais estão autorizadas a rever medidas de emergência e quando tais avaliações são prováveis de ocorrer. O conteúdo dos avisos apropriados de derrogação também poderia ser mais acessível aos governos por meio da compilação de diretrizes de fácil utilização ou melhores práticas com exemplos apropriados, semelhantes à “Rule of Law Checklist”, emitida pela Comissão de Veneza.⁸³

Um papel mais expansivo para os depositários de tratados envolveria a distribuição de estatísticas comparativas relativas às derrogações. Tais divulgações podem revelar padrões sobre quais Estados estão derrogando e quais direitos estão suspendendo, pressionando os governos a reconsiderar medidas de emergência externas ou suspensões sub-reptícias. Pode-se argumentar que não há necessidade de que os depositários divulguem essas informações, uma vez que os acadêmicos e as ONGs coletam e analisam as respostas estatais a emergências quase em tempo real.⁸⁴ No entanto, documentos preparados por um órgão internacional, especialmente quando emparelhados com recomendações específicas de crise ou melhores práticas, provavelmente criarão mais pressão sobre os governos do que estas fontes não oficiais.

Como explicado anteriormente, o PIDCP, a CADH e a CEDH exigem que os Estados derrogadores apresentem notificações quando as suspensões de direitos terminarem.⁸⁵ Os depositários de tratados devem

of-emergency-in-hungary Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁰ A Comissão Interamericana emite regularmente medidas de precaução em resposta a violações graves e urgentes dos direitos humanos, e tem feito isso durante a COVID-19 pandemia. O UNHRC adotou ocasionalmente decisões especiais solicitando, com urgência, um relatório sobre a situação dos direitos humanos em um Estado parte. No futuro, ambos os procedimentos poderiam ser aplicados para rever as derrogações. INTERNATIONAL JUSTICE RESOURCE CENTER. *Inter-American Commission Issues Precautionary Measures as COVID-19 Threatens Indigenous Communities*. 2020. Disponível em: <https://ijrcenter.org/2020/07/22/inter-american-commission-issues-precautionary-measures-as-covid-19-threatens-indigenous-communities> Acesso em: 15 set. 2021.

⁸¹ HARTMAN, Joan. Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision. *Human Rights Quarterly*, v. 7, n. 1, p. 89-131, fev. 1985.

⁸² Comentário Geral n.º 29, nota 33 *supra*, para. 17.

⁸³ COUNCIL OF EUROPE. *The rule of law checklist*. 2016. Disponível em: https://www.venice.coe.int/images/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁴ Ver fontes citadas na nota 20, *supra*.

⁸⁵ O artigo 27 da CADH exige que os Estados notifiquem “a data estabelecida para a rescisão” de uma suspensão. Na prática, os Estados informam regularmente a OEA quando terminam as suspensões. ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Recent suspensions of guarantees regarding multilateral treaties*. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp Acesso em: 15 set. 2021.

divulgar ativamente estas informações, o que tende a atrair menos atenção da mídia e da sociedade civil. Uma maior conscientização das rescisões também pode ajudar a deter emergências permanentes, especialmente para crises que afetam múltiplos Estados, como a COVID-19.

Uma proposta de reforma mais ambiciosa restringiria por quanto tempo as derrogações podem permanecer em vigor. Atualmente, os tratados não limitam a duração das derrogações nem impedem sua renovação. Em vez de impor uma restrição internacional de tempo, uma abordagem mais sutil recomendaria (ou, no caso de revisões de tratados, exigiria) que os Estados revelassem a duração das medidas de emergência sob o direito interno. A literatura sobre emergências domésticas enfatiza a importância de cláusulas de caducidade para impedir que os governantes perpetuem poderes extraordinários, muitas vezes exigindo revisão e reautorização pelo legislador.⁸⁶ No entanto, como uma decisão de continuar a suspensão de direitos internacionalmente é dissociada das restrições domésticas aos poderes emergenciais, nada impede o executivo de estender uma derrogação ao tratado, mesmo quando o legislador tiver revogado as restrições aos direitos emergenciais em casa. A divulgação das cláusulas de caducidade aplicáveis e das decisões para invocá-las reforçaria a função de prestação de contas das derrogações e pressionaria os Estados a encerrar as derrogações que não são mais autorizadas internamente.

4.2.4 Prazos

Os problemas de prazos permeiam o sistema de derrogações existente. Dois são especialmente dignos de nota. Primeiro, como explicado acima, os Estados devem notificar imediatamente as suspensões de direitos, mas esta obrigação é muitas vezes honrada em violação. Reconhecendo essa realidade, os tribunais europeus têm “decidido que duas semanas de atraso no depósito de uma notificação é aceitável [capaz], mas quatro meses [é] tarde demais”.⁸⁷ No entanto, nenhum tribunal decidiu que um aviso tardio impede um Estado de derogar, uma conclusão que, provavelmente, condenaria muitas suspensões de direitos.

É desejável um limite de tempo externo? Tal limite encorajaria os Estados a submeter notificações quando as emergências ainda são recentes e poderia ser objeto de um diálogo frutífero com os depositários de tratados. Também penalizaria os Estados que suspendem os direitos internamente e apresentam notificações internacionais apenas como uma consideração tardia. No entanto, um limite externo não considera a natureza diversa das emergências, ou que a resposta inicial a uma crise deveria se concentrar na adoção de medidas internas em vez de completar um exercício burocrático. Portanto, pode ser preferível que os tribunais preservem a possibilidade de invalidar uma notificação tardia, mas reservem tal constatação para situações excepcionais, como quando uma notificação é apresentada após o fim de uma crise ou quando medidas de emergência vêm à tona, pela primeira vez, durante um litígio internacional ou um processo de relatoria estatal.

Outra abordagem seria criar incentivos positivos para que os Estados, quando razoavelmente possível, apresentem um aviso de intenção de derrogação *antes de* adotar medidas de emergência. A divulgação antecipada não é exigida pela lei existente, mas pode ser considerada como um fator atenuante por um tribunal que revisa a legalidade das suspensões, especialmente se o governo reduzir as medidas de emergência para considerar orientações dos depositários de tratados ou de organismos internacionais especializados.

Uma segunda questão de prazos diz respeito ao intervalo plurianual entre a adoção de suspensões emergenciais de direitos e a revisão dessas medidas pelos tribunais internacionais. Uma razão para esse atraso é que os indivíduos devem esgotar os recursos internos disponíveis e eficazes antes de apresentar uma recla-

⁸⁶ KOUROUTAKIS, Antonios; RANCHORDÁS, Sofia. Snoozing democracy: sunset clauses, de-juridification, and emergencies. *Minnesota Journal of International Law*, v. 25, 2016; KUYPER, Jonathan W. Designing Institutions for global democracy: flexibility through escape clauses and sunset provisions. *Ethics & Global Politics*, v. 6, n. 4, p. 195-215, 2013.

⁸⁷ ISTREFI Kushtrim. To Notify or not to notify: derogations from human rights treaties. *Opinio Juris*, 2020. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2020/04/18/to-notify-or-not-to-notify-derogations-from-human-rights-treaties> Acesso em: 15 set. 2021.

mação perante o TEDH, a Corte IDH, ou o CDH. Mesmo durante circunstâncias difíceis, a regra de exaustão tem uma função importante - ela direciona violações às leis de emergência aos tribunais nacionais, que provavelmente estão familiarizados com o contexto local e podem proporcionar alívio rápido. No entanto, como já mencionado anteriormente, os tribunais costumam ser cautelosos em relação a questionamentos de restrições de direitos, especialmente no início de uma crise. Ainda assim, em países onde os tratados de direitos humanos foram incorporados às constituições ou estatutos ou recebem efeito direto, as razões normativas e funcionais para a exaustão podem superar esses riscos.⁸⁸

Os litigantes às vezes contornaram, temporariamente, a exigência de exaustão doméstica pedindo a um tribunal que ordenasse medidas provisórias ou cautelares. As normas para a concessão de tais medidas provisórias, provavelmente, se aplicam ao menos a algumas suspensões de direitos de emergência.⁸⁹ Em casos apropriados, portanto, um tribunal que examina um pedido de medidas provisórias pode considerar a validade de uma derrogação, por exemplo, se o pedido estiver intimamente ligado a um direito suspenso. Entretanto, como as medidas cautelares são procedimentos expeditos que procuram evitar danos irreparáveis e preservar o *status quo* em casos extremos, elas são inadequadas para avaliar, de forma abrangente, os desafios à legalidade de uma derrogação ou de uma medida de emergência.

Os litigantes, no entanto, instarão os tribunais a emitir tais ordens. Em maio de 2020, por exemplo, a Presidenta da Corte IDH emitiu medidas urgentes ao Panamá para proteger a vida e a saúde dos migrantes detidos em centros de detenção contra a propagação de COVID-19.⁹⁰ Controversamente, a ordem não dizia respeito a um caso pendente, mas sim a um julgamento emitido uma década antes que o Panamá não havia implementado totalmente. A ordem também se aplicava não apenas ao requerente nesse caso, mas a todos os migrantes com situação semelhante.⁹¹

Há outras maneiras de reduzir os atrasos no julgamento internacional dos desafios das derrogações. Por exemplo, o TEDH segue uma política prioritária que determina a rapidez com que analisa as diferentes categorias de casos. A política não acelera disputas envolvendo medidas de emergência, e estudiosos têm debatido se a Corte deveria fazê-lo em resposta ao coronavírus.⁹² No entanto, mesmo que o TEDH priorizasse questionamentos às derrogações, o atual acúmulo de casos pendentes provavelmente resultaria em apenas uma modesta economia de tempo.

Um caminho mais rápido para a revisão internacional seria autorizar órgãos intergovernamentais ou depositários de tratados a solicitar uma decisão preliminar ou uma opinião consultiva de um tribunal. O Conselho Europeu criou recentemente um procedimento para que os altos tribunais nacionais busquem pareceres consultivos do TEDH.⁹³ Isto poderia ser ampliado para permitir que as instituições internacionais pudessem solicitar a um tribunal que avaliasse a validade de uma derrogação. Se os benefícios de criar tal mecanismo de encaminhamento superam os custos depende de muitos fatores - como o número de casos pendentes, se os membros do tribunal atuam em tempo integral ou parcial e se devem acelerar a revisão das

⁸⁸ Para maiores discussões, HELFER, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: embeddedness as a deep structural principle of the European Human Rights Regime. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 125–159, fev. 2008.

⁸⁹ Por exemplo, a Corte IDH pode adotar medidas provisórias “em casos de extrema gravidade e urgência, e quando necessário para evitar danos irreparáveis às pessoas”. CADH, *supra* nota 28, Art. 63.2.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Adopción de Medidas Urgentes, Caso Vélez Loor v. Panamá (26 de maio de 2020)*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/velez_se_01.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

⁹¹ FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Pandemic rulings: between dialogues and shortcuts at the Inter-American Court of Human Rights. *Iconnect*, 2020. Disponível em: <http://www.icconnectblog.com/2020/07/pandemic-rulings-between-dialogues-and-shortcuts-at-the-inter-american-court-of-human-rights> Acesso em: 15 set. 2021.

⁹² DZEHTSIAROU, Kanstantsin. What can the European Court of Human Rights do in the time of crisis? *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgothers.com/2020/04/14/what-can-the-european-court-of-human-rights-do-in-the-time-of-crisis> Acesso em: 15 set. 2021.

⁹³ COUNCIL OF EUROPE. *Council of Europe Treaty Series - No. 2*. Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383e> Acesso em: 15 set. 2021.

derrogações em relação a outras violações graves dos direitos humanos - que podem variar de acordo com os regimes dos tratados.

4.2.5 Escopo

Uma quinta reforma diz respeito ao escopo substantivo das derrogações. As principais questões, neste artigo, incluem se as derrogações são inferiores às exceções ordinárias, se devem ser modificadas as ampliações judiciais de direitos não derogáveis e se deve ser acrescentada uma cláusula derogatória a outros tratados de direitos humanos.

A primeira questão decorre do reconhecimento de que a maioria dos direitos derogáveis não são absolutos. Ao considerar-se a liberdade de circulação, um dos direitos mais frequentemente suspensos em resposta à COVID-19, este direito

só pode ser restringido por lei na medida do necessário em uma sociedade democrática para prevenir o crime ou para proteger a segurança nacional, a segurança pública, a ordem pública, a moral pública, a saúde pública, ou os direitos ou liberdades de outros.⁹⁴

Interpretada de forma ampla, essa cláusula de limitações oferece, sem dúvida, flexibilidade suficiente para impor quarentenas e bloqueios durante pandemias. Visões divergentes sobre a aplicabilidade de tais cláusulas podem explicar por que os Estados que enfrentam as mesmas ameaças de a COVID-19 adotaram medidas de controle doméstico similares, mas abordagens amplamente divergentes para derrogações.

Essas restrições comuns são preferíveis a derrogações? A Assembleia Parlamentar, o CDH, e alguns estudiosos pensam assim, afirmando que “medidas ou restrições normais para a manutenção da segurança pública, saúde e ordem devem ser claramente inadequadas antes que medidas derogatórias de emergência sejam permitidas.”⁹⁵ Outros discordam, criticando “o argumento de que tudo pode e deve ser acomodado através do teste de proporcionalidade” como tornando as derrogações “uma letra morta e, ao fazer isso, erradicar seu efeito de quarentena e potencialmente aumentar a possibilidade de poderes excepcionais se normalizarem”.⁹⁶

As metas de divulgação pública e de prestação de contas das derrogações incentivam os Estados a notificar e explicar as suspensões excepcionais, em vez de tentarem encaixar medidas de emergência em cláusulas gerais de limitações ou exceções. Os tribunais ainda não abordaram essa questão. Fora do contexto de emergência, entretanto, o TEDH caracterizou as quarentenas como “medida(s) temporária(s), a serem descontinuadas assim que as circunstâncias permitirem” e observou que “restrições severas e duradouras são particularmente suscetíveis de serem desproporcionais.”⁹⁷ Isto sugere que o bloqueio prolongado e outras políticas de longo prazo para controlar a COVID-19 e outras pandemias podem exigir uma derrogação para ser legal.

Uma segunda área de reforma potencial diz respeito à expansão significativa dos direitos não-derogáveis para incluir garantias econômicas e sociais mínimas e obrigações afirmativas. Os tribunais desenvolveram essas interpretações amplas no contexto de violações de direitos ordinários. Eles ainda têm que considerar como as interpretações se aplicam a emergências e, em particular, se um Estado pode suspender a extensão

⁹⁴ CADH, *supra* nota 28, Art. 22(3). O PIDCP e a CEDH contêm cláusulas semelhantes.

⁹⁵ COUNCIL OF EUROPE. *Res. 2209 (2018)*: Estado de Emergência - Questões de Proporcionalidade Relativas às Derrogações nos termos do artigo 15 da CEDH (24 de abril de 2018); *ver também* UNHRC, Comentário Geral N.º 37 (Artigo 21: Direito de Assembleia Pacífica), para. 96, CCPR/C/GC/37 (2020) (“Os Estados-partes não devem contar com a derrogação do direito de assembleia pacífica se puderem atingir seus objetivos impondo restrições em termos do artigo 21”).

⁹⁶ GREENE, Alan. States should Declare a State of Emergency Using Article 15 ECHR to confront the coronavirus pandemic. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic> Acesso em: 15 set. 2021.

⁹⁷ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Kuimov v. Rússia*, *App. No. 32147/04*, para. 96 (TEDH 2009).

interpretativa de um direito não-derrogável, mesmo que não possa suspender o núcleo do direito. Dada a opinião amplamente defendida de que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos,⁹⁸ parece provável que os tribunais encontrem pelo menos algumas dessas ampliações aplicáveis às restrições relacionadas à pandemia. No entanto, se, como observado acima, os tribunais concluíram que certos direitos *derrogáveis* incluem, implicitamente, elementos não-derrogáveis, então direitos *não* derrogáveis expandidos, também, podem incluir algumas dimensões derrogáveis.

A questão final e mais controversa relativa ao escopo diz respeito a acrescentar ou não uma cláusula derogatória aos tratados de direitos humanos que, atualmente, não incluem uma. Estudiosos têm debatido se convenções como a Carta Africana e o PDESC permitem implicitamente aos Estados suspender certos direitos durante emergências. Também destacam os muitos Estados Partes que restringiram direitos durante crises, sugerindo que a omissão destas cláusulas não tem impedido o exercício de poderes de emergência.⁹⁹ A revisão destas e de outras convenções poderia proporcionar uma oportunidade para limitar os Estados de reivindicar uma discricção implícita e mal definida para suspender direitos em favor de suspensões adequadamente limitadas que estão sujeitas a restrições, monitoramento e supervisão.

As cláusulas de segurança nas disposições derogatórias da CADH, da CEDH e do PIDCP podem criar outro catalisador para revisões de tratados. Como explicado anteriormente, essas cláusulas criam vínculos com outros instrumentos de direitos humanos, restringindo substancialmente o escopo das derrogações. Os tribunais ainda não invocaram uma cláusula de segurança para invalidar a derrogação de um Estado ou para encontrar uma suspensão inconsistente com outras convenções de direitos humanos.¹⁰⁰ Adicionar uma cláusula de derrogação a essas convenções, mas adaptar as suspensões de emergência às particularidades de cada instrumento poderia antecipar essa questão. Por outro lado, qualquer iniciativa de revisão de tratado - especialmente no atual clima geopolítico - corre o risco de abrir uma “caixa de Pandora” que poderia enfraquecer, significativamente, as proteções dos direitos humanos.

5 Conclusão

Esse Comentário Editorial usa a ocasião da pandemia de COVID-19 para rever o sistema existente de derrogações aos tratados de direitos humanos durante emergências. Ele analisa os problemas que atualmente afligem o regime de derrogações e identifica uma ampla gama de reformas potenciais.

Essas propostas buscam abrir uma conversa sobre mudanças institucionais. A adoção de reformas abrangentes será difícil, mas algumas medidas benéficas podem ser tomadas sem tais medidas. Por exemplo, os Estados podem incorporar a exigência de apresentar avisos de derrogação no direito interno, os órgãos internacionais de especialistas podem emitir diretrizes não vinculativas e melhores práticas, e os depositários de tratados podem dialogar com os governos sobre a necessidade e o escopo das suspensões de direitos emergenciais. Além disso, a possibilidade de combinar propostas - como aquelas que impõem restrições adicionais aos Estados em algumas áreas, mas dão maior margem de manobra em outras - pode expandir o espaço político para reformas mais abrangentes. O objetivo de qualquer mudança institucional deveria ser incentivar os Estados a participar de um sistema que proporcione flexibilidade suficiente para responder

⁹⁸ HELFER, Laurence R. Pushback against supervisory systems: lessons for the ILO from international human rights institutions. In: KOHIYAMA, Tomi; POLITAKIS, George; LIEBY Thomas (eds.). *ILO 100 - Law for Social Justice*. Geneva: International Labour Office, 2019.

⁹⁹ ABDI JIBRIL ALI. Derogation from constitutional rights and its implication under the African charter on human and peoples' rights. *Law Democracy & Development*, v. 17, p. 82-90, 2013; MÜLLER, Amrei. *The relationship between economic, social and cultural rights and international humanitarian law*. Leiden: Brill Nijhoff, 2013.

¹⁰⁰ Rejeitando a alegação de que uma derrogação da CEDH era inválida sob a cláusula de poupança do tratado porque o governo não “proclamou oficialmente” uma emergência como exigido pela cláusula de derrogação PIDCP. COUNCIL OF EUROPE. *Branigan e McBride v. Reino Unido*, App. Nos. 14553/89, 14554/89 (TEDH 1993).

a crises e ameaças genuínas, ao mesmo tempo em que melhore as funções informativas, de supervisão e de prestação de contas das derrogações. As reformas, também, devem procurar pressionar os governos a minimizar as suspensões de direitos emergenciais e a reduzir e remover essas suspensões tão logo seja razoavelmente possível.

Referências

ABDI JIBRIL ALI. Derogation from constitutional rights and its implication under the African charter on human and peoples' rights. *Law Democracy & Development*, v. 17, p. 82–90, 2013.

ALTO COMISSARIADO PARA OS DIREITOS HUMANOS. *Compilação de declarações por órgãos do Tratado de Direitos Humanos no contexto de COVID-19*. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/TB/COVID19/External_TB_statements_COVID19.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

ANTKOWIAK, Thomas M. A “Dignified Life” and the resurgence of social rights. *Seattle University School of Law*, v. 18, n. 1, 2020.

CEDAW. *Nota de Orientação sobre CEDAW e COVID-19*. (22 de abril de 2020).

COGHLAN, Niall. Dissecting Covid-19 derogations. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/dissecting-covid-19-derogations> Acesso em: 15 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Resolución de la Presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Adopción de Medidas Urgentes, Caso Vélez Loor v. Panamá (26 de maio de 2020)*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/velez_se_01.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Habeas Corpus em Situações de Emergência. *Parecer consultivo OC-8/87, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. A) No. 8 (1987)*.

COUNCIL OF EUROPE. *Baş v. Turquia, App. No. 66448/17, para. 224 (TEDH 2020)*.

COUNCIL OF EUROPE. *Brannigan e McBride v. Reino Unido, App. Nos. 14553/89, 14554/89 (TEDH 1993)*.

COUNCIL OF EUROPE. *Case of a and others v. the United Kingdom*. Application no. 3455/05. 19 February 2009. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/499d4a1b2.pdf> Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *CDL-PI (2020)003-e*. Compilation of Venice Commission Opinions and Reports on States of Emergency (16 de abril de 2020). Disponível em: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2020\)003-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2020)003-e) Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Complete list of the Council of Europe's treaties*. Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354> Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Council of Europe Treaty Series - No. 2*. Explanatory Report to Protocol No. 16 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Disponível em: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383e> Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Doc. 14506*. Relatório do Comitê de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos. 27 de fevereiro de 2018.

COUNCIL OF EUROPE. *Guia sobre o artigo 15 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos: derrogação em tempo de emergência (31 de dezembro de 2019)*.

COUNCIL OF EUROPE. *Res. 2209 (2018): Estado de Emergência - Questões de Proporcionalidade Relativas às Derrogações nos termos do artigo 15 da CEDH (24 de abril de 2018)*.

COUNCIL OF EUROPE. *Resposta ao Rec. 2125 (2018), para. 6, Doc. 14770*. (5 de dezembro de 2018).

COUNCIL OF EUROPE. *Secretary General writes to Viktor Orbán regarding COVID-19 state of emergency in Hungary*. (24 de março de 2020). Disponível em: <https://www.coe.int/en/web/portal/-/secretary-general-writes-to-viktor-orban-regarding-covid-19-state-of-emergency-in-hungary> Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Selmouni v. França, App. No. 25803/94, para. 101 (TEDH Grand Chamber 2001)*.

COUNCIL OF EUROPE. *The rule of law checklist*. 2016. Disponível em: https://www.venice.coe.int/ima-ges/SITE%20IMAGES/Publications/Rule_of_Law_Check_List.pdf Acesso em: 15 set. 2021.

COUNCIL OF EUROPE. *Volodina v. Rússia, App. No. 41261/17, para. 77 (TEDH 2019)*.

DENNIS, Michael J.; STEWART, David P. Justiciability of economic, social and cultural rights: should there be an international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health? *American Journal of International Law*, v. 98, n. 3, p. 462-515, jul. 2004.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. European Convention on Human Rights. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/03/27/covid-19-and-the-european-convention-on-human-rights> Acesso em: 15 set. 2021.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. What can the European Court of Human Rights do in the time of crisis? *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/14/what-can-the-european-court-of-human-rights-do-in-the-time-of-crisis> Acesso em: 15 set. 2021.

EMMONS, Cassandra. International human rights law and Covid-19 states of emergency. *Verfassungsblog*, 2020. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/international-human-rights-law-and-covid-19-states-of-emergency> Acesso em: 15 set. 2021.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Irlanda v. Reino Unido, App. No. 5310/71, para. 207 (TEDH 1978)*.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Kuimov v. Rússia, App. No. 32147/04, para. 96 (TEDH 2009)*.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Marshall v. the United Kingdom, dec., No. 41571/98, ECtHR (Fourth Section)*, 10 July 2001.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Rantsev v. Chipre e Rússia, App. No. 25965/04, para. 282 (TEDH 2010)*.

FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Pandemic rulings: between dialogues and shortcuts at the Inter-American Court of Human Rights. *Iconnect*, 2020. Disponível em: <http://www.iconnectblog.com/2020/07/pandemic-rulings-between-dialogues-and-shortcuts-at-the-inter-american-court-of-human-rights> Acesso em: 15 set. 2021.

FARBER, Daniel A. Rights as signals. *The Journal of Legal Studies*, v. 31, n. 1, p. 83-98, jan. 2002.

FITZPATRICK, Joan. Human rights in crisis: the international system for protecting human rights during states of emergency. *The Modern Law Review*, v. 58, n. 2, p. 279-282, mar. 1995.

GEBREKIDAN, Selam. For autocrats, and others, coronavirus is a chance to grab even more power. *New York Times*, 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/03/30/world/europe/coronavirus-governments-power.html> Acesso em: 15 set. 2021.

GINSBURG, Tom; VERSTEEG, Mila. The Bound executive: emergency powers during the pandemic. Virginia public law and legal theory research paper No. 2020-52. *Public Law Working Paper No. 747*, 26 de julho de 2020. Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3608974> Acesso em: 15 set. 2021.

GREENE, Alan. States should Declare a State of Emergency Using Article 15 ECHR to confront the

coronavirus pandemic. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/01/states-should-declare-a-state-of-emergency-using-article-15-echr-to-confront-the-coronavirus-pandemic> Acesso em: 15 set. 2021.

GROSS, Oren. Chaos and rules: should responses to violent crises always be constitutional? *The Yale Law Journal*, v. 112, n. 5, p. 1011-1134, mar. 2003.

GROSS, Oren; NÍ AOLÁIN, Fionnuala. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

HAFNER-BURTON, Emilie M.; HELFER, Laurence R.; FARISS, Christopher J. Emergency and escape: explaining derogations from human rights treaties. *International Organization*, v. 65, n. 4, p. 673-707, out. 2011.

HANNUM, Hurst. *Rescuing human rights: a radically moderate approach*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

HARTMAN, Joan. Working Paper for the Committee of Experts on the Article 4 Derogation Provision. *Human Rights Quarterly*, v. 7, n. 1, p. 89-131, fev. 1985.

HELPER, Laurence R. Flexibility in international agreements. In: DUNOFF, Jeffrey L.; POLLACK, Mark A. (eds.). *Interdisciplinary perspectives on international law and international relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

HELPER, Laurence R. Populism and international human rights institutions: a survival guide. In: NEUMAN, Gerald L. (ed.). *Human rights in a time of populism: challenges and responses*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

HELPER, Laurence R. Pushback against supervisory systems: lessons for the ILO from international human rights institutions. In: KOHIYAMA, Tomi; POLITAKIS, George; LIEBY Thomas (eds.). *ILO 100 - Law for Social Justice*. Geneva: International Labour Office, 2019.

HELPER, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: embeddedness as a deep structural principle of the European Human Rights Regime. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 125-159, fev. 2008.

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS. *Case of the Yakey Axa Indigenous Community v. Paraguay*. Judgment of June 17, 2005.

INTERNATIONAL JUSTICE RESOURCE CENTER. *Inter-American Commission Issues Precautionary Measures as COVID-19 Threatens Indigenous Communities*. 2020. Disponível em: <https://ijrcenter.org/2020/07/22/inter-american-commission-issues-precautionary-measures-as-covid-19-threatens-indigenous-communities> Acesso em: 15 set. 2021.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. *Committees*. Disponível em: <https://www.ila-hq.org/index.php/committees> Acesso em: 15 set. 2021.

ISTREFI Kushtrim. *Supervision of derogations in the wake of COVID-19: a litmus test for the Secretary General of the Council of Europe*. 2020. Disponível em: <https://www.ejiltalk.org/supervision-of-derogations-in-the-wake-of-covid-19-a-litmus-test-for-the-secretary-general-of-the-council-of-europe> Acesso em: 15 set. 2021.

ISTREFI Kushtrim. To Notify or not to notify: derogations from human rights treaties. *Opinio Juris*, 2020. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2020/04/18/to-notify-or-not-to-notify-derogations-from-human-rights-treaties> Acesso em: 15 set. 2021.

ISTREFI Kushtrim; SALOMON, Stefan. Entrenched derogations from the European Convention on Human Rights and the emergence of non-judicial supervision of derogations. *Austrian Review of International and European Law Online*, v. 22, n. 1, p. 5-28, 2017.

- JOSEPH, Sarah. Extending the right to life under the International Covenant on civil and political rights: general comment 36. *Human Rights Law Review*, v. 19, n. 2, p. 356-359, jun. 2019.
- KOUROUTAKIS, Antonios; RANCHORDÁS, Sofia. Snoozing democracy: sunset clauses, de-juridification, and emergencies. *Minnesota Journal of International Law*, v. 25, 2016.
- KUYPER, Jonathan W. Designing Institutions for global democracy: flexibility through escape clauses and sunset provisions. *Ethics & Global Politics*, v. 6, n. 4, p. 195-215, 2013.
- LILLICH, Richard. The Paris minimum standards of human rights norms in a state of emergency. *American Journal of International Law*, v. 79, n. 4, p. 1072-1081, out. 1985.
- MARINIELLO, Triestino. Prolonged emergency and derogation of human rights: why the European Court should raise its immunity system. *German Law Journal*, v. 20, n. 1, p. 46-71, fev. 2019.
- MASFERRER, Aniceto. *Post 9/11 and the state of permanent legal emergency: security and human rights in countering terrorism*. Berlim: Springer, 2012.
- MCGOLDRICK, Dominic. The interface between public emergency powers and international law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 2, n. 2, p. 380-429, abr. 2004.
- MÜLLER, Amrei. *The relationship between economic, social and cultural rights and international humanitarian law*. Leiden: Brill Nijhoff, 2013.
- NEUMAN, Gerald L. Constrained derogation in positive human rights regimes. In: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- NÍ AOLÁIN, Fionnuala. The cloak and dagger game of derogation, in human rights in emergencies. In: CRIDDLE, Evan J. (ed.). *Human rights in emergencies*. Cambridge: Cambridge University Press, 2016.
- ORÀÀ, Jaime. *Human Rights in States of Emergency in International Law*. Don Mills: Oxford University Press, 1992.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Recent suspensions of guarantees regarding multilateral treaties*. Disponível em: http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_suspension_guarantees.asp Acesso em: 15 set. 2021.
- ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. *Res. No. 4/2020: direitos humanos das pessoas com covid-19 (27 de julho de 2002)*. Disponível em: <https://www.oas.org/en/iCADH/decisions/pdf/Resolution-4-20-en.pdf> Acesso em: 15 set. 2021.
- PASQUALUCCI, Jo M. The right to a dignified life (vida digna): the integration of economic and social rights with civil and political rights in the inter-american human rights system. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 31, n. 1, 2008.
- RAMRAJ, Victor V. *Emergencies and the limits of legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- REINSBERG, Lisa. Mapping the proliferation of human rights bodies' guidance on COVID-19 mitigation. *Just Security*, 2020. Disponível em: <https://www.justsecurity.org/70170/mapping-the-proliferation-of-human-rights-bodies-guidance-on-covid-19-mitigation> Acesso em: 15 set. 2021.
- SCHEININ, Martin. COVID-19 Symposium: to derogate or not to derogate? *Opinio Juris*, 2020. Disponível em: <https://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate> Acesso em: 15 set. 2021.
- SIMMONS, Beth A. *Mobilizing for human rights: international law in domestic politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- SIMPSON, A. W. Brian. *Human rights and the end of empire: Britain and the Genesis of the European Conven-*

tion. Oxford: Oxford University Press, 2001.

SSENYONJO, Manisuli. *Economic, social and cultural rights in international law*. London: Hart Publishing, 2009.

SUN, Nina. Applying Siracusa: a call for a general comment on public health emergencies. *Health & Hum. Rts. Journal*, 2020. Disponível em: <https://www.hhrjournal.org/2020/04/applying-siracusa-a-call-for-a-general-comment-on-public-health-emergencies> Acesso em: 15 set. 2021.

THE STATE'S positive obligations under IHRL during the coronavirus outbreak. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/04/29/announcement-webinar-the-states-positive-obligations-under-ihrl-during-the-coronavirus-outbreak-5-may> Acesso em: 15 set. 2021.

TZEVELEKOS, Vassilis P. Herd immunity and lockdown: the legitimacy of national policies against the pandemic and judicial self-restraint by the TEDH. *Strasbourg Observers*, 2020. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2020/05/11/herd-immunity-and-lockdown-the-legitimacy-of-national-policies-against-the-pandemic-and-judicial-self-restraint-by-the-TEDH> Acesso em: 15 set. 2021.

UNITED NATIONS, ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985).

UNITED NATIONS. *Compilation of statements by human rights treaty bodies in the context of COVID-19*. CCPR/C/128/2 (24 de abril de 2020).

UNITED NATIONS. *E/C.12/1/Add.59*. 2001.

UNITED NATIONS. *E/C.12/2000/4*. 11 August 2000. General Comment No. 14 (2000).

UNITED NATIONS. *General comment N. 29: CCPR/C/GC/35 (2014)*.

UNITED NATIONS. *General comment N. 29: states of emergency (article 4)*. CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 (2001).

UNITED NATIONS. *General comment N. 36: CCPR/C/GC/36 (2018)*.

UNITED NATIONS. *Notificações do Depositário (CNs) pela Secretária Geral*. Disponível em: <https://treaties.un.org/Pages/CNs.aspx?cnTab=tab2&clang=en> Acesso em: 15 set. 2021.

UNITED NATIONS. Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of human rights and fundamental freedoms while countering terrorism on the human rights challenge of states of emergency in the context of countering terrorism. *A/HRC/37/52 (28 de fevereiro de 2018)*.

**2 RESILIÊNCIA DEMOCRÁTICA:
CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO
TRANSFORMADOR CONTRA O RETROCESSO**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A comissão interamericana de direitos humanos como watchdog democrático: desenvolvendo um sistema de alerta precoce contra ataques sistêmicos

The inter-american commission on human rights as a democratic watchdog: developing an early warning system against systemic attacks

Patrícia Perrone Campos Mello

Danuta Rafaela de Souza Calazans

Renata Helena Souza Batista de
Azevedo Rudolf

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

A comissão interamericana de direitos humanos como watchdog democrático: desenvolvendo um sistema de alerta precoce contra ataques sistêmicos*

The inter-american commission on human rights as a democratic watchdog: developing an early warning system against systemic attacks

Patrícia Perrone Campos Mello**

Danuta Rafaela de Souza Calazans***

Renata Helena Souza Batista de Azevedo Rudolf****

Resumo

O presente artigo tem por objeto o exame e o aprimoramento de instrumentos de proteção contra ataques sistêmicos à democracia na América Latina. Na primeira parte, demonstra que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pode atuar como um relevante *watchdog* democrático, deflagrando um “sistema de alerta precoce” em situações de risco de retrocesso democrático. Na segunda parte, contribui para o desempenho da CIDH em tal missão. Esclarece que, nos tempos atuais, parte importante dos retrocessos democráticos se expressam por meio de processos de erosão progressiva da democracia, por meio de um ataque sistêmico às suas condições de funcionamento. Com base em tal constatação, propõe uma “matriz de análise de ataque sistêmico à democracia”, para fins de disparo do sistema de alerta precoce pela CIDH. O trabalho tem por marco teórico o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) e baseia-se em revisão bibliográfica.

Palavras-chave: Comissão Interamericana de Direitos Humanos; retrocesso democrático; erosão democrática; *watchdog* democrático; risco sistêmico; ataque sistêmico.

Abstract

This article seeks to examine and improve the tools for resilience against systemic attacks on democracy in Latin America. In the first part, it demonstrates that the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR) can act as an important democratic watchdog, triggering an “early warning system”, in situations of risk of democratic recession. In the second part, it seeks to contribute to the performance of the IACHR in such a mission. It clarifies that, in the current times, an important part of democratic setbacks are expressed through processes of progressive erosion of democracy, un-

* Recebido em 31/05/2021
Aprovado em 24/09/2021

** Professora do Programa de Mestrado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Doutora e Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Visiting Scholar no Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law, Heidelberg, Alemanha. Professora Associada do Programa de Mestrado da Universidade de São Paulo, sede de Ribeirão Preto. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro.
E-mail: pcamposmello@uol.com.br

*** Mestre pelo Programa de Mestrado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Procuradora Federal. Egressa da Escuela Virtual de Constitucionalismo Transformador en América Latina do Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha).
E-mail: danuta_rns@hotmail.com

**** Mestranda do Programa de Mestrado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Graduada em Direito e em Relações Internacionais, ambas as graduações pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Egressa da Escuela Virtual de Constitucionalismo Transformador en América Latina do Max Planck Institute of Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemanha). Especialista em Políticas Públicas com Ênfase em Gestão Governamental pela UPIS – Faculdades Integradas. Advogada e internacionalista.
E-mail: renata82@gmail.com

dertaking a systemic attack on its operating conditions. Based on this observation, it proposes an “analysis matrix of systemic attack on democracy”, for the purpose of triggering the early warning system by the IACHR. The theoretical framework of the paper is the *Ius Constitutionale Commune in Latin America* (ICCAL) and it is based on a bibliographic review.

Keywords: Inter-American Commission on Human Rights; democratic setback; democratic erosion; democratic watchdog; systemic risk; systemic attack.

1 Introdução

Nos dias atuais, golpes de estado com armas ou autogolpes deixaram de ser a forma principal por meio da qual a democracia é comprometida. O ataque às democracias, hoje, se dá, predominantemente, por meio de um processo de erosão gradual e progressiva, caracterizado por múltiplos atos que alteram as suas regras de funcionamento, desabilitam instituições essenciais ao exercício do controle do poder e ao adequado funcionamento democrático e concentram poderes, de modo geral, nas mãos do chefe do Executivo. Com o tempo, tal processo tende a reduzir a democracia a um mero mecanismo formal, sem qualquer chance de seleção de projetos alternativos de poder, ou a convertê-la em uma autocracia.

Tal forma de retrocesso é de difícil identificação. Isso porque o risco democrático não se expressa com clareza em cada ato que contribui para o processo de erosão. Cada um de tais atos, isoladamente, não parece possuir tal carga. É preciso que sejam examinados à luz do seu conjunto e de seus efeitos sistêmicos para que efetivamente se identifique um processo de erosão democrática. Até que se logre reconhecer tal processo e compreender as suas implicações, o sistema poderá ser desabilitado a ponto de não mais dispor de normas e instituições que permitam contê-lo ou revertê-lo quando finalmente se logre reconhecer o problema. Esse modo de operar de retrocessos democráticos é, por essa razão, mais difícil de enfrentar. Não tem um marco inicial claro e inequívoco.

O presente artigo demonstrará que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pode desempenhar um papel relevante para tal fim. Em virtude de suas atribuições e forma de funcionar, a CIDH pode deflagrar um *alerta precoce de risco de retrocesso*, a fim de sinalizar que teve início ou que está em curso um processo de erosão democrática em determinado país. Embora tal alerta precoce não resolva o problema e não se preste, por si só, a conter o retrocesso, ele pode funcionar como um incentivo para aumentar a vigilância sobre o país, mobilizar a comunidade internacional e se acionar outros mecanismos que possam buscar conter a erosão democrática. Nesse sentido, *a primeira contribuição deste trabalho é demonstrar que a CIDH pode atuar como “watchdog” democrático.*

A atuação da CIDH encontra, contudo, algumas dificuldades. Diferentemente de situações de golpes com armas ou autogolpes, nos casos de retrocesso por meio de processos de erosão democrática, é difícil identificar quando o processo teve início, quando medidas dispersas passam a oferecer, em seu conjunto, um risco consistente e real à democracia. Com o propósito de tratar desse problema, o trabalho propõe a construção de uma matriz de avaliação de *risco sistêmico à democracia*, a ser utilizada pela CIDH em sua atuação. Assim, a segunda contribuição do presente trabalho é o desenvolvimento de tal matriz. Essa matriz tem o propósito de conferir um caráter mais objetivo à avaliação da CIDH e incorporar e ela um conjunto plural de visões, de distintos agentes, sobre a situação democrática de um país. Nesse sentido, sustentamos, portanto, que a CIDH pode avaliar a situação democrática de um país com base nas múltiplas visões dos demais vigilantes democráticos que nele atuam.

Um último esclarecimento merece ser feito acerca da proposta aqui veiculada. Não se ignoram as críticas tecidas à atuação da CIDH, em especial quanto ao questionamento da legitimidade democrática da sua atuação, a eventuais influências políticas que possam impactá-la, à demora ou à alegada falta de transparência

de seu comportamento ou, ainda, quanto às tensões políticas no âmbito da OEA. Sem deixar de reconhecer que o sistema merece aperfeiçoamento, entendemos, com respaldo em ampla doutrina e na crescente atuação da sociedade civil junto à Comissão, que, ao longo do tempo, ela tem construído uma importante reputação na proteção de direitos relacionados à tutela da democracia. Além disso, não propomos que a CIDH funcione como um único *watchdog* democrático, e sim que funcione como um dos *watchdogs* democráticos e que, no desempenho dessa função, escute aos demais vigilantes democráticos e incorpore suas visões, com base na metodologia proposta no trabalho. De todo modo, abrimos um tópico apartado para o enfrentamento de tais pontos.

O artigo se divide em duas partes. A primeira parte cuida das categorias operacionais necessárias à sua compreensão, de normas e standards interamericanos de tutela da democracia e do papel a ser desempenhado pela CIDH no que respeita à deflagração de um alerta precoce de risco de retrocesso democrático. Ela se encerra com enfrentamento das críticas opostas à atuação da Comissão. A segunda parte demonstra como processos de erosão democrática ocorrem por meio de ataques sistêmicos à democracia, tendo por alvo seus *watchdogs*. À luz de tais constatações, propõe-se uma matriz de avaliação de risco democrático como instrumento a ser utilizado pela CIDH para fins de decidir disparar um alerta precoce. O trabalho baseia-se em revisão bibliográfica e tem por marco teórico o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

2 CIDH e Sistema de Alerta Precoce de Risco Democrático

2.1 Explicitando alguns conceitos e categorias essenciais

Antes de partir para a exposição antes aludida, optamos por tratar de alguns conceitos-chave e categorias operacionais que servem de base ao artigo. Acreditamos que a reunião de todos os referidos conceitos em uma mesma seção pode contribuir para sua sistematização, favorecendo a compreensão do leitor. Com esse objetivo, explicitamos abaixo os conceitos de democracia liberal, democracia iliberal, erosão democrática, *watchdogs* democráticos, sistema de alerta precoce de retrocesso democrático e matriz de análise de ataque sistêmico à democracia. Sem prejuízo disso, alguns conceitos serão revisitados e aprofundados no curso do trabalho. Isso ocorrerá com as categorias de erosão democrática e *watchdogs* democráticos, porque o aprofundamento é fundamental para a formulação da matriz de risco.

A *democracia liberal* corresponde a um regime em que se asseguram não apenas eleições periódicas, mediante sufrágio universal, mas igualmente a proteção a direitos fundamentais e o exercício limitado do poder político. Isso porque, por um lado, sem a proteção a direitos fundamentais, não há como falar em cidadania real ou em escolha autônoma de governantes. Por outro lado, democracia pressupõe que o poder seja exercido pelos representantes no interesse dos representados. Portanto, integram a noção de democracia liberal a concepção de Estado de Direito, que implica a sujeição de todas as autoridades e instituições ao direito, e de *accountability*, consistente no dever de transparência, prestação de contas e responsabilização de representantes perante representados. Nessa medida, democracia liberal e democracia constitucional são convergentes, já que é por meio das constituições que se promove a proteção a direitos fundamentais e a limitação do exercício do poder político.¹

¹ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. Defining and Tracking the Trajectory of Liberal Constitutional Democracy. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 29-48. Os autores definem “democracia liberal constitucional” como aquela que assegura sufrágio periódico, amplo e justo, elemento que estaria conectado ao termo “democracia”; direitos liberais associados ao funcionamento democrático, em alusão ao termo “liberal”; e Estado de Direito, em referência à expressão “constitucional” (p. 36). A noção é convergente com a concepção de democracia liberal que formulamos acima.

Democracia iliberal é uma expressão que vem sendo utilizada para aludir a regimes que asseguram processos eleitorais, sem, contudo, proteger direitos fundamentais e/ou com limites muito tênues ao exercício do poder político.² Trata-se de regimes democráticos apenas sob um ponto de vista muito estrito ou formal — se é que se trata de regimes democráticos — porque, embora assegurem o exercício do sufrágio, o fazem em condições em que as pessoas não detêm direitos que lhes permitam formar a sua convicção e fazer escolhas conscientes (como liberdade de informação e de imprensa); e permitem que as regras do jogo democrático sejam alteradas a ponto de comprometer as eleições como mecanismo que possa realmente promover a concorrência entre projetos distintos de poder. Nessas condições, democracias iliberais são democracias de fachada, que tendem a evoluir para regimes autoritários.

Denomina-se *erosão democrática* o processo pelo qual democracias se transformam em democracias iliberais e, eventualmente, em regimes autoritários. Tais processos, nos dias atuais, envolvem um conjunto de atos que buscam reduzir direitos e desabilitar os limites e os controles sobre o exercício do poder político, de modo a possibilitar que uma liderança autoritária — geralmente o chefe do Poder Executivo — atue com poderes cada vez mais concentrados e com constrangimentos mínimos. A agenda de erosão democrática envolve a alteração de regimes jurídicos, ataques e tentativas de captura a instituições e atores que atuam no controle do exercício do poder. A dificuldade nos processos de erosão democrática está em identificar quando atos difusos constituem, em seu conjunto, um ataque sistêmico e concatenado à democracia.^{3 4} Na seção 7, o conceito de erosão democrática é retomado, com o propósito de aprofundá-lo e de fazer sua conexão com ataques a *watchdogs* democráticos.

É importante, contudo, esclarecer que a doutrina vem reconhecendo que, se, no passado, prevaleciam processos de ruptura democrática com o recurso às armas, supressão de instituições pela força e opressão à sociedade civil, hoje, tal processo tende a dar-se de forma mais sutil e progressiva. De todo modo, embora o fenômeno da erosão descarte o golpe com armas, ele também implica uma espécie de “golpe democrático”, porque produz retrocesso, mesmo que sem recurso a armas⁵. A diferenciação é importante não porque a hipótese de que tratamos seja menos ou mais grave e sim porque desafia ferramentas específicas de combate.

Ataque sistêmico à democracia significa um conjunto de atos que, tomados isoladamente, não necessaria-

² Aparentemente, o termo foi utilizado pela primeira vez por Zakaria, F. The rise of illiberal democracies. *Foreign Affairs*, n. 76, p. 22, 1997.

³ LEVITISKY, S.; ZIBLATT, D. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018; SCHEPELLE, K., Constitutional Coups and Judicial Review: How transitional institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary). *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 23, 2014. p. 51-117; SADURSKI, W. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 162-192; LANDAU, D., Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time as Tragedy, the Second as Farce. In: GRABER, M. A.; LEVINSON, S.; TUSHNET, M. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 161-176; TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, 2003-2004, p. 523-553; Huq, Aziz; Ginsburg, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA Law Review*, n. 65, p. 78-91, 2018.

⁴ A erosão democrática pode ocorrer por meio do fenômeno da *lawfare*. A concepção de *lawfare* foi usada, inicialmente, para se referir ao uso estratégico do direito como arma de guerra e, mais recentemente, vem sendo invocada para aludir ao uso estratégico do Direito para deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo político. O conceito é utilizado com esse último significado por alguns autores brasileiros para tratar do *impeachment* da Presidente Dilma Rousseff e/ou da inelegibilidade do Presidente Luís Inácio Lula da Silva. A nota é inserida aqui a título de esclarecimento, dado que recorreremos a marco teórico diverso, embora compatível. Vale assinalar, ainda, que o presente artigo não se propõe a tratar do retrocesso democrático no Brasil ou em qualquer outro país em particular, tampouco tem por objeto governos de qualquer viés ideológico. Propõe-se tão-somente a refletir sobre estratégias de contenção de tais retrocessos. De todo modo, sobre o conceito de *lawfare*, v. DUNLAP, J. Lawfare today: a perspective. *Yale Journal of International Affairs*, 2008, p. 146-154; KITTRIE, Orde F. *Law as a weapon of war*. Oxford: Oxford University Press, 2016. No Brasil, cf. ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019. Sobre retrocesso democrático no Brasil e na linha indicada, v., ainda, a título ilustrativo, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Democracia em crise no Brasil*. Rio de Janeiro e São Paulo: Eduerj e Contracorrente, 2020.

⁵ Nesse sentido, quanto ao retrocesso democrático experimentado na Hungria, v. SCHEPELLE, K., Constitutional Coups and Judicial Review: How transitional institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary). *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 23, p. 51-117, 2014; quanto aos processos de *impeachment* ocorridos no Paraguai, em 2012, e no Brasil, em 2016, a hipótese está ao menos sugerida em: REIS, Rosana Tocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante de processos de ruptura democrática. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, 2017, p.1590-1596.

mente expressam um risco democrático. Todavia, tomados em seu conjunto e em seu contexto revelam o propósito e a aptidão para desabilitar mecanismos e instituições que asseguram o adequado funcionamento do jogo democrático, colocando a própria democracia em risco.

“*Watchdogs*” ou *vigilantes democráticos* são instituições ou atores que, por suas atribuições, formais ou informais, asseguram o adequado funcionamento do processo democrático, exercendo controle e crítica sobre a forma como lideranças autoritárias atuam⁶. Os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a título ilustrativo, são *watchdogs* democráticos, dado que podem denunciar ou condenar violações que estejam em curso em âmbito interno. Na seção 8, trataremos dos *watchdogs* democráticos e proporemos uma forma de classificar tais *watchdogs* que permite uma melhor compreensão de como funcionam.

Sistema de alerta precoce é a denominação que atribuímos neste trabalho à possibilidade de um *watchdog* democrático — no caso a Comissão Interamericana de Direitos Humanos — identificar e deflagrar um aviso de que há um processo de erosão democrática em curso, de modo a que outros agentes possam atuar com vistas a pressionar por sua contenção. Trata-se de medida de imenso valor porque há maiores chances de enfrentar tal processo quando ele é identificado em seu começo. Após seu avanço, o comprometimento da rede de *watchdogs* democráticos pode ser de tal ordem que não seja mais possível conter o retrocesso.⁷

Por fim, a *matriz de avaliação de ataque sistêmico à democracia*, tal como proposta neste trabalho, corresponde a um conjunto de elementos a serem examinados pela CIDH, de modo a verificar se há sinais de tal ataque sistêmico em determinado país e, portanto, avaliar se deve deflagrar o sistema de alerta precoce.

2.2 *Ius Constitutionale Commune* na América Latina

Na América Latina, especialmente partir da segunda metade do século XX, com o fim das ditaduras que marcaram a região e com o retorno da vasta maioria dos Estados americanos à governança democrática, o constitucionalismo latino-americano iniciou uma gradativa abertura ao direito internacional dos direitos humanos, por meio de sucessivas reformas nas constituições nacionais⁸. Nesse cenário, desenvolveu-se um direito comum, expresso com base na interação entre os sistemas constitucionais nacionais e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Dessa interação surge o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina – ICCAL, uma concepção que parte de uma visão transformadora do direito público, para o enfrentamento dos desafios contemporâneos na região latino-americana. ICCAL busca desenvolver ferramentas que permitam realizar as promessas das novas constituições, consistentes na proteção e promoção aos direitos humanos, consolidação da democracia e do Estado de Direito⁹.

O conceito do ICCAL abrange *três dimensões* fundamentais: *a analítica, a normativa e a acadêmica*. Sob a

⁶ Para outros trabalhos que usam categoria semelhante, v. ROSANVALLON, Pierre. *Counter-democracy: Politics in the Age of Distrust*. Trad. Arthur Goldhammer. Cambridge: Cambridge University Press, 2008; FEREJOHN, John. *Accountability and Authority: Toward a Theory of Political Accountability*. In: PRZEWOERSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (ed.). *Democracy, accountability and representation*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999. p. 131-153. Entre autores nacionais: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Democracias iliberales y derechos humanos: el papel de los tribunales internacionales*. Universität Pompeu Fabra (no prelo), 2020.

⁷ Proposta semelhante encontra-se em PERINA, Rubén M. Los desafíos de la carta democrática interamericana. *Estudios Internacionales*, v. 173, p. 7-36, 2012. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/46535002.pdf>>. Acesso em 17 maio 2021.

⁸ BORGES, Bruno Barbosa. PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Rev. direitos fundam. democ.*, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019. p. 9. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1328>. Acesso em: 18 de maio de 2021; FIGUEIREDO, Marcelo. Constitucionalismo Latino-americano e Cultura Constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 732.

⁹ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado*, p. 3-50, jan./jun. 2015, p. 17. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4198/4643>>. Acesso em: 17 maio 2021; para concepção semelhante, que compreende a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos como um Tribunal Constitucional, v. LEGALE, Siddharta. *A Corte Interamericana de Derechos Humanos: Exposición e análise crítica dos principais casos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 188-196.

perspectiva analítica, o ICCAL diz respeito a um conjunto de normas, composto, de um lado: (i) pelas constituições nacionais dos países da América Latina e pela jurisprudência de suas respectivas cortes; e, de outro lado: (ii) pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, incluindo a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), demais instrumentos jurídicos interamericanos (entre eles, a Carta Democrática Interamericana) e a jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

O ICCAL tem igualmente uma *função normativa*, já que esse conjunto de normas jurídicas tem por objetivo o desenvolvimento de um *constitucionalismo transformador*, isto é, de um constitucionalismo que busca efetivamente concretizar as grandes promessas das constituições dos países da região. O ICCAL tem, ainda, um *enfoque acadêmico*, na medida em que também compreende um grupo de investigadores da América Latina, da Europa e de diversos outros países, que colaboram para estudar os fenômenos típicos da região latino-americana, sempre com uma orientação voltada à plena implementação dos princípios relacionados aos direitos humanos, à democracia e ao Estado de direito na região¹⁰.

Essa construção conjunta de normas e *standards* comuns permite que os países da América Latina enfrentem processos e desafios em comunidade, respaldados não apenas nos ordenamentos jurídicos nacionais, mas também na experiência de outros países e nas decisões e jurisprudência da Corte IDH e da CIDH. Há uma progressiva interamericanização dos órgãos nacionais, na medida em que incorporam, em seus entendimentos, *standards* internacionais desenvolvidos pelo SIDH, e, ao mesmo tempo, desenvolvem *standards* nacionais que também são aplicados pelo SIDH.

2.3 ICCAL, proteção à democracia e teste democrático

Como já observado, o ICCAL se ocupa não somente da promoção e proteção dos direitos humanos e do Estado de Direito, mas também visa à consolidação da democracia na América Latina. Os diversos instrumentos normativos que integram o *corpus iuris* latino-americano em matéria de democracia — entre eles, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), o Protocolo de São Salvador, o Protocolo de Washington que alterou a Carta da OEA e, por fim, a Carta Democrática Interamericana (CDI) — reconhecem a existência de uma relação de interdependência entre a proteção à democracia e aos direitos humanos.

Nesse sentido, a título ilustrativo, a Carta da OEA afirma que a democracia representativa “é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região”; a CADH e o Protocolo de São Salvador, já na primeira declaração de seus preâmbulos, comprometem-se com o propósito de consolidar, na América Latina, um regime de liberdade pessoal, justiça social e respeito aos direitos humanos “dentro do quadro das instituições democráticas”. O Protocolo de Washington altera o art. 9º da Carta da OEA para prever a suspensão de país cujo governo democraticamente eleito seja deposto pelo uso da força. Por fim, a Carta Democrática Interamericana (CDI) busca consolidar e sistematizar a compreensão do SIDH sobre a democracia e seus avanços¹¹, reconhecendo um direito humano à democracia, entendido como o direito do cidadão à existência de um regime político em que sejam garantidos os seus elementos essenciais e componentes fundamentais.

¹⁰ BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; SOLEY-IUS Ximena. *Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 17-54, especialmente p. 19-20. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4745/3.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4745/3.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

¹¹ PERINA, Rubén M. Los desafíos de la carta democrática interamericana. *Estudios Internacionales*, v. 173, p. 7-36, 2012. p. 9-14. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/46535002.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

A partir de tais instrumentos internacionais em geral, e em especial com base na CDI, tem-se defendido a adoção de um *teste democrático*, voltado a analisar o equilíbrio da democracia, defendendo-se que tal teste democrático pode constituir um critério para definir “*linhas vermelhas*” que os Estados não devem ultrapassar na matéria¹². Nesse sentido, o teste democrático se firma em *três pilares*: (i) na presença dos elementos essenciais da democracia representativa (ars. 3º e 4º da CDI), a saber: direitos humanos, eleições periódicas, sufrágio universal e secreto, regime pluralista de partidos e organizações, *accountability* dos governos na gestão pública, separação e independência entre os poderes, Estado de Direito, liberdade de expressão e de imprensa e direitos sociais; (ii) na relação de condicionalidade entre democracia e direitos humanos (art. 7º e 8º); (iii) na relação de interdependência entre democracia e desenvolvimento econômico e social (arts. 11 a 13)¹³.

É justamente com base em tal marco que se busca construir, por meio do presente trabalho, uma matriz de risco que sirva de base para que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos faça soar um sistema de alerta precoce, indicando à comunidade internacional que determinado país parece estar entrando em processo de erosão democrática.

2.4 A CIDH como *watchdog* democrático

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) atua em desdobramento funcional, tanto como órgão componente da Organização dos Estados Americanos (OEA) quanto como órgão integrante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o último estruturado com base na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). Ela representa todos os membros da Organização¹⁴, inclusive aqueles que não são signatários da CADH¹⁵. Por essa razão, mesmo os Estados que não ratificaram a Convenção Americana podem ser alvo de procedimento perante a CIDH, em casos de violações a direitos humanos, com base nas obrigações assumidas nos termos da Carta da OEA e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem¹⁶. De todo modo, no âmbito do CADH, as atribuições da CIDH ganham maior força porque além de apurar as violações eventualmente em curso nos Estados, ela pode promover, junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), sua responsabilização internacional.¹⁷

A CIDH desempenha quatro funções principais: (i) elaboração de relatórios; (ii) realização de visitas *in loco* aos países integrantes da OEA, bem como investigações sobre situações específicas; (iii) análise de petições e comunicações individuais, nos termos do Artigo 44 da CADH; e (iv) adoção de medidas cautelares, em caso de gravidade e urgência. No que tange à elaboração de relatórios, também chamados de informes, seu objetivo central é promover e monitorar a implementação dos direitos humanos nos estados america-

¹² ANTONIAZZI, Mariela Morales Antoniazzi; CASAL; Jesús María. Democracia y derechos humanos en venezuela: desconstitucionalización y desinteramericanización. In: BREWER-CARÍAS, Allan R. *Elecciones y democracia en América Latina: El Desafío Autoritario-Populista*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Internacional. p. 251-254.

¹³ A CDI é atualmente um dos mais relevantes instrumentos de análise e proteção à democracia no SIDH. Sua fragilidade está, contudo, em não constituir um tratado e, portanto, uma norma vinculante de direito internacional dos direitos humanos. Trata-se, de todo modo, de *soft law*, prestando-se, nessas condições, a expressar a interpretação das instituições do SIDH ao alcance da democracia e aos instrumentos que podem ser deflagrados em sua defesa.

¹⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Artigo 35. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

¹⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Artigo 53. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

¹⁶ Nessas situações, a CIDH fará recomendações aos governos dos respectivos Estados e poderá propor soluções amigáveis, mas não poderá iniciar na Corte IDH ações internacionais de responsabilidade por violação de direitos humanos, pois somente Estados que sejam partes na CADH e que tenham admitido a competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos poder ser ali demandados.

¹⁷ PIOVESAN, Flavia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Forense, 2019. p. 290.

nos, bem como alertar sobre eventuais abusos e violações perpetradas¹⁸. Nessa linha, a Comissão, elabora três tipos de relatórios: (i) os relatórios anuais¹⁹, encaminhados para a Assembleia Geral da OEA, por meio dos quais a CIDH atualiza o principal órgão político da Organização sobre a situação dos direitos humanos nos diferentes países²⁰; (ii) os relatórios de países²¹, relativos à situação dos direitos humanos em um determinado país, por meio dos quais analisa casos que afetem gravemente a vigência dos direitos humanos; (iii) os relatórios temáticos²², que visam examinar a situação de tais direitos quanto a determinados grupos, comunidades e povos, que estão especialmente expostos a violações, por sua situação de vulnerabilidade e histórico de discriminação.

A CIDH realiza, ainda, visitas *in loco* aos países integrantes da OEA, bem como investigações sobre situações específicas. Muitas vezes, as visitas ocorrem com base nos relatórios, a fim de que a CIDH tenha condições de investigar de maneira adequada a situação dos direitos humanos e da democracia nos Estados. A possibilidade de realizar visitas *in loco*, a todos os países da OEA, está prevista no Artigo 18, “g”, do Estatuto da CIDH, que prevê a anuência ou convite do governo respectivo. A Convenção, por sua vez, prevê em seu art. 48, “d”, que a Comissão poderá, se entender necessário ou conveniente, proceder a uma investigação, ficando os Estados obrigados a proporcionar-lhe todas as facilidades necessárias para a sua eficaz realização.

A terceira grande função da CIDH é a de examinar petições individuais ou de grupos de indivíduos, ou, ainda, de entidades não governamentais, em que se denunciem que um determinado país violou um direito consagrado na Declaração Americana, na Convenção Americana ou em outros instrumentos dos direitos humanos. Esse é um diferencial relevante da CIDH com relação a outros órgãos: a permeabilidade à atuação direta da sociedade civil. Em virtude dela, desenvolveu-se uma importante rede transnacional de *advocacy* em âmbito latino-americano, que envolve organizações internacionais, nacionais, movimentos sociais e outros na propositura de litígios estratégicos, objetivando não apenas a reparação de violações, mas a mudança de comportamentos estatais e a alteração de políticas públicas, com considerável impacto transformador sobre a região. Tal permeabilidade é, ainda, um mecanismo que se presta incorporar uma pluralidade de vozes acerca do que efetivamente se passa nos respectivos países²³.

Com relação aos Estados membros da OEA que não são parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o art. 20, “b”, do Estatuto da CIDH afirma que a Comissão terá a atribuição de examinar as comunicações que lhe forem dirigidas e qualquer informação disponível²⁴. Para os Estados que são parte

¹⁸ CAMPOS, Barbara Pincowska Cardoso; AGUIAR, Ana Laura Becker. Órgãos, normas e mecanismos de monitoramento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: ALBUQUERQUE, Aline; PERES, Luciana. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 56.

¹⁹ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatórios temáticos e de país*. Disponíveis em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/relatorios.asp>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 84.

²¹ OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatórios temáticos e de país*. Disponíveis em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/relatorios.asp>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

²² OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Relatórios anuais*. Disponíveis em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/anales.asp>. Acesso em: 17 de maio de 2021.

²³ PIOVESAN, Flávia. COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, *e-book*; e *Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: O Impacto do Sistema Interamericano*. *Revista dos Tribunais*, p. 9-10, disponível em: <https://revistadotribunais.com.br/maf/app/widgethomepage/delivery/document#1/>. Acesso em: 22 jul. 2021; LEGALE, Siddharta. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como Ministério Público Transnacional? Entre a análise empírica e uma visão impressionista. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, *e-book*; MAIA, Marielle; LIMA, Rodrigo Assis. O ativismo de direitos humanos brasileiro nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1970-2015), *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, 2017, p. 1422; SANTOS, Cecília Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estados: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 7, ano 4, p. 27-57, 2007, p. 36, 44-45; REIS, Rosana Tocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante de processos de ruptura democrática. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, p.1577-1602, 2015, p. 1584.

²⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Artigo

da CADH, o exame de petições de vítimas de violações de direitos humanos está previsto no Artigo 44 da CADH²⁵ e compete à CIDH a decisão sobre levar ou não o caso à Corte IDH²⁶. Os indivíduos não têm acesso direto à Corte IDH. Nessas condições, *a CIDH é o canal pelo qual um cidadão pode acionar o SIDH para a salvaguarda de direitos*.

A Comissão possui, ainda, a atribuição de adotar medidas cautelares em casos de gravidade e urgência²⁷. As medidas cautelares podem ser solicitadas no âmbito de um caso individual em andamento ou de maneira independente. Vale mencionar que essa prática foi iniciada no contexto de redemocratização da América Latina, nos anos 80, institucionalizando-se, posteriormente, em regulamento²⁸.

Ao lado de tais atribuições formais, há, ainda, a política informacional adotada pela CIDH, que abrange comunicados de imprensa e twittes, contribuindo para aumentar o impacto e a visibilidade do que ocorre nos países, além de um enfoque promocional, por meio do qual busca oferecer assistência para fortalecer uma cultura de respeito aos direitos humanos²⁹.

Embora as atribuições da CIDH tenham por foco a promoção e proteção de direitos humanos, há, como já demonstrado, *uma relação de condicionalidade e interdependência entre direitos humanos e democracia*. Trata-se de relação de implicação recíproca não apenas aferível em termos práticos, mas normativamente reconhecida no âmbito da Carta da OEA, da CADH e da CDI, entre outras normas internacionais relevantes. Em tais condições, proteger e promover direitos humanos implica proteger a democracia e vice-versa, já que sem democracia tais direitos estarão comprometidos e sem eles não há efetivamente democracia.

Tal relação de interdependência entre direitos e democracia constitui premissa e ponto de partida de todo o sistema. A própria CIDH reconhece tal relação de modo inequívoco, fazendo incluir em seus informes um item sobre as condições de “institucionalidade democrática” nos respectivos países da região³⁰. Nessas condições, não há dúvida de que a CIDH detém um mandato de vigilância e de proteção da democracia nos distintos Estados em que atua e que, por consequência, é ela própria um *watchdog* democrático³¹.

20, alínea b. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>. Acesso em: 17 maio 2021.

²⁵ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 159.

²⁶ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 301.

²⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Art. 25.1. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

²⁸ CAMPOS, Barbara Pincowska Cardoso; AGUIAR, Ana Laura Becker. Órgãos, normas e mecanismos de monitoramento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: ALBUQUERQUE, Aline; PERES, Luciana. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 58.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020. *E-book*.

³⁰ Cf. o Relatório de país sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, de 2021, que menciona, a partir da p. 155, a situação de institucionalidade democrática brasileira. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em 23 maio 2021.

³¹ No mesmo sentido: REIS, Rosana Tocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante de processos de ruptura democrática. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, 2017, p.1577-1602. Para múltiplos casos que expressam o impacto da CIDH no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um todo, na defesa da democracia e de direitos humanos, v. PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: O Impacto do Sistema Interamericano. *Revista dos Tribunais*, p. 1-13, disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document# 1/>, acesso em 20 jul. 2021. Para idêntico exame no ordenamento jurídico brasileiro, v.: sobre liberdade de imprensa e acesso à informação como condições para a democracia: OLIVEIRA, Ariel Linda Oliveira; MAIA, Giulia Alves; CAUSANILHAS, Tayara; MAMEDE, Thainá Mamede. Jornalistas, Liberdade de expressão e Direito à informação. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, *e-book*; sobre violação a direitos humanos e ambientais de comunidades vulneráveis: ALMEIDA, Raquel Santos de. Meio ambiente e moradia. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, *e-book*; sobre direitos de povos originários: SOUSA, Adriano Corrêa; MUÑOZ, Juanita Miluska Buendía. Povos Originários. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos

2.5 A CIDH como protagonista de um sistema de alerta precoce

Como *watchdog*, a CIDH é um ator especialmente bem posicionado para identificar que um processo de erosão democrática está em curso. Isso porque, como mencionado acima, ela exerce um monitoramento constante sobre os países por meio dos informes anuais, dos informes de país e dos informes temáticos. Além disso, é o único órgão acessível, de imediato, a cidadãos e órgãos da sociedade civil que desejem denunciar um processo de erosão democrática, já que não podem acionar diretamente a Corte IDH. Nessas condições, as atribuições da CIDH, tal como idealizadas, permitem que tome conhecimento quase de imediato de medidas que podem configurar “ataques sistêmicos” à institucionalidade democrática.

O repertório de informes e atuações da CIDH traz inúmeros exemplos disso. Veja-se, por exemplo, o Relatório Especial sobre Liberdade de Expressão na Venezuela, elaborado pela CIDH em 2009. No documento, a Comissão Interamericana já expressava preocupação com a situação da liberdade de expressão na Venezuela e mencionava diversas condutas adotadas pelo Governo Hugo Chaves que indicavam uma tentativa de desacreditar a imprensa nacional, de minar a liberdade de expressão e de incitar a comportamentos de violência contra meios de comunicação e jornalistas.³² Ainda que se possa considerar que o país já enfrentava uma crise democrática então, não há com negar que a situação se deteriorou profundamente após o informe³³. Nesse sentido, ele já sinalizava o problema e poderia ter servido como um alerta³⁴.

No Relatório Anual 2019, a CIDH destinou o capítulo IVB à Nicarágua, assinalando que estava em curso no país uma grave violação aos elementos e instituições fundamentais da democracia representativa. Assinalou a falta de independência do Legislativo perante o Executivo, o comprometimento do Estado de Direito e a violação à independência do Judiciário e de funções essenciais da justiça. Observou, ainda, que tal estado de coisas contribuiu para a perpetuação da crise de direitos humanos no país e para uma situação de impunidade estrutural com respeito às suas respectivas violações. Em tais condições, o informe traz elementos que demonstram que a crise em Nicarágua tende a se intensificar e cumpre uma função de alerta quanto aos riscos de agravamento da situação.³⁵

Finalmente, no Relatório de País de 2021, a CIDH manifestou preocupação quanto à institucionalidade da democracia participativa no Brasil, observando que colegiados que contemplavam a participação da sociedade civil foram suprimidos e que algumas instâncias participativas asseguradas por lei estariam passando por um processo de enfraquecimento³⁶. Em além disso, em matéria de direitos humanos, a Comissão assinalou:

“[...] a CIDH observa com preocupação a diminuição da intensidade no processo de fortalecimento institucional na área dos direitos humanos. Em particular, observam-se retrocessos significativos na implementação de programas, políticas públicas e na garantia de orçamentos em áreas essenciais, como verificado nas visitas e entrevistas realizadas durante a visita ao país. A institucionalidade existente tem

da UFRJ, 2020. *E-book*.

³² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe Especial sobre la Libertad de Expresión en Venezuela*. p. 25-30. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/paises/Informe%20%20Especial%20LE%20en%20Venezuela%202009>>.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

³³ BBC. *Protestos pressionam governo na Venezuela; entenda a crise*. 17 fev. 2014. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/02/140217_protestos_venezuela_entenda_cc>. Acesso em: 19 maio 2021.

³⁴ A despeito da relevância do informe, a CDI somente veio a ser invocada pelo Secretário-Geral da Organização em 2016, sete anos após a sua apresentação. O episódio indica que o problema não está apenas no diagnóstico sobre a existência de um processo de erosão democrática, mas também nos mecanismos de resposta a ele e, sobretudo, na disposição política para isso. Esse aspecto extrapola o objeto do trabalho, embora seja um ponto de relevância, que igualmente merece debate. Cf. OEA. *OSG 243/16*. 30 maio 2016. p. 1. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

³⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe Anual 2019. Capítulo IV. B Nicaragua*. p. 413-499, especialmente p. 435-436 e 443-445. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4BNI-es.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

³⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos Direitos Humanos no Brasil. Capítulo 6*. 2021 p. 157. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

perdido empoderamento político, prioridade e centralidade nas ações e na comunicação do Estado. Ademais, algumas instituições, como as instâncias de participação social, passam por um processo de extinção ou enfraquecimento, o que a Comissão vê com grande preocupação.³⁷

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também atua como *watchdog* democrático, disparando um alerta precoce de risco democrático, quando — como se explicou —, com fundamento no artigo 25 do Regulamento da CIDH, adota medidas cautelares em casos de gravidade e urgência. Foi o que ocorreu em janeiro de 2021, quando concedeu medidas cautelares em favor de trinta e quatro membros do Jornal *El Faro Digital* de El Salvador, em virtude de atos de assédio, intimidação, ameaças e estigmatização, por parte de autoridades públicas, relacionados ao exercício da liberdade de expressão em assuntos de interesse público. Na ocasião, a CIDH determinou ao Estado de El Salvador que adotasse as medidas necessárias para preservar a vida, a integridade física e a liberdade de expressão dos jornalistas^{38, 39}.

Entretanto, para o adequado funcionamento de um sistema de alerta precoce em casos de erosão democrática, não basta que a CIDH indique a existência de um ou outro elemento que comprometa o adequado funcionamento da democracia. É preciso que a Comissão vá além disso e demonstre que determinados atos, em seu conjunto e no contexto em que estão sendo praticados, se inserem em um *quadro maior: de ataque sistêmico à democracia*.

Em tais condições, deve, ainda, explicitar a imperativa necessidade de atuação imediata, ampla e também sistêmica dos órgãos do SDIH para que tal quadro não evolua para uma situação de difícil reversibilidade, pelas razões que serão exploradas em profundidade na Parte III deste trabalho. Por ora, é importante reiterar, contudo, que não basta, para um sistema de alerta precoce de riscos de erosão democrática que a CIDH aprecie ações isoladas. A Comissão precisa situar tais ações em um contexto mais amplo, de desabilitação de instituições fundamentais à proteção da democracia.

2.6 Críticas dirigidas à atuação da CIDH

Antes de seguir para a parte propositiva do presente artigo, abrimos um espaço para enfrentar as críticas tecidas à atuação da Comissão Interamericana. Nessa linha, uma primeira objeção dirigida à atuação da CIDH pondera que a Comissão, em certos casos, já funcionou ou pode funcionar como um instrumento para conformar o comportamento dos demais Estados a interesses hegemônicos internacionais. Em tal sentido, observa-se que, embora os Estados Unidos da América sejam o principal financiador do SIDH, têm um comportamento refratário às recomendações da CIDH sobre questões internas do país. De fato, o comportamento ambíguo por parte dos EUA não contribui para a autoridade da CIDH⁴⁰. Ainda assim, a CIDH tem se mantido firme em recomendações e no deferimento de medidas cautelares contrárias aos interesses norte-americanos.

Por outro lado, um indicativo da credibilidade conquistada pela Comissão é a crescente busca por peti-

³⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos Direitos Humanos no Brasil. Capítulo 6*. 2021. p. 158. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

³⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução 12/2021. Medida Cautelar n. 1051-20*. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/res_12-2021_mc-1051-20_es.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

³⁹ Vale ressaltar, contudo, que nem sempre o comportamento da CIDH, quanto a alegados retrocessos democráticos, é acolhido por uma percepção unânime da doutrina quanto a seu acerto ou desacerto. Nesse sentido, v., quanto a ações ou omissões adotadas, em casos envolvendo o Paraguai e o Brasil: REIS, Rosana Tocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante de processos de ruptura democrática. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, 2017, p.1590-1596.

⁴⁰ MAIA, Marielle. Um peso e duas medidas: as interações entre o Departamento de Estado dos Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. In: MAIA, Marielle; MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei (org.). *Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Denúncias, interações mobilizações*. Brasília: FUNAG, 2017, p. 103-132; MACEDO, Carlos Gustavo. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos no discurso do Congresso norte-americano – de 1989 a 2004. In: MAIA, Marielle; MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei (org.). *Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Denúncias, interações mobilizações*. Brasília: FUNAG, 2017, p.133-165.

cionamento perante ela, em especial por organizações da sociedade civil, que são um dos principais atores perante o órgão⁴¹. Essa busca é prova de que a própria sociedade civil a reconhece como uma instância em que direitos frustrados em âmbito nacional poderão ser reconhecidos⁴². E, de fato, a despeito do múltiplos descumprimentos, a CIDH é responsável por mobilizações e importantes alterações em matéria de políticas públicas nos países que integram o sistema⁴³. Desempenha papel a tal ponto relevante, na defesa de grupos vulneráveis e de direitos humanos, que há quem a equipare a um Ministério Público Interamericano⁴⁴.

Uma segunda crítica dirigida à CIDH diz respeito à falta de legitimidade democrática do órgão, por ser integrada por representantes de outros países, não eleitos pelo voto popular, bem como porque cidadãos nacionais sequer sabem quem são ou como decidem, tampouco se sujeitam tais membros a qualquer tipo de accountability interna⁴⁵. Aqueles que defendem a possibilidade de exercício de tal papel afirmam que existe um direito constitucional comum mínimo compartilhado entre os países da América Latina e que, ao aderirem à CADH tais países aderiram a ele. Defende-se igualmente que a atuação da CIDH deve ocorrer por meio de um diálogo multinível e de dupla via entre órgãos internacionais e cortes nacionais⁴⁶. Há, ainda, quem argumente que há maior legitimidade na atuação dos órgãos internacionais em situações de anormalidade democrática, ao passo que devem ser mais autocontidos, em situação de normalidade, sobretudo quanto a atos fundados em consenso popular amplo e inclusivo⁴⁷.

Alega-se, por fim, que a proteção de direitos humanos por meio de tratados internacionais possibilita um duplo entrincheiramento de tais direitos. O entrincheiramento de primeiro grau seria assegurado pelas respectivas constituições, e o entrincheiramento de segundo grau, pela previsão em tratados, cuja aplicação seria acompanhada por órgãos internacionais, menos sujeitos a pressões políticas internas⁴⁸.

⁴¹ PIOVESAN, Flávia. COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, e-book; e Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: O Impacto do Sistema Interamericano. *Revista dos Tribunais*, p. 9-10, disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document# 1/>, acesso em: 22 jul. 2021; LEGALE, Siddharta. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como Ministério Público Transnacional? Entre a análise empírica e uma visão impressionista. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, e-book; SANTOS, Cecília Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estados: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 7, ano 4, p. 27-57, 2007, p. 36 e 44-45.

⁴² MAIA, Marielle. Um peso e duas medidas: as interações entre o Departamento de Estado dos Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. In: MAIA, Marielle; MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei (org.). *Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Denúncias, interações mobilizações*. Brasília: FUNAG, 2017, p. 13.

⁴³ Para exemplos de tal impacto, v. PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: O Impacto do Sistema Interamericano. *Revista dos Tribunais*, p. 9-10, disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document# 1/>, acesso em: 22 jul.; NORONHA, Bernardo Minghelli Schmitt. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Sua Influência no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Porto Alegre, 2015; SANTOS, Cecília Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o estado: Reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 7, ano 4, 2007, p. 44-45.

⁴⁴ LEGALE, Siddharta. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como Ministério Público Transnacional? Entre a análise empírica e uma visão impressionista. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, e-book.

⁴⁵ GARGARELLA, Roberto. Tribunales Internacionales y democracia: enfoques deferentes e intervencionistas. *Revista Lationamericana de derecho internacional*, n. 4, 2016/2017. Disponível em: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2016/05/tribunales-internacionales-enfoques.html>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁴⁶ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, p. 3-50, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4198/4643>. Acesso em: 17 maio 2021.

⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. Tribunales Internacionales y democracia: enfoques deferentes e intervencionistas. *Revista Lationamericana de derecho internacional*, n. 4, 2016/2017. Disponível em: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2016/05/tribunales-internacionales-enfoques.html>. Acesso em: 24 ago. 2021.

⁴⁸ GINSBURG, Tom. *Locking in Democracy: Constitutions, Commitment and International Law*, Law and Economics Working Papers, University of Illinois College of Law, paper 55, 2006.

No que se refere às reclamações de morosidade e falta de transparência da CIDH, percebe-se uma dificuldade de absorção do crescente contingente de demandas que chegam à Comissão, o que, de um lado, a torna um pouco “vítima do próprio sucesso”⁴⁹ e, de outro lado, pode ocultar opções políticas por não enfrentar com a velocidade necessária determinados pleitos politicamente desconfortáveis, problemas que também se verificam em cortes nacionais⁵⁰.

Por fim, é importante salientar que o que propomos no presente artigo é que a CIDH atue como um *watchdog* democrático — e não como o *único*. Para isso, desenvolvemos uma metodologia de atuação por meio da qual ela deve incorporar, em sua análise, as perspectivas de todos os demais *watchdogs* democráticos, incluídas instituições internas e organizações da sociedade civil. Trata-se, portanto, de mecanismo que adota necessariamente um pluralismo de percepções e pontos de vista e segue uma metodologia para esse fim. Essas são as razões pelas quais, sem deixarmos de reconhecer a importância das críticas que lhe são dirigidas e de seu contínuo aprimoramento como instituição, cremos que ela pode desempenhar um papel relevante em situações de retrocesso democrático.

3 Matriz de Análise de Risco de Ataque Sistêmico

3.1 Padrão dominante de retrocesso: erosão democrática

Como já explicitado acima, a forma dominante por meio da qual as democracias são colocadas em risco, nos tempos atuais, corresponde a um processo de erosão democrática, por meio do qual lideranças eleitas pelo voto popular buscam alterar as regras de funcionamento democrático, de modo a permanecer no poder e a governar com limites cada vez mais tênues, sob uma “aparência de democracia”. Para isso, minam o funcionamento de outros atores e instituições — *watchdogs* democráticos — que exercem controle crítico sobre a legitimidade de sua atuação ou que poderiam oferecer projetos alternativos de poder.

O fenômeno também é conhecido como constitucionalismo abusivo⁵¹ e legalismo autocrático⁵² porque envolve justamente a alteração das constituições e/ou das leis com tal finalidade. A fórmula inclui, ainda, a debilitação de um amplo universo de direitos fundamentais, visando à redução da participação política e à exclusão de grupos do espaço democrático. Assim, busca-se reduzir ou suprimir a liberdade de expressão, a liberdade de imprensa, o acesso à informação, o direito de reunião e associação, como forma de fragilizar a capacidade de compreensão e articulação da cidadania sobre o que se passa a seu redor. Restringem-se, ainda, direitos de grupos especialmente vulneráveis, tais como minorias étnicas, culturais, religiosas e população LGBT.

Trata-se de medidas que, compreendidas em conjunto e em contexto, constituem um verdadeiro ataque sistêmico à democracia porque comprometem os pilares fundamentais sobre os quais ela se apoia. O resultado de tal processo de erosão democrática é a produção do que se convencionou chamar de democracias iliberais, expressão já explicada acima. Tais democracias iliberais tendem, ainda, a evoluir para autocracias.

⁴⁹ NORONHA, Bernardo Minghelli Schmitt. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e Sua Influência no Ordenamento Jurídico Brasileiro. Dissertação apresentada no Curso de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito. Porta Alegre, 2015.

⁵⁰ Tal entendimento parece implicitamente sugerido em: REIS, Rosana Tocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante de processos de ruptura democrática. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, 2017, p.1577-1602, sobretudo quando trata dos casos de impeachment do Paraguai, em 2012, e do Brasil, em 2016.

⁵¹ LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

⁵² SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *University of Chicago Law Review*, v. 85, p. 545-583, 2018.

Exemplos disso são as experiências de países como Hungria⁵³, Polônia⁵⁴ e Venezuela⁵⁵.

3.2 Ataque a watchdogs democráticos

Em tal contexto, um processo de erosão democrática pode ser compreendido e mensurado à luz dos ataques empreendidos por líderes autoritários contra os *watchdogs* democráticos⁵⁶. *Watchdogs*, defensores ou vigilantes democráticos — como já mencionado — correspondem a atores e instituições, internos ou externos, integrantes ou não do Poder Público ou de estruturas formais, que atuam no controle e na limitação do exercício do poder por autoridades eleitas. Tais *watchdogs* compõem, em seu conjunto, uma rede de *accountability*: checam os comportamentos das autoridades públicas, promovem prestação de contas, exercem um juízo crítico sobre seus atos e, nessa medida, contribuem para a proteção à democracia. São, por isso, alvo de ataques de lideranças autoritárias.

Nesse sentido, são *watchdogs* externos atores internacionais como os órgãos integrantes do Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos, aqueles integrantes de Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos, a comunidade internacional, a imprensa internacional e as ONGs internacionais, entre outros. Como demonstrado na primeira parte deste trabalho, a CIDH é um relevante *watchdog* democrático no que se refere aos países da América Latina, podendo produzir relatórios, indicar a ocorrência de retrocessos, determinar a adoção de providências e deferir cautelares contra atos abusivos de lideranças autoritárias.

Por essa razão, não é raro que a CIDH, assim como a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, sejam alvo de ataques por tais líderes autoritários. Experiências pretéritas demonstram que, em alguns casos, eles buscaram desacreditar órgãos internacionais de tutela de direitos humanos, aludindo a que estariam comprometidos com interesses imperialistas de dominação. E, em situações-limite, promoveram a retirada do país de tratados e da jurisdição internacional. Foi o que ocorreu no caso da Venezuela, quando denunciou o tratado que a submetia à jurisdição da Corte IDH⁵⁷. Nessa medida, o ataque a *watchdogs* externos e a tentativa de limitar a sua atuação podem ser indicadores de um processo de retrocesso.

Já quanto aos *watchdogs* democráticos internos, eles podem ser identificados como *watchdogs* horizontais ou verticais, a depender de integrem ou não o Poder Público. São *watchdogs* internos horizontais: o Poder Judiciário, ao qual incumbe o controle da constitucionalidade e validade dos atos do poder público,⁵⁸ o Poder Legislativo, que pode ou não aderir à ideia de alterar as regras do jogo democrático, de modo a favorecer a concentração de poderes sobre determinada liderança autoritária e a fragilizar os poderes de outros *watchdogs*,⁵⁹ o Ombudsman, o Defensor del Pueblo, o Procurador-Geral da República, as Cortes de Contas e a burocracia técnica estatal, que podem lançar luzes sobre violações e impor constrangimentos a líderes autoritários⁶⁰.

⁵³ SCHEPELLE, K. Constitutional Coups and Judicial Review: How transitional institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary). *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 23, 2014.

⁵⁴ SADURSKI, W. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

⁵⁵ LANDAU, D., Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time as Tragedy, the Second as Farce. In: GRABER, M. A.; LEVINSON, S.; TUSHNET, M. *Constitutional Democracy in Crisis?*. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 161-176.

⁵⁶ A questão foi examinada originalmente, sob tal perspectiva, em: MELLO, Patrícia Perrone Campos; RUDOLF, Renata Helena Souza Batista de Azevedo. *Watchdogs da Democracia: proteção democrática em rede*. No prelo. Barcelona: Bosch, 2021.

⁵⁷ XIMENA, Soley; STEININGER, Silvia. Parting ways or leashing back? Withdrawals. Backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, v. 14, p. 237-257, 2018.

⁵⁸ Para uma narrativa de ataques sucessivos ao Judiciário, em virtude de sua atuação como *watchdog* democrático na Hungria, v. SCHEPELLE, Kim. Constitutional Coups and Judicial Review: How transitional institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary). *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 23, 2014, p. 51-117.

⁵⁹ Para exemplo de embates entre Legislativo e Executivo na Venezuela, no contexto da crise democrática ali vivenciada, v. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela (2018)*. p. 58-75. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021.

⁶⁰ Para a caracterização de todas essas instituições e autoridades como *watchdogs*, v. O'DONNELL, Guillermo. *Accountability*

Todos esses atores exercem algum nível de controle de *accountability* sobre os atos de líderes eleitos, nos limites de suas competências. Por essa razão, processos de erosão democrática geralmente envolvem tentativas de comprometer a independência judicial, a fragilização dos poderes da oposição no Legislativo, bem como a desestabilização ou a captura das demais instituições antes aludidas, com o objetivo de fazê-las funcionar como um “braço” das lideranças autoritárias ou de removê-las de seu caminho.

Entre os *watchdogs* internos verticais, podem-se indicar a imprensa, as redes sociais, os partidos políticos, a sociedade civil organizada e a academia. Os *watchdogs* internos verticais não integram a estrutura estatal, mas têm poder de influência sobre a esfera pública, sobre a formação da opinião e/ou sobre determinados nichos da cidadania. De modo geral, funcionam como intermediários entre o Poder Público e a população, que tem baixo acesso direto sobre o que se passa no âmbito do governo, bem como considerável dificuldade de interpretar, valorar e inferir consequências dos fatos políticos que chegam a seu conhecimento. O público em geral demanda informação selecionada e com algum nível de juízo crítico pré-produzido, com a qual possa interagir⁶¹.

A imprensa, quando independente, plural e não concentrada, cumpre tal papel de informar, ainda que não se possa realistamente esperar que atue de forma neutra⁶². Na mesma linha, organizações da sociedade civil desenvolvem importantes expertises e saberes que podem contribuir para a *accountability* democrática⁶³. De fato, há uma intensa mobilização por parte de tais organizações na CIDH e em outros foros internacionais⁶⁴. Basta lembrar o poder de filtragem da informação, de denúncia, mobilização e ação de movimentos sociais e de organizações não governamentais em matéria ambiental, na defesa de grupos vulneráveis como minorias étnicas, religiosas e da população LGBT. Essas entidades são responsáveis por trazer informações desconhecidas a lume, por oferecer juízos críticos a seu respeito e pela mobilização de atores em situações de retrocesso. É com base em tais informações e juízos críticos que a opinião pública é formada⁶⁵.

Horizontal e Novas Poliarquias. *Lua Nova*, n. 44, 1998, p. 43. Sobre a importância de uma burocracia técnica na tutela da democracia e do Estado de Direito, v. SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de cultura, 1961. p. 355 – 356; ROSANVALLON, Pierre. *Counter-democracy: Politics in the Age of Distrust*. Trad. Arthur Goldhammer. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 245; SADURSKY, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford University Press, 2019. p. 124-125 (sobre reforma e empacotamento do Ministério Público na Polônia).

⁶¹ MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em “Tempo Real”: o Fetiche da Velocidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁶² A imprensa sujeita-se à subjetividade do jornalista, à linha editorial do veículo, eventualmente aos interesses dos anunciantes, entre outros elementos que permitem questionar uma neutralidade absoluta. Por isso, a não concentração da imprensa, ao lado da liberdade de imprensa, é importante. Ainda que haja pontos de vista parciais, uma imprensa não concentrada permite que se divulguem distintas versões e compreensões no espaço público, possibilitando que o cidadão possa fazer seu próprio juízo. V. NORRIS, Pipa; ODUGBEMI, Sina. Evaluating Media Performance. In: NORRIS, Pipa (ed.). *Public Sentinel: News Media & Governance Reform*. Washington: The Worldbank, 2010, p. 3-15 (sobre o papel da imprensa de dar visibilidade aos atos do governo e a problemas sociais); LIPPMAN, Walter. *Opinião Pública*. Trad. Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008, p. 271-311 (sobre a não neutralidade da imprensa); CORONEL, Sheila S. Corruption and the Watchdog Role of the News Media. In: NORRIS, Pipa (ed.). *Public Sentinel: News Media & Governance Reform*. Washington: The Worldbank, 2010, p. 111-132 (sobre a importância de uma imprensa não concentrada, que permita a divulgação de distintos pontos de vista).

⁶³ MALENA, Carmen; FORSTER, Reiner; SINGH, Janmejy. *Social Accountability: An Introduction to the Concept and Emerging Practice*. Washington: World Bank, 2004.

⁶⁴ Para dados empíricos sobre a atuação de organizações da sociedade civil, em especial, em casos brasileiros, em que se constatou a particularidade de que predominam organizações nacionais, e não uma litigância transnacional como em outros casos, v. MARIA, Marielle; LIMA, Rodrigo Assis. O ativismo de direitos humanos brasileiro nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1970-2015). *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, 2017, p. 1419-1454.

⁶⁵ V., a título ilustrativo, a atuação do Greenpeace no combate ao desmatamento na Amazônia brasileira. Por meio da denúncia da conexão entre a produção de soja na região e o desmatamento, e tendo logrado acionar a pressão do consumidor internacional, a organização criou condições que ensejaram a “Moratória da Soja”, por meio da qual os produtores brasileiros comprometeram-se contratualmente com desmatamento zero em suas cadeias produtivas. Levantamentos confirmam que a medida teve realmente efetividade em reduzir o desmatamento em tal cadeia produtiva. Mais tarde, movimento semelhante alcançou as empresas produtoras de carne e ficou conhecido como “Moratória do Bife”. V. GREENPEACE INTERNATIONAL. *Eating up the Amazon*. Amsterdã: Greenpeace International, 2006 (sobre a atuação da organização junto à comunidade internacional no que se refere à relação entre soja e desmatamento). Disponível em: <greenpeace.org/usa/wp-content/uploads/legacy/Global/usa/report/2010/2/eating-up-the-amazon.pdf>. Acesso em 30 maio 2021. GIBBS, Holly et al. Brazil's Soy Moratorium. *Science*, v. 347, n. 6220, 2015 (sobre a queda do desmatamento na cadeia produtiva da soja); MONGABAY. Brazilian beef giants agree to moratorium on Amazon deforestation,

O mesmo ocorre com relação à academia e às universidades. Elas funcionam como instâncias produtoras de dados alternativos essenciais, sobretudo quando falta transparência governamental, ou quando há tendência à produção de dados oficiais falseados, voltados a induzir a erro a população. A liberdade acadêmica também permite a produção de juízos críticos sobre o que se passa no espaço público. Não surpreende, portanto, que lideranças autoritárias procurem desacreditar e atacar organizações não governamentais, acadêmicos e universidades, de modo a conter sua capacidade de denúncia⁶⁶.

As redes sociais podem ser um espaço democrático de produção de informação pela cidadania em geral ou, ainda, constituir um espaço de atuação de lideranças autoritárias carismáticas que buscam construir realidades paralelas, fatos e interpretações alternativas àquelas oferecidas pela imprensa, muitas vezes com recurso a notícias falsas e ao uso de robôs para a sua replicação. No último caso, as redes podem desinformar, em lugar de informar, gerar efeitos manadas informacionais e deformar a compreensão do que efetivamente ocorre no espaço público⁶⁷.

Um exemplo alarmante de tal mecanismo e do quanto pode ameaçar o adequado funcionamento da democracia é o caso Cambridge Analytica. No caso em questão, identificaram-se indícios de que uma determinada empresa, tendo tido acesso aos dados de milhões de usuários das redes sociais, desenvolveu seus perfis emocionais, identificou suas vulnerabilidades e, a partir delas, manipulou o exercício do direito de voto por parte de tais cidadãos, liberando notícias falsas especialmente voltadas a tal fim e a grupos específicos de usuários⁶⁸. Estudos sugerem que a estratégia pode ter interferido sobre o resultado das eleições que levaram Donald Trump ao poder, nos Estados Unidos da América, bem como na votação do Brexit, por meio da qual o Reino Unido decidiu retirar-se da União Europeia. Nessa medida, redes sociais podem funcionar como elementos de avanço de lideranças autoritárias. Podem, contudo, igualmente deflagrar campanhas informacionais positivas e se prestar à convocação de grandes mobilizações em favor da democracia⁶⁹.

3.3 Caráter sistêmico e progressivo dos ataques

A experiência com processos de erosão democrática indica que eles são progressivos e incrementais. Os ataques começam suaves e dispersos. Na medida em que *watchdogs*-chave vão sendo fragilizados ou capturados, em que uma “nova verdade” vai sendo construída, o projeto ganha força, velocidade e ousadia. Os ataques vão se intensificando, novas ou as mesmas instituições são alvejadas de forma mais agressiva, até que, finalmente, passa-se a deter o controle sobre a maior parte delas. Como os ataques são difusos e progressivos, é difícil identificar um marco a partir do qual deixam de constituir mero embate por poder, natural a democracias, ou meros ajustes de regimes jurídicos, para se converterem em um processo de ataque sistêmico à democracia de um país.

A experiência demonstra, ainda, que a defesa contra tais processos de erosão não comporta protago-

7 out. 2009 (sobre atuação semelhante envolvendo a Moratória do Bife). Disponível em: <https://news.mongabay.com/2009/10/brazilian-beef-giants-agree-to-moratorium-on-amazon-deforestation/>. Acesso em: 30 maio 2021.

⁶⁶ ROSANVALLON, Pierre. *Counter-democracy: Politics in the Age of Distrust*. Trad. Arthur Goldhammer. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 231. Veja-se o caso da propositura de ações de responsabilidade civil e penal contra o Professor Wojciech Sadurski, conhecido professor das Universidades de Sydney e Warsaw, por parte do governo da Polônia e pelo canal estatal de televisão (TVP), em virtude de críticas dirigidas à atuação do governo e da imprensa pelo acadêmico. BÚRCAS, Gráinne de; MORIJN, John. *Open Letter in Support of Professor Wojciech Sadurski*, Verfassungsblog, 6 maio 2019. Disponível em: <<https://verfassungsblog.de/open-letter-in-support-of-professor-wojciech-sadurski/>>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁶⁷ D'ANCONA, Matthew. *Pós Verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Barueri: Faro Editorial, 2018.

⁶⁸ BERGUEL, Hal. Malice Domestic: The Cambridge Analytica Dystopia. *Computer*, maio 2018, p.84-88. O caso Cambridge Analytica envolve fenômeno ainda mais grave, consistente no *microtargeting*, estratégia de direcionamento de notícias falsas construídas especificamente para pessoas cujo perfil psicológico foi estudado por algoritmos, com o propósito de influenciar ou alterar seu comportamento de voto. Disponível em: <https://www.computer.org/csdl/magazine/co/2018/05/mco2018050084/13rUILLkHc>. Acesso em: 31 mar. 2021.

⁶⁹ CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. 2. ed. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 241-244.

nismos. Não é projeto para cortes constitucionais, para a imprensa, para a CIDH ou para qualquer *watchdog* isoladamente. Apenas a rede de *watchdogs* democráticos, funcionando de forma cooperativa, pode ser capaz de conter o avanço na direção de uma democracia iliberal⁷⁰. Isso porque, ainda que Executivos autoritários ataquem as cortes, precisam do Legislativo para alterar seu regime jurídico, de modo a permitir sua captura ou a fragilização da sua independência. Mesmo que ataquem a oposição no Legislativo, sem a captura do Poder Judiciário, os atos serão declarados inconstitucionais. Mesmo que busquem desacreditar a imprensa, dependem do Legislativo para restringi-la e do Judiciário para manter a restrição. Sem danificar a liberdade de imprensa, é difícil construir uma verdade paralela sobre o governo, embora não se deva subestimar o quanto as redes sociais podem favorecer esse tipo de atuação.

Em síntese, portanto, a resistência a processos de erosão democrática é um projeto coletivo, que depende da atuação da rede de *watchdogs* em seu conjunto. Cada *watchdog* é um elemento essencial da rede. A fragilização de um único deles dá ensejo à fragilização de todos os demais. Nessa medida, a defesa de cada *watchdog* deve ser o projeto de todos. Embora democracias constituam processos conflituivos, que constroem consensos por meio do embate de forças políticas, em momentos de erosão democrática, a missão primeira de todos os atores e suas energias precisam ser concentrados em sua proteção recíproca porque dela depende a proteção da própria democracia. Ao decidir e ao atuar, cada *watchdog* democrático precisa se perguntar em que medida sua decisão ou seu comportamento pode fortalecer ou fragilizar os demais *watchdogs* e, portanto, a própria rede. A médio prazo, não há chance de atuação independente para qualquer *watchdog* se não houver uma rede íntegra de vigilantes democráticos⁷¹.

É justamente nessa medida e por tais razões que acreditamos ser fundamental que a CIDH — na condição de *watchdog* democrático externo — disponha de instrumento que lhe permita identificar um ataque sistêmico à democracia e por isso que defendemos que possa produzir um alerta precoce a respeito da presença de tal processo de erosão democrática: é mais fácil combatê-lo e contê-lo no princípio, quando a rede de *watchdogs* ainda se encontra relativamente íntegra e pode articular sua própria proteção, do que buscar atuar repressivamente, quando já avançada a corrosão sistêmica, porque, sem o apoio da rede de *watchdogs* democráticos, não é possível fazer frente a uma liderança carismática empoderada.

3.4 Propondo a matriz de análise de ataque sistêmico

A partir de tais considerações, propomos, portanto, que processos de erosão democrática sejam medidos com base no nível de afetação à rede de *watchdogs* democráticos em um determinado país. Quando um determinado *watchdog* é alvo ocasional de críticas ou de alterações de regime jurídico, é importante manter a atenção: críticas e alterações normativas pontuais não são necessariamente indicativas de um ataque sistêmico. Entretanto, quando se passa a identificar múltiplos ataques e tentativas de alteração de regime jurídico, dirigidos a diversos *watchdogs* distintos, é preciso passar a monitorar, em detalhe, os ataques a cada elemento da rede em seu conjunto. O progressivo ataque a múltiplos agentes será indicativo de um ataque sistêmico à democracia, com vistas a erodi-la.

3.4.1 Elementos da matriz de análise de ataque sistêmico: fases e critérios

É isso o que se propõe à CIDH em sua atuação preventiva: uma metodologia própria para medir “o avanço do processo de erosão democrática”. Nessa linha, propomos a elaboração de uma “matriz de análise de risco de retrocesso democrático” em três fases. Na *primeira fase*, de *mapeamento de “watchdogs” democráticos*,

⁷⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; RUDOLF, Renata Helena Souza Batista de Azevedo. *Watchdogs da Democracia: proteção democrática em rede*. No prelo. Barcelona: Bosch, 2021.

⁷¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; RUDOLF, Renata Helena Souza Batista de Azevedo. *Watchdogs da Democracia: proteção democrática em rede*. No prelo. Barcelona: Bosch, 2021.

deve-se identificar atores e instituições que atuam na *accountability* democrática em um dado país e produzir a lista mais exaustiva possível de tais atores, em interação com os atores nacionais que sirvam de interlocutores para a CIDH. Assim, identificam-se *watchdogs* externos, conforme os tratados a que o país aderiu. Aferem-se, igualmente, *watchdogs* internos, horizontais e verticais, compreendendo, quanto aos horizontais: o Judiciário, o Legislativo, o Ombudsman e/ou outros atores e instituições estatais que atuam na contenção do poder. Identificam-se os *watchdogs* verticais: imprensa, um conjunto de organizações da sociedade civil com considerável representatividade, instituições universitárias e acadêmicas e outras. Evidentemente, a lista de *watchdogs* deve ser formulada para cada país, ouvidos atores nacionais, porque varia de acordo com seu sistema jurídico⁷².

Na *segunda fase*, de *levantamento da percepção de tais “watchdogs”*, busca-se apurar qual é a avaliação de tais atores sobre o comportamento do governo a seu respeito e a respeito de cada um dos componentes da rede *watchdogs*, pedindo que indiquem, com detalhes, medidas restritivas à sua atuação e à dos demais, eventuais tentativas de alteração a regime, de captura institucional, ou discursos e ataques no espaço público que coloquem em xeque a sua credibilidade. A segunda fase permite que se tenha um panorama do conjunto de limitações sofridas ou tentadas quanto aos *watchdogs* mapeados na primeira fase, a partir do relato do próprio *watchdog* alvejado e dos demais. Essa fase pode, ainda, demandar apurações complementares por parte da CIDH, de modo a compreender com maior profundidade as medidas relatadas por tais atores.

A *terceira fase* corresponde àquela de efetiva *aferição de risco sistêmico para a democracia*. É obviamente a mais desafiadora e consiste na valoração do conjunto de elementos levantados na segunda fase, de modo a aferir se o comportamento do governo, à luz do conjunto de atos dirigidos aos *watchdogs* democráticos e, ainda, tendo em conta o contexto, pode ser considerado como um comportamento de ataque sistêmico à democracia, voltado a provocar a sua erosão⁷³. Embora tal aferição não comporte uma análise estritamente objetiva, é possível estabelecer critérios objetivos mínimos para guiá-la. Nessa linha, são elementos que constituem indícios de um ataque sistêmico à democracia por líderes autoritários⁷⁴:

(i) A presença de múltiplos comportamentos ou atos que buscam desacreditar ou restringir a atuação de um mesmo “watchdog”, por meio de alteração de regime, da sua captura ou da sua difamação. Se um ataque é sistêmico, na forma já descrita, ele pressupõe a prática de diversas medidas voltadas a minar o funcionamento de um watchdog, quer se trate de uma alteração constitucional, de uma mudança legal ou de discursos inflamados, via imprensa ou redes sociais, voltados a desacreditá-lo. É importante reunir o conjunto desses atos, de modo a demonstrar que não constituem uma ação isolada, mas um grupamento de iniciativas voltadas a promover determinado propósito: o enfraquecimento de um determinado ator.

(ii) Ataques e/ou tentativas de captura de diversos “watchdogs” — e não de apenas uns ou alguns — indicando um padrão de comportamento geral e persistente. As experiências de erosão democrática documentadas pela literatura demonstram que ataques sistêmicos à democracia não se dirigem apenas a um único ator. Quando o propósito é reduzir *accountability* e concentrar poderes, líderes autoritários geralmente investem contra diversos vigilantes democráticos simultaneamente. Quanto maior é o número

⁷² No caso de federações, por exemplo, como é o caso do Brasil, Estados, Municípios e respectivas autoridades também atuam como elementos de contenção do poder central.

⁷³ Ideia semelhante, quanto à aferição de deficiência sistêmica no Estado de Direito, encontra-se em BOGANDY, Armin von. Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies. *MPIL Research Paper Series No. 2019-14*, 2019. p. 29-30; BOGDANDY, Armin von; BOGDANOWICZ, Piotr; CANOR, Iris; TABOROWSKI, Maciej; SCHMIDT, Matthias. A Constitutional Moment for The European Rule of Law – Upcoming Landmark Decisions Concerning the Polish Judiciary. *MPIL Research Paper Series No. 2018-10*; SCHEPELE, Kim Lane; KOCHENOV, Dimitri Vladimirovich; GRABOWSKA-MOROZ, Bárbara. EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infringement Actions by the European Commission and the Member States of the European Union. *Yearbook of European Law*, v. 39, n. 1, p. 3-121, 2020, particularmente, p. 63-71.

⁷⁴ Os critérios propostos a seguir se inspiram nas ponderações e elementos contidos nos trabalhos objeto da nota anterior, com a ressalva de que tais trabalhos procuram identificar elementos que caracterizam falhas sistêmicas no Estado de Direito de um país e formas de enfrentar tais falhas sistêmicas, ao passo que o presente trabalho procura caracterizar *comportamentos que expressam ataques sistêmicos à democracia* (o que pode se dar por meio de violações ao Estado de Direito). Trata-se de questões semelhantes, porém distintas. O que se propõe neste trabalho é identificar tais *ataques* antes que, necessariamente, uma deficiência sistêmica se instale ou se agrave no âmbito de um país da América Latina. Nosso foco é, portanto, o ataque e não a deficiência.

de watchdogs capturados ou desabilitados, mais frágeis são os remanescentes, que deixam de gozar do apoio dos demais para sua proteção. Por isso, os múltiplos ataques a watchdogs distintos expressam um comportamento pensado e persistente voltado a desabilitar a rede de vigilantes democráticos como um todo.

(iii) Comportamentos com grave potencial de interferir sobre o funcionamento do sistema democrático. Ataques sistêmicos não são ações de rotina e de impacto limitado. É certo que não se pode perder de vista que democracias são regimes conflitivos, que pressupõem a divergência, a disputa por poder e mudanças normativas com base na decisão das maiorias. Ataques sistêmicos são um evento diverso. Correspondem a medidas extraordinárias, graves, que afetam a existência do Estado de Direito, a independência de watchdogs, o sistema de freios e contrapesos, a livre circulação de informação, o reconhecimento de cidadãos como tal. Trata-se de medidas aptas a desabilitar o sistema como um todo, dado que: a sujeição do exercício do poder a limites, accountability e condições para o exercício da cidadania são pressupostos para o adequado funcionamento da democracia.

(iv) Reconhecimento da situação de ataque sistêmico e percepção similar por uma multiplicidade de “watchdogs”. Como já demonstrado, uma democracia é sustentada por uma rede de watchdogs externos e internos, horizontais e verticais, que se sujeitam a ordens jurídicas, normas, universos informacionais e cognitivos distintos. Nessa medida, quando um conjunto amplo de watchdogs entende que há um ataque sistêmico à democracia e, a despeito de âmbitos de atuação distintos, têm uma percepção comum sobre os riscos que a situação enseja, trata-se de um indicador importante de que pode estar efetivamente em curso um processo de erosão democrática. De fato, quanto mais agentes reconhecem um ataque sistêmico, maior peso deve ser conferido a tal percepção⁷⁵. É difícil crer que estejam todos concertados ou que todos tenham uma visão deformada da realidade.

A matriz de análise de risco sistêmico proposta baseia-se, portanto, em uma apuração com base em três fases e quatro critérios de valoração. Na sequência, passamos a um maior detalhamento dos quatro critérios indicados acima.

3.4.2 Detalhamento dos critérios

No que se refere aos dois primeiros critérios propostos — *múltiplos ataques a um mesmo watchdog e ataques simultâneos a vários “watchdogs”* — são exemplos de tais ataques, no que se refere ao Judiciário: (i) alterações ou propostas de alterações constitucionais que modifiquem a composição de uma suprema corte, tendo por efeito direto ou indireto suprimir juízes não partidários do governo ou ampliar assentos para incluir juízes partidários; (ii) leis ou projetos de lei buscando criminalizar condutas de juízes, de modo a constranger sua atuação independente; (iii) criação de órgãos disciplinares compostos por partidários do governo, com o mesmo propósito; (iv) manifestações na imprensa e na mídia lançando dúvidas sobre a isenção das cortes e eventualmente incitando à violência contra magistrados; (v) ameaças abertas de descumprimento de decisões ou de fechamento de cortes; (vi) ameaça e incitação à violência contra determinada instituição e/ou juízes.

No caso do Legislativo, são medidas do Executivo que buscam reduzir sua relevância ou fragilizá-lo: (i) tentativa do Presidente de governar por decreto, evitando submeter-lhe projetos de lei e procurando esvaziar sua relevância no cenário político; (ii) campanhas difamatórias, atribuindo-lhe comportamentos corruptos e ilegítimos; (iii) promoção de investigações voltadas a perseguir e constranger seus membros; (iv) pressão pela redução de quóruns de deliberação, já que quanto mais baixo é o quórum, mais fácil é para o governo obter maioria no Legislativo, e menos necessária é a negociação com a oposição; (v) pressão pela adoção de medidas que restrinjam direitos e possibilidades de atuação da oposição, de modo a aumentar o apoio detido pelo governo no Congresso; (vi) tentativa de captura de membros, com a oferta de cargos; (vii) ameaça e incitação à violência contra a oposição ou a determinados membros.

⁷⁵ Essa ponderação encontra-se em BOGANDY, Armin von. Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies. *MPIL Research Paper Series No. 2019-14*, 2019. p. 33. Esse critério se distingue dos demais, a nosso ver, por permitir que a CIDH “divida a responsabilidade da análise” com os demais atores, sendo especialmente legitimador de seu achado.

No que se refere ao Ombudsman, ao Defensor del Pueblo, ao Procurador-Geral da República, às Cortes de Contas e à burocracia técnica estatal, algumas medidas que podem buscar impactá-los são: (i) alteração de regime jurídico, com limitação da sua independência; (ii) criação de comissões disciplinares com o mesmo fim; (iii) captura da chefia da instituição por um partidário do governo, que exerça constrangimento sobre a atuação dos demais membros ou paralise o funcionamento de iniciativas de *accountability*; (iv) supressão da estabilidade funcional, imprescindível à produção de decisões que contrariem interesses políticos relevantes; (v) redução da remuneração, retirada de benefícios ou não realização de atualização monetária sobre a remuneração de servidores, sobretudo em situações de alta carga inflacionária (situação equivalente à redução da remuneração); (vi) aumento de cargos de confiança ocupados por partidários do governo; (vii) ameaça e incitação à violência contra instituições e/ou autoridades.

A imprensa, como já aludido acima, pode ser alvo de medidas diversas como: (i) alterações normativas e criação de agências ou órgãos voltados a exercer controle de conteúdo sobre as matérias que veicula; (ii) cassação ou não renovação da outorga para funcionamento de determinado veículo, ou criação de outorgas condicionadas; (iii) campanhas difamatórias sobre a ilegitimidade e o oportunismo da imprensa; (iv) orientação seletiva para utilização ou não utilização de determinados veículos para anúncios estatais remunerados; (v) tentativas de constranger contratantes e prestadores de serviço do Poder Público a não contratar anúncios com determinados veículos de imprensa ou a contratar com outros; (vi) perseguição a jornalistas e ao exercício da liberdade de expressão e opinião na mídia, por meio da promoção de processos cíveis ou penais; (vii) disseminação de notícias falsas por meio das redes sociais; (viii) incitação à violência contra empresas e jornalistas.

As organizações da sociedade civil, as universidades e a academia de modo geral podem ser atacadas por: (i) discursos que lhes atribuam comprometimento com interesses escusos ilegítimos; (ii) campanhas difamatórias quanto a sua idoneidade e ao comportamento de seus membros; (iii) supressão, por lei, a mecanismos e incentivos para seu financiamento; (iv) desinvestimento, redução orçamentária de seu custeio, cortes e contingenciamento orçamentário e/ou desinvestimento em pesquisa; (v) investigação, perseguição e promoção de processos cíveis ou criminais contra seus membros; (vi) ameaça e incitação à violência.

Na mesma linha, órgãos internacionais de tutela a direitos humanos podem ser alvo de: (i) campanhas reputacionais negativas, atribuindo-lhes compromisso com interesses estrangeiros e/ou corrupção; (ii) recusa de visitas *in loco* ou de prestação de informações; (iii) aberto descumprimento das suas decisões; (iii) ameaça ou efetiva retirada de tratados e organizações.

Obviamente, não é possível tratar de todos os *watchdogs* porventura existentes em todos os países, dado que, como já observado, eles variam conforme o sistema jurídico de cada país. Tampouco é possível mencionar todas as medidas de ataque passíveis de serem imaginadas com relação a cada *watchdog* porque elas dependem do rol de *watchdogs*, da ordem jurídica e do contexto em que foram produzidas. Busca-se, nesta seção, tão-somente trazer exemplos de ataques perpetrados por lideranças autoritárias, para conferir uma visão mais concreta dos dois primeiros critérios de análise propostos.

O terceiro critério de análise proposto acima — *grave potencial de interferir sobre o funcionamento do sistema democrático* — depende de uma avaliação de cada uma das medidas promovidas e de seu efeito sinérgico negativo. Depende, portanto, de uma avaliação sobre, em que medida a combinação de ataques potencializa o efeito produzido por cada qual deles sobre as condições essenciais de funcionamento da democracia no país. Um Poder Judiciário independente é tido como um elemento essencial para a democracia porque protege todos os componentes de uma rede de *watchdogs* contra ataques ilegítimos. Nessas condições, múltiplos atos dirigidos ao Poder Judiciário, que comprometam sua independência, tendem a ser desabilitadores de toda a rede e a colocar todos os seus membros em risco. A condição será ainda mais grave quando, simultaneamente, atos contra a imprensa forem praticados, de modo a impedir que se leve ao conhecimento do cidadão o que está ocorrendo. Nesse caso, o ataque a um dos *watchdogs* aumenta o poder de dano sobre o outro, produzindo sinergia negativa sobre toda a rede. Caso, concomitantemente, a oposição também seja

fragilizada no Congresso, haverá menos chance de que este atue na defesa do Judiciário e da imprensa. Portanto, o potencial de interferência das medidas de ataque em seu conjunto é um elemento a ser tido em conta pela CIDH.

Por fim, o quarto critério de análise proposto — *a avaliação da gravidade do ataque sistêmico pelos demais “watchdogs”* — oferece à CIDH uma espécie de “grupo de controle” da sua própria avaliação. Ele lhe permite ter acesso à percepção de diversos *watchdogs*, que integram e que não integram a institucionalidade oficial, dotados de múltiplas perspectivas e pontos de vista, que estão inseridos e vivenciando a situação do país. Caso a CIDH conclua pela existência de um processo de erosão democrática, mas tais *watchdogs* sugiram majoritariamente que essa situação não está presente, talvez seja o caso de seguir monitorando, mas não disparar o alerta. Caso, todavia, haja uma percepção da maioria dos *watchdogs* de que efetivamente há um processo de erosão democrática em curso, a CIDH gozará de uma posição argumentativa especialmente forte e legitimada para disparar o alerta precoce, porque se baseará no relato de diversos outros atores muito bem posicionados.

Nessa medida, o modelo oferece metodologia e critérios para que se possa avaliar a ocorrência de ataques sistêmicos à democracia com a *objetividade possível*, incorporando uma pluralidade de visões e pontos de vista. O alerta precoce, como já observado, pode evitar que processos de erosão democrática se consolidem, provocando respostas antes que a situação tenha se tornado irreversível. Essa é uma abordagem que merece ser levada em consideração pela CIDH no conteúdo dos seus informes e em seus critérios de análise de petições e de medidas cautelares. A apreciação contextual e sistêmica de comportamentos é fundamental para a proteção à democracia e essa proteção precisa chegar no momento correto, sob pena de ser inefetiva.

Vale observar, por fim, que o funcionamento de um sistema de alerta precoce pressupõe, igualmente, que o alerta não caia no vazio. Demanda, portanto, instrumentos jurídicos e vontade política por parte dos demais atores internacionais e nacionais para conferir-lhe efetividade. Nesse sentido, múltiplas medidas podem ser deflagradas a partir de informes e cautelares da CIDH, sobretudo quando reconhecida a existência de uma “alteração da ordem constitucional que afete gravemente a ordem democrática” (art. 20 da CDI).⁷⁶⁻⁷⁷ Entretanto, embora tais respostas e as diversas estratégias que podem ensejar sejam um tema relevantíssimo, de que depende a própria utilidade dos alertas, ele extrapola o objeto deste trabalho⁷⁸.

4 Considerações finais

Como demonstrado neste artigo, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos é um relevante *watchdog* democrático externo. Em sua missão de assegurar e proteger os direitos humanos e tendo em conta a relação de condicionalidade e interdependência entre tais direitos e a democracia, a CIDH exerce um monitoramento sobre o próprio funcionamento das democracias. Com esse propósito, produz informes, visitas in loco, aprecia petições e medidas cautelares. Dadas as suas atribuições e o acesso direto que cidadãos e organizações da sociedade civil têm a ela, a Comissão Interamericana é um ator especialmente bem posicio-

⁷⁶ OEA. *Carta Democrática Interamericana*. Aprovada na primeira sessão plenária, realizada em 11 de setembro de 2001. Artigo 20: “Caso num Estado membro ocorra uma alteração da ordem constitucional que afete gravemente sua ordem democrática, qualquer Estado membro ou o Secretário-Geral poderá solicitar a convocação imediata do Conselho Permanente para realizar uma avaliação coletiva da situação e adotar as decisões que julgar convenientes”. Disponível em: http://www.oas.org/OASpage/port/Documents/Democratic_Charter.htm#:~:text=Quando%20a%20Assembl%C3%A9ia%20Geral%2C%20convocada,membro%20do%20exerc%C3%ADcio%20de%20seu>. Acesso em: 22 maio 2021.

⁷⁷ PERINA, Rubén M. Los desafíos de la carta democrática interamericana. *Estudios Internacionales*, v. 173, p. 7-36, 2012. p. 24. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/46535002.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

⁷⁸ Para um levantamento minucioso sobre a efetividade dos informes, recomendações e decisões de órgãos do sistema internacional de direitos humanos, estratégias de ação e resposta, v. SANDOVAL, Clara; LEACH, Philip; MURRAY, Rachel. Monitoring, Cajoling and Promoting Dialogue: What Role for Supranational Human Rights Bodies in the Implementation of Individual Decisions? *Journal of Human Rights Practice*, v. 12, 2020. p. 71-100.

nado para ter conhecimento a tempo e a hora sobre situações de retrocesso, bem como para produzir um “alerta precoce” sobre a existência de ameaça à democracia em um país.

Nos tempos atuais, a ameaça à democracia se processa principalmente por meio de processos de erosão democrática. Uma vez eleita pelo voto popular, determinada liderança, geralmente o chefe do Executivo, chega ao poder e busca alterar as regras do jogo de modo a manter-se no poder e a atuar com constrangimentos mínimos. Tais processos envolvem o ataque e/ou a captura da rede de *watchdogs* democráticos, atores e instituições que asseguram algum nível de *accountability* e, portanto, o adequado funcionamento democrático. Envolvem, ainda, a restrição a direitos fundamentais. Gera-se uma espécie de democracia iliberal ou de democracias sem direitos: há eleições, mas não há concorrência efetiva e/ou limites ao exercício do poder.

Os aludidos ataques ou tentativas de captura de instituições, a seu turno, se materializam por atos difusos que, isoladamente, não necessariamente indicam um problema grave, mas que, compreendidos em seu conjunto e contexto, implicam um ataque sistêmico à democracia e a corrosão de suas condições essenciais de funcionamento. O desafio, em tais circunstâncias, está justamente na identificação precoce do processo, quando ainda é possível contê-lo. A dificuldade está em diferenciar meras disputas por poder e alterações de regime de um ataque sistêmico à democracia.

Com tal propósito, propusemos uma matriz de análise de risco de retrocesso, a ser implementada pela CIDH, em três fases sucessivas: (i) na *primeira fase*, promove-se o *mapeamento dos “watchdogs” democráticos* de um país, a fim de identificar atores e instituições que atuam na *accountability* democrática; (ii) na *segunda fase*, realiza-se um *levantamento da percepção de tais “watchdogs”* sobre o comportamento do governo a seu respeito e a respeito de cada um dos componentes da rede *watchdogs*, pedindo que apontem as medidas restritivas à sua atuação e sua gravidade; (iii) na *terceira fase*, *afere-se a presença de ataque sistêmico à democracia*.

A terceira fase baseia-se em alguns critérios objetivos, a saber: (i) a presença de múltiplos comportamentos ou atos que buscam desacreditar ou restringir a atuação de um *watchdog*, por meio de alteração de regime ou da sua captura entre outros meios, dado que ataques sistêmicos não se constroem com medidas isoladas; (ii) a ocorrência de ataques ou tentativas de captura de diversos *watchdogs* — e não de apenas um ou alguns — indicando um padrão de comportamento geral, persistente e abrangente; (iii) a constatação de que os comportamentos identificados têm grave potencial de interferir sobre o funcionamento do sistema democrático como um todo; (iv) o reconhecimento da situação de risco sistêmico por uma multiplicidade de *watchdogs*, de modo a que quanto mais agentes reconheçam sinais de ataque sistêmico, maior peso deve ser conferido a tal percepção.

Acredita-se que a matriz de análise proposta acima, com base em três fases e em quatro critérios de análise, oferece uma metodologia que permite à Comissão Interamericana de Direitos Humanos identificar processos de erosão democrática e disparar um alerta precoce a seu respeito, de modo a evitar que a erosão se consolide e que a compreensão sobre o que se passa chegue tarde demais. Trata-se de matriz de risco que pode ser igualmente utilizada por cortes constitucionais e supremas cortes, no âmbito interno, e que deve ser considerada pela advocacia pública e privada, quando avaliarem a forma de argumentar e de levar determinados casos ao Judiciário. É preciso situar o contexto e tratar de atos em seu conjunto. Novas estratégias de ataque à democracia demandam novas respostas e um pouquinho de ousadia. A missão de proteger a democracia é um projeto coletivo de cada um e de todos nós.

Referências

ANTONIAZZI, Mariela Morales Antoniazzi; CASAL; Jesús María. Democracia y derechos humanos en venezuela: desconstitucionalización y desinteramericanización. In: BREWER-CARÍAS, Allan R. *Elecciones y democracia en América Latina: El Desafío Autoritario-Populista*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana Inter-

national. p. 251-254.

BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Democracias iliberales y derechos humanos: el papel de los tribunales internacionales*. Universität Pompeo Fabra (no prelo), 2020.

BBC. *Protestos pressionam governo na Venezuela; entenda a crise*. 17 fev. 2014. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/02/140217_protestos_venezuela_entenda_cc. Acesso em: 19 maio 2021.

BERGUEL, Hal. Malice Domestic: The Cambridge Analytica Dystopia. *Computer*, p. 84-88, maio 2018. Disponível em: <https://www.computer.org/csdl/magazine/co/2018/05/mco2018050084/13rRUIllkHc>. Acesso em: 31 mar. 2021.

BOGANDY, Armin von. Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies. *MPIL Research Paper Series No. 2019-14*, 2019.

BOGANDY, Armin von. Principles and Challenges of a European Doctrine of Systemic Deficiencies. *MPIL Research Paper Series No. 2019-14*, p. 33, 2019.

BOGDANDY, Armin von; BOGDANOWICZ, Piotr; CANOR, Iris; TABOROWSKI, Maciej; SCHMIDT, Matthias. A Constitutional Moment for The European Rule of Law – Upcoming Landmark Decisions Concerning the Polish Judiciary. *MPIL Research Paper Series No. 2018-10*.

BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; SOLEYIUS Ximena. Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017. p. 17-54. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4745/3.pdf>. Acesso em: 18 maio 2021.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, p. 3-50, jan./jun. 2015. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/4198/4643>. Acesso em: 17 maio 2021.

BORGES, Bruno Barbosa. PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Rev. direitos fundam. democ.*, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1328>. Acesso em: 18 maio 2021.

BÚRCAS, Gráinne de; MORIJN, John. *Open Letter in Support of Professor Wojciech Sadurski*, Verfassungsblog, 6 maio 2019. Disponível em: <https://verfassungsblog.de/open-letter-in-support-of-professor-wojciech-sadurski/>. Acesso em: 31 mar. 2021.

CAMPOS, Barbara Pincowsca Cardoso; AGUIAR, Ana Laura Becker. Órgãos, normas e mecanismos de monitoramento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: ALBUQUERQUE, Aline; PERES, Luciana. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. 2. ed. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos Direitos Humanos no Brasil 2021. Capítulo 6*. 2021. p. 154-173. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brazil2021-pt.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe Anual 2019. Capítulo IV. B Nicaragua*. p. 413-499. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019cap4BNI-es.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe Especial sobre la Libertad de Expre-*

sión en Venezuela, p. 25-30. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/paises/Informe%20%20Especial%20LE%20en%20Venezuela%202009.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Venezuela (2018)*, p. 58-75. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Venezuela2018-es.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução 12/2021. Medida Cautelar n. 1051-20*. Disponível em: http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2021/res_12-2021_mc-1051-20_es.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

CORONEL, Sheila S. Corruption and the Watchdog Role of the News Media. In: NORRIS, Pipa (ed.). *Public Sentinel: News Media & Governance Reform*. Washington: The Worldbank, 2010.

D'ANCONA, Matthew. *Pós Verdade: a nova guerra contra os fatos em tempos de fake news*. Barueri: Faro Editorial, 2018.

Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

DUNLAP, J. Lawfare today: a perspective. *Yale Journal of International Affairs*, p. 146-154, 2008.

FEREJOHN, John. Accountability and Authority: Toward a Theory of Political Accountability. In: PRZEWOERSKI, Adam; STOKES, Susan C.; MANIN, Bernard (ed.). *Democracy, accountability and representation*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 1999. p. 131-153.

FIGUEIREDO, Marcelo. Constitucionalismo Latino-americano e Cultura Constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flavia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais*. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 732.

GARGARELLA, Roberto. Tribunales Internacionales y democracia: enfoques deferentes e intervencionistas. *Revista Latinoamericana de derecho internacional*, n. 4, 2016/2017. Disponível em: <http://seminariogargarella.blogspot.com/2016/05/tribunales-internacionales-enfoques.html>. Acesso em: 24 ago. 2021.

GIBBS, Holly et al. Brazil's Soy Moratorium. *Science*, v. 347, n. 6220, 2015.

GINSBURG, Tom. Locking in Democracy: Constitutions, Commitment and International Law, Law and Economics Working Papers, University of Illinois College of Law, paper 55, 2006.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz Z. Defining and Tracking the Trajectory of Liberal Constitutional Democracy. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. *Constitutional Democracy in Crisis?*. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018.

GREENPEACE INTERNATIONAL. *Eating up the Amazon*. Amsterdã: Greenpeace International, 2006. Disponível em: greenpeace.org/usa/wp-content/uploads/legacy/Global/usa/report/2010/2/eating-up-the-amazon.pdf. Acesso em 30 maio 2021.

Huq, Aziz; Ginsburg, Tom. How to lose a constitutional democracy. *UCLA Law Review*, n. 65, 2018.

KITTRIE, Orde F. *Law as a weapon of war*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

LANDAU, D., Constitution-Making and Authoritarianism in Venezuela: The First Time as Tragedy, the Second as Farce. In: GRABER, M. A.; LEVINSON, S.; TUSHNET, M.. *Constitutional Democracy in Crisis?* Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 161-176.

LANDAU, David. Abusive Constitutionalism. *University of California Law Review*, v. 47, p. 189-260, 2013.

LEGALE, Siddharta. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos como Ministério Público Transnacional? Entre a análise empírica e uma visão impressionista. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta.

Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, e-book.

LEVITISKY, S.; ZIBLATT, D. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LIPPMAN, Walter. *Opinião Pública*. Trad. Jacques A. Wainberg. Petrópolis: Ed. Vozes, 2008.

MACEDO, Carlos Gustavo. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos no discurso do Congresso norte-americano – de 1989 a 2004. In: MAIA, Marielle; MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei (org.). *Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Denúncias, interações mobilizações*. Brasília: FUNAG, 2017. p. 133-165.

MAIA, Marielle; LIMA, Rodrigo Assis. O ativismo de direitos humanos brasileiro nos relatórios da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (1970-2015), *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1419-1454, 2017.

MAIA, Marielle. Um peso e duas medidas: as interações entre o Departamento de Estado dos Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. In: MAIA, Marielle; MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei (org.). *Os Estados Unidos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Denúncias, interações mobilizações*. Brasília: FUNAG, 2017. p. 103-132.

MALENA, Carmen; FORSTER, Reiner; SINGH, Janmejaj. *Social Accountability: An Introduction to the Concept and Emerging Practice*. Washington: World Bank, 2004.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; RUDOLF, Renata Helena Souza Batista de Azevedo. Watchdogs da Democracia: proteção democrática em rede. No prelo. Barcelona: Bosch, 2021.

MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em “Tempo Real”*: o Fetiche da Velocidade. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

MONGABAY. *Brazilian beef giants agree to moratorium on Amazon deforestation*. 7 out. 2009. Disponível em: <https://news.mongabay.com/2009/10/brazilian-beef-giants-agree-to-moratorium-on-amazon-deforestation/>. Acesso em: 30 maio 2021.

NORRIS, Pipa; ODUGBEMI, Sina. Evaluating Media Performance. In: NORRIS, Pipa (ed.). *Public Sentinel: News Media & Governance Reform*. Washington: The Worldbank, 2010.

O’DONNELL, Guillermo. Accountability Horizontal e Novas Poliarquias. *Lua Nova*, n. 44, p. 43, 1998.

OEA. *OSG 243/16*. 30 maio 2016. p. 1. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/spa/press/OSG-243.es.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

PERINA, Rubén M. Los desafíos de la carta democrática interamericana. *Estudios Internacionales*, v. 173, p. 7-36, 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/46535002.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: O Impacto do Sistema Interamericano. *Revista dos Tribunais*, p. 9-10, disponível em: <https://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/delivery/document# 1/>. Acesso em: 22 jul. 2021.

PIOVESAN, Flávia. COMISSÃO Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta. *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020, e-book.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

REIS, Rosana Tocha. O futuro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: a atuação da CIDH diante de processos de ruptura democrática. *Revista Direito & Práxis*, v. 8, n. 2, p.1577-1602, 2015.

ROSANVALLON, Pierre. *Counter-democracy: Politics in the Age of Distrust*. Trad. Arthur Goldhammer.

Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

SADURSKI, W. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

SADURSKY, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

SANDOVAL, Clara; LEACH, Philip; MURRAY, Rachel. Monitoring, Cajoling and Promoting Dialogue: What Role for Supranational Human Rights Bodies in the Implementation of Individual Decisions? *Journal of Human Rights Practice*, v. 12, p. 71-100, 2020.

SANTOS, Cecília Macdowell. Ativismo jurídico transnacional e o Estados: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 7, ano 4, p. 27-57, 2007.

SCHEPPELE, Kim Lane; KOCHENOV, Dimitri Vladimirovich; GRABOWSKA-MOROZ, Bárbara. EU Values Are Law, after All: Enforcing EU Values through Systemic Infregement Acrions by the European Comission and the Member States of the European Union. *Yearbook of European Law*, v. 39, n. 1, p. 3-121, 2020.

SCHEPPELE, Kim Lane. Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, v. 85, p. 545-583, 2018.

SCHEPPELE, K., Constitutional Coups and Judicial Review: How transitional institutions can strengthen peak courts at times of crisis (with special reference to Hungary). *Transnational Law & Contemporary Problems*, v. 23, p. 51-117, 2014.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de cultura, 1961. p. 355 – 356.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Democracia em crise no Brasil*. Rio de Janeiro e São Paulo: Eduerj e Contracorrente, 2020.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball. *The John Marshall Law Review*, v. 37, p. 523-553, 2003-2004.

XIMENA, Soley; STEININGER, Silvia. Parting ways or leshing back? Withdwals. Backlash and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Law in Context*, v. 14, p. 237-257, 2018.

Zakaria, F, The rise of illiberal democracies. *Foreign Affairs*, n. 76, p. 22, 1997.

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. *Lanfare*: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2019.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Erosão democrática e a Corte Interamericana de direitos humanos: o caso venezuelano
Democratic erosion and the Inter-American Court of human rights: the venezuelan case

Roberto Dias

Thomaz Fiterman Tedesco

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

Erosão democrática e a Corte Interamericana de direitos humanos: o caso venezuelano*

Democratic erosion and the Inter-American Court of human rights: the venezuelan case

Roberto Dias**

Thomaz Fiterman Tedesco***

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação à erosão democrática venezuelana. Considerando-se a forte pressão populista sofrida por diversos países latino-americanos, compreender a interação do Tribunal regional com o assunto é importante para estabelecer seus limites e possibilidades de atuação. Primeiramente, apresentamos a literatura específica sobre erosão democrática e colapso totalitário, definindo quais são os predicados da democracia liberal alvejados pelos governantes autoritários. Em seguida, analisa-se como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos têm se comportado em relação ao tema, considerando-se o fenômeno, cada vez mais intenso, de diálogo entre as três Cortes regionais. Finalmente, apresenta-se o contexto fático e normativo venezuelano de erosão democrática iniciada com Hugo Chávez e discutem-se casos julgados pela Corte Interamericana de violação a direitos relacionados a eleições livres e competitivas, liberdade de expressão e Estado de Direito (*rule of law*). Conclui-se que a Corte Interamericana tem muitos aportes a oferecer contra a regressão democrática, embora, nos casos estudados, pudesse ter ido além e discutido em maior profundidade o contexto político em que inseridas as violações encontradas. Além disso, a Corte Interamericana, a partir dos exemplos de atuação das suas contrapartes europeia e africana, precisa agir, estrategicamente e em cuidadoso equilíbrio, que lhe permita auxiliar a defesa da democracia sem afastar os Estados-Partes do sistema regional.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; sistemas regionais de direitos humanos; erosão democrática; Venezuela.

* Recebido em 31/05/2021
Aprovado em 24/09/2021

** Advogado. Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), professor de Direito Constitucional da PUC-SP e da FGV-SP.
E-mail: rdiasdasilva@puccsp.br

*** Defensor Público do Estado de São Paulo. Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Doutorando em Direito do Estado pela mesma instituição. E-mail: tfiterman@gmail.com

Abstract

the purpose of the article is to analyze the performance of the Inter-American Court of Human Rights in relation to the Venezuelan democratic erosion. Latin American countries are suffering strong populist pressure, thus understanding the interaction of the regional Court with democratic erosion is important to establish its limits and possibilities of action. First, we present the specific literature on democratic erosion and totalitarian collapse, listing which are the predicates of liberal democracy targeted by authoritarian rulers.

Then, there is a brief analysis of how the European Court of Human Rights and the African Court of Human and Peoples' Rights have assessed the topic, considering the increasingly intense phenomenon of judicial dialogue between the three regional Courts. Finally, we present the Venezuelan factual and normative context of democratic erosion initiated by Hugo Chávez and discuss cases judged by the Inter-American Court of violations of rights related to free and competitive elections, freedom of expression and the rule of law. We conclude that the Inter-American Court has many contributions to offer against democratic regression, although, in the cases studied, it could have gone further and discussed in greater depth the political context in which the violations found were inserted. The Inter-American Court, based on the examples of performance of its European and African counterparts, needs to act strategically and in a careful balance that allows it to defend democracy without removing the States Parties from the regional system.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; regional systems of human rights; democratic erosion; Venezuela.

1 Introdução

Alarmes soam no mundo todo. Após período de grande euforia com uma terceira onda democrática global,¹ o início do século XXI observa o avanço de onda contrária, com países democráticos decaindo;² é assim com Hungria, Polônia, Rússia, Turquia e, na América Latina, com a Venezuela, para além dos vários casos de sinal amarelo, como Estados Unidos, Japão, Israel e Brasil.

A bibliografia a respeito é cada vez mais ampla, denotando preocupação geral e premente. Fala-se, na literatura acadêmica, em democracia “em retirada”, “recessão democrática”, “retrocesso democrático”, “desconsolidação democrática”, “crise das democracias”, “degeneração constitucional”, “fracasso constitucional” e “apodrecimento constitucional”.³ O fim da história não chegou e, infelizmente, a democracia liberal já não é mais o único jogo disponível no mercado de ideias.^{4,5}

Os dados provenientes da ciência política indicam que a tendência de erosão é palpável e persistente. Trabalhando com dezesseis indicadores medidos pelo Instituto V-DEM que abarcam o período 1900-2017,

¹ Samuel Huntington explica as três ondas: a primeira começou em 1820, com a liberação do sufrágio para contingente significativo de homens norte-americanos, tendo prosseguido até 1926 com o surgimento de cerca de 29 novas democracias; em 1922, Mussolini marca a primeira onda reversa partindo da Itália, cujo efeito foi o de reduzir os países democráticos a meros 12 em 1942; o fim da Segunda Guerra marca o início da segunda onda democrática, cujo zênite ocorreu em 1962, mas foi, também, seguido de uma onda reversa (1960-1975). Entre 1974-1990, há a terceira onda, com o acréscimo de pelo menos 30 países ao campo democrático (HUNTINGTON, Samuel. *Democracy's Third Wave*. *Journal of Democracy*, 2(2), 12, 1991, p. 12). O autor, no texto, previa não ser impossível a vinda da terceira contra onda, no entanto concluiu o artigo em tom bastante otimista.

² FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2018: Democracy in Crisis*. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/democracy-crisis>. Acesso em: 20 fev. 2021.

³ No original, em inglês: “democracy in retreat”, “democratic recession”, “democratic backsliding”, “democratic deconsolidation”, “constitutional retrogression”, “constitutional failure” e “constitutional rot” (GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Introduction. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, pp. 01-02).

⁴ GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Introduction. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, p. 02.

⁵ “Um motivo para o triunfo da democracia liberal é que não havia alternativa consistente a ela. O comunismo fracassara. A teocracia islâmica contava com pouquíssimo apoio fora do Oriente Médio. O sistema singular chinês de capitalismo estatal sob a bandeira do comunismo dificilmente poderia ser copiado por países que não partilhassem de sua história incomum. O futuro, assim parecia, pertencia à democracia liberal. A ideia do triunfo infalível da democracia ficou associada à obra de Francis Fukuyama. Em controverso ensaio publicado no fim dos anos 1980, Fukuyama afirmava que o encerramento da Guerra Fria levaria ‘ao ponto final da evolução ideológica da humanidade e à universalização da democracia liberal ocidental como forma definitiva de governo humano’. O triunfo da democracia, proclamou numa frase que veio a condensar o otimismo eufórico de 1989, marcaria o ‘Fim da História’” (MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, pp. 13-14).

Elkins capta uma fotografia daquele ano — nada obstante alertar quanto à sua volatilidade — e sentença que a onda reversa é real.⁶

Indo às fontes primárias em busca de dados referentes ao atual momento, observa-se um aprofundamento da erosão, pois o relatório anual de 2021 do V-DEM vaticina que o nível geral de democracia de que goza o cidadão global médio regrediu ao patamar da década de 90 do século passado, além de apontar uma constante queda íngreme global nos níveis de democracia.⁷

Se o risco desse decaimento democrático é grande, em virtude de haver opções autoritárias no atual cardápio de formas de governo, há relevância em estudar mecanismos que sirvam de anteparo contra o seu avanço. Vale verificar, brevemente, a anatomia da erosão democrática para refletir sobre como evitar suas armadilhas.

Neste trabalho, salienta-se o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) pode oferecer às democracias latino-americanas quanto ao tema. O objetivo será aferir se a Corte IDH está capacitada, e de que forma, para servir como dique de contenção contra a erosão democrática. A democracia não é assunto estranho ou pouco afeito à instituição, pelo contrário; basta observar que a Organização dos Estados Americanos (OEA) e o Conselho da Europa (COE), organizações internacionais de caráter regional no bojo das quais estão inscritos os sistemas interamericano e europeu de direitos humanos, têm o princípio democrático como objeto de atenção desde o seu alvorecer, chegando a considerá-lo não apenas retoricamente, mas sim como obrigação jurídica exigível,⁸ ideia que migrou para o rol de obrigações previstas tanto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) quanto na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e seus Protocolos facultativos,⁹ em especial o primeiro deles.¹⁰

Para entender especificamente como a Corte IDH pode se contrapor à erosão democrática, além de discutir esse conceito — colhido de Ginsburg e Huq — e analisar, panoramicamente, a experiência das Cortes Europeia e Africana de Direitos Humanos em casos envolvendo a temática — afinal, as três Cortes regionais de Direitos Humanos, cada vez mais, dialogam entre si, influenciando-se reciprocamente, o que demonstra a importância de revisar brevemente seus acervos jurisprudenciais —,¹¹ faremos um estudo de caso da Venezuela, para avaliar se as sentenças proferidas pela Corte IDH, em relação ao país, têm potencial de impacto regional em benefício da democracia.

O artigo apontará que a Corte IDH tem ferramentas úteis para enfrentar a corrupção dos predicados mínimos das democracias, embora, como se verá do caso venezuelano, pudesse ter sido — e espera-se que

⁶ ELKINS, Zachary. *Is the sky falling? Constitutional crisis in historical perspective*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018. Edição Kindle, pp. 54-56.

⁷ V-DEM. *Autocratization turns viral: Democracy report 2021*. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/74/8c/748c68ad-f224-4cd7-87f9-8794add5c60f/dr_2021_updated.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.

⁸ Demonstrando a forma como o princípio democrático é tratado pela OEA e pelo COE, inclusive a evolução do entendimento de ambas a esse respeito, com avanços e retrocessos, ver TORRES, Amaya Úbeda de. *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: Estudio comparado de los sistemas europeo e iberoamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Reus, 2006, pp. 68-204. Edição do Kindle. A autora faz a reconstrução histórica do surgimento das duas organizações e da forma como a democracia foi um assunto de interesse para cada qual, notando que, se no COE, o princípio democrático foi desde o início uma obrigação jurídica exigível — com flexibilização de entendimento a partir da entrada massiva de países do leste europeu após a queda do muro de Berlim —, na OEA o caminho foi inverso, com reforço no entendimento da obrigação jurídica do princípio democrático à medida que os países americanos deixaram de ser ditaduras e passaram a ser democracias, ainda que frágeis, com a inclusão de medidas de caráter fiscalizatório concretas, tal qual as definidas na Carta Democrática Interamericana.

⁹ TORRES, Amaya Úbeda de. *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: Estudio comparado de los sistemas europeo e iberoamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Reus, pp. 210-325. Edição do Kindle.

¹⁰ Que, em seu artigo 3º, supriu relevante omissão do texto da CEDH, para passar a prever eleições livres, em escrutínio secreto, como direito convencional integrante do manancial do sistema europeu de direitos humanos, algo já previsto no sistema interamericano desde o texto original da CADH em seu artigo 23.

¹¹ Como exemplo dessa aproximação cada vez maior: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório conjunto 2019: Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José da Costa Rica, IACHR, 2020. Disponível em: https://echr.coe.int/Documents/Joint_Report_2019_AfCHPR_ECHR_IACHR_ENG.pdf. Acesso em: 07 mar. 2021.

seja em casos futuros — mais vigorosa a respeito da análise do contexto envolvendo a desmontagem institucional consumada pela ditadura chavista.

2 As duas formas de decaimento da democracia constitucional liberal: colapso autoritário e erosão democrática

Não é objetivo deste ensaio discutir, em profundidade, o que é democracia, o paradigma dentre os “conceitos essencialmente contestados”¹² — para enfrentar a fundo ideia tão densa, mais espaço e reflexão seriam necessários. No entanto, é impossível avançar nesse momento sem apresentar alguma definição do que estamos falando quando nos referimos à democracia e, conseqüentemente, ao seu declínio.

Para os fins deste trabalho e seu objeto, concordamos com Huq e Ginsburg sobre os três requisitos mínimos de uma democracia liberal funcional: eleições livres e justas; garantia das liberdades de expressão e de associação; e respeito ao Estado de Direito (*rule of law*),¹³ com sua estabilidade, previsibilidade e publicidade.¹⁴ Essa é a tríade mínima a nos preocupar,¹⁵ pois esses *standards* são, justamente, o alvo de ataque por parte dos governantes autoritários.

Essa definição merece algum detalhamento. Democracia não pode se resumir à eleição, pois, para haver competição real e efetiva entre os concorrentes, ao menos as liberdades básicas de expressão, associação e reunião são inafastáveis — como haverá disputa política sem liberdade de debate sobre assuntos de interesse público, inclusive de crítica incisiva contra os ocupantes do poder, ou sem possibilidade de os indivíduos jungirem esforços nas agremiações políticas, os partidos?

Ademais, a estrutura do Estado de Direito é particularmente relevante quando se pensa no aparato institucional voltado a regular e executar as eleições — sem a estrutura prévia, estável e com controles, qualquer ocupante momentâneo do poder poderia debilitar as disputas eleitorais futuras —, além de garantir freios e contrapesos protetivos dos direitos liberais, inclusive de expressão e associação, em especial contra àqueles na cadeira do Executivo, principal fonte de risco ao fenômeno ora estudado.¹⁶

¹² ELKINS, Zachary. Is the sky falling? Constitutional crisis in historical perspective. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, p. 52. Edição Kindle. Também Rui Graça Feijó enfatiza a natureza de conceito essencialmente contestado da democracia, ademais de imputar a ela o caráter de conceito impuro, ou seja, conceito ligado irremediavelmente a sua temporalidade e ambiente cultural. De forma correta, o autor explica que, nas ciências sociais, mesmo os conceitos fundamentais de importância científica são impuros (FEIJÓ, Rui Graça. *Democracia: linhagens e configurações de um conceito impuro*. Porto: Edições Afrontamento, 2017, pp. 17-24).

¹³ Embora também se trate de conceito essencialmente contestado, por possuir muitas facetas, possível compreender a cultura política do Estado de Direito (*rule of law*) como possuidora de três ideias principais: limitação do governo pela lei, buscando evitar a tirania; a legalidade formal e sua ideia subjacente, de previsibilidade; e o estabelecimento de um governo de leis, não de homens (GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014, posição 4059-4107. Edição Kindle).

¹⁴ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 8-9. Edição Kindle. Também Elkins aponta elementos bastante próximos como integrantes do conceito em seu estudo sobre a degradação democrática: eleições competitivas e com ampla participação; direitos e liberdades civis; a *accountability* e transparência (que estão abrangidas no conceito de Estado de Direito), bem como as restrições ao Poder Executivo, fonte maior de risco à democracia constitucional, incluindo um Judiciário com tal função (ELKINS, Zachary. *Is the sky falling? Constitutional crisis in historical perspective*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, pp. 52-53. Edição Kindle).

¹⁵ Dixon e Landau usam tríade similar como “mínimo democrático” para seu estudo a respeito do empréstimo constitucional abusivo de conceitos, ideias e doutrinas constitucionais liberais (DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021, pp. 24-25. Edição Kindle).

¹⁶ “Then we must understand that most, if not all, of the concerns regarding constitutional democracy have to do with an executive who insists upon transgressing the limits of higher law. As such, we need to appreciate that meaningful democracy includes some element of executive constraint (i.e., a real legislature). But a balanced executive-legislative relationship is not the only relationship to consider. Many have come to view the courts as critical players in adjudicating the Constitution and signaling the transgression of its limits. So, add a strong independent judiciary to the mix?” (ELKINS, Zachary. *Is the sky falling? Constitutional crisis in historical perspective*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, pp. 52-53. Edição Kindle).

Partindo, então, desses três caracteres básicos como definidores de uma democracia liberal para os fins do estudo, resta questionar como esses elementos podem ser corrompidos. Há dois caminhos, cuja diferença é a *velocidade*: democracias colapsam de uma vez ou são lentamente erodidas. O direito, a constituição e as instituições podem sofrer um golpe rápido e preciso — o colapso autoritário —,¹⁷ com um momento claro e identificável no tempo, ou, ao invés, podem sofrer mudanças lentas e graduais que, aos poucos, vão alterando a própria formatação daquela comunidade política — a erosão democrática.¹⁸

Exemplos notórios de colapso autoritário são a queda da República de Weimar, com a ascensão do nazismo, e os diversos golpes militares em países latino-americanos na segunda metade do século passado, Brasil incluído; já a erosão democrática pode ser exemplificada com a situação de Turquia, Hungria¹⁹ e Polônia,²⁰ em que há desmantelamento persistente das peças da engrenagem.

A relevância de diferenciar esses dois tipos ideais, cuja variável-chave, repita-se, é a velocidade, se justifica por haver diferença de arsenal jurídico e institucional para alcançá-los. Enquanto, no colapso autoritário, poderes de emergência e golpes militares garantem a ruína democrática em via expressa, a erosão democrática demanda ferramentas mais insidiosas e complicadas. Além disso, os dois processos costumam levar a resultados diferentes: enquanto o primeiro leva a um regime claramente autoritário de maneira imediata, o segundo tende a levar a um regime de autoritarismo competitivo em primeiro momento, podendo chegar ao autoritarismo completo em continuidade.²¹⁻²²

Neste artigo, concentraremos o foco na erosão democrática, pois

democracias podem morrer não nas mãos de generais, mas de líderes eleitos — presidentes ou primeiros-ministros que subvertem o próprio processo que os levou ao poder. Alguns desses líderes desmantelam a democracia rapidamente, como fez Hitler na sequência do incêndio do Reichstag em 1933 na Alemanha. Com mais frequência, porém, as democracias decaem aos poucos, em etapas que mal chegam a ser visíveis.²³

A erosão democrática é o fenômeno em voga na gramática das crises constitucionais do século XXI, podendo ser conceituada como o processo gradual, mas substancial, de decaimento dos três predicados básicos da democracia, tal qual listados acima — *eleições competitivas, direitos de livre expressão e associação e o Estado de Direito* —, cuja mudança, em cada um, aparentemente inócua por ser lenta, degrada a qualidade da democracia.²⁴

tional Democracy in Crisis? New York: Oxford University Press, 2018, pp. 52-53. Edição Kindle).

¹⁷ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 49-68. Edição Kindle.

¹⁸ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 68-119. Edição Kindle

¹⁹ Para um itinerário breve sobre a decomposição democrática operada na Turquia e Hungria por dois líderes autoritários, Erdogan e Orbán, ALBRIGHT, Madeleine. *Fascismo: um alerta*. São Paulo: Planeta, 2018, pp. 157-175 e 193-215. Edição Kindle.

²⁰ Para um estudo bastante completo do “retrocesso populista anticonstitucional” polonês, SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford University Press, 2019. Edição do Kindle.

²¹ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 39-40. Edição Kindle.

²² Autoritarismo competitivo é um regime híbrido — entre uma democracia liberal funcional e o autoritarismo completo — em que quatro critérios mínimos (eleições livres e justas; sufrágio universal; liberdades de expressão, associação e crítica aos governantes; e real autoridade em mãos dos agentes eleitos, que não são tutelados por outros agentes) são violados, sistematicamente e de forma séria, criando uma arena desnivelada entre governo e oposição, pois os governantes abusam dos recursos estatais contra os adversários, assediando integrantes da oposição e jornalistas, inclusive com ameaças de uso do direito penal, dentre outras medidas de abuso (LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. *Elections without democracy: the rise of competitive authoritarianism*. *Journal of Democracy*, Washington, v. 13, n. 2, p. 51-65, April 2002, p. 53). Huq e Ginsburg apontam, porém, que por ser um processo incremental, a erosão democrática pode prosseguir até chegar no autoritarismo completo (GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, p. 47. Edição Kindle).

²³ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018, p. 11. Edição Kindle.

²⁴ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 43. Edição Kindle.

Conforme entende pacificamente a literatura especializada, a Venezuela foi alvo, justamente, de erosão democrática cuidadosamente articulada, inicialmente por Hugo Chávez e continuada por Nicolás Maduro.²⁵ Por ser aquele processo nacional, o estudo de caso deste trabalho, justifica-se o foco.

Ginsburg e Huq listam cinco medidas que costumam ser usadas²⁶ para desdobrar a erosão autoritária: (i) uso de emendas constitucionais para alterar o desenho institucional básico de governança; (ii) eliminação dos freios (*checks*) entre os poderes; (iii) centralização e politização do Poder Executivo; (iv) contração/distorção da esfera pública compartilhada em que as liberdades de expressão e associação podem ser exercidas; e (v) eliminação da oposição política.²⁷

E como autocratas eleitos minam as instituições por meio desse instrumental? Levitsky e Ziblatt apresentam interessante metáfora, que servirá de guia nesse tópico e nos seguintes:

para melhor compreender como autocratas eleitos minam sutilmente as instituições, é útil imaginarmos uma partida de futebol. Para consolidar o poder, autoritários potenciais têm de capturar o árbitro, tirar da partida pelo menos algumas das estrelas do time adversário e reescrever as regras do jogo em seu benefício, invertendo o mando de campo e virando a situação de jogo contra seus oponentes.²⁸

Capturados os árbitros, neutralizados os oponentes e com as regras do jogo reescritas para autofavorecimento, líderes eleitos estabelecem vantagem decisiva e consolidam o poder em si e em seu grupo. Como essas medidas são tomadas de modo gradual e com aparência de legalidade, a erosão democrática nem sempre dispara o alarme, ao menos até ser tarde demais.²⁹

Apresentado esse pano de fundo, vale verificar, brevemente, a interação dos Tribunais regionais de Direitos Humanos (europeu e africano) com esses elementos da erosão democrática, para (i) demonstrar que o fenômeno da erosão é global, funcionando como uma ideia (in)constitucional que tem migrado³⁰ e (ii) preparar o caminho para a análise detida da situação da Venezuela e as tentativas da Corte IDH de interromper a degradação democrática lá sofrida.

3 As cortes regionais de direitos humanos e a erosão democrática

E o que têm a dizer, então, as Cortes regionais de Direitos Humanos sobre esses marcadores do decaimento democrático? Vale observar, panoramicamente, as Cortes Europeia e Africana de Direitos Humanos, antes de passarmos à situação da Venezuela e o papel da Corte IDH naquele caso específico.

O objetivo deste tópico é demonstrar, de forma não exauriente, que os sistemas regionais de Direitos Humanos, cada um a seu modo e em sua velocidade, estão enfrentando a temática e já possuem precedentes em seus acervos; como as Cortes regionais dialogam sobre assuntos em comum, inclusive com citações recíprocas (*cross-fertilization*),³¹ o julgamento de um caso sobre erosão democrática em um sistema tem

²⁵ Como será visto no tópico 3.

²⁶ Pois, se todas as famílias felizes são iguais, mas as infelizes o são cada qual a sua maneira, essa lógica de Tolstói não se aplica às democracias: a respeito delas, quando as coisas saem errado, costumam sair errado de formas bastante similares (ELKINS, Zachary. *Is the sky falling? Constitutional crisis in historical perspective*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, pp. 51-52. Edição Kindle).

²⁷ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 72-73. Edição Kindle.

²⁸ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. São Paulo: Zahar, 2018, p. 75. Edição Kindle.

²⁹ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. São Paulo: Zahar, 2018, p. 88. Edição Kindle.

³⁰ Ressaltando que nem sempre a migração de ideias constitucionais é um fenômeno dialógico positivo, pois pode haver migração de ideias corrosivas, GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 73-77. Edição Kindle.

³¹ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Typology of Transjudicial Communication*. University of Richmond Law Review, n. 29, 1994, p. 99-137. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>. Acesso em: 30 mai. 2021.

potencial de impactar em um dos outros, o que denota a importância, atualmente, de conhecer o acervo jurisprudencial de todos os sistemas para bem compreender cada um deles.³²

3.1 Corte europeia de direitos humanos

O Sistema Europeu de Direitos Humanos tem, em seu DNA, a preocupação com o colapso autoritário, pois nasceu sob a sombra do nazismo. A Convenção Europeia de Direitos Humanos, que criou o sistema em 1950, tinha como objetivo servir de instrumento de alarme preventivo (*early warning*) quanto ao risco de novos países aderirem aos horrores totalitários testemunhados na Alemanha, configurando um pacto contra o totalitarismo.³³ A ideia que motivou a feitura do tratado e a previsão de seus mecanismos de garantia era que, se algum outro país europeu começasse a se deteriorar novamente, a então Comissão e a Corte Europeias fariam soar o alarme, chamando atenção dos demais integrantes do bloco.

Um dos casos tratados sob essa luz, já no início da operação do sistema, foi o julgamento da dissolução do Partido Comunista alemão (KPD). Após o Tribunal Constitucional Federal entender que, por ser aquele país uma democracia militante, não seria tolerável manter uma agremiação política, cujo programa buscava o fim da democracia. Assim, declarou inconstitucional a existência do Partido e o eliminou.³⁴ Buscou-se a reversão do entendimento no sistema europeu de direitos humanos, alegando violação aos artigos 9º, 10 e 11 da Convenção Europeia de Direitos Humanos — liberdades de pensamento, de expressão e de associação.

A então Comissão Europeia de Direitos Humanos³⁵ que, à época, tinha papel semelhante à da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH – tendo sido, inclusive, o modelo de desenho institucional do sistema dual interamericano que se mantém até hoje),³⁶ não admitiu o caso, impedindo a petição de prosseguir rumo a Estrasburgo.

Em breves cinco páginas, a Comissão refutou a tese de violação de direitos brandindo a previsão inscrita no artigo 17 da Convenção, que veda o abuso de direitos — não é possível interpretar os direitos convencionais como escudos que permitam a pessoas ou grupos destruírem os próprios direitos inscritos naquele

³² Tanto que a doutrina chega a falar em “interamericanização” do sistema europeu e “europeização” do sistema interamericano, pois problemas constitucionais ordinariamente tratados em cada um dos continentes começaram a ser enfrentados também no outro. Assim, há referências cruzadas entre as Cortes em seus julgamentos (PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 215-235).

³³ BATES, Ed. *The evolution of the European Convention on Human Rights: from its inception to the creation of a permanent Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010, pp. 7-8, 51-54 e 75. Tanto assim que os Estados acabaram aceitando ratificar a Convenção por entender que já protegiam os direitos ali listados (p. 114). Também entendendo a Convenção Europeia de Direitos Humanos e sua Corte, inicialmente, como um pacto coletivo contra o totalitarismo: WILDHABER, Luzius. *The European Court of Human Rights: the past, the present, the future*. *American University International Law Review*, 22, n. 4, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=auilr>. Acesso em: 20 mar. 2021, p. 523.

³⁴ Rico relato do contexto e do julgamento nacional alemão pode ser encontrado em COLLINGS, Justin. *Democracy's Guardians: a history of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*. New York: Oxford University Press, 2015, posição 2392-2533. Edição Kindle. A questão era bastante complexa e o Tribunal não pretendia julgá-la, tanto que o julgamento ocorreu mais de quatro anos após o ajuizamento da petição inicial e, antes da argumentação oral, houve questionamento expresso ao requerente, o então chanceler Adenauer, sobre se mantinha interesse em prosseguir com o caso.

³⁵ Extinta pelo Protocolo n.º 11 à Convenção Europeia de Direitos Humanos. Agora, há somente a Corte Europeia no sistema, com caráter permanente.

³⁶ “Os sistemas interamericano e africano devem sua existência em grande parte a um processo de mimetismo jurídico e institucional, buscando na experiência europeia inspiração desde o começo” (DALY, Tom Gerald. *The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, p. 22. Edição Kindle – tradução livre). No mesmo sentido, mas enfatizando que a inspiração não significou mero transplante, sem adequação à realidade local, PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 04-05. Por sua vez, reconhecendo que, no período inicial, o sistema europeu serviu de modelo para o interamericano, mas enfatizando, também, não ter havido mero transplante, pois, apesar da similaridade de desenho institucional, as instituições em cada região funcionaram de maneira diferente e particular, HUNEEUS, Alexandra Valeria; MADSEN, Mikael Rask. *Between universalism and regional law and politics: a comparative history of the American, European and African Human Rights Systems*. Working Paper n. 96, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2976318>. Acesso em: 30 mai. 2021.

instrumento.³⁷⁻³⁸ Trata-se de potente disposição normativa, capaz de lastrear a ideia de democracia militante no âmbito do sistema europeu de direitos humanos.

A evolução do sistema deu à atual Corte Europeia uma faceta muito mais rica e complexa, o que não significa que aquele compromisso inicial tenha sido abandonado. Para demonstrar isso, vale verificarmos um caso de interação recente entre o Tribunal e a Turquia, um dos países notoriamente em erosão democrática. No entanto, como não é objeto específico deste trabalho analisar detalhadamente o decaimento turco, enfoca-se uma de suas etapas, o expurgo iniciado em 2016.

Em julho daquele ano, parte do Exército tentou um golpe — que fracassou rapidamente — contra Erdogan. A tentativa, porém, foi habilmente usada pelo líder autoritário para aprofundar a erosão democrática turca.³⁹

A partir do levante fracassado, houve a decretação de estado de emergência e expurgo de grandes proporções dos opositores ao governo: os arquitetos da tentativa de golpe foram presos, mas também seus parentes, amigos e companheiros de trabalho, além de jornalistas que tinham publicado — inclusive em *blogs* pessoais — opiniões críticas ao presidente e ao regime; em poucos meses, mais de 140 mil servidores públicos, 16 mil militares e policiais, 6.300 professores e 2.500 jornalistas foram exonerados ou expurgados; mil empresas foram confiscadas, quase 200 veículos de mídia e quinze universidades foram fechadas, e 20% dos juízes foram forçados à aposentadoria.⁴⁰

O expurgo foi tão amplo que mais de 50 mil prisões ocorreram, inclusive de membros do sistema de justiça — e até de dois juízes da Corte Constitucional.⁴¹ O expurgo gera, como consequência, o banimento do serviço público em definitivo, sem possibilidade de retorno, independentemente da profissão ostentada pelo expurgado, além de impedir o ingresso em certas atividades privadas, o que tem potencial de atuar na prática como uma morte civil.⁴²

Nesse contexto, a Corte Europeia de Direitos Humanos foi acionada. O Tribunal já contava com jurisprudência sobre expurgos (*lustration case law*)⁴³ em relação aos países do leste europeu (que abandonaram o regime comunista), muitos dos quais implementaram medidas do tipo para imunizar o Estado da ideologia soviética extremista.^{44,45}

³⁷ COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Partido Comunista da Alemanha v. República Federal da Alemanha. Decisão sobre admissibilidade. Petição n.º 250/57. Julgado em 20 de julho de 1957.

³⁸ BATES, Ed. *The evolution of the European Convention on Human Rights: from its inception to the creation of a permanent Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 218.

³⁹ Como será visto neste artigo, algo similar ocorreu na Venezuela, o que também foi habilmente aproveitado por Hugo Chávez.

⁴⁰ ALBRIGHT, Madeleine. *Fascismo: um alerta*. São Paulo: Planeta, 2018, p. 171. Edição Kindle

⁴¹ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018, p. 91. Edição Kindle.

⁴² Em 2017, já se falava em mais de 130.000 servidores públicos exonerados sumariamente, dentre eles 40.000 professores e 4.000 juízes e promotores, todos impossibilitados de, sequer, trabalhar na iniciativa privada após o banimento (MOURENZA, Andrés. “Papai, por que você não vai trabalhar?”: expurgo na Turquia afeta quase um milhão de pessoas. *El País*. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/06/20/internacional/1497973176_793765.html. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴³ Lustração é a prática de excluir de posições de poder ex-agentes e cúmplices do regime comunista nos Estados do leste europeu, como forma de retirar sua influência das entranhas do poder público.

⁴⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Ivanovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*. Application n. 29908/11, Primeira Seção, julgamento em 21 de abril de 2016. A Corte julgou o Estado culpado por violar os direitos ao devido processo legal e vida privada do requerente (arts. 6º e 8º da Convenção), ao expurgá-lo do cargo de presidente da Corte Constitucional da Macedônia e bani-lo do serviço público e de posições acadêmicas por cinco anos em razão de, no passado, ter contribuído com a polícia secreta do país. Segundo a Corte, as medidas de expurgo, em abstrato, podem ser compatíveis com a Convenção por buscarem o objetivo legítimo de segurança nacional (§179), mas, no caso concreto, faltou às autoridades julgadoras do caso imparcialidade vista sob o prisma objetivo (§§ 136-151), além de as medidas aplicadas (o citado banimento por cinco anos das atividades públicas e acadêmicas, além da perda do cargo) serem desproporcionais, por desnecessárias em uma sociedade democrática (§§177 e 180-188).

⁴⁵ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Matyjek v Poland*, ECtHR, Application no: 38184/03, Quarta Seção, julgamento em 24 de setembro de 2007. Nesse caso, também envolvendo punições decorrentes de expurgo, a Corte Europeia condenou a Polônia por violar o devido processo legal do requerente, por quebra na paridade de armas entre acusação e defesa quanto ao acesso das provas usadas — sob alegação, por parte do Estado, de confidencialidade dos documentos —, e pela ausência da

Assim, o caso Pişkin v. Turquia⁴⁶ foi julgado em solo jurisprudencial já fértil. Aos fatos: o requerente tinha um contrato de trabalho permanente com uma instituição pública turca (Agência de Desenvolvimento de Ankara) e, poucos dias após o golpe militar fracassado, a agência, baseando-se em um dos decretos de emergência emitidos como consequência (Decreto-Lei n. 667), rescindiu tal contrato, sem que motivação tenha sido oferecida quando da notificação — no entanto, o motivo seria a suposta ligação do requerente com uma organização tida como terrorista, conforme entendeu a agência turca.

Pişkin reclamou seus direitos trabalhistas perante a Justiça do Trabalho e Corte Constitucional sem sucesso. Simultaneamente, nada obstante a alegação de seus vínculos com organização terrorista terem baseado sua demissão, o Ministério Público não encontrou elementos para processá-lo criminalmente, o que, ainda assim, não bastou para sua reintegração ao posto.

A Corte Europeia entendeu que as medidas de emergência aprovadas pela Turquia estavam justificadas dado o contexto da tentativa de golpe militar, mormente por não vedarem o controle judicial das medidas aplicadas em concreto.⁴⁷ No entanto, entendeu violado o direito ao devido processo legal (art. 6º, § 1º, da Convenção Europeia) pela forma como os tribunais domésticos analisaram a questão na situação concreta, pois os juízes nacionais não teriam enfrentado todas as alegações do requerente de forma aprofundada e completa, nem tampouco buscaram detectar os reais motivos da demissão;⁴⁸ ademais, pelos mesmos motivos, entendeu também violado o direito à vida privada e familiar (art. 8º) do requerente,⁴⁹ principalmente pelas consequências que rotulá-lo como terrorista tiveram para sua vida profissional — pois novos empregadores passaram a temer contratá-lo, além dos efeitos sancionatórios derivados da legislação de emergência, que impedem seu retorno ao serviço público eternamente.⁵⁰

O Tribunal, porém, não entendeu problemático o Decreto-Lei que baseou a demissão, reputando-o, em abstrato, acorde à Convenção Europeia, pois, previsto em lei e buscando um fim legítimo, além de ter refutado qualquer violação ao artigo 17 (abuso de direito) da Convenção.⁵¹

Hakan Kaplankaya critica a fundamentação da Corte nesse ponto, alertando para o fato de que o expurgo admite retroatividade para alcançar atos que, até então, eram lícitos, algo aberrante e violador do direito à irretroatividade da lei maléfica:⁵²

no que se refere à previsibilidade dos decretos-leis, basta observar que eles penalizam atos que os interessados praticaram antes da tentativa de golpe. Em outras palavras, os decretos-lei têm sido aplicados retroativamente de forma a violar o princípio da proibição da retroatividade de lei maléfica. Além disso, como Muiznieks afirmou enquanto Comissário para os Direitos Humanos do Conselho

possibilidade de recurso adequado contra a decisão (§§ 55-56 e 64).

⁴⁶ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pişkin v. Turquia. *Petição n.º 33399/18*. Segunda Seção. Julgamento em 15 de dezembro de 2020.

⁴⁷ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pişkin v. Turquia. *Petição n.º 33399/18*. Segunda Seção. Julgamento em 15 de dezembro de 2020, §§ 125-127.

⁴⁸ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pişkin v. Turquia. *Petição n.º 33399/18*. Segunda Seção. Julgamento em 15 de dezembro de 2020, §§ 150-153.

⁴⁹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pişkin v. Turquia. *Petição n.º 33399/18*. Segunda Seção. Julgamento em 15 de dezembro de 2020, §§ 225-229.

⁵⁰ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pişkin v. Turquia. *Petição n.º 33399/18*. Segunda Seção. Julgamento em 15 de dezembro de 2020, §§ 184-188.

⁵¹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pişkin v. Turquia. *Petição n.º 33399/18*. Segunda Seção. Julgamento em 15 de dezembro de 2020, §§ 125, 152, 204-201 e 234.

⁵² Outra crítica ao julgamento foi não ter reconhecido aplicáveis todas as garantias do devido processo legal (arts. 6º e 7º da Convenção) ao caso, por se entender que a demissão derivada dos atos expurgatórios não se enquadrava no critério Engel (§§ 102-109 da decisão). A Convenção prevê garantias expressas aos acusados em processo criminal, e a Corte, a partir do caso Engel v. Holanda, definiu que “acusação criminal” é um conceito autônomo, ou seja, possui significado próprio para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, que independe da definição nacional; se o critério for atendido, mesmo situações que não sejam definidas nacionalmente como acusação criminal precisarão ter garantidos todos os direitos do devido processo legal previstos na Convenção (BATES, Ed. *The evolution of the European Convention on Human Rights: from its inception to the creation of a permanent Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 323).

da Europa, “os atos que são, supostamente, indícios de adesão a uma ‘organização terrorista’ eram atividades indiscutivelmente legais no momento da prática”.

[...]. Além disso, os destituídos de cargos públicos não tiveram chance de se abster de quaisquer atos e condutas proibidos pelos decretos-lei, pois não se poderia esperar que tivessem conhecimento de que aqueles atos seriam arbitrariamente classificados como relacionados ao terrorismo muitos anos depois. Assim, todas essas atividades “puníveis”, como ter uma conta bancária em um banco legalmente operacional, assinatura de um jornal diário conhecido como parte da imprensa Gülenista, frequentar círculos religiosos, ler os livros de Gülen, ajudar em atividades de caridade, ser membro de um determinado sindicato ou associações fundadas e operando em plena conformidade com a lei, estão sob a proteção da Convenção.

A aplicação retroativa dos decretos-lei também implica que as demissões se basearam nas listas de perfis que haviam sido compiladas e criadas pelas autoridades estaduais muito antes da tentativa real de golpe. Portanto, é insustentável afirmar que o decreto-lei de emergência nº 667 tem a qualidade de direito.⁵³

Ou seja, se por um lado, a condenação da Turquia no caso foi positiva por assentar um precedente, por outro, é preocupante a aceitação, por parte da Corte, da legislação de emergência sem mais, mormente pela ingenuidade de considerar que o Judiciário nacional, também alvo do expurgo, seria capaz de controlar, adequadamente, os abusos, dada a sua captura:

a constatação de violações no julgamento Pişkin é de extrema importância quanto ao mecanismo de expurgo turco, devido ao fato de que é provável que abra um precedente para casos subsequentes relativos a funcionários públicos expurgados por meio do mesmo quadro jurídico. Por outro lado, este acórdão não retifica muitas deficiências do mecanismo de expurgo operado pelo governo turco e da regulação jurídica que a conduz, particularmente decorrentes da falta de salvaguardas legais e processuais associadas à natureza criminal das demissões e de graves falhas relativas à previsibilidade e acessibilidade dos decretos-lei.

As deficiências acima mencionadas no julgamento de Pişkin são, infelizmente, susceptíveis de sustentar a regulação jurídica do mecanismo de expurgo turco, conforme argumentado pelo renomado advogado de direitos humanos turco Kerem Altıparmak. Além disso, o Tribunal parece endossar toda a regulação jurídica decorrente dos infames decretos-lei. Ao fazê-lo, o Tribunal coloca a culpa diretamente no judiciário turco pela violação dos direitos convencionais, alegando que eles não forneceram a fundamentação adequada. É, no entanto, ilusório presumir que os tribunais turcos sejam capazes de realizar o devido escrutínio para casos de expurgo baseados nos controversos decretos de emergência, dado especialmente o fato de que o judiciário foi a principal vítima do mesmo expurgo.⁵⁴

É possível pensar que a Corte Europeia, por atuar de forma incrementalista,⁵⁵ apenas começou a testar as águas quanto ao tema do expurgo turco, e que, nos futuros novos casos, passos mais ousados poderão ser dados.

Vejamos agora o reverso da moeda, a atuação mais enfática que tem sido realizada pela Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos.

⁵³ KAPLANKAYA, Hakan. Pişkin v. Turkey: Observations on the failure of the Lawfulness Test and the Engel Criteria within the context of the Turkish Purge. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2021/03/29/piskin-v-turkey-observations-on-the-failure-of-the-lawfulness-test-and-the-engel-criteria-within-the-context-of-the-turkish-purge/>. Acesso em: 15 abr. 2021. Tradução livre. Não paginado.

⁵⁴ KAPLANKAYA, Hakan. Pişkin v. Turkey: Observations on the failure of the Lawfulness Test and the Engel Criteria within the context of the Turkish Purge. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2021/03/29/piskin-v-turkey-observations-on-the-failure-of-the-lawfulness-test-and-the-engel-criteria-within-the-context-of-the-turkish-purge/>. Acesso em: 15 abr. 2021. Tradução livre. Não paginado.

⁵⁵ GERARDS, Janneke. Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, v. 18, Issue 3, September 2018; TEDESCO, Thomaz Fiterman. A questão da última palavra nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos: da margem de apreciação ao controle de convencionalidade. 2019. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, p. 53-117 e 193-207.

3.2 Corte africana de direitos humanos e dos povos

No sistema africano de direitos humanos,⁵⁶ há precedentes cujo mote é a tentativa de conter a recessão democrática; isso se explica pela fase ainda inicial de consolidação democrática dos países do continente africano,⁵⁷ sendo essa uma preocupação central de sua Corte regional.

Ao reverso da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, cuja atuação é marcada por forte deferência aos Estados, a Corte Africana, malgrado a pouca idade, age com bastante ativismo, encontrando, por isso, dificuldade em executar suas decisões.⁵⁸

Uma dessas é o caso APDH v. Costa do Marfim,⁵⁹ em que a Corte Africana decidiu ter havido violação, principalmente, da Carta Africana sobre Direitos Humanos e dos Povos (CADHP), além da Carta Africana sobre Democracia, Eleições e Governança.⁶⁰ O contexto foi o de uma alteração legislativa da composição da Comissão Eleitoral Independente, autoridade administrativa eleitoral do país, para incluir representantes de partidos políticos e de autoridades específicas, o que, no entender da Corte, violou o dever de estabelecer autoridade eleitoral imparcial.

Segundo a Corte, a maioria dos membros da Comissão passou a ser de indicados por órgãos e autoridades interessados nos resultados eleitorais e, além disso, o governo teria o equivalente a oito indicações, enquanto a oposição indicaria quatro membros. Essa composição desbalanceada não seria capaz de atender às condições de imparcialidade e tampouco de passar uma imagem de lisura ao público,⁶¹ além de violar a isonomia entre os candidatos em uma disputa eleitoral,⁶² o que foi suficiente para declarar a violação e determinar a alteração da lei.

O precedente apontado se vincula ao marcador de captura dos árbitros, pois a tentativa foi de moldar a autoridade eleitoral de modo a beneficiar o governante do momento; com isso, ficaria afetada a possibilidade de eleições verdadeiramente livres. A Corte, ademais, fixou de modo geral que, para ser independente, um órgão eleitoral precisa ter autonomia financeira e administrativa, além da necessidade de imparcialidade

⁵⁶ Trata-se do mais jovem dentre os três sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. Para aprofundamento acerca de estrutura e funcionamento, recomenda-se PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, pp. 237-268; RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 271-280; MUTUA, Makau. *The African Human Rights Court: a two-legged stool? Human Rights Quarterly*, v. 21, 1999. Disponível em: https://digitalcommons.law.buffalo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1566&context=journal_articles. Acesso em: 30 mai. 2021; MURRAY, Rachel. *The African Charter on Human and Peoples' Rights: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

⁵⁷ Segundo Feferbaum, são três as ondas de democratização africanas desde o fim da fase colonial. A primeira, na transição constitucional dirigida pelas potências europeias ao abandonar o poderio sobre suas colônias, onda que durou pouco, pois, logo após a independência, a maioria dos recém-nascidos regimes democráticos deixou de existir; no final da década de 70, vem a segunda onda, capitaneada por Gana e Nigéria; e a terceira na década de 1990, derivada da revolta da população, inclusive em razão da catástrofe econômica da década de 1980 e o fim da ajuda proveniente da União Soviética, que se extinguiu. Como aponta a autora, porém, muitos países do continente ainda não conseguiram completar sequer a primeira fase de transição (FEFERBAUM, Marina. *Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano*. São Paulo: Saraiva, 2012. Edição Kindle, posição 1515-1561).

⁵⁸ DALY, Tom Gerald. *The Alobemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 131-132. Edição Kindle.

⁵⁹ CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso APDH v. Costa do Marfim. Petição n.º 001/2014, julgamento 18 nov. 2016

⁶⁰ Ambas são formalmente tratados internacionais e, portanto, vinculantes. A Corte Africana dispõe de autoridade para julgar os países aderentes sob a lente de qualquer tratado internacional de direitos humanos que ele tenha ratificado, e não só a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, conforme art. 3º, §1º, do Protocolo relativo à Criação de um Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos.

⁶¹ CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso APDH v. Costa do Marfim. Petição n.º 001/2014, julgamento 18 nov. 2016, §§ 118-136.

⁶² CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso APDH v. Costa do Marfim. Petição n.º 001/2014, julgamento 18 nov. 2016, §§ 142-151.

objetiva de seus integrantes,⁶³ definindo diretrizes importantes para os demais países do continente.⁶⁴

Outro assunto que se relaciona à erosão democrática e que passou sob o crivo da Corte é a liberdade de expressão. Neste artigo, citam-se dois casos: Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso⁶⁵ e Ingabire Victoire Umuhoza v. Ruanda.⁶⁶⁻⁶⁷

No primeiro, um jornalista foi condenado criminalmente por ter publicado reportagem sobre possíveis crimes cometidos por autoridade do Ministério Público local. A Corte Africana, de forma audaciosa e por maioria de seis a quatro, declarou que a tipificação de crimes contra a honra não ofende, necessariamente, a liberdade de expressão prevista nos tratados de direitos humanos, mas a pena privativa de liberdade para essas situações seria vedada, à exceção de situações-limite — como casos de discurso de ódio, incitação de crimes internacionais, incitação pública à discriminação ou violência contra pessoas ou grupos em razão de raça, cor, religião ou nacionalidade.⁶⁸ A minoria foi ainda mais longe e entendeu que mesmo a tipificação penal da difamação já seria violadora da Carta Africana.⁶⁹

O segundo caso envolveu importante política da oposição ruandesa, Ingabire Umuhoza, que foi condenada criminalmente por minimização do genocídio ruandês — o que é crime no país — e por discursos duros contra o governo e membros dos poderes públicos. Em sua demanda perante a Corte Africana, Umuhoza sustentou ter realizado discurso de natureza política, sem dolo quanto ao crime de minimização, mas que a vagueza do tipo penal teria tornado possível sua condenação.⁷⁰

A Corte, apesar de entender válida a tipificação penal da negação do genocídio, mormente considerando a história do país, entendeu que, no caso concreto, sua aplicação não seria necessária em uma sociedade democrática, pois seu uso imoderado poderia gerar um efeito de resfriamento na liberdade de expressão; ademais, quanto às críticas ao governo, a Corte enfatizou que autoridades públicas precisam aceitar maior grau de crítica.⁷¹

Nesse caso, o Tribunal se envolveu com o marcador da neutralização de oponentes — Ingabire Umuhoza é uma política de alto relevo nacional —, moderando a resposta do Estado a condutas dela supostamente violadoras de leis locais.

⁶³ CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso APDH v. Costa do Marfim. Petição n.º 001/2014, julgamento 18 nov. 2016, §§ 118 e 123.

⁶⁴ O assunto voltou à pauta da Corte Africana em 2020, após Costa do Marfim acatar a decisão e alterar o formato da autoridade eleitoral, pois novos petionários entenderam que a alteração não foi capaz de atender aos parâmetros do julgamento anterior. Em *Suy Bi Gohore Emile e outros v. Costa do Marfim*, o Tribunal, além de fixar que não é seu papel definir um formato único e universal de órgão eleitoral para todos os países africanos (§ 170), julgou que a nova legislação atendia ao seu julgamento anterior quanto à independência, imparcialidade e equilíbrio do órgão e seus componentes, com a única exceção da necessidade de mais bem regular o processo de indicação dos membros provenientes de partidos da oposição e de entidades da sociedade civil, que restou pendente (§§ 255-260).

⁶⁵ CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso. Petição n.º 004/2013, julgamento em 02 jun. 2016.

⁶⁶ CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Ingabire Victoire Umuhoza v. Ruanda. Petição n.º 003/2014, julgamento em 08 dez. 2018.

⁶⁷ Para uma discussão de ambos os casos, comparando-os com o entendimento da Corte IDH sobre a liberdade de expressão, TEDESCO, Thomaz Fiterman. *Liberdade de expressão e Direito Penal: análise comparativa do uso de sanções criminais para conter abusos no discurso sob a ótica das cortes interamericana e africana de Direitos Humanos*. Revista do Ministério Público Militar, 30 ed. 2019. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/liberdade-de-expressao-e-direito-penal-analise-comparativa-do-uso-de-sancoes-criminais-para-conter-abusos-no-discurso-sob-a-otica-das-cortes-interamericana-e-africana-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 30 mai. 2021.

⁶⁸ CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso. Petição n.º 004/2013, julgamento em 02 jun. 2016, §§ 165-166.

⁶⁹ Burkina Faso findou alterando sua legislação penal como consequência desse julgamento (DALY, Tom Gerald. *The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017, pp. 131-132. Edição Kindle).

⁷⁰ CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Ingabire Victoire Umuhoza v. Ruanda. Petição n.º 003/2014, julgamento em 08 dez. 2018, §§ 120-122.

⁷¹ CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Ingabire Victoire Umuhoza v. Ruanda. Petição n.º 003/2014, julgamento em 08 dez. 2018, §§ 159-162.

Como se vê desse pequeno inventário de casos, a Corte Africana interveio em pilares de um sistema democrático — liberdade de expressão e órgãos públicos encarregados de zelar por eleições, garantindo o Estado de Direito —, inclusive quando o caso envolvia alta voltagem política: o julgamento Ingabire Umuhozo.

Porém, as interpretações corajosas da Corte Africana têm resultado em severo *backlash*. No intervalo de quatro anos — entre 2016 e 2020 —, quatro⁷² dos dez Estados que haviam feito a declaração opcional para que indivíduos e organizações não governamentais pudessem peticionar casos diretamente perante a Corte⁷³ voltaram atrás e a retiraram.⁷⁴

Quanto a Ruanda, o caso Umuhozo foi, justamente, o responsável por essa retirada em 2016, ainda durante a tramitação da demanda perante a Corte, gerando o “Rwexit”,⁷⁵ o que parece demonstrar a vulnerabilidade de uma Corte regional ainda em busca de consolidação ao enfrentar o traiçoeiro tema da erosão democrática.

4 Erosão democrática na Venezuela: um panorama

A Venezuela⁷⁶ tem uma rica história constitucional — assim como os países latino-americanos do entorno.⁷⁷ Parte dessa história constitucional é a base do sistema político venezuelano na segunda metade do século XX, o Pacto de *Punto Fijo*, datado de 1958 e que veio em resposta à ditadura de Marcos Pérez Jiménez, com objetivo de impedir o surgimento de nova ditadura militar. Os três partidos políticos, então dominantes: – *Alianza Democrática* (AD, de centro-esquerda), *Comité de Organización Política Electoral Independiente* (COPEI, de centro-direita) e *Unión Republicana Democrática* (URD) –, buscando reorganizar a vida política venezuelana, concordaram em (i) um programa mínimo comum, (ii) respeitar o processo eleitoral — ou seja, aceitar o resultado das urnas — e (iii) criar uma coalizção obrigatória para que nenhum dos três partidos controlasse o Poder Executivo isoladamente — ou seja, o partido vencedor obrigatoriamente incluiria o partido perdedor em sua coalizção. Cerca de dois anos depois, o URD deixou o acordo, o que gera um sistema de, virtualmente, dois partidos, que perseverou até a década de 1990.⁷⁸

⁷² Ruanda, Costa do Marfim, Tanzânia e Benin.

⁷³ Artigo 34, (6), do Protocolo da Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos relativo à Criação de um Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos. Se essa declaração não é feita, apenas Estados, a Comissão Africana e organizações africanas intergovernamentais podem acessar a Corte.

⁷⁴ ADJOLOHOUN, Sègnonna Horace. *A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights*. *African Human Rights Law Journal*, n. 20, 2020. Esse tipo de atitude é uma das formas mais bruscas de reação entre Estados (e seus Poderes internos) e Tribunais internacionais, cada qual configurando pontos de autoridade relativos (STADEN, Andreas von. *No institution is an Island: checks and balances in global governance*. In: *Allocating authority*. Portland: Bloomsbury Publishing, 2018. Edição do Kindle).

⁷⁵ O país considerou inadmissível que condenados por crimes relativos a genocídio tivessem acesso à jurisdição internacional (WINDRIDGE, Oliver. *Assessing Rwexit: the impact and implications of Rwanda's withdrawal of its article 34(6) declaration before the African Court on Human and Peoples' Rights*. *African Human Rights Yearbook*, vol. 2, 2018, pp. 243-258. Disponível em: <http://www.ahry.up.ac.za/index.php/windridge-o-2018>. Acesso em: 16 mar. 2021; ADJOLOHOUN, Sègnonna Horace. *A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights*. *African Human Rights Law Journal*, n. 20, 2020, pp. 6-7).

⁷⁶ Até a década de 70 do século XX, o país estava em situação mais confortável que a maioria dos vizinhos latino-americanos, com maior riqueza e população mais bem-educada, além de menor divisão entre ricos e pobres: ALBRIGHT, Madeleine. *Fascismo: um alerta*. São Paulo: Planeta, 2018, p. 143. Edição Kindle.

⁷⁷ Para um sobrevo, GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013. Uma visão contrária e mais pessimista sobre a história constitucional brasileira é apresentada por Barroso, que, inclusive, diz que, antes de 1988, só havia “pré-história constitucional”: BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 139-141.

⁷⁸ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 121-122.

Com o pacto de *Punto Fijo*, então, os partidos AD e COPEI “[...] compartilharam o poder e distribuíram posições políticas entre si durante as décadas seguintes até 1993 (na prática de fato, até 1999, quando Hugo Chávez chegou ao poder)”.⁷⁹

A partir da década de 1980, esse pacto começa a se deteriorar. No período, uma crise econômica quase dobrou a taxa de pobreza da população, culminando no *Caracazo* de 1989 — protestos sociais violentos em resposta a um pacote econômico de austeridade —⁸⁰ e em duas tentativas fracassadas de golpe militar em 1992, encabeçadas por Chávez.⁸¹

Com esse caldo social, um *insider* contribuiu para o aprofundamento da degradação do anterior pacto que mantinha a democracia venezuelana: o ex-presidente Rafael Caldera, um dos fundadores do COPEI. Ansioso por retornar à presidência, Caldera, então senador em 1992, apoiou publicamente a ação golpista de Chávez, buscando canalizar para si o sentimento antissistema, e abandonou o COPEI para se lançar, em 1993, como candidato independente, contribuindo para o descrédito do sistema partidário.⁸²

Vencida a eleição, Caldera cumpriu uma das promessas de campanha: anistiou Chávez de todas as acusações relativas aos golpes fracassados, tornando-o um candidato viável — pois os golpes lhe renderam notoriedade. Assim, nas eleições seguintes, em 1998, Chávez, o *outsider* carismático, venceu e assumiu a presidência em 1999.

Levitsky e Ziblatt, a partir dessa trajetória, explicam como a irresponsabilidade dos líderes políticos contribuiu para a abertura de portas aos populistas:

apesar de suas enormes diferenças, Hitler, Mussolini e Chávez percorreram caminhos que compartilham semelhanças espantosas para chegar ao poder. Não apenas todos eles eram *outsiders* com talento para capturar a atenção pública, mas cada um deles ascendeu ao poder porque políticos do *establishment* negligenciaram os sinais de alerta e, ou bem lhes entregaram o poder (Hitler e Mussolini), ou então lhes abriram a porta (Chávez). A abdicação de responsabilidades políticas da parte de seus líderes marca o primeiro passo de uma nação rumo ao autoritarismo. Anos depois da vitória de Chávez, Rafael Caldera explicou seus erros de maneira simples: “Ninguém pensava que o sr. Chávez tivesse a mais remota chance de se tornar presidente”. E, apenas um dia depois de Hitler se tornar chanceler, um conservador destacado que o ajudara admitiu: “Acabei de cometer a maior estupidez da minha vida; aliei-me ao maior demagogo da história mundial.”⁸³

A partir da vitória eleitoral chavista, a desmontagem das estruturas da democracia constitucional liberal começou e, rapidamente, ganhou impulso. Já em 1999, sem maioria no parlamento, Chávez, sem negociar

⁷⁹ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 122. Tradução livre.

⁸⁰ “Uma debilitante combinação de baixa nos preços do petróleo, dívida galopante, crescimento da população e lideranças indecisas causou uma alta na inflação, o declínio do valor real dos salários, aumento do desemprego e encolhimento da classe média. Em 1989, recém-chegado à presidência, Carlos Andrés Pérez foi persuadido pelo FMI a abandonar as promessas de campanha e implementar o remédio amargo em voga na época: um pacote de ajustes estruturais. [...] Economicamente a abordagem tinha lógica, mas os efeitos imediatos foram dolorosos: alta nos preços de bens de consumo, cortes de serviços sociais e manifestantes expressando sua ira. Convocou-se o exército para restabelecer a ordem, e mais de 330 pessoas foram mortas. Os distúrbios acabariam por ser controlados, mas até hoje as mortes não foram esquecidas.” ALBRIGHT, Madeleine. *Fascismo: um alerta*. São Paulo: Planeta, 2018, pp. 143-144. Edição Kindle.

⁸¹ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018, p. 22. Edição Kindle.

⁸² LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018, pp. 22-23. Edição Kindle. Também considerando a degradação partidária como o mecanismo de erosão democrática venezuelana, GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 83-84. Edição Kindle.

⁸³ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018, p. 24. Edição Kindle.

com a oposição,⁸⁴ se valeu de um plebiscito para convocar uma Assembleia Constituinte,⁸⁵ cujos integrantes eleitos eram, em sua grande maioria, partidários do novo presidente, em parte em razão de regras eleitorais criadas pelos chavistas para autobenefício — para se ter a dimensão, candidatos alinhados à oposição eram cerca de 6 num total de 131 constituintes.⁸⁶ Em poucos meses, a Assembleia reescreveu a Constituição, incrementando os poderes presidenciais — com ampliação do tempo de mandato e a possibilidade de reeleição, além de ampliação de suas competências —, extinguindo o Senado (o Legislativo nacional deixou de ser bicameral para se tornar unicameral) e assumindo o controle de instituições públicas, que, em sua maioria, ainda eram ocupadas por figuras não colaboracionistas —, esse último sendo o ponto principal de desmontagem.

David Landau explica esse “expurgo”:

indiscutivelmente mais importante do que o texto constitucional foi o papel da Assembleia em remodelar rapidamente a composição de outras instituições públicas. Chávez e seus aliados na Assembleia a declararam soberana sobre todas as outras instituições do Estado por ser a personificação da vontade popular. Assim, a Assembleia asseverou ter o poder não só de redigir uma nova constituição, mas também de fechar outras instituições, substituir os seus funcionários e arrogar-se a si própria os seus poderes. Simbolicamente, isto era aplicável ao próprio presidente; Chávez se apresentou perante a Assembleia e deixou seu mandato à disposição, e em uma das primeiras sessões da Assembleia, Chávez foi reconfirmado como presidente e renomeado. A Assembleia ainda usaria esses poderes para levar a cabo uma série de ações-chave. No início das deliberações, ela estabeleceu uma comissão que substituiu muitos membros do judiciário e limitou drasticamente os poderes e a composição do Congresso. Depois que a constituição foi aprovada em um referendo em dezembro de 1999, a Assembleia fechou totalmente o Congresso e o substituiu por uma comissão escolhida pela Assembleia (que por sua vez deu poderes substanciais de decreto ao Poder Executivo), encerrou assembleias legislativas estaduais, funcionários executivos e legislativos locais importantes foram substituídos e até mesmo lideranças sindicais foram reconstruídas (que haviam sido um componente-chave da democracia partidária até então). A Assembleia tornou-se um “ator despótico e todo-poderoso” por cerca de um ano desde quando constituída até o primeiro conjunto de eleições sob a nova constituição. O resultado foi um governo radicalmente remodelado nos níveis nacional, estadual e local: Chávez começou sua presidência enfrentando o controle da oposição em quase todas as instituições, mas quando a Assembleia terminou seu trabalho, ela havia remodelado a paisagem de modo que o antigo regime foi expurgado e os aliados de Chávez controlavam virtualmente todas as instituições-chave. Em essência, a Assembleia permitiu a Chávez consolidar o poder com uma rapidez incomum e sem ter que ganhar as tantas eleições posteriores que, de outra forma, teria precisado.⁸⁷

Durante o período de seu funcionamento, portanto, para fins de erosão democrática, mais notável que a feitura de uma nova Constituição foi o poder soberano exercido pela Assembleia Constituinte sobre os

⁸⁴ “A então Constituição da Venezuela de 1961 tinha um mecanismo de ‘reforma geral’ e também de ‘emenda’, mas esse procedimento exigia ação do Congresso. Ao invés de negociar com o Congresso uma revisão constitucional, Chávez procurou contornar isso por meio de um referendo sobre a convocação ou não de uma Assembleia Constituinte, um mecanismo que não era reconhecido no texto da constituição de 1961” (LANDAU, David. *Constitution-making and authoritarianism in Venezuela: the first time as tragedy, the second as farce*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, pp. 163-164. Edição Kindle). Há constituições, como a colombiana, que preveem, formalmente, a possibilidade de convocação de uma nova Constituinte capaz de substituí-la por completo (ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David. *Colombian Constitutional Law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017, pp. 8-9. Edição do Kindle).

⁸⁵ A mesma estratégia seria usada por Nicolás Maduro anos depois, também em razão da ausência de maioria parlamentar, o que fez David Landau invocar a famosa frase de Karl Marx para rotular a prática de convocação das duas últimas constituintes venezuelanas (1999 e 2017), a primeira como tragédia e a segunda como farsa, embora reconhecendo que a de 1999 gozava de alguma legitimidade popular, ao reverso da de 2017 (LANDAU, David. *Constitution-making and authoritarianism in Venezuela: the first time as tragedy, the second as farce*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, p. 162. Edição Kindle).

⁸⁶ LANDAU, David. *Constitution-making and authoritarianism in Venezuela: the first time as tragedy, the second as farce*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, p. 164. Edição Kindle. A desmobilização da oposição é outro motivo apontado pelo autor.

⁸⁷ LANDAU, David. *Constitution-making and authoritarianism in Venezuela: the first time as tragedy, the second as farce*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, p. 165. Edição Kindle – tradução livre.

poderes constituídos, expurgando-os dos integrantes contrários ao regime chavista, em exercício abusivo do empréstimo da ideia constitucional de poder constituinte originário.⁸⁸

Basta ver que uma das decisões constituintes tornou sem efeito a inamovibilidade e estabilidade dos juízes atuando até aquele momento no país, enquanto pendente a reestruturação do Poder Judiciário — que durou mais de 10 anos. Com isso, a Venezuela, em 2005, chegou a ter cerca de 80% dos juízes na condição de “provisórios”, ou seja, sem estabilidade e inamovibilidade, e no final de 2008 os magistrados provisórios ainda eram cerca de 44%.⁸⁹

A partir da promulgação da Constituição, novas leis e medidas são aprovadas para danificar os três predicados básicos da democracia citados no tópico 1. Alguns exemplos: já em 2000, é aprovada lei orgânica sobre telecomunicações, que permitia ao governo suspender ou revogar concessões de funcionamento em casos de “interesse nacional, segurança ou ordem pública”, e em 2004, nova modificação legal proibiu transmissão de conteúdo que pudesse “fomentar ansiedade no público ou afetar a ordem pública”; em 2004, é aprovada lei sobre o Judiciário, ampliando o poder presidencial sobre composição de tribunais e retirada de magistrados; em 2005, há a expansão legislativa do crime de desacato, criminalizando o “desrespeito” às autoridades públicas.⁹⁰

Uma tentativa de golpe fracassada urdida pela oposição em 2002 deu a Chávez a oportunidade de aprofundar ainda mais a erosão democrática. A partir daí, vários líderes opositores, jornalistas e magistrados não alinhados com o governo foram processados, perseguidos ou afastados. Durante todo o período, Chávez, que era proveniente das fileiras militares, trouxe o Exército para junto de si, colocando vários militares em postos importantes de governo e reforçando seu controle sobre as promoções de seus membros.⁹¹

Assim, várias das estratégias usadas por governantes autoritários, em sua trajetória de decaimento democrático, foram acionadas: o desenho institucional básico de governança foi profundamente alterado pela convocação da Constituinte e pela subsequente nova Constituição; o Poder Executivo foi fortalecido; os freios entre os Poderes foram severamente reduzidos já na operação da Assembleia Constituinte; líderes da oposição política, jornalistas e juízes foram neutralizados; e a esfera pública foi comprimida, ao se reduzir o espaço de liberdade da cidadania exercida tipicamente em uma democracia, perseguindo-se jornalistas e opositores.

Tais atos aberrantes não passaram despercebidos pelo sistema regional de direitos humanos das Américas.

5 A interação da corte interamericana de direitos humanos com a erosão democrática venezuelana

A Venezuela e o sistema interamericano de direitos humanos têm histórico recente de queda de braço; basta ver que o país chegou a pedir, em 2003, opinião consultiva à Corte IDH⁹² a respeito da existência de

⁸⁸ DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021, p. 124. Edição Kindle.

⁸⁹ Corte IDH. Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, §106.

⁹⁰ LANDAU, David. *Constitution-making and authoritarianism in Venezuela: the first time as tragedy, the second as farce*. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018, p. 166. Edição Kindle; GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, p. 45. Edição Kindle.

⁹¹ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 62-63. Edição Kindle.

⁹² Corte IDH. Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005.

órgão que pudesse controlar a legalidade dos atos da Comissão IDH, inclusive pela via recursal, incomodado que estava com o atuar da Comissão.⁹³ As reiteradas condenações daquele Estado por violações reconhecidas pela Corte IDH findaram, inclusive, motivando sua denúncia à CADH.⁹⁴

A respeito desse tópico, vale aferir alguns dos principais casos julgados pela Corte, referentes a fatos ocorridos antes da denúncia à CADH em 2012, em matérias envolvendo os marcadores da erosão democrática — várias das condenações foram citadas pela Venezuela em sua declaração de denúncia como motivo para sua saída do sistema interamericano,⁹⁵ demonstrando, no mínimo, o mal-estar causado à ditadura então em desenvolvimento —, para jogar luzes sobre sua eventual eficácia.

5.1 Casos envolvendo eleições competitivas e neutralização de oponentes

Iniciando pelo predicado de eleições competitivas, a neutralização de oponentes e o temor gerado em opositores e cidadãos constituem formas de a erosão democrática minar o sistema. Podemos citar três casos julgados pela Corte IDH como representativos desse pano de fundo: San Miguel Sosa,⁹⁶ López Mendonza⁹⁷ e Brewer-Carías.⁹⁸

Quanto ao caso San Miguel Sosa, julgado em 2018, três petionárias, que trabalhavam no Conselho Nacional de Fronteiras, entidade vinculada ao Ministério das Relações Exteriores venezuelano, tiveram seus vínculos laborais encerrados arbitrariamente em represália por terem assinado pedido formal de referendo revogatório de mandato contra o então presidente Chávez em 2003 (tal referendo era previsto expressamente na Constituição, ou seja, era um direito político constitucional).⁹⁹

Em profunda análise do contexto envolvendo os fatos, a Corte recuperou o histórico das variadas ameaças e declarações de autoridades públicas (inclusive do então presidente da República) contra os signatários do pedido, cuja identificação foi facilitada pela ampla divulgação, inclusive em sítios eletrônicos, da listagem completa deles, gerando verdadeira perfilização de pessoas e suas posições políticas (pela “lista Tascón”)¹⁰⁰. A partir daí, iniciou-se a perseguição política contra servidores públicos que firmaram o pedido.

A sentença interamericana detalha como o governante que opera a erosão democrática ofende uma das regras não escritas da democracia, a tolerância mútua, que “[...] diz respeito à ideia de que, enquanto nossos rivais jogarem pelas regras institucionais, nós aceitaremos que eles tenham direito igual de existir, competir pelo poder e governar. Podemos divergir, e mesmo não gostar deles nem um pouco, mas os aceitamos como legítimos”.¹⁰¹ Chávez fez diversas declarações públicas fortemente hostis contra os signatários, acusando-os de traição e terrorismo, dentre outras falas nada democráticas.

A Corte IDH concluiu:

Serie A No. 19.

⁹³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The inter-american court of human rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 92-93. A Corte assentou, porém, a autonomia e independência da Comissão, destacando que só controla a legalidade de seus atos quanto aos assuntos que estejam também sob sua competência.

⁹⁴ ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra. *The American Convention on Human Rights: Essential Rights*. New York: Oxford University Press, 2017, p. 3.

⁹⁵ http://www.oas.org/DIL/Nota_Rep%C3%BAblica_Bolivariana_Venezuela_to_SG.English.pdf. Acesso em: 30 mai. 2021.

⁹⁶ Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

⁹⁷ Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

⁹⁸ Corte IDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.

⁹⁹ Mais de dois milhões de pessoas ratificaram o pedido de referendo, dentre elas as três petionárias. A Corte IDH entendeu violados os direitos à participação política, liberdade de pensamento e igualdade das três (arts. 23, 24 e 13).

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, §§ 41-70.

¹⁰¹ LEVITSKY, Steven, ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018, p. 97. Edição Kindle.

148. Los elementos anteriores permiten al Tribunal considerar que la terminación de los contratos de las presuntas víctimas se dio en un contexto de alta inestabilidad, polarización política e intolerancia a la disidencia, el cual pudo propiciar formas de persecución o discriminación contra opositores políticos del gobierno de entonces o de quienes fueran percibidos como tales, así como contra ciudadanos y funcionarios públicos que firmaron la solicitud de referendo. Asimismo, el hecho de que lo anterior fuera posible mediante actos y declaraciones de miembros de los Poderes Ejecutivo y Legislativo, así como de la autoridad electoral competente que debía velar por la correcta realización del referendo revocatorio, podrían indicar formas de coordinación entre miembros de poderes del Estado o de subordinación de miembros de éstos o de ciertas instituciones al Poder Ejecutivo de entonces.¹⁰²

Allan Randolph Brewer Carías, jurista venezolano e membro da Constituinte de 1999, foi protagonista de outro dos casos. Segundo o governo, Brewer Carías teria participado da conspiração relativa ao malogrado golpe militar de 2002 contra Chávez¹⁰³ — mais especificamente, teria, na condição de advogado, atendido a um pedido de consulta profissional para analisar a minuta de um decreto do novo governo interino, que suspendia a Constituição e reorganizava temporariamente poderes e funções estatais —, o que gerou contra ele um processo penal.

A Corte IDH, por maioria, em julgamento proferido em 2014 e, pela primeira vez, em sua história, acolheu exceção preliminar de não esgotamento de recursos internos apresentada pela Venezuela e não enfrentou o mérito da demanda, apontando que o processo penal contra Brewer Carías ainda não tinha sido finalizado.

A dissidência, integrada pelos juízes Ventura Robles e Mac-Gregor Poisot, acertadamente destacou, dentre outros pontos, que o caso atrairia a disposição prevista no art. 46, § 2º, alínea “a”, da CADH — “não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados” —, o que permitiria ultrapassar a exceção preliminar, com o conseqüente julgamento de mérito. Considerando-se o problema estrutural que já então afetava a independência judicial na Venezuela,¹⁰⁴ não haveria como reputar existente devido processo legal naquele país.

O caso López Mendonza, julgado em 2011, também merece um comentário, dada a alta voltagem política do assunto, de modo similar ao caso Umuhuza perante a Corte Africana. Leopoldo López, uma das mais importantes vozes da oposição, teve sua inelegibilidade declarada por decisão administrativa da Controladoria-Geral do país, o que suspendeu sua capacidade eleitoral passiva. A Corte IDH entendeu que a possibilidade de autoridade administrativa, em processos de caráter administrativo, impor inelegibilidade, especialmente quando os critérios de decisão para tanto são demasiadamente abertos, ofendia o art. 23, § 2º, da CADH, por não estar ali prevista essa hipótese como autorizadora de restrição de direitos políticos.¹⁰⁵ Por essa razão, como uma das medidas reparatórias, determinou que o registro de candidatura do requerente fosse liberado, o que não foi cumprido.¹⁰⁶

Quanto à situação de erosão democrática mais geral, porém, a Corte IDH não a entendeu comprovada. O requerente argumentou que seu direito à igualdade e não discriminação (art. 24) também fora violado, pois postulantes eleitorais, em situação similar a sua, não tiveram declaradas suas inelegibilidades, inclusive importantes políticos governistas, o que configuraria tratamento discriminatório contra si. O pedido foi

¹⁰² CORTE IDH. Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348, § 148.

¹⁰³ ALBRIGHT, Madeleine. Fascismo: um alerta. São Paulo: Planeta, 2018, pp. 146-148. Edição Kindle.

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso Brewer Carías Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278, §§ 66-75 do voto dissidente. O tema da captura dos juízes é visto mais detalhadamente no tópico 4.3, abaixo.

¹⁰⁵ Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, §§ 100-109.

¹⁰⁶ O Tribunal Supremo de Justiça Venezuelano findou por considerar a sentença interamericana inexecutável (Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015, § 4º). López Mendoza, em 2014, viria a ser preso, em mais uma jogada de neutralização de opositores (LEVITSKY, Steven, ZIBLATI, Daniel. Como as democracias morrem. São Paulo: Zahar, 2018, p. 79. Edição Kindle).

uma clara tentativa de ver reconhecido pela Corte o problema de ataques sistemáticos que a oposição vinha sofrendo (§§ 190-195),¹⁰⁷ que, no entanto, não foi acolhido.

5.2 Casos envolvendo liberdade de expressão

Para exemplificar o encolhimento da esfera pública compartilhada, há três casos envolvendo a Venezuela e, todos relacionados, demonstram a constrição do direito à liberdade de expressão no país.

Perozo¹⁰⁸ e Ríos,¹⁰⁹ julgados no mesmo dia em 2009, têm contexto fático bastante próximo. Jornalistas e funcionários da Globovisión, quanto ao primeiro caso, e RCTV, quanto ao segundo, alegaram diversas violações ao seu direito de liberdade de expressão, que teriam sido orquestradas por agentes privados e funcionários públicos, entre 2001 e 2005. As vítimas foram submetidas a diversas ameaças, atos de assédio verbal, físico e agressões, e houve, inclusive, ataques às instalações do canal de televisão RCTV; além disso, o Poder Público teria faltado com a diligência devida na investigação de tais incidentes e omissão de ações preventivas, num contexto de extrema polarização da sociedade, em que autoridades públicas faziam diversos discursos e pronunciamentos hostis aos referidos órgãos de comunicação.¹¹⁰

A Corte IDH determinou medidas provisórias a favor dos requerentes, dada a gravidade das ameaças¹¹¹ e, ao final, entendeu violado o direito à liberdade de expressão e integridade pessoal dos requerentes, determinando, dentre outras, a necessidade de o Estado impedir restrições indiretas à liberdade de expressão no país.¹¹²

Em Ríos, a Corte IDH esclarece o impacto que as falas agressivas de altas autoridades estatais contra veículo de comunicação social crítico podem causar ao direito à liberdade de expressão, em especial dos jornalistas pertencentes àquele veículo:

143. Además de lo anterior, si bien es cierto que existe un riesgo intrínseco a la actividad periodística, las personas que trabajan para determinado medio de comunicación social pueden ver exacerbadas las situaciones de riesgo a las que normalmente se verían enfrentados, si ese medio es objeto de discursos oficiales que puedan provocar, sugerir acciones o ser interpretados por funcionarios públicos o por sectores de la sociedad como instrucciones, instigaciones, o de cualquier forma autorizaciones o apoyos, para la comisión de actos que pongan en riesgo o vulneren la vida, seguridad personal u otros derechos de personas que ejercen labores periodísticas o de quienes ejercen esa libertad de expresión.

[...].

148. No obstante, en los contextos en que ocurrieron los hechos del presente caso (supra párrs. 121 a 126), y al observar la percepción que de ese medio de comunicación han expresado tener autoridades estatales y ciertos sectores de la sociedad, es posible considerar que dichos pronunciamientos de

¹⁰⁷ Há de se reconhecer, no entanto, o mérito de, neste caso concreto, a Corte ter se afastado do entendimento tomado em Castañeda Gútmán, em que reputou que as circunstâncias presentes no art. 23, §2º, da CADH não têm natureza taxativa (Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, §§ 151-161).

¹⁰⁸ Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

¹⁰⁹ CORTE IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

¹¹⁰ Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, §§ 2, 46-48; CORTE IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, §§ 115, 122-133.

¹¹¹ Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, §§ 20-27; CORTE IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, §§ 20-29.

¹¹² Corte IDH. Caso Perozo y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195, § 416; CORTE IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194, § 406.

altos funcionarios públicos crearon, o al menos contribuyeron a acentuar o exacerbar, situaciones de hostilidad, intolerancia o animadversión por parte de sectores de la población hacia las personas vinculadas con ese medio de comunicación. El contenido de algunos discursos, por la alta investidura de quienes los pronunciaron y su reiteración, implica una omisión de las autoridades estatales en su deber de prevenir los hechos, pues pudo ser interpretado por individuos y grupos de particulares de forma tal que derivaran en actos de violencia contra las presuntas víctimas, así como en obstaculizaciones a su labor periodística.

Ainda assim, Antkowiak e Gonza sinalizam que, quanto ao direito à igualdade e não discriminação, ambos os casos deixam a desejar. Nada obstante o contexto notório de ataques — em que os dois grupos de mídia eram considerados inimigos pelo governo —, a Corte IDH não reconheceu discriminação contra os jornalistas desses canais em sua busca de acesso à informação, entendendo que o contexto de violações sistemáticas precisa ser provado pelas partes:

[...] Os peticionários trabalhavam para canais de TV frequentemente críticos ao governo Chávez. Eles argumentavam que a administração Chávez bloqueou sua cobertura de eventos oficiais, enquanto veículos de mídia públicos tinham acesso. Em nenhum dos casos a Corte entendeu as alegações comprovadas. Em Perozo, a Corte observou que a única prova apresentada, um vídeo, aparentava mostrar que todos os jornalistas que tentaram acesso ao Palácio Presidencial tiveram a entrada proibida, não apenas os peticionários. O Tribunal enfatizou que nenhuma outra prova que pudesse demonstrar tratamento discriminatório, como declarações públicas, foi apresentada.

Em Ríos, uma das jornalistas peticionárias, Anahís Cruz, alegou que uma autoridade militar a impediu de participar de uma coletiva de imprensa. Cruz apresentou vídeo que retratava entrevista com militar de alto escalão, em que ele afirma que outro servidor público pediu a Cruz que deixasse a coletiva. O Estado negou todas as alegações de discriminação. Em seu julgamento, a Corte não estudou detalhadamente o vídeo nem explicou a razão de não considerá-lo prova suficiente de tratamento discriminatório. Também problemática é a conclusão da Corte a esse respeito: “a existência de obstáculos sistemáticos ao acesso a fontes oficiais de informação não foi provado no caso, nem o tratamento discriminatório contra as alegadas vítimas”. Se o Tribunal quis dizer que “obstáculos sistemáticos” precisam ser provados, isso claramente significaria um ônus probatório elevado e inaceitável. Apenas um ato de tratamento discriminatório deveria ser suficiente para avaliar questões envolvendo o artigo 24”.¹¹³

Por fim, Granier¹¹⁴, inserido no mesmo contexto dos casos anteriores, é o grande e mais representativo precedente venezuelano na matéria, dada a gravidade da violação de direitos envolvidos. A empresa de mídia em questão, a de maior audiência no país, sofreu diversas medidas de intimidação estatais em razão de seu posicionamento editorial crítico ao governo, o que culminou, em 2007, com a não renovação da concessão pública de funcionamento, aproveitando-se a nova legislação que admitia tal expediente com base em critérios bastante vagos. A decisão de não renovação foi muito anterior à finalização do procedimento administrativo visando à tomada de decisão, considerando diversas declarações públicas de altas autoridades (inclusive do então presidente Chávez), publicações a respeito em jornais e até a divulgação pelo governo de um livro para anunciar e justificar a decisão (§§ 75-86).

Entendeu-se, principalmente, que houve violação indireta à liberdade de expressão (art. 13, § 3º, da CADH), pois o motivo real da não renovação foi a linha crítica da referida empresa jornalística (§§ 182-196).

5.3 Casos envolvendo o *rule of law* e captura dos árbitro

A Corte IDH teve, também, oportunidade de julgar casos envolvendo a independência judicial, problema crônico no país — juízes na anômala situação de “provisórios”, indicados por critérios pouco claros

¹¹³ ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra. *The american convention on human rights: essential rights*. New York: Oxford University Press, 2017, pp. 44-45.

¹¹⁴ Corte IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

e frágeis, além de passíveis de remoção ou encerramento do vínculo definitivamente sem as garantias da estabilidade e inamovibilidade —, pois, como apontado no tópico 4, uma das primeiras atitudes de Chávez foi mirar a captura do Judiciário. Os tribunais, grandes pilares do Estado de Direito e de seu funcionamento, além de poderem servir de potente barreira — embora temporária — à erosão democrática,¹¹⁵ uma vez capturados, servem de instrumento dessa própria erosão, motivando e justificando o interesse dos governantes autoritários.¹¹⁶

Sobre o tema, inicialmente pode ser apontado o caso Apitz Barbera — apresentado em 2004 perante a Comissão IDH e julgado em 2008 pela Corte.¹¹⁷ Três juízes, destituídos de seus cargos por um órgão judicial disciplinar em razão de decisão judicial que prolataram em 2002 — tocando, assim, no sensível tema da *independência funcional* dos magistrados, pilar de qualquer democracia —, buscaram o sistema interamericano arguindo a violação de seu direito ao devido processo legal (art. 8º da CADH), o que findou sendo reconhecido pela Corte IDH.¹¹⁸ Uma das medidas de reparação foi a reintegração dos três magistrados aos seus postos, na linha maximalista característica do Tribunal no que tange às medidas reparatórias.¹¹⁹

De maior interesse para este artigo, os peticionários argumentaram que, já àquela altura, a independência do Judiciário do país de modo global estava severamente comprometida, o que, espantosamente, não foi reconhecido pela Corte IDH,¹²⁰ nada obstante o Tribunal interamericano ter notado o incremento do número de juízes na principal Corte do país (de 20 para 32 membros, numa tentativa explícita de “empacotamento” do tribunal supremo venezuelano),¹²¹ e a apresentação de peritos por parte dos peticionários que apresentaram a situação geral do Estado a respeito.

O caso Reverón Trujillo¹²² foi mais alvissareiro a respeito da proteção da independência judicial. Dessa vez, a Corte IDH mergulhou na análise do contexto do Judiciário nacional e seu grave problema de ausência de estabilidade e inamovibilidade dos juízes, analisando a situação desde a Constituinte de 1999 até meados de 2008,¹²³ para aferir se os necessários caracteres da independência judicial estariam preservados — adequado processo de seleção, inamovibilidade e garantia contra pressões externas.¹²⁴

Apesar de entender que o processo total de reestruturação do Judiciário (inclusive seu regime de transi-

¹¹⁵ BOESE, Vanessa A.; EDGELL, Amanda B.; HELLMMEIER, Sebastian; MAERZ, Seraphine F.; LINDBERG, Staffan I. *How democracies prevail: democratic resilience as a two-stage process*, Democratization, v. 28, n. 5, pp. 885-907, DOI: 10.1080/13510347.2021.1891413, 2021.

¹¹⁶ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 189-191. Edição Kindle; DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021, pp. 81-115. Edição Kindle.

¹¹⁷ CORTE IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

¹¹⁸ CORTE IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182, §§ 54-67, 77-94, 109-148, 150-161, 171-181.

¹¹⁹ TEDESCO, Thomaz Fiterman. A questão da última palavra nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos: da margem de apreciação ao controle de convencionalidade. 2019. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, pp. 182-187. No entanto, até a última resolução de cumprimento publicada pela Corte IDH em relação ao caso, nenhuma das medidas reparatórias foi cumprida, nem sequer o pagamento de indenização; ademais, o Tribunal Supremo de Justiça do país, da mesma forma que em relação ao caso López Mendoza, decidiu que a sentença interamericana era inexecutável (Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, §13).

¹²⁰ Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012, §§ 96-108.

¹²¹ LEVITSKY, Steven, ZIBLATI, Daniel. Como as democracias morrem. São Paulo: Zahar, 2018, pp. 77-78. Edição Kindle.

¹²² CORTE IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

¹²³ CORTE IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, §§ 82-106.

¹²⁴ CORTE IDH. Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, §§ 71-80.

ção), tal qual iniciado pela Constituinte, era abstratamente compatível com a CADH, a sua implementação foi compreendida como problemática, dado o alto percentual de juízes provisórios, sem inamovibilidade, que alcançaram o cargo por critérios discricionários do Estado (não pelo método constitucional, concurso público) e o impacto disso para a independência judicial.¹²⁵ No entanto, assim como em *Apitz Barbera*, a Corte IDH se recusou a enfrentar a alegação das vítimas de que esse estado de coisas era generalizado, por reputar que não era essa a situação do caso concreto da requerente *Reverón Trujillo*.¹²⁶

Ainda assim, no entanto, a Corte determinou, como uma das medidas reparatórias, a alteração do ordenamento jurídico interno para modificar normas e práticas que permitem a livre remoção e exclusão dos juízes provisórios,¹²⁷ algo reiterado no caso *Chocrón Chocrón*.¹²⁸

Por fim, nessa última sentença, a Corte IDH também se absteve de discutir a possível captura do Judiciário pelo regime chavista, dessa vez por entender que a Comissão IDH não tinha colocado, expressamente, esse elemento em seu informe de mérito, esquivando-se do estudo do contexto.¹²⁹

5.4 Discussão dos casos venezuelanos perante a corte IDH: contribuições e deficiências

Não importa o quão bom seja o desenho institucional, juízes domésticos são vulneráveis à pressão e manipulação política — como o tópico 4.3 demonstrou —, o que qualifica as Cortes Internacionais como fiscais mais imunes da performance democrática; elas funcionam, no mínimo, como ponto de apoio e influência quando todos os demais falham.¹³⁰

Que não se pense, porém, que os Tribunais de Direitos Humanos serão a bala de prata contra a erosão democrática. Daly, analisando o papel desses órgãos em processos de redemocratização, aduz que uma visão demasiadamente otimista a esse respeito é difundida, mas equivocada, como demonstrado pelo decaimento democrático de países como Polônia e Venezuela, ambos integrantes de sistemas regionais de direitos humanos consolidados. Isso não significa, no entanto, que o Judiciário internacional não tenha um papel importante a cumprir, desde que entendidos seus limites.¹³¹ É dessa crença que partilhamos.

Patrícia Perrone Mello, sobre os aportes da Corte IDH (e sua interação com os demais países da região, formando um *Ius Constitutionale Commune latino-americano*)¹³² no tema da erosão democrática, elenca como vantagem seu alheamento às paixões domésticas (dado seu insulamento em relação às circunstâncias nacionais), o que lhe permite, dentre outras funções, (i) servir como alarme preventivo para sinalizar o de-

¹²⁵ CORTE IDH. Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, §§ 119-121.

¹²⁶ CORTE IDH. Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, §§ 129-130.

¹²⁷ CORTE IDH. Caso *Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197, §§ 192-193.

¹²⁸ Corte IDH. Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, §§ 140-142.

¹²⁹ Corte IDH. Caso *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227, §§ 39-47; VERA, Oscar Parra. *La independencia judicial em la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos*. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz; MULLOR, Joan Solanes; ROA ROA, Jorge Ernesto (coord.). *Diálogos Judiciales em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 514-516.

¹³⁰ GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018, pp. 191-192. Edição Kindle.

¹³¹ DALY, Tom Gerald. *The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. Edição Kindle.

¹³² Sobre o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, pp. 393-399; BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; SOLEY, Ximena (org.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017. Edição Kindle. A tríade que preocupa esse grupo de acadêmicos é o dos direitos humanos, democracia e Estado de Direito, o que permite ver a compatibilidade desse estudo com o tema da resiliência democrática.

caimento democrático de algum integrante do sistema, chamando atenção dos demais, e (ii) estender seus precedentes protetivos a toda região.¹³³ Podemos acrescentar, ainda, o constrangimento (power of embarrassment) exercido por qualquer órgão internacional quando julga um Estado como violador do direito.¹³⁴

A respeito do inventário de casos venezuelanos enfocado, compreende-se que essas funções foram exercidas pela Corte IDH. A ditadura chavista sofreu uma série de constrangimentos, a tal ponto que abandonou o sistema e admitiu seu desconforto com a volumosa quantidade de condenações sofridas no Tribunal; os precedentes firmados são, agora, rico manancial a ser explorado pelos juízes, autoridades domésticas e sociedade civil nos países latino-americanos — muitos dos quais sob forte pressão populista —, especialmente pela aplicação da doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte,¹³⁵ podendo servir como instrumento de luta contra a onda antidemocrática; além disso, a repercussão das condenações foi mais um fator a tornar público o decaimento democrático sofrido na Venezuela.

Nada obstante esses relevantes contributos, em alguns casos a Corte IDH deixou de ir até onde podia, restringindo-se demais e não reconhecendo, adequadamente, o contexto de erosão em que o sistema democrático venezuelano já estava imerso.

Nada obstante os riscos envolvidos em assentar o contexto¹³⁶ dos casos e a necessidade de prova adequada para tanto, em especial quando usado para aferir violações sistemáticas de direito,¹³⁷ essa via aparenta ser a de maior importância para os casos envolvendo erosão democrática.

Como assinalado ao longo do presente trabalho, o fenômeno em estudo é gradativo e ataca os três pilares da democracia liberal simultaneamente, motivo pelo qual jogar luzes sobre o contexto é a forma de detectá-lo; analisar apenas o ato específico que se alega violador, desconectado desse entorno fático e político, fará com que a erosão democrática permaneça nas sombras, neutralizando a função de alarme preventivo. Para a Corte IDH (e outros órgãos internacionais), identificar se determinada reforma em instituições domésticas — tal qual a reforma judicial levada a cabo pela Venezuela, por exemplo — foi abusiva e pretendeu minar os predicados mínimos da democracia, é preciso usar uma lente mais ampla.¹³⁸

O lapso de tempo entre a violação e o julgamento perante a Corte IDH também é elemento que enfra-

¹³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 276-277. Em sentido similar, Luís Roberto Barroso enfatiza os papéis informativo, preventivo e repressivo das Cortes Internacionais quando enfrentam a erosão democrática (BARROSO, Luís Roberto. Democracias iliberais, direitos humanos e o papel dos tribunais internacionais (2020). Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/democracias-iliberais-direitos-humanos-e-o-papel-dos-tribunais-internacionais-10012020>. Acesso em: 20 jul. 2021.

¹³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 266.

¹³⁵ Sobre o controle de convencionalidade, TEDESCO, Thomaz Fiterman. A questão da última palavra nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos: da margem de apreciação ao controle de convencionalidade. 2019. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019, pp. 150-182; GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. *The doctrine of conventionality control: between uniformity and legal pluralism in the inter-american human rights system*. Cambridge: Intersentia, 2018.

¹³⁶ “El contexto sería el entorno político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, que sea relevante para la resolución de un caso complejo sobre violaciones de derechos humanos, particularmente cuando se alegue la existencia de patrones de violaciones de carácter masivo, sistemático o estructural” (PAÚL, Álvaro. El relato de los contextos históricos, sociales y políticos en las sentencias de la Corte Interamericana. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n. 13, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7647>. Acesso em: 10 mai. 2021, p. 22).

¹³⁷ PAÚL, Álvaro. El relato de los contextos históricos, sociales y políticos en las sentencias de la Corte Interamericana. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n. 13, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7647>. Acesso em: 10 mai. 2021; VERA, Oscar Parra. *La independencia judicial en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos*. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz; MULLOR, Joan Solanes; ROA ROA, Jorge Ernesto (coord.). *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, pp. 512-513.

¹³⁸ DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021, pp. 181-186. Edição Kindle. Esses autores vão enfatizar a necessidade de se aderir a um realismo jurídico global no trato deste tema, ou seja, um efetivo mergulho no contexto e abandono de postura formalista pelas instituições internacionais de monitoramento.

quece parte dos aportes positivos. Como visto, em algumas das situações exploradas no tópico 4, a sentença internacional só foi prolatada mais de uma década após o fato, tempo suficiente para que um governante autoritário determinado consiga minar grande parte dos predicados da democracia, especialmente em países de baixa densidade democrática como são vários dos Estados latino-americanos.

6 Considerações finais: a corte IDH pode contribuir com a defesa da democracia no continente?

Os casos analisados neste estudo mostram que, a depender da Corte, verifica-se uma atuação mais ou menos incisiva na esfera de ação do Estado-Parte.

Na Europa, com a construção da teoria da margem de apreciação, percebe-se uma ingerência mais comedida da Corte como regra. Por outro lado, a tendência da Corte IDH é oposta: com o desenvolvimento da doutrina do controle da convencionalidade, há geralmente uma atuação mais contundente na esfera de ação do Estado. E, como os casos analisados dão indícios, o sistema africano tende a ser mais enérgico na proteção dos pilares democráticos.

Contudo, quanto mais vigorosa a atuação da Corte, mais enérgico tende a ser o efeito *backlash*, como se deu, por exemplo, com a saída de Ruanda, Costa do Marfim, Tanzânia e Benin da declaração opcional para que indivíduos e ONGs pudessem peticionar diretamente perante a Corte. Quanto à Ruanda, a relação foi direta com um caso envolvendo a oposição política ao atual presidente Kagame.

Em casos como *Pişkin v. Turquia*, o oposto disso ocorre: a Corte Europeia, agindo de forma pouco contundente, no mínimo cria parcos constrangimentos ao avanço dos ataques do governo turco aos pilares democráticos.

No âmbito americano, os precedentes da Venezuela, analisados neste artigo, revelam que estamos entre a África e a Europa.

Nos casos envolvendo eleições competitivas e neutralização de oponentes, a Corte IDH mostrou-se tímida ao não reconhecer o avanço de uma ampla erosão democrática na Venezuela. Mas, mesmo assim, tomou medidas reparatórias fortes, como no caso *López Mendoza v. Venezuela* —, impondo a liberação do registro da candidatura do requerente — o que, porém, não foi cumprido pelo Estado.

Nos casos envolvendo o *rule of law* e a captura dos árbitros, nota-se fenômeno parecido. A Corte IDH se recusou a enfrentar as alegações de que as violações a esses pilares da democracia eram generalizadas, especialmente a falta de independência do judiciário. E, ao estabelecer medidas reparatórias, como no caso *Apitz Barbera*, a Venezuela também se recusou a cumpri-las.

Nos casos envolvendo liberdade de expressão (Perozo e Ríos), a Corte IDH reconheceu, parcialmente, o contexto de violações sistemáticas, ao assinalar que os discursos públicos perenes de ataque a jornalistas cria um ambiente deteriorado e capaz de gerar intimidação e até agressões físicas, mas não o fazendo quanto à discriminação aos profissionais da mídia em seu acesso à informação oficial, como nos demais casos em que não reconheceu uma generalizada erosão aos fundamentos da democracia venezuelana

Apesar de sua posição muitas vezes mais incisiva do que as da Corte Europeia e menos contundente do que a Corte Africana, as decisões da Corte IDH geraram grande desconforto ao governo autoritário que vinha se construindo na Venezuela — a ponto de formalizar, em 2012, a denúncia da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Esses fatos colocam a Corte IDH diante de um dilema: interferir menos nas ações autoritárias do Estado-Parte que avança na erosão dos pilares democráticos e, como consequência, essa atitude do Tribunal ter

pouca ou nenhuma contribuição para a defesa da democracia no continente; ou interferir contundentemente para defender os fundamentos democráticos do Estado-Parte e isso resultar no desrespeito às suas decisões e — em última instância — levar à retirada do Estado do sistema interamericano de direitos humanos.

A enorme dificuldade é, portanto, chegar ao equilíbrio de modo a que a atuação da Corte possa de fato constranger os Estados-Partes a respeitar as bases do regime democrático sem que isso gere o enfraquecimento do próprio Tribunal e a saída do Estado do sistema. Resta saber se esse equilíbrio é factível e se a Corte IDH conseguirá este atuar estratégico, considerando-se a aversão de Estados autoritários a mecanismos de controle e ao respeito aos direitos humanos.

Referências

ADJOLOHOUN, Sègnonna Horace. A crisis of design and judicial practice? Curbing state disengagement from the African Court on Human and Peoples' Rights. *African Human Rights Law Journal*, n. 20, 2020.

ANTKOWIAK, Thomas M.; GONZA, Alejandra. *The american convention on human rights: essential rights*. New York: Oxford University Press, 2017.

ALBRIGHT, Madeleine. *Fascismo: um alerta*. São Paulo: Planeta, 2018. Edição Kindle.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Democracias liberais, direitos humanos e o papel dos tribunais internacionais*. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/especiais/democracias-liberais-direitos-humanos-e-o-papel-dos-tribunais-internacionais-10012020>. Acesso em: 20 jul. 2021.

BATES, Ed. *The evolution of the European Convention on Human Rights: from its inception to the creation of a permanent Court of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

BOESE, Vanessa A.; EDGELL, Amanda B.; HELLMEIER, Sebastian; MAERZ, Seraphine F.; LINDBERG, Staffan I. How democracies prevail: democratic resilience as a two-stage process. *Democratization*, v. 28, n. 5, p. 885-907, 2021. DOI: 10.1080/13510347.2021.1891413.

BOGDANDY, Armin von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flavia; SOLEY, Ximena (orgs.). *Transformative constitutionalism in Latin America: the emergence of a new ius commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017. Kindle Edition.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The inter-american court of human rights: case law and commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

COLLINGS, Justin. *Democracy's Guardians: a History of the German Federal Constitutional Court, 1951–2001*. New York: Oxford University Press, 2015. Edição Kindle.

COMISSÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Partido Comunista da Alemanha v. República Federal da Alemanha. Decisão sobre admissibilidade. *Petição n.º 250/57*. Julgado em 20 de julho de 1957.

CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso APDH v. Costa do Marfim. *Petição n.º 001/2014*, julgamento 18 nov. 2016.

CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Lohé Issa Konaté v. Burkina Faso. *Petição n.º 004/2013*, julgamento em 02 jun. 2016.

CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Ingabire Victoire Umuhoza v. Ruanda. *Petição n.º 003/2014*, julgamento em 08 dez. 2018.

CORTE AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Caso Suy Bi Gohore Emile e outros v. Costa do Marfim. *Petição n.º 044/2019*, julgamento em 15 de julho de 2020.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Ivanovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia. *Petição n.º 29908/11*, Primeira Seção, julgamento em 21 de abril de 2016.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Matyjek v. Polônia, *Petição n.º 38184/03*. Quarta Seção, julgamento em 24 de setembro de 2007.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Pişkin v. Turquia. *Petição n.º 33399/18*. Segunda Seção. Julgamento em 15 de dezembro de 2020.

CORTE IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

CORTE IDH. *Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) v. Venezuela*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 23 de noviembre de 2012.

CORTE IDH. Caso Brewer Carías v. Venezuela. *Excepciones Preliminares*. Sentencia de 26 de mayo de 2014. Serie C No. 278.

CORTE IDH. Caso Castañeda Gutman v. México. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

CORTE IDH. Caso Chocrón Chocrón v. Venezuela. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.

CORTE IDH. Caso Granier y otros (Radio Caracas Televisión) v. Venezuela. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 22 de junio de 2015. Serie C No. 293.

CORTE IDH. Caso López Mendoza v. Venezuela. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

CORTE IDH. Caso López Mendoza v. Venezuela. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 2015.

CORTE IDH. Caso Perozo y otros v. Venezuela. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 195.

CORTE IDH. Caso Reverón Trujillo v. Venezuela. *Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197.

CORTE IDH. Caso Ríos y otros Vs. Venezuela. *Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de enero de 2009. Serie C No. 194.

CORTE IDH. Caso San Miguel Sosa y otras v. Venezuela. *Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C No. 348.

CORTE IDH. *Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19.

CORTE IDH. *Relatório conjunto 2019: Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, Corte Europeia de Direitos Humanos e Corte Interamericana de Direitos Humanos*. San José da Costa Rica, IACHR, 2020. Disponível em: https://echr.coe.int/Documents/Joint_Report_2019_AfCHPR_ECHR_IACHR_ENG.pdf. Acesso em: 07 mar. 2021.

DALY, Tom Gerald. *The Alchemists: Questioning our Faith in Courts as Democracy-Builders*. Cambridge:

Cambridge University Press, 2017. Edição Kindle.

DIXON, Rosalind; LANDAU, David. *Abusive Constitutional Borrowing: legal globalization and the subversion of liberal democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2021. Edição Kindle.

ELKINS, Zachary. Is the sky falling? Constitutional crisis in historical perspective. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018. Edição Kindle.

ESPINOSA, Manuel José Cepeda; LANDAU, David. *Colombian Constitutional Law: leading cases*. New York: Oxford University Press, 2017. Edição do Kindle.

FEFERBAUM, Marina. *Proteção internacional dos direitos humanos: análise do sistema africano*. São Paulo: Saraiva, 2012. Edição Kindle.

FEIJÓ, Rui Graça. *Democracia: linhagens e configurações de um conceito impuro*. Porto: Edições Afrontamento, 2017.

FREEDOM HOUSE. *Freedom in the World 2018: Democracy in Crisis*. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/freedom-world/2018/democracy-crisis>. Acesso em: 20 fev. 2021.

FREEDOM HOUSE. *Countries and territories*. Disponível em: <https://freedomhouse.org/countries/freedom-world/scores>. Acesso em: 25 mar. 2021.

GALVÃO, Jorge Octávio Lavocat. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. São Paulo: Saraiva, 2014. Edição Kindle.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

GERARDS, Janneke. Margin of appreciation and incrementalism in the case law of the European Court of Human Rights. *Human Rights Law Review*, v. 18, Issue 3, September 2018.

GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. *How to Save a Constitutional Democracy*. Chicago; London: The University of Chicago Press, 2018. Edição Kindle.

GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. *The doctrine of conventionality control: between uniformity and legal pluralism in the inter-american human rights system*. Cambridge: Intersentia, 2018.

GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark. Introduction. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018. Edição Kindle.

HUNEEUS, Alexandra Valeria; MADSEN, Mikael Rask. Between universalism and regional law and politics: a comparative history of the American, European and African Human Rights Systems. *Working Paper*, n. 96, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2976318>. Acesso em: 30 maio 2021.

HUNTINGTON, Samuel. Democracy's Third Wave. *Journal of Democracy*, v. 2, n. 2, p. 12, 1991.

KAPLANKAYA, Hakan. *Pişkin v. Turkey: Observations on the failure of the Lawfulness Test and the Engel Criteria within the context of the Turkish Purge*. Disponível em: <https://strasbourgobservers.com/2021/03/29/piskin-v-turkey-observations-on-the-failure-of-the-lawfulness-test-and-the-engel-criteria-within-the-context-of-the-turkish-purge/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

LANDAU, David. Constitution-making and authoritarianism in Venezuela: the first time as tragedy, the second as farce. In: GRABER, Mark A.; LEVINSON, Sanford; TUSHNET, Mark (ed.). *Constitutional Democracy in Crisis?* New York: Oxford University Press, 2018. Edição Kindle.

LEVITSKY, Steven; WAY, Lucan A. Elections without democracy: the rise of competitive authoritarianism.

Journal of Democracy, Washington, v. 13, n. 2, p. 51-65, April 2002.

LEVITSKY, Steven, ZIBLATI, Daniel. *Como as democracias morrem*. São Paulo: Zahar, 2018. Edição Kindle.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 253-285, 2019.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição Kindle.

MURRAY, Rachel. *The African Charter on Human and Peoples' Rights: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

MUTUA, Makau. The african human rights court: a two-legged stool? *Human Rights Quarterly*, v. 21, 1999. Disponível em: <https://digitalcommons.law.buffalo.edu>. Acesso em: 12 nov. 2018.

PASQUALUCCI, Jo M. *The practice and procedure of the Inter-American Court of Human Rights*. 2. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

PAÚL, Álvaro. El relato de los contextos históricos, sociales y políticos en las sentencias de la Corte Interamericana. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n. 13, 2020, p. 19-46. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.7647>. Acesso em: 10 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

SADURSKI, Wojciech. *Poland's Constitutional Breakdown*. Oxford: Oxford University Press, 2019. Edição do Kindle.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*, n. 29, p. 99-137, 1994. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>. Acesso em: 30 maio 2021.

STADEN, Andreas von. No institution is an Island: checks and balances in global governance. In: *Allocating authority*. Portland: Bloomsbury Publishing, 2018. Edição do Kindle.

TEDESCO, Thomaz Fiterman. *A questão da última palavra nas Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos: da margem de apreciação ao controle de convencionalidade*. 2019. 246 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2019.

TEDESCO, Thomaz Fiterman. Liberdade de expressão e Direito Penal: análise comparativa do uso de sanções criminais para conter abusos no discurso sob a ótica das cortes interamericana e africana de Direitos Humanos. *Revista do Ministério Público Militar*. 30 ed. 2019. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/liberdade-de-expressao-e-direito-penal-analise-comparativa-do-uso-de-sancoes-criminais-para-conter-abusos-no-discurso-sob-a-otica-das-cortes-interamericana-e-africana-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 30 maio 2021.

TORRES, Amaya Úbeda de. *Democracia y derechos humanos en Europa y en América: Estudio comparado de los sistemas europeo e iberoamericano de protección de los derechos humanos*. Madrid: Editorial Reus, 2006. Edição do Kindle.

V-DEM. *Autocratization turns viral: Democracy report 2021*. Disponível em: https://www.v-dem.net/media/filer_public/74/8c/748c68ad-f224-4cd7-87f9-8794add5c60f/dr_2021_updated.pdf. Acesso em: 27 mar. 2021.

VERA, Oscar Parra. La independencia judicial em la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Evolución, debates y diálogos. In: ARNAIZ, Alejandro Saiz; MULLOR, Joan Solanes; ROA ROA, Jorge Ernesto (coord.). *Diálogos Judiciales em el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

WILDHABER, Luzius. The European Court of Human Rights: the past, the present, the future. *American University International Law Review*, v. 22, n. 4, 2007. Disponível em: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1128&context=auilr>. Acesso em: 20 mar. 2021.

WINDRIDGE, Oliver. Assessing Rwexit: the impact and implications of Rwanda's withdrawal of its article 34(6) declaration before the African Court on Human and Peoples' Rights. *African Human Rights Yearbook*, v. 2, p. 243-258, 2018. Disponível em: <http://www.ahry.up.ac.za/index.php/windridge-o-2018>. Acesso em: 16 mar. 2021.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Participação política no
constitucionalismo latino-
americano: uma comparação com
o modelo brasileiro**

**Political participation in Latin
American constitutionalism:
a comparison with the Brazilian
model**

Júlio Grostein

Yuri Novais Magalhães

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

Participação política no constitucionalismo latino-americano: uma comparação com o modelo brasileiro*

Political participation in Latin American constitutionalism: a comparison with the Brazilian model

Júlio Grostein**

Yuri Novais Magalhães***

Resumo

Investiga-se, por meio do presente estudo, a participação política direta no constitucionalismo latino-americano com base na análise dos mecanismos existentes no Brasil, comparando-os com as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos políticos e com as disposições da Constituição do Equador a respeito. Na primeira seção, investiga-se a crise do modelo das democracias liberais, bem como a formação do constitucionalismo latino-americano com características próprias e situações sociais em comum, a justificar a aplicação do *ius constitutionale commune*. Na seção seguinte, analisam-se as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na interpretação do art. 23 da Convenção de Direitos Humanos, bem como os mecanismos de participação política direta na Constituição do Equador. Na terceira seção, examina-se o modelo da participação política adotado pela Constituição Federal de 1988 com os descritos na seção anterior, com propósito de compará-lo com os elementos anteriores. A metodologia está centrada em uma abordagem interdisciplinar entre direito constitucional e ciência política, na pesquisa bibliográfica-documental, qualitativa e do estudo de direito comparado. Espera-se, com a presente pesquisa, contribuir com sugestões para o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação política direta a partir dos já existentes no Constitucionalismo latino-americano, de modo que haja a incorporação de previsões normativas no Brasil a possibilitar ampliação da participação política de cidadãs e cidadãos.

Palavras-chave: Democracia; Participação política direta; Constitucionalismo latino-americano; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

This study aims to investigate direct political participation in Latin American constitutionalism from the analysis of existing mechanisms in Brazil, comparing them with the decisions of the Inter-American Court of Human Rights and the Constitution of Ecuador. The first section investigates the crisis in the model of liberal democracies, as well as the creation of a

* Recebido em 31/05/2021
Aprovado em 07/10/2021

** Doutor e mestre em Direito Constitucional pela USP. Professor de Direito Constitucional do Curso Damásio. Defensor Público do Estado de São Paulo.
E-mail: juliogrostein@gmail.com.

*** Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, na qual também se graduou. Defensor Público do Estado de Mato Grosso do Sul.
E-mail: yurices@hotmail.com.

Latin American constitutionalism, with its own characteristics and social situations in common, justifying the application the idea of *ius constitutionale commune*. In the next section, we seek to analyze the decisions of the Inter-American Court of Human Rights in the interpretation of art. 23 of the Human Rights Convention, as well as mechanisms for direct political participation in the Constitution of Ecuador. In the third section, the model of political participation adopted by the Brazilian Federal Constitution of 1988 is examined with those described in the previous section, with the purpose of comparing it with the elements analyzed. The methodology is centered, on an interdisciplinary approach between constitutional law and political science, on bibliographical-documentary, qualitative research and on the study of comparative law. It is expected, with this research, to contribute with suggestions for the improvement of the mechanisms of direct political participation from those already existing in Latin American constitutionalism, so that there is the incorporation of normative provisions in Brazil to enable the expansion of political participation directly by citizens.

Keywords: Democracy; Direct political participation; Latin American constitutionalism; Inter-American Court of Human Rights.

1 Introdução

O Prêmio Nobel de Literatura é concedido pela Academia Sueca em Estocolmo desde 1901¹, à exceção das interrupções durante as guerras mundiais. Apenas seis escritoras e escritores latino-americanos ganharam por relevantes contribuições no âmbito das letras: Gabriela Mistral (1945)², Miguel Ángel Asturias (1967), Pablo Neruda (1971), Gabriel García Márquez (1982), Octavio Paz (1990) e Mario Vargas Llosa (2010).

O gosto pela literatura é particular. O estilo do colombiano, Gabriel García Márquez, em seu conto de tragédia, como em *Crônica de uma morte anunciada*³, destoa dos poemas de amor, escritos pelo chileno Pablo Neruda⁴. A apreciação das obras fica para cada leitor, de certo modo⁵.

Com efeito, cabe indagar nesse entremear do mundo literário, em reflexo do formato do panorama global atual: como apenas seis mentes latino-americanas, dentre as quais uma mulher, ganharam, em mais de um século de premiação, o agraciado Nobel de Literatura⁶?

Esse fato, na arte literária, remete a algo constatado aos longos dos séculos: a história contada a partir de um só ponto, eurocentrismo⁷, olvidando que há outros lugares de fala, como relatado por Chimamanda

¹ Disponível em: <https://www.nobelprize.org/prizes/lists/all-nobel-prizes-in-literature/>. Acesso em: 10 maio 2021.

² Pseudônimo de Lucila Godoy Alcayaga.

³ GARCÍA MARQUEZ, Gabriel. *Crônica de uma morte anunciada*. 51. ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

⁴ NERUDA, Pablo. *Cem sonetos de amor*. 5. ed. Porto Alegre: L&PM, 1979.

⁵ Milton Santos, no texto O lugar e o cotidiano, adverte que “quando o homem se defronta com um espaço que não ajudou a criar, cuja história desconhece, cuja memória lhe é estranha, esse lugar é a sede de uma vigorosa alienação.” In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*, São Paulo: Cortez, 2010. p. 600.

⁶ Para debate sobre direitos humanos e literatura no contexto latino-americano, veja-se: GUARAGLIA, M. Derechos humanos, cultura y literatura. Un ejemplo en la narrativa de denuncia social latinoamericana. *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, v. 28, n. 2, p. 89-117, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/10290/13029>. Acesso em: 12 fev. 2021.

⁷ Cabível aqui a ideia trazida por Aníbal Quijano: “o eurocentrismo não é exclusivamente, portanto, a perspectiva cognitiva dos europeus, ou apenas dos dominantes do capitalismo mundial, mas também do conjunto dos educados sob a sua hegemonia. [...] Desde o século XVIII, sobretudo com o Iluminismo, no eurocentrismo foi-se afirmando a mitológica ideia de que a Europa era pré-existente a esse padrão de poder, que já era antes um centro mundial de capitalismo que colonizou o resto do mundo, elaborando por sua conta, a partir do seio da modernidade e da racionalidade. E que nessa qualidade, a Europa e os europeus eram o momento e o nível mais avançados no caminho linear, unidireccional e contínuo da espécie. Consolidou-se assim, juntamente com essa ideia, outro dos núcleos principais da colonialidade/modernidade eurocêntrica: uma concepção de humanidade segundo a qual a população do mundo se diferenciava em inferiores e superiores, irracionais e racionais, primitivos e civilizados, tradicionais e modernos.”.

Ngonzi Adiche, ao retratar da infância na Nigéria e seus desejos pelo mundo europeu, sem nunca dantes ter visitado o continente⁸.

A consequência maior no contexto regional: o epistemicídio, com o expurgamento das tradições, cultura e crenças dos povos nativos e dos africanos trazidos à força para a América Latina e implementação da monocultura da cognoscibilidade europeia⁹.

Não se poderia escapar dessas dimensões eurocêntricas, sem buscar apoio no contexto regional, no plano das Constituições da América Latina. No início do século XX, Weimar era a Constituição modelo por enfatizar as conquistas dos direitos sociais. Dois anos antes, porém, no México, a revolução havia chegado juntamente com a busca pelo Estado do modelo para implementação de direitos que visavam ao bem-estar coletivo a conciliar com o acúmulo de capital.

Retomando aos dias atuais, o estudo das Constituições latino-americanas revela-se de extrema importância para entender os influxos recebidos desta visão a impactar no contexto regional¹⁰. Não é a pretensão deste estudo pela significativa amplitude, todavia não se pode olvidar a análise com base nesse contexto marcante.

O presente estudo, portanto, propõe um recorte bastante claro, ao delimitar o seu conteúdo por meio da análise da participação política, a partir da interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como de verificar a interpretação do tema no contexto regional latino-americano.

Posteriormente, realiza-se investigação de mecanismos de participação política no Equador, porquanto a Constituição deste país iniciou nova agenda no constitucionalismo latino-americano, ao propor mecanismos amplos de participação de democracia direta e comunitária. Realiza-se, então, estudo comparado com a Constituição brasileira, que antecede a este movimento.

Assim, o presente artigo se divide em três partes. Na primeira seção, investiga-se a crise do modelo das democracias liberais, bem como a formação do constitucionalismo latino-americano com características próprias e situações sociais em comum, a justificar a aplicação do *ius constitutionale commune*.

Na seção seguinte, analisam-se as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na interpretação do art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como os mecanismos de participação política direta na Constituição do Equador.

Na terceira seção, investiga-se, em análise comparativa, o modelo adotado pela Constituição Federal de 1988 com os descritos na seção anterior, com propósito de identificar a timidez desse instituto no sistema normativo brasileiro.

A metodologia está centrada, em uma abordagem interdisciplinar entre direito constitucional e ciência política, na pesquisa bibliográfica e documental, qualitativa e do estudo comparado.

Espera-se, com a pesquisa deste artigo, contribuir com sugestões para o aperfeiçoamento dos mecanismos de participação política direta a partir dos já existentes mecanismos contidos no constitucionalismo latino-americano e interpretados pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que haja a incorporação de previsões normativas no Brasil a possibilitar ampliação da participação política dos cidadãos e cidadãs.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder e Classificação Social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. (org). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010. p. 78-79.

⁸ ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *O perigo de uma história única*. Trad. Julia Romeu. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

⁹ WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. In: CASTROGÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón (comp.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores et al., 2007.

¹⁰ A propósito, veja-se: BERNAL, Botero Abdrés. Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. *Revista Sequência*, v. 30, n. 59, p. 271-298, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p271/13598>. Acesso em: 05 mar. 2021.

2 Democracia no contexto do constitucionalismo latino-americano

É inerente a todo e qualquer grupamento humano a tentativa de organizar pessoas, com diferentes sentimentos e valores, que conviverão em determinado espaço territorial de modo respeitoso ou tolerante. Para tanto, o mundo ocidental adotou a democracia como o produto político final, como observa Giovanni Sartori¹¹.

Com efeito, a concepção clássica de democracia encerra, em si mesmo, etimologicamente, a ideia de governo do povo ou para o povo, o qual é o real destinatário do poder e sobre o qual também recai o ônus dessa escolha. Assim, “adotando a mais simples e famosa das definições, a democracia viria a traduzir o governo do povo, pelo povo e para o povo, como proclamado por Abraham Lincoln no discurso de Gettysburg, de 19 de novembro de 1863”, como ressalta Monica Herman Caggiano¹². A ideia de participação popular é inerente a esse conceito. Esta, aliás, é a célebre lição constante do artigo Federalista n.º 10¹³.

No entanto, o modelo desenvolvido nas democracias liberais tem ofertado pequenos espaços para participação efetiva e direta do povo, de modo que se tem culminado em uma real crise de legitimidade¹⁴. Pesquisas indicam que há cada vez menor apoio à democracia por parte da sociedade global¹⁵ — e a América Latina não escapa desse contexto¹⁶ — bem como que a democracia sofre com o recrudescimento de ataques autoritários por parte de governantes mundialmente¹⁷.

Evidencia-se, dessa constatação, o crescimento de governos populistas¹⁸, a exemplo de EUA (2016) e Brasil (2018)¹⁹, que tem, como uma das características, o resgate do discurso simbólico da legitimidade da representação popular, conectando um vínculo emocional entre o povo e o líder populista. Todavia, como mostra a experiência, governos populistas flertam, em muitas ocasiões, com a ruptura de vínculos institucionais²⁰. Desse modo, paira-se dúvida sobre a democracia²¹, especialmente no contexto latino-americano, tendo em vista os desafios para a concretização dos direitos humanos²².

¹¹ SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*: 1. El debate contemporáneo. Versión española de Santiago Sánchez Gonzales. Madrid: Alianza Editorial, 2000. p. 21.

¹² CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x Constitucionalismo: Um navio à deriva? *Cadernos de Pós-Graduação em Direito*: estudos e documentos de trabalho, São Paulo, n. 1, p. 7, 2011. Disponível em: http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

¹³ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. 3. ed. Campinas: Russell editores, 2010. p. 72-75.

¹⁴ Veja-se: SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia*: os caminhos da democracia participativa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002; e CASTELLS, Manuel. *Ruptura*: a crise da democracia liberal. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

¹⁵ REPUCCI, Sarah; SLIPOWITZ, Amy. “The Freedom House Survey for 2020: Democracy in a Year of Crisis.” *Journal of Democracy*, Washington, v. 32, n. 2, p. 45–60, 2021. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-freedom-house-survey-for-2020-democracy-in-a-year-of-crisis/>. Acesso em: 05 maio 2021.

¹⁶ Segundo o Informe LatinoBarómetro 2018. Disponível em: <https://www.latinobarometro.org/lat.jsp>. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹⁷ Conforme relatório publicado pela Freedom House, intitulado Nations in Transit 2021: The Antidemocratic Turn. Disponível em: <https://freedomhouse.org/report/nations-transit/2021/antidemocratic-turn>. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁸ Acerca do crescimento de regimes populistas e o risco à democracia, veja-se: MOUNK, Yascha. The End of History Revisited. *Journal of Democracy*, Washington, v. 31, n. 1, p. 22–35, 2020. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-end-of-history-revisited/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

¹⁹ Sobre o populismo no Brasil, veja-se: NEVES, R. “Joga pedra na Judith”: discursos de ódio e populismo. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 53, 2018. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8653417>. Acesso em: 10 maio 2021; e MOISES, José Alvaro; WELFORD, Francisco. *Crise da democracia representativa e neopopulismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

²⁰ ALBERTUS, Michael; GROSSMAN, Guy. “The Americas: When Do Voters Support Power Grabs?” *Journal of Democracy*, Washington, v. 32, n. 2, p. 116–31, 2021. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-americas-when-do-voters-support-power-grabs/>. Acesso em: 06 maio 2021.

²¹ Sobre a ameaça à democracia brasileira, veja-se: SMITH, Amy Erica. “Covid vs. Democracy: Brazil’s Populist Playbook.” *Journal of Democracy*, Washington, v. 31, n. 4, p. 76–90, 2020. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/covid-vs-democracy-brazils-populist-playbook/>. Acesso em: 10 mar. 2021.

²² No contexto mais recente e brasileiro, veja-se: ALMEIDA, Marcia Corrêa de. La grave crisis de los derechos humanos en Brasil

Jorge Vargas Cullell é assertivo ao avisar que: “não há nenhuma garantia de que a democracia sobreviverá. Nem há hoje, nunca houve. No entanto, isso não significa que seus dias estejam contados”²³. Para que as democracias não sucumbam²⁴, retomar ao seu ideal mostra-se imperioso, de modo que haja inclusão efetiva dos grupos excluídos dentro do conteúdo de tomada de decisão das ideias político-administrativas. Steven Levitsky e Daniel Ziblatt, ao analisarem a democracia americana, concluem que:

o igualitarismo, a civilidade, o sentido de liberdade e propósito compartilhado retratados por E.B. White eram a essência da democracia americana em meados do século XX. Hoje, essa visão está sob ataque. [...] Em seu âmago, as normas democráticas sempre foram saudáveis. Porém, por grande parte da nossa história, elas foram acompanhadas — com efeito, sustentadas, por exclusão racial. Hoje, é preciso fazer essas normas funcionarem numa era de igualdade racial e diversidade étnica sem precedentes. Poucas sociedades conseguiram ser multirraciais e genuinamente democráticas. Esse é o nosso desafio.²⁵

Com efeito, a América Latina tem inaugurado um constitucionalismo próprio, baseado em lutas de movimentos sociais e indígenas, a enfrentar temas comuns — a exemplo da exclusão e desigualdade social — traduzidos, concretamente, em institutos garantidores no tecido constitucional.

Raquel Fajardo, ao tratar do constitucionalismo latino-americano, indica o desenvolvimento em três ciclos: a) constitucionalismo multicultural, a exemplo da Constituição do Brasil de 1988; b) constitucionalismo pluricultural, como modelo na Constituição da Colômbia de 1991; e c) constitucionalismo plurinacional, com a Constituição do Equador de 2008 inaugurando esse novo ciclo²⁶.

Esse último modelo de constitucionalismo produz-se *desde abajo*, em que a participação popular é ampliada, rompendo com modelo tradicional das Constituições modernas, para incorporar as parcelas sociais invisíveis e excluídas no processo decisório estatal²⁷.

Nessa perspectiva, Alberto Acosta sintetiza a vivência latino-americana com base nesse movimento, ao referendar que a Constituição é um acúmulo dos processos sociais, bem como de uma forma de “entender a vida”: “é a sociedade quem elabora a Constituição e a adota quase como um mapa de rota”²⁸.

Todavia, a extensividade de direitos, nos textos constitucionais, não traduz, necessariamente, em concretização, de modo que depende de outros mecanismos institucionais, com a mudança nas estruturas de poder²⁹. Nessa perspectiva, justifica-se a adoção de um *ius constitutionale commune* na América Latina (ICCAL)³⁰,

y sus implicaciones para los pueblos indígenas: En búsqueda de criterios jurídicos favorables desde la experiencia Latinoamericana. *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, Heredia, v. 31, n. 2, p. 143-169, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/14622/20308>. Acesso em: 13 mar. 2021.

²³ Tradução livre dos autores. No original: “no hay ninguna garantía de que la democracia representativa sobrevivirá. Ni la hay hoy, ni nunca la hubo. Sin embargo, ello no implica que sus días estén contados”. In: CULELL, Jorge Vargas. Ensayo corto sobre el problemático presente e incierto futuro de la democracia representativa y sus desafíos. *Revista de Derecho Electoral*, San José Costa Rica, n. 31, p. 11-37, Primer Semestre, 2021. Disponível em: <https://www.tse.go.cr/revista/articulos.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

²⁴ ALBERTUS, Michael; GROSSMAN, Guy. “The Americas: When Do Voters Support Power Grabs?” *Journal of Democracy*, v. 32, n. 2, p. 116–31, 2021. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-americas-when-do-voters-support-power-grabs/>. Acesso em: 21 maio 2021.

²⁵ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018. p. 218.

²⁶ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 142-152.

²⁷ Para uma análise no Equador, veja-se: MALDONADO, Efendy Emiliano. Reflexões críticas sobre o Processo Constituinte Equatoriano de Montecristi (2007-2008). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 129-151, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6062/pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021. Por sua vez, na Bolívia: VALENÇA, Daniel Araújo. Bolívia: crise de Estado, disputa hegemônica e resignificação democrática. In: VAL, Eduardo Manoel; BELLO, Enzo (org.). *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 87-104.

²⁸ COSTA, Alberto. O *Buen Vivir* no caminho do pós-desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de Montecristi. In: BOCCA, Pedro; MELLO, Fátima; BERRÓN. *Equador*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 222.

²⁹ GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*. v. 4: Iss. 1, Article 3, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol4/iss1/3/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

³⁰ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Trans-

para garantir o avanço da promoção dos direitos humanos no contexto regional e, em particular, de novos institutos de participação política direta no sistema normativo brasileiro, com a implementação de fato.

Dessa maneira, com base em constitucionalismo em rede, buscam-se, nas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao interpretar o artigo 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos, e na Constituição do Equador, modelos de participação política direta que alcancem esse desiderato.

3 A participação política no constitucionalismo latino-americano: CIDH e Constituição do Equador

Assente a premissa de que o constitucionalismo latino-americano ostenta características próprias, cabe lembrar que a Corte Interamericana tem a missão de interpretar as mais diversas Constituições com base na análise da Convenção Americana de Direitos Humanos, a permitir o diálogo entre as Cortes e a fortalecer a promoção dos direitos humanos em um sistema multinível³¹.

De outro lado, a Constituição do Equador inaugurou nova agenda dentro do constitucionalismo latino-americano, de modo que é um marco normativo — relevante e recente — na busca da investigação do modelo de participação política direta.

Desse modo, justifica-se a divisão da presente seção, na análise dos julgados da Corte, inicialmente, para, posteriormente, adentrar ao tema da participação política na Constituição equatoriana.

3.1 Análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a interpretação do art. 23 da Convenção Americana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos formou jurisprudência bastante consistente em matéria de direitos políticos na órbita do sistema regional de direitos humanos³². Por meio de sentenças nessa seara, acabou por firmar sólida interpretação a respeito de inúmeros dispositivos internacionais sobre participação política, com especial destaque para o art. 23 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos³³.

formador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594>. Acesso em: 10 fev. 2021. MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 254-286, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6062/pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

³¹ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune* latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28029>. Acesso em: 10 fev. 2021. Veja-se, ainda: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). *Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

³² Os critérios interpretativos veiculados nesta seção reproduzem os mesmos critérios indicados pela própria Corte Interamericana. Com efeito, referido tribunal divulga, periodicamente, compêndios de sua jurisprudência sobre os mais variados temas. No que toca aos direitos políticos, há um boletim específico (“*Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 20: Derechos Políticos*”). Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo20.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021), que sistematiza os julgados reproduzindo os mesmos critérios adotados no presente estudo. Por se tratar de classificação adotada pela própria Corte, cabível a sua adoção neste estudo, com vistas a manter o mesmo foco de análise eleito pelo próprio tribunal. No mais, os casos constantes desta seção foram selecionados porque, para além de ter sido indicados pelo próprio tribunal como representativos de sua jurisprudência, tratam mais diretamente dos temas objeto da presente investigação, centrados que estão na participação política à luz da Convenção Americana

³³ “Artigo 23. Direitos políticos

¹ Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades:

² de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos;

³ de votar e ser eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e

⁴ de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país.

É possível categorizar tais orientações, em suma, em quatro eixos, que configuram os pilares essenciais da produção da Corte a respeito da participação política: (i) conteúdo e alcance, (ii) obrigações dos Estados-parte, (iii) restrições e (iv) direito à manifestação política. Tais categorias são indicadas pela própria Corte Interamericana ao sistematizar sua jurisprudência sobre direitos políticos³⁴, sendo, pois, pertinente e útil a adoção dos mesmos critérios interpretativos com vistas a examinar tais julgados.

3.1.1 Conteúdo e alcance

Relevante papel interpretativo exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos reside no estabelecimento preciso do conteúdo e alcance das disposições de direitos humanos submetidas à sua apreciação. Sobre os direitos políticos, há firme linha jurisprudencial definidora destes aspectos.

A decisão proferida em *Yatama vs. Nicaragua* (sentença de 23 de junho de 2005)³⁵ examinou a Lei Eleitoral n. 331, adotada em janeiro de 2000 pela Nicarágua, que, em síntese, afastou as associações populares da participação do processo político-eleitoral. Referida lei somente admitia a participação nas disputas eleitorais por meio da figura dos partidos políticos.

Em 08 de março de 2000, os membros da organização indígena Yapti Tasba Masraka Nanih Asla Takanka (YATAMA) postularam o reconhecimento como partido político regional. Em que pese os diversos recursos internos apresentados, tal solicitação foi definitivamente indeferida, inviabilizando a participação do grupo YATAMA nas eleições municipais realizadas em 05 de novembro de 2000.

O caso em apreço diz respeito, precipuamente, “à participação política por meio de representantes eleitos livremente, cujo exercício efetivo também se encontra protegido no artigo 50 da Constituição da Nicarágua”³⁶. Segundo a disposição constitucional em jogo, “os cidadãos têm direito a participar, em igualdade de condições, nos assuntos públicos e na gestão estatal”, delegando-se à lei a garantia, nos planos nacional e local, da participação efetiva do povo³⁷.

Apreciando as disposições do art. 23 da Convenção Americana, a Corte rechaçou a conduta do Estado-parte, estatuinto que

o direito a ter acesso às funções públicas em condições gerais de igualdade protege o acesso a uma forma direta de participação no desenho, implementação, desenvolvimento e execução das diretrizes políticas estatais através de funções públicas. Se entende que estas condições gerais de igualdade se referem tanto ao acesso à função pública por eleição popular, quanto por nomeação ou designação³⁸.

Assim, estabeleceu-se que, ao lado dos direitos de votar e de ser votado — essenciais para a existência da democracia — também se colocam, como objetos de especial proteção, outros mecanismos de participação política, tais como “amplas e diversas atividades” realizadas “individualmente ou de forma organizada, com o propósito de intervir na indicação de quem governará um Estado *ou* de quem se encarregará da direção

² A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.”

³⁴ *Cuadernillo de jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* n° 20. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo20.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

³⁵ CORTE IDH. Caso *Yatama vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C, N° 127. Daqui em diante, simplesmente *Yatama vs. Nicaragua*.

³⁶ *Yatama vs. Nicaragua*. Tradução livre dos autores. No original: “*los hechos del presente caso se refieren principalmente a la participación política por medio de representantes libremente elegidos, cuyo ejercicio efectivo también se encuentra protegido en el artículo 50 de la Constitución de Nicaragua*”.

³⁷ Art. 50 da Constituição da Nicarágua, tradução livre dos autores. No original: “*Los ciudadanos tienen derecho de participar en igualdad de condiciones en los asuntos públicos y en la gestión estatal. Por medio de la ley se garantizará, nacional y localmente, la participación efectiva del pueblo*”.

³⁸ *Yatama vs. Nicaragua*. Tradução livre dos autores. No original: “*El derecho a tener acceso a las funciones públicas en condiciones generales de igualdad protege el acceso a una forma directa de participación en el diseño, implementación, desarrollo y ejecución de las directrices políticas estatales a través de funciones públicas. Se entiende que estas condiciones generales de igualdad están referidas tanto al acceso a la función pública por elección popular como por nombramiento o designación*”.

dos assuntos públicos”. Com base nesse enfoque, a participação política, enquanto bem protegido na esfera americana, abrange todas as formas de “influir na formação da política estatal por meio de mecanismos de participação direta”³⁹.

De forma ainda mais enfática, a decisão da Corte no caso *Castañeda Gutman vs. México* (sentença de 06 de agosto de 2008)⁴⁰ assentou que “os cidadãos têm direito de participar ativamente da direção dos assuntos públicos diretamente mediante referendos, plebiscitos ou consultas”⁴¹. Tal decisão analisou a questão das candidaturas avulsas apresentadas à eleição presidencial mexicana.

Com efeito, a vítima se apresentou como candidato presidencial nas eleições de 2006, alegando que seu pedido expressava direito constitucionalmente outorgado ao requerente, declarando, ainda, preencher os requisitos constitucionais para o exercício do cargo pretendido.

Por sua vez, o órgão estatal mexicano competente (*Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos, Dirección de Partidos Políticos y Financiamiento do Instituto Federal Electoral*) indeferiu seu pleito, ao fundamento de que somente os partidos políticos nacionais ostentam a prerrogativa de solicitar o registro de candidatos a cargos de eleição popular. Em face desse indeferimento administrativo, Castañeda Gutman judicializou a matéria, porém, sem sucesso.

Assinalando que “o exercício efetivo dos direitos políticos constitui um fim em si mesmo”⁴², a Corte proclamou que a participação política abrange o direito de votar e de ser votado, a teor do disposto no art. 23.1.b da Convenção Americana. Para o que se mostra relevante ao presente estudo, a decisão no caso *Castañeda Gutman vs. México* entendeu que esse direito é exercido “regularmente em eleições periódicas, autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores”⁴³.

Todavia, para além desses caracteres de qualquer processo eleitoral que se desenvolva com base nas normas do sistema regional americano, “a Convenção não estabelece uma modalidade específica ou um sistema eleitoral particular mediante o qual os direitos de votar e ser votado devam ser exercidos”⁴⁴.

Com base nessas considerações, a Corte não considerou provada ofensa ao art. 23 da Convenção quando um Estado-parte restringe a participação política condicionando o seu exercício — no que toca ao direito de ser eleito (art. 23.1.b da Convenção) — à apresentação de candidaturas a cargos de partidos políticos.

De todo modo, afirmou-se na decisão que o art. 23 em questão contém diversas normas que se dirigem à pessoa enquanto cidadã ou cidadão, ou seja, enquanto titular do processo de tomada de decisões de cunho público-político, distinguindo-se, nesse ponto, de quase todos os demais direitos elencados na Convenção, que se direcionam, genericamente, às pessoas independentemente de qualquer predicado.

No entanto, tal disposição veicula também normas que não apenas garantem direitos às cidadãs e cida-

³⁹ Todas as citações transcritas neste parágrafo foram extraídas da decisão da Corte Interamericana em *Yatama vs. Nicaragua*, em tradução livre dos autores. Eis o excerto original: “La participación política puede incluir amplias y diversas actividades que las personas realizan individualmente u organizados, con el propósito de intervenir en la designación de quienes gobernarán un Estado o se encargarán de la dirección de los asuntos públicos, así como influir en la formación de la política estatal a través de mecanismos de participación directa.”.

⁴⁰ CORTE IDH. Caso *Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C, N.º 184, doravante denominado *Castañeda Gutman vs. México*.

⁴¹ *Castañeda Gutman vs. México*. Tradução livre dos autores. No original: “Los ciudadanos tienen el derecho de participar activamente en la dirección de los asuntos públicos directamente mediante referendos, plebiscitos o consultas o bien, por medio de representantes libremente elegidos?”.

⁴² *Castañeda Gutman vs. México*. Tradução livre dos autores. No original: “el ejercicio efectivo de los derechos políticos constituye un fin en sí mismo”.

⁴³ *Castañeda Gutman vs. México*. Tradução livre dos autores. No original: “El derecho y la oportunidad de votar y de ser elegido consagrados por el artículo 23.1.b de la Convención Americana se ejerce regularmente en elecciones periódicas, auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores?”.

⁴⁴ *Castañeda Gutman vs. México*. Tradução livre dos autores. No original: “Más allá de estas características del proceso electoral (elecciones periódicas y auténticas) y de los principios del sufragio (universal, igual, secreto, que refleje la libre expresión de la voluntad popular), la Convención Americana no establece una modalidad específica o un sistema electoral particular mediante el cual los derechos a votar y ser elegido deben ser ejercidos”.

dãos, como, também, asseguram “oportunidades”, implicando a “obrigação de garantir com medidas positivas que toda pessoa formalmente seja titular de direitos políticos e tenha a oportunidade de exercê-los”⁴⁵.

3.1.2 Obrigações

De outra parte, os pronunciamentos da Corte Interamericana forjaram obrigações impostas aos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir da interpretação do seu art. 23.

Destaca-se, inicialmente, o entendimento firmado no caso *Yatama vs. Nicaragua*, segundo o qual o art. 23 confere aos Estados-membros a obrigação básica de garantir o gozo dos direitos políticos, o que significa, precisamente, o dever de regulamentação e aplicação desses direitos tendo por norte o princípio da igualdade e não discriminação.

Ademais, tal obrigação se estende para o dever de adotar as medidas necessárias para a garantia do pleno exercício dos direitos políticos, que, vale ressaltar, não se cumpre apenas com a dicção normativa formal que preveja tais direitos. Ao contrário, a jurisprudência da Corte reclama que os signatários adotem as medidas necessárias para a plena garantia dos direitos políticos “considerando a situação de vulnerabilidade ou hipossuficiência em que se encontrem integrantes de certos setores ou grupos sociais”⁴⁶.

A decisão em *Yatama vs. Nicaragua* reconheceu, ademais, a obrigação do Estado requerido, à luz do art. 29, da Convenção⁴⁷, de observar a proteção específica concedida pela Constituição nicaraguense às comunidades indígenas e étnicas da costa atlântica daquele país ao implementar as medidas afetas à preservação dos direitos políticos destas comunidades. A referida exigência, em suma, contou com as peculiaridades reconhecidas pelo ordenamento interno, que deveriam nortear a conduta das autoridades nacionais.

Outra sentença fundamental em matéria de obrigações afetas à proteção dos direitos políticos foi aquela dada no caso *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela* (sentença de 08 de fevereiro de 2018)⁴⁸.

Apreciou-se, nesse caso, a demissão das senhoras Rocío San Miguel Sosa, Magally Chang Girón e Thais Coromoto Peña, que eram funcionárias do Conselho Nacional de Fronteiras, órgão ligado ao Ministério das

⁴⁵ *Castañeda Gutman vs. México*. Tradução livre dos autores. O trecho integral é o seguinte: “El artículo 23 contiene diversas normas que se refieren a los derechos de la persona como ciudadano, esto es, como titular del proceso de toma de decisiones en los asuntos públicos, como elector a través del voto o como servidor público, es decir, a ser elegido popularmente o mediante designación o nombramiento para ocupar un cargo público. Además de poseer la particularidad de tratarse de derechos reconocidos a los ciudadanos, a diferencia de casi todos los demás derechos previstos en la Convención que se reconocen a toda persona, el artículo 23 de la Convención no solo establece que sus titulares deben gozar de derechos, sino que agrega el término ‘oportunidades’. Esto último implica la obligación de garantizar con medidas positivas que toda persona que formalmente sea titular de derechos políticos tenga la oportunidad real para ejercerlos”.

⁴⁶ *Yatama vs. Nicaragua*. Tradução livre dos autores. No original, assim foi redigido o trecho respectivo: “La Corte entiende que, de conformidad con los artículos 23, 24, 1.1 y 2 de la Convención, el Estado tiene la obligación de garantizar el goce de los derechos políticos, lo cual implica que la regulación del ejercicio de dichos derechos y su aplicación sean acordes al principio de igualdad y no discriminación, y debe adoptar las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio. Dicha obligación de garantizar no se cumple con la sola expedición de normativa que reconozca formalmente dichos derechos, sino requiere que el Estado adopte las medidas necesarias para garantizar su pleno ejercicio, considerando la situación de debilidad o desvalimiento en que se encuentran los integrantes de ciertos sectores o grupos sociales”.

⁴⁷ “Artigo 29.

Normas de interpretação

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.”

⁴⁸ CORTE IDH. *Caso San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de febrero de 2018. Serie C, N.º 348. As citações posteriores serão indicadas simplesmente por *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*.

Relações Exteriores da Venezuela, em razão de terem assinado uma solicitação de referendo revogatório do presidente da República Hugo Chávez Frías em dezembro de 2003.

Cuidava-se, pois, de contexto de marcada perseguição política, em que a Corte concluiu pela responsabilidade do Estado venezuelano pelas violações aos direitos de participação política e liberdade de pensamento e expressão das vítimas.

A sentença assentou a obrigação de se manter mecanismos institucionais de caráter procedimental que efetivamente assegurem o exercício de participação política em jogo, qual seja, o direito de se postular um referendo revogatório de mandato de determinados cargos eletivos.

Reputou-se necessário, ainda, que tais mecanismos previnam ou repilam situações ou práticas — legais ou fáticas — que impliquem formas de estigmatização, discriminação ou represálias em face de quem legitimamente exerce tal direito⁴⁹.

Assim, a Corte entendeu que o art. 23, “a” e “b” da Convenção protege o direito de participar em um procedimento revogatório, que traduz direito político de postular a extinção de certo mandato político, como é o caso do referendo revogatório previsto no ordenamento venezuelano.

Entendeu-se, neste particular, que o art. 29 da Convenção não permite excluir direitos ou garantias que derivam da forma democrática de governo, a teor desse particular mecanismo de participação popular.

Consignou-se, a propósito, que o direito de solicitar um referendo revogatório estava expressamente previsto no art. 72 da Constituição venezuelana, bem como que as vítimas, como cidadãs, estavam habilitadas a participar deste referendo seja de forma individual, seja, como ocorreu no caso, no bojo de uma organização cidadã que recolheu assinaturas para apresentar o pleito junto ao órgão competente (*in casu*, o Colégio Nacional Eleitoral).

Nesse contexto, apreciando a prova constante dos autos, a Corte Interamericana decidiu que a extinção dos contratos de trabalho das vítimas se deu em um “contexto de alta instabilidade, polarização política e intolerância à dissidência”, violando o direito das cidadãs — funcionárias públicas — de solicitar o dito referendo revogatório⁵⁰.

Concluiu-se, em síntese, que

em uma sociedade democrática, a oposição política é consubstancial e funcional à sua própria existência, em razão do que o fato de terem sido identificadas como opositoras políticas ao subscreverem o referendo revogatório não deve ser considerado, em si mesmo, um problema à luz da Convenção. O que seria incompatível com o texto é utilizar essa percepção para discriminá-las⁵¹.

3.1.3 Restrições

Outro campo de análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos refere-se às possíveis restrições ao direito de participação política à luz das normas da Convenção Americana.

⁴⁹ *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Tradução livre dos autores. O trecho original é o seguinte: “*es necesaria la existencia de institucionalidad y mecanismos de carácter procedimental que permitan y aseguren el efectivo ejercicio del derecho, previniendo o contrarrestando situaciones o prácticas legales o de facto que impliquen formas de estigmatización, discriminación o represalias para quien lo ejerce*”.

⁵⁰ *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Tradução livre dos autores. No original, o excerto correspondente: “*Los elementos anteriores permiten al Tribunal considerar que la terminación de los contratos de las presuntas víctimas se dio en un contexto de alta inestabilidad, polarización política e intolerancia a la disidencia, el cual pudo propiciar formas de persecución o discriminación contra opositores políticos del gobierno de entonces o de quienes fueran percibidos como tales, así como contra ciudadanos y funcionarios públicos que firmaron la solicitud de referendo*”.

⁵¹ *San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*. Tradução livre dos autores. No original: “*En una sociedad democrática, la oposición política es consubstancial y funcional a su existencia misma, por lo cual el haber sido percibidas como opositoras políticas por el hecho de la firma de la solicitud no debe ser considerado, en sí mismo, un problema bajo la Convención. Lo que sí sería incompatible con ésta es utilizar tal percepción para discriminarlas y eso es lo que corresponde a este Tribunal examinar*”.

Em linha de princípio, a Corte já teve a oportunidade de salientar que “a previsão e a aplicação de requisitos para exercer direitos políticos não constituem, *per se*, uma restrição indevida a estes direitos”.

Desse modo, “estes direitos não são absolutos e podem se sujeitar a limitações”, cabendo à regulamentação doméstica, em uma sociedade democrática, observar os princípios da legalidade, necessidade e proporcionalidade⁵².

Ademais, “os Estados podem estabelecer *standards* mínimos para regular a participação política, sempre e quando sejam razoáveis de acordo com os princípios da democracia representativa”.

Essas regulações, no entanto, devem garantir “a realização de eleições periódicas, livres, justas e baseadas no sufrágio universal, igual e secreto, como expressão da vontade dos eleitores que reflita a soberania do povo”⁵³.

Como foi possível observar acima, relevante aspecto examinado pela Corte acerca de restrições domésticas à participação política diz respeito ao tema das candidaturas avulsas, isto é, a necessidade ou não da intervenção de partidos políticos como pressuposto para o exercício desta categoria de direitos.

A sentença do caso *Castañeda Gutman vs. México* fez um registro geral digno de nota ao afirmar que “o direito internacional não impõe um sistema eleitoral determinado nem uma modalidade determinada de exercício dos direitos de votar e de ser votado”⁵⁴.

Assim, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana, os Estados submetidos à sua jurisdição gozam de liberdade para condicionar o exercício do direito de sufrágio, reconhecendo-se, porém, limites a esta discricionariedade doméstica.

Desse modo, a decisão em tela forjou delineamentos que devem ser observados nas esferas internas, sob pena de ofensa ao conteúdo mínimo dos direitos políticos. Em outras palavras, cuidou a sentença ora examinada de externar os limites aos direitos políticos que podem ser legitimamente adotados pelos ordenamentos constitucionais.

A esse respeito, a decisão asseverou expressamente a necessidade de regulação local destes direitos à luz das necessidades históricas, políticas, sociais e culturais de cada país, circunstâncias que, naturalmente, ensejam modelos variados de normatização.

Apreciando os sistemas que exigem filiação partidária para o direito de ser votado e os que permitem candidaturas avulsas, assim entendeu a decisão em *Castañeda Gutman vs. México*:

nenhum dos dois sistemas, o de indicação exclusiva ou parte de partidos políticos e o que permite candidaturas independentes, resulta em si mesmo mais ou menos restritivo que o outro em termos de regulação do direito a ser eleito consagrado no artigo 23 da Convenção. A Corte considera que não há possibilidade de valorar em abstrato se o sistema de candidaturas independentes é ou não uma alternativa menos restritiva de regular o direito a ser votado em comparação com outro que não a permite⁵⁵.

Considerou-se, portanto, que o sistema de candidaturas independentes pode ser regulado de maneira

⁵² *Yatama vs. Nicaragua*. Os trechos transcritos neste parágrafo constituem tradução livre dos autores. No original: “*La previsión y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen, per se, una restricción indebida a los derechos políticos. Esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones. Su reglamentación debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática*”.

⁵³ Todas as citações deste parágrafo constam da decisão em *Yatama vs. Nicaragua*. O excerto original é: “*Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo a los principios de la democracia representativa. Dichos estándares, deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del Pueblo*”.

⁵⁴ *Castañeda Gutman vs. México*. Tradução livre dos autores. No original: “*la Corte considera necesario señalar que, en términos generales, el derecho internacional no impone un sistema electoral determinado ni una modalidad determinada de ejercer los derechos a votar y a ser elegido*”.

⁵⁵ *Castañeda Gutman vs. México*. Tradução livre dos autores. No original: “*ninguno de los dos sistemas, el de nominación exclusiva por parte de partidos políticos y el que permite candidaturas independientes, resulta en sí mismo más o menos restrictivo que el otro en términos de regular el derecho a ser elegido consagrado en su artículo 23 de la Convención. La Corte considera que no hay una posibilidad de hacer una valoración en abstracto respecto de si el sistema que permite las candidaturas independientes es o no una alternativa menos restrictiva de regular el derecho a ser votado que otro que no lo permite*”.

mais ou menos restritiva do que o sistema da filiação partidária, de modo que nenhum dos modelos, em abstrato, se pode dizer mais ou menos restritivo tendo como base o disposto no art. 23 da Convenção.

Entendeu-se, destarte, que “o essencial é que qualquer dos dois sistemas que seja escolhido se faça acessível e garanta o direito e a oportunidade de ser votado, previsto na Convenção, em igualdade de condições”⁵⁶.

Considerando-se essas premissas, em um caso específico levado à apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, se entendeu que a necessidade de intervenção partidária para o gozo de direitos políticos colidia com os requisitos acima indicados.

Cuida-se dos fatos examinados no caso *Yatama vs Nicarágua*, em que, ao final, se concluiu que as limitações impostas pela legislação da Nicarágua configuravam ofensa às normas do sistema americano de direitos humanos.

Com efeito, assentou, nessa decisão, que a Lei Eleitoral 331/200 é ambígua por não estabelecer com clareza as consequências do descumprimento de certos requisitos por ela impostos, seja para quem deseja participar do processo eleitoral por meio de um partido político, seja para quem o fazia por intermédio de uma coligação partidária.

Assinalou-se, por outro lado, o caráter confuso da redação legislativa na parte em que disciplinava os procedimentos, quando identificadas falhas no preenchimento dos requisitos. Remanesce, em suma, um vácuo normativo que inviabilizava direitos de pessoas cujas participações restavam afetadas por decisões estatais.

Mais do que isso, entendeu-se que a lei local em análise não permitia uma compreensão adequada a respeito das medidas que deveriam ser tomadas por cidadãs ou cidadãos, favorecendo a aplicação arbitrária e discricionária de suas normas, o que significou, portanto, “restrição particularmente indesejada quando afeta severamente bens fundamentais, como são os reconhecidos por meio dos direitos políticos”⁵⁷.

De outro lado, a sentença do caso *Yatama vs Nicarágua* reconheceu que a Lei Eleitoral 331/2000, ao condicionar a participação nos processos eleitorais à filiação a partidos políticos, não se atentou às peculiaridades das comunidades indígenas da costa atlântica da Nicarágua, por ter sido provado, no caso, que a YATAMA obteve personalidade jurídica que lhe habilitou a participar, na condição de partido político, das eleições de novembro de 2000.

Com efeito, se consignou a importância de que se revestem os partidos políticos, essenciais que são ao desenvolvimento e ao fortalecimento da democracia. Todavia, no caso concreto, se reconheceu que outras formas que possam impulsionar candidaturas para cargos de eleição popular também cumprem os fins do sistema americano de direitos humanos, sobretudo quando necessário para “favorecer a participação política de grupos sociais específicos, tendo em conta as suas tradições e ordenamentos especiais, cuja legitimidade fora, inclusive, reconhecida e submetida a especial proteção do Estado”⁵⁸.

⁵⁶ *Castañeda Gutman vs. México*. Tradução livre dos autores. No original: “lo esencial es que cualquiera de los dos sistemas que sea elegido haga accesible y garantice el derecho y la oportunidad a ser votado previsto en la Convención en condiciones de igualdad.”

⁵⁷ *Yatama vs Nicarágua*. Tradução livre dos autores. No original: “En cuanto a la observancia del principio de legalidad, la Corte estima que la Ley Electoral No. 331 de 2000 es ambigua debido a que no establece con claridad las consecuencias del incumplimiento de ciertos requisitos tanto para quienes participaban a través de un partido como para quienes lo hacían en una alianza de partidos; es confusa la redacción sobre los procedimientos aplicables cuando el Consejo Supremo Electoral determina que hay incumplimiento de algún requisito; y no regula claramente las decisiones fundamentadas que dicho órgano debería adoptar para establecer quiénes quedan inscritos para participar en las elecciones y quiénes no cumplen los requisitos para ello, así como los derechos de las personas cuya participación se vea afectada por una decisión del Estado. Dicha ley no permite un claro entendimiento del proceso por parte de los ciudadanos y de los órganos electorales y favorece su aplicación arbitraria y discrecional mediante interpretaciones extensivas y contradictorias que restringen indebidamente la participación de los ciudadanos, restricción particularmente indeseable cuando afecta severamente bienes fundamentales, como son los reconocidos a través de los derechos políticos.”

⁵⁸ *Yatama vs Nicarágua*. Tradução livre dos autores. No original: “no existe disposición en la Convención Americana que permita sostener que los ciudadanos solo pueden ejercer el derecho a postularse como candidatos a un cargo electivo a través de un partido político. No se desconoce la importancia que revisten los partidos políticos como formas de asociación esenciales para el desarrollo y fortalecimiento de la democracia, pero se reconoce que hay otras formas a través de las cuales se impulsan candidaturas para cargos de elección popular con miras a la realización de fines comunes, cuando ello es pertinente e incluso necesario para favorecer o asegurar la participación política de grupos específicos de la sociedad, tomando en cuenta sus tradiciones y ordenamientos

Assim, a decisão do caso *Yatama vs Nicaragua* considerou que a participação nos assuntos públicos de organizações distintas dos partidos políticos, como a YATAMA, se mostrava essencial para a garantia da liberdade de expressão política de grupos de cidadãos que, de outra forma, estariam alijados da participação política⁵⁹.

Em síntese, “a restrição de participar somente por meio de um partido político imposto aos candidatos apresentados pela YATAMA implicou uma forma de organização alheia a seus usos, costumes e tradições”, violando, assim, as normas internas “que obrigam o Estado a respeitar as formas de organização das comunidades da Costa Atlântica”, o que “afetou negativamente a participação eleitoral destes candidatos nas eleições municipais do ano 2000”⁶⁰.

3.1.4 Direito à manifestação política

Um último elemento da jurisprudência da Corte Interamericana, que merece análise, diz respeito ao direito à manifestação política. Relevante, nesse tópico, a decisão do caso *López Lone e outros vs. Honduras* (sentença de 05 de outubro de 2015)⁶¹.

Tal decisão, à semelhança de outras que compõem um longo histórico de casos versando sobre fatos semelhantes⁶², reconheceu a responsabilidade de Honduras pela violação dos direitos políticos, dentre outros⁶³, dos juízes Adán Guillermo López Lone, Luis Alonso Chévez de la Rocha e Ramón Enrique Barrios Maldonado e da juíza Tirza del Carmen Flores Lanza, que foram afastados da judicatura, por terem se manifestado em defesa da democracia e do estado de direito no contexto do golpe de estado ocorrido em Honduras em junho de 2009.

Tal decisão afirmou que a democracia representativa é um dos pilares de todo o sistema do qual a Convenção faz parte, de sorte que os fatos acima narrados traduziram ilícito internacional, na medida em que, durante o governo de fato instalado em Honduras, após o golpe, foram deflagrados processos disciplinares contra magistrados que se manifestavam contra a ruptura institucional havida.

Assim, considerando-se que as manifestações constituíam “um exercício de participação cidadã para defender os elementos constitutivos da democracia representativa”⁶⁴, se entendeu que o repúdio público à ordem política, seja por autoridades políticas, líderes sociais ou funcionários públicos, se encontraria protegido pelo direito de manifestação política.

No caso em apreço, as vítimas — 3 juízes e uma magistrada — manifestaram contra a ruptura democrática e em favor do restabelecimento da democracia, tanto por meio da propositura de ações judiciais, quanto

especiales, cuya legitimidad ha sido reconocida e incluso se halla sujeta a la protección explícita del Estado.”.

⁵⁹ *Yatama vs Nicaragua*. Eis o excerto correspondente: “la Corte considera que la participación en los asuntos públicos de organizaciones diversas de los partidos, sustentadas en los términos aludidos en el párrafo anterior, es esencial para garantizar la expresión política legítima y necesaria cuando se trate de grupos de ciudadanos que de otra forma podrían quedar excluidos de esa participación, con lo que ello significa.”.

⁶⁰ Todas as citações deste parágrafo foram extraídas da decisão proferida em *Yatama vs Nicaragua*. O excerto original é o seguinte: “la restricción de participar a través de un partido político impuso a los candidatos propuestos por YATAMA una forma de organización ajena a sus usos, costumbres y tradiciones, como requisito para ejercer el derecho a la participación política, en contravención de las normas internas (supra párr. 205) que obligan al Estado a respetar las formas de organización de las comunidades de la Costa Atlántica, y afectó en forma negativa la participación electoral de dichos candidatos en las elecciones municipales de 2000.”.

⁶¹ CORTE IDH. *Caso López Lone y otros vs. Honduras*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C, N.º. 302, doravante simplesmente referenciado como *Caso López Lone y otros vs. Honduras*.

⁶² Vide, em caráter exemplificativo: *Tribunal Constitucional Vs. Perú* (sentença de 31.01.2001), *Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela* (sentença de 05.08.2008), *Reverón Trujillo Vs. Venezuela* (sentença de 30.06.2009) e *Chocrón Chocrón Vs. Venezuela* (sentença de 1.º.07.2011), todos tratando de ameaças à permanência em cargos na magistratura em razão de manifestações políticas de seus membros.

⁶³ Os demais direitos das vítimas reputados violados foram: liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade de associação, garantias judiciais, proteção judicial, direito a permanecer no cargo em condições de igualdade e princípio da legalidade.

⁶⁴ *López Lone e outros vs. Honduras*. Tradução livre dos autores. No original: “constituían un ejercicio de participación ciudadana para defender los elementos constitutivos de la democracia representativa”.

por meio de opiniões manifestadas em conferências universitárias ou mesmo em conversas com colegas.

Portanto, a cassação de seus cargos no Poder Judiciário hondurenho pelo governo de fato instalado ofendeu o direito de manifestação política, bem como os deveres impostos pela Convenção Americana ao disciplinar os direitos políticos.

3.2 Os mecanismos de participação política direta na Constituição do Equador (2008)

A Constituição de Montecristi⁶⁵ inicia uma série de novas agendas no constitucionalismo latino-americano⁶⁶, bem como advém de lutas de movimentos sociais e indígenas⁶⁷. Promulgada no ano de 2008⁶⁸, no governo de Rafael Correa, a Constituição equatoriana teve uma perspectiva singular.

Segundo Alberto Correa, ex-presidente da Assembleia Constituinte do Equador, no processo de debate do texto, foram recebidas milhares de propostas, de modo que houve mobilização popular intensa a contribuir na redação final do texto constitucional⁶⁹, o que, de fato, resultou em inúmeros mecanismos de participação pelo povo⁷⁰ no âmbito de tomada das decisões políticas. Nessa perspectiva, Emiliano Maldonado destaca que

Na história constitucional equatoriana, e porque não mundial, os mecanismos de participação mostraram a capacidade e importância de construir um processo constituinte “*desde abajo*”. Ao contrário do que a tradição constitucionalista hegemônica e o eurocentrismo acadêmico defendem, a experiência equatoriana demonstra a qualidade e capacidade criativa do poder popular.⁷¹

No preâmbulo, a Constituição equatoriana aciona uma visão decolonial⁷² e intercultural⁷³, com compromisso de sustentabilidade e igualdade de gênero,⁷⁴ a construir nova forma de convivência cidadã, harmônica,

⁶⁵ A Constituição da República do Equador ganhou essa alcunha, porquanto o processo de discussão e elaboração do texto constitucional foi realizado na cidade equatoriana de Montecristi.

⁶⁶ COSTA, Alberto. O *Buen Vivir* no caminho do pós-desenvolvimento: uma leitura a partir da Constituição de Montecristi. In: BOCCA, Pedro; MELLO, Fátima, BERRÓN. *Equador*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 222.

⁶⁷ BOCCA, Pedro; MELLO, Fátima, BERRÓN. *Equador*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 17-30.

⁶⁸ Por meio de referendo, a Constituição foi aprovada por 63,93% dos eleitores e publicada em 20 de outubro de 2008.

⁶⁹ Nesse sentido, Carlos Bernal Pulido elaborou estudo, a partir dos processos de construção constitucional da Islândia, Quênia, Egito, Irlanda e Chile, sobre o *constitucional crowdsourcing*, (colaboração coletiva constitucional), e *constitucional crowd-drafting* (redação colaborativa constitucional). In: Pode a colaboração coletiva constitucional (*constitucional crowdsourcing*) fortalecer a legitimidade dos processos de construção constitucional? *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte n. 116, p. 185-246, jan./jun, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/17608/14392>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁷⁰ RIBEIRO, Ilana Aló Cardoso; EMERIQUE, Lília Balmant. Entrevista com Alberto Acosta, em homenagem aos 10 anos da Constituição equatoriana de Monte Cristi. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 3, n. 2, p. 195-196, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/24475>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁷¹ MALDONADO, Eféndy Emiliano. Reflexões críticas sobre o Processo Constituinte Equatoriano de Montecristi (2007-2008). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p.129-151, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6062/pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁷² Sobre o pensamento decolonial, veja-se: MIGLIEVICH-RIBEIRO, Adélia Maria. Por uma razão decolonial: Desafios ético-político-epistemológicos à cosmovisão moderna. *Civitas*, Porto Alegre, v. 14, p. 66, 2014. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/16181>. Acesso em: 22 fev. 2021; BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, v. 11, p. 89-117, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/2069>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁷³ Veja-se sobre o tema da interculturalidade: DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. *Sociedade E Estado*, v. 31, n. 1, p. 51-73. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/6079>. Acesso em: 21 fev. 2021.

⁷⁴ Sobre este tema, Milena Petter Melo e Tiago Burckhart aventa que: “outro aspecto que se mostra inovador na Constituição equatoriana é a linguagem inclusiva na questão ao gênero. Se utiliza, por exemplo, as palavras ‘cidadãs e cidadãos’ para referir-se ao povo equatoriano, não englobando na categoria cidadãos todas as pessoas, e ainda, colocando a palavra feminina antes da masculina. A perspectiva reflete uma linguagem inclusiva, que não procura excluir um gênero que historicamente – desde os primórdios do patriarcado - foram excluídas do debate político e jurídico. No mesmo sentido, a Constituição prevê a paridade de gênero nos órgãos do Estado, como é o caso da Corte Constitucional (art. 434).” MELO, Maria Petters; BURCKHART, Tiago. A Constituição equatoriana de 2008: uma nova concepção de Estado e pluralismo. *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, Limoges, n. 3, 2018. Disponível em: <https://www.unilim.fr/trahs/902&file=1>. Acesso em: 27 fev. 2021.

bem como que respeita, em todas as dimensões, a dignidade das pessoas e da coletividade⁷⁵, de modo que se optou por um Estado plurinacional⁷⁶.

Em matéria de direitos políticos, o artigo 1º, da Constituição de Montecristi, estabelece que “a soberania reside no povo, cuja vontade é o fundamento da autoridade, e é exercida por meio dos órgãos do poder público e das formas de participação direta previstas na Constituição.”⁷⁷.

Para além, trouxe as seguintes inovações em relação a Constituição anterior: a) “pessoas, comunidades, povos, nacionalidades e grupos são titulares e gozarão dos direitos garantidos na Constituição e nos instrumentos internacionais; e b) “a natureza será sujeito dos direitos reconhecidos pela Constituição”⁷⁸.

Nessa perspectiva, a Constituição Equatoriana rompeu com o modelo em que se previa como sujeitos de direitos apenas os humanos para garantir a participação dos coletivos, bem como da natureza, *la Pacha Mama*. Essa é a primeira Constituição na América Latina que prevê a natureza nesta condição⁷⁹.

Destarte, exsurge-se a necessidade de se pensarem novas formas do modelo político e econômico, ao que Eduardo Gudynas denominou de mandato ecológico, a partir de novo marco constitucional, baseado no biocentrismo e orientado para a realização do bom viver — *sumak kawsay*⁸⁰ — e dos direitos da natureza⁸¹.

A Constituição de Montecristi também assegura a participação política de pessoas com incapacidade, garantindo o pleno exercício do direito: “Art. 48. O Estado adotará medidas em prol das pessoas com deficiência que garantam: [...] 4. A participação política, que assegurará a sua representação, nos termos da lei”⁸².

Em relação aos mecanismos de participação direta⁸³, a Constituição da República do Equador prevê a iniciativa popular de lei, em seus artigos 61.3, 103 e 134.5,⁸⁴ para realizar a criação, reforma ou revogação de

⁷⁵ EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

⁷⁶ Segundo Daniel Bonilla Maldonado, este princípio reconhece aos “*pueblos indígenas que habitan estos dos Estados son naciones que tienen el mismo estatus político y jurídico que la nación históricamente dominante: la católica, mestiza/blanca e hispanobablante*”. In: *El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. Revista Derecho del Estado*, n. 42, p. 3-23, 2019. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5662>. Acesso em: 14 abr. 2021.

⁷⁷ Tradução livre dos autores. O trecho original é o seguinte: “*la soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución*”. A Constituição de Montecristi, em seu artigo 95, prevê participação popular, coletiva ou individual, nas tomadas de decisões, planejamento e gestão dos assuntos públicos, estabelecendo processo permanente de construção do poder dos cidadãos e cidadãs. In: EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

⁷⁸ Tradução livre dos autores. O trecho original foi extraído do art. 10, a saber: “*Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los internacionales*”; b) “*La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución*.” EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

⁷⁹ GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. 1ª Ed., Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009, p. 17 e 30.

⁸⁰ Veja-se: CORTEZ, David. Genealogia do Sumak kawsay e do Buen vivir no Equador: um balanço. In: BOCCA, Pedro; MELLO, Fátima, BERRÓN. *Ecuador*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2016. p. 131- 170.

⁸¹ GUDYNAS, Eduardo. *El mandato ecológico: Derechos de la Naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.

⁸² Tradução livre dos autores. O trecho original é o seguinte: “Art. 48.- *El Estado adoptará a favor de las personas con discapacidad medidas que aseguren: [...] 4. La participación política, que asegurará su representación, de acuerdo con la ley*”. EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

⁸³ Não se desconsidera a crítica relacionado ao hiperpresidencialismo na Constituição Equatoriana. Veja-se, a propósito: ORTIZ, Richard. Los problemas estructurales de la Constitución ecuatoriana de 2008 y el hiperpresidencialismo autoritario. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 16, n. 2, p. 527-566, 2018. Disponível em: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/495>. Acesso em: 30 mar. 2021.

⁸⁴ EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

normas em qualquer órgão com competência normativa, inclusive no que tange a emendas constitucionais. Poderá propor a medida as cidadãs e os cidadãos, desde que estejam com os direitos políticos em gozo, bem como as organizações sociais.

Para tanto, exige-se a presença de 0,25% das pessoas inscritas no registro eleitoral da jurisdição correspondente. Para reforma constitucional, esta exigência é de 1% das pessoas inscritas no registro eleitoral. Caso o órgão legislativo não trate a proposta no prazo de 180 dias, exceto para emenda constitucional – 1 ano, entrará em vigência. Ademais, em se tratando de projeto de lei, a Presidenta ou o Presidente da República poderá emendar o projeto, mas não o vetar totalmente.

Outro instituto de participação popular direta é a revogatória do mandato, previsto nos artigos 61.6, 105, e 106⁸⁵, da Constituição do Equador. Esse mecanismo pode ser solicitado por qualquer pessoa ou grupo de pessoas, desde que estejam cadastrados no domicílio eleitoral da autoridade, a partir i) do não cumprimento do plano de trabalho, ii) do não cumprimento de mecanismos de participação cidadã; e iii) da violação das disposições constitucionais e jurídicas.

Nesse aspecto, observa-se que a revogatória de mandato⁸⁶ surge na perspectiva de proteger o cumprimento de outras cláusulas constitucionais, as quais preveem a participação das cidadãs e dos cidadãos. Esse mecanismo se aplica também a Presidenta ou Presidente da República Equatoriana.

Ademais, a Constituição do Equador prevê a consulta popular em seus artigos 61.4, 104 e 106⁸⁷. Este mecanismo pode ser ativado pela Presidenta ou Presidente da República, Assembleia Nacional, governos autônomos descentralizados e as cidadãs ou cidadãos.

Nessa temática, a Constituição de Montecristi permitiu que os movimentos sociais também participassem das eleições, pois os equipara aos partidos políticos, ao definir que ambos são organizações públicas não estatais, as quais constituem expressões da pluralidade política do povo⁸⁸. Outro fato de relevo na Constituição equatoriana é a abertura também às candidaturas avulsas⁸⁹.

Em matéria de tratados de direitos humanos, a Constituição de Montecristi, em seu artigo 420, possibilita que a ratificação dos tratados seja realizada por meio de referendo ou por iniciativa popular.

Por sua vez, o art. 444 da Constituição do Equador estabelece que a Assembleia Constituinte poderá ser convocada apenas pelo mecanismo de consulta popular e, para entrada em vigência, deve ser aprovada mediante referendo com a mais da metade dos votos válidos⁹⁰.

Como referência, apenas entre os anos de 2015 a 2017, o Equador teve 89 pedidos de revogatória, 7 pedidos de lei de iniciativa popular, e 40 sobre consulta popular⁹¹, a demonstrar a intensidade da participação popular nos rumos políticos do país.

⁸⁵ EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

⁸⁶ Sobre os avanços e retrocessos deste instituto no Equador, veja-se: EBERHARDT, Revogatória de mandato em Ecuador. *Revista de Ciências Humanas*, Viçosa, v. 17, n. 1, p. 182-199, 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufv.br/RCH/article/view/1341/pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁸⁷ EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

⁸⁸ EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

⁸⁹ EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

⁹⁰ EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

⁹¹ UREÑA, Ricardo Fabricio Andrade. El sistema electoral ecuatoriano en un Estado garantista. *Revista de Derecho Electoral*, San José da Costa Rica, v. 26, p. 161-191, Segundo Semestre, 2018. Disponível em: https://www.tse.go.cr/revista/art/26/andrade_urena.pdf. Acesso em: 14 maio 2021.

4 A timidez da participação política no constitucionalismo brasileiro em comparação com as decisões da CIDH e da Constituição do Equador

A particularidade da formação do constitucionalismo latino-americano tem ampla carga de influxo do modelo europeu desde suas conformações originárias⁹². A partir de meados da metade do século XX em diante, as constituições latino-americanas sofreram impactos de dois eventos históricos: a emergência de ditaduras e a aplicação de programas de ajustes estruturais, em que políticas monetárias implicaram redução de investimentos públicos em programas sociais⁹³.

Para além dos alcances determinados nesse contexto regional —concomitantes, porém— no Brasil, destaca-se a formação do povo, ao longo dos séculos, em que o traço marcante emerge de imposições de dominação e opressão pela classe mais elitizada, pouco preocupada com anseios de desenvolvimento para a inclusão do povo na tomada de poder⁹⁴. Darcy Ribeiro retrata essa temática:

o povo-nação não surge no Brasil da evolução de formas anteriores de sociabilidade, em que grupos humanos se estruturam em classes opostas, mas se conjugam para atender às suas necessidades de sobrevivência e progresso. Surge, isto sim, da concentração de uma força de trabalho escrava, recrutada para servir a propósitos mercantis alheios a ela através de processos tão violentos de ordenação e repressão que constituíram, de fato, um continuado genocídio e um etnocídio implacável. Nessas condições, exacerba-se o distanciamento social entre as classes dominantes e as subordinadas, e entre estas e as oprimidas, agravando as oposições para acumular, debaixo da uniformidade étnico-cultural e da unidade nacional, tensões dissociativas de caráter traumático⁹⁵.

Esse autoritarismo encontra-se marcado nas raízes do Brasil e se espalhou durante todo o seu período a refletir, em absoluto, nas relações sociais vigentes⁹⁶. Efeito consequente é a promulgação da Constituição Federal de 1988 com contornos extensivos de direitos individuais, sociais e coletivos, todavia como resultado real um país ainda emergido em uma sociedade racista⁹⁷ e desigual⁹⁸.

A propósito, em pleno século XXI, o Brasil ainda tem como marcadores de análises sociais⁹⁹, em ranqueamento não compatível com a dimensão da riqueza nacional produzida, os índices do IDH e índice Gini, em que se ocupa a posição n.º 84¹⁰⁰ e 156¹⁰¹, respectivamente.

⁹² Sobre a influência da Constituição de Cádiz de 1812 nas Constituições latino-americanas no início do século XIX, veja-se: DALLARI, Dalmo de Abreu. La Constitución de Cádiz: valor histórico y actual. *Revista De Estudios Brasileños*, v. 1, n. 1, p. 81-96. Disponível em: <https://revistas.usal.es/index.php/2386-4540/article/view/reb2014118196>. Acesso em: 05 mar. 2021.

⁹³ GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, v. 4, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol4/iss1/3/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁹⁴ Veja-se: SOUZA, Jessé. *A elite do atraso*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

⁹⁵ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Global, 2015. p. 20.

⁹⁶ Lília Moritz Schwarcz dedica toda uma obra para investigar a origem desse autoritarismo sob os seguintes aspectos: escravidão e racismo; mandonismo; patrimonialismo; corrupção; desigualdade social; violência; raça e gênero; e intolerância. SCHWARCZ, Lília Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

⁹⁷ Veja-se: SCHWARCZ, Lília Moritz. Do preto, do branco e do amarelo: sobre o mito nacional de um Brasil (bem) mestiçado. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 1, p. 48-55, 2012. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000100018&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁹⁸ Para uma análise completa da desigualdade social no Brasil no ano de 2020, veja-se: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

⁹⁹ Veja-se: GUIMARÃES, Roberto Pereira Guimarães; FEICHAS, Susana Arcangela Quacchia. Desafios na construção de indicadores de sustentabilidade. *Ambiente e Sociedade*, Campinas, v. XII, n. 2, p. 310, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/asoc/v12n2/a07v12n2.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2021.

¹⁰⁰ Disponível em: <http://hdr.undp.org/en/content/latest-human-development-index-ranking>. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁰¹ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Para uma análise completa da desigualdade social no Brasil no ano de 2020, veja-se: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*, Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021

Não por acaso, essa realidade contribuiu, de certo modo, para que previsões normativas constitucionais disciplinadoras do tema da participação política direta, na atual Constituição Federal de 1988, contemplassem três mecanismos: a iniciativa popular de lei, o referendo e o plebiscito¹⁰².

Complementa a explicação para esse fenômeno a baixa densidade de contribuição popular, sobretudo com a exclusão de grupos minoritários¹⁰³, quando da elaboração e redação do novo texto constitucional, ainda que tenha tido ampla mobilização para a volta da democracia¹⁰⁴.

O resultado inevitável desagua no sentido que, passados mais de 30 anos da promulgação do texto constitucional, os institutos de participação política direta foram poucos acionados, sendo apenas quatro propostas de iniciativa popular que se tornaram lei, com a tomada de referendo e plebiscito por uma única vez¹⁰⁵.

Não se olvida, neste particular, que foram vivenciados 24 anos de regime ditatorial, em que elementos mínimos — como o direito ao sufrágio — foram suprimidos, ainda que parcialmente, das cidadãs e cidadãos¹⁰⁶. A Constituição Federal de 1988, nesse caso, agiu para retomá-los. No entanto, a participação política direta pelo povo teve contornos tímidos¹⁰⁷ e impeditivos¹⁰⁸ para o propósito constitucional: tornar a sociedade mais justa e igualitária.

Para comprovar essa hipótese, realiza-se o cotejo dos mecanismos de participação política previstos na Constituição Brasileira de 1988 com os contidos nas decisões da Corte Interamericana e na Constituição Equatoriana.

Com efeito, o exame dos julgados da Corte Interamericana revela que o constitucionalismo latino-americano apresenta ferramentas que ultrapassam a mera previsão de plebiscito, referendo e iniciativa popular.

A consagração do referendo revogatório (*San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela*), a necessária clareza e objetividade do processo eleitoral como exigência constitucional fundamental (*Yatama vs. Nicarágua*) e a expressa proteção da manifestação política (*López Lone e outros vs. Honduras*) refletem possibilidades de participação política que não se limitam às tradicionais ferramentas de consulta popular e iniciativa popular de lei.

Ressalta-se, ainda, o reconhecimento constitucional de direitos de participação política de comunidades indígenas, com a expressa proteção de associações criadas para viabilizar a participação destes grupos, como sucedâneo legítimo dos partidos políticos (*Yatama vs. Nicarágua*). Do mesmo modo, como visto, a Corte Inte-

¹⁰² Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 maio 2021.

¹⁰³ LELIS, Rafael Carrano; ALMEIDA, Marcos Felipe Lopes de; ROSA, Waeska Marcy Rosa. Quem conta como nação? A exclusão de temáticas LGBTI nas assembleias de Brasil e Colômbia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 85-113, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6047>. Acesso em: 14 fev. 2021.

¹⁰⁴ BARRIENTOS-PARRA, Jorge David; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. A democracia participativa na Assembléia Nacional Constituinte e Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 121, p. 421-454, 2020. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/846>. Acesso em: 27 mar. 2021.

¹⁰⁵ BARRIENTOS-PARRA, Jorge David; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. A democracia participativa na Assembléia Nacional Constituinte e Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 121, p. 421-454, 2020. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/846>. Acesso em: 27 mar. 2021.

¹⁰⁶ Sobre o voto no Brasil, veja: NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002.

¹⁰⁷ Sobre a crítica ao sistema democrático brasileiro na perspectiva da igualdade política, veja-se: MUNIZ, J. *Democracia representativa e o apartheid social brasileiro: crítica da igualdade política*. Tese (Doutorado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/193075>. Acesso em: 25 abr. 2021.

¹⁰⁸ Veja-se que, no Brasil, o Congresso Nacional detém o monopólio para convocar o plebiscito e o referendo (art. 49, inciso XV, da Constituição Federal de 1988). Ainda a iniciativa popular de lei, consoante o art. 61, § 2º da Constituição Federal de 1988, requer uma série de requisitos constitucionais que tornam difícil a adoção desse mecanismo: lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles. Além disso, cabe observar que a Constituição Federal não previu a iniciativa popular para emenda de seu texto, limitando tal instituto à deflagração do processo legislativo das leis ordinárias e complementares BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 maio 2021.

americana chancela a possibilidade de candidaturas avulsas (*Castañeda Gutman vs México*), ampliando, assim, a participação eleitoral dos cidadãos e cidadãs.

Por sua vez, a Constituição equatoriana estende, de forma inovadora, a titularidade dos direitos políticos às “comunidades, povos, nacionalidades e coletividades”, não se limitando a atribuir direitos políticos às pessoas individualmente consideradas. Mais do que isso, a Constituição garante os direitos políticos contemplados em seu texto, bem como aqueles previstos em tratados internacionais.

Mencione-se, ainda, o referendo revogatório de mandatos, a cláusula constitucional garantidora dos direitos políticos das pessoas com deficiência e o modelo ampliado de iniciativa popular, que abrange alterações a cargo de qualquer órgão com competência normativa, incluídas as emendas constitucionais. Por fim, a expressa admissão dos movimentos sociais no processo político-eleitoral, além da previsão de ratificação de tratados internacionais por meio de referendo ou iniciativa popular.

Verifica-se, em relação a esse comparativo, que a participação política direta na Constituição Federal de 1988 se revela tímida e pouco inclusiva quando comparada com os elementos que embasam o presente estudo, evidenciando a necessidade de se refletir sobre a sistemática brasileira atual, com vistas a incluir mecanismos saudáveis para o exercício da democracia pelo povo.

5 Considerações finais

No século XX, as democracias da América Latina foram impactadas com o desenvolver dos arroubos ditatoriais, que marcaram época com violência, desigualdade social e a construção de sociedades racistas. A onda democrática latino-americana retomou após significativo esforço popular.

Nesse momento, o espírito autoritário regressa com aspirações de governos populistas, de modo que cada vez mais os mecanismos institucionais para a preservação democrática são postos em confronto. Ademais, os Estados latino-americanos não conseguiram equilibrar os marcadores de desenvolvimento social com a promoção integral dos direitos humanos.

O constitucionalismo latino-americano desenvolveu-se nesse contexto histórico-social, de modo que tem, atualmente, características próprias. Caminha-se para o desenvolvimento de constituições produzidas *desde abajo*, em que se mostra pluricultural, com a integração da participação direta do povo nas tomadas de decisões político-administrativas. Há, sob essa perspectiva, o uso de um antídoto ao autoritarismo.

Na perspectiva do *ius constitutionale commune*, a Corte Interamericana de Direitos tem aplicado a Convenção Americana de Direitos Humanos para promover a proteção dos direitos humanos, ao delimitar o conteúdo e alcance dos mecanismos encontrados nas Constituições dos Estados-partes, ou a determinar a implementação de obrigações estabelecidas.

Como salientado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, interpretando as disposições da Convenção Americana, tem analisado disposições constitucionais com marcos de participação política popular sensivelmente mais incrementados que as ferramentas do plebiscito, referendo e iniciativa popular contempladas na Constituição brasileira.

Do mesmo modo, a Constituição do Equador prevê, além de mecanismos de participação na gestão e planejamento do Estado, institutos de participação política direta como a consulta popular, a revogatória de mandato, aplicável ao Presidente ou Presidenta da República.

Ademais, abre-se leque para que os movimentos sociais e candidaturas avulsas possam participar do processo eleitoral, a ampliar os mecanismos de participação. De todo modo, cidadãos e cidadãs participam de processos para alterações legislativas, inclusive para a alteração da Constituição e incorporação de tratados

de direitos humanos.

Diante desse cenário latino-americano, a Constituição Federal brasileira de 1988 previu mecanismos poucos inclusivos e impeditivos de maior envolvimento social, ao estabelecer requisitos difíceis de serem alcançados, quando da exigência para iniciativa popular ou dos critérios estabelecidos para o referendo e plebiscito. Comprova esse fato o ínfimo percentual de leis de iniciativa popular, aprovado em 32 anos de redemocratização.

Em suma, o constitucionalismo latino-americano aporta elementos que avançam em novos mecanismos de participação política direta, como se procurou demonstrar. No sistema brasileiro, uma reforma constitucional e legal para ampliar os mecanismos atualmente existentes, para além de medida conveniente à democracia, se revela consentânea com os novos ares que inspiram os direitos políticos na América Latina.

Referências

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *O perigo de uma história única*. Trad. Julia Romeu. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

ALBERTUS, Michael; GROSSMAN, Guy. “The Americas: When Do Voters Support Power Grabs?” *Journal of Democracy*, Washington, v. 32, n. 2, p. 116–31, 2021. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-americas-when-do-voters-support-power-grabs/>. Acesso em: 06 maio 2021.

ALMEIDA, Marcia Corrêa de. La grave crisis de los derechos humanos en Brasil y sus implicaciones para los pueblos indígenas: En búsqueda de criterios jurídicos favorables desde la experiencia Latinoamericana. *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, Heredia, v. 31, n 2, p. 143-169, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/14622/20308>. Acesso em: 13 mar. 2021.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, v. 11, p. 89-117, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/rbcp/article/view/2069>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BARRIENTOS-PARRA, Jorge David; LUNARDI, Soraya Regina Gasparetto. A democracia participativa na Assembléia Nacional Constituinte e Constituição de 1988. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte n. 121, p. 421-454, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/17608/14392>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BERNAL, Botero Abdrés. Matizando o discurso eurocêntrico sobre a interpretação constitucional na América Latina. *Revista Sequência*. v. 30, n. 59, p. 271-298, 2009. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n59p271/13598>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 maio 2021.

CAGGIANO, Monica Herman Salem. Democracia x Constitucionalismo: Um navio à deriva? *Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho*, São Paulo, n. 1, mensal, 2011. Disponível em: http://www.direito.usp.br/pos/arquivos/cadernos/caderno_1_2011.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Trad. Joana Angélica d’Ávilla Melo. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CULELL, Jorge Vargas. Ensayo corto sobre el problemático presente e incierto futuro de la democracia representativa y sus desafíos. *Revista de Derecho Electoral*, n. 31, p. 11-37, Primer Semestre, 2021. Disponível em: <https://www.tse.go.cr/revista/articulos.htm>. Acesso em: 12 maio 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. La Constitución de Cádiz: valor histórico y actual. *Revista De Estudios Brasileños*, v. 1, n. 1, p. 81-96. Disponível em: <https://revistas.usal.es/index.php/2386-4540/article/view/reb2014118196>. Acesso em: 05 mar. 2021.

DUSSEL, Enrique. Transmodernidade e interculturalidade: interpretação a partir da filosofia da libertação. *Sociedade E Estado*, v. 31, n. 1, p. 51-73. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/6079>. Acesso em: 21 fev. 2021.

EQUADOR. *Constitución de La República del Ecuador de 2008*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/quienes-somos/normativa/4014-constitucion-de-la-republica-del-ecuador-1/file.html>. Acesso em: 18 fev. 2021.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (coord.). *El derecho en América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 142-152.

FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.). *Constitucionalismo multinível e pluralismo jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

GARCÍA MARQUEZ, Gabriel. *Crônica de uma morte anunciada*. 51. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

GARGARELLA, Roberto. Latin American Constitutionalism: Social Rights and the “Engine Room” of the Constitution. *Notre Dame Journal of International & Comparative Law*, v. 4, Iss. 1, Article 3, 2014. Disponível em: <https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol4/iss1/3/>. Acesso em: 18 mar. 2021.

GUARAGLIA, M. Derechos humanos, cultura y literatura. Un ejemplo en la narrativa de denuncia social latinoamericana. *Revista Latinoamericana De Derechos Humanos*, v. 28, n. 2, p. 89-117, 2017. Disponível em: <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/10290/13029>. Acesso em: 12 fev. 2021

GUIMARÃES, Roberto Pereira Guimarães; FEICHAS, Susana Arcangela Quacchia. Desafios na construção de indicadores de sustentabilidade. *Ambiente e Sociedade*. Campinas, v. XII, n. 2, p. 310, jul./dez. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/asoc/v12n2/a07v12n2.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida da população brasileira*. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

LELIS, Rafael Carrano; ALMEIDA, Marcos Felipe Lopes de; ROSA, Waeska Marcy Rosa. Quem conta como nação? A exclusão de temáticas LGBTI nas assembleias de Brasil e Colômbia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 85-113, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6047>. Acesso em: 14 fev. 2021.

MALDONADO, Daniel Bonilla. El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Revista Derecho del Estado*. n. 42, p. 3-23, 2019. Disponível em: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/5662>. Acesso em: 14 abr. 2021.

MALDONADO, Efendy Emiliano. Reflexões críticas sobre o Processo Constituinte Equatoriano de Montecristi (2007-2008). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 129-151, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6062/pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

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

Políticas Públicas, v. 9, n. 2, p. 254-286, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6062/pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MELO, Maria Petters; BURCKHART, Tiago. A Constituição equatoriana de 2008 : uma nova concepção de Estado e pluralismo. *Trayectorias Humanas Trascontinentales*, Limoges, n. 3. 2018. Disponível em: <https://www.unilim.fr/trahs/902&file=1>. Acesso em: 27 fev. 2021.

MIGLIEVICH-RIBEIRO, Adélia Maria. Por uma razão decolonial: Desafios ético-político-epistemológicos à cosmovisão moderna. *Civitas*, Porto Alegre, v. 14, p. 66, 2014. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/16181>. Acesso em: 22 fev. 2021.

MOISES, José Alvaro; WELFORT, Francisco. *Crise da democracia representativa e neopopulismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Konrad Adenauer Stiftung, 2020

MOUNK, Yascha. The End of History Revisited. *Journal of Democracy*, v. 31, n. 1, p. 22–35, 2020. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-end-of-history-revisited/>. Acesso em: 22 mar. 2021.

MUNIZ, J. *Democracia apresentativa e o apartheid social brasileiro: crítica da igualdade política*. Tese (Doutorado em Filosofia) - Faculdade de Filosofia e Ciências humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/193075>. Acesso em: 25 abr. 2021.

NERUDA, Pablo. *Cem sonetos de amor*. 5. ed. Porto Alegre: L&PM, 1979.

NEVES, R. “Joga pedra na Judith”: discursos de ódio e populismo. *Cadernos Pagu*, Campinas, SP, n. 53, 2018. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8653417>. Acesso em: 10 maio 2021.

NICOLAU, Jairo. *História do voto no Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 2002.

ORTIZ, Richard. Los problemas estructurales de la Constitución ecuatoriana de 2008 y el hiperpresidencialismo autoritario. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 16, n. 2, p. 527-566, 2018. Disponível em: <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/495>. Acesso em: 30 mar. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388. 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28029>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PULIDO, Carlos Bernal. Pode a colaboração coletiva constitucional (constitutional crowdsourcing) fortalecer a legitimidade dos processos de construção constitucional? *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte n. 116, p. 185-246, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufmg.br/index.php/rbep/article/view/17608/14392>. Acesso em: 30 mar. 2021.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do Poder e Classificação Social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENeses, Maria Paula (org.). *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.

REPUCCI, Sarah; SLIPOWITZ, Amy. “The Freedom House Survey for 2020: Democracy in a Year of Crisis.” *Journal of Democracy*, Washington, v. 32, n. 2, p. 45–60, 2021. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/the-freedom-house-survey-for-2020-democracy-in-a-year-of-crisis/>. Acesso em: 05 maio 2021.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Global, 2015.

RIBEIRO, Ilana Aló Cardoso; EMERIQUE, Lília Balmant. Entrevista com Alberto Acosta, em homenagem aos 10 anos da Constituição equatoriana de Monte Cristi. *Teoria Jurídica Contemporânea*, v. 3, n. 2, p. 195-196, 2018. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/view/24475>. Acesso em: 28 mar. 2021.

- SANTOS, Boaventura de Souza. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SANTOS, MILTON. O lugar e o cotidiano. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. São Paulo: Cortez, 2010.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. 1. El debate contemporáneo. Versión española de Santiago Sánchez Gonzales. Madrid: Alianza Editorial, 2000.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. Do preto, do branco e do amarelo: sobre o mito nacional de um Brasil (bem) mestiçado. *Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 1, p. 48-55, 2012. Disponível em: http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252012000100018&script=sci_arttext&tlng=en. Acesso em: 22 mar. 2021.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. *Sobre o autoritarismo brasileiro*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SMITH, Amy Erica. “Covid vs. Democracy: Brazil’s Populist Playbook.” *Journal of Democracy*, Washington, v. 31, n. 4, p. 76–90, 2020. Disponível em: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/covid-vs-democracy-brazils-populist-playbook/>. Acesso em: 10 mar. 2021.
- SOUZA, Jessé. *A elite do atraso*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.
- UREÑA, Ricardo Fabricio Andrade. El sistema electoral ecuatoriano en un Estado garantista. *Revista de Derecho Electoral*, San José da Costa Rica, v. 26, p. 161-191, Segundo Semestre, 2018. Disponível em: https://www.tse.go.cr/revista/art/26/andrade_urena.pdf. Acesso em: 14 maio 2021.
- VALENÇA, Daniel Araújo. Bolívia: crise de Estado, disputa hegemônica e resignificação democrática. In: VAL, Eduardo Manoel; BELLO, Enzo (org.). *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 87-104.
- WALSH, Catherine. Interculturalidad y colonialidad del poder. Un pensamiento y posicionamiento “otro” desde la diferencia colonial. In: CASTROGÓMEZ, Santiago; GROSGOUEL, Ramón (comp.). *El giro descolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores et al., 2007.

**3. REFUNDAÇÃO DEMOCRÁTICA
CONTRIBUIÇÕES DO CONSTITUCIONALISMO
TRANSFORMADOR A UMA NOVA ORDEM
CONSTITUCIONAL.**

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Los derechos sociales
y el constitucionalismo
transformador en Chile**
Social rights and transformative
constitutionalism in Chile

Gonzalo Aguilar Cavallo

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

Los derechos sociales y el constitucionalismo transformador en Chile*

Social rights and transformative constitutionalism in Chile

Gonzalo Aguilar Cavallo**

Resumen

La jurisprudencia interamericana en materia de derechos sociales puede adquirir una importancia fundamental para la estructuración contemporánea de nuevos pactos sociales. Chile se encuentra inserto en un proceso constituyente. Este trabajo tiene por objetivo examinar los aportes de la jurisprudencia interamericana respecto de Chile en materias concernientes a los derechos sociales. Nuestra hipótesis es que previsiblemente la jurisprudencia reciente en materia de derechos sociales *lato sensu* de la Corte IDH tendrá una incidencia relevante en el ordenamiento jurídico chileno, especialmente, en las discusiones y definiciones acerca de los contenidos de la nueva Constitución que debería comenzar a escribirse en los próximos meses. Usaremos el método dogmático jurídico y en las partes que corresponda lo complementaremos con el método de casos. El trabajo concluye que los avances experimentados en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos facilitarían la realización de un control de convencionalidad por parte de la Convención Constitucional en el proceso de creación de una nueva Constitución para Chile. Este nuevo marco constitucional podría transformar la sociedad chilena en términos de mayor equidad, inclusión y justicia social.

Palabras clave: Derechos humanos; Derechos sociales; Constitucionalismo transformador; Sistema Interamericano de Derechos Humanos; Jurisprudencia interamericana.

* Recibido em 01/06/2021
Aprovado em 24/09/2021

** Abogado (Chile), Doctor en Derecho (España), Magister en Relaciones Internacionales (España), Master en Derechos Humanos y Derecho Humanitario (Francia). Postdoctorado en el Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg, Alemania). Profesor de Derecho Constitucional, Internacional, Ambiental y Derechos Humanos, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca (Santiago, Chile). Director del Magister en Derecho Constitucional del Centro de Estudios Constitucionales de Chile (Santiago, Chile).
E-mail: gaguilar@utalca.cl

Abstract

The Inter-American case law regarding social rights could play a key role in the configuration of the contemporary structure of new social compacts. For instance, Chile has started a constitution making process. The aim of this paper is to examine the contributions of the Inter-American case law in matters of social rights concerning our country. Foreseeably, the Inter-American Court on Human Rights' case law on social rights will have a relevant influence in the Chilean legal system, particularly in the definition of content of the much expected new Constitution. We use the dogmatic and case law method. This paper holds that the Inter-American case law development on social rights will facilitate the control of conventionality by the Constituent body in the process of creation of a new Constitution. The

latter can transform the Chilean society allowing it to achieve a greater equity, inclusion and social justice.

Keywords: Human rights; Social rights; Transformative constitutionalism; Inter-American Human Rights System; Inter-American Case Law.

1 Introducción

Chile se encuentra inmerso en un proceso de creación de una nueva Constitución. Este proceso es el resultado de años de movilizaciones sociales, encabezadas, principalmente, por escolares, universitarios y escolares. Estas movilizaciones sociales, vehículos de una profunda protesta social, condujeron a un estallido social el 18 de octubre de 2019. Este estallido social fue el hito que dio lugar al proceso constituyente. En todas estas manifestaciones sociales se apreciaban dos elementos clave. La ausencia total de la presencia de los partidos políticos tradicionales y una serie de demandas centradas en aspectos sociales y ambientales. Hoy día, la ciudadanía se encuentra expectante de la manera cómo la Convención Constitucional (el órgano constituyente electo por sufragio universal y paritario) va a recoger en términos de derechos humanos todas estas exigencias y reivindicaciones socio-ambientales y de protección de la naturaleza.

Este trabajo tiene por objetivo principal analizar los desarrollos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en relación con Chile en materia de derechos sociales a fin de determinar cómo estos pueden impactar en el modelo de convivencia de la sociedad chilena. La pregunta que se plantea, entonces, consiste en cuál es la importancia y potencial impacto de los desarrollos ocurridos en la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de Chile en materia de derechos sociales.

Nuestra hipótesis es que previsiblemente la jurisprudencia reciente en materia de derechos sociales *lato sensu* de la Corte IDH tendrá una incidencia relevante en el ordenamiento jurídico chileno, especialmente, en las discusiones y definiciones acerca de los contenidos de la nueva Constitución que debería comenzar a escribirse en los próximos meses. De esta manera, las enseñanzas interamericanas podrían jugar un rol relevante en la configuración de la nueva Constitución chilena y, por esa vía, contribuir a transformar las bases de la convivencia social, o bien, plasmar en la Constitución una transformación que, en los hechos, ya ha comenzado a operar. Entenderemos en este estudio, salvo que se señale lo contrario, que los derechos sociales *lato sensu* incluyen los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) reconocidos, *inter alia*, en el derecho internacional de los derechos humanos, en el derecho internacional del medio ambiente y en el derecho internacional del trabajo¹.

En este estudio utilizaremos el método dogmático jurídico y en las partes que corresponda lo complementaremos con el método de casos. El trabajo se encuentra dividido en dos grandes partes. Una primera parte, abordará el constitucionalismo transformador y los derechos sociales en América Latina. La segunda parte, examinará las enseñanzas de la cohesión social para Chile y los aportes que en este contexto ha realizado la jurisprudencia interamericana.

2 Constitucionalismo transformador en América Latina

En esta parte pretendemos abordar el concepto de constitucionalismo transformador y también la noción de los derechos sociales, *lato sensu*, como un pilar de este constitucionalismo transformador.

¹ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Cartilla básica sobre derechos económicos, sociales y culturales*. San José: IIDH, 2010.

2.1 Concepto y características

Una de las posibles visiones del constitucionalismo implican que el poder público se ha ido limitando y circunscribiendo, *inter alia*, a través de un proceso civilizatorio paulatino de reconocimientos de derechos humanos, tanto de los individuos, de los grupos y de los pueblos. Estas limitaciones al ejercicio de competencias soberanas trascienden las fronteras y se aplican incluso al ámbito internacional². Adicionalmente, estas limitaciones al ejercicio del poder público también adquieren la forma de mandatos de acción bajo la forma de guía, directrices y de obligaciones directas, ya sea, inmediatas o mediatas, para el Estado³. Desde esta perspectiva, los denominados derechos sociales, *lato sensu*, juegan un rol esencial en los procesos de emancipación de los individuos, grupos y pueblos⁴. En este sentido, el constitucionalismo contemporáneo adquiere una significación particularmente relevante al reconocer en su seno el papel de los derechos sociales, *lato sensu*, como mecanismos de aseguramiento de la equidad social, de la justicia social, de la realización de la ansiada igualdad material entre todos los miembros de la comunidad política⁵. Gagnon, siguiendo a Supiot, señala que

estos derechos sociales han terminado la interpretación de los derechos humanos mediante la búsqueda de la igualdad (entre trabajador y empleador, hombre y mujer), dando al conjunto de individuos la capacidad de ejercer sus libertades, de elegir entre varias opciones⁶.

Para Giacomelli, comentando un fallo de la Corte Suprema de la India, el constitucionalismo transformador sería aquel que

ve en los valores y principios constitucionales la herramienta para romper la desigualdad y la injusticia social. El pacto constitucional, entonces, es concebido como una “promesa de cambio” e “investidura jurídica de una concreta esperanza”, más bien que el símbolo de un orden a preservar, con el signo de una transformación continua que se desarrolla en clave correctivo-retrospectiva, para sanar las heridas del pasado, pero sobre todo, en clave proactiva, sirviendo de puente hacia un futuro mejor⁷.

En consecuencia, en este caso, nos referimos a un constitucionalismo donde los derechos humanos

² AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. Justicia internacional penal: un pilar del Estado de Derecho internacional. *Revista Tribuna Internacional*, v. 1, n. 2, p. 9-45, 2012.

³ INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *La justicia directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008; “Asimismo, este Tribunal destaca que del contenido del artículo 26 se desprenden dos tipos de obligaciones. Por un lado, la adopción de medidas generales de manera progresiva y por otro lado la adopción de medidas de carácter inmediato. Respecto de las primeras, a las cuales hizo referencia el Estado en el presente caso, la realización progresiva significa que los Estados partes tienen la obligación concreta y constante de avanzar lo más expedita y eficazmente posible hacia la plena efectividad de los DESCAs, ello no debe interpretarse en el sentido que, durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión, máxime luego de casi cuarenta años de la entrada en vigor del tratado interamericano. Asimismo, se impone por tanto, la obligación de no regresividad frente a la realización de los derechos alcanzados. Respecto de las obligaciones de carácter inmediato, éstas consisten en adoptar medidas eficaces, a fin de garantizar el acceso sin discriminación a las prestaciones reconocidas para cada derecho. Dichas medidas deben ser adecuadas, deliberadas y concretas en aras de la plena realización de tales derechos. En virtud de lo anterior, las obligaciones convencionales de respeto y garantía, así como de adopción de medidas de derecho interno (artículos 1.1 y 2), resultan fundamentales para alcanzar su efectividad”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018.

⁴ “El tratamiento igualitario, que a la vez respete la diversidad, debe entonces entenderse como aquel que requiere de tres cuestiones básicas. Por una parte, la no obstaculización del despliegue del plan de vida elegido, y en ese sentido la garantía de no discriminación. Por otra parte, la realización de acciones positivas que aseguren el desarrollo y la protección de algunos derechos imprescindibles para llevar adelante dicho plan. En tercer lugar, una particular preocupación por situar históricamente a personas y colectivos”. RAMÍREZ, Silvina. La igualdad como emancipación: los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 3, p. 33-50, 2007.

⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos sociales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, Año 7, n. 2, p. 143-205, 2009.

⁶ GAGNON, Éric. Sur la fonction anthropologique du droit. *Anthropologie et Sociétés*, v. 30, n. 1, p. 221-232, 2006; SUPIOT, Alain. *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris: Seuil, 2005.

⁷ GIOCOMELLI, Luca. I am what I am, so take me as I am» e il carattere «trasformativo» dei principi costituzionali: la Corte Suprema indiana depenalizza i rapporti omosessuali. *Federalismi*, n. 2, p. 1-14, 2019.

juegan un rol clave en los determinantes de la configuración social y del comportamiento social y de las relaciones de convivencia social⁸. De acuerdo con Gagnon, siguiendo a Supiot, los derechos humanos son un recurso que “se puede hacer evolucionar en función no de la productividad, de la eficacia de los sistemas o del cálculo de los intereses, sino de un principio de justicia y de humanización”⁹. En este contexto,

El Estado providencia puede así ser comprendido en sí mismo como una interpretación del Derecho, permitiendo el control del individualización, de la industrialización y del desarrollo de la técnica. Este no solamente ha aportado una seguridad, sino también más libertad, la posibilidad de criticar, de cambiar las relaciones de fuerza y de participar a las decisiones [...]¹⁰.

Este tipo de constitucionalismo ubica la idea de justicia social en el centro de las preocupaciones al momento de los procesos de toma de decisiones públicas, relacionadas con los más profundos intereses de los fines perseguidos por la *res publica*¹¹. Es cierto que este tipo de constitucionalismo se conecta con los derechos humanos entendiéndolos como un espacio común y compartido que admite diferentes significaciones, dependiendo de la cultura social y el *ethos* de una comunidad, pero se debe evitar, “como se ve tan a menudo, que la conservación de una tradición sea invocada para defender los privilegios de un grupo en el seno de esa comunidad”¹².

En el siglo XXI, este tipo de constitucionalismo es particularmente relevante en comunidades que tienen dos características básicas. Por un lado, fijan como parte de sus valores la idea central de la dignidad humana, de la igualdad y de los derechos humanos¹³. Y, por otro lado, son comunidades fuertemente desintegradas, con altos índices de concentración del poder político y económico, y con un elevado margen de exclusión y de marginalización¹⁴.

Los grupos en situación de vulnerabilidad son aquellos que sufren más la experiencia de la exclusión y de la marginalización¹⁵. La falta de atención especial del Estado respecto de estos grupos agrava la situación. A partir del ejemplo de un país rico, como Francia, Dupeyroux describe aquello a lo que aludimos, en el contexto de la protección de la salud:

[...] unos [los más ricos] puede recurrir a los seguros y a las mutuales para que les cubran la parte de los gastos médicos que no están cubiertos por la Seguridad Social mientras que esta posibilidad prácticamente está vetada a los más pobres. Así, la igualdad de trato es directamente generadora de muy graves desigualdades en el acceso a los servicios médicos. Es verdad que en un país donde los más pobres deben pagar el agua, se puede esperar cualquier cosa¹⁶.

En estas comunidades sólo una minoría puede disfrutar de los beneficios del llamado “desarrollo” o cre-

⁸ LEITE POLLINI, Luca. El constitucionalismo transformador latino-americano del siglo XXI: la relación de los Estados plurinacionales en Bolivia y Ecuador con el manifiesto de Piaraçu de los pueblos indígenas en Brasil en 2020. *Revista Orbis Latina*, v. 10, n. 2, p. 136-160, 2020.

⁹ GAGNON, Éric. Sur la fonction anthropologique du droit. *Anthropologie et Sociétés*, v. 30, n. 1, p. 221-232, 2006.

¹⁰ GAGNON, Éric. Sur la fonction anthropologique du droit. *Anthropologie et Sociétés*, v. 30, n. 1, p. 221-232, 2006.

¹¹ “This is a magnificent goal for a Constitution: to heal the wounds of the past and guide us to a better future. For me, this is the core idea of transformative constitutionalism: that we must change”. LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch Law Review*, n. 3, p. 351-360, 2006; KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

¹² GAGNON, Éric. Sur la fonction anthropologique du droit. *Anthropologie et Sociétés*, v. 30, n. 1, p. 221-232, 2006.

¹³ NASH ROJAS, Claudio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales. *Estudios Constitucionales*, Año 9, n. 1, p. 65 – 118, 2011.

¹⁴ MUÑOZ-POGOSSIAN, Betilde. Desigualdad y exclusión en las Américas: avances y desafíos de la agenda de equidad. In: MUÑOZ-POGOSSIAN, Betilde; BARRANTES, Alexandra. *Equidad e inclusión social: superando desigualdades hacia sociedades más inclusivas*. Washington, DC: OEA, 2016.

¹⁵ MORALES CHUCO, Elaine. Marginación y exclusión social. El caso de los jóvenes en el Consejo Popular Colón de la ciudad de La Habana. In: *PROCESOS de urbanización de la pobreza y nuevas formas de exclusión social: los retos de las políticas sociales de las ciudades latinoamericanas del siglo XXI*. Bogotá: Clacso, 2008. p. 371-394.

¹⁶ DUPEYROUX, Jean-Jacques. Liberté, équité, fraternité. *Libération*, 1997. Disponible en: https://www.liberation.fr/france/1997/08/06/pour-ne-pas-mettre-en-peril-l-architecture-de-la-societe-l-idee-de-redistribuer-des-depenses-sociale_213657/ Acceso en: 25 mar. 2021.

cimiento económico¹⁷. Por ello es que surgen preguntas como ¿Cuál es el concepto de desarrollo? O bien, ¿Puede haber desarrollo sin respeto irrestricto a los derechos sociales, *lato sensu*?

Un dato clave es que estas comunidades, a pesar de declarar en sus textos constitucionales los valores antes mencionados, no pueden o no quieren concretizarlos en la experiencia de vida cotidiana de cada uno de los miembros de su comunidad¹⁸. En nuestra opinión, este es el caso de América Latina en general, y en forma particular, de Chile.

¿Cuál es la experiencia de exclusión que se revela en el caso de la amplia población marginada? El no acceso al goce pleno y efectivo de los derechos sociales, *lato sensu*. Por ello, desde nuestra perspectiva, un constitucionalismo contemporáneo, respetuoso del amplio plexo de todos los derechos humanos fundamentales, incluidos, por cierto, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, en un pie de igualdad, es una de las vías idóneas para lograr construir una comunidad cohesionada, inclusiva, incluyente e igualitaria¹⁹.

Para ello, los derechos sociales, *lato sensu*, deben convertirse en una experiencia cultural, los miembros de la comunidad deben vivenciarlos en su vida diaria, cotidiana²⁰. Esto es, el hecho que estos derechos queden reconocidos en la Constitución es un aspecto necesario pero no suficiente, además se requiere que haya una experiencia concreta y real de los mismos en la práctica legislativa, administrativa y jurisdiccional del Estado²¹. En efecto, el ejemplo de la Corte Suprema de la India es paradigmático, cuando se ve enfrentada a responder ante el caso de la despenalización de todas las relaciones sexuales entre adultos, incluidas las relaciones homosexuales.

The expression ‘transformative constitutionalism’ can be best understood by embracing a pragmatic lens which will help in recognizing the realities of the current day. Transformation as a singular term is diametrically opposed to something which is static and stagnant, rather it signifies change, alteration and the ability to metamorphose. Thus, the concept of transformative constitutionalism, which is an actuality with regard to all Constitutions and particularly so with regard to the Indian Constitution, is, as a matter of fact, the ability of the Constitution to adapt and transform with the changing needs of the times. It is this ability of a Constitution to transform which gives it the character of a living and organic document²².

El formalismo del derecho constitucional no es más suficiente. La Corte Suprema de la India indica claramente que

la Constitución es un gran texto que apunta a transformar la sociedad en una democracia igualitaria y moderna y sus disposiciones pueden ser comprendidas sólo mediante un enfoque amplio desde las ciencias sociales, y no mediante un legalismo pedante y tradicional²³.

Las necesidades de la sociedad actual requieren transitar hacia un verdadero derecho material, donde los derechos humanos tengan reconocida prevalencia en el orden jurídico²⁴.

Los distintos elementos, que hemos venido mencionando, que conforman este paradigma constitucional

¹⁷ OCAMPOS, José Antonio; GÓMEZ-ARTEAGA, Natalie. Los sistemas de protección social, la redistribución y el crecimiento en América Latina. *Revista de la Cepal*, n. 122, p. 7-33, 2017.

¹⁸ ARAGÓN RIVERA, Álvaro. Ciudadanía y derechos sociales: las dificultades de la ciudadanía social. *Andamios*, v. 19, n. 18, p. 141-159, 2012.

¹⁹ RAMBAUD, Thierry. Les droits sociaux comme droits fondamentaux. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 66, n. 2, p. 605-623, 2014; DONZELOT, Jacques. Refonder la cohésion sociale. *Esprit*, n. 12, p. 5-23, 2006.

²⁰ MOONS, Nico; HUBEAU, Bernard. Conceptual and practical concerns for the effectiveness of the right to housing. *Oñati Socio-legal Series*, v. 6, n. 3, 2016. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2734717> Acceso en: 25 mar. 2021.

²¹ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo *et al.* *El control de convencionalidad: Ius Constitutionale Commune y diálogo judicial multinivel Latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

²² SUPREME COURT OF INDIA. *Navej Singh Johar vs Union of India*. WP (Crl.) 76/2016, on 6 September 2018.

²³ SUPREME COURT OF INDIA. *Navej Singh Johar vs Union of India*. WP (Crl.) 76/2016, on 6 September 2018.

²⁴ Esta situación no es desconocida en América Latina. Un buen ejemplo, puede ser el caso colombiano. MARTÍNEZ HINCAPIÉ, Hernán; CARÍN CASTILLO, Juan Carlos. Protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el ordenamiento jurídico colombiano: el papel de los jueces. *Justicia Juris*, v. 11, n. 1, p. 13-25, 2015.

permiten sentar las bases del buen vivir como principio social funcional y estructural de la comunidad. En efecto, los derechos sociales experimentados en la cotidianidad, en la vida diaria; más una cultura político-jurídica de la solidaridad, de la mancomunidad de valores; más la comprensión de que todo está conectado en la vida, esto es, el destino de uno está unido al destino de los demás; y, unido ello a la convicción de que el destino del individuo o del grupo está conectado con el destino del planeta²⁵, en definitiva, con la sobrevivencia de la naturaleza; todo ello, pone los cimientos para instalar el buen vivir o el vivir bien en el seno de la comunidad estatal²⁶.

Este nuevo paradigma constitucional debe ser reivindicado porque es un verdadero paradigma que encuentra su asiento en América Latina, además de otras regiones, plenas de conocimiento cultural ancestral²⁷.

En consecuencia, un constitucionalismo que incorpore en el dispositivo constitucional, pero además en la práctica misma de la actividad legislativa, ejecutiva y jurisdiccional el pleno goce de los derechos sociales *lato sensu*, pavimenta el camino para un proceso de cambio social, a saber, una transición desde una comunidad cuyo tejido social está desintegrado, desde una comunidad atomizada, excluyente, segmentada, hacia una comunidad integrada, cohesionada, inclusiva, donde nadie queda atrás²⁸. Esta idea es común y compartida por la mayoría de los Estados en el mundo. En este sentido, cabe recordar que en la Declaración relativa a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, la Asamblea General (AG) de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) señaló que

[a] emprender juntos este gran viaje, prometemos que nadie se quedará atrás. Reconocemos que la dignidad de la persona humana es fundamental, por lo que deseamos ver cumplidos los Objetivos y las metas para todas las naciones y los pueblos y para todos los sectores de la sociedad, y nos esforzaremos por llegar primero a los más rezagados²⁹.

Este tipo de constitucionalismo podría denominarse transformador, y es uno por el que claman las voces de los excluidos y marginados, pueblos indígenas, mujeres, LGBTI+, niños, discapacitados, personas mayores, etc. en América Latina, y, en particular, en Chile³⁰.

²⁵ MARTÍNEZ, Esperanza; ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. *Revista Direito & Praxis*, v. 8, n. 4, p. 2927-2961, 2017.

²⁶ GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza: ética biocéntrica y políticas ambientales*. Santiago: Quimantú, 2019; RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Los derechos humanos en el Antropoceno: nuevas prácticas y narrativas sobre derechos humanos y medio ambiente desde el Sur Global. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). *Por un medio ambiente sano que promueva los derechos humanos en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2017. p. 11-18.

²⁷ KEEVY, Ilze. Ubuntu versus the Core Values of the South African Constitution. *Journal for Juridical Science*, v. 34, n. 2, p. 19-58, 2009; FIGUERA VARGAS, Sorily; CUJILEMA QUINCHUELA, Katherine. El Sumak Kawsay desde la perspectiva del sistema jurídico ecuatoriano. *Justicia*, n. 33, p. 51-70, 2018.

²⁸ “The Agenda pledges that no one will be left behind and that the goals and targets are to be met ‘for all peoples and for all segments of society’ and that efforts will be made ‘to reach the furthest behind first’.” UNITED NATIONS. *Leaving no one behind: equality and non-discrimination at the heart of sustainable development*. New York: United Nation, 2017.

²⁹ NACIONES UNIDAS. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015*. Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Doc. N.U. A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf Acceso en: 25 mar. 2021.

³⁰ “Es necesario empoderar a las personas vulnerables. Por ello, esta Agenda refleja las necesidades de todos los niños, los jóvenes, las personas con discapacidad (más del 80% de las cuales viven en la pobreza), las personas que viven con el VIH/SIDA, las personas de edad, los pueblos indígenas, los refugiados y los desplazados internos y los migrantes, entre otros. Estamos resueltos a emprender más acciones y medidas eficaces, de conformidad con el derecho internacional, para eliminar obstáculos y restricciones, fortalecer el apoyo a las personas que viven en zonas afectadas por emergencias humanitarias complejas y en zonas afectadas por el terrorismo y atender sus necesidades especiales.” NACIONES UNIDAS. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015*. Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Doc. N.U. A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf Acceso en: 25 mar. 2021; “Para que los programas de protección social contribuyan al proceso de transformación consagrado en el marco de las obligaciones en materia de derechos humanos, deben establecer el ámbito para una participación efectiva y significativa de la población. Desde un enfoque de derechos humanos, la participación no es simplemente conveniente desde el punto de vista de la titularidad y la sostenibilidad del programa, sino que un derecho en sí mismo: el derecho a participar en los asuntos públicos.” SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. *El enfoque de derechos en la protección social en América Latina*. 2013. Disponible en: <https://dds.cepal.org/proteccionsocial/sistemas-de-proteccion-social/2013-12-seminario-politicas-publicas-igualdad/docs/Seminario-Magdalena-Sepulveda-2013.pdf>

¿Por qué es transformador? La realización efectiva de los derechos sociales *lato sensu*, no sólo altera las claves de las relaciones sociales sino también las claves de la convivencia social. Una convivencia más justa y equitativa, en todos los sentidos posibles de los proyectos de vida de cada individuo y cada pueblo componente de la comunidad estatal³¹.

Estas obligaciones jurídicas derivadas de un sistema constitucional transformador implican obligaciones no tan solo para los distintos órganos y agentes del Estado sino también, con igual intensidad, para los particulares³². En este sentido, este constitucionalismo transformador, que es un verdadero régimen constitucional de los derechos humanos, también dirige sus deberes y controles a los particulares³³. Por ello, adquieren importancia bajo este prisma, en la práctica constitucional legislativa, administrativa y jurisdiccional, todo el amplio plexo de normas y principios en materia de derechos humanos, relacionados con las empresas, actores de la sociedad civil fundamentales para contribuir a instaurar un verdadero régimen de derechos humanos dentro del Estado³⁴.

2.2 Derechos sociales

América Latina es la región más desigual del mundo. El ejemplo al interior de la sociedad chilena deja en evidencia la rotunda realidad de esta afirmación. Esta desigualdad se encuentra a la base de la disconformidad social, la cual se expresa, en ocasiones, en revueltas sociales. Estas revueltas, en puridad, son el reflejo del ejercicio del derecho a la expresión, a la manifestación, a la reunión, a la protesta social³⁵. Por cierto, las derivas violentas, tanto de parte de manifestantes como de los agentes de policía, no entran en estas consideraciones.

Una lectura posible de estas revueltas es que ellas se producen porque dentro del Estado impera un constitucionalismo liberal formalista, con una visión formal de la democracia, meramente electoral, pero sin participación ciudadana en los procesos cotidianos de toma de decisiones, sobre todo, aquellas que afectan el dominio social o ambiental, y con pocos derechos sociales reconocidos, o bien mal reconocidos o bien, reconocidos pero no amparados por la tutela judicial efectiva³⁶. En este último sentido, un derecho humano fundamental que no cuenta con una acción protectora para la tutela judicial, es un no derecho, se desarticula y desvirtúa su carácter mismo de derecho³⁷.

En este contexto aparecen las clásicas posturas que califican a los DESCAs como de tercera generación,

Acceso en: 25 mar. 2021.

³¹ SÁNCHEZ CASCADO, Paloma de la Nuez. El daño al proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del pensamiento político de J. Shklar. *Andamios*, v. 17, n. 42, p. 147-166, 2020.

³² ASÚNSOLO-MORALES, Carlos R. Los derechos humanos como límites al poder público y privado: otra vía de fundamentación. *Dixi*, v. 17, n. 22, p. 95-106, 2015.

³³ MELLO, Patricia. Constitucionalismo, transformação 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; LOPES OLSEN, Ana Carolina. O constitucionalismo transformador como instrumento de enfrentamento do racismo estrutural: o papel do STF. *SUPREMA: Revista de Estudos Constitucionais*, v. 1, n. 1, p. 82-118, 2021.

³⁴ CHIRWA, Danwood; AMODU, Nojeem. Economic, social and cultural rights, sustainable development goals, and duties of corporations: rejecting the false dichotomies. *Business and Human Rights Journal*, v. 6, n. 1, p. 21-41, 2021; RASCHE, Andreas; WADDOCK, Sandra. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: implications for corporate social responsibility research. *Business and Human Rights Journal*, p. 1-14, 2021; NOLAN, Justine; TAYLOR, Luke. Corporate Responsibility for economic, social and cultural rights: rights in search of a remedy? *Journal of Business Ethics*, n. 87, p. 433-451, 2009.

³⁵ CASTRO RIAÑO, Luis. La protesta social en América Latina. *Revista Rumbos TS. Un Espacio Crítico Para La Reflexión En Ciencias Sociales*, n. 23, p. 159-184, 2020.

³⁶ KRENNERICH, Michael; GÓNGORA MERA, Manuel. *Los derechos sociales en América Latina: desafíos en justicia, política y economía*. Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 2006. Disponible en: <https://d-nb.info/991073835/34> Acceso en: 25 mar. 2021; CALDERÓN, Fernando. *La protesta social en América Latina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

³⁷ HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel. La justiciabilidad de los derechos sociales. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, v. 1, n. 1, p. 78-92, 2011; ESPINO TAPIA, Diana. Derechos sociales y justiciabilidad en la Teoría constitucional de inicios del Siglo XXI. *Cuestiones Constitucionales*, v. 36, p. 79-108, 2017.

que son derechos programáticos o incluso peor, que son sólo aspiraciones de la sociedad. Nosotros quisiéramos más bien situar la discusión a propósito de los recursos disponibles en el tipo de obligaciones que emanan de los DESCAs. En este sentido, queremos mencionar que de los DESCAs emanan tanto obligaciones mediatas, de medio o comportamiento como inmediatas o de resultado. Asimismo, nos gustaría agregar que de todos los derechos humanos, no solo de los DESCAs, emanan obligaciones positivas³⁸. Estas obligaciones inmediatas deben cumplirse por el Estado con independencia de los recursos disponibles³⁹.

Las obligaciones inmediatas en materia de DESCAs son las siguientes:

2.2.1 Eliminación de la discriminación en materia de DESCAs

Los Estados tienen la obligación de resultado de garantizar a todas las personas, con mayor razón a los niños, niñas y adolescentes (NNA), el goce de los DESCAs, en condiciones de igualdad material y suprimir y sancionar la discriminación en respecto del disfrute de estos derechos⁴⁰.

2.2.2 DESCAs no sujetos a realización progresiva

Existen DESCAs, o bien, aspectos de estos derechos, que no se encuentran sujetos a la realización progresiva de los mismos, tales como el nivel mínimo de acceso al agua potable o el derecho de vivir libre del hambre y el deber del Estado de erradicar la hambruna.

2.2.3 Obligación de dar pasos deliberados para avanzar

El Estado tiene la obligación inmediata de adoptar medidas concretas y deliberadas con el objetivo de ir mejorando en forma sustancial el goce de los DESCAs, obligación que es particularmente intensa respecto de los NNA.

2.2.4 Medidas de no regresividad

La prohibición general de adoptar medidas regresivas en el contexto de los DESCAs, la cual se ve intensificada en el caso de los NNA, es una obligación de resultado o inmediata para el Estado. Por regla general, los Estados no pueden adoptar medidas regresivas en materia de DESCAs, salvo situaciones excepcionálísimas que deben ser debidamente demostradas por estos mismos. Naturalmente, si este es el caso, estas medidas están sujetas al control de constitucionalidad y convencionalidad, de conformidad con los parámetros de adecuación, necesidad, racionalidad y proporcionalidad.

³⁸ KILKELLY, Ursula. Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 61, n. 3, p. 245-261, 2010.

³⁹ ALSTON, Philip; QUINN, Gerard. The nature and scope of state parties' obligations under International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 9, p. 156-229, 1987; CHAPMAN, Audrey R. A 'violation approach' for monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 18, p. 23-66, 1996.

⁴⁰ OTTO, Dianne; WISEMAN, David. In search of 'Effective Remedies': applying the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights to Australia. *Australian Journal of Human Rights*, v. 7, n. 1, p. 5-46, 2001.

2.2.5 Núcleo mínimo de sus obligaciones⁴¹

Los Estados deben respetar, proteger y garantizar un nivel mínimo de protección social. Este es el estándar mínimo en materia de DESCAs que, por lo general, emana del derecho internacional de los derechos humanos.

Teniendo en cuenta estos parámetros mínimos, los derechos sociales *lato sensu* poseen un potencial transformador, de tal manera que ayudan a perfilar un tipo de sociedad más igualitaria, lo que es lo mismo que decir, ayudan a perfilar un tipo de sociedad más justa.

En este sentido, las enseñanzas provenientes del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en materia de derechos sociales, *lato sensu*, aparecen como relevantes no tan sólo en los procesos de revisión o cambio constitucional, sino sobre todo, para la práctica legislativa, administrativa y jurisdiccional del Estado. Dicho de otro modo, en los procesos de cambio constitucional que apuntan a sentar las bases de una transformación social, en las formas de relacionarse los distintos miembros de la comunidad, la jurisprudencia derivada del sistema interamericano de derechos humanos puede jugar un rol decisivo y nutrir los debates constitucionales.

3 La oportunidad de definir nuevas bases de cohesión social en Chile

¿Qué significa cohesión? Nosotros asumimos la conceptualización que realiza las Naciones Unidas de la cohesión social, en el sentido de señalar que una sociedad socialmente cohesionada es “aquella donde todos los grupos tienen un sentido de pertenencia, participación, inclusión, reconocimiento y legitimidad”⁴². En este sentido, la participación y la inclusión son fuente y fundamento de la legitimidad, sobre todo en comunidades multiculturales⁴³.

Inspirándose de lo que ha señalado la Scanlon Foundation, los pilares de la cohesión social dentro de una comunidad y algunos de sus descriptores, serían los siguientes⁴⁴:

1. Pertenencia: valores compartidos, identificación con la comunidad, confianza.
2. Justicia social y equidad: políticas nacionales que apunten a disminuir la desigualdad y la exclusión.
3. Participación: trabajo asociativo, involucramiento político y cooperación.
4. Aceptación y rechazo, legitimidad: experiencias en materia de discriminación, actitud hacia las minorías o diversidad étnica y hacia los nuevos llegados a la comunidad.

⁴¹ SSENIONJO, Minisuli. Reflections on State Obligations with respect to economic, social and cultural rights in International Human Rights Law. *The International Journal of Human Rights*, v. 15, n. 6, p. 969-1012, 2011; SHIELDS, Kirsteen. *The minimum core obligations of economic, social, and cultural rights: the rights to health and education*. Washington: World Bank, 2017. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29145/122560-WP-Shieldsedited-PUBLIC.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acceso en: 25 mar. 2021.

⁴² UNITED NATIONS. *Social inclusion*. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/socialperspectiveondevelopment/issues/social-integration.html> Acceso en: 25 mar. 2021.

⁴³ “Gli istituti e i meccanismi di implementazione dell’interculturalità che abbiamo visto essere presenti nelle Costituzioni di Bolivia ed Ecuador vanno nel senso di creare procedimenti amministrativi e di policy-making aperti alla partecipazione attiva di tutte le componenti della società, e organi composti da esponenti delle diverse nazionalità che costituiscono la Nazione in senso ampio. Sono cioè finalizzati a creare quei luoghi paritari di reciproca conoscenza, comprensione, interscambio, che costituiscono il vero cuore della proposta controegemonica del nuovo costituzionalismo latino-americano”. BAGNI, Silvia. Il ruolo delle Corti costituzionali tra pluralismo giuridico, plurinazionalità e interculturalità. In: TONIATTI, Roberto. *Pluralismo nel diritto costituzionale comparato*. Blog: Trento, 2020. p. 1-18.

⁴⁴ TRIGGS, Gillian. *Social cohesion in a multicultural Australia: the importance of human rights*. 2014. Disponible en: <https://human-rights.gov.au/about/news/speeches/social-cohesion-multicultural-australia-importance-human-rights> Acceso en: 25 mar. 2021; SCALON FOUNDATION. *Social Cohesion Pillars*. Disponible en: <https://scanlonfoundation.org.au/social-cohesion-pillars/> Acceso en: 25 mar. 2021.

5. Dignidad: Expectativas de vida, autorealización y felicidad, proyecto de vida y expectativas futuras.

¿Cuál es su importancia para Chile? Estos elementos resultan útiles para definir el parámetro de valores que debería apuntar a establecer el nuevo marco constitucional chileno.

A partir de lo anterior, proponemos una cohesión social que se construye sobre a base de un reconocimiento creciente de todos los derechos sociales, exigibles y justiciables.

¿Sirven las enseñanzas derivadas de la jurisprudencia de la Corte IDH para el momento constituyente por el que está atravesando Chile? Nuestra visión es que sirven muchísimo. En primer lugar, porque Chile forma parte del sistema interamericano de protección de los derechos humanos y ha reconocido expresa y voluntariamente la jurisdicción de la Corte IDH. En segundo lugar, porque Chile cuenta con un sistema constitucional abierto al derecho internacional, especialmente en materia de derechos humanos, lo cual se manifiesta en la denominada cláusula de apertura del artículo 5 inciso 2° de la Constitución. Y, Finalmente, porque es obligación de todos los órganos del Estado, especialmente, de la administración de justicia, realizar un control de convencionalidad, que abarque la norma convencional así como la interpretación autorizada, apuntando a garantizar el cumplimiento del estándar mínimo en derechos humanos proveniente del *corpus iuris* internacional. Naturalmente, el juez nacional, que, por esta vía se transforma en juez común de derechos humanos, puede, en virtud del principio *pro homine*, proponer, una mejor solución, más beneficiosa o menos restrictiva, que el estándar mínimo internacional⁴⁵.

En consecuencia, por todas las razones antes mencionadas, la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de derechos sociales *lato sensu* puede contribuir decisivamente a generar un cambio social, con justicia social. Si aceptamos que los derechos humanos reconocidos, explícita o implícitamente, en la Constitución y en el Derecho Internacional constituyen un bloque protector de derechos humanos, y entendemos que los derechos humanos prevalecen en el orden jurídico, entonces, los razonamientos y argumentaciones proporcionadas por los órganos internacionales autorizados para aplicarlos e interpretarlos pasan a adquirir una importancia fundamental como hoja de ruta que debe guiar la actuación de la Convención Constitucional en Chile. En efecto, se puede sostener que los derechos sociales *lato sensu*, reconocidos por la jurisprudencia del sistema interamericano de protección, configura un orden constitucional interamericano fundado sobre los derechos humanos⁴⁶. Una Constitución que incorpore los estándares mínimos internacionales puede transformar decisivamente la sociedad chilena, eliminando las exclusiones, suprimiendo las discriminaciones, protegiendo a los vulnerables y reconociendo la diversidad. De esta manera, favorecería la transición hacia una comunidad cohesionada, lo que sería la mejor garantía de estabilidad y progreso. De acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo la cohesión social es un prerrequisito para el desarrollo sostenible. Asimismo, se sostiene que construir la cohesión social fortalece la resiliencia de los Estados y las sociedades de tal manera que ellas pueden cambiar y adaptarse a los desafíos del siglo XXI⁴⁷.

Nuestra visión es que la mejor manera de asegurar la cohesión social es garantizando el goce pleno de los derechos sociales en sentido lato. La cohesión social se logra a través de los derechos sociales⁴⁸.

Todas las definiciones de la Corte IDH en materia de derechos sociales son pertinentes para el proceso

⁴⁵ A este respecto, vid. el ejemplo europeo. RIDEAU, Joël. La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la communauté européenne et ses États membres. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, v. 7, p. 11-64, 1991; Sobre el principio *pro homine*: “En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, sentencia de 24 de febrero de 2012.

⁴⁶ RAUX, Cédric. Communauté de droit et pluralisme. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, v. 55, n. 2, p. 137-187, 2005.

⁴⁷ UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Strengthening social cohesion: conceptual framing and programming implications*. New York: UNDP, 2020.

⁴⁸ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Derechos sociales en Chile: la oportunidad de la cohesión social. *Revista do Direito da UNISC*, v. 2, n. 46, p. 159-183, 2015.

constituyente chileno ya que ellas aportan ideas para la configuración de la nueva Constitución.

Primero, desde un punto de vista más procedimental, el reconocimiento de la justiciabilidad de los derechos sociales, en particular, del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), ya es un aporte para el proceso de construcción constitucional chileno⁴⁹. En efecto, el reconocimiento de la justiciabilidad de los derechos sociales a nivel interamericano es un incentivo al reconocimiento de la justiciabilidad de los mismos a nivel nacional⁵⁰.

Este es uno de los temas más debatidos hasta el presente y existen grupos, de todos los sectores, que aun niegan, en todo o en parte, el carácter justiciable de los derechos sociales⁵¹.

La propia trayectoria de la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de Chile, ha demostrado, que el país ha estado en una crisis de identidad social, *lato sensu*, que requiere urgentemente recuperar los mínimos sociales, o un mínimo de protección social⁵².

En materia de jurisdicción contenciosa, el caso *Claude Reyes y otros vs Chile* de 2006 es emblemático. Este es un caso que nos sumerge en el contexto del acceso a la información ambiental y revela la ausencia, prácticamente total, en el país, de estándares en esta materia, a la época en que ocurrieron los hechos de la causa.

Una de las primeras enseñanzas que marcaron Chile, con ocasión de este caso, es, precisamente, de transformación constitucional. Una vez que se había iniciado este proceso, y durante el curso del mismo, el Estado asume el estándar mínimo y que debe consagrarse el derecho al acceso a la información, vinculado estrechamente con el derecho a la libertad de expresión. Así, la Corte IDH reconoce que

con posterioridad a los hechos de este caso, Chile ha realizado importantes avances en materia de consagración normativa del derecho de acceso a la información bajo el control del Estado, que incluyen entre otros una reforma constitucional, y que actualmente se encuentra en trámite un proyecto de ley sobre dicho derecho⁵³.

Además, el caso *Claude Reyes* aporta al desarrollo constitucional, en el sentido de que el acceso a la información es fundamental para que exista una plena sociedad democrática y, fundamentalmente, se pueda desarrollar el ejercicio del control social democrático de la función pública. Los jueces interamericanos

han hecho referencia a la estrecha relación existente entre democracia y libertad de expresión, al establecer

⁴⁹ “Así, resulta claro interpretar que la Convención Americana incorporó en su catálogo de derechos protegidos los denominados derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), a través de una derivación de las normas reconocidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), así como de las normas de interpretación dispuestas en el propio artículo 29 de la Convención; particularmente, que impide limitar o excluir el goce de los derechos establecidos en la Declaración Americana e inclusive los reconocidos en materia interna. Asimismo, de conformidad con una interpretación sistemática, teleológica y evolutiva, la Corte ha recurrido al corpus iuris internacional y nacional en la materia para dar contenido específico al alcance de los derechos tutelados por la Convención, a fin de derivar el alcance de las obligaciones específicas de cada derecho”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018.

⁵⁰ La primera vez que la Corte IDH reconoció la justiciabilidad del artículo 26 de la CADH fue respecto de un asunto donde estaba involucrado el derecho al trabajo y particularmente, la estabilidad en el empleo. Este es un derecho fundamental que debe ser justiciable en el orden jurídico interno. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 340, sentencia de 31 de agosto de 2017.

⁵¹ MARTÍNEZ, José Ignacio; COVARRUBIAS, Ignacio. Demandas sociales y debate constitucional. *El Líbero*, 2019. Disponible en: <https://ellibero.cl/opinion/jose-ignacio-martinez-e-ignacio-covarrubias-demandas-sociales-y-debate-constitucional/> Acceso en: 25 mar. 2021; “Entre los poderes públicos concernidos directa y especialmente por las “cláusulas económicas y sociales” están el gobierno y la administración del Estado, dedicados constitucionalmente al desarrollo; ya que de su actividad depende el montaje efectivo de una Estado social o benefactor, y sólo esta forma de Estado con roles determinados en la economía y sociedad civil puede conjurar los peligros de activismo y judicialización de las políticas públicas cuando son justiciables los derechos sociales, y la eventual quiebra del sistema de derechos”. ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Constitución y cláusulas económicas y sociales. Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales. *Cuestiones Constitucionales*, n. 21, p. 319-345, 2009.

⁵² AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Derechos sociales en Chile: la oportunidad de la cohesión social. *Revista do Direito da UNISC*, v. 2, n. 46, p. 159-183, 2015.

⁵³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 151, sentencia de 19 de septiembre de 2006.

que [...] la libertad de expresión es un elemento fundamental sobre el cual se basa la existencia de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también *conditio sine qua non* para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre⁵⁴.

Por último, otra enseñanza que proporcionó este caso tiene relación con el medio ambiente. El acceso a la información en materia de protección del medio ambiente es fundamental para la protección de lo que nosotros, en términos concordantes con Naciones Unidas, llamaríamos el derecho a disfrutar de un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible. En este sentido, la Corte IDH afirma las fuentes del acceso a la información, *inter alia*, en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo y en la “Convención sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en asuntos ambientales”, de 1998, adoptada en el marco de la Conferencia Ministerial “Medio Ambiente para Europa”, celebrada en Aarhus, Dinamarca⁵⁵. Lo que mejor refleja la enseñanza que aportó este caso en el vértice acceso a la información ambiental, control democrático y protección del medio ambiente, corresponde al siguiente párrafo:

[...] es necesario destacar que al solicitar la información al Comité de Inversiones Extranjeras el señor Marcel Claude Reyes se “propuso evaluar los factores comerciales, económicos y sociales del proyecto [Río Cónдор], medir el impacto sobre el medio ambiente [...] y activar el control social respecto de la gestión de órganos del Estado que tienen o han tenido injerencia” en el desarrollo de dicho proyecto “de explotación del Río Cónдор”. Asimismo, el señor Arturo Longton Guerrero expresó que acudió a pedir la información “preocupado por la posible tala indiscriminada de bosque nativo en el extremo sur de Chile” y que “[l]a denegación de información pública, significó [...] un impedimento a [su] tarea de fiscalizador”. Al no recibir la información solicitada, ni una contestación motivada sobre las restricciones a su derecho al acceso a la información bajo el control del Estado, los señores Claude Reyes y Longton Guerrero vieron afectada la posibilidad de realizar un control social de la gestión pública⁵⁶.

En segundo lugar, otro caso que puede convertirse en un aporte relevante para el proceso de cambio constitucional es el *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, de 2012. En este caso, la Corte IDH puso a los órganos del Estado y a la sociedad toda ante el espejo de la discriminación por razones de orientación sexual. En un caso paradigmático, la jueza Karen Atala ve perdido el cuidado personal de sus hijas como consecuencia de haberse declarado abiertamente lesbiana. Sin duda, esta jurisprudencia puede contribuir a cambiar Chile, si la nueva Constitución fija un parámetro de convivencia inspirado del estándar mínimo interamericano, y no sólo en el contexto específico de la orientación sexual sino en todo el espectro LGBTI+, el cual constituye un grupo que merece especial atención del Estado.

Una enseñanza importante derivada de este caso es que Chile ya sabe que el estándar mínimo es que no se puede discriminar por razones de orientación sexual. Por esta razón, la Corte IDH afirma que

la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona”. Y, de hecho, agrega que “ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir,

⁵⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 151, sentencia de 19 de septiembre de 2006.; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 111, sentencia de 31 de agosto de 2004.; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 107, sentencia de 2 de julio de 2004.; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La colegiación obligatoria de periodistas* (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 Serie A No. 5, de 13 de noviembre de 1985.

⁵⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 151, sentencia de 19 de septiembre de 2006.

⁵⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 151, sentencia de 19 de septiembre de 2006.

de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual⁵⁷.

También afirmó que tampoco se puede realizar la misma discriminación con un impacto al interior de las relaciones de convivencia familiar.

Además, otro importante aporte de la jurisprudencia interamericana, para tener en cuenta en este proceso constituyente, es que no se puede utilizar el interés superior del niño como un comodín, ni, mucho menos, con fines discriminatorios. Así,

la Corte Interamericana observa que al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera de ellos. De este modo, el juzgador no puede tomar en consideración esta condición social como elemento para decidir sobre una tuición o custodia⁵⁸.

En tercer lugar, el caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile* de 2014 ha sido paradigmático en cuanto a proporcionar al Estado estándares mínimos en relación con los derechos de los pueblos indígenas vinculados al acceso a la justicia y en contextos de reivindicación de derechos y conflicto social. Dicho de otro modo, si bien es un caso enfocado en el acceso a la justicia, también se pueden extraer enseñanzas en materia de prohibición de la discriminación por el origen étnico en casos de pueblos indígenas, es decir, enseñanzas que apunte a eliminar la exclusión social, la marginación colectiva y el racismo. En efecto, la Corte IDH entiende que

[l]a situación actual de los indígenas en Chile es el producto de una larga historia de marginación, discriminación y exclusión, vinculada principalmente a diversas formas opresivas de explotación y despojo de sus tierras y recursos que se remontan al siglo XVI y que llega hasta nuestros días⁵⁹.

En una gran medida, el trasfondo del caso es el conflicto por las reivindicaciones de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas, y su visión del mundo y su especial relación con la tierra, territorios y recursos naturales⁶⁰. A esto se suma, los riesgos de criminalización y otros que corren en Chile –y en América Latina en general– los defensores de derechos humanos, y, entre estos, los defensores del medio ambiente⁶¹.

Asimismo, este caso deja entrever las faltas de respeto y humillaciones a las autoridades tradicionales indígenas y a sus propios sistemas de auto-organización y cosmogonía indígena. A este respecto, los jueces interamericanos han reconocido que

[l]a dirigencia de las comunidades mapuche la ejercen los “Lonkos” y los “Werkén”, autoridades tradicionales electas para representar a una o múltiples comunidades. Los Lonkos son los líderes

⁵⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, sentencia de 24 de febrero de 2012.

⁵⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, sentencia de 24 de febrero de 2012.

⁵⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Norín Catrimán y otros* (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 279, sentencia de 29 de mayo de 2014.

⁶⁰ “A inicios de la década de los 2000, época en que ocurrieron los hechos por los cuales fueron condenadas penalmente las presuntas víctimas de este caso, existía en el sur de Chile (Regiones VIII, IX y X), fundamentalmente en la IX Región (de la Araucanía), una situación social de numerosos reclamos, manifestaciones y protestas sociales por parte de miembros del Pueblo indígena Mapuche, líderes y organizaciones del mismo, con el fin de que fueran atendidas y solucionadas sus reivindicaciones, fundamentalmente referidas a la recuperación de sus territorios ancestrales y al respeto del uso y goce de dichas tierras y sus recursos naturales”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Norín Catrimán y otros* (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 279, sentencia de 29 de mayo de 2014.

⁶¹ En este sentido, el Acuerdo de Escazú es el primer instrumento jurídico internacional vinculante que establece obligaciones para los Estados tendientes a proteger a los defensores ambientales. NACIONES UNIDAS. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. Costa Rica, 4 de marzo de 2018. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf Acceso en: 25 mar. 2021.

principales de sus respectivas comunidades tanto en materia de gobierno como en aspectos espirituales, son considerados depositarios de la sabiduría ancestral y encabezan los procesos de toma de decisiones así como también presiden importantes ceremonias religiosas. Los Werkén, cuyo nombre significa “mensajero”, asisten a los Lonkos y cumplen un rol complementario de liderazgo, son portavoces de diversos temas como los políticos y culturales ante otras comunidades mapuche y ante la sociedad no mapuche. Las presuntas víctimas Aniceto Norín Catrimán y Pascual Pichún eran Lonkos y la presunta víctima Víctor Ancalaf era Werkén⁶².

Este caso da cuenta de la encrucijada que debe resolver la nueva Constitución en Chile, en el sentido de determinar cuál es el modelo de desarrollo que la comunidad política desea darse para ellos y para las generaciones futuras, conforme al principio de justicia intergeneracional. En este sentido, la Corte IDH ha señalado claramente que

[e]l derecho humano a un medio ambiente sano se ha entendido como un derecho con connotaciones tanto individuales como colectivas. En su dimensión colectiva, el derecho a un medio ambiente sano constituye un interés universal, que se debe tanto a las generaciones presentes y futuras. Ahora bien, el derecho al medio ambiente sano también tiene una dimensión individual, en la medida en que su vulneración puede tener repercusiones directas o indirectas sobre las personas debido a su conexidad con otros derechos, tales como el derecho a la salud, la integridad personal o la vida, entre otros⁶³. La degradación del medio ambiente puede causar daños irreparables en los seres humanos, por lo cual un medio ambiente sano es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad⁶⁴.

En esta línea, el caso Norín Catrimán cuestiona y pone en el centro del debate el modelo de desarrollo extractivista, basado en la explotación intensiva de los recursos naturales sin consideración de la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental⁶⁵. En efecto, la Corte IDH ha señalado lo siguiente:

La protesta social en la zona se vio incrementada por el impacto de que, desde finales del siglo XX, se permitiera una mayor explotación por empresas forestales y la construcción de proyectos de desarrollo en parte de las tierras que las comunidades mapuche consideran que constituyen sus territorios tradicionales. Ello trajo como consecuencia que “[l]as cada vez más reducidas tierras comunales se [...] enc[uentren] aisladas dentro de propiedades de particulares, [afectando el] acceso a los bosques que son el tradicional medio de subsistencia de los mapuche”. Además, la construcción de “grandes proyectos de desarrollo” en la primera década del siglo XXI, como centrales hidroeléctricas y carreteras, generó una serie de “conflictos sociales en torno a los efectos sobre los derechos humanos de los indígenas”. La construcción de la central hidroeléctrica Ralco en la Provincia de Bío Bío, VIII Región, tuvo particular impacto y oposición de las comunidades indígenas por las miles de hectáreas de tierra que serían inundadas y comunidades trasladadas⁶⁶.

⁶² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Norín Catrimán y otros* (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 279, sentencia de 29 de mayo de 2014.

⁶³ SANABRIA MOYANO, Jesús Eduardo; MERCHÁN LÓPEZ, Cindy Tatiana; SAAVEDRA ÁVILA, Mayra Alejandra. Estándares de protección del derecho humano a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El AGORA USB*, v. 19, n. 1, p. 132-148, 2019.

⁶⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Medio ambiente y derechos humanos* (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A No. 23, de 15 de noviembre de 2017; Por su lado, la Corte Internacional de Justicia ha resaltado que “el medio ambiente no es una abstracción sino que representa el espacio vital, la calidad de vida y la propia salud de los seres humanos, incluyendo a las futuras generaciones”. COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Opinión Consultiva, par. 29, del 8 de julio de 1996; COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Caso Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría Vs. Eslovaquia)*. Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

⁶⁵ Sobre el carácter justiciable de los derechos de la naturaleza. CARDUCCI, Michelle; CASTILLO AMAYA, Lidia. Nuevo constitucionalismo de la biodiversidad vs. neoconstitucionalismo del riesgo. *Seqüência*, n. 73, p. 255-284, 2016.

⁶⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Norín Catrimán y otros* (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 279, sentencia de 29 de mayo de 2014; NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*. Resolución 2003/56 de la Comisión, Adición, Misión a Chile. Doc. N.U. E/CN.4/2004/80/Add.3, de fecha 17 de noviembre de 2003; NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamen-*

Por último, el caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* de 2018 se erige como uno de los casos que más potencialidad posee para transformar el corazón de las formas de relacionarse que existen en Chile, respecto de un aspecto social clave para el fortalecimiento del tejido social, como es el acceso al nivel más alto posible de salud física y mental en condiciones de dignidad.

La enseñanzas más sencilla, pero, al mismo tiempo, más rotunda de la Corte IDH a este respecto es que el derecho a la salud implica muchísimo más que simplemente la libertad de elección entre el sistema público y privado de salud, tal como se regula hoy en día en el desorientado y paupérrimo artículo 19 N°9 de la Constitución de 1980. Las debilidades y anacronismos del artículo 19 N°9 de la Constitución chilena quedan en evidencia si se lo compara con la significación que la Corte IDH aporta, a saber:

La Corte estima que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio adecuado de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente, entendida la salud, no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino también a un estado completo de bienestar físico, mental y social, derivado de un estilo de vida que permita alcanzar a las personas un balance integral. El Tribunal ha precisado que la obligación general se traduce en el deber estatal de asegurar el acceso de las personas a servicios esenciales de salud, garantizando una prestación médica de calidad y eficaz, así como de impulsar el mejoramiento de las condiciones de salud de la población⁶⁷.

Este es el contenido constitucional del derecho a la salud que emerge como un estándar mínimo construido a partir de las comunicaciones y diálogos entre los distintos órganos universales y regionales de protección de los derechos humanos y que debiera ser usado como parámetro de control de convencionalidad por los jueces internos.

Incluso, la Corte IDH, en concordancia con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), indica cuáles son los contenidos mínimos de este derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Así, señala que

La operatividad de dicha obligación comienza con el deber de regulación, por lo que la Corte ha indicado que los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de servicios (tanto públicos como privados) y la ejecución de programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de calidad⁶⁸.

Además, “se ha referido a una serie de elementos esenciales e interrelacionados, que deben satisfacerse en materia de salud. A saber: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad”⁶⁹. Por último, ha indicado que “el Estado debe prever mecanismos de supervisión y fiscalización estatal de las instituciones de salud, tanto públicas como privadas”⁷⁰. Sobre esta última obligación en materia de salud, la Corte IDH en el caso *Suárez Peralta* sostuvo que

Una eventual atención médica en instituciones sin la debida habilitación, sin estar aptas en su infraestructura o en su higiene para brindar prestaciones médicas, o por profesionales que no cuenten

tales de los indígenas, James Anaya. Adición, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Doc. N.U. A/HRC/12/34/ Add.6, 5 de octubre de 2009.

⁶⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018; COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N°14*. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Doc. E/C.12/2000/4, de fecha 11 de agosto de 2000.

⁶⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018.

⁶⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018; COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N°14*. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Doc. E/C.12/2000/4, de fecha 11 de agosto de 2000; VÁZQUEZ, Daniel; DELAPLACE, Domitille. Políticas públicas con perspectiva de derechos humanos: un campo en construcción. *SUR: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 8, n 14, p. 35-65, 2011. p. 43.

⁷⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018.

con la debida calificación para tales actividades, podría conllevar una incidencia trascendental en los derechos a la vida o a la integridad del paciente⁷¹.

Igualmente, el caso Poblete Vilches ha permitido afirmar el derecho al acceso a la información y al consentimiento libre, previo e informado en materia de salud⁷². Este derecho debe ser especialmente protegido en el caso de las personas mayores. En efecto, los jueces interamericanos han sostenido que

En muchas situaciones, se presenta una particular vulnerabilidad de las personas mayores frente al acceso a la salud. Sobre el particular, resalta la existencia de diversos factores como las limitaciones físicas, de movilidad, la condición económica o la gravedad de la enfermedad y posibilidades de recuperación. Asimismo, en determinadas situaciones, dicha vulnerabilidad se encuentra incrementada en razón del desequilibrio de poder que existe en la relación médico-paciente, por lo que resulta indispensable que se garantice al paciente, de manera clara y accesible, la información necesaria y el entendimiento de su diagnóstico o situación particular, así como de las medidas o tratamientos para enfrentar tal situación⁷³.

Asimismo, el caso Poblete Vilches proporciona al Estado de Chile estándares mínimos que deben ser incorporados en la nueva Constitución en cuanto a un aspecto social clave en el proceso de recomposición del tejido social. Nos estamos refiriendo a la protección de los derechos de las personas mayores, en especial el derecho a la salud, que constituyen un grupo respecto del cual el Estado tiene un deber de atención especial⁷⁴.

En este sentido, la Corte IDH fija el estándar mínimo y afirma que la edad es una categoría prohibida de discriminación⁷⁵. Además, los jueces interamericanos confirman que del derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación emanan tanto obligaciones negativas como obligaciones positivas. Las obligaciones negativas están relacionadas “con la prohibición de diferencias de trato arbitrarias”. Las obligaciones positivas están relacionadas con

La obligación de los Estados de crear condiciones de igualdad real frente a grupos que han sido históricamente excluidos o que se encuentran en mayor riesgo de ser discriminados. En tal sentido, la adopción de medidas positivas se acentúa en relación con la protección de personas en situación de vulnerabilidad o en situación de riesgo, quienes deben tener garantizado el acceso a los servicios médicos de salud en vía de igualdad⁷⁶.

Este derecho a la salud, así como el de la seguridad social, revisten una particular intensidad en su protección cuando se trata de personas mayores cuyos derechos implican que ellos tienen acceso a una protección reforzada por parte del Estado, lo que alcanza también a los particulares y empresas.

La Corte IDH aclara cuáles son los estándares mínimos en materia de derechos humanos de las personas

⁷¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 261, sentencia de 21 de mayo de 2013; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018.

⁷² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Adoptada el 15 de junio de 2015.

⁷³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018.

⁷⁴ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Adoptada el 15 de junio de 2015.

⁷⁵ “[...] los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas”. Así, la Corte ha señalado que la edad, es también una categoría protegida por esta norma. En este sentido, la prohibición por discriminación relacionada con la edad cuando se trata de las personas mayores, se encuentra tutelada por la Convención Americana. Esto comporta, entre otras cosas, la aplicación de políticas inclusivas para la totalidad de la población y un fácil acceso a los servicios públicos”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018.

⁷⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018.

mayores y el derecho a la salud. Los jueces interamericanos indican que el Estado tiene “la obligación de brindarles las prestaciones de salud que sean necesarias de manera eficiente y continua”, y que, al menos, estos “deben tener protegida su salud en caso de enfermedades crónicas y en fase terminal”. De tal manera que “el incumplimiento de dicha obligación surge cuando se les niega el acceso a la salud o no se garantiza su protección, pudiendo también ocasionar una vulneración de otros derechos”⁷⁷. Completando el estándar anterior, en el caso *Yakye Axa* de 2005, la Corte IDH señaló que en

lo que se refiere a la especial consideración que merecen las personas de edad avanzada, es importante que el Estado adopte medidas destinadas a mantener su funcionalidad y autonomía, garantizando el derecho a una alimentación adecuada, acceso a agua limpia y a atención de salud. En particular, el Estado debe atender a los ancianos con enfermedades crónicas y en fase terminal, ahorrándoles sufrimientos evitables. En este caso, se debe tomar en consideración que en la Comunidad indígena Yakye Axa la transmisión oral de la cultura a las nuevas generaciones está a cargo principalmente de los ancianos⁷⁸.

Por último, los jueces internacionales declaran como estándar mínimo el principio de prevención que

mediante controles periódicos, adaptados a las necesidades de las mujeres y de los hombres de edad, cumple un papel decisivo; y también la rehabilitación, conservando la funcionalidad de las personas mayores, con la consiguiente disminución de costos en las inversiones dedicadas a la asistencia sanitaria y a los servicios sociales⁷⁹.

En cuanto a las enseñanzas que se pueden extraer para la nueva Constitución en Chile, cabe señalar que ninguno de estos estándares se encuentra expresamente reconocido en la Constitución chilena.

Hay dos casos contra Chile muy interesantes que se encuentran pendientes ante la Corte IDH y que constituyen una manifestación de que el tipo de vulneraciones que llegan a la Corte son sintomáticas de las desigualdades, discriminaciones, exclusiones vinculadas a derechos sociales que se experimentan en Chile. El primer caso, Sandra Pavez, es el de una profesora de religión expulsada del colegio por declararse lesbiana. En efecto, el

caso se relaciona con la presunta responsabilidad internacional del Estado de Chile al que se acusa de no haber adoptado medidas encaminadas a revertir la decisión que inhabilitó, con base en la orientación sexual, a Sandra Pavez para el ejercicio de la docencia de la asignatura de religión en una institución de educación pública. Se alega que el 25 de julio de 2007 la Vicaría para la Educación del Obispado de San Bernardo revocó su certificado de idoneidad; requerido por el Decreto 924 del Ministerio de Educación de 1983 para ejercer como profesora de religión por la causa antes mencionada, motivo por el cual quedó inhabilitada para ejercer como docente. Además, se alega que esta presentó un recurso de protección, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de San Miguel al considerar que el acto recurrido no era ilegal o arbitrario, decisión que fue confirmada por la Corte Suprema⁸⁰.

Este caso deberá ser el objeto de una sentencia por parte de la Corte IDH analizando no sólo la vulneración de la prohibición de la discriminación por razones de orientación sexual sino además, el derecho a la educación, ya que la víctima se le revocó su declaración de idoneidad para enseñar religión⁸¹.

⁷⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018.

⁷⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 125, sentencia de 17 de junio de 2005.

⁷⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018; COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N°14*. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Doc. E/C.12/2000/4, de fecha 11 de agosto de 2000; COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N°6*. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores. Doc. E/1996/22, de fecha 8 de diciembre de 1995.

⁸⁰ CORTE IDH se pronunciará en juicio contra Chile al que se acusa de impedir a profesora de religión lesbiana impartir clases de religión”. *Diario Constitucional*, 2021. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/05/19/corte-idh-se-pronunciara-en-juicio-contra-chile-al-que-se-acusa-de-impedir-a-profesora-de-religion-lesbiana-impartir-clases-de-religion/>. Acceso en: 25 mar. 2021.

⁸¹ DOTE, Sebastián. Corte IDH inició audiencia por discriminación a profesora chilena. *El Dinamo*, 2021. Disponible en: <https://www.eldinamo.cl/educacion/2021/05/12/cidh-inicio-audiencia-por-denuncia-de-discriminacion-contra-profesora-sandra-pavez/>

El segundo caso, Martina Vera Rojas, es el de una madre cuya hija diagnosticada con el Síndrome de Leigh fue dejada sin cobertura por la Isapre (Aseguradora de Salud). En efecto, en este caso se alega que

el Estado incumplió sus obligaciones internacionales respecto de la vida e integridad de la niña Martina, diagnosticada con el síndrome de Leigh, por permitir y judicialmente validar la finalización unilateral y arbitraria del régimen de “hospitalización domiciliaria” por parte de su aseguradora de salud, servicio que resulta esencial para la supervivencia de personas con dicho síndrome. Indicó que la Corte Suprema de Justicia (en adelante “la CSJ”) sentenció a favor de la prestadora de salud sin tomar en consideración la especial posición de garante respecto de los derechos de la niñez y de las personas con discapacidad ni los derechos sociales de la presunta víctima. Alegó también que los hechos se enmarcan en un contexto de falta de regulación en materia de salud que resulta incompatible con la Convención Americana⁸².

En su Informe de Fondo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció que tanto la CIDH como la Corte se han pronunciado sobre la relación existente entre los derechos a la vida e integridad personal y el derecho a la salud y la Corte Interamericana ha interpretado en reiteradas oportunidades que los derechos a la vida e integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención a la salud humana y que “la falta de atención médica adecuada” puede conllevar a su vulneración. Asimismo, ambos órganos han señalado que los Estados son responsables de regular con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud⁸³.

Y, agregó que

también encuentra que la regulación y control de la cobertura de tratamientos, a través de sistemas de financiamiento público o privado, deben tomar en consideración la situación especial de los niños y niñas con discapacidad⁸⁴.

Lo que se puede apreciar es que los casos de Chile han dado un paso adelante y han comenzado a versar sobre cuestiones que afectan la médula de la problemática socio-ambiental nacional. En términos de derechos, lo que se plantea ante el sistema interamericano de protección de los derechos humanos son cuestiones que afectan típicamente el tejido social, relacionadas con: a) la prohibición de la discriminación por razones de orientación sexual o identidad de género, b) el derecho al consentimiento informado en materia de salud, c) el derecho a la educación, y, d) el derecho a la protección de la discapacidad y la cobertura de seguridad social para los niños, niñas y adolescentes.

4 Conclusión

El proceso constituyente chileno se produce en un estadio de desarrollo del derecho público en América Latina, que, durante el siglo XXI, ha tenido una evolución teórica y práctica muy relevante, sobre todo en lo concerniente a los derechos humanos. El papel que le cabe en esto al sistema interamericano de protección de los derechos humanos y, en particular, a la Corte IDH, es innegable. En todos los casos que hemos analizado, la jurisprudencia interamericana ha propulsado, o bien, ha homologado cambios estructurales en materia de derechos humanos, y por lo tanto, de carácter constitucional.

En el tiempo presente, Chile se apronta a iniciar los debates tendientes a redactar una nueva Constitución

Acceso en: 25 mar. 2021.

⁸² COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe N° 107/18 caso 13.039*. Fondo. Martina Rebeca Vera Rojas VS. Chile, 15 de octubre de 2018.

⁸³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe N° 107/18 caso 13.039*. Fondo. Martina Rebeca Vera Rojas VS. Chile, 15 de octubre de 2018.

⁸⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe N° 107/18 caso 13.039*. Fondo. Martina Rebeca Vera Rojas VS. Chile, 15 de octubre de 2018.

para el siglo XXI. Este proceso constituyente ha sido el resultado de años de demandas y reivindicaciones sociales, especialmente, de movimientos sociales vinculados con la educación pública, la salud pública, la seguridad social, el medio ambiente, la protección de los glaciares, el cambio climático, etc. Nuestra propuesta es que la jurisprudencia social y ambiental de la Corte IDH podría efectuar un aporte a la fijación de nuevos parámetros civilizatorios en la nueva Constitución. De hecho, creemos en que la Convención Constitucional tiene la obligación de realizar un control de convencionalidad durante el proceso de elaboración de la nueva Constitución. Le ayuda para hacer esto, como fundamento del derecho nacional, las normas de la actual constitución artículo 5° inciso 2° y el artículo 135 de la Constitución Política de la República.

Por lo tanto, en el caso de Chile, se hace presente más que nunca y más que en muchos otros países de la región y del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, con enorme intensidad, la oportunidad precisa para que realmente se produzca una transformación social, a través de la Constitución, dado que justamente, al momento de redactar una nueva Constitución, existe claridad acerca de las enseñanzas de la Corte IDH y en general de todo el derecho internacional de los derechos humanos. Resta por ver si la Convención Constitucional realizará efectivamente un control de convencionalidad al momento de redactar la nueva Constitución para Chile.

Referencias

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo *et al.* *El control de convencionalidad: Ius Constitutionale Commune y diálogo judicial multinivel Latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Derechos sociales en Chile: la oportunidad de la cohesión social. *Revista do Direito da UNISC*, v. 2, n. 46, p. 159-183, 2015.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Justicia internacional penal: un pilar del Estado de Derecho internacional. *Revista Tribuna Internacional*, v. 1, n. 2, p. 9-45, 2012.
- ALSTON, Philip; QUINN, Gerard. The nature and scope of state parties' obligations under International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 9, p. 156-229, 1987.
- ARAGÓN RIVERA, Álvaro. Ciudadanía y derechos sociales: las dificultades de la ciudadanía social. *Andamios*, v. 19, n. 18, p. 141-159, 2012.
- ASÚNSOLO-MORALES, Carlos R. Los derechos humanos como límites al poder público y privado: otra vía de fundamentación. *Dixi*, v. 17, n. 22, p. 95-106, 2015.
- CALDERÓN, Fernando. *La protesta social en América Latina*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2012.
- CASTRO RIAÑO, Luis. La protesta social en América Latina. *Revista Rumbos TS. Un Espacio Crítico Para La Reflexión En Ciencias Sociales*, n. 23, p. 159-184, 2020.
- CHAPMAN, Audrey R. A 'violation approach' for monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 18, p. 23-66, 1996.
- CHIRWA, Danwood; AMODU, Nojeem. Economic, social and cultural rights, sustainable development goals, and duties of corporations: rejecting the false dichotomies. *Business and Human Rights Journal*, v. 6, n. 1, p. 21-41, 2021.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 239, sentencia de 24 de febrero de 2012.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 151, sentencia de 19 de septiembre de 2006.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 125, sentencia de 17 de junio de 2005.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 107, sentencia de 2 de julio de 2004.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 340, sentencia de 31 de agosto de 2017.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 279, sentencia de 29 de mayo de 2014.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 349, sentencia de 8 de marzo de 2018.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 111, sentencia de 31 de agosto de 2004.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Suárez Peralta vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C No. 261, sentencia de 21 de mayo de 2013.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe N° 107/18 caso 13.039*. Fondo. Martina Rebeca Vera Rojas VS. Chile, 15 de octubre de 2018.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 Serie A No. 5, de 13 de noviembre de 1985.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A No. 23, de 15 de noviembre de 2017.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N°14*. El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Doc. E/C.12/2000/4, de fecha 11 de agosto de 2000.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación General N°6*. Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores. Doc. E/1996/22, de fecha 8 de diciembre de 1995.

CORTE IDH se pronunciará en juicio contra Chile al que se acusa de impedir a profesora de religión lesbiana impartir clases de religión?. *Diario Constitucional*, 2021. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2021/05/19/corte-idh-se-pronunciara-en-juicio-contra-chile-al-que-se-acusa-de-impedir-a-profesora-de-religion-lesbiana-impartir-clases-de-religion/>. Acceso en: 25 mar. 2021.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Caso Gabčíkovo-Nagymaros (Hungría Vs. Eslovaquia)*. Sentencia del 25 de septiembre de 1997.

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE. *Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares*. Opinión Consultiva, par. 29, del 8 de julio de 1996.

DONZELOT, Jacques. Refonder la cohésion sociale. *Esprit*, n. 12, p. 5-23, 2006.

DOPE, Sebastián. Corte IDH inició audiencia por discriminación a profesora chilena. *El Dinamo*, 2021. Disponible en: <https://www.eldinamo.cl/educacion/2021/05/12/cidh-inicio-audiencia-por-denuncia-de-discriminacion-contra-profesora-sandra-pavez/> Acceso en: 25 mar. 2021.

DUPEYROUX, Jean-Jacques. Liberté, équité, fraternité. *Libération*, 1997. Disponible en: https://www.liberation.fr/france/1997/08/06/pour-ne-pas-mettre-en-peril-l-architecture-de-la-societe-l-idee-de-redistribuer-des-depenses-sociale_213657/ Acceso en: 25 mar. 2021.

ESPINO TAPIA, Diana. Derechos sociales y justiciabilidad en la Teoría constitucional de inicios del Siglo XXI. *Cuestiones Constitucionales*, v. 36, p. 79-108, 2017.

FIGUERA VARGAS, Sorily; CUJILEMA QUINCHUELA, Katherine. El Sumak Kawsay desde la perspectiva del sistema jurídico ecuatoriano. *Justicia*, n. 33, p. 51-70, 2018.

GAGNON, Éric. Sur la fonction anthropologique du droit. *Anthropologie et Sociétés*, v. 30, n. 1, p. 221-232, 2006.

GIOCOMELLI, Luca. I am what I am, so take me as I am» e il carattere «trasformativo» dei principi costituzionali: la Corte Suprema indiana depenalizza i rapporti omosessuali. *Federalismi*, n. 2, p. 1-14, 2019.

GUDYNAS, Eduardo. *Derechos de la naturaleza*: ética biocéntrica y políticas ambientales. Santiago: Quimantú, 2019.

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel. La justiciabilidad de los derechos sociales. *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, v. 1, n. 1, p. 78-92, 2011.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Cartilla básica sobre derechos económicos, sociales y culturales*. San José: IIDH, 2010.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *La justicia directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2008.

KEEVY, Ilze. Ubuntu versus the Core Values of the South African Constitution. *Journal for Juridical Science*, v. 34, n. 2, p. 19-58, 2009.

KILKELLY, Ursula. Protecting children's rights under the ECHR: the role of positive obligations. *Northern Ireland Legal Quarterly*, v. 61, n.3, p. 245-261, 2010.

KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, 1998.

KRENNERICH, Michael; GÓNGORA MERA, Manuel. *Los derechos sociales en América Latina*: desafíos en justicia, política y economía. Centro de Derechos Humanos de Nuremberg, 2006. Disponible en: <https://d-nb.info/991073835/34> Acceso en: 25 mar. 2021.

LANGA, Pius. Transformative constitutionalism. *Stellenbosch Law Review*, n. 3, p. 351-360, 2006.

MARTÍNEZ HINCAPIÉ, Hernán; CARÍN CASTILLO, Juan Carlos. Protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el ordenamiento jurídico colombiano: el papel de los jueces. *Justicia Juris*, v. 11, n. 1, p. 13-25, 2015.

MARTÍNEZ, Esperanza; ACOSTA, Alberto. Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible. *Revista Direito & Praxis*, v. 8, n. 4, p. 2927-2961, 2017.

MARTÍNEZ, José Ignacio; COVARRUBIAS, Ignacio. Demandas sociales y debate constitucional. *El Líbero*, 2019. Disponible en: <https://ellibero.cl/opinion/jose-ignacio-martinez-e-ignacio-covarrubias-demandas-sociales-y-debate-constitucional/> Acceso en: 25 mar. 2021.

MOONS, Nico; HUBEAU, Bernard. Conceptual and Practical Concerns for the Effectiveness of the Right to Housing. *Oñati Socio-legal Series*, v. 6, n. 3, 2016. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2734717> Acceso en: 25 mar. 2021.

MORALES CHUCO, Elaine. Marginación y exclusión social. El caso de los jóvenes en el Consejo Popular

Colón de la ciudad de La Habana. In: *PROCESOS de urbanización de la pobreza y nuevas formas de exclusión social: los retos de las políticas sociales de las ciudades latinoamericanas del siglo XXI*. Bogotá: Clacso, 2008. p. 371-394.

MUÑOZ-POGOSSIAN, Betilde. Desigualdad y exclusión en las Américas: avances y desafíos de la agenda de equidad. In: MUÑOZ-POGOSSIAN, Betilde; BARRANTES, Alexandra. *Equidad e inclusión social: superando desigualdades hacia sociedades más inclusivas*. Washington, DC: OEA, 2016.

NACIONES UNIDAS. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. Costa Rica, 4 de marzo de 2018. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf Acceso en: 25 mar. 2021.

NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen*. Resolución 2003/56 de la Comisión, Adición, Misión a Chile. Doc. N.U. E/CN.4/2004/80/Add.3, de fecha 17 de noviembre de 2003.

NACIONES UNIDAS. *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya*. Adición, La situación de los pueblos indígenas en Chile: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior. Doc. N.U. A/HRC/12/34/ Add.6, 5 de octubre de 2009.

NACIONES UNIDAS. *Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015*. Transformar nuestro mundo: la agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Doc. N.U. A/RES/70/1, 21 de octubre de 2015. Disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ares70d1_es.pdf Acceso en: 25 mar. 2021.

NASH ROJAS, Claudio. Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales. *Estudios Constitucionales*, Año 9, n. 1, p. 65 – 118, 2011.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos sociales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, Año 7, n. 2, p. 143-205, 2009.

NOLAN, Justine; TAYLOR, Luke. Corporate Responsibility for economic, social and cultural rights: rights in search of a remedy? *Journal of Business Ethics*, n. 87, p. 433-451, 2009.

OCAMPOS, José Antonio; GÓMEZ-ARTEAGA, Natalie. Los sistemas de protección social, la redistribución y el crecimiento en América Latina. *Revista de la Cepal*, n. 122, p. 7-33, 2017.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores*. Adoptada el 15 de junio de 2015.

OTTO, Dianne; WISEMAN, David. In search of ‘Effective Remedies’: applying the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights to Australia. *Australian Journal of Human Rights*, v. 7, n. 1, p. 5-46, 2001.

RAMBAUD, Thierry. Les droits sociaux comme droits fondamentaux. *Revue Internationale de Droit Comparé*, v. 66, n. 2, p. 605-623, 2014.

RAMÍREZ, Silvana. La igualdad como emancipación: los derechos fundamentales de los pueblos indígenas. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 3, p. 33-50, 2007.

RASCHE, Andreas; WADDOCK, Sandra. The UN Guiding Principles on Business and Human Rights: implications for corporate social responsibility research. *Business and Human Rights Journal*, p. 1-14, 2021.

RAUX, Cédric. Communauté de droit et pluralisme. *Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques*, v. 55, n. 2, p. 137-187, 2005.

RIDEAU, Joël. La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la communauté européenne et ses États membres. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, v. 7, p. 11-64, 1991.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. Los derechos humanos en el Antropoceno: nuevas prácticas y narrativas sobre derechos humanos y medio ambiente desde el Sur Global. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). *Por un medio ambiente sano que promueva los derechos humanos en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, 2017. p. 11-18.

SÁNCHEZ CASCADO, Paloma de la Nuez. El daño al proyecto de vida en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del pensamiento político de J. Shklar. *Andamios*, v. 17, n. 42, p. 147-166, 2020.

SCALON FOUNDATION. *Social Cohesion Pillars*. Disponible en: <https://scanlonfoundation.org.au/social-cohesion-pillars/> Acceso en: 25 mar. 2021.

SEPÚLVEDA CARMONA, Magdalena. *El enfoque de derechos en la protección social en América Latina*. 2013. Disponible en: <https://dds.cepal.org/proteccionsocial/sistemas-de-proteccion-social/2013-12-seminario-politicas-publicas-igualdad/docs/Seminario-Magdalena-Sepulveda-2013.pdf> Acceso en: 25 mar. 2021.

SHIELDS, Kirsteen. *The minimum core obligations of economic, social, and cultural rights: the rights to health and education*. Washington: World Bank, 2017. Disponible en: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29145/122560-WP-Shieldsedited-PUBLIC.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Acceso en: 25 mar. 2020.

SSENYONJO, Minisuli. Reflections on State Obligations with respect to economic, social and cultural rights in International Human Rights Law. *The International Journal of Human Rights*, v. 15, n. 6, p. 969-1012, 2011.

SUPIOT, Alain. Homo juridicus. *Essain sur la fonction anthropologique du Droit*. Paris: Seuil, 2005.

SUPREME COURT OF INDIA. *Navej Singh Johar vs Union of India*. WP (Crl.) 76/2016, on 6 September 2018.

TRIGGS, Gillian. *Social cohesion in a multicultural Australia: the importance of human rights*. 2014. Disponible en: <https://humanrights.gov.au/about/news/speeches/social-cohesion-multicultural-australia-importance-human-rights> Acceso en: 25 mar. 2021.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Strengthening social cohesion: conceptual framing and programming implications*. New York: UNDP, 2020.

UNITED NATIONS. *Leaving no one behind: equality and non-discrimination at the heart of sustainable development*. New York: United Nation, 2017.

UNITED NATIONS. *Social inclusion*. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/socialperspectiveondevelopment/issues/social-integration.html> Acceso en: 25 mar. 2021.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Constitución y cláusulas económicas y sociales. Algunas notas acerca de la operatividad de las normas constitucionales. *Cuestiones Constitucionales*, n. 21, p. 319-345, 2009.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: diagnósticos y propuestas para una Nueva Constitución transformadora
The application of international human rights law in Chile: diagnoses and proposals for a new transformative Constitution

Pietro Sferrazza Taibi

Daniela Méndez Royo

Eduardo Bofill Chávez

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

La aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos en Chile: diagnósticos y propuestas para una Nueva Constitución transformadora*

The application of international human rights law in Chile: diagnoses and proposals for a new transformative Constitution

Pietro Sferrazza Taibi**

Daniela Méndez Royo***

Eduardo Bofill Chávez****

* Recibido em 30/05/2021
Aprovado em 07/10/2021

** Pietro Sferrazza Taibi es Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid y Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, de la misma Universidad. Es Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso y Abogado. Actualmente ejerce como Profesor de Derecho internacional público y Derecho constitucional de la Universidad Andrés Bello y profesor de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valparaíso. Sus líneas de investigación se relacionan con el Derecho internacional de los derechos humanos y la justicia transicional. La mayoría de sus publicaciones dicen relación con el estudio dogmático de la desaparición forzada desde la óptica del Derecho internacional de los derechos humanos. Además ha trabajado como consultor externo en temas de derechos humanos para instituciones como el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Comisión Internacional de Juristas.

E-mail: pietrosferrazza@gmail.com

*** Abogada (Chile); PhD in Law, University of Nottingham (Reino Unido); LL.M in Public International Law, University of Nottingham (Reino Unido); Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca (Chile); Profesora Asociada de la Escuela de Derecho, Universidad Santo Tomás, sede Viña del Mar (Chile).

E-mail: daniela.menroy@gmail.com

**** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez. Profesor de Derecho Público en la Universidad Andrés Bello. Candidato a doctor en Derecho de la Universidad de Valparaíso. Sus estudios de doctorado son financiados por ANID: CONICYT-PFCHA/Doctorado Nacional/2018- 21181748.

E-mail: eduardobofillc@gmail.com

Resumen

Actualmente, Chile transita hacia una Nueva Constitución. A la luz de este contexto novedoso, el presente trabajo tiene por objeto proponer recomendaciones para que la Nueva Constitución regule la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos en base a un modelo de interacción con el Derecho interno. Para tal efecto, es necesario estudiar la situación actual de la incorporación de las normas internacionales al Derecho chileno, revisando la regulación constitucional vigente y la aplicación de dichas normas en distintas sedes judiciales. Para lograr este objetivo, recurriremos a una metodología dogmática descriptiva y prescriptiva, toda vez que analizaremos el problema actual y propondremos soluciones que permitan avanzar en la protección de la persona, en la línea de un constitucionalismo transformador. También aplicaremos una metodología comparativa, analizando cómo abordan este problema otros ordenamientos jurídicos. De acuerdo con nuestras conclusiones, actualmente la Constitución omite regular expresamente la jerarquía del Derecho internacional de los derechos humanos, existiendo distintas posturas doctrinarias y jurisprudenciales al respecto. Así, mientras el Tribunal Constitucional sostiene una jerarquía infraconstitucional, los tribunales ordinarios que defienden el bloque de constitucionalidad. Para superar esta situación deficitaria, es necesario que la Nueva Constitución incluya disposiciones que otorguen un mayor reconocimiento al proceso de incorporación de las fuentes del Derecho internacional de los derechos humanos, consagrando los principios de interpretación conforme y pro homine. Finalmente, es necesario que la regulación de las competencias y procedimientos sobre la incorporación de tales fuentes razone con una lógica de interacción entre Derecho internacional y Derecho interno.

Palabras claves: Derecho internacional de los derechos humanos; Nueva constitución chilena; Constitucionalismo transformador; Bloque de constitucionalidad; Principio de interpretación conforme; Principio pro homine.

Abstract

Currently, Chile is moving towards a New Constitution. In light of this novel context, the present work aims to propose recommendations for the New Constitution to regulate the incorporation of international human rights law based on a model of interaction with domestic law. For this purpose, it is necessary to study the current situation of the incorporation of international norms into Chilean law, reviewing the current constitutional regulation and the application of such norms in different judicial venues. To achieve this objective, we will resort to a descriptive and prescriptive dogmatic methodology, since we will analyze the current problem and propose solutions that allow progress in the protection of the person, along the lines of a transformative constitutionalism. We will also apply a comparative methodology, analyzing how other legal systems deal with this problem. According to our conclusions, the Constitution currently omits to expressly regulate the hierarchy of international human rights law, existing different doctrinal and jurisprudential positions in this regard. Thus, while the Constitutional Court maintains an infra-constitutional hierarchy, the ordinary courts defend the constitutionality block. To overcome this complex situation, it is necessary for the New Constitution to include provisions that grant greater recognition to the process of incorporating the sources of international human rights law, establishing the principles of conforming interpretation and *pro homine*. Finally, it is necessary that the regulation of powers and procedures on the incorporation of such sources reason with a logic of interaction between international law and domestic law.

Keywords: International human rights law; Chilean new constitution; Transformative constitutionalism; Constitutionality block; Principle of conforming interpretation; *Pro homine* principle.

1 Introducción

Chile vive un momento crucial para su historia, al encontrarse en tránsito hacia una Nueva Constitución. El 25 de octubre de 2020 se celebró un plebiscito, denominado ‘de entrada’, donde se formuló la siguiente consulta a la ciudadanía: “¿Quiere usted una nueva Constitución?”. La opción apruebo ganó con el 78,28% de los votos válidamente emitidos, lo que equivale a que 5.892.832 personas votaron por la opción que buscaba un cambio constitucional¹.

Sin embargo, el camino a la Nueva Constitución no partió ese día, pues desde el retorno a la democracia se ha cuestionado la legitimidad de la Carta fundamental vigente. Chile ha vivido numerosas protestas sociales que intentaron expresar un descontento hacia la forma en la que se convive en el país. Solo por mencionar las más relevantes, hacemos presente la “revolución pingüina” del año 2006, en la que estudiantes secundarios buscaron poner fin al mercado en la educación. Esta misma demanda explica las protestas estudiantiles del año 2011. Por otra parte, el movimiento “Marca tu voto AC”, buscó contabilizar la adhesión popular hacia un cambio constitucional mediante la implementación de una asamblea constituyente, lo que se plasmó en marcar las siglas “AC” en la papeleta de la elección presidencial del año 2013. En palabras de Bassa, “se trata de diversos grupos que se venían movilizandando hace años, demandas que se han estado solidificando a lo largo del último tiempo sin conseguir cambios estructurales y que alimentaron ese estallido social”². El propio PNUD ha dicho que “todos los elementos que resultaron en la mayor movilización social desde el retorno a la democracia ya estaban presentes con anterioridad al estallido”³.

Todas estas movilizaciones sirvieron de antesala para lo sucedido el 18 de octubre de 2019, fecha en que

¹ VOTACIÓN constitución política. *Servel*, 2020. Disponible en: <https://pv.serveelecciones.cl/> Acceso en: 27 mayo 2021.

² BASSA MERCADO, J. *Chile decide*: por una nueva Constitución. Santiago: Editorial Planeta, 2020. p. 31-32.

³ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Diez años de auditoría a la democracia*: antes del estallido. Santiago: PNUD, 2019. p. 9.

se materializó una nueva protesta social, conocida coloquialmente como “estallido social”, cuya fuerza fue portentosa, considerablemente mayor a las protestas antes mencionadas. A pesar del estado de excepción constitucional de emergencia dispuesto por el Presidente de la República, quien incluso llegó a sostener que Chile estaba “en guerra contra un enemigo poderoso”⁴, la masividad de las protestas siguió aumentando no solo en Santiago, sino que en numerosas ciudades del país. El 25 de octubre de 2019 se verificó la protesta más grande de la que se tenga registros en la historia de Chile, donde más de 1.000.000 de personas se congregaron en forma espontánea y pacífica en la Plaza Baquedano de la ciudad Santiago, que comenzó a ser llamada en forma coloquial como “Plaza Dignidad”⁵.

Ante la revuelta popular, las fuerzas partidarias con representación en el gobierno y parlamento suscribieron el 15 de noviembre de 2019 un Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución, para intentar atenuar las tensiones de la protesta, toda vez que una de las demandas era la Nueva Constitución. Acto seguido, se conformó una Comisión Técnica⁶, compuesta por expertos de distintos partidos políticos que suscribieron el acuerdo. Este organismo formuló una propuesta de reforma constitucional que fue aprobada íntegramente mediante la Ley N° 21.200⁷. Por medio de esta, se permitió un plebiscito de entrada –que ya mencionamos– y la conformación de una asamblea constituyente denominada “Convención Constitucional”, cuyos 155 integrantes fueron elegidos mediante votación popular el 15 y 16 de mayo de 2021, quienes discutirán el texto de la Nueva Constitución. Esta propuesta será consultada al pueblo, mediante un nuevo plebiscito, de salida, con votación obligatoria. Allí, la ciudadanía tendrá la última palabra respecto de su Constitución y podrá acabar con la Constitución otorgada en dictadura. En palabras de Quinzio Figueiredo, “el único camino que genera una Constitución Política democrática, perdurable, eficaz, es el Poder Constituyente emanado de la voluntad popular”⁸. El pueblo chileno podrá discutir, en forma pacífica y democrática, un pacto social transformador que permita una nueva manera de convivir.

El objetivo de este trabajo consiste en proponer una serie de recomendaciones para que la Nueva Constitución regule la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) sobre la base de un modelo de interacción con el Derecho interno. Para tal efecto, es necesario estudiar la situación actual de la incorporación de las normas internacionales al Derecho chileno, revisando la regulación constitucional vigente y la aplicación de dichas normas en distintas sedes judiciales. Para tal efecto, proponemos que se constitucionalice un modelo de aplicación e interpretación de las normas internacionales sobre derechos humanos que se base en los principios de interpretación conforme y *pro homine* y que la regulación de las competencias y los procedimientos sobre la implementación de las fuentes del DIDH sea coherente con ese modelo.

Consideramos que un trabajo de esta naturaleza dialoga con algunos de los principios básicos del constitucionalismo transformador. De hecho, este constructo teórico asume que la interacción entre la regulación constitucional y el DIDH es indispensable para que se puedan generar cambios estructurales mediante la protección multinivel de los derechos humanos⁹. Según Arango, el *Ius Constitutionale Commune* se erige

⁴ PIÑERA: “Estamos en guerra contra un enemigo poderoso”. *CNN Chile*, 2019. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso_20191021/ Acceso en: 27 mayo 2021.

⁵ DE “PLAZA Italia” a “Plaza de la Dignidad”: los pasos para el cambio de nombre oficial. *El Mostrador*, 2019. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/12/04/de-plaza-italia-a-plaza-de-la-dignidad-los-pasos-para-el-cambio-de-nombre-oficial/> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁶ También se le conoció como Mesa Técnica Asesora.

⁷ CHILE. *Ley N° 21.200 de 23 de diciembre de 2019*. Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁸ QUINZIO FIGUEIREDO, J. ¿Reformas a la constitución política o una nueva constitución política? Chile necesita una constitución generosa. *Revista de Derecho*, n. 212, v. 1, p. 173-177, 2002. p. 176.

⁹ VON BOGDANDY, A. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015. p. 11, 27-32; VON BOGDANDY, A. *et al.* *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and

sobre la base de tres pilares: la protección de los derechos humanos sin diferenciaciones categoriales; la consolidación de la democracia; y el fortalecimiento del papel de los tribunales sin renunciar a su relación dialógica con la comunidad y el resto de los poderes del Estado¹⁰. El presente trabajo se relaciona con esos tres cimientos, porque defiende que la interacción entre Derecho interno e internacional contribuye a la protección y eficacia de los derechos, considera que el control democrático es esencial en el ejercicio de las competencias relacionadas con los procedimientos de incorporación de las fuentes internacionales y propone algunos criterios interpretativos básicos que orienten a los tribunales en su función de resolver los conflictos jurídicos tomándose en serio los derechos¹¹. Por lo demás, la gestación de un proceso constituyente es un momento propicio para poder impulsar procesos transformadores, con lo cual nuestro trabajo pretende aportar insumos para las discusiones que se avecinan¹².

De este modo, usaremos una metodología dogmática descriptiva y prescriptiva, toda vez que analizaremos la situación actual del problema y propondremos soluciones que permitan avanzar en la protección de la persona humana, en la línea de un constitucionalismo transformador. También aplicaremos una metodología comparativa, ya que analizaremos cómo abordan y resuelven la situación otros ordenamientos jurídicos.

En el primer apartado de este trabajo, estudiaremos cómo se incorpora el DIDH al Derecho interno, atendiendo las particularidades de la Carta chilena. En el segundo acápite analizaremos la aplicación del DIDH, revisando sentencias del Tribunal Constitucional (TC) y de tribunales ordinarios de justicia. Pensando en la Nueva Constitución, el tercer apartado genera propuestas para un nuevo modelo de reconocimiento del DIDH, en el marco del constitucionalismo transformador. Finalmente, trataremos aspectos orgánicos ligados a la distribución de funciones y mecanismos de participación popular.

2 La compleja incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos al Derecho interno

La Constitución vigente nació en el seno de una dictadura que se arrogó el poder constituyente¹³. En su redacción original, la Constitución no incluía una disposición que obligara a los órganos estatales a respetar

International Law, 2017. p. 17-51. p. 19, 48-49.

¹⁰ ARANGO, R. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 179-191.

¹¹ Sobre la relación entre constitucionalismo transformador y el papel de los tribunales de justicia, véase ROA ROA, J. E. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper*, n. 2020-11. Disponible en: <https://www.mpil.de/en/pub/publications/mpil-research-paper-series.cfm> Acceso en: 27 mayo 2021; VON BOGDANDY, A. et al. Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 17-51. p. 30-31, 34.

¹² Sobre la relación entre procesos constituyentes y constitucionalismo transformador, VON BOGDANDY, A. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015. p. 6-7; VON BOGDANDY, A. et al. Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 17-51. p. 46-48.

¹³ CHILE. *Decreto Ley N° 1 de 11 de septiembre de 1973*. Acta de constitución de la junta de gobierno. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=237897> Acceso en: 27 mayo 2021; CHILE. *Decreto Ley N° 128 de 12 de noviembre de 1973*. Aclara el sentido y alcance del artículo 1° del decreto ley N° 1, de 1973. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5787> Acceso en: 27 mayo 2021; CHILE. *Decreto Ley N° 788 de 2 de diciembre de 1974*. Dicta normas sobre el ejercicio del poder constituyente. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=204417> Acceso en: 27 mayo 2021.

los derechos fundamentales, ya sean los recogidos en la Carta Fundamental o en el DIDH. Así, el artículo 5 de la Constitución, en su redacción original, se limitaba a señalar:

La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio.

[...]

El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana.

El año 1989, presionada por partidos políticos de oposición, la dictadura convocó a un plebiscito para consultar ciertas reformas constitucionales básicas para la vida en democracia. Una de los cambios necesarios para transitar hacia un país democrático, era que la Constitución obligara expresamente a los órganos estatales a respetar los derechos fundamentales, incluyendo los regulados en el DIDH. El plebiscito en cuestión se celebró el 30 de julio de 1989, con un 85.70% para la opción de aprobar las reformas propuestas y solo un 8.21% por el rechazo de las mismas¹⁴. Acto seguido, el 17 de agosto de 1989 se promulgó la Ley N° 18.825¹⁵, que terminó por reformar la Constitución. Fruto de la modificación, se agregó al inciso segundo del citado artículo 5, una nueva parte final, que indica: “Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

De esta manera, la Constitución pasó a reconocer el deber estatal de respetar y promover los derechos fundamentales, ya sea que se encuentren consagrados en la propia Carta, o bien, recogidos por los tratados internacionales ratificados y vigentes.

Por otra parte, la Constitución omite decidir la jerarquía que tienen los derechos fundamentales recogidos en tratados ratificados por Chile, pues no contiene un artículo que defina esta materia. A continuación analizaremos este punto en detalle.

El valor de los tratados internacionales se discutió inicialmente en la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución (CENC) encargada de la redacción de un proyecto de Carta Fundamental. Sus redactores se decantaron por un valor infraconstitucional de los tratados. En este sentido, uno de sus integrantes, Silva Bascuñán, manifestó que

dentro del ordenamiento jurídico chileno los tratados constituyen una jerarquía de normas que están por debajo de la Constitución, pero antes de la ley común y de todas las demás normas jurídicas que se dictan dentro del Estado, de manera, entonces, que debe prevalecer, en el Derecho interno, todo el contenido de los tratados que regularmente se hayan tramitado y siempre que tal contenido esté dentro de los preceptos constitucionales¹⁶.

Ovalle, Evans y Ortúzar, también integrantes de la CENC secundaron esta idea. Sostenemos que el pensamiento de los redactores de la Constitución otorgada en dictadura poco importa en el contexto de la vida democrática que lleva Chile en el presente. En este sentido, sostenemos que las opiniones vertidas en la CENC no son en ningún caso vinculantes, pero son un indicio para entender el rechazo al DIDH por parte de la doctrina más conservadora.

Como señalamos, la Carta Fundamental no contiene regla alguna que defina la jerarquía para el DIDH en relación con el Derecho interno. Debido a esta omisión, es que la doctrina nacional ha discutido deteni-

¹⁴ PARA RECORDAR: a 30 años del plebiscito que reformó la Constitución. *Servel*, 2019. Disponible en: <https://www.servel.cl/para-recordar-a-30-anos-del-plebiscito-que-reformo-la-constitucion/> Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁵ CHILE. *Ley N° 18.825 15 de junio de 1989*. Modifica la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30201> Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁶ COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN. *Actas oficiales de la comisión constituyente*. Disponible en: https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf Acceso en: 27 mayo 2021.

damente la interpretación que debe darse al artículo 5 inciso segundo preguntándose sobre la jerarquía que tienen los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales de derechos humanos. En este sentido, hay una pugna a nivel doctrinario según la cual autores más conservadores han defendido la infraconstitucionalidad del DIDH, y en tanto, otro sector se ha mostrado favorable a una jerarquía constitucional.

Entre los partidarios de la primera posición, el propio Silva Bascuñán sostiene que los tratados sobre derechos fundamentales tienen una jerarquía inferior a una norma constitucional, pero superior a una legal. En sus palabras:

Revisten éstos, en efecto, una fuerza jurídica superior a la de la ley, sin dejar de estar comprendidos, desde el punto de vista formal, en el nivel de ésta, en virtud de que, de acuerdo con la Carta Fundamental, toda normativa sobre derechos de los gobernados pertenece a la órbita legislativa¹⁷

Agregando que “si tratados y leyes integran formalmente el mismo rango o jerarquía normativa, en la aplicación de ambas preceptivas a un caso concreto tendrá primacía la del tratado sobre el precepto legal”¹⁸.

Vivanco arriba a la misma conclusión, al señalar que “por el hecho de incorporarse a nuestra legislación como una ley común en cuanto a su tramitación, mal puede decirse que los tratados internacionales y los derechos en ellos reconocidos puedan tener rango constitucional”¹⁹. La misma autora defiende la supralegalidad del DIDH, al indicar que “en caso de controversia entre una ley común y un derecho esencial reconocido en un tratado internacional vigente, se preferirá éste por sobre la primera”²⁰. Bertelsen, en tanto, afirma que el DIDH tiene rango legal, al sostener que “los tratados internacionales no están en el mismo nivel, sino subordinados, como las leyes, a la Constitución, y de ahí que el papel que les corresponde es inferior”²¹.

En la doctrina favorable a la segunda posición, Medina Quiroga ha defendido que el DIDH tendría un valor constitucional. Para ella, la reforma de 1989

modificó la jerarquía normativa de los tratados referentes a derechos humanos, elevándolos a rango constitucional y modificó, por ende, la manera en que la Constitución se enriquecería con nuevos modos de protección o nuevos reconocimientos formales de los ‘derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana’²².

En esta misma línea, Cumplido Cereceda ha señalado que la reforma al artículo 5 ha provocado “una alteración en la jerarquía normativa en lo que se refiere a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, los que tendrían, a lo menos, rango constitucional”²³. Este autor sostiene la posibilidad que tiene el DIDH de derogar, en forma tácita, disposiciones de la Constitución que sean incompatibles con el primero. En este sentido, indica que “si en un tratado ratificado y vigente a la fecha de la reforma constitucional de 1989 se contiene un derecho humano contradictorio con alguno del artículo 19 de la Constitución, este último debe entenderse derogado tácitamente”²⁴, y que si esto ocurre luego de la reforma, también puede tener efecto derogatorio.

¹⁷ SILVA BASCUÑAN, A. *Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980: bases de la institucionalidad: nacionalidad y ciudadanía: justicia electoral*. Santiago: Editorial Jurídica, 1997. p. 124.

¹⁸ SILVA BASCUÑAN, A. *Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980: bases de la institucionalidad: nacionalidad y ciudadanía: justicia electoral*. Santiago: Editorial Jurídica, 1997. p. 124-125.

¹⁹ VIVANCO MARTÍNEZ, Á. *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Santiago: Ediciones UC, 2015. t. 1. p. 499.

²⁰ VIVANCO MARTÍNEZ, Á. *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Santiago: Ediciones UC, 2015. t. 1. p. 501.

²¹ BERTELSEN REPETTO, R. Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, v. 23, n. 2-3, p. 211-222, 1996. p. 218.

²² MEDINA QUIROGA, C. El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno. In: *CORPORACIÓN Nacional de Reparación y Reconciliación: constitución, tratados y derechos esenciales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1993. p. 13-54. p. 49.

²³ CUMPLIDO CERECEDA, F. Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales. *Revista Chilena de Derecho*, v. 23, n. 2-3, p. 255-258, 1996. p. 258.

²⁴ CUMPLIDO CERECEDA, F. Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales. *Revista Chilena de Derecho*, v. 23, n. 2-3, p. 255-258, 1996. p. 258. Cabe aclarar que el artículo 19 de la Constitución vigente contiene el catálogo de derechos fundamentales.

Silva Bascuñán rebate lo anterior, indicando que

La afirmación de que nuestra Carta se reforma, en virtud del tratado ratificado, en cuanto éste pugne con ella, se (sic) inaceptable, porque la Constitución Política del Estado sólo puede modificarse siguiendo las reglas de procedimiento fijadas en ella misma y sus preceptos rigen permanentemente respecto de todas las situaciones que se presenten en el devenir de la sociedad política, en tanto los tratados son acuerdos que, por su propia naturaleza, son de carácter temporal²⁵.

Uno de los argumentos frecuentemente utilizado por quienes defienden el rango constitucional de los tratados de derechos humanos, ha sido la teoría del “bloque de constitucionalidad”. De acuerdo con esta teoría, si los derechos humanos protegen la dignidad humana, no debiera importar el tipo de norma en la que se encuentren recogidos. Lo relevante es, entonces, su fundamento. Por lo mismo, este conjunto “no es una tabla cerrada, sino que se encuentra abierta al aseguramiento de nuevas exigencias esenciales de la dignidad de la persona humana”²⁶. Una de las características del bloque es, como su nombre alude, su indivisibilidad. En tal sentido, todos los derechos fundamentales que lo conforman, sin importar su fuente, tienen la misma jerarquía y por tanto, tienen el mismo valor. En este sentido, “posibilitan asegurar derechos fundamentales que no se encuentran explicitados en la Carta Fundamental”²⁷. Agrega Nogueira que

Los atributos que integran un derecho esencial o fundamental y sus garantías asegurados por el derecho convencional internacional forman parte del plexo de derechos fundamentales asegurados por la Constitución y constituyen límites al ejercicio de la soberanía, como asimismo, el respeto y promoción de tales derechos constituye un deber de todos los órganos estatales²⁸.

En este sentido,

El enfoque interpretativo de la Constitución y desde la Constitución, hecho en materia de derechos fundamentales, se complementa con el derecho internacional de los derechos humanos, el que viene de fuera pero se incorpora como fuente de derechos esenciales o fundamentales, complementando los que asegura directamente la Constitución²⁹.

De acuerdo con Nogueira,

El bloque de derechos fundamentales queda configurado así por a) los que asegura la Carta Fundamental explícita; b) los derechos implícitos; c) los que asegura el derecho convencional internacional de derechos humanos y derecho internacional humanitario; d) los que asegura el derecho internacional a través de los principios de *ius cogens*; y e) los que asegura el derecho internacional consuetudinario³⁰.

Respecto a Chile, Nogueira indica que

Está así integrado por derechos asegurados directamente por disposiciones de la Constitución formal y por los atributos y garantías de derechos asegurados por normas de derecho internacional, los que se asumen como constitución material, ya que constituyen una sola unidad o bloque que obtienen su calidad de ‘fundamentalidad’³¹.

De hecho, la Constitución vigente no regula derechos que están reconocidos en tratados internacionales

²⁵ SILVA BASCUÑAN, A. *Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980: bases de la institucionalidad: nacionalidad y ciudadanía: justicia electoral*. Santiago: Editorial Jurídica, 1997. p. 128.

²⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1. p. 25.

²⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1. p. 25.

²⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1. p. 33.

²⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1. p. 25.

³⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1. p. 25.

³¹ NOGUEIRA ALCALÁ, H. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, año 13, n. 2, p. 301-350, 2015. p. 313.

ratificados por Chile, por ejemplo, el derecho a la alimentación³², el derecho a una vivienda adecuada³³, el derecho al agua³⁴, entre otros. La aplicación de la teoría del bloque de constitucionalidad permitiría tener por incorporados estos derechos en el ordenamiento jurídico chileno con rango constitucional.

La discusión doctrinaria que se acaba de esbozar ha tenido un reflejo en la jurisprudencia nacional. En efecto, la Corte Suprema ha recogido el bloque de constitucionalidad en sus fallos, mientras que el TC ha ido en otra dirección, desplazado sistemáticamente al DIDH, relegándolo a un valor infraconstitucional. Este punto será tratado en el apartado siguiente.

Por otra parte, la Constitución no contiene una cláusula de interpretación conforme, que permita comprender los derechos fundamentales a la luz del avance y protección que dimana del DIDH. Más adelante detallaremos que implica congeniar el Derecho interno con los tratados que versan sobre derechos fundamentales. Como veremos luego, esta nueva omisión de la Carta termina por dejar de lado toda la labor interpretativa que han desarrollado sus diversos organismos y Cortes. A su turno, la Constitución tampoco regula el principio *pro persona*, o *pro homine*, que, como veremos, implica preferir la interpretación más protectora para el ejercicio de un determinado derecho fundamental, ya sea la del Derecho interno, o bien, la del Derecho internacional. Los problemas de la relación de la Carta fundamental con el DIDH no quedan allí.

3 Dos modelos distintos de jerarquía: la jurisprudencia sobre el Derecho internacional de los derechos humanos en Chile

En este apartado revisaremos jurisprudencia sobre el DIDH, dictadas por tribunales nacionales. Primero analizaremos sentencias del TC, que ha desplazado sistemáticamente al DIDH a una jerarquía infraconstitucional. Como veremos, esto contrasta con sentencias de tribunales ordinarios, donde se aprecian importantes avances en materia del reconocimiento y aplicación de esta rama del Derecho internacional.

3.1 La resistencia sistemática del Tribunal Constitucional a la aplicación del Derecho internacional de los derechos humanos

El TC es un órgano jurisdiccional regulado en la Constitución de 1980. Su composición y atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 92 y siguientes de la Carta Fundamental, así como en la Ley Orgánica del TC (LOC TC)³⁵.

³² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. 17 de noviembre de 1988. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Acceso en: 27 mayo 2021.

³³ NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021; NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Disponible en: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf Acceso en: 27 mayo 2021; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41)*. 30 de abril de 1948. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf Acceso en: 27 mayo 2021.

³⁴ Definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general No 15 (2002)*. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

³⁵ CHILE. *Ley N° 17.997 de 12 de mayo de 1981*. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29427> Acceso en: 27 mayo 2021. Posteriormente fue refundida mediante decreto. CHILE. *Decreto con Fuerza de Ley N° 5 de 1 de junio de 2010*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica

El TC, como todo órgano del Estado, tiene el deber de aplicar el DIDH cuando ejerce sus funciones, especialmente, en el control de constitucionalidad. Destacaremos algunas razones para defender esta afirmación. Desde la perspectiva del Derecho interno, el TC tiene el deber constitucional de respetar y promover los derechos humanos, obligación regulada en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, al que ya aludimos. Por otra parte, desde la perspectiva del Derecho internacional, los tratados internacionales de derechos humanos establecen obligaciones que los Estados deben cumplir. Cabe destacar las obligaciones de respeto, consistente en el deber de no vulnerar los derechos humanos; de protección, que implica impedir interferencias ilegítimas entre particulares en el ejercicio de los derechos; y de garantía, que impone la implementación de las acciones necesarias para asegurar el ejercicio de estos derechos. Estas obligaciones deben ser cumplidas por todos los órganos estatales, ya que de lo contrario resultarán infringidas, generándose la responsabilidad internacional del Estado de Chile³⁶.

Además, consideramos que si la protección del DIDH respecto de un derecho fundamental es mejor que la protección brindada por el Derecho interno, el TC debiese aplicar el primero, lo que no sucede en la práctica. Si el TC prefiere la regulación interna, pese a ser menos protectora que la del DIDH, lesionará los derechos fundamentales de las personas y además hará incurrir a Chile en responsabilidad internacional por la infracción de sus obligaciones internacionales. Entonces, cabe preguntarse si el TC ha aplicado el DIDH cuando ha ejercido sus funciones. A continuación, revisaremos algunas sentencias emblemáticas en las que dicha judicatura se ha referido a la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos fundamentales. Como se apreciará, para este tribunal los tratados internacionales que versan sobre derechos fundamentales tienen una jerarquía inferior a la Constitución.

Una de dichas sentencias está relacionada con la incorporación del Estatuto de Roma, esto es, el tratado internacional que creó la Corte Penal Internacional, cuya competencia está relacionada con la responsabilidad penal de las personas por la comisión de crímenes internacionales, a saber, la agresión, el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra³⁷. Chile firmó dicho tratado el 11 de septiembre de 1998 y el 6 de enero de 1999 lo sometió a la aprobación por parte del Congreso³⁸. El 4 de marzo de 2002, 35 diputados de partidos políticos de derecha³⁹ presentaron un requerimiento ante el TC para que revisara el procedimiento de aprobación y el contenido del Estatuto y declarase que eran contrarios a la Constitución vigente. En otras palabras, el sector político que perdió la deliberación en el Congreso, recurrió al TC para que esta judicatura le concediere lo que sus votos no le permitieron: bloquear el ingreso del Estatuto al ordenamiento interno. De acuerdo con el principal argumento de la solicitud, la competencia de la Corte Penal Internacional lesionaba la soberanía nacional. El requerimiento indicaba que:

Dar poder para que una entidad foránea de la magnitud que propone este tratado, pueda ejercer al interior de Chile y sobre chilenos actos que son propios de la soberanía interna, no está de ninguna manera autorizada en nuestra carta fundamental. Los límites a los cuales en esta materia podemos llegar están claramente sobrepasados⁴⁰.

No compartimos tal apreciación, ya que los tratados internacionales son precisamente un límite a la

Constitucional del Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1016103> Acceso en: 27 mayo 2021.

³⁶ SEPÚLVEDA, M. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Utrecht: Intersentia, 2003. p. 157-209.

³⁷ NACIONES UNIDAS. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 17 de julio de 1998. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

³⁸ Bajo el boletín 2293-10. El 22 de enero de 2002 se votó el primer trámite constitucional, dándose cuenta de 67 votos a favor y 35 votos en contra, sin abstenciones.

³⁹ 30 de ellos habían votaron en contra del Estatuto en el primer trámite constitucional.

⁴⁰ CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimiento de inconstitucionalidad. *Rol 346-02, 4 de marzo de 2002*.

soberanía y a los actos del Estado. La propia Constitución así lo señala en su artículo 5. En tal sentido, no visualizamos cómo el Estatuto de Roma y la Corte Penal Internacional podrían ir en contra de la Carta, entendiendo que esta última tiene una cláusula expresa de respeto a los tratados.

Sin embargo, en la sentencia Rol 346-02, el TC acogió el requerimiento y declaró la inconstitucionalidad de este tratado. Aquí el TC defendió una postura clara: el DIDH tiene una jerarquía inferior a la Constitución. El fallo indicó, a nuestro juicio en forma errónea, que “para que la Corte Penal Internacional sea un tribunal establecido para juzgar delitos cometidos en Chile, debe incorporarse al sistema interno mediante una adecuación constitucional”⁴¹. Al decidir esto, se otorgó al tratado un carácter infraconstitucional⁴². Parece bochornoso que nuestro país, luego de todas las violaciones a los derechos humanos que se dieron en la dictadura, declare inconstitucional la posibilidad que un tribunal internacional juzgue este tipo de crímenes. La reforma a la Carta Fundamental recién se realizó el año 2009, mediante la Ley N° 20.352⁴³, que introdujo la disposición transitoria vigésimocuarta, que autoriza al Estado a reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La segunda sentencia que comentaremos invita a revisar previamente el modelo de control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile. El control de constitucionalidad es un examen por medio del cual se contrastan normas de la Constitución con otras, para verificar si las últimas se ajustan o no a la Carta fundamental, y es una atribución que se otorga al TC en forma exclusiva. En el diseño constitucional chileno el control de constitucionalidad puede ser de tipo preventivo (*ex-ante*) o represivo (*ex-post*). El primero se realiza antes que la norma controlada forme parte del ordenamiento jurídico. El segundo tiene lugar cuando la norma contrastada ya es parte del ordenamiento. Por otro lado, los controles de constitucionalidad pueden clasificarse como obligatorios, donde el TC siempre debe realizar el examen; o bien, eventuales, donde el control solo ocurre si media un requerimiento previo. Como profundizaremos luego, la Constitución contempla un control preventivo y obligatorio para los tratados que versan sobre materias de leyes orgánicas⁴⁴. También contempla un control preventivo y eventual para los asuntos que se susciten durante la tramitación de los tratados sometidos a la aprobación del Congreso⁴⁵ que no versen sobre materias de leyes orgánicas.

Cabe referirse ahora al modelo de control represivo de los tratados que ya se encuentran ratificados por Chile. Existen dos acciones que permiten realizar el examen *ex-post*, a saber, la acción de inaplicabilidad⁴⁶ y la acción de inconstitucionalidad⁴⁷. La primera se aplica solo en el marco de una gestión judicial en concreto y de ser acogida genera la inaplicación de la norma impugnada en dicho proceso. En cambio, la acción de inconstitucionalidad es una acción popular y da lugar a un control abstracto, con lo cual de ser acogida la norma impugnada se expulsa del ordenamiento jurídico. Entre las facultades constitucionales del TC no se contempla expresamente el control de constitucionalidad represivo respecto de los tratados internacionales. En otras palabras, no existe norma que faculte a esta judicatura a contrastar normas de un tratado vigente y ratificado por Chile, con las de la Carta Fundamental, para ver si hay desajustes o diferencias⁴⁸.

⁴¹ CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 346-02, 8 de abril de 2002.

⁴² Indica: “[...] lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile”. CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 346-02, 8 de abril de 2002.

⁴³ CHILE. Ley N° 20.352 de 26 de mayo de 2009. Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1002776> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁴⁴ CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁴⁵ CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁴⁶ CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁴⁷ CHILE. Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁴⁸ Sobre el control de constitucionalidad en Chile, véase CONTRERAS VÁSQUEZ, P.; LOVERA PARMO, D. *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

El año 2005, mediante un proyecto de ley que buscó modificar la LOC TC, se propuso agregar de forma expresa que el TC no tuviere la facultad de analizar tratados internacionales vigentes por medio de una acción de inaplicabilidad. Sin embargo, mediante la sentencia Rol 1288-08, el TC declaró inconstitucional esta parte del proyecto de ley, indicando que esta reforma vulneraba sus propias facultades. En su opinión, los tratados internacionales son preceptos legales, y por tanto, “el Tribunal Constitucional puede declarar inaplicable la disposición de un tratado a un caso concreto, conforme a la atribución que le otorga el N° 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución”⁴⁹. Por ende, el TC interpretó que los tratados internacionales son asimilables a los preceptos legales, con lo cual consideró que estaba facultado por la norma que se acaba de citar para conocer de la acción de inaplicabilidad interpuesta para la inaplicación de un tratado internacional en un proceso judicial en concreto. A consecuencia de lo anterior, declaró inconstitucional la norma del proyecto de ley que denegaba su competencia para conocer de esta acción respecto de los tratados. Lo curioso es que actualmente el TC estima que puede conocer de esta acción basándose exclusivamente en el art. 93 N° 6, pero sin que exista una norma de rango legal que regule expresamente esta competencia. Nuevamente el razonamiento de esta sentencia fue el mismo que el esbozado en el precedente del Estatuto de Roma. El TC estimó que los tratados internacionales, entre estos, los que contienen derechos fundamentales, son preceptos legales, y, por tanto, tienen un valor inferior a la Constitución. Sostenemos que la decisión rebaja el grado de protección de los derechos humanos contenidos en el Derecho internacional, pues los sitúa por debajo de la Constitución.

El TC también ha sostenido que el DIDH tiene un rol infraconstitucional en la sentencia Rol 786-07 y en las sentencias roles 2387-12 y 2388-12. En la primera, el TC fue llamado a valorar una norma interna y contrastar una posible vulneración a la Convención sobre los Derechos del Niño. El fallo rechazó el requerimiento sin tomar en cuenta la Convención, evitando referirse al valor jerárquico que tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos en Chile. Es más, el voto del Ministro Correa Sutil que concurrió al voto de mayoría, indicó que

resulta inoficioso dilucidar si la eventual contradicción, que en la especie no existe, conllevaría un problema de constitucionalidad como el alegado, en virtud de la jerarquía constitucional que se pretende tengan las normas de derecho internacional de derechos humanos⁵⁰.

No compartimos esta posición. Al contrario, es esencial esclarecer este tipo de interrogantes en atención a las repercusiones que tienen para los derechos de las personas.

En las otras dos sentencias se solicitó al TC la declaración de inconstitucionalidad de ciertos artículos del proyecto de Ley General de Pesca y Acuicultura, entre otros motivos, por lesionar el derecho a la consulta indígena contenida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por Chile. El fallo rechazó el requerimiento, señalando que

nuestro texto fundamental no contiene una mención explícita al rango normativo de los tratados internacionales, ni siquiera cuando éstos versan sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana [pero que] de su contexto se infiere que los tratados internacionales tienen un rango inferior a la Constitución⁵¹.

De esta forma, el TC consolida una jurisprudencia que relega en forma expresa a los tratados internacionales sobre derechos fundamentales a una posición infraconstitucional. De acuerdo con un estudio cuantitativo sobre la jurisprudencia del TC, “en 70% de los casos que han sido decididos por el tribunal entre 2010 y 2013, los requirentes o las partes han invocado un argumento de DIDH. Pero que en solo 15,4% de todos los casos, la mayoría del Tribunal ha discutido este argumento”⁵². En tal sentido, sostenemos que el TC se resiste en forma sistemática a aplicar el DIDH.

⁴⁹ CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 1288-08, 25 de agosto de 2009*.

⁵⁰ CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 786-07, 13 de junio de 2007*.

⁵¹ CHILE. Tribunal Constitucional. *Roles 2387-12 y 2388-12, 23 de enero de 2013*.

⁵² SCHÖNSTEINER, J. El Derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: el mínimo común denominador. *Revista de Derecho*, n. 1, v. 29, p. 197-226, 2016. p. 223.

3.2 Los avances de la tribunales ordinarios

La postura resistente del TC contrasta con los avances que los tribunales ordinarios de justicia, especialmente la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones, han llevado a cabo. La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia no está alineada con la posición del TC. De hecho, hay importantes tendencias jurisprudenciales que han afirmado la jerarquía constitucional de los tratados de derechos fundamentales. Una de las líneas jurisprudenciales más importantes ha sido trazada a propósito de las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la dictadura⁵³.

De hecho, la invocación del DIDH en este tipo de casos se incrementó con posterioridad al fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) *Almonacid Arellano vs. Chile*⁵⁴, que entre otras cuestiones, condenó al Estado por la aplicación de una ley interna que otorgaba la amnistía a los perpetradores de los crímenes de la dictadura⁵⁵. En relación con lo anterior, la fundamentación de las sentencias sobre los crímenes del régimen dictatorial suele hacer referencia al DIDH y al Derecho internacional humanitario⁵⁶. También se ha recurrido a la noción de *ius cogens* para argumentar que los delitos cometidos en esa época eran crímenes de lesa humanidad⁵⁷. Asimismo, se ha acudido al Derecho internacional consuetudinario para sostener que la normativa sobre tales crímenes estaba vigente al momento de los hechos y concluir que se trataba de delitos inamnistiables e imprescriptibles⁵⁸. En varias sentencias se indica expresamente que la incorporación de las fuentes internacionales sobre derechos humanos puede proceder en base a lo dispuesto el artículo 5 inciso segundo de la Constitución⁵⁹. Por lo tanto, la aplicación del DIDH fue de mucha utilidad para evitar la aplicación de causales de impunidad y para impulsar la persecución de la justicia como respuesta a la comisión de crímenes estatales.

Asimismo, los tribunales ordinarios han hecho un esfuerzo por reconocer la obligatoriedad del DIDH en otros ámbitos. Si bien el objetivo de este trabajo no consiste en dar cuenta de todas estas tendencias

⁵³ Entre los estudios doctrinarios sobre esta tendencia jurisprudencial, véase FERNÁNDEZ NEIRA, K. Breve Análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 1, p. 467-488, 2010; HENRÍQUEZ VIÑAS; M. L. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 2, p. 73-119, 2008. p. 104, 113; NASH ROJAS, C.; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017. p. 214-216; NASH ROJAS, C. Control de convencionalidad en Chile: bases normativas, jurisprudencia, y críticas. In: HENRÍQUEZ VIÑAS, M.; MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.). *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER, 2017. p. 403-446; NÚÑEZ DONALD, C. *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. Santiago: Librotecnia, 2016. p. 171-190.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 154. 26 de septiembre de 2006. Luis Alfredo Almonacid Arellano era profesor de enseñanza básica y militante del Partido Comunista. Fue detenido por carabineros quienes le dispararon a la salida de su casa. En el curso del procedimiento judicial interno se aplicó el Decreto Ley 2191, que concede la amnistía a todas las personas, civiles o militares, que en su calidad de autores, cómplices o encubridores hubieran intervenido en los delitos cometidos entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978.

⁵⁵ CHILE. *Decreto Ley N° 2.191 de 18 de abril de 1978*. Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6849> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁵⁶ CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de casación, 13 de diciembre de 2006*; CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de reemplazo, 13 de diciembre de 2006*. (estas dos últimas sentencias se refieren a la ejecución extrajudicial de dos militantes del MIR); Corte Suprema (Chile). *Rol 517-2004, 17 de noviembre de 2004, considerando 34* (sobre la desaparición forzada del militante del MIR Miguel Ángel Sandoval Rodríguez); CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (Chile). *Rol 146-2006, 31 de julio de 2006*. (este caso trata la desaparición de Carlos Contreras Maluje dirigente de las Juventudes Comunistas y regidor de Concepción); Corte de Apelaciones de San Miguel (Chile). 26 de julio de 2010, N° 465-2008, considerando 7 (los hechos del caso se refieren a la ejecución extrajudicial de trabajadores de la Maestranza de Ferrocarriles de San Bernardo).

⁵⁷ CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de casación, 13 de diciembre de 2006*; CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de reemplazo, 13 de diciembre de 2006*; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (Chile). *Rol 146-2006, 31 de julio de 2006*.

⁵⁸ CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de casación, 13 de diciembre de 2006*; CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de reemplazo, 13 de diciembre de 2006*; CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (Chile). *Rol 465-2008, 26 de julio de 2010*.

⁵⁹ CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de casación, 13 de diciembre de 2006*; Corte Suprema (Chile). *Rol 517-2004, 17 de noviembre de 2004, considerando 34*; CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (Chile). *Rol 146-2006, 31 de julio de 2006*.

jurisprudenciales, vale la pena la cita de algunos ejemplos⁶⁰. En relación con los derechos de los pueblos indígenas, en el caso de la Comunidad Nahuelcura Domihuala, fallado por la Corte de Apelaciones de Temuco, se había realizado un proceso de publicación de una licitación para la distribución de agua potable, sin haberse implementado la consulta previa a la comunidad indígena. La Corte resolvió aplicando el DIDH y determinó que se debía anular el proceso de licitación debido a la falta de consulta previa⁶¹.

Un último ejemplo es una sentencia pronunciada por el Segundo Juzgado de Familia de Santiago. De acuerdo con los hechos, una pareja de lesbianas se había sometido a un tratamiento de fertilización asistida, pero sólo la madre biológica pudo ser inscrita como progenitora del niño en el registro de nacimientos del Servicio de Registro Civil e Identificación. Lo anterior tiene explicación en lo dispuesto por el artículo 182 del Código Civil, según el cual “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas”⁶². Así las cosas, la madre que no pudo ser inscrita interpuso una acción de reclamación de filiación en contra de su conviviente civil. Ante la ausencia de una norma interna que regular el asunto de otro modo, el tribunal construyó una contundente argumentación basada en el DIDH, aplicando tratados internacionales de los sistemas interamericano y universal. Asimismo, esta sentencia aplicó el control de convencionalidad, invocando jurisprudencia de la Corte IDH. El fallo indica que la obligatoriedad de estas fuentes se justifica en base a lo dispuesto en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución⁶³. Se trata de un caso muy interesante, porque es un excelente ejemplo para demostrar que el constitucionalismo entendido en un sentido transformador puede permitir superar las barreras impuestas por leyes internas que no razonan con una lógica centrada en los derechos humanos.

4 Propuestas de reconocimiento del Derecho internacional de los derechos humanos en una Nueva Constitución “transformadora”

Como se señaló anteriormente, la actual Constitución se limita a reconocer expresamente los deberes estatales de respetar y promover los derechos fundamentales recogidos por los tratados internacionales ratificados y vigentes, sin entregar claridad respecto de la aplicación del DIDH en el Derecho interno, lo que ha impactado negativamente en la protección de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico chileno. Esta falencia debe ser superada en la Nueva Constitución, a través de una disposición que regule la incorporación y aplicación del DIDH a nivel interno. Para el diseño de esta cláusula deben considerarse, al menos, cuatro cuestiones: 1) el tipo de normas internacionales sobre derechos humanos que deben incorporarse; 2) la eventual fijación de la jerarquía que deberían tener tales normas o la posible regulación de principios de interpretación, como el principio de la interpretación conforme y el principio *pro homine*; 3) la inclusión de algún mandato sobre el cumplimiento de las sentencias y decisiones de tribunales y órganos internacionales; y 4) la justiciabilidad de los derechos regulados en el DIDH por medio de las acciones constitucionales.

⁶⁰ Entre los estudios sobre la jurisprudencia que aplica DIDH. HENRÍQUEZ VIÑAS; M. L. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 2, p. 73-119, 2008; NASH ROJAS, C.; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017. p. 217-224; NASH ROJAS, C. Control de convencionalidad en Chile: bases normativas, jurisprudencia, y críticas. In: HENRÍQUEZ VIÑAS, M.; MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.). *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER, 2017. p. 403-446; NÚÑEZ DONALD, C. *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. Santiago: Librotecnia, 2016. p. 190-239.

⁶¹ CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (Chile). *Rol 454-2012, 3 de julio de 2012*.

⁶² CHILE. *Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 16 de mayo de 2000*. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁶³ CHILE. Segundo Juzgado de Familia De Santiago. *Rit C-10028-2019, 8 de junio de 2020*.

4.1 Las normas del Derecho internacional de los derechos humanos que deben incorporarse al Derecho interno

En cuanto al tipo de normas internacionales del DIDH que deberían ser incorporadas al Derecho nacional, la Nueva Constitución debería hacer referencia no sólo a los tratados internacionales, sino también a las otras fuentes relevantes del Derecho internacional, como la costumbre internacional, los principios generales del Derecho internacional y las normas de *ius cogens*, porque se trata de fuentes que juegan un papel esencial para la protección de los derechos humanos.

Creemos que la mejor opción es incluir una referencia genérica a las fuentes del DIDH, reconociéndolo como una parte integrante del Derecho interno. El Derecho comparado ofrece varios ejemplos de este tipo de disposiciones. Este es el caso de la Constitución de Alemania, la cual incluye en su artículo 25 una cláusula de recepción global de dichas fuentes, al señalar que “las normas generales del derecho internacional público son parte integrante del derecho federal”⁶⁴. Una cláusula muy similar puede encontrarse en el artículo 9.1 de la Constitución de Austria, según la cual “las normas de Derecho internacional generalmente reconocidas se consideran parte integrante del Derecho internacional federal”⁶⁵. El artículo 28.1 de la Constitución de Grecia reconoce que las reglas de Derecho internacional generalmente aceptadas son parte integral del Derecho griego⁶⁶, mientras que artículo 8.1 de la Constitución de Portugal señala que “Las reglas y principios de Derecho internacional general formarán parte integrante del derecho portugués”⁶⁷.

En lo que respecta a los tratados internacionales, no debería hacerse referencia a los tratados “de derechos humanos”, porque hay varios ejemplos de convenciones internacionales que sin tener por finalidad directa la consagración de este tipo de derechos, podrían regular cuestiones relacionadas con éstos⁶⁸. Sería recomendable seguir el ejemplo de la Constitución de México, la cual señala en su primer artículo que “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”. Una disposición de este tipo permitiría un reconocimiento de todos los tratados internacionales que incluyan disposiciones en materia de derechos humanos y no sólo de los “tratados de derechos humanos”⁶⁹.

En base a lo anterior, no consideramos adecuado que la Constitución contenga un listado específico de normativas, al estilo del artículo 75.2 de la Constitución de Argentina⁷⁰. Pese a que esta disposición ha tenido

⁶⁴ ALEMANIA. *Constitución de Alemania, 1949, con enmiendas hasta 2014*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

⁶⁵ AUSTRIA. *Constitución de Austria*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021.

⁶⁶ GRECIA. *Constitución de Grecia*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Greece?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁶⁷ PORTUGAL. *Constitución de Portugal*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Portugal?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021. Para más ejemplos, véase BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014; SHELTON, D. Introduction. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22. p. 14; MONROY CABRA, M. G. El derecho internacional como fuente del derecho constitucional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n. 1, p. 107-138, 2008. p. 118-120.

⁶⁸ Un ejemplo es la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, en materia del debido proceso y el derecho a la asistencia consular, cuestión que fue examinada por la Corte IDH en la Opinión Consultiva. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. OC/16/1999, Serie A No 16. 1 de julio de 1999. Véase CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011.

⁶⁹ CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011.

⁷⁰ Dentro del catálogo de instrumentos de DIDH se incluyen la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas

un impacto positivo en la protección de los derechos humanos en dicho país⁷¹, creemos que una cláusula de este tipo dejaría afuera a tratados que no son de derechos humanos, pero que regulan cuestiones relacionadas con estos. Además, si tomamos en consideración la práctica del TC chileno en materia de DIDH, resulta importante no dejar lugar a la duda respecto de la incorporación al ordenamiento interno de los tratados o instrumentos que no se enuncien expresamente por una eventual cláusula de este estilo. Por lo demás, es esperable que Chile vaya ratificando más tratados, tanto aquellos de los que aún no es parte, como nuevos tratados que se vayan aprobando en el futuro.

4.2 Principios de interpretación: superando la jerarquía

En relación con el problema de la jerarquía, ya hemos reseñado las diferentes posiciones que existen en la jurisprudencia del TC y los tribunales ordinarios. De cara al proceso constituyente que vive Chile, una alternativa consistiría en que la Nueva Constitución indique expresamente la jerarquía del DIDH en el ordenamiento jurídico interno⁷², otorgándole el rango constitucional a sus fuentes⁷³. De ese modo, los derechos regulados en dichas fuentes, se beneficiarían del principio de supremacía constitucional y primarían sobre las normas inferiores, sean legales o reglamentarias. Existen numerosas Constituciones en que se ha regulado con claridad la jerarquía de los tratados internacionales. Por ejemplo, la Constitución de Argentina señala expresamente que “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”, agregando un listado de tratados en materia de derechos humanos que “tienen jerarquía constitucional”⁷⁴. La Constitución de Venezuela, en el artículo 23, indica que “Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno”⁷⁵. Por su parte, el artículo 256.I de la Constitución de Bolivia otorga jerarquía supraconstitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos⁷⁶. Por lo demás, el reconocimiento jerárquico de los tratados de DIDH no es exclusivo de América Latina, ya que es posible encontrar ejemplos en variadas constituciones en Europa y el resto del mundo⁷⁷.

las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño. Además, se permite la inclusión de otros tratados de derechos humanos en el catálogo constitucional, al indicar: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. ARGENTINA. *Constitución de Argentina*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Argentina?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁷¹ NASH ROJAS, C; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017. p. 194-196; BAZÁN, V. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 2, p. 359-388, 2010. p. 372.

⁷² CONTRERAS VÁSQUEZ, P.; LOVERA PARMO, D. Nueva constitución y derecho internacional de los derechos humanos: problemas y desafíos. In: ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Una nueva Constitución para Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2018. p. 113-129. p. 123, 127.

⁷³ NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84.

⁷⁴ ARGENTINA. *Constitución de Argentina*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Argentina?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁷⁵ VENEZUELA. *Constitución de Venezuela*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Venezuela?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁷⁶ BOLIVIA. *Constitución de Bolivia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

⁷⁷ Para más ejemplos, véase BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014; FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 547; NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84. p. 48-51.

Sin embargo, en conformidad con la doctrina reciente, sostenemos que en la Nueva Constitución es necesario que se superen antiguas discusiones sobre la recepción formal y jerarquía de las fuentes del DIDH, basadas en concepciones monistas y dualistas respecto a las relaciones entre el Derecho internacional y el Derecho interno⁷⁸. Estas discusiones han probado ser insuficientes para explicar y dar solución a problemas de coordinación y articulación entre el DIDH y el Derecho interno, generando además situaciones de incumplimiento de obligaciones estatales, en virtud de su excesiva rigidez⁷⁹. Por lo mismo, sugerimos la alternativa de no regular explícitamente el rango normativo de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino que incorporar a nivel constitucional el principio de interpretación conforme de los derechos fundamentales y el principio *pro homine*.

De acuerdo con el primero, los tribunales y órganos públicos deben desempeñar sus competencias interpretando los derechos humanos de acuerdo con lo dispuesto tanto en las normas internacionales, como en la jurisprudencia y práctica internacional⁸⁰. Por su parte, el principio *pro homine*, reconocido en variados tratados⁸¹, tiene por finalidad imponer a los órganos públicos que adopten la decisión más protectora para los derechos humanos, especialmente, en los casos eventuales en que existan normas contradictorias que regulen la misma situación. Junto con lo anterior, el principio *pro homine* obliga a que las restricciones o limitaciones de derechos se consideren en sentido estricto, sin desarrollar interpretaciones extensivas a lo que señala expresamente el texto normativo⁸².

Un modelo de incorporación fundado en la interpretación conforme razona sobre la base de la complementariedad o convergencia entre el Derecho interno y el Derecho internacional, de manera tal que los derechos fundamentales regulados en la Constitución deben ser armonizados con las normas internacionales. De ese modo, la relación entre Constitución y Derecho internacional no se plantea en una lógica de conflicto, sino de coordinación y compatibilidad, con la finalidad de proteger a la persona de la mejor

⁷⁸ ACOSTA, P. Zombis vs Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, año 14, n. 1, p. 15-60, 2016; DÍAZ, R. Derecho internacional y derechos internos: ¿jerarquía o coordinación? *Revista de Derecho Público*, v. 77, p. 263-276, 2012. p. 264, 274; NASH ROJAS, C; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017. p. 211.

⁷⁹ ACOSTA, P. Zombis vs Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, año 14, n. 1, p. 15-60, 2016; NOLLKAEMPER, A. *National Courts and the International Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 286-288, 295, 296; NÚÑEZ DONALD, C. Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 3, p. 379-420, 2018. p. 386.

⁸⁰ CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011; FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 549; NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84. p. 53; NÚÑEZ DONALD, C. Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 3, p. 379-420, 2018. p. 385, 388.

⁸¹ A modo de ejemplo, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. 22 de noviembre de 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm Acceso en: 27 mayo 2021; NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021; NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021; NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁸² AGUILAR CAVALLO, G. Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 146, p. 13-59, 2016. p. 30-33; AGUILAR CAVALLO, G.; NOGUEIRA ALCALÁ, H. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, v. 84, p. 13-43, 2016; CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011; MEDELLÍN URQUIAGA, X. Principio *Pro Persona*: una revisión crítica desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, año 17, n. 1, p. 397-440, 2019. p. 440.

manera posible⁸³. En coherencia con el principio *pro homine*, si la función de los derechos humanos consiste en proteger ciertos atributos, facultades o necesidades básicas, no debería importar tanto la naturaleza de la norma que los regula, sino la mayor protección que brinda a la persona para un caso concreto⁸⁴.

Más aún, la incorporación a nivel constitucional de los principios *pro homine* y de interpretación conforme, permitiría a los operadores jurídicos nacionales cumplir de buena fe con los compromisos internacionales del Estado, junto con llevar a cabo el control de convencionalidad exigido por el sistema interamericano, sin tener que discutir respecto de la jerarquía de las fuentes de Derecho internacional en caso de controversia entre una norma interna y una norma internacional de derechos humanos⁸⁵. Estos principios son además coherentes con la noción de bloque de constitucionalidad a la que ya aludimos, porque obliga a posicionar a las normas en materia de derechos humanos en un plano de igualdad⁸⁶, la cual, como se ha revisado anteriormente, ha sido ampliamente aplicada por la jurisprudencia nacional, mas no por el TC.

Los principios de interpretación conforme y *pro homine* no son completamente ajenos a la legislación y jurisprudencia chilena. Por ejemplo, el artículo 10 de la Ley N° 20.403 sobre protección de refugiados, entrega un ejemplo de interpretación conforme, al señalar que “Los alcances y disposiciones de la presente ley y su reglamento se interpretarán conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967”⁸⁷. En el caso de la jurisprudencia, es posible encontrar algunos fallos de tribunales de justicia que aplican estos principios de manera implícita⁸⁸. Sin embargo, estos casos son escasos, situación que debiese cambiar al incorporar los principios de interpretación conforme y *pro homine* a nivel constitucional.

Cabe hacer presente que en el Derecho comparado existen algunos interesantes ejemplos de Constituciones que consagran cláusulas de interpretación conforme o de interpretación *pro homine*⁸⁹. Así, la Constitución de España adopta la interpretación conforme en su artículo 10.2, al señalar que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mis-

⁸³ DÍAZ, R. Derecho internacional y derechos internos: ¿jerarquía o coordinación? *Revista de Derecho Público*, v. 77, p. 263-276, 2012. p. 264.

⁸⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84. p. 54; FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 550.

⁸⁵ AGUILAR CAVALLLO, G. El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 41, p. 83-128, jul./dic. 2019; NASH ROJAS, C; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017. p. 210-211.

⁸⁶ FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 551; NOGUEIRA ALCALÁ, H. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, año 13, n. 2, p. 301-350, 2015. p. 314, 325, 326.

⁸⁷ CHILE. *Ley N° 20.403 de 15 de abril de 2010*. Establece disposiciones sobre protección de refugiados. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1012435> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁸⁸ Para una examinación de estos ejemplos, véase AGUILAR CAVALLLO, G. El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 41, p. 83-128, jul./dic. 2019.

⁸⁹ Para ejemplos de interpretación conforme y *pro homine* a nivel constitucional, véase BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014; FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 549-550; NOLLKAEMPER, A. *National Courts and the International Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2011. p. 147. Existen también ejemplos de incorporación de estos principios en la legislación comparada. Por ejemplo, el artículo V del Código Procesal Constitucional de Perú señala que “El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.” PERÚ. *Ley No 28.237 de 7 de mayo de 2004*. Código Procesal Constitucional. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

mas materias ratificados por España”⁹⁰. El artículo 93 de la Constitución de Colombia establece que “Los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán en conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”⁹¹. Por su parte, la Constitución ecuatoriana, en su artículo 417, incorpora el principio *pro homine* al indicar que “en el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la constitución”⁹².

Otro ejemplo interesante es el de la Constitución de Bolivia, donde el artículo 256.II incorpora tanto el principio de interpretación conforme como el *pro homine*, al señalar que “Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”⁹³. Un ejemplo importante es el de la Constitución mexicana, que en el párrafo primero de su artículo 1 dispone lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección”, agregando en el párrafo segundo que “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”⁹⁴. Esta disposición de la Constitución mexicana ha sido referida comúnmente por la literatura como un buen modelo de texto constitucional, ya que contiene una referencia genérica a todos los tratados que de alguna manera regulen derechos humanos, junto con asumir un modelo de interpretación conforme y consagrar explícitamente el principio *pro homine*⁹⁵.

De esta manera, es posible señalar que existen varios ejemplos de incorporación de los principios de interpretación conforme y *pro homine* en el Derecho constitucional comparado. En nuestra opinión, la implementación de un modelo similar en Chile, en el marco de una Nueva Constitución transformadora, implicaría un cambio de paradigma en beneficio de una mayor protección para los derechos humanos de todas las personas.

Otro tema que resulta importante examinar es el reconocimiento de las fuentes de *soft law* (Derecho blando) y el rol que juegan en la interpretación y aplicación de las fuentes primarias del DIDH. Resulta relevante recordar que los derechos fundamentales se consagran en los instrumentos internacionales de una manera similar a su regulación constitucional, o sea, como principios con un contenido abierto o flexible. Cuando los tribunales y órganos internacionales encargados de la supervisión de tales instrumentos ejercen sus competencias, interpretan el contenido de los derechos e individualizan las facultades que se desprenden de ellos. De ese modo, dictan sentencias, decisiones, opiniones consultivas o elaboran informes, lo que permite una interpretación auténtica de las fuentes principales del DIDH⁹⁶.

⁹⁰ ESPAÑA. *Constitución de España*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

⁹¹ COLOMBIA. *Constitución de Colombia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

⁹² ECUADOR. *Constitución de Ecuador*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Ecuador?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁹³ BOLIVIA. *Constitución de Bolivia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

⁹⁴ MEXICO. *Constitución de México*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Mexico?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁹⁵ CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Annuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011; FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 553; NÚÑEZ DONALD, C. Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 3, p. 379-420, 2018. p. 392-394.

⁹⁶ BOYLE, A. Soft law in international law making. In: EVANS, M. D. (ed.) *International Law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 125-128; CHINKIN, C. Sources. In: MOECKLY, D.; SHAH, S.; SIVAKUMARAN, S. (ed.) *International Human Rights Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 63-85; CUENCA GÓMEZ, P. La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos*,

El Derecho comparado no ofrece muchos ejemplos de reconocimiento expreso de *soft law* a nivel constitucional⁹⁷ o legal⁹⁸, siendo más bien utilizado como un instrumento interpretativo del DIDH a nivel jurisprudencial⁹⁹. Sin embargo, creemos que el principio de interpretación conforme obliga a considerar los instrumentos del *soft law*, con lo cual su regulación a nivel constitucional debería garantizar la aplicación de los mismos, lo que sería coherente con el paradigma del constitucionalismo transformador. Asimismo, en consideración de la poca uniformidad en la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales chilenos, creemos necesario que la cláusula de interpretación conforme se refiera expresamente a la práctica y jurisprudencia de órganos y tribunales internacionales, por cuanto se trata de intérpretes autorizados de los tratados que les corresponde supervisar.

4.3 El cumplimiento de las sentencias y decisiones internacionales

Otro punto que es importante destacar es la necesidad de regular el cumplimiento y ejecución a nivel interno de las sentencias y decisiones de los órganos de los sistemas interamericano y universal¹⁰⁰. Pese a que Chile tiene un nivel relativamente alto de cumplimiento de estas decisiones en comparación con otros países de la región¹⁰¹, la falta de una normativa interna integral que establezca los pasos administrativos, legales o judiciales para cumplir con una decisión internacional ha creado problemas prácticos de coordinación e implementación¹⁰².

Estas dificultades se hicieron evidentes respecto del cumplimiento de la sentencia del caso *Norín Catrimán y otros vs. Chile*¹⁰³, en donde la Corte IDH ordenó al Estado de Chile dejar sin efecto sentencias penales

n. 12, p. 1-24, 2012. p. 21-22.

⁹⁷ Un caso excepcional es el art. 75.22 de la Constitución de Argentina, que reconoce de manera expresa a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre, como fuentes obligatorias de jerarquía constitucional. Otro ejemplo lo da la Constitución de los Países Bajos, la cual reconoce a las decisiones de las organizaciones internacionales como “vinculantes para todas las personas en virtud de su contenido”. ARGENTINA. *Constitución de Argentina*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Argentina?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021; PAISES BAJOS. *Constitución de Países Bajos*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

⁹⁸ Por ejemplo, la Ley sobre Justicia Constitucional de Honduras, la cual, en su artículo 2, establece expresamente que en la interpretación constitucional que deben tomar en cuenta los instrumentos internacionales sobre derechos humanos de acuerdo con la interpretación que de ellos hagan los tribunales internacionales. HONDURAS. *Ley No 30.792 de 30 de agosto del 2004*. Ley sobre Justicia Constitucional. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Ley%20sobre%20Justicia%20Constitucional%20GACETA.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021. Lo mismo puede decirse respecto al artículo V del Código Procesal Constitucional de Perú. PERÚ. *Ley No 28.237 de 7 de mayo de 2004*. Código Procesal Constitucional. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

⁹⁹ BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014; SHELTON, D. Introduction. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22. p. 14-18.

¹⁰⁰ SCHÖNSTEINER, J.; COUSO, J. La implementación de las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 22, n. 2, p. 315-355, 2015. p. 345-346.

¹⁰¹ Por ejemplo, según datos entregados por la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas (AIDEF), al año 2020 Chile presentaba un 59% de cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH. Sin embargo, las actuaciones que dependen del Poder Ejecutivo tienen un cumplimiento más alto que aquellas que dependen del legislativo o judicial. ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS. *2º Informe Observatorio AIDEF*. 2020. Disponible en: <https://aidef.org/2-informe-observatorio-aidef/> Acceso en: 27 mayo 2021; SCHÖNSTEINER, J.; COUSO, J. La implementación de las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 22, n. 2, p. 315-355, 2015. p. 346.

¹⁰² En la actualidad, en Chile sólo existen decretos que regulan ciertos aspectos sobre la implementación de estas decisiones. Además, en el año 2016, con la creación de la Subsecretaría de Derechos Humanos, se entregó al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos la atribución de colaborar con el Ministerio de Relaciones Exteriores en materias de cumplimiento, pero sin definir el órgano responsable de la ejecución de la jurisprudencia de los órganos internacionales; DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. *Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional*. 31 de agosto de 2020. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/articulo-mecanismos-de-ejecucion-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-nivel-regional/> Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Norín Catrimán (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena*

condenatorias en contra de las víctimas del caso. Al no existir un mecanismo en el Derecho interno chileno que permita dejar sin efecto las sentencias penales condenatorias en virtud de una decisión internacional, la Corte Suprema acordó declarar en una resolución que “los fallos condenatorios citados han perdido los efectos que le son propios”, lo que generó algunos cuestionamientos por parte de la doctrina nacional¹⁰⁴.

El Derecho comparado otorga ejemplos de reconocimiento constitucional de la obligatoriedad de las sentencias de tribunales internacionales y de regulación de los procedimientos de ejecución de tales sentencias a nivel interno¹⁰⁵. Por ejemplo, el artículo 15 de la Constitución de Honduras señala que se “proclama como ineludible la validez y obligatoria ejecución de las sentencias arbitrales y judiciales de carácter internacional”¹⁰⁶. El artículo 31 de la Constitución de Venezuela dispone que “El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo”¹⁰⁷.

Junto con lo anterior, es posible encontrar ejemplos de legislación que regula los procedimientos de ejecución de las sentencias y decisiones de los órganos internacionales. Por ejemplo, el artículo 27 de la Ley N° 6.889 de Costa Rica señala que las resoluciones de la Corte IDH “tendrán la misma fuerza ejecutiva y ejecutoria que las dictadas por los tribunales costarricenses”¹⁰⁸. Por su parte, la legislación de Perú incluye normas procesales específicas que regulan el procedimiento de ejecución de resoluciones de órganos interamericanos y universales, incluyendo la ejecución de medidas de reparación indemnizatorias y no indemnizatorias¹⁰⁹.

En consideración de la experiencia comparada y los problemas que se presentan en Chile, postulamos que la Nueva Carta Fundamental debe reconocer la validez y ejecución obligatoria de la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano e internacional de derechos humanos. Además, se debe incluir un mandato constitucional que obligue al legislador a regular los procedimientos de ejecución interna de las mismas¹¹⁰. De esta manera, compartimos la idea de incluir una disposición constitucional al estilo de Honduras, pero con una suficiente regulación específica de implementación a nivel legal, como en el caso de Perú.

mapuche) y otros vs Chile. Fondos, reparaciones y costas. Serie C N. 279. 29 de mayo de 2014.

¹⁰⁴ CORTE SUPREMA (Chile). *AD 1386-14, 16 de mayo de 2019*; DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. *Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional*. 31 de agosto de 2020. p. 15-17. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/articulo-mecanismos-de-ejecucion-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-nivel-regional/> Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁰⁵ Para ejemplos de constituciones y legislación sobre cumplimiento de jurisprudencia internacional, véase. DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. *Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional*. 31 de agosto de 2020. p. 18-25. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/articulo-mecanismos-de-ejecucion-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-nivel-regional/> Acceso en: 27 mayo 2021.; SHELTON, D. Introduction. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22. p. 17-18.

¹⁰⁶ HONDURAS. *Constitución de Honduras*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Honduras_2013.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁰⁷ VENEZUELA. *Constitución de Venezuela*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Venezuela?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁰⁸ COSTA RICA. *Ley No 6.889 de 9 de septiembre de 1983*. Convenio para la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35927&nValor3=37878&strTipM=TC Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁰⁹ PERÚ. *Ley No 28.237 de 7 de mayo de 2004*. Código Procesal Constitucional. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021; PERÚ. *Ley No 27.775 de 22 de junio de 2002*. Que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Disponible en: <http://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2017/07/13162128/ley-n-27775.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021. Para una explicación de esta legislación, véase DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. *Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional*. 31 de agosto de 2020. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/articulo-mecanismos-de-ejecucion-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-nivel-regional/> Acceso en: 27 mayo 2021.

¹¹⁰ SCHÖNSTEINER, J; COUSO, J. La implementación de las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 22, n. 2, p. 315-355, 2015. p. 345.

4.4 Acciones constitucionales y Derecho internacional de los derechos humanos

Pasando a otro punto, sería deseable que la regulación de las acciones constitucionales en la Nueva Carta Política –como la acción de protección y la acción de amparo¹¹¹– especifique que los derechos fundamentales garantizados por éstas no sean solo los mencionados en la Constitución, sino también los regulados por el DIDH¹¹².

Un ejemplo para elaborar esta disposición constitucional sería el artículo 48 de la Constitución de Costa Rica, según la que

toda persona tiene derecho al recurso de habeas corpus para garantizar su libertad e integridad personales, así como al recurso de amparo para mantener el goce de los otros derechos consagrados en la Constitución, así como los de carácter fundamental establecidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos, aplicables a la República¹¹³.

El incluir una disposición de este tipo en la Nueva Constitución permitiría dar un avance significativo respecto de la realidad actual, en la cual los derechos consagrados en el DIDH no son justiciables por medio de estas acciones constitucionales, y para peor, no todos los derechos fundamentales reconocidos en la propia Constitución son accionables. Solo para dar ejemplos de esta situación, el derecho a la educación y el derecho a la seguridad social se encuentran consagrados en la Carta, pero no son objeto de la acción de protección recogida en el artículo 20.

Finalmente, la Nueva Constitución debería señalar expresamente que el TC u otro órgano al que se le atribuya la competencia de ejercer el control de constitucionalidad, debe estar obligado a considerar al DIDH como parámetro de dicho control¹¹⁴. De todas maneras, es importante recordar que, como señalamos anteriormente, de incorporar la Nueva Constitución las cláusulas de interpretación conforme y *pro homine*, todos los operadores jurídicos, incluidos el TC u otro órgano que asuma sus atribuciones, estarían obligados a elegir la fuente que mejor protege los derechos humanos, sea de carácter nacional o internacional.

5 La distribución de competencias en el proceso de incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos

En esta sección del trabajo se reflexionará sobre la manera en que la Nueva Constitución podría regular la distribución y asignación de las competencias en relación con el procedimiento de incorporación del DIDH, específicamente, respecto de los tratados sobre esa materia. Es necesario subrayar que, de acuerdo al objetivo de este artículo, el análisis se centrará en los tópicos del procedimiento de incorporación de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Ciertamente, el procedimiento de incorporación de estos tratados debe diseñarse con un adecuado equilibrio entre las competencias del Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo. Por ende, se trata de una materia íntimamente vinculada con la forma de gobierno que se

¹¹¹ El recurso de protección chileno protege sólo derechos específicos individuales, con excepción de la libertad personal individual, la cual es tutelada por el recurso de amparo chileno. Este último es similar al *habeas corpus* en el derecho comparado. CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

¹¹² NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84. p. 56, 57, 78.

¹¹³ COSTA RICA. *Constitución de Costa Rica*. Disponible en: https://constituteproject.org/countries/Americas/Costa_Rica?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021.

¹¹⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84. p. 59-60.

adoptará en el nuevo texto constitucional. De todos modos, consideramos que pueden ser pertinentes algunas advertencias generales que se formularán a lo largo de este apartado. Así, en primer lugar se tratarán las atribuciones que deberían desempeñar los poderes del Estado que se mencionaron. En segundo lugar, se analizará brevemente si la ciudadanía podría participar directamente en el procedimiento de incorporación. También se harán algunas alusiones a las competencias en materia de reserva y denuncia de los tratados. Finalmente, el apartado concluirá con un análisis sobre la (im)procedencia del control de constitucionalidad respecto de tratados de derechos humanos.

5.1 El papel del Poder Legislativo

Actualmente, el Congreso Nacional tiene la función de aprobar o desechar los tratados internacionales. Antes de manifestar el consentimiento, el Presidente de la República somete a la decisión del Congreso la incorporación del tratado, la cual se tramita de acuerdo con el procedimiento de formación de la ley, debiendo ambas cámaras decidir si aprueban el tratado con el quórum que corresponda según la materia regulada en el mismo¹¹⁵.

Es indispensable que en la Nueva Constitución el Poder Legislativo, como representante legítimo de la ciudadanía, ejerza un control democrático sobre la incorporación de los tratados internacionales¹¹⁶, tal como sucede en la gran mayoría de las constituciones comparadas¹¹⁷. Para tal efecto, la Nueva Constitución debería contener una cláusula que exija la necesidad de aprobación parlamentaria respecto de todos los tratados y eventualmente debería especificar los tratados que no deberían contar con dicha aprobación¹¹⁸. En nuestra opinión, los tratados sobre derechos humanos deberían someterse al procedimiento de aprobación por parte del Poder Legislativo y en ningún caso deberían ser considerados como *executive treaties*, porque en atención a la materia que regulan, requieren el ejercicio de un control democrático.

La Constitución actual contempla quórum supramayoritarios para la aprobación de ciertas leyes según el tipo de materia sobre la que versan¹¹⁹. Los quórum de aprobación de los tratados, incluyendo los de derechos humanos, siguen la misma lógica, con lo cual debe determinarse en cada caso qué tipo de materia regulan y proceder a su aprobación con el quórum legislativo que corresponda¹²⁰.

¹¹⁵ CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021; GARCÍA BARZELATTO, A. M. Informe en derecho: control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo. *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 1, p. 469-480, 2007. p. 473-474. Señalando que algunos trámites del procedimiento para la formación de la ley no se aplican en el caso de los tratados; HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001. p. 372-373; ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154. p. 128-129.

¹¹⁶ BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014.

¹¹⁷ SHELTON, D. Introduction. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22. p. 8. Por ejemplo, véase FRANCIA. *Constitución de Francia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; JAPÓN. *Constitución de Japón*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; NORUEGA. *Constitución de Noruega*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Norway_2016.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; REPUBLICA CHECA. *Constitución de República Checa*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf Acceso en: 27 mayo 2021. Para más ejemplos, véase MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 91.

¹¹⁸ HOLLIS, D. B. A Comparative approach to treaty law and practice. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 1-58. p. 34.

¹¹⁹ CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021. De ese modo, las materias de ley orgánica constitucional se aprueban con el quórum de cuatro séptimos de diputados y senadores en ejercicio; las de ley de quórum calificado exigen el quórum de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio; finalmente, para las materias de ley ordinaria basta reunir el quórum de mayoría simple de diputados y senadores presentes.

¹²⁰ CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

En relación con este punto, algunos modelos comparados exigen el cumplimiento de requisitos adicionales y/o un quórum supramayoritario para la aprobación de ciertos tipos de convenciones internacionales¹²¹. Así, en algunos Estados la incorporación de tratados que se consideran contrarios a la Constitución, requieren el mismo quórum que el de una reforma constitucional¹²².

En nuestra opinión, la incorporación de un tratado de derechos humanos debería proceder cumpliéndose el quórum de mayoría simple y no estar sujeto a otros trámites legislativos más exigentes¹²³. La aprobación de este tipo de tratados tiene por objeto fortalecer la protección de las personas, siendo este un motivo suficiente para no requerir el cumplimiento de exigencias procedimentales excesivas en una Nueva Constitución transformadora. Además, si esta consagrare un modelo basado en la interpretación conforme y el principio *pro homine*, no debería producirse una contradicción entre sus disposiciones y los tratados de derechos humanos que integren al ordenamiento jurídico nacional, con lo cual no se justificaría la exigencia de los procedimientos de reforma constitucional para la incorporación de esas convenciones, suponiendo que las reformas de la Nueva Constitución requieran cumplir procedimientos más exigentes que la aprobación de una ley.

5.2 La participación directa de la ciudadanía

Algunos modelos comparados estipulan mecanismos de participación popular directa para aprobación de tratados sobre cierto tipo de materias¹²⁴. El ejemplo más llamativo es el de la Constitución de Suiza, que contempla diferentes tipos de referéndums respecto de distintos tipos de tratados¹²⁵. Por su parte, la Constitución de Bolivia regula la realización opcional de un referéndum para incorporar cualquier tratado, siempre que se cumplan los requisitos para su convocatoria, mientras que exige un referéndum obligatorio para la ratificación de tratados sobre ciertas materias¹²⁶. La Constitución de Francia también regula referéndum respecto de tratados que inciden “en el funcionamiento de las instituciones”¹²⁷.

La opción de someter a la voluntad popular la aprobación de un tratado de derechos humanos debe ser

¹²¹ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 92-93; HONDURAS. *Constitución de Honduras*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Honduras_2013.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; ALEMANIA. *Constitución de Alemania, 1949, con enmiendas hasta 2014*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; REPUBLICA CHECA. *Constitución de República Checa*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf Acceso en: 27 mayo 2021. En la doctrina chilena, entre los autores favorables a la aprobación con quórum supramayoritario de los tratados que se consideran contrarios a la Constitución, véase GAMBOA SERAZZI, F. Derecho internacional y derecho interno. *Revista de Actualidad Jurídica*, n. 2, p. 23-31, 2000. p. 29, 31; FERMANDOIS, A. El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales. *Revista chilena de Derecho*, v. 30, n. 3, p. 471-489, 2003. p. 488. Este último sólo respecto de tratados que implican “transferencia limitada y calificada de soberanía, a órganos supranacionales”.

¹²² PAISES BAJOS. *Constitución de Países Bajos*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; PERÚ. *Constitución de Perú*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

¹²³ Nos parece un mal modelo el de la Constitución de Brasil, art. 5(3) (exige un quórum supramayoritario para los tratados de derechos humanos). BRASIL. *Constitución de Brasil*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

¹²⁴ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 91-92.

¹²⁵ SUIZA. *Constitución de Suiza*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021; WILDHABER, L.; SCHEIDEGGER, A.; SCHINZEL, M. D. Switzerland. In: HOLLIS *et al.* (ed.). *National treaty law and practice*. dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 627-685. p. 653-657; MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 91-92.

¹²⁶ BOLIVIA. *Constitución de Bolivia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

¹²⁷ FRANCIA. *Constitución de Francia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; PORTUGAL. *Constitución de Portugal*. Disponible en: <https://www.constituteproject.org/countries/Europe/Portugal?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021. Admitiendo la procedencia del referéndum para cuestiones de interés nacional que deban ser decididas mediante tratados y sobre tratados vinculados con la Unión Europea.

objeto de un atento estudio y en ningún caso debería ser descartada, sobre todo si se tiene en consideración que Chile no ha ratificado importantes instrumentos internacionales de derechos humanos¹²⁸. Por otra parte, uno de los grandes anhelos de la ciudadanía, que se hizo presente durante el estallido social y sigue vigente en el actual momento constituyente, consiste en poder contar con mecanismos de participación directa. Estimamos que en materia de derechos humanos, es relevante poder escuchar precisamente a sus destinatarios, esto es, a todas las personas que forman parte de la comunidad política. En tal sentido, la Convención Constitucional es soberana para poder configurar un procedimiento mediante el cual se pueda plebiscitar la incorporación de un tratado. Este mecanismo podría ser propuesto por algún órgano y/o por un grupo considerable de ciudadanos(as) que reúna una determinada cantidad de firmas. Sostenemos que el resultado de un plebiscito de esta índole debiese ser vinculante para el órgano legislativo.

5.3 El papel del Poder Ejecutivo

En el diseño constitucional actual, el Presidente de la República es el órgano facultado para negociar los tratados y manifestar el consentimiento del Estado en orden a obligarse con su cumplimiento¹²⁹, funciones que son ejercidas en coordinación con el Ministerio de Relaciones Exteriores¹³⁰. Cabe recordar que actualmente el Presidente es Jefe de Estado y también Jefe de Gobierno. Algunos autores han señalado que la manifestación del consentimiento es una facultad exclusivamente radicada en el Presidente, tanto así que éste podría no ratificar un tratado pese a que el Congreso Nacional haya procedido a su aprobación previa¹³¹. Esta es una clara manifestación del sistema hiperpresidencial que impera actualmente en Chile. Sin embargo, si la Nueva Constitución transita hacia un sistema semi-presidencial o parlamentario, las competencias sobre negociación y manifestación del consentimiento de los tratados deberían ser objeto de una distribución entre la Jefatura de Estado y el Gobierno¹³², con la finalidad de que estas importantes decisiones no sean ejercidas por un solo órgano.

5.4 Las reservas

En relación con las reservas, la Constitución vigente establece que el Congreso sólo tiene la facultad de sugerir su formulación y de pronunciarse sobre su retiro¹³³. Sin embargo, el Presidente de la República es el órgano facultado en último término para decidir si las formula o retira. Por ende, se trata de un modelo en que el órgano legislativo, por un lado, detenta una facultad meramente propositiva de reservas sin ningún efecto vinculante para el Ejecutivo y, por otro lado, ejerce una función consultiva con respecto al retiro de

¹²⁸ Entre los tratados no ratificados se pueden mencionar, a modo de ejemplo, ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. 17 de noviembre de 1988. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Acceso en: 27 mayo 2021; NACIONES UNIDAS. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. 4 de marzo de 2019. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf Acceso en: 27 mayo 2021.

¹²⁹ CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

¹³⁰ CHILE. *Ley N° 21.080 de 20 de marzo de 2018*. Modifica diversos cuerpos legales con el objeto de modernizar el Ministerio de Relaciones Exteriores. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1116334> Acceso en: 27 mayo 2021; ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154. p. 125-126.

¹³¹ ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154. p. 126, 128.

¹³² HOLLIS, D. B. A Comparative approach to treaty law and practice. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 1-58. p. 20.

¹³³ CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

las mismas, lo que tampoco tiene efecto vinculante¹³⁴. En la regulación de las reservas, por tanto, salta a la vista otra clara manifestación del actual hiperpresidencialismo chileno.

Sin embargo, en el Derecho constitucional comparado hay modelos que otorgan un mayor protagonismo al Congreso en esta materia, por ejemplo, sometiendo la decisión de la formulación o retiro a la aprobación parlamentaria¹³⁵ o incluso concediendo al órgano legislativo la competencia de proponer reservas obligando al Ejecutivo a presentarlas¹³⁶. Nos parece adecuado un modelo en que el Poder Legislativo ejerza un control intenso en lo que se refiere a la presentación y retiro de las reservas. Sostenemos lo anterior, ya que este Poder es el legítimo representante del pueblo.

5.5 La denuncia

Los Estados tienen la facultad de retirarse de un tratado mediante un acto que se denomina “denuncia”¹³⁷. De acuerdo con la Constitución vigente, el Presidente de la República es el único órgano facultado para ejercer esta atribución, dado que el Congreso Nacional solo debe emitir un pronunciamiento que no es vinculante¹³⁸. Consideramos que el ejercicio de esta relevante facultad requiere un mayor control por parte del Congreso, el cual debería aprobar la denuncia antes de que sea formulada por el Presidente, tal como se estipula en algunas Constituciones comparadas¹³⁹. Esto permitiría que las distintas fuerzas políticas puedan llegar a un consenso, que eventualmente podría ser contrario a la decisión del Presidente. La necesidad de un diálogo entre estas distintas fuerzas resulta especialmente relevante en una materia tan delicada como la denuncia de un tratado sobre derechos fundamentales, dado que su formulación podría conllevar una disminución significativa del nivel de protección de los derechos de las personas.

Nuevamente, el argumento que justifica nuestra posición crítica se relaciona con la necesidad de un mayor control democrático en el proceso de denuncia de los tratados. De hecho, parece poco coherente que el Poder Ejecutivo detente la exclusividad para denunciar un tratado respecto del cual, por mandato de la Constitución, se ha requerido contar con la aprobación parlamentaria para su previa incorporación al ordenamiento interno¹⁴⁰. Incluso, no sería descabellado que respecto de tratados de derechos humanos, la

¹³⁴ ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154. p. 130-131.

¹³⁵ COMMITTEE OF LEGAL ADVISERS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW. *Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty*. Analytical Report And Country Reports. Council of Europe. 21 de enero de 2001. Disponible en: <https://rm.coe.int/168004ad95> Acceso en: 27 mayo 2021. p. 68-69.

¹³⁶ COMMITTEE OF LEGAL ADVISERS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW. *Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty*. Analytical Report And Country Reports. Council of Europe. 21 de enero de 2001. Disponible en: <https://rm.coe.int/168004ad95> Acceso en: 27 mayo 2021. p. 69-70. Un ejemplo en este sentido se da en la práctica en Estados Unidos, dado que se ha interpretado que el Senado tiene la facultad de condicionar la aprobación a un tratado a la formulación de una reserva, pese a que la Constitución de Estados Unidos no se refiere expresamente a estas. Al respecto, véase DALTON, R. E. *National treaty law and practice: United States*. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 765-822. p. 774-777.

¹³⁷ NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf Acceso en: 27 mayo 2021; GIEGERICH, T. Article 56. Denunciation of or withdrawal from a treaty containing no provision regarding termination, denunciation or withdrawal. In: DÖRR, O. *et al.* (ed.) *Vienna Convention on the law of treaties: a commentary*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2012. p. 967-987.

¹³⁸ ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154. p. 139.

¹³⁹ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 94; ESPAÑA. *Constitución de España*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; PERÚ. *Constitución de Perú*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; PAISES BAJOS. *Constitución de Países Bajos*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021. Sobre este último caso, véase BROUWER, J. C. *National treaty law and practice: the netherlands*. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 483-536. p. 494.

¹⁴⁰ HOLLIS, D. B. A Comparative approach to treaty law and practice. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice*: dedicated to the memory of Monroe Leigh. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 1-58. p. 28-29.

Nueva Constitución regular la posibilidad de que se active un mecanismo de participación ciudadana, para que en definitiva sean los propios titulares de los derechos quienes decidan en forma soberana y vinculante sobre su esta materia.

5.6 El control de constitucionalidad

Anteriormente, hemos hecho referencia a la regulación del control de constitucionalidad de los tratados internacionales en Chile. En el panorama comparado¹⁴¹ hay algunos modelos que contemplan un control de constitucionalidad *ex ante*¹⁴² y/o *ex post*¹⁴³ de los tratados internacionales, mientras que en otras Constituciones se prohíbe expresamente todo tipo de control de constitucionalidad¹⁴⁴. En este apartado problematizaremos la pregunta sobre la plausibilidad de que en la Nueva Constitución se atribuya a un órgano la competencia para llevar a cabo este control respecto de los tratados internacionales de derechos humanos. Dividiremos la explicación en dos partes, la primera dedicada al control preventivo y la segunda al control represivo.

5.6.1 Control preventivo

Como se adelantó, en la Constitución vigente en Chile existe un control preventivo eventual u obligatorio de los tratados internacionales dependiendo de la materia que regulan. La doctrina nacional mayoritaria es favorable a un control preventivo *ex ante* obligatorio para todos los tratados¹⁴⁵. Para defender la procedencia del control de constitucionalidad preventivo de las convenciones internacionales, se suele argumentar que este tipo de control tendría la capacidad para evitar la incorporación al ordenamiento jurídico interno de tratados contradictorios con la Carta¹⁴⁶. También se ha esgrimido que un control de esta índole evitaría

¹⁴¹ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 95.

¹⁴² BOLIVIA. *Constitución de Bolivia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; COLOMBIA. *Constitución de Colombia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; ESPAÑA. *Constitución de España*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; FRANCIA. *Constitución de Francia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; PORTUGAL. *Constitución de Portugal*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Portugal?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021; REPUBLICA CHECA. *Constitución de República Checa*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁴³ AUSTRIA. *Constitución de Austria*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021; BRASIL. *Constitución de Brasil*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁴⁴ PAISES BAJOS. *Constitución de Países Bajos*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021; LUXEMBURGO. *Constitución de Luxemburgo*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Luxembourg_2009.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁴⁵ Por ejemplo, véase ALDUNATE, E. La posición de los tratados internacionales en el sistema jurídico de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho positivo. *Ius et Praxis*, año 16, n. 2, p. 185-210, 2010. p. 194; FERNANDOIS, A. El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales. *Revista chilena de Derecho*, v. 30, n. 3, p. 471-489, 2003. p. 488; GAMBOA SERAZZI, F. Derecho internacional y derecho interno. *Revista de Actualidad Jurídica*, n. 2, p. 23-31, 2000. p. 31; HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001. p. 376-377; NOGUEIRA ALCALÁ, H. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*, v. 5, n. 1, p. 59-88, 2007. p. 71-72; SAENGER GIANONI, F. Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución?. *Revista Chilena de Derecho*, v. 20, n. 2-3, p. 647-667, 1993. p. 661; TRONCOSO, C. Control de constitucionalidad de los tratados: análisis y comentarios del fallo del tribunal constitucional de 25 de agosto de 2009. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 149-157, 2010. p. 157.

¹⁴⁶ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 105; HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001. p. 378; TRONCOSO, C. Control de constitucionalidad de los tratados: análisis y comentarios del fallo del tribunal constitucional de 25 de agosto de 2009. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 149-157, 2010. p. 157.

la responsabilidad internacional del Estado, lo que incluso justificaría el reemplazo del control *ex post* por un control *ex ante* de los tratados¹⁴⁷, dado que el primero no tendría la capacidad para evitar dicha responsabilidad y más bien sería una causa de su configuración en el evento de que se aplique en un caso concreto¹⁴⁸.

De acuerdo con una primera crítica contra el control preventivo, según Mendez la gran mayoría de los tratados internacionales, probablemente, no serían contrarios a las normas constitucionales¹⁴⁹, lo que no justificaría un control obligatorio para todos los tratados, sino que a lo más un control eventual para los casos que susciten más suspicacia, regulándose adecuadamente la legitimidad activa y el procedimiento para la activación de un control de esta naturaleza.

Por otra parte, un modelo de control *ex ante* tiene inconvenientes para las relaciones internacionales del Estado, dado que frente a la declaración preventiva de inconstitucionalidad del tratado, las alternativas a disposición no son muchas, las que serán enunciadas a continuación¹⁵⁰. Se podría optar por la no manifestación del consentimiento de obligarse con el tratado¹⁵¹. Asimismo, se podría introducir una modificación al texto constitucional para permitir la incorporación del tratado¹⁵². También se podría presentar una reserva o declaración interpretativa, siempre que el tratado lo permita¹⁵³. En algunos sistemas, se acepta que un tratado declarado inconstitucional pueda ser incorporado al ordenamiento interno mediante su aprobación parlamentaria con un quórum supramayoritario¹⁵⁴. Una última alternativa consistiría en impulsar una negociación o enmienda del tratado, procedimiento que jurídicamente estará regulado en el mismo instrumento o supletoriamente en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y que políticamente dependerá de la voluntad de los Estados partes¹⁵⁵.

Consideramos que, para los tratados internacionales sobre materias distintas a los derechos fundamentales, podría ser razonable un control preventivo eventual, regulándose adecuadamente la legitimidad activa para promoverlo, dado que permitiría analizar con detención los tratados que se tensionan con las normas de la Constitución, incluyendo por cierto, las disposiciones constitucionales que consagran derechos fundamentales. No estamos de acuerdo con un control preventivo obligatorio de todos los tratados, dado que implicaría otorgar a un órgano como una Corte Constitucional el poder de decidir sobre la incorporación

¹⁴⁷ VERDUGO, S. ¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales?: crítica a una propuesta inconveniente. *Anuario de Derecho Público*, p. 449-477, 2010. p. 468.

¹⁴⁸ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 103, 105, 106; DJAJIĆ, S. Serbia. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 526-554. p. 545. Explicando las críticas de la Comisión de Venecia al control *ex post* en Serbia y su propuesta de reemplazarlo por un control *ex ante*.

¹⁴⁹ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 104.

¹⁵⁰ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 106.

¹⁵¹ Esta situación se produjo en Francia respecto de la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias tras su declaración de inconstitucionalidad por parte del Consejo Constitucional. Al respecto, véase NEUMAN, G. L. The brakes that failed: constitutional restriction of international agreements in France. *Cornell International Law Journal*, v. 45, n. 2, p. 257-365, 2012. p. 326-330.

¹⁵² Al igual que en el caso chileno, esta fue la solución adoptada para la incorporación del Estatuto de Roma en Francia tras su declaración de inconstitucionalidad por parte del Consejo Constitucional. FRANCIA. *Constitución de Francia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁵³ COLOMBIA. *Constitución de Colombia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021. Estableciendo que si la Corte Constitucional declara inexecutable una o varias normas de un tratado, el Presidente de la República solo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva. ABELLO GALVIS, R. La Corte Constitucional y el derecho internacional: los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2007. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, año 1, n. 1, p. 263-391, 2008.

¹⁵⁴ PORTUGAL. *Constitución de Portugal*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Portugal?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

¹⁵⁵ NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf Acceso en: 27 mayo 2021. REPUBLICA CHECA. *Constitución de República Checa*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf Acceso en: 27 mayo 2021. Impide la ratificación de un tratado declarado inconstitucional hasta que se resuelva la discrepancia entre el tratado y la Constitución.

de los tratados. Ahora bien, en cuanto a los tratados de derechos humanos, el control preventivo de constitucionalidad —eventual u obligatorio— debiese eliminarse, dado que la decisión sobre su incorporación debe quedar radicada en los órganos democráticos representativos. Por lo demás, tal como ha sido enunciado a lo largo de este trabajo, si la Nueva Constitución asegura un modelo de interpretación conforme y *pro homine*, resulta bastante difícil imaginar un caso en que un tratado de derechos humanos contradiga el texto constitucional.

5.6.2 Control represivo

Como se explicó anteriormente, en la actualidad el TC podría declarar inaplicable un tratado internacional en el marco de un proceso judicial específico. De todos modos, pese a algunos intentos puntuales de generar la inaplicación de algunos tratados de derechos humanos, el TC no ha dictado ninguna sentencia acogiendo una petición de esta naturaleza¹⁵⁶.

El control de constitucionalidad *ex post* de los tratados ha sido defendido por tratarse de un control concreto que permitiría identificar inconstitucionalidades en la aplicación práctica del instrumento internacional en un caso determinado, siendo este un problema que el control *ex ante* no tendría la capacidad de detectar, al ser un control abstracto¹⁵⁷.

El control represivo de los tratados también ha sido defendido con argumentos basados en el respeto de la democracia y los derechos humanos, argumentándose que el proceso de formación de los tratados en sede internacional no cumpliría con las exigencias del juego democrático que sí tendrían aplicación en el proceso de formación de la ley a nivel nacional¹⁵⁸. Por otro lado, la tutela de los derechos fundamentales, especialmente, aquellos que han sido constitucionalizados, también justificaría el ejercicio de un control *ex post* de aquellos tratados que podrían entrar en tensión con tales derechos¹⁵⁹.

La principal crítica que se dirige contra el control *ex post* de los tratados explica que su declaración de inconstitucionalidad generaría su inaplicación en un caso concreto o su expulsión del ordenamiento jurídico, dependiendo de si el control tiene efecto particular o general. Cualquiera sea el caso, lo anterior traería como consecuencia el incumplimiento del tratado y con ello la responsabilidad internacional del Estado¹⁶⁰.

De hecho, en la literatura crítica del control represivo de los tratados es frecuente la invocación de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. La primera de estas disposiciones consagra el principio *pacta sunt servanda*, de acuerdo con el cual los tratados internacionales son obligatorios para los Estados partes y deben ser cumplidos de buena fe¹⁶¹. A su vez, de acuerdo con el

¹⁵⁶ CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 2789-15, 25 de marzo de 2015; CHILE. Tribunal Constitucional. Rol 6447-19, 31 de mayo de 2019. Caso sobre el asesinato de Víctor Jara y Littré Quiroga, en el cual se intentó inaplicar el Estatuto del Tribunal de Núremberg por haber sido citado en *obiter dicta* en una resolución del caso. Al respecto, COLLINS, C. La memoria en los tiempos del cólera: verdad, justicia, reparaciones, y garantías de no repetición por los crímenes de la dictadura chilena. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, p. 23-132, 2019. p. 91-92.

¹⁵⁷ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 97, 104; VERDUGO, S. ¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales?: crítica a una propuesta inconveniente. *Annuario de Derecho Público*, p. 449-477, 2010. 473.

¹⁵⁸ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 97-98.

¹⁵⁹ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 98.

¹⁶⁰ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 99, 103-104; críticamente, NÚÑEZ POBLETE, M. A. Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales: un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 2, p. 431-464, 2010. p. 452-457; TRONCOSO, C. Control de constitucionalidad de los tratados: análisis y comentarios del fallo del tribunal constitucional de 25 de agosto de 2009. *Annuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 149-157, 2010. p. 157.

¹⁶¹ GARCÍA BARZELATTO, A. M. Informe en derecho: control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo. *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 1, p. 469-480, 2007. p. 476; HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control

segundo de los artículos citados, un Estado no puede invocar las de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado¹⁶².

Estas críticas son especialmente pertinentes respecto de los tratados de derechos humanos, dado que su inaplicación podría acarrear el incumplimiento de las obligaciones del Estado configurándose su responsabilidad internacional por la vulneración de derechos básicos de la persona. Esta es una razón suficiente para que la Nueva Constitución no contemple este tipo de control respecto de las convenciones sobre derechos humanos. Por lo demás, si se consagra una cláusula de interpretación conforme y *pro homine*, en los casos en los cuales se produzca una antinomia entre una norma constitucional sobre derechos humanos y un tratado internacional sobre la misma materia, primará la más protectora. De ese modo, no se podría producir un supuesto de inconstitucionalidad, con lo cual el control represivo sobre estos tratados carecería de sentido. Así, la conflictividad que supone la defensa de la supremacía constitucional ante este tipo de tratados, quedaría diluida por medio de la interpretación conforme y el principio *pro homine*¹⁶³.

Mendez intenta defender la procedencia de un control represivo “débil” en virtud del cual el órgano que ejerce el control no debería tener la facultad de imponer la inaplicación o invalidación del tratado, sino solamente la atribución de advertir al Poder Ejecutivo, al Poder Legislativo o a ambos, para que procedan a promover una enmienda del tratado o su denuncia¹⁶⁴. El mismo autor sostiene que un control *ex post* en un sentido “fuerte”, en cuya virtud el órgano que lo ejerciere tuviere la facultad de exigir la denuncia de un tratado al Poder Ejecutivo, en la práctica produciría el mismo resultado¹⁶⁵. En nuestra opinión, un control represivo débil o fuerte que se aplique con efectos generales y conduzca a la terminación del tratado de derechos humanos mediante su denuncia es un panorama incluso menos auspicioso que el actualmente vigente en Chile, ya que se otorgaría a un Tribunal o Corte Constitucional el poder de impulsar la terminación de un tratado que ha sido incorporado al ordenamiento jurídico interno mediante el respaldo democrático del Parlamento.

Para cerrar este apartado, consideramos que en una Constitución transformadora que se adhiera al modelo de interpretación conforme, complementado con el principio *pro homine*, resulta complejo imaginar una contradicción entre una norma constitucional sobre derechos humanos y una norma de un tratado sobre la misma materia, justamente, porque ese modelo razona en una lógica de compatibilidad e interacción y no en términos de contradicción o conflictividad normativa. Por tanto, reiteramos que no sería procedente, ni justificable un control de constitucionalidad preventivo o represivo respecto de los tratados internacionales sobre derechos humanos.

de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001. p. 380; MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 99.

¹⁶² DJAJIĆ, S. Serbia. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 526-554. p. 545. En relación con las críticas de la Comisión de Venecia dirigidas contra el control de constitucionalidad *ex post* de los tratados internacionales autorizado por el art. 167.2 de la Constitución de Serbia. SERBIA. *Constitución de Serbia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Serbia_2006.pdf?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021; GARCÍA BARZELATTO, A. M. Informe en derecho: control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo. *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 1, p. 469-480, 2007. p. 475; HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001. p. 378, 380.

¹⁶³ Sobre la supremacía constitucional como argumento para la justificación del control represivo, véase VERDUGO, S. ¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales?: crítica a una propuesta inconveniente. *Anuario de Derecho Público*, p. 449-477, 2010. p. 465-467.

¹⁶⁴ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 99-100. Un modelo de este tipo está regulado en: POLONIA. *Constitución de Polonia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_2009.pdf?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021. En virtud del cual el efecto jurídico de la sentencia de inconstitucionalidad con alcance general de un tratado (no de inaplicación para el caso concreto) podría tener lugar tras el transcurso de un plazo de 12 meses contados desde la publicación de la decisión del Tribunal Constitucional. GARLICKI, L.; MASTERNAK-KUBIAK, M.; WÓJTOWICZ, K. Poland. In: SLOSS, D. (ed.) *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 370-409. p. 381-382. Dentro de este plazo debería considerarse si se denuncia el tratado o se promueve su enmienda.

¹⁶⁵ MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017. p. 100.

6 Conclusiones

La Constitución vigente no regula la jerarquía normativa de los tratados internacionales, ni siquiera de los que versan sobre derechos fundamentales. Esta omisión ha abierto una larga discusión doctrinaria al respecto, donde existen visiones contrastadas. Lo anterior también ha incidido en la aplicación del DIDH que hacen los tribunales. En este sentido, el TC ha sostenido en forma sistemática que este tiene una jerarquía infraconstitucional. Ello contrasta con importantes avances que se han dado en los tribunales superiores, que aplican la doctrina del bloque de constitucionalidad y por tanto dan una jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos.

Teniendo en cuenta el diagnóstico anterior, proponemos que la Nueva Constitución chilena incluya disposiciones que reconozcan al DIDH como parte integrante del Derecho interno, lo que incluiría al conjunto de fuentes que regulen materias de derechos humanos. Además, postulamos que la Nueva Constitución debe incorporar a nivel constitucional los principios de interpretación conforme y *pro homine*. En coherencia con estos principios, sugerimos que la Nueva Constitución reconozca al *soft law* como instrumento interpretativo del DIDH. Junto con lo anterior, proponemos incluir una disposición constitucional que reconozca la validez obligatoria de la jurisprudencia de los órganos del sistema internacional de derechos humanos, con la inclusión de un mandato constitucional que obligue al legislador a establecer los órganos competentes y el procedimiento de ejecución de estas decisiones a nivel interno. Asimismo, planteamos que la Nueva Constitución señale expresamente que los derechos fundamentales protegidos a través de las acciones constitucionales incluyan los garantizados por el DIDH. Finalmente, manifestamos que se incorpore una disposición a nivel constitucional que obligue al TC u otro órgano que asuma sus atribuciones, a considerar al DIDH como parámetro para el ejercicio del control de constitucionalidad.

De esta manera, consideramos que una Nueva Constitución con una mayor claridad y reconocimiento sobre la incorporación y aplicación del DIDH en el Derecho interno, nos permitiría dejar atrás la duplicidad de interpretaciones que se dan en la actualidad por los operadores jurídicos chilenos, disminuyendo además la posible responsabilidad internacional del Estado. El Derecho constitucional comparado nos da varios ejemplos de incorporación y aplicación del DIDH, los cuales pueden servir de inspiración a las y los constituyentes nacionales.

En cuanto a la distribución de competencias relativas al proceso de incorporación de los tratados de derechos humanos, consideramos que debe otorgarse un mayor protagonismo al Poder Legislativo, el cual debería ejercer un control democrático en lo que se refiere a la aprobación de los tratados, pero también a la formulación y retiro de las reservas y a la denuncia. Asimismo, consideramos que sería pertinente regular algunos mecanismos de participación popular directa en relación con el ejercicio de estas funciones. Finalmente, estimamos que no sería pertinente someter a los tratados internacionales de derechos humanos a un control de constitucionalidad preventivo ni represivo, debido a que no se justificaría si es que la Nueva Constitución adopta los principios de interpretación conforme y *pro homine*.

Referencias

- ABELLO GALVIS, R. La Corte Constitucional y el derecho internacional: los tratados y el control previo de constitucionalidad 1992-2007. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, año 1, n. 1, p. 263-391, 2008.
- ACOSTA, P. Zombis vs Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, año 14, n. 1, p. 15-60, 2016.
- AGUILAR CAVALLO, G. El principio de interpretación conforme a los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 41, p. 83-128, jul./dic. 2019.

- AGUILAR CAVALLO, G. Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 146, p. 13-59, 2016.
- AGUILAR CAVALLO, G.; NOGUEIRA ALCALÁ, H. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, v. 84, p. 13-43, 2016.
- ALDUNATE, E. La posición de los tratados internacionales en el sistema jurídico de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del Derecho positivo. *Ius et Praxis*, año 16, n. 2, p. 185-210, 2010.
- ALEMANIA. *Constitución de Alemania, 1949, con enmiendas hasta 2014*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/German_Federal_Republic_2014.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.
- ARANGO, R. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune en América Latina. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 179-191.
- ARGENTINA. *Constitución de Argentina*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Argentina?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.
- ASOCIACIÓN INTERAMERICANA DE DEFENSORÍAS PÚBLICAS. *2º Informe Observatorio AIDEF*. 2020. Disponible en: <https://aidef.org/2-informe-observatorio-aidef/> Acceso en: 27 mayo 2021.
- AUSTRIA. *Constitución de Austria*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2013.pdf?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021.
- BARTOLINI, G. A Universal approach to international law in contemporary constitutions: does it exist? *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, v. 3, n. 4, p. 1287-1320, 2014.
- BASSA MERCADO, J. *Chile decide: por una nueva Constitución*. Santiago: Editorial Planeta, 2020.
- BAZÁN, V. El derecho internacional de los derechos humanos desde la óptica de la Corte Suprema de Justicia de Argentina. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 2, p. 359-388, 2010.
- BERTELSEN REPETTO, R. Rango jurídico de los tratados internacionales en el derecho chileno. *Revista Chilena de Derecho*, v. 23, n. 2-3, p. 211-222, 1996.
- BOLIVIA. *Constitución de Bolivia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.
- BOYLE, A. Soft law in international law making. In: EVANS, M. D. (ed.) *International Law*. 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- BRASIL. *Constitución de Brasil*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Brazil_2017.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.
- BROUWER, J. C. National treaty law and practice: the netherlands. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.) *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 483-536.
- CABALLERO OCHOA, J. L. La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (Artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n. 41, p. 165-188, 2011.
- CHILE. *Constitución Política de la República de Chile*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 16 de mayo de 2000*. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto con Fuerza de Ley N° 5 de 1 de junio de 2010*. Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1016103> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto Ley N° 1 de 11 de septiembre de 1973*. Acta de constitución de la junta de gobierno. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=237897> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto Ley N° 128 de 12 de noviembre de 1973*. Aclara el sentido y alcance del artículo 1° del decreto ley N° 1, de 1973. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=5787> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto Ley N° 2.191 de 18 de abril de 1978*. Concede amnistía a las personas que indica por los delitos que señala. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=6849> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Decreto Ley N° 788 de 2 de diciembre de 1974*. Dicta normas sobre el ejercicio del poder constituyente. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=204417> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 17.997 de 12 de mayo de 1981*. Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=29427> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 18.825 de 15 de junio de 1989*. Modifica la Constitución Política de la República de Chile. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=30201> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 20.352 de 26 de mayo de 2009*. Reforma constitucional que autoriza al Estado de Chile para reconocer el Estatuto de Roma, que crea la Corte Penal Internacional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1002776> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 20.403 de 15 de abril de 2010*. Establece disposiciones sobre protección de refugiados. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1012435> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 21.080 de 20 de marzo de 2018*. Modifica diversos cuerpos legales con el objeto de modernizar el Ministerio de Relaciones Exteriores. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1116334> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. *Ley N° 21.200 de 23 de diciembre de 2019*. Modifica el Capítulo XV de la Constitución Política de la República. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1140340> Acceso en: 27 mayo 2021.

CHILE. Segundo Juzgado de Familia De Santiago. *Rit C-10028-2019, 8 de junio de 2020*.

CHILE. Tribunal Constitucional. Requerimiento de inconstitucionalidad. *Rol 346-02, 4 de marzo de 2002*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 1288-08, 25 de agosto de 2009*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 2789-15, 25 de marzo de 2015*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 346-02, 8 de abril de 2002*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 6447-19, 31 de mayo de 2019*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Rol 786-07, 13 de junio de 2007*.

CHILE. Tribunal Constitucional. *Roles 2387-12 y 2388-12, 23 de enero de 2013*.

CHINKIN, C. Sources. In: MOECKLY, D.; SHAH, S.; SIVAKUMARAN, S. (ed.) *International Human Rights Law*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2018. p. 63-85.

COLLINS, C. La memoria en los tiempos del cólera: verdad, justicia, reparaciones, y garantías de no repetición por los crímenes de la dictadura chilena. *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, p. 23-132, 2019.

COLOMBIA. *Constitución de Colombia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2015.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

COMISIÓN DE ESTUDIOS PARA LA NUEVA CONSTITUCIÓN. *Actas oficiales de la comisión constituyente*. Disponible en: https://www.bcn.cl/lc/cpolitica/constitucion_politica/Actas_comision_ortuzar/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf Acceso en: 27 mayo 2021.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. *Observación general No 15 (2002)*. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

COMMITTEE OF LEGAL ADVISERS ON PUBLIC INTERNATIONAL LAW. *Expression of Consent by States to be Bound by a Treaty*. Analytical Report And Country Reports. Council of Europe. 21 de enero de 2001. Disponible en: <https://rm.coe.int/168004ad95> Acceso en: 27 mayo 2021.

CONTRERAS VÁSQUEZ, P.; LOVERA PARMO, D. *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.

CONTRERAS VÁSQUEZ, P.; LOVERA PARMO, D. Nueva constitución y derecho internacional de los derechos humanos: problemas y desafíos. In: ASOCIACIÓN CHILENA DE DERECHO CONSTITUCIONAL. *Una nueva Constitución para Chile*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2018. p. 113-129.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (Chile). *Rol 465-2008, 26 de julio de 2010*.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (Chile). *Rol 146-2006, 31 de julio de 2006*.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO (Chile). *Rol 454-2012, 3 de julio de 2012*.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N° 154. 26 de septiembre de 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal*. OC/16/1999, Serie A No 16. 1 de julio de 1999.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Norín Catrimán (dirigentes, miembros y activistas del pueblo indígena mapuche) y otros vs Chile*. Fondos, reparaciones y costas. Serie C N. 279. 29 de mayo de 2014.

CORTE SUPREMA (Chile). *AD 1386-14, 16 de mayo de 2019*.

CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 517-04, 17 de noviembre de 2004*.

CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de casación, 13 de diciembre de 2006*.

CORTE SUPREMA (Chile). *Rol 559-04, sentencia de reemplazo, 13 de diciembre de 2006*.

COSTA RICA. *Constitución de Costa Rica*. Disponible en: https://constituteproject.org/countries/Americas/Costa_Rica?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021.

COSTA RICA. *Ley No 6.889 de 9 de septiembre de 1983*. Convenio para la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=35927&nValor3=37878&strTipM=TC Acceso en: 27 mayo 2021.

CUENCA GÓMEZ, P. La incidencia del Derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos*, n. 12, p.

1-24, 2012.

CUMPLIDO CERECEDA, F. Alcances de la modificación del artículo 5° de la Constitución Política Chilena en relación a los tratados internacionales. *Revista Chilena de Derecho*, v. 23, n. 2-3, p. 255-258, 1996.

DALTON, R. E. National treaty law and practice: United States. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.). *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 765-822.

DE “PLAZA Italia” a “Plaza de la Dignidad”: los pasos para el cambio de nombre oficial. *El Mostrador*, 2019. Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/12/04/de-plaza-italia-a-plaza-de-la-dignidad-los-pasos-para-el-cambio-de-nombre-oficial/> Acceso en: 27 mayo 2021.

DÍAZ, R. Derecho internacional y derechos internos: ¿jerarquía o coordinación? *Revista de Derecho Público*, v. 77, p. 263-276, 2012.

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA. *Mecanismos de ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a nivel regional*. 31 de agosto de 2020. Disponible en: <http://decs.pjud.cl/articulo-mecanismos-de-ejecucion-de-sentencias-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos-a-nivel-regional/> Acceso en: 27 mayo 2021.

DJAJIĆ, S. Serbia. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 526-554.

ECUADOR. *Constitución de Ecuador*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Ecuador?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

ESPAÑA. *Constitución de España*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

FERMANDOIS, A. El Tribunal Penal Internacional y sus implicancias constitucionales. *Revista chilena de Derecho*, v. 30, n. 3, p. 471-489, 2003.

FERNÁNDEZ NEIRA, K. Breve Análisis de la jurisprudencia chilena, en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 1, p. 467-488, 2010.

FERRER MC-GREGOR, E. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, p. 531-622, 2011.

FRANCIA. *Constitución de Francia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

GAMBOA SERAZZI, F. Derecho internacional y derecho interno. *Revista de Actualidad Jurídica*, n. 2, p. 23-31, 2000.

GARCÍA BARZELATTO, A. M. Informe en derecho: control de constitucionalidad de los tratados internacionales con especial referencia al control represivo. *Estudios Constitucionales*, año 5, n. 1, p. 469-480, 2007.

GARLICKI, L.; MASTERNAK-KUBIAK, M.; WÓJTOWICZ, K. Poland. In: SLOSS, D. (ed.) *The role of domestic courts in treaty enforcement: a comparative study*. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 370-409.

GIEGERICH, T. Article 56. Denunciation of or withdrawal from a treaty containing no provision regarding termination, denunciation or withdrawal. In: DÖRR, O. *et al.* (ed.). *Vienna Convention on the law of treaties: a commentary*. Berlin-Heidelberg: Springer, 2012. p. 967-987.

GRECIA. *Constitución de Grecia*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Greece?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

- GUATEMALA. *Constitución de Guatemala*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Guatemala?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.
- HENRÍQUEZ VIÑAS, M. L. Control de constitucionalidad de los tratados de derechos humanos. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, v. 22, p. 371-383, 2001.
- HENRÍQUEZ VIÑAS; M. L. Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios Constitucionales*, año 6, n. 2, p. 73-119, 2008.
- HOLLIS, D. B. A Comparative approach to treaty law and practice. In: HOLLIS, D. B. *et al.* (ed.). *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 1-58.
- HONDURAS. *Constitución de Honduras*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Honduras_2013.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.
- HONDURAS. *Ley No 30.792 de 30 de agosto del 2004. Ley sobre Justicia Constitucional*. Disponible en: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Documents/Ley%20sobre%20Justicia%20Constitucional%20GACETA.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.
- HUNGRÍA. *Constitución de Hungría*. Disponible en: https://constituteproject.org/constitution/Hungary_2016?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021.
- ITALIA. *Constitución de Italia*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Italy?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.
- JAPÓN. *Constitución de Japón*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.
- LUXEMBURGO. *Constitución de Luxemburgo*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Luxembourg_2009.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.
- MEDELLÍN URQUIAGA, X. Principio *Pro Persona*: una revisión crítica desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, año 17, n. 1, p. 397-440, 2019.
- MEDINA QUIROGA, C. El derecho internacional de los derechos humanos y el ordenamiento jurídico chileno. In: *CORPORACIÓN Nacional de Reparación y Reconciliación: constitución, tratados y derechos esenciales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1993. p. 13-54.
- MENDEZ, M. Constitutional review of treaties: lessons for comparative constitutional design and practice. *I•CON*, v. 15, n. 1, p. 84-109, 2017.
- MEXICO. *Constitución de México*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Mexico?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.
- MONROY CABRA, M. G. El derecho internacional como fuente del derecho constitucional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, n. 1, p. 107-138, 2008.
- NACIONES UNIDAS. *Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe*. 4 de marzo de 2019. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/43595/1/S1800429_es.pdf Acceso en: 27 mayo 2021.
- NACIONES UNIDAS. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969. Disponible en: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf Acceso en: 27 mayo 2021.
- NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño*. 20 de noviembre de 1989. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021.
- NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. Disponible en: ht-

[tps://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

NACIONES UNIDAS. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*. 17 de julio de 1998. Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf) Acceso en: 27 mayo 2021.

NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021.

NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. 16 de diciembre de 1966. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx> Acceso en: 27 mayo 2021.

NASH ROJAS, C. Control de convencionalidad en Chile: bases normativas, jurisprudencia, y críticas. In: HENRÍQUEZ VIÑAS, M.; MORALES ANTONIAZZI, M. (coord.). *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER, 2017. p. 403-446.

NASH ROJAS, C; NÚÑEZ DONALD, C. Recepción Formal y sustantiva del derecho internacional de los derechos humanos: experiencia comparada y el caso chileno. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 19, n. 148, p. 185-231, enero-abril 2017.

NEUMAN, G. L. The brakes that failed: constitutional restriction of international agreements in France. *Cornell International Law Journal*, v. 45, n. 2, p. 257-365, 2012.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. Consideraciones sobre la normativa constitucional acerca de derechos fundamentales y sus garantías en la perspectiva de reforma o cambio constitucional. In: AGUILAR CAVALLO, G (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 40-84.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales: dogmática de los derechos fundamentales, interpretación de derechos y derechos de la personalidad*. Santiago: Librotecnia, 2010. t. 1.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, año 13, n. 2, p. 301-350, 2015.

NOGUEIRA ALCALÁ, H. Reforma constitucional de 2005 y control de constitucionalidad de tratados internacionales. *Estudios Constitucionales*, v. 5, n. 1, p. 59-88, 2007.

NOLLKAEMPER, A. *National Courts and the International Rule of Law*. New York: Oxford University Press, 2011.

NORUEGA. *Constitución de Noruega*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Norway_2016.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

NÚÑEZ DONALD, C. Apertura constitucional al derecho internacional de los derechos humanos en una nueva constitución. *Ius et Praxis*, v. 24, n. 3, p. 379-420, 2018.

NÚÑEZ DONALD, C. *Control de convencionalidad: teoría y aplicación en Chile*. Santiago: Librotecnia, 2016.

NÚÑEZ POBLETE, M. A. Sobre la declaración de inaplicabilidad de los tratados internacionales: un estudio en defensa de su fundamento y legitimidad. *Estudios Constitucionales*, año 8, n. 2, p. 431-464, 2010.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta de la Organización de los Estados Americanos (A-41)*. 30 de abril de 1948. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf Acceso en: 27 mayo 2021.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32)*. 22 de noviembre de 1969. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm Acceso en: 27 mayo 2021.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"*. 17 de noviembre de 1988. Disponible en: <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> Acceso en: 27 mayo 2021.

ORREGO VICUÑA, F.; ORREGO BAUZÁ, F. National treaty law and practice: Chile. In: HOLLIS *et al.* (ed.) *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 123-154.

PAISES BAJOS. *Constitución de Países Bajos*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Netherlands_2008?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

PARA RECORDAR: a 30 años del plebiscito que reformó la Constitución. *Servel*, 2019. Disponible en: <https://www.servel.cl/para-recordar-a-30-anos-del-plebiscito-que-reformo-la-constitucion/> Acceso en: 27 mayo 2021.

PERÚ. *Constitución de Perú*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2021.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

PERÚ. *Ley No 27.775 de 22 de junio de 2002*. Que regula el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales supranacionales. Disponible en: <http://cdn01.pucp.edu.pe/idehpucp/wp-content/uploads/2017/07/13162128/ley-n-27775.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

PERÚ. *Ley No 28.237 de 7 de mayo de 2004*. Código Procesal Constitucional. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9510.pdf> Acceso en: 27 mayo 2021.

PFEFFER URQUIAGA, E. Los tratados internacionales sobre derechos humanos y su ubicación en el orden normativo interno. *Ius et Praxis*, v. 9, n. 1, 2003. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-00122003000100021&script=sci_arttext Acceso en: 27 mayo 2021.

PIÑERA: "Estamos en guerra contra un enemigo poderoso". *CNN Chile*, 2019. Disponible en: https://www.cnnchile.com/pais/pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso_20191021/ Acceso en: 27 mayo 2021.

POLONIA. *Constitución de Polonia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_2009.pdf?lang=es Acceso en: 27 mayo 2021.

PORTUGAL. *Constitución de Portugal*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Europe/Portugal?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Diez años de auditoría a la democracia: antes del estallido*. Santiago: PNUD, 2019.

QUINZIO FIGUEIREDO, J. ¿Reformas a la constitución política o una nueva constitución política? Chile necesita una constitución generosa. *Revista de Derecho*, n. 212, v. 1, p. 173-177, 2002.

REPUBLICA CHECA. *Constitución de República Checa*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Czech_Republic_2002.pdf Acceso en: 27 mayo 2021.

ROA ROA, J. E. El rol del juez constitucional en el constitucionalismo transformador latinoamericano. *MPIL Research Paper*, n. 2020-11. Disponible en: <https://www.mpil.de/en/pub/publications/mpil-research-paper-series.cfm> Acceso en: 27 mayo 2021.

SAENGER GIANONI, F. Consideraciones para estimar que los tratados en materia de derechos humanos no forman parte de la Constitución". *Revista Chilena de Derecho*, v. 20, n. 2-3, p. 647-667, 1993.

SCHÖNSTEINER, J. El Derecho internacional de los derechos humanos en el Tribunal Constitucional chileno: el mínimo común denominador. *Revista de Derecho*, n. 1, v. 29, p. 197-226, 2016.

SCHÖNSTEINER, J; COUSO, J. La implementación de las decisiones de los órganos interamericanos de derechos humanos en Chile: ensayo de un balance. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 22, n. 2, p. 315-355, 2015.

SEPÚLVEDA, M. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Utrecht: Intersentia, 2003.

SERBIA. *Constitución de Serbia*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Serbia_2006.pdf?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021.

SHELTON, D. Introduction. In: SHELTON, D. (ed.) *International law and domestic legal systems: incorporation, transformation, and persuasion*. Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 1-22.

SILVA BASCUÑAN, A. *Tratado de derecho constitucional: la Constitución de 1980: bases de la institucionalidad: nacionalidad y ciudadanía: justicia electoral*. Santiago: Editorial Jurídica, 1997.

SUIZA. *Constitución de Suiza*. Disponible en: https://www.constituteproject.org/constitution/Switzerland_2014.pdf?lang=en Acceso en: 27 mayo 2021.

TRONCOSO, C. Control de constitucionalidad de los tratados: análisis y comentarios del fallo del tribunal constitucional de 25 de agosto de 2009. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 6, p. 149-157, 2010.

VENEZUELA. *Constitución de Venezuela*. Disponible en: <https://constituteproject.org/countries/Americas/Venezuela?lang=en> Acceso en: 27 mayo 2021.

VERDUGO, S. ¿Control obligatorio para todos los tratados internacionales?: crítica a una propuesta inconveniente. *Anuario de Derecho Público*, p. 449-477, 2010.

VIVANCO MARTÍNEZ, Á. *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*. Santiago: Ediciones UC, 2015. t. 1.

VON BOGDANDY, A. *et al.* Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. In: VON BOGDANDY, A.; MORALES ANTONIAZZI, M.; FERRER MAC-GREGOR, E. (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 17-51.

VON BOGDANDY, A. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015.

VOTACIÓN constitución política. *Servei*, 2020. Disponible en: <https://pv.serveelecciones.cl/> Acceso en: 27 mayo 2021.

WILDHABER, L.; SCHEIDEGGER, A.; SCHINZEL, M. D. Switzerland. In: HOLLIS *et al.* (ed.). *National treaty law and practice: dedicated to the memory of Monroe Leigh*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. p. 627-685.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Diálogo judicial no lus
commune latino-americano:**
coerência, coesão e conformação
constitucional

**Judicial dialogue in latin
american lus Commune:**
coherence, cohesion and
constitutional conformation

Paulo Brasil Menezes

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

Diálogo judicial no *Ius commune* latino-americano: coerência, coesão e conformação constitucional*

Judicial dialogue in latin american *Ius Commune*: coherence, cohesion and constitutional conformation

Paulo Brasil Menezes**

Resumo

Este artigo tem por objetivo retratar o papel dos diálogos judiciais no *Ius Commune*, elencando suas três principais funções constitucionais: coerência, coesão e conformação. Utilizando-se de pesquisa bibliográfica doutrinária, analisou-se que o constitucionalismo contemporâneo, marcado pelos efeitos da globalização, sofre uma forte instabilidade que também atinge a América Latina, que, não obstante possuir algumas disparidades entre seus Estados nacionais, detém uma zona comum de direitos a serem protegidos pelas Cortes nacionais e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Assim, foram esclarecidas duas falácias argumentativas sobre o *Ius Constitutionale Commune* da América Latina (ICCAL): (i) o suposto Estatuto Jurídico Único; e (ii) a equivocada segurança no excesso de normatizações. Ato contínuo, foram explicados três pressupostos da conversação entre Cortes, entendidos como atividades de: (i) cooperação judicial; (ii) consistência racionalista; e (iii) concretização da dignidade humana. Após tais premissas, discorreu-se acerca das funcionalidades do diálogo judicial e sua interação para a construção e consolidação do ICCAL, concluindo ser uma prática capaz de: (i) estabelecer uma via de mão dupla na compatibilização de atos normativos (coerência); (ii) estabelecer uma estruturação do Judiciário para compartilhar discursos jurídicos influentes (coesão); e (iii) construir uma convergência decisória calcada no engajamento das Cortes como “amplificadores da justiça constitucional” (conformação). Portanto, com base nessas fundamentações, a proteção dos direitos humanos, do sistema democrático e do Estado de direito apresentam novas perspectivas para a integridade do ICCAL e para o estudo científico do constitucionalismo transformador.

Palavras-chave: Diálogo Judicial; *Ius Commune*; Coerência; Coesão; Conformação; Constitucionalismo Transformador.

Abstract

This article aims to portray the role of judicial dialogues in the *Ius Commune*, listing its three main constitutional functions: coherence, cohesion and conformation. By using doctrinal bibliographic research, it was analyzed

* Recebido em 08/04/2021
Aprovado em 24/09/2021

** Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Granada/Espanha (UGR). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Pesquisador visitante no Centro de Investigación de Derecho Constitucional “Peter Häberle” da Universidade de Granada. Professor da Escola Superior da Magistratura do Maranhão (ES-MAM), Juiz de Direito (TJMA).
E-mail: paulobrasilmenezes@gmail.com.

that contemporary constitutionalism, marked by the effects of globalization, suffers a strong instability that also affects Latin America, which, despite having some disparities between its national states, holds a common zone of rights to be protected by the national courts and the Inter-American Court of Human Rights (IACHR). Thus, two argumentative fallacies about the Latin American *Ius Constitutionale Commune* (ICCAL) were clarified: (i) the supposed Unique Legal Statute; and (ii) the mistaken security in excess of regulations. Ongoing, three assumptions of the conversation between Courts were explained, understood as activities of: (i) judicial cooperation; (ii) rationalist consistency; and (iii) realization of human dignity. After these premises, the functionalities of the judicial dialogue and their interaction for the construction and consolidation of the ICCAL were discussed, concluding that it is a practice capable of: (i) establishing a two-way street in the compatibility of normative acts (coherence); (ii) establish a structure of the Judiciary to share influential legal discourses (cohesion); and (iii) building a decision convergence based on the engagement of the Courts as “amplifiers of constitutional justice” (conformation). Therefore, from these grounds, the protection of human rights, the democratic system and the rule of law present new perspectives for the integrity of ICCAL and for the scientific study of transformational constitutionalism.

Keywords: Judicial Dialogue; *Ius Commune*; Coherence; Cohesion; Conformation; Transformative Constitutionalism.

1 Introdução

A história da humanidade congrega eventos que trazem dificuldades e conquistas, evidenciando que uma situação de normalidade não significa necessariamente constantes triunfos, mas também absorve instabilidades.

O constitucionalismo contemporâneo é um exemplo desse cenário oscilante. Após grandes vitórias das liberdades públicas no século revolucionário passado, a chamada era dourada,¹ o mesmo processo político-jurídico adentrou em severa crise no atual século, e as liberdades públicas passaram a se acomodar com interesses privados, formando um união de players no espaço constitucional.

Por certo, fatores como o crescimento tecnológico e a diminuição das fronteiras nacionais, ambos sectários da globalização, podem ser indicados como alguns precursores dessa nova adaptação das relações de poder. Os interesses se tornaram, a um só passo, colidentes e complementares, caracterizando a sociedade reticular dos novos tempos.

Essa ambivalência, típica da hibridização do espaço público, promove a inevitável formação de problemas cada vez mais complexos e sofisticados, a ponto de serem considerados paradoxos modernos,² os quais exigem esforços diferenciados para que suas soluções sejam edificadas.

Assim, os direitos humanos, o sistema democrático e o Estado de direito são os protagonistas dessa inter-relação, pois ao passo que sofrem grandes vulnerabilidades, com intensos desrespeitos vindos de uma sociedade assimétrica, também permitem oportunidades para novas perspectivas, principalmente no tocante à forma de proteção.

Essa mistura de pretensões entre o Estado, os indivíduos e os grandes blocos econômicos fazem dessa tríade um centro referencial de abalos e de oportunidades, ainda que entendamos que tal “normalidade” seja a tônica da atual história civilizatória.

¹ BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. A Interação entre Democracia e Direitos no Constitucionalismo e sua Projeção Supranacional e Global. *Revista de Direito Público*. DPU. v. 9, n. 49, jan-fev 2013. p. 215. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1546>. Acesso em: 16 jun. 2019.

² TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren e TEUBNER, Gunther (Org.). *On Paradoxes and Inconsistencies in Law*. Trans. Iain L. Fraser. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006. p. 51.

Por certo, esse panorama não é privilégio somente de organizações pluralistas mais maduras e consolidadas, senão um contexto ainda mais forte em sociedades fraturadas e emergentes, como as da América Latina.³ Essas instabilidades, que retiram a higidez de um sistema protetivo de liberdades, que marcam particularidades culturais, que instigam ações autoritárias, que causam desnivelamento dos fatores socioeconômicos, costumam produzir violações mais contundentes aos anseios de uma comunidade em crescimento.

Não obstante um plexo de elementos que compõem as sociedades latino-americanas, verificamos a existência de uma zona comum que trafega por essas realidades, exemplificada na finalidade protetiva dos direitos humanos. Logo, a conjugação de novos procedimentos para a salvaguarda de tais direitos, principalmente porque os bens jurídicos fragilizados participam de uma homogênea caracterização, encabeça a prioridade do sistema jurídico da América Latina.

Considerando que o espaço constitucional latino-americano contempla os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), novos intercâmbios decisórios têm sido desempenhados com os diálogos entre as Cortes Constitucionais e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), os quais, estrategicamente, contribuem para a solidificação do *Ius Constitutionale Commune* da América Latina (ICCAL).

Contudo, em que pese pertencerem a um grupo social e jurídico com características semelhantes, as realidades de cada Estado não são iguais e suas diferenças são obstáculos que o direito comum latino-americano, de matiz constitucional, precisa suplantar. O diálogo entre Cortes assume tal desafio e por meio de suas funcionalidades atinge essa implementação.

Nessa perspectiva de descentralização reside o foco dessa reflexão. Este artigo tem por problema de pesquisa questionar que a preocupação atual não perpassa por somente entender que o diálogo judicial é mecanismo promissor e que precisa ser desempenhado, mas, sim, demonstrar qual o seu papel no Direito Constitucional Comum, considerando-se que a prática dialógica deve ser executada entre juízes que integram Cortes em níveis diferentes de organização.

O presente estudo foi elaborado com base no método dedutivo, mediante pesquisa doutrinária acerca dos diálogos judiciais entre Cortes de distintas configurações, adotando argumentações pautadas em teorias jurídicas que se inserem no sistema constitucional, razão pela qual, antes de adentrarmos nas nuances do seu papel fundamental, faz-se necessário tecer comentários sobre alguns tópicos preliminares que com ele guardam pertinência temática.

Para tanto, na sua primeira parte, comentar-se-á sobre os desafios argumentativos que precisam ser desmistificados e que, às vezes, preenchem a pauta discursiva do *Ius Constitutionale Commune*, como a elaboração de um único Estatuto Latino-Americano que irradia efeitos para os países participantes, bem como a excessiva elaboração de vários atos normativos como elementos reguladores dos direitos humanos.

Por sua vez, na sua segunda seção, serão explanados os pressupostos do diálogo entre Cortes, que envolvem o entendimento de tal prática dialógica como uma atividade de cooperação jurídica, de consistência do raciocínio judicial e de concretização da dignidade humana.

Em sua última vertente, explicar-se-á que a construção de um *Ius Constitutionale Commune* exige uma atuação dialógica capaz de exercer a coerência, a coesão e a conformação constitucionais como núcleos finalísticos do intercâmbio decisório entre Cortes.⁴

Portanto, os argumentos que aqui se propõem norteiam essa aproximação institucional entre Cortes separadas por formas organizatórias diferentes, sem, contudo, perder atributos imprescindíveis para a pro-

³ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Protección Supranacional de la Democracia en Suramérica*. Um estudio sobre el acervo del *ius constitutionale commune*. México: UNAM, 2015. p. 50.

⁴ CASSESE, Sabino. *El Derecho Global: justicia y democracia más allá del Estado*. Sevilla: Editorial Derecho Global/Global Law Press, 2010. p. 251.

teção do seu common ground, a normalidade do sistema democrático, do Estado de direito e da necessidade de resguardar os direitos humanos.

2 vencendo algumas falácias argumentativas

O espaço discursivo de temáticas que envolvem direitos que não se limitam ao ambiente jurídico interno de um Estado, mas que atingem novas fronteiras geográficas, costuma se encontrar repleto de argumentos, impressões e convicções que nem sempre demonstram a realidade tal qual sói acontecer.

As linhas de explicação ainda se mostram muito movediças, em face de acontecimentos que sinalizam para uma nova ordem jurídica dialógica. Os diferentes níveis de diálogos travados entre Cortes demonstram que a absoluta convergência temática é algo ainda inatingível, não obstante a consistência de algumas premissas.

Nesse sentido, nas agendas de pesquisa, trafegam algumas vocalizações que não se mostram tão pertinentes com os objetivos referente ao diálogo entre Cortes, mesmo que tais elementos do debate se perfazem sedutores ou com certa simpatia fenomenológica. Para esclarecermos a função do diálogo judicial para o *Ius Constitutionale Commune*, é preciso transpassarmos tais barreiras e desmistificar algumas questões que tendem a confundir a relevância do intercâmbio decisório para o crescimento da democracia, proteção dos direitos humanos e preservação do Estado de direito.

2.1 O suposto Estatuto Jurídico único para a América Latina

É fato que a divagação sobre questões interativas entre juízes desemboca para a proteção de direitos intrínsecos dos indivíduos. Se a Corte nasceu para garantir a tutela da fundamentalidade jurídica e para aplicar a lei em prol dos direitos regulados, destacamos que tal proteção possui colaboração de um Estado jurídico.

Nessa linha, se a intenção é exercer um ciclo interpretativo com a participação das Cortes interamericana e nacionais, envolvendo-as numa semântica convergente para construção de novas soluções para problemas complexos da modernidade, é um tanto convidativa a ideia de que tal atividade é mais bem desempenhada segundo um ordenamento que abarque essa pluralidade jurídica existente.

O argumento é audacioso, pois as realidades individualmente consideradas ainda fazem uma história feliz para o constitucionalismo. E, se buscamos um constitucionalismo transformador, a unicidade regulamentar pode não ser um caminho sadio para essa transformação, e sim uma via para a sua desdiferenciação. Nessa quadra, já estamos colecionando *deficits* importantes, os quais nos exigem maior compromisso constitucional para alavancar as boas novas para o constitucionalismo do século XXI, como a prática dialógica entre Cortes, mas cada uma respeitando as suas particularidades contextuais.

Sabe-se que o direito constitucional perpassa por uma globalização. Aliás, essa atomização do direito constitucional interno, inevitavelmente conhecida por todos e explicada por Mark Tushnet,⁵ faz-nos refletir que a modernidade impulsiona os atores judiciais a procurarem novos meios protetivos. E estes se perfazem com práticas dialógicas, haja vista a sistêmica vulnerabilidade dos direitos humanos.

⁵ TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. Public Law & Legal Theory Working Paper Series. Harvard Law School. n. 9-6. 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Acesso em: 8 maio 2019. p. 22 “I end by saying that this is entirely understandable if, as I have sketched, the globalization of domestic constitutional law is inevitable”. Em tradução livre: “Termino dizendo que isso é perfeitamente compreensível se, como esbocei, a globalização do direito constitucional interno é inevitável”.

Os problemas têm sido semelhantes ao longo das civilizações e o núcleo comum dos direitos humanos contempla bens jurídicos que possuem compatibilização nas democracias latino-americanas. Isso nos faz concordar com o professor de Harvard e nos impulsiona a dizer que, sim, há inevitabilidade na globalização do *Ius Constitutionale Commune*.

Contudo, tal fenômeno não nos autoriza o pensamento automático, e apressado, de que uma Constituição uníssona ou um Estatuto Jurídico Comum a todos os que compõem esse componente de supranacionalidade jurídica seja absolutamente necessário. Não é porque problemas semelhantes ocorrem em democracias latino-americanas, desrespeitando direitos igualmente semelhantes, que o regramento abstrato e ordenador deverá ser um único para todos os países indistintamente. O pluralismo requer liberdade. E a liberdade pressupõe identidades.⁶

Há de se respeitar o multiculturalismo dos povos envolvidos, ainda que o seja parecido em situações econômicas e políticas, pertencentes a um mesmo grau de nivelamento democrático, enfrentando um mesmo estilo de conflitos complexos.⁷ Mas, no fundo, a diversidade cultural existe e merece ser comemorada. Boaventura de Sousa Santos⁸ preleciona tal caminho já há algum tempo. Logo, o pluralismo é necessário, concede vida para o constitucionalismo e fornece premissas para a concretização do diálogo entre Cortes.

Nesse contexto, a pluralidade normativa genericamente considerada na conjuntura de um Direito Constitucional Comum, atuando em harmonizações entre as Constituições nacionais e a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), por exemplo, não descaracteriza a intenção de construção de uma mentalidade jurídica comum a todos os países que integram tal nicho social.

Em outra senda, pode-se até dizer que as Constituições nacionais são vetores relevantes para o intercâmbio decisório com a CADH, mediante a cláusula de abertura do artigo 29 da Convenção e, por isso, edificadoras de um raciocínio judicial comum ou convergente, sem a necessidade de concentrar tais razões em um documento unificado.⁹ Os direitos humanos, com essa troca de experiências jurídicas, tendem a obter proteções em níveis culturais distintos, porém, com o mesmo senso jurídico de garantir as liberdades públicas fundamentais.¹⁰

Com o pluralismo, o diálogo se enriquece, pois o debate se reveste de maiores elementos emancipatórios, de maiores aberturas a pontos de vista de julgadores que analisam visões de mundo diferenciadas. A proteção se torna multidimensional. Além disso, a incumbência concede ao diálogo judicial a busca pela coerência constitucional.

⁶ RAWLS, John. La Idea de Consenso por Superposición. In: BETEGÓN, Jerónimo; PÁRAMO, Juan Ramón de (Coords.). *Derecho y Moral*: ensayos analíticos. Trad. Juan Carlos Bayón. Barcelona: Ariel, 1990. p. 66.

⁷ HAYWARD, Clarissa Rile; WATSON, Ron. Identity and Political Theory. *Washington University Journal of Law & Policy*. v. 33, 2010. p. 10-15. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol33/iss1/3/. Acesso em: 23 mar. 2021.

⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da Razão Indolente*: contra o desperdício da experiência. Porto: Afrontamento, 2000. p. 30

⁹ “Artigo 29. Normas de interpretação

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.” (COSTA RICA. San José. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 23 mar. 2021)

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos Fundamentales, Universalismo y Multiculturalismo*. Claves de Razón Práctica. n. 184. Madrid: PROGRESA, 2008. p. 4. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/196348>. Acesso em: 8 maio 2019. “(...) los derechos fundamentales valen de hecho para tutelar todas las diferencias”. Ou “os direitos fundamentais são de fato para proteger todas as diferenças”.

2.2 A equivocada sensação de segurança com o excesso de normatizações

Sabe-se que a tolerância é característica necessária na sociedade moderna, mas, como não há absolutismos nas relações sociais e jurídicas, tal atributo merece um limite. Como explanado no tópico anterior, o pluralismo é importante para a atividade dialógica das Cortes. Quando se fala nessa diversidade, o pensamento está voltado para as Constituições nacionais e outros regramentos que possuem elaboração mediante regras constitucionais estabelecidas pelo ordenamento de cada nação.

Assim, enquanto, de um lado, a não formação de um Estatuto Jurídico Único para o Direito Constitucional Comum da América Latina mostra-se interessante para a higidez constitucional dos direitos humanos, por outro, o possível excesso de regramentos normativos, sejam de *soft*¹¹ ou *hard law*, promove uma impressão equivocada de maior controle da tutela dos direitos.

A flexibilidade do espaço decisório e o alargamento dos seus agentes, que possuem vozes nos processos de opinião e decisão da agenda pública e privada, propiciam uma variedade de atos normativos que trazem perspectivas regulatórias advindas de várias direções, e com procedimentos de elaboração diferentes entre si.

Esta situação, produzida pela hibridização da sociedade reticular, é uma natural implicação da modernidade, cujo controle escapa das autoridades públicas, mas nem por isso pode se dizer ser um panorama satisfatório para a contemporaneidade.

A importância desses comentários reside no fato de que o exagero de documentos escritos com características regulamentares oferece, apenas, uma sensação de segurança, pois a mera quantidade de ordenações não tem o condão de entregar à coletividade a defesa dos direitos, além de dificultar a articulação dos objetivos travados com a troca de decisões internacionais pelas Cortes.

Quantidade não é sinônimo de qualidade. Números matematicamente elevados não conferem legitimidade para se aferir a substancialidade de medidas tecnicamente eficazes para a real proteção dos direitos. O efeito que se consegue propagar torna-se reverso, instalando, em muitos casos, o sentimento de insegurança, desta feita, não aparente, mas bastante percebido pela sociedade atual.¹²

Uma simbiose entre procedimentos rígidos e flexíveis de construção regulatória tem sido a tônica de um conjunto de *players* que estão trafegando no circuito democrático moderno. Para além da quantidade de leis e demais atos normativos, que obedecem a processos burocráticos encampados nas Constituições, ainda que sob a denominação de um devido processo legislativo, estamos sendo atropelados por uma série de documentos construídos por processos informais capitaneados por organizações civis, grandes blocos econômicos, autoridades que adotam políticas globalistas, dentre outras instituições.

Vivemos a era segundo a qual a tutela dos direitos parece ser feita somente quando há fartura regulatória, esquecendo-se de que a autoridade argumentativa e decisória não advém desse arranjo hiperbólico-normativo, o qual inaugura, em muitos fatos, uma “impotência constitucional”.

¹¹ Como normas de soft law podemos destacar: as Regras de Havana (ONU, 1990) sobre as funções do MP; a Recomendação (2000) 19 do Comitê de Ministros do CoE; e a manifestação da relatora especial da ONU sobre a independência dos juizes e advogados, consubstanciada no Documento A/HRC/20/19, de 7 de junho de 2012. Na oportunidade, convém relatar que a Corte IDH se fundamentou nesses regramentos para encontrar violações a direitos de membro do Ministério Público (fiscal), Yenina Esther Martínez Esquivia, que atuava em Cartagena e foi desligada do cargo sem observância do devido processo legal. Trata-se de Sentença de 6 de outubro de 2020 da Corte IDH, referente ao caso Martínez Esquivia vs. Colômbia. (COSTA RICA. San José. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Martínez Esquivia vs. Colômbia. Sentencia de 6 de octubre de 2020. (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones). 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_412_esp.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

¹² Um exemplo bastante claro de que excesso regulatório pode dificultar a resolutividade de questões jurídicas está sendo visto com a pandemia da COVID-19, iniciada em 2020 e que se alastra até hoje. Autoridades sanitárias mundiais, setores globalistas, sociedades civis organizadas, Poder Executivo e outros atores globais estão expedindo diretivas constantes que acabam atrapalhando o conhecimento da população e obstaculizando os caminhos pragmáticos para o contingenciamento dessa crise global severa que maltrata os direitos humanos.

Há, inclusive, quem diga que estamos apreciando a onda de “objetos normativos não identificáveis”,¹³ que se interpolam com outros objetos normativos, mas com identificações legítimas e genuínas de um sistema democrático baseado no Estado de direito.

Essa mescla regulatória faz brotar um “pluralismo jurídico transnacional”¹⁴ relativamente perigoso, pois atrapalha a prática dialógica, que, agora, precisa trabalhar para conceder uma coesão argumentativa com o fim de proteger direitos, em meio a um intenso “transbordamento das fontes do direito” em escalas de supraestatalidade e infraestatalidade normativas.¹⁵

O desafio está lançado e verdadeiramente assumido pelo diálogo judicial entre as Cortes nacionais e a Corte IDH, que vivem em constantes trocas de experiências entre si, sofisticando fundamentações jurídicas e se envolvendo em empíricos modos de trazer soluções jurídicas para casos complexos.¹⁶

3 pressupostos dos diálogos judiciais sobre direitos humanos

Uma vez ultrapassando a fase inicial de desmistificação de algumas argumentações que não se conectam, ainda que próximas, com a ideia de um Direito Constitucional Comum, é imperioso traçarmos linhas discursivas para estabelecer os pressupostos dos diálogos judiciais entre as Cortes nacionais e a Corte IDH, a fim de que a funcionalidade de tal intercâmbio decisório seja mais bem compreendida pela jurisdição constitucional.

Nesses termos, os pressupostos elencados dão sustentabilidade aos aspectos teóricos e doutrinários, além de visibilidade à legitimidade e à eficiência de um processo dialógico que objetiva, acima de tudo, consolidar o sistema democrático, resguardar o Estado de direito e, principalmente, proteger os direitos humanos.

Dessa forma, para analisarmos os elementos que alicerçam o estudo dos diálogos judiciais em busca de um *Ius Constitutionale Commune*, é importante, inicialmente, que entendamos esse sistema de fertilização decisória (*cross-fertilization*)¹⁷ como uma atividade, como uma ação ou conduta proativa, e não simplesmente um conjunto de potenciais direcionamentos teóricos, os quais são inertes e dependentes de uma prática para que sejam exercitados.

Assim, o diálogo, por si só, já nasce como atividade e possui dinamicidade. É, portanto, um engajamento¹⁸ prático para conjugar decisões mais protetivas. Logo, atua em difíceis casos concretos, em conflitos complexos ou nos paradoxos da modernidade, os quais não são considerados estáticos ou previsíveis.

3.1 Diálogo como atividade de cooperação judicial

O fortalecimento do sistema democrático, a manutenção do Estado de direito e a proteção dos direitos humanos convivem em um cenário de envolvimento das relações judiciais, ou seja, travadas entre juízes das

¹³ Nomenclatura utilizada por Benoît Frydman como UNO (*Unidentified Normative Objects*). Cf. FRYDMAN, Benoît. A Pragmatic Approach to Global Law. *Working Paper*. 2013. p. 1-18. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2312504>. Acesso em: 04 maio 2019.

¹⁴ TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world-society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law without a State*. Dartmouth, 1996. p. 3-28. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=896478>. Acesso em: 04 maio 2019.

¹⁵ Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*. Madrid: La Ley, 2011.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*. REDESG. v. 3, n. 1, jan.jul/2014. p. 100. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282/pdf#.YFlkHZNKjaI>. Acesso em: 18 fev. 2021.

¹⁷ SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*. v. 29, n. 1, article 6, 1994. p. 99. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>. Acesso em: 2 jun. 2019.

¹⁸ JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance, engagement. *Federal Law Review*. v. 35, n. 2, 2007. p. 171. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.22145/flr.35.2.1>. Acesso em: 3 de jun. 2019.

Cortes nacionais e da Corte IDH. No âmbito de um Direito Constitucional Comum, a utilização da jurisprudência internacional demanda colaboração e cooperação judicial.

Como o próprio termo explica, o diálogo é entendido como uma atividade entre juízes, uma ação entre órgãos jurisdicionais, isto é, de cooperação “judicial”, e não exclusivamente de uma cooperação “jurídica”, o que permitiria a amplitude conceitual para uma ação colaborativa entre órgãos administrativos ou entre órgãos administrativos e jurisdicionais. Essa diferença é crucial para, não obstante similitudes teleológicas, separar o instituto colaborativo do direito internacional privado¹⁹ com a conduta dialógica exclusivamente entre Cortes.

A intensificação da ideia de um *Ius Constitutionale Commune* não pode permanecer alheia à colaboração realizada no âmbito das Cortes nacionais e da Corte IDH. O núcleo essencial e protetivo de um Direito Comum, de matiz constitucional, é poder trocar experiências decisórias e polinizar de maneira cruzada (*cross-pollination*)²⁰ novos entendimentos judiciais oriundos de magistrados que se interconectam mediante um procedimento interativo.

Se a Corte Suprema²¹ é o órgão de fechamento do circuito democrático de cada Estado nacional e a Corte IDH é o órgão autônomo para analisar e apreciar vulnerabilidades a direitos que possuem denominadores comuns entre si, ambas com responsabilidades de aplicar leis, tratados e Constituição, decidindo paradoxos e tutelando direitos, por que não pensar no diálogo judicial como uma atividade de cooperação judicial?

Certamente, a permutação decisória entre tais Cortes pode trazer benefícios de duas ordens: externa e interna. No tocante à ordem externa, uma difusão de entendimentos judiciais acerca de tutelas de bens jurídicos comuns pode trafegar de uma Corte em direção à outra, colaborando para a construção da comunidade jurídico latino-americana, pois a cada circulação de uma jurisprudência, em suas idas e vindas, entre os juízes latinos, novos elementos podem ser colecionados para uma solução mais efetiva.

Em relação à ordem interna, a Corte pode utilizar a sua própria decisão, que inicialmente foi emitida para outro juiz, o qual analisou e recepcionou em sua solução judicial, e que após tal procedimento foi expedida para a Corte de origem, exercendo um movimento de retorno para fundamentar uma nova decisão. Tal fato se denomina de retrofertilização (*back-fertilization*).²²

Essa volta da jurisprudência originária, depois de aproveitada por outra Corte, é fundamental para consolidar um mecanismo de irradiação decisória entre juízes incumbidos de solucionar impasses comuns que trafegam em distintas configurações estatais, promovendo o chamado *feedback constitucional*,²³ ou seja, uma melhor análise do impacto decisório e de como sua própria decisão pode influenciar outras Cortes, em prol do fortalecimento de um Direito Constitucional Comum na América Latina.

Outro ponto de destaque para que o diálogo judicial seja entendido como uma atividade de cooperação judicial cinge-se ao fato de que as análises das decisões das Cortes nacionais e da Corte IDH permitem entre si a descoberta de seus limites e do horizonte em que podem trafegar, colaborar e sedimentar um determinado posicionamento.

¹⁹ Para análise da temática relacionada à cooperação jurídica internacional, Cf. RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 108, jan./dez. 2013, p. 621-647. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67998>. Acesso em: 24 mar. 2021.

²⁰ L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The Importance of Dialogue: Globalization, the Rehnquist Court and Human Rights. In: BELSKY, Martin H. (org). *The Rehnquist Court: a Retrospective*. New York: Oxford University Press, 2002. p. 235.

²¹ É importante lembrarmos que a maioria das Supremas Cortes dos países latino-americanos possui competências cumulativas, ou seja, ora funcionando como último órgão revisor de recursos, ora exercendo a função de guardião da Constituição e protetora da ordem constitucional. Via de regra, na América Latina, não há Cortes Constitucionais exclusivas nos moldes europeus, razão pela qual trataremos, nesta reflexão, como termos semelhantes, não obstante a existência de diferenciação técnica entre ambos.

²² MENEZES, Paulo Brasil. *Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais: a proteção dos direitos fundamentais no constitucionalismo global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 204-212.

²³ MENEZES, Paulo Brasil. *Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais: a proteção dos direitos fundamentais no constitucionalismo global*. p. 212-216.

Isso porque os elementos objetivos do caso concreto, o contexto decisório no qual os juízes estão implantadas em cada Estado, o respeito aos regramentos consonantes com as Constituições e, por fim, o fortalecimento do núcleo comum dos direitos humanos atuam como paradigmas restritivos para o encaixe contextual de uma contribuição decisória na outra.

Portanto, a dinâmica da conversação entre juízes pressupõe essa atitude de cooperação judicial, na qual não há embate para uma sobreposição de um entendimento ao outro, mas somente um *plus* argumentativo²⁴ capaz de auxiliar a Corte no desenvolvimento de uma postura decisória mais adaptativa à proteção dos direitos humanos, principalmente em tempos sincréticos como os da modernidade reflexiva²⁵ do atual século.

3.2 Diálogo como atividade de consistência racionalista

O diálogo judicial, em matéria de direitos humanos, prática que promove a construção argumentativa da linguagem dos direitos na América Latina,²⁶ é uma atividade de consistência racionalista, que, diante dos compartilhamentos empíricos acerca dos sistemas jurídicos latino-americanos, que possuem uma densidade regular e comum, institui um rigor dogmático para viabilizar resultados contundentes.

Essa intensidade, que a cada dia se torna mais fluida, não ocorre por acaso, tampouco é obrigada por alguma força externa a ponto de tolher a convicção jurídica da Corte, mas se configura como uma ação estimulada pelo desejo de proteção supranacional de direitos como estratégia pautada na construção de um direito constitucional sólido, mais propício ao afastamento das vulnerabilidades da modernidade.

O exercício do diálogo judicial, nesses termos, deve ser compreendido como uma atividade que realça o raciocínio judicial, eis que fundamentado nas Constituições locais e na CADH, não necessariamente de forma expressa, mas com a substancialidade típica do dever público de proteção jurídica.

A construção de um arcabouço racional capaz de comprimir desgastes aos bens jurídicos da sociedade latino-americana não pode ser executada fora da racionalidade jurídica e das exigências que os ensinamentos das Constituições preconizam.

Assim, a autonomia jurídica e a consideração de que as normas constitucionais detêm preferência normativa para dar a imperatividade ao sistema dialógico entre Cortes é imprescindível para evitar a periferização dos elementos constitucionais essenciais ao processo de dizer dialogicamente o direito.

O direito necessita valorizar a legalidade constitucional e este ofício pode ser exercitado pelo compartilhamento decisório entre juízes de Cortes diversas, uma vez que estão circundados por suas Constituições e demais ordenamentos que, não obstante serem informalizados pela ordem político-social moderna, guardam correlações e sintonias com direitos fundamentais e direitos humanos de sociedades e comunidades.

Essa união de pontos de vista judiciais, envoltos pelo dever de proteger direitos, aproxima-se da respeitabilidade constitucional de solver impasses complexos com fundamentações eminentemente jurídicas, afastando-se, por conseguinte, de armadilhas discricionárias e sentimentalistas que colocam o intérprete em local perigoso na jurisdição constitucional.

Entender o diálogo como atividade racionalista é apreender que o dialogismo de juízes encontra-se em patamar diverso do sentimentalismo, da emoção e de outros componentes que formam o ambiente extrajurídico da resposta constitucional. Estes, sim, precisam estar no corner do jogo democrático.

²⁴ Para uma análise da Corte IDH como órgão que reforça a complementação entre os juízes, concedendo um *plus* argumentativo, cf. COSTA RICA. San José. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021.

²⁵ Cf. GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização Reflexiva*: política, tradição e estética na ordem social moderna. Trad. Magda Lopes. 2.ed. São Paulo: Editora Unesp, 2012.

²⁶ Cf. CHOUDHRY, Sujit. (ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

O provimento judicial para os paradoxos contemporâneos, muitas vezes, não são encontrados de maneira isolada em cada ordem constitucional, senão mediante o compartilhamento e procedimentalização dos discursos entre Cortes, os quais, por meio do engajamento comparativo,²⁷ auferem melhores condições de alinhar a proteção do sistema jurídico-constitucional às lesões aos direitos humanos.

Movidos pelo objetivo de angariar substratos informativos e argumentativos para incrementar decisões, ou mesmo para ser a sua *ratio decidendi*, os juízes da América Latina se unem para diminuir diversidades constitucionais e aumentarem as semelhanças entre si em prol da construção protetiva dos direitos humanos. Mas essa prática dialógica funciona quando a atuação é considerada uma atividade racional, pautada nas normas legais, homenageando institutos jurídicos que foram edificados mediante gloriosas revoluções, e não por meio de insights destituídos de fundamentalidade jurídica.

A consistência do raciocínio jurídico, por ser uma atividade, implica dinamicidade. O diálogo é dinâmico e formado por ciclos. Então, a consistência racional é resultado de um amadurecimento judicial que nos traz duas perspectivas. Assim, precisamos analisar o diálogo judicial com base na sua racionalidade na vertente da “firmeza comunicativa” e também na “resistência argumentativa”.

A primeira, a firmeza comunicativa, diz respeito ao modo de ser da atividade dialógica. Os juízes atuam, no diálogo judicial, com segurança e estabilidade nas suas decisões. Essa percepção é exteriorizada quando se observa que as decisões judiciais buscam uma linha de convergência.²⁸ A cada diálogo, a solução vai se magnetizando com as outras supervenientes. A cada novo ciclo, as racionalidades jurídicas apostas na jurisprudência vão se tornando sólidas e com vigor discursivo.

A segunda, a resistência argumentativa, mostra-se como consequência lógica da firmeza comunicativa. As duas caminham juntas, pois dependem uma da outra. A resistência argumentativa é a capacidade que a decisão dialogicamente construída possui de perdurar os seus efeitos por mais tempo e proteger os direitos humanos com periodicidade profunda, por mais que as vicissitudes da modernidade transfigurem a realidade e forneçam novas instabilidades aos bens jurídicos.

Assim, quanto maior a resistência argumentativa, maior será a firmeza comunicativa e mais protegido estará o direito posto em apreciação no caso concreto. A diminuição da resistência torna a argumentação jurídica mais fragilizada e vulnerável às intempéries das mudanças da conjuntura social, restringindo, portanto, a firmeza e a contundência da solução final.

Portanto, a aproximação mais acentuada à autonomia do direito concede consistência racional para a proteção dos bens jurídicos. Os diálogos entre Cortes são atividades de consistência racional, compreendendo a firmeza comunicativa e a resistência argumentativa, razão pela qual se diminui a possibilidade de contradição entre os atos legais e constitucionais e reforja a conexão das razões de decidir as controvérsias sociais.²⁹

²⁷ SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O Futuro da Jurisdição Constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*. v. 30, n. 1/2. Brasília: jan./fev. 2018. p. 43. Disponível em: https://www.academia.edu/36743533/O_Futuro_da_Jurisdic_a_o_Constitucional_as_Aspira%C3%A7%C3%B5es_do_Constitucionalismo_Global_no_Paradigma_do_Engajamento_Comparativo. Acesso em: 22 jan. 2020.

²⁸ Para uma verificação sobre a possibilidade de os Estados respeitarem o sentido da Convenção Americana, bem como da interpretação a ela concedida pela Corte IDH, Cf. COSTA RICA. San José. Corte Interamericana de Direito Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1988. Reparaciones y Costas. 1988. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 6 abr. 2021.

²⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 9, n. 2, 2019. p. 261. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6144/pdf>. Acesso em: 4 abr. 2021. “A troca de informações e o diálogo entre as cortes constituem, ainda, precondições para o desempenho pelo constitucionalismo em rede de uma função definidora de standards. Com o tempo, o intercâmbio e o diálogo entre cortes permitem a sua convergência a respeito de padrões mínimos de proteção e a identificação das melhores práticas em determinadas matérias”.

3.3 Diálogo como atividade de concretização da dignidade humana

A comunicação entre juízes latino-americanos, que envolve Estados nacionais com realidades diferentes, porém, não tão alargadas quando comparadas às conjunturas de países europeus, que usufruem de uma comunidade supranacional mais consistente, possui a tendência a uma homogeneização de suas visões jurídicas.

Por certo, quando se fala em homogeneizar argumentos decisórios ou fundamentações jurídicas, não se tem a intenção de unificação. O multiculturalismo e o respeito às autóctones rotinas sociais dos povos, vistos na primeira parte deste ensaio, estão a refrear eventual meta desse indelicado caminho.

Isso nos traz um questionamento. Se o diálogo possui a finalidade principal de proteger direitos humanos, fortalecer a democracia e elevar o Estado de direito, ainda que guardados por circunstâncias distintas entre si, e considerando que a dignidade humana, para além de um fundamento republicano, é também um direito, como estabelecer um discurso judicial cooperativo, racionalizador e concretizador de tal dignidade diante das diversas conjunturas?

A resposta para tal inquietação tem relação com a postura que desejamos para o atual constitucionalismo. O constitucionalismo transformador. Mas como desenvolvê-lo? Como buscar uma transformação do processo constitucional em tempos modernos e mediante a união de realidades não congêneres?

O diálogo entre Cortes constrói essa transformação. Vicki C. Jackson nos ensina a refletir nessa ponderação ao afirmar que “o impacto do texto constitucional pode variar substancialmente dependendo do contexto, desenvolvimento, história e cultura. Novos textos podem ser tão prontamente nacionalizados dentro dos paradigmas existentes, quanto podem transformar esses paradigmas”.³⁰

Nesse fragmento textual, a professora americana está se referindo à troca de experiências entre as Cortes. A permuta de ensinamentos, segundo Jackson, varia com os elementos internos de cada Estado, mas tanto a Corte emissora quanto a receptora da decisão podem transformar e serem transformadas em suas opiniões, posturas e decisões.

Convém destacar que essas situações ativa e passiva da prática dialogal são assim elencadas não para a satisfação dos juízes ou para o privilégio das Cortes, mas, acima de tudo, para delinear a melhor solução e via concretizadora para os direitos humanos.

Analisando novos paradigmas, as ideias decisórias se tornam numerosas. As impressões dos julgadores se conectam e a amplitude da fundamentação jurídica passa a ser mais iminente. Por isso que primeiro analisamos, como pressupostos do diálogo, a cooperação judicial e o raciocínio consistente das Cortes. Para completar, tal atividade colaborativa precisa se alinhar com a efetivação dos direitos humanos.

Nessa senda, Habermas, em um tom mais suave, sugere-nos que a dignidade é “a fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem seu conteúdo”.³¹ Se os direitos fundamentais retiram a sua substancialização da dignidade, os direitos humanos, talvez com mais razão, para quem pugna pela diferenciação técnica entre eles, resgatam também a sua materialização da mesma fonte moral, a dignidade.

Assim, a dignidade humana, conseqüência dessa moralidade explanada pelo teórico alemão, é o início e o ponto irradiador sobre o qual os direitos humanos estabelecem as suas significações. Então, concretizar direitos humanos é garantir e respeitar a dignidade humana, pois aqueles provêm desta. Se o diálogo judicial

³⁰ JACKSON, Vicki C. Constitutional Dialogue and Human Dignity: states and transnational constitutional discourse. *Montana Law Review*. v. 65, 2004, p. 27. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/106>. Acesso em: 8 out. 2019. “The impact of constitutional text may vary substantially depending on context, development, history and culture. New texts may be as readily domesticated within existing paradigms as they may transform those paradigms?”.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa*: um ensaio. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012. p. 11.

serve para proteger os direitos humanos, a conversação entre Cortes protege e enaltece a dignidade humana. Logo, leva-a a sério em seus objetivos.³²

Outro não poderia ser o resultado de ter a concretização da dignidade humana como pressuposto do diálogo judicial que não concordar com Flávia Piovesan. “Daí a necessidade de fomentar uma doutrina e uma jurisprudência emancipatórias no campo dos direitos humanos inspiradas na prevalência da dignidade humana e na emergência de um novo Direito Público marcado pela estatalidade aberta em um sistema jurídico multinível”.³³

Diante dessas considerações, a multidimensão protetiva dos direitos humanos pelas Cortes que compõem o sistema interamericano exige um diálogo agregador de realidades. O entendimento de Flávia Piovesan converge para a necessidade da prática dialógica entre as Cortes nacionais e a Corte IDH, com o fito de robustecer o *Ius Constitutionale Commune*.

4 Funções dos diálogos judiciais sobre direitos humanos

A análise da funcionalidade de determinado instituto ou prática jurídica insere-se em um dos pontos mais sensíveis de uma pesquisa. O estudo pormenorizado pode levar a vários sentidos, mas o mais esperado e deveras relevante não é aferir somente as suas vantagens, e sim o grau de utilidade e necessidade para o sistema jurídico. Nem sempre uma vantagem teórica torna-se útil ou necessária para a procedimentalização de novas descobertas jurídicas. A sua execução, em uma finalidade transformadora, sim, instiga resultados.

Não obstante algumas pequenas críticas formuladas acerca do intercâmbio decisório, é indiscutível que os seus benefícios superam vozes em sentido contrário.³⁴ No entanto, este ensaio não se preocupa em listar essas vantagens, pois se concentra em demonstrar a sua real função e como usufruí-la no sistema jurídico latino-americano.

Os diálogos judiciais são úteis e necessários para a solidificação do *Ius Constitutionale Commune*? A prática dialógica entrega para os países latino-americanos instrumentos para a garantia da democracia, para o fortalecimento do Estado de direito e para a proteção dos direitos humanos? Por quais meios?

Em outras palavras, é imperioso destacarmos para que servem os diálogos judiciais entre as Cortes nacionais e a Corte IDH. Se são aptos à materialização da tríade acima narrada, é de bom tom discorrermos como tal desiderato é alcançado e de que maneira a finalidade pode ser estabelecida.

Assim, os diálogos possuem um núcleo indivisível que compõe uma tripla função. São, portanto, práticas judiciais democráticas que projetam na jurisdição constitucional uma coerência interativa, uma coesão da mentalidade judicial e uma conformação com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

4.1 A coerência do procedimento interativo

O constitucionalismo moderno está sendo exposto a uma variedade de regras. A dilatação da arena pública permitiu a multiplicidade de intenções. A cada interesse existe uma regra, um dever, uma ordem de conduta, que se encontram espalhadas em pluralidades regulamentares.³⁵

³² Para o estudo de violações a direitos humanos perpetradas pelo Estado brasileiro, com respectiva condenação pela Corte IDH, Cf. COSTA RICA. San José. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 6 abr. 2021.

³³ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 250.

³⁴ VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más Allá del Diálogo entre Tribunales*: comparación y relación entre jurisdicciones. Prólogo de Javier García Roca. Cizur Menor: Thomson Reuters- Civitas-Aranzadi. 2010. p. 63.

³⁵ Como já explicado na primeira parte deste ensaio, há tantos objetos normativos especificados quanto os não identificados.

O Estado não fala mais sozinho, pois precisa alinhar seus objetivos com os grupos econômicos, que, por sua vez, alinham parte de suas metas à simpatia da sociedade. Afinal, a comunidade deste século não possui mais relações lineares, nem homogêneas.

No entanto, há somente um órgão estatal com competências para solucionar problemas com definitividade. Essa característica, talvez a mais importante das Cortes, concede a estabilidade do mandamento decisório, assim como o fim de disputas marcadamente desgastantes.

Diante desse cenário, com regramentos normativos estatais e sub-estatais regulamentando problemas e paradoxos de uma sociedade transfronteiriça e unida por pretensões e direitos comuns, pode-se entender ser bastante sensato que uma comunidade de juízes tenha atribuição para tal obrigação. O movimento globalizatório impulsiona esse “comércio de juízes”.³⁶ Se os conflitos ganharem espaço “além do Estado”, nada mais salutar que suas soluções também recebam juízes “além do Estado”.

Nesse sentido, o diálogo entre Cortes se mostra como um instrumento útil e necessário para unir os pontos em comum dessa grande quantidade de regramentos, sintonizando-os aos preceitos constitucionais nacionais, bem como às diretivas da Convenção, e aplicá-los em prol da defesa dos direitos humanos, envolvendo-se numa atividade dinâmica, estruturada e interativa.

Assim, o diálogo judicial serve para a coerência do procedimento interativo. Qual procedimento? O de fornecer respostas constitucionais mediante a troca de experiências entre magistrados inseridos em jurisdições internas e conglobados numa mesma jurisdição constitucional latino-americana. A “pluralidade de Cortes que possuem relações próximas e que necessitam se harmonizar em entendimentos é crucial para um diálogo mais organizatório, de determinação, ou seja, tem caráter mais resolutivo, deliberativo e de gestão”.³⁷

O instrumento para tal finalidade encontra-se na CADH. A compreensão do seu art. 29 nos instiga a entender que o processo de interamericanização de direitos é uma dupla via. Essa ambivalência dialógica, que expressa uma simbiose decisória mediante juízes inseridos em Cortes distintas, é, acima de tudo, uma construção empírica para novas racionalidades jurídicas, sem perder de vista o foco protetivo dos direitos humanos e revigorando, cada vez mais, o sentido de um *Ius Constitutionale Commune*.

A “cláusula de abertura”, disponibilizada pela interpretação do art. 29 da Convenção, consagra o referido processo de interamericanização de dupla via. Se os direitos humanos narrados na Convenção e se as liberdades fundamentais no texto defendidas não excluem outros direitos, nem se limitam àquele documento normativo, podendo, então, ser complementados com direitos e liberdades oriundos de Constituições nacionais, logo, não há necessidade de esforços para entender que o diálogo expõe uma funcionalidade de coerência do sistema jurídico.

Assim, o diálogo judicial possui papel relevante na concretização da coerência constitucional, uma vez que dinamiza a interpretação entre regramentos horizontais e verticais latinos, e, ao mesmo tempo, produz conformação com o sentido das normas constitucionais nacionais e da Convenção. A coerência constitucional, logo, pressupõe uma “ligação jurídica”³⁸ normativa sustentável e intimamente ligada à norma constitucional dialogicamente elaborada, a solução para o caso concreto.

A existência de uma via de mão dupla perfaz o caminho necessário para que a atividade dialógica preencha o espaço deixado por esse tráfego. A jurisprudência de uma Corte, ao viajar na jurisdição constitucional americana em direção a um determinado juiz nacional, muitas vezes pertencente a outro sistema constitu-

³⁶ ALLARD, Jullie; GARAPON, Antoine. *Os Juízes na Mundialização: a nova revolução do Direito*. Lisboa: Editora do Instituto Piaget. 2005. p. 32.

³⁷ MENEZES, Paulo Brasil. *Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais: a proteção dos direitos fundamentais no constitucionalismo global*. p. 139.

³⁸ PFERSMANN, Otto. *Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no Século XXI*. Trad. Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014, (Série IDP: direito comparado). p. 207. Para o professor austríaco, radicado na França, a expressão “ligação jurídica” é a “relação elementar entre duas ou várias normas jurídicas”.

cional, conquanto garantida certa similitude de ação, logicamente se depara com um movimento em sentido oposto. Ou seja, se uma decisão é emitida até uma certa Corte, esta pode também fornecer elementos decisórios para o magistrado de origem.

Essas idas e vindas das jurisprudências internacionais, entre Cortes nacionais e a Corte Interamericana, promovem a construção de um sistema resolutivo de casos jurídicos, concedendo maior proteção a direitos³⁹ e promovendo maior participação do Judiciário na sua tarefa de heterogeneidade social. No caso, uma heterogeneidade latino-americana.

4.2 A coesão da judicial reasoning

A movimentação decisória na América Latina compreende a circulação de jurisprudências oriundas das Cortes nacionais e da Corte IDH, materializada pelo diálogo judicial e formada pela cooperação entre juízes. Todo esse intercâmbio comunicativo judicial também possui como finalidade a coesão da judicial reasoning.

A tarefa judicial de conceder respostas às controvérsias sociais, que atualmente se encontram misturadas por uma pluralidade de interesses, passa por uma congregação de decisões, por um conglomerado de visões jurídicas. Tal fato ocorre, como já visto, porque os problemas sociais têm se tornado comum no continente americano, que, não obstante algumas diferenças nos sistemas democráticos, também possuem semelhanças.

Além disso, a quebra dos limites territoriais com o advento da globalização fez surgir uma inevitável troca de análises e avaliações jurídicas. Os juízes têm utilizado as decisões uns dos outros como instrumento de elaboração de novas decisões para os conflitos complexos.

Outro ponto que merece recordação é a insuficiência circunstancial de leis que regulamentam determinados paradoxos⁴⁰ que têm abundado na atual sociedade, principalmente em razão do crescimento tecnológico e da utilização do ambiente digital como forma comunicativa desta quadra.

Diante disso, o diálogo judicial tem sido utilizado para o estudo de como os países vizinhos têm julgado determinadas controvérsias que possuem a mesma temática como matéria de fundo. Reside nesse ponto, portanto, outro escopo do diálogo judicial. A difusão de entendimentos jurisprudenciais na América Latina estabelece uma coesão da racionalidade judicial.

Relevante informar que a judicial reasoning refere-se tanto ao processo de pensamento pelo qual um juiz chega a uma dada conclusão quanto ao resultado apropriado em determinado conflito. Possui, assim, um viés binário, pois, de um lado, compreende o procedimento de verificação da mentalidade judicial e da consolidação de suas razões decisórias, e, de outro, diz respeito à implicação de tal raciocínio para a solução da lide e ao exame das consequências aplicáveis ao caso.

Nesse sentido, a coesão desse processo é relevante para o firmamento da solução judicial e dos efeitos para a comunidade na qual os juízes se inserem, pois “a melhoria do direito interno é a razão principal por trás do diálogo judicial”.⁴¹ E o direito interno que se deseja construir envolve as ordens constitucionais na-

³⁹ Veja-se o emblemático caso uruguaio sobre o direito à vida, anistias e direito à verdade. O caso *Gelman vs Uruguai* refere-se às violações dos direitos fundamentais de Maria Claudia García Iruretagoyena Gelman (Maria C. Gelman) em decorrência de seu desaparecimento forçado, em 1976, e a supressão da identidade de sua filha María Macarena Gelman García Iruretagoyena, no âmbito da “Operação Condor”. Cf. COSTA RICA. San José. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. (Fondo y Reparaciones) . 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021.

⁴⁰ Como exemplo, cita-se o fenômeno das *fake news*, que tem sido palco de tentativas regulamentares pelas democracias ocidentais, mas com desenvolvimento ainda em marcha lenta. A Alemanha, nesse quesito, já saiu na frente e editou, sob fortes críticas, a Lei conhecida como *NetzDG*. No Brasil, o Parlamento está discutindo o assunto no PL n. 2.630/2020. Para aprofundamento da temática desinformação global, Cf. MENEZES, Paulo Brasil. *Fake News: modernidade, metodologia e regulação*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

⁴¹ LEE, Megan. Judicial Dialogue: method in the madness? *King's Inns Law Review*. n. 5, 2015. p. 129 Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/kingsinslr5&div=12&id=&page=>. Acesso em: 30 mar. 2021. “*The improvement*

cionais em sintonia com os órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Assim, a América Latina, ao viver um intenso processo de diálogo entre Cortes, pode redimensionar a forma de coibir os problemas difíceis e calcular os resultados para o corpo social americano como um todo, avaliando a eficácia de tal prática dialógica e a eficiência para a solidificação do Direito Constitucional Comum latino-americano.

Com efeito, essa coesão do raciocínio jurídico não se confunde com a coerência desse procedimento, uma vez que a coesão é finalidade que consiste na estruturação e na organização do Poder Judiciário como elemento hábil para proteção dos direitos humanos na modernidade supranacional e cosmopolita, exigindo uma conexão entre Cortes e uma atuação interligada com outros sistemas constitucionais.

A coerência do procedimento dialógico se situa em patamar diverso, porém, congênera, haja vista que se relaciona com o sentido em si do provimento judicial, preocupando-se com o encadeamento lógico das razões jurídicas apostas nos julgados, de forma a evitar fugas ao modelo jurídico e afastamentos da impenetrabilidade constitucional. Logo, a autonomia jurídica passa a ser preservada, garantindo à sociedade latino-americana, o conhecimento racional sobre o qual se funda a solução para os seus próprios problemas.

Diante das alterações de interesses e do conjunto de pretensões movidas dos atores públicos, a estruturação e a organização judicial provenientes de uma coesão do raciocínio das Cortes são partes de um sistema constitucional fluido, mas que concede proteção aos direitos humanos bastante fragilizados com esse cenário, a exemplo de matérias relacionadas ao racismo⁴² e até mesmo à liberdade de cátedra.⁴³

Certamente, o diálogo entre Cortes colabora para que o entendimento da ubiquidade constitucional entre líderes espalhados por diferentes agendas seja mais que um ceticismo do compromisso constitucional,⁴⁴ e sim um programa de sistematização da linguagem jurídica protetora de direitos, mantenedora do Estado de direito e da democracia. Assim, o *Ius Constitutionale Commune* se engrandece e protagoniza uma forte comunidade latino-americana de direitos.

4.3 A conformação com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos congrega compromissos constitucionais que se interligam com direitos e deveres presentes nas Constituições nacionais. A Convenção, por si só, não pode prever proteção absoluta dos direitos, muito menos é considerada um documento de significação diminuta no constitucionalismo atual.

As Constituições nacionais, nesse sentido, exercem um papel de complementação, cooperando para a referida proteção dos bens jurídicos e, ainda, para enaltecer a Convenção Americana. Essa última situação

of domestic law is the overarching reason behind judicial dialogue?

⁴² É importante retratar que, recentemente, em agosto de 2020, a Corte IDH decidiu o caso *Acosta Martínez e outros vs. Argentina*. Com a sentença prolatada, foi a primeira vez que a Corte Interamericana analisou de forma mais aprofundada a questão do racismo estrutural e institucional nas Américas, a partir do contexto de discriminação racial na Argentina. Para mais detalhes, Cf. COSTA RICA. San José. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2020. (Fondo, Reparaciones y Costas). 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_410_esp.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

⁴³ O professor da Fundação Henry Dunant Latinoamérica, o advogado Daniel Urrutia Laubreaux, produziu um denso trabalho acadêmico criticando a Suprema Corte do Chile por sua atuação nos casos relacionados durante o regime militar daquele país. Em consequência, sofreu algumas sanções, podendo se destacar, em especial, a censura. Para aprofundamento, Cf. COSTA RICA. San José. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile*. Sentencia de 27 de agosto de 2020. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_409_esp.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

⁴⁴ LEVINSON, Daryl J. Parchment and Politics: the positive puzzle of constitutional commitment. *Harvard Law Review*. v. 124, n. 3, 2011. p. 746. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2011/01/parchment-and-politics-the-positive-puzzle-of-constitutional-commitment/>. Acesso em: 29 mar. 2021. “The ubiquity of constitutional change should inspire more than a little skepticism about the extent of genuine constitutional commitment”. Em tradução livre: “A onipresença da mudança constitucional deve inspirar mais do que um pouco ceticismo sobre a extensão do compromisso constitucional genuíno”.

costuma ocorrer quando se verifica o cristalino desejo de reunir Constituições e a Convenção em uma linguagem conformadora.

A Corte IDH tem trabalhado no sentido de exercer um caráter de obrigatoriedade no seguimento de sua jurisprudência por parte dos Estados nacionais. A Suprema Corte da Argentina e o Tribunal Constitucional da Colômbia, por exemplo, têm mantido essa ideia que é mais bem aceita como uma convergência decisória do que uma irrestrita obrigação decisória.

No caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem analisado, com certa reserva, o tom impositivo que alguns doutrinadores costumam enfatizar,⁴⁵ por mais que as decisões da Corte IDH tenha seguido um caminho que visa a compatibilização dos regramentos com a proteção internacional dos direitos humanos.

Assim, abre-se um espaço para uma reflexão sobre eventual polêmica existente na Corte Constitucional brasileira acerca dessa situação. O evidente intuito de tutela dos bens jurídicos considerados internacionalmente como componentes dos direitos humanos traz muito mais a compreensão de um diálogo conformador com a convencionalidade americana do que efetivamente uma coação regulamentar que retiraria a imperatividade de normas constitucionais dos Estados.

Nesse tom, a conformação é uma qualidade mais aceita e voltada para a manutenção da higidez do aparato protetivo dos direitos humanos, enquanto a coerção normativa pode trazer efeito reverso, de fragilizar a proteção, ante interpretações eminentemente constrangedoras por parte da Corte nacional.

Como advertiu Laurence Burgorgue-Larsen, o *Ius Constitutionale Commune* representa um modelo de harmonização, propiciando diálogos judiciais que adquirem o caráter convencional, já que magistrados nacionais e internacionais exercem atividades dialógicas com interações preconizadas pela Convenção.⁴⁶

Essa atividade de troca de decisões e de experiências constitucionais demonstra que, na modernidade, não há mais espaços para isolamentos judiciais, tampouco cabimento para instituir uma colonização jurídica entre nações. A regra tem sido a da estruturação e construção de uma integridade de juízes por meio de um conjunto de vocalizações pautadas na proteção dos direitos humanos, sejam eles oriundos da Convenção ou das Constituições nacionais, desde que a concretização dessa proteção ocorra de forma a homenagear a dignidade humana.

Benoit Frydman corrobora tal assertiva trazendo a relação entre as decisões judiciais com os diversos sistemas jurídicos, informando que os diálogos judiciais possuem perspectivas integrativas, uma vez que “o juiz não fundamenta mais sua decisão sobre precedentes, ou seja, sobre antecedentes, mas igualmente, se ousarmos dizê-lo, sobre excedentes, ou antes, sobre extra-cedentes”.⁴⁷

Como se pode, então, efetuar a conformação com o SIDH? Como as Cortes podem dialogar nesse sentido e respeitar os limites de atuação com a proteção de direitos?

A resposta de tais questionamentos ocorre quando os pressupostos dos diálogos judiciais se efetivam conjuntamente. Assim, a conformação constitucional do SIDH contempla a união da cooperação judicial, da consistência racionalista e da concretização da dignidade humana, proporcionando um solo fértil para que os direitos humanos sejam o palco conformador do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Dessa forma, verifica-se que não basta somente entender o diálogo entre Cortes como uma atividade de cooperação judicial, se o intérprete desvalorizá-lo enquanto atividade de consistência racional. O mesmo pode se dizer do contrário, pois a organização da difusão jurisprudencial, para fortalecimento de uma razão

⁴⁵ Cf. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo: Forense, 2018.

⁴⁶ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 243.

⁴⁷ FRYDMAN, Benoit. Diálogo internacional dos juízes e a perspectiva ideal de justiça universal. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 25.

judicial legitimadora da autonomia do direito, não possui o mesmo sucesso caso haja incoerência entre os elementos normativos que lhe dão sustentabilidade.

No mesmo sentido, observa-se ser insuficiente entender a colaboração entre juízes e a consolidação de sua *ratio decidendi* no sistema constitucional, se tais pressupostos não focarem na concretização da dignidade humana e, por conseguinte, não concentrarem as suas atenções na fonte moral dos direitos humanos.

Michael Kirby, ex-Juiz da Suprema Corte da Austrália, já dizia, ao apreciar o caso *Kartinyeri v Commonwealth*, que, nas análises dos seus julgamentos, a Corte deve adotar o significado que está em conformidade com os princípios dos direitos universais e fundamentais, e não interpretação que implique um afastamento de tais direitos.⁴⁸ Essa assertiva visa, portanto, homenagear a fundamentalidade dos bens jurídicos e também a tutela dos direitos humanos.

Uma vez enraizado no raciocínio judicial que a cooperação dialógica entre Cortes é uma atividade de concretização da dignidade humana, e que essa perspectiva é uma questão de compromisso constitucional com o sistema democrático, percebe-se a conformação das Cortes com o SIDH, visualizadas com base em dois ângulos formadores: o controle de convencionalidade e a margem de apreciação.

Nesse contexto, o controle de convencionalidade e a margem de apreciação são dois lados de uma mesma moeda, cujo valor não é monetário, mas protetivo dos direitos humanos, do Estado de direito e da democracia. Falar em diálogo sem mencionar essas duas formas de conversação entre as Cortes nacionais e a Corte IDH seria reduzir sobremaneira o potencial transformador do constitucionalismo latino-americano.⁴⁹

Com a adoção dessas práticas, as Cortes nacionais podem fazer movimentos de recepção jurisprudencial da Corte IDH, analisando a convencionalidade dialógica, enquanto podem, ainda, exercer ciclos de emissão de julgados, oportunizando à Corte Interamericana uma deferência ou uma possibilidade de apreciação de decisões prolatadas em conjunturas nacionais, mas harmonizadas pelo contexto latino-americano, com vistas a uma melhor proteção dos direitos humanos.⁵⁰

Analisando tais perspectivas, as articulações entre as conjunturas jurídicas nacionais e da Corte IDH trazem dois ideais propagados por Delmas-Marty, podendo ser explicados como funcionalidades estáticas (de fixação) e dinâmicas (contingenciamento do ciclo normativo).⁵¹ Essa renovação da formalidade jurídica faz dos direitos humanos a atração principal para o jogo democrático e o protagonista para a atuação da Corte.

Quanto mais conformação as normas nacionais tiverem com as normas convencionais e com a interpretação dada pela Corte IDH, e vice-versa, a concepção de obrigatoriedade vai sendo diminuída a ponto de se perceber que as Cortes, tanto as nacionais quanto a Interamericana, estão envolvidas e comprometidas com

⁴⁸ KIRBY, Michael. International Law - The Impact on National Constitutions. *American University International Law Review*. v. 21, n. 3, 2006. p. 341. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/254567939_International_Law-The_Impact_on_National_Constitutions. Acesso em: 13 jul. 2019.

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito & Práxis*. Rio de Janeiro, vol. 8, n. 2, 2017. p. 1384. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201356. Acesso em: 1 abr. 2021. “No sistema interamericano este diálogo é ainda caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada. Constata-se também a crescente abertura da Corte Interamericana ao incorporar em suas decisões a normatividade e a jurisprudência latino-americana em direitos humanos, com alusão a dispositivos de Constituições latino-americanas e à jurisprudência das Cortes Constitucionais latino-americanas. O diálogo jurisdicional se desenvolve em dupla via: movido pelos vértices de cláusulas constitucionais abertas e do princípio pro ser humano”.

⁵⁰ PIZZOLO, Calogero. Diálogo o Monólogo: La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad - El Caso Argentino. *Inter-american and European Human Rights Journal*. v. 9, n. 1, 2016. p. 188. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/70808>. Acesso em: 31 mar. 2021. “Ambos modos de construir un diálogo interjurisdiccional, vemos, promueven el consenso sin excluir el disenso. El punto en conflicto es la cohabitación en sí misma, el debate por la última palabra: el diálogo requiere una necesaria interacción de las partes involucradas”. Em tradução livre: “As duas formas de construir um diálogo interjurisdiccional, assim, promovem o consenso sem excluir a dissidência. O ponto de conflito é a própria coabitação, o debate para a última palavra: o diálogo requer uma interação necessária das partes envolvidas”.

⁵¹ DELMAS-MARTY, Mireille. Avant-propos. In: DUBOUT, Edouard; TOUZE, Sébastien (Orgs.). *Les Droits Fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*. Paris: Pedone, 2010. p. 5.

uma prática de engajamento recíproco em prol da convergência decisória com foco no resguardo internacional dos direitos humanos.

A justiça constitucional, desse modo, reverbera bons efeitos, recebendo ampliação da decência e legitimidade perante a sociedade que lhe abriga, abrindo um elo comunicativo dotado de confiança nas Cortes e de tolerância com a comunidade. Essa conexão entre o institucional e o social produz a construção de uma higidez jurídica viável e cada vez mais madura perante os membros da comunidade latino-americana.

Diante dessas considerações, convém registrar que a conformação com o SIDH exige a junção dessas três premissas prévias, que, por sua vez, edificam um sistema integrativo capaz de proteger os direitos humanos, fortalecer a democracia e preservar o Estado de direito, alcançando, portanto, a integridade do *Ius Constitutionale Commune*.

5 Considerações finais

Os problemas das civilizações modernas tornaram-se complexos, assim como o espaço estratégico de participação da arena política. O aumento das personalidades decisórias proporcionou a elevação dos paradoxos atuais e seus fatores implexos. A globalização, movimento dominante do atual século, agregou discursos que antes eram distantes, quebrou barreiras entre países e fluiu o crescimento tecnológico, encetando um novo desafio para a jurisdição constitucional.

A América Latina também sentiu os efeitos desse movimento instável e as diferenciações entre os seus países foram palcos de uma reconfiguração já esperada, assim como as disparidades sociais que os envolvem. Tal cenário desembocou no sistema jurídico, que se viu impelido em buscar novas alternativas resolutivas para os atuais problemas, que não se apresentam mais como outrora, senão entrelaçados com pluralidades de intenções.

De maneira rápida, a linguagem do povo se misturou, os debates ficaram mais próximos, o trânsito entre os donos do poder aumentou e paralelamente a isso os direitos humanos se fragilizaram, os autoritarismos sistêmicos se evidenciaram e o Estado de direito galgou alguns declínios relevantes. Curiosamente, a América Latina se encontrou mais próxima e, ao mesmo tempo, mais distante de um novo sistema democrático.

A saída de tal instabilidade e a entrada para a subsistência de uma América Latina convergente, mas com visíveis particularidades entre si, foram encontradas no fortalecimento do *Ius Constitutionale Commune*, que se utilizou de um reforço argumentativo para integrar as disparidades e constituir uma linguagem jurídica comum para a proteção dos direitos humanos. Evidentemente, os diálogos entre as Cortes nacionais e a Corte IDH consistem na prática judicial hábil para a concretização desse sentimento comum e respeitoso entre si.

Este estudo demonstrou que o Direito Constitucional Comum embolsa alguns argumentos artificiosos que dão a impressão equivocada daquilo que é considerado “comum” para o constitucionalismo transformador latino-americano. A ideia de um Estatuto Jurídico único para todos os países e a compreensão de que quantidade de objetos normativos importa mais que a qualidade de suas regulamentações são objetos desses discursos que criam duvidosas reflexões para o desenvolvimento latino-americano.

Ao demonstrar que o “Comum” do Direito Constitucional não significa rigorosa identidade entre os sistemas jurídicos dos países que englobam o eixo do *Ius Commune*, mas uma convergência que respeita as particularidades e as especificidades de cada conjuntura judicial, criou-se a necessidade de evidenciar os pressupostos da prática dialogada entre Cortes, considerada a opção resolutiva para os conflitos modernos.

Assim, desenvolveu-se uma análise dos diálogos e suas precursoras premissas. Entendendo a conversação judicial como uma atividade de cooperação judicial, de consistência racionalista e de concretização da

dignidade humana, as suas bases funcionais fortaleceram a compressão de que dialogar significa um procedimento dinâmico pautado na congregação de juízes, na valorização da razão jurídica e na efetivação da dignidade social. Sem esse tripé fundamentador, os diálogos não logram os propósitos para os quais foram desenvolvidos.

Nesse contexto sobre os desígnios dessa prática dialógica, os efeitos úteis⁵² da CADH e as finalidades previstas nas Constituições nacionais se mesclam num procedimento mútuo para a proteção dos direitos humanos. Dessa medida, surgiram os objetivos fundamentais dos diálogos judiciais, os quais foram analisados em três núcleos: coerência, coesão e conformação.

A coerência do procedimento interativo, a coesão da *judicial reasoning* e a conformação do SIDH formam um bloco rígido argumentativo para entender o diálogo entre Cortes como um instrumento de mão dupla, que se perfaz em dois sentidos, difundindo e recebendo alimentações jurídicas, representadas nos argumentos decisórios; como uma maneira de estabelecer uma estruturação do Judiciário para compartilhar discursos jurídicos influentes; e, por fim, como um caminho para construção de uma convergência decisória calcada no engajamento das Cortes como “amplificadores da justiça constitucional”,⁵³ em prol de um forte processo constitucional para a América Latina, garantindo, assim, a integridade do Direito Constitucional Comum latino-americano.

Portanto, os diálogos judiciais são instrumentos que desenvolvem proteções aos direitos humanos, à democracia constitucional e ao Estado de direito, por meio da integração do *Ius Constitutionale Commune*, que é alcançada com a coerência, coesão e conformação constitucionais oriundas da prática dialógica das Cortes, propiciando a institucionalização do constitucionalismo transformador latino-americano.

Referências

- ALLARD, Jullie; GARAPON, Antoine. *Os Juízes na Mundialização: a nova revolução do Direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2005.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. A Interação entre Democracia e Direitos no Constitucionalismo e sua Projeção Supranacional e Global. *Revista de Direito Público*, DPU, v. 9, n. 49, p. 215, jan./fev. 2013. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1546>. Acesso em: 16 jun. 2019.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. De la internacionalización del diálogo entre los jueces. In: VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia. *Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e Integração Jurídica*. Emergência de um novo Direito Público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
- CASSESE, Sabino. *El Derecho Global: justicia y democracia más allá del Estado*. Sevilla: Editorial Derecho Global/Global Law Press, 2010.
- CHOUDHRY, Sujit (ed.). *The Migration of Constitutional Ideas*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.
- CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijl/article/15/2/414/3917609?login=true>.

⁵² Para aprofundamento do efeito útil, referente à adequação normativa das Cortes nacionais aos preceitos da CADH, assim como ao entendimento jurisprudencial da Corte IDH, de forma a não anular a proteção internacional dos direitos humanos, Cf. COSTA RICA. San José. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Fondo, Reparaciones y Costas. 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=367. Acesso em: 4 abr. 2021.

⁵³ CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*. v. 15, n. 2, 2017. p. 424. Disponível em: <https://academic.oup.com/ijl/article/15/2/414/3917609?login=true>. Acesso em: 2 abr. 2021.

oup.com/icon/article/15/2/414/3917609?login=true. Acesso em: 2 abr. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Convención Americana de Derechos Humanos*. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 23 mar. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1988. Reparaciones y Costas. 1988. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf. Acesso em: 6 abr. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú*. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Fondo, Reparaciones y Costas. 1999. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=367 Acesso em: 4 abr. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Fondo, Reparaciones y Costas. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 2 abr. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. (Fondo y Reparaciones). 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em: 8 abr. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Herzog e outros vs. Brasil*. Sentencia de 15 de marzo de 2018. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em: 6 abr. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Urrutia Laubreaux vs. Chile*. Sentencia de 27 de agosto de 2020. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_409_esp.pdf. Acesso em: 5 abr. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Martínez Esquivia vs. Colombia*. Sentencia de 6 de octubre de 2020. (Excepciones preliminares, Fondo y Reparaciones). 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_412_esp.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Acosta Martínez y otros vs. Argentina*. Sentencia de 31 de agosto de 2020. (Fondo, Reparaciones y Costas). 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_410_esp.pdf. Acesso em: 7 abr. 2021.

DELMAS-MARTY, Mireille. Avant-propos. In: DUBOUT, Edouard; TOUZE, Sébastien (orgs.). *Les Droits Fondamentaux: charnières entre ordres et systèmes juridiques*. Paris: Pedone, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Derechos Fundamentales, Universalismo y Multiculturalismo. *Claves de Razón Práctica*, Madrid: PROGRESA, n. 184, p. 4, 2008. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/196348>. Acesso em: 8 maio 2019.

FRYDMAN, Benoît. A Pragmatic Approach to Global Law. *Working Paper*. p. 1-18, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2312504>. Acesso em: 04 maio 2019.

FRYDMAN, Benoît. Diálogo internacional dos juizes e a perspectiva ideal de justiça universal. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos Jurisdicionais e Direitos Humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 15-32.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott; BECK, Ulrich. *Modernização Reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Trad. Magda Lopes. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2012.

HABERMAS, Jürgen. *Sobre a Constituição da Europa: um ensaio*. Trad. Denilson Luis Werle, Luiz Repa e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2012.

HAYWARD, Clarissa Rile; WATSON, Ron. Identity and Political Theory. *Washington University Journal of Law & Policy*, v. 33, p. 9-41, 2010. Disponível em: https://openscholarship.wustl.edu/law_journal_law_policy/vol33/iss1/3/. Acesso em: 23 mar. 2021.

JACKSON, Vicki C. Constitutional Dialogue and Human Dignity: states and transnational constitutional discourse. *Montana Law Review*, v. 65, p. 27, 2004. Disponível em: <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/106>. Acesso em: 8 out. 2019.

JACKSON, Vicki C. Transnational Challenges to Constitutional Law: convergence, resistance, engagement. *Federal Law Review*, v. 35, n. 2, p. 161-185, 2007. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.22145/flr.35.2.1>. Acesso em: 3 de jun. 2019.

KIRBY, Michael. International Law: The Impact on National Constitutions. *American University International Law Review*, v. 21, n. 3, p. 327-364, 2006. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/254567939_International_Law-The_Impact_on_National_Constitutions. Acesso em: 13 jul. 2019.

LEE, Megan. Judicial Dialogue: method in the madness? *King's Inns Law Review*, n. 5, p. 125-142, 2015. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/kingsinlr5&div=12&id=&page=>. Acesso em: 30 mar. 2021.

LEVINSON, Daryl J. Parchment and Politics: the positive puzzle of constitutional commitment. *Harvard Law Review*, v. 124, n. 3, p. 657-746, 2011. Disponível em: <https://harvardlawreview.org/2011/01/parchment-and-politics-the-positive-puzzle-of-constitutional-commitment/>. Acesso em: 29 mar. 2021.

L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. The Importance of Dialogue: Globalization, the Rehnquist Court and Human Rights. In: BELSKY, Martin H. (org.). *The Rehnquist Court: a Retrospective*. New York: Oxford University Press, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. São Paulo: Forense, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6144/pdf>. Acesso em: 4 abr. 2021.

MENEZES, Paulo Brasil. *Diálogos Judiciais entre Cortes Constitucionais: a proteção dos direitos fundamentais no constitucionalismo global*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MENEZES, Paulo Brasil. *Fake News: modernidade, metodologia e regulação*. 2. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Protección Supranacional de la Democracia en Suramérica*. Um estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune. México: UNAM, 2015.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho*. Madrid: La Ley, 2011.

PFRSMANN, Otto. *Positivismo Jurídico e Justiça Constitucional no Século XXI*. Trad. Alexandre Coutinho Pagliarini. São Paulo: Saraiva, 2014. (Série IDP: direito comparado).

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*. REDESG. v. 3, n. 1, p. 76-101, jan./jul. 2014. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/REDESG/article/view/16282/pdf#.YFlkHZNKjaI>. Acesso em: 18 fev. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000201356.

Acesso em: 1 abr. 2021.

PIOVESAN, Flávia *Temas de Direitos Humanos*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PIZZOLO, Calogero. Dialogo o Monologo: La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Control de Convencionalidad: El Caso Argentino. *Inter-american and European Human Rights Journal*, v. 9, n. 1, p. 178-201, 2016. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/70808>. Acesso em: 31 mar. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. O novo direito internacional privado e o conflito de fontes na cooperação jurídica internacional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 108, p. 621-647, jan./dez. 2013. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67998>. Acesso em: 24 mar. 2021.

RAWLS, John. La Idea de Consenso por Superposición. In: BETEGÓN, Jerónimo; PÁRAMO, Juan Ramón de (Coords.). *Derecho y Moral: ensayos analíticos*. Trad. Juan Carlos Bayón. Barcelona: Ariel, 1990.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. Porto: Afrontamento, 2000.

SANTOS, Pedro Felipe de Oliveira. O Futuro da Jurisdição Constitucional: as aspirações do constitucionalismo global no paradigma do engajamento comparativo. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, v. 30, n. 1/2. jan./fev. 2018. Disponível em: https://www.academia.edu/36743533/O_Futuro_da_Jurisdic_a_o_Constitucional_as_Aspira%C3%A7%C3%B5es_do_Constitucionalismo_Global_no_Paradigma_do_Engajamento_Comparativo. Acesso em: 22 jan. 2020.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Typology of Transjudicial Communication. *University of Richmond Law Review*. v. 29, n. 1, article 6, p. 99-137, 1994. Disponível em: <https://scholarship.richmond.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2120&context=lawreview>. Acesso em: 2 jun. 2019.

TEUBNER, Gunther. Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter. In: PEREZ, Oren e TEUBNER, Gunther (Org.). *On Paradoxes and Inconsistencies in Law*. Trans. Iain L. Fraser. Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2006.

TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: legal pluralism in the world-society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law without a State*. Dartmouth, 1996. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=896478>. Acesso em: 04 maio 2019.

TUSHNET, Mark. The Inevitable Globalization of Constitutional Law. *Public Law & Legal Theory Working Paper Series*. Harvard Law School. n. 9-6. 2008. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1317766>. Acesso em: 8 maio 2019.

VERGOTTINI, Giuseppe de. *Más Allá del Diálogo entre Tribunales: comparación y relación entre jurisdicciones*. Prólogo de Javier García Roca. Cizur Menor: Thomson Reuters- Civitas-Aranzadi. 2010.

**4. DIÁLOGO ENTRE ORDENS INTERNACIONAIS
E NACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO
TRANSFORMADOR NA AMÉRICA LATINA**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Diálogo, interamericanización
e impulso transformador:**
los formantes teóricos del *Ius
Constitutionale Commune* en
América Latina

**Dialogue, Inter-Americanization
and transformative impulse:**
the theoretical formants of *Ius
Constitutionale Commune* in Latin
America

Mario Molina Hernández

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

Diálogo, interamericanización e impulso transformador: los formantes teóricos del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina*

Dialogue, Inter-Americanization and transformative impulse: the theoretical formants of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America

Mario Molina Hernández**

Resumen

El objetivo de estas páginas que se presentan es dar cuenta de diversos fenómenos de transformación en el devenir constitucional latinoamericano a partir de conceptos y prácticas como el diálogo, la interamericanización y el impulso del material normativo interamericano, lo que ha derivado en la progresiva construcción de un auténtico derecho constitucional común en la región. Para ello, con base en una metodología de análisis y reflexión del derecho positivo disponible, así como del nutrido e interesante discurso académico en torno a estos procesos se ponen de relieve las extraordinarias transformaciones aludidas. Por otra parte, como aspecto relevante de este trabajo se busca explorar el sustrato teórico constitucional desarrollado a ambos lados del atlántico, el cual consiste en la incorporación de la permeabilidad normativa, la estatalidad abierta y la humanización en el pensamiento constitucional de la posguerra, así como de una importante dinámica de carácter lógico-formal que ha propiciado la materialización de dinámicas constitucionales más allá de los confines estatales. Finalmente, como conclusiones arrojadas por esta investigación destacan la innegable transformación estructural del derecho constitucional del siglo XXI, principalmente las relacionadas con su intensa humanización e internacionalización, así como la hibridación de los órdenes constitucionales a partir del entrelazamiento normativo nacional, internacional y supranacional. Asimismo, advertimos como posibles hipótesis de trabajo para futuros estudios de esta línea de investigación, podríamos sugerir la tensión existente por la presunta desmedida atención y preponderancia del rol judicial en los fenómenos que señalamos.

Palabras clave: Constitucionalismo interamericano; Diálogo; Impulso transformador; Interamericanización; *Ius Constitutionale Commune*.

* Recibido em 31/05/2021
Aprovado em 07/10/2021

** Ayudante de profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y egresado de la licenciatura en Derecho de la misma institución.
E-mail: mmolinah95@gmail.com

Abstract

The objective of these pages that are presented is to give an account of various phenomena of transformation in the Latin American constitutional evolution based on concepts and practices such as dialogue, inter-Ameri-

canization and the impulse of the inter-American normative material, which has led to the progressive construction of an authentic common constitutional right in the region. For this, based on a methodology of analysis and reflection of the positive law available, as well as the rich and interesting academic discourse around these processes, the extraordinary transformations alluded to are highlighted. On the other hand, as a relevant aspect of this work, we seek to explore the constitutional theoretical substrate developed on both sides of the Atlantic, which consists of the incorporation of normative permeability, open statehood and humanization in post-war constitutional thought, as well as as an important dynamic of a logical-formal nature that has led to the materialization of constitutional dynamics beyond the confines of the state. Finally, as conclusions drawn by this research, the undeniable structural transformation of the constitutional law of the 21st century stands out, mainly those related to its intense humanization and internationalization, as well as the hybridization of constitutional orders based on the national, international and supranational normative intertwining. Likewise, we warn as possible working hypotheses for future studies of this line of research, we could suggest the existing tension due to the alleged excessive attention and preponderance of the judicial role in the phenomena that we indicate.

Keywords: Inter-American constitutionalism; Dialogue; Transformative impulse; Inter-Americanization; *Ius Constitutionale Commune*.

1 A manera de introducción: el sustrato teórico del ICCAL

El pensamiento constitucional es por naturaleza dinámico, no permanece distante de la evolución de las ideas políticas, de las condiciones económicas, políticas, sociales, entre otros aspectos. Por ello, es necesario clarificar el sustrato teórico a partir del cual acontecen los diversos fenómenos objeto de análisis, crítica y reflexión de este trabajo, pues derivado de esto, es como podremos obtener un diagnóstico más afortunado del estado actual de las ideas constitucionales. Las consideraciones teóricas y terminológicas expuestas a continuación abordan un fenómeno de la mayor relevancia, y su utilidad radica en que dichas precisiones conceptuales delimitan las posibilidades de análisis y argumentación de un fenómeno transversal a todo el discurso, pensamiento y dogmática jurídica como lo es la evolución constitucional.¹

Los conceptos fundantes del derecho constitucional y el constitucionalismo en la actualidad se encuentran severamente erosionados; difícilmente pudieran explicarse las dinámicas jurídicas, constitucionales y políticas actuales de la mano de las categorías clásicas. En ese sentido, el objeto de este primer apartado será trazar una evolución de las transformaciones históricas de las estructuras básicas del constitucionalismo, comenzando con la transición del enfoque organicista-soberanista a uno humanista-internacionalista, así como dar cuenta de las posturas que sostienen la viabilidad de la instauración de dinámicas constitucionales más allá del Estado.

1.1 Del constitucionalismo organicista al constitucionalismo de los derechos

Es lugar común en la teoría constitucional afirmar que la esencia de cualquier manifestación constitucional es la de controlar al poder, sin embargo, de una lectura de la evolución histórica del constitucionalismo puede advertirse la pluralidad de medios y vías (materializados en la clase de valores que se sitúan en el centro de los diseños constitucionales) para arribar a dicho fin.

Ahora bien, fue hasta después de la Segunda Guerra Mundial, que a partir de las profundas innovaciones y transformaciones jurídicas y políticas en Europa marcadas por la introducción de constituciones rígidas acompañadas por diversos medios y sistemas de control jurisdiccional de constitucionalidad, nuevos

¹ GUTIÉRREZ, Ignacio. *Derecho constitucional en construcción*. México: CIIJUS-Derecho Global Editores, 2018. p. 80.

parámetros de validez normativa, diversos principios en los órdenes jurídicos así como de los derechos fundamentales, se transformó el paradigma de la Constitución, para pasar de ser un documento basado en diversos postulados de carácter político a un ordenamiento jurídico que establece diversos vínculos y límites a la actuación de los poderes de las mayorías.²

Con base en la combinación de dichos elementos, podemos decir que nos encontramos en un nuevo modelo del constitucionalismo que supera los rasgos estatistas y organicistas de las antiguas concepciones, para asumir una nueva de carácter humanista que sitúa en el centro de la actividad jurídica, política y estatal a la persona a través de la consagración de diversos derechos acompañados de sus respectivas garantías para su protección.

En esta nueva concepción del constitucionalismo, igualmente se sacude de forma importante la idea que se tiene de los fines del Estado, dejando de lado aquella figuración de una realidad natural con derecho a existir, con un fundamento divino o histórico-cultural, y se asume ahora como una mera caracterización artificial e instrumental, pues como señala Prieto Sanchís:

[P]or eso el Estado tiene una justificación meramente instrumental; la fuerza que se deposita en sus manos con carácter de monopolio no ha de valer para todo y para cualquier cosa, sino que solo resulta legítima cuando se pone al servicio de la finalidad perseguida por los individuos que dan vida a ese artificio, esto es, la defensa de sus derechos. De manera que, si se puede usar una terminología algo simplificadora, los derechos están siempre por encima de la democracia, la justicia por encima de la política.³

Ahora bien, existen situaciones en las que el constitucionalismo centrado en los derechos pudiera ser considerado como un arma de doble filo. Particularmente en el caso de América Latina, pues como señala Néstor Pedro Sagüés, en diversos ordenamientos de los países de la región se da una problemática consistente en la sobrecarga de derechos en los textos constitucionales, los cuales se presentan con una formulación excesiva y muy detallada, lo que tiene implicaciones negativas en el momento de hacer exigibles dichos derechos, pues ante la fuerte carga de obligaciones a cargo de los Estados, las Constituciones se convierten más en documentos que contienen promesas y no derechos plenamente exigibles.⁴

Como conclusión de este apartado podemos señalar la necesidad de reconocer el advenimiento de un moderno paradigma constitucional en el cual asumen un papel preponderante la protección de la dignidad y los derechos de la persona alejándose de esta forma de aquellas concepciones meramente estatistas u organicistas del constitucionalismo que se manifestaron de forma intensa en las experiencias primigenias.

Ahora bien, lo anterior no significa que sugerimos la adopción dogmática de un modelo de constitucionalismo, pues precisamente uno de los males estructurales de algunas concepciones del constitucionalismo centrado en los derechos es su poca interacción con los aspectos orgánicos de los textos constitucionales. Sobre esta problemática es clásico el trabajo de Roberto Gargarella en torno a la “sala de máquinas de la Constitución”, en el cual pone de relieve la desmedida atención a los derechos humanos en desmedro de las cuestiones relacionadas con la organización del poder en diversas experiencias constituyentes en América Latina, lo cual ha derivado en fallas sistémicas en la garantía de dichos derechos pues con esta clase de regulaciones se ignora la gran posibilidad de incidencia que se puede ejercer en ellos a través de las secciones constitucionales dedicadas a la organización del poder.⁵

² FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014. p. 17.

³ PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2017. p. 227.

⁴ SAGÜES, Néstor. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: Porrúa, 2004. p. 15.

⁵ GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. España: Katz, 2014. p. 309.

1.2 El constitucionalismo más allá del Estado

La forma de entender el constitucionalismo y el derecho constitucional ha experimentado severas transformaciones en las últimas décadas. Conceptos de esta naturaleza, alejados en un primer momento de contenidos estatistas u organicistas, y que posteriormente fueron dotados de significados humanistas, en la actualidad se encuentran aparejados a nociones como la crisis de la soberanía y una consecuente apertura al orden jurídico internacional.

Asimismo, la renovación del derecho internacional confluyó en la concepción contemporánea del derecho constitucional, pues como señala Acosta Alvarado, dicha renovación consistió fundamentalmente en el reconocimiento de la dignidad humana como un valor fundante de este ordenamiento jurídico. Esta humanización fue el producto de los cambios suscitados en la comunidad internacional tras los horrores de la Segunda Guerra Mundial.⁶

Así, tras esta doble humanización en los órdenes internacional y constitucional, progresivamente se ha construido un nuevo derecho constitucional centrado en los derechos humanos, con marcados tintes de apertura al ámbito internacional y en el cual se desdibujan cada vez más las fronteras entre lo constitucional y lo internacional, dando como resultado que el derecho constitucional en la actualidad pueda ser entendido e identificado como una dinámica más allá de las fronteras nacionales.

Ahora bien, sobre la posibilidad de concebir al derecho constitucional más allá del Estado nacional, existen voces como la de Luigi Ferrajoli que sostienen que en efecto es posible separar la idea de Constitución y Estado si se atiende a la forma en que opera el moderno paradigma constitucional y garantista, entendido como un sistema de límites y vínculos; es decir, a través de una dinámica lógica de carácter formal, que bien puede tener cabida en el ámbito supraestatal, pues puede ser dotada de cualquier contenido.⁷

Esta perspectiva ofrece la oportunidad de descargar a ese sistema de límites, vínculos y garantías, de contenidos estatistas y soberanistas que son potencialmente dañinos a la protección de los derechos humanos y transitar así a un sistema articulado entre los órdenes nacional e internacional. En ese sentido, piénsese por ejemplo en los casos en que un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede asumir un funcionamiento similar al de un tribunal constitucional nacional,⁸ o en la manera en la que tratados del derecho internacional de los derechos humanos puede hacer las veces de un texto constitucional, como puede ser el caso del *corpus iuris* interamericano.⁹

Con base en el carácter formal del paradigma constitucional, es posible su exportación a otros ámbitos para hacer frente a la actual crisis de la democracia y el constitucionalismo. Y es que como señala Ferrajoli, la estructura de dicho paradigma puede caracterizarse por las relaciones jerárquicas entre normas supraordinadas y subordinadas, y por ello puede aplicarse en otros foros y contextos distintos al meramente estatal, por ello, el profesor Ferrajoli sugiere cuatro nuevas articulaciones del paradigma constitucional: i) un constitucionalismo de carácter social; ii) un constitucionalismo de derecho privado; iii) un constitucionalismo de los bienes fundamentales; y, iii) un constitucionalismo supranacional o de derecho internacional.¹⁰

A partir estas consideraciones podemos decir que el constitucionalismo contemporáneo, lejos de ser

⁶ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 40.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018. p. 26-27.

⁸ BURGORGUE-LAREN, Laurence. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 421-457.

⁹ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *La protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 102.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018. p. 25.

relacionado con material normativo meramente estatal o nacional, podría ser entendido como una dinámica lógica que bien puede materializarse fuera de las fronteras estatales.

Como ya adelantábamos, la propuesta del profesor Ferrajoli tiene como eje rector el carácter formal del paradigma constitucional, el cual hace factible su expansión a un nivel supraestatal. Es importante destacar que la idea de una dinámica constitucional en sede supraestatal no significa en ningún momento la sugereencia de la reproducción de las formas e instituciones estatales, sino más bien la consolidación de técnicas, funciones e instituciones de garantía adecuadas y eficaces en ese nivel.

1.3 Humanización e internacionalización

Siguiendo a Mariela Morales, los conceptos de internacionalización y humanización deben entenderse de forma interdependiente, pues ambos han desembocado en el entrelazamiento normativo del derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos, materializado principalmente en el rango constitucional en el que se encuentran los tratados internacionales, y que en algunos casos gozan de primacía sobre el derecho interno.¹¹

Este fenómeno de humanización del derecho en la región, tiene como génesis la adopción de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el año de 1948, en el marco de la Organización de los Estados Americanos (OEA), y posteriormente, en el año de 1959, con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) que significó un importante paso en la protección de los derechos humanos, en tanto órgano encargado del seguimiento y monitoreo de los derechos humanos en los países signatarios.¹²

El siguiente acontecimiento relevante para la humanización, tuvo lugar veinte años después de la adopción de la Declaración Americana, cuando fue aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que con el paso del tiempo se posicionó como el documento de mayor relevancia en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), pues constituye el catálogo de derechos humanos que los Estados ratificantes deben observar y define la organización, funcionamiento y procedimientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).¹³

Como puede advertirse, el proceso de humanización del derecho en América Latina ha sido el producto de importantes acontecimientos, desde la adopción de la Declaración Americana, la conformación orgánica del SIDH, la adopción de la CADH, así como la dinámica y desenvolvimiento permanente de la actividad jurisdiccional de la Corte IDH y el reconocimiento de la fuerza normativa del material jurídico interamericano.¹⁴

Ahora bien, este fenómeno de internacionalización entendida como humanización tiene importantes implicaciones por lo que hace a la recepción y tratamiento del material normativo internacional, lo cual tiene como resultado un entrelazamiento normativo entre el derecho interno, principalmente en el ámbito constitucional, y el derecho internacional, preponderantemente del derecho internacional de los derechos humanos.

En síntesis, la internacionalización entendida como humanización de los regímenes jurídicos nacionales a través de la incorporación de elementos en clave de apertura, constituye el eslabón más acabado de la

¹¹ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *La protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015. p. 136.

¹² PELAYO MOLLER, Carlos. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: CNDH, 2015. p. 14-15.

¹³ PELAYO MOLLER, Carlos. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: CNDH, 2015. p. 14-15.

¹⁴ ESTRADA ADÁN, Guillero. Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el 'material interamericano' en el siglo XXI. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 109-115.

evolución jurídica de la región. Sin embargo, este proceso no debe comprenderse de forma estática, pues la naturaleza de estas evoluciones es en sí misma de carácter dinámica y operativa. Es decir, la interamericanización debe comprenderse como punto de partida y como proceso en constante evolución.

2 ¿De qué hablamos cuando hablamos del ICCAL?

La interacción que se ha dado entre el régimen internacional y los diversos regímenes nacionales en América Latina en materia de derechos humanos es un suceso del cual no puede negarse su existencia. Este acontecimiento se ha tratado de explicar, desde el ámbito académico, a partir de la denominación *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*.

La expresión derecho constitucional común en derechos humanos para América Latina tiene básicamente dos acepciones: una, relacionada con los contenidos normativos positivos; y, dos, aquella que está relacionada con una faceta discursiva y como un enfoque y metodología de aproximación al derecho¹⁵ con una perspectiva integral, que toma en cuenta los factores económicos, sociales y culturales.

Ahora bien, en la realidad latinoamericana, la estatalidad abierta, así como el nuevo derecho público tienen como ámbito de concreción la progresiva influencia y condicionamiento del devenir estatal que ejerce el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Esto no es baladí si se adopta una postura que atiende a la historia de América Latina, pues como señala Flavia Piovesán, nuestra región cuenta con un pasado de condiciones inaceptables, tales como los regímenes autoritarios y dictatoriales, los altos índices de violencia e impunidad, así como la ausencia de Estado de derecho y la precaria cultura de respeto y promoción de los derechos humanos.¹⁶ De tal forma que una integración con miras a la transformación de las condiciones de vida de sus habitantes así como de las estructuras institucionales, bien puede considerarse un modelo válido en la región. Diferente en sus componentes y propósitos al modelo europeo, pues se tratará de otra integración. Una integración, si se quiere ver de esta forma, de y desde abajo.

Dentro del sector discursivo del *Ius Constitutionale Commune* en América Latina (en adelante ICCAL) es lugar común afirmar que dicha corriente teórica asume tres funciones principales: i) una, relacionada con una pretensión analítica u ontológica que sirve para describir un fenómeno jurídico; ii) una función normativa encaminada a impulsar la consolidación de un constitucionalismo transformador en América Latina; y, iii) un enfoque académico integrado por participantes de diversas nacionalidades, que trabaja a partir de la metodología comparativa.¹⁷

Por lo que hace a la primera función podemos decir que el fenómeno al que busca aproximarse o explicar el ICCAL es el relacionado con la interacción normativa entre el *corpus iuris* interamericano y los textos constitucionales nacionales latinoamericanos (a través de las cláusulas de apertura al derecho internacional contenidas en diversos ordenamientos), que ha derivado en una relación de fortalecimiento mutuo.¹⁸

¹⁵ BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015. p. 10-11.

¹⁶ PIOVESÁN, Flavia. Protección de los derechos sociales: retos de un ius commune para Sudamérica". In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. México: UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011. p. 370.

¹⁷ BOGDANDY, Armin von et al. Ius constitutionale commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285958 Acceso en: 25 mar. 2021.

¹⁸ BOGDANDY, Armin von et al. Ius constitutionale commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285958 Acceso en: 25 mar. 2021.

La función normativa del ICCAL se materializa a través del impulso de la transformación social en América Latina, con la finalidad de hacer plenas y efectivas las garantías, deseos y promesas establecidos en las constituciones latinoamericanas posteriores a las experiencias dictatoriales, a partir de la incorporación de diversas perspectivas nacionales en un enfoque común de apoyo mutuo y diálogo, derivado del entendimiento de la insuficiencia del espacio estatal para la protección de los derechos humanos.¹⁹

Finalmente, en lo relacionado con la vertiente del ICCAL como enfoque académico, podemos decir que este se materializa en el sector discursivo sobre este fenómeno, y que se nutre de tres objetivos: respeto a los derechos humanos en la región, desarrollar una estatalidad abierta, y construir instituciones internacionales fuertes y legítimas. Dichos objetivos se pretenden alcanzar a través de tres conceptos clave: diálogo, inclusión y pluralismo normativo. Este enfoque del derecho público puede ser caracterizado de la siguiente forma: busca relacionar el derecho nacional e internacional, las cuestiones argumentativas se realizan con base en principios y se le otorga gran importancia al derecho comparado.²⁰

Asimismo, respecto de la naturaleza del ICCAL, existen voces como la de Héctor Fix-Fierro, que señalan que más allá de la identificación de los rasgos, principios y valores comunes entre los ordenamientos constitucionales de la región²¹ y de las implicaciones culturales que ello representa, en la actualidad podemos hablar de la construcción de un derecho constitucional común latinoamericano *en sentido estricto* a través de la expansión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los ámbitos constitucionales internos.

Ahora bien, una de las características principales del ICCAL es su vocación transformadora, pues la región latinoamericana cuenta con un pasado de condiciones de vida que pudieran ser consideradas como inaceptables, tales como los regímenes dictatoriales, los altos índices de violencia e impunidad, ausencia de Estado de derecho y una precaria cultura de respeto y promoción de los derechos humanos.²²

2.1 Los retos y problemáticas comunes como impulso: democracia, protección de los derechos humanos

El ICCAL como enfoque jurídico regional, parte de una premisa fundamental: la exclusión de amplios sectores sociales y la escuálida normatividad son problemas comunes a los países de la región. Para hacer frente a estas lacerantes realidades, se tiene la convicción de que la interacción entre los ordenamientos constitucionales y las garantías supranacionales son una poderosa herramienta de transformación. Por ello, más allá de las intensas y nutridas discusiones en torno al constitucionalismo latinoamericano, el ICCAL se presenta como un enfoque renovado de aproximación al derecho como instrumento de emancipación.

No debe perderse de vista que los fines y motivaciones centrales del ICCAL no están relacionados con la integración o apertura entendida en su acepción tradicional, sino más bien, con la salvaguarda de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho desde una dinámica dúctil y dialógica que tome en cuenta los requerimientos propios de una estatalidad abierta. No es que se menosprecie la relevancia

¹⁹ BOGDANDY, Armin von *et al.* Ius constitutionale commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285958 Acceso en: 25 mar. 2021.

²⁰ BOGDANDY, Armin von *et al.* Ius constitutionale commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285958 Acceso en: 25 mar. 2021.

²¹ Una postura crítica a estos rasgos comunes la sostiene Néstor Pedro Sagüés respecto de los vicios presentes en los textos constitucionales latinoamericanos, tales como la formulación excesiva y detallada de los derechos constitucionales, las amplias dimensiones de los ordenamientos o las posiciones utópicas y demagógicas plasmadas en las constituciones. SAGÜES, Néstor. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: Porrúa, 2004. p. 15.

²² PIOVESÁN, Flavia. Protección de los derechos sociales: retos de un ius commune para Sudamérica?. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. México: UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011. p. 370.

histórica de un concepto como la soberanía, pero sí se requiere reconfigurar su concepción clásica, pues las instituciones del derecho internacional, su dinámica e injerencia se entienden como una conquista del derecho constitucional.

Piénsese por ejemplo en la experiencia mexicana, en la que desde junio de 2011 se hace referencia expresa a los tratados internacionales sobre derechos humanos, y que incluso tan sólo un mes después el tribunal constitucional mexicano hizo efectivo y comenzó a aplicar dicha disposición. Sin duda, la estatalidad abierta es un fenómeno presente con importantes y notables implicaciones por cuanto hace al devenir constitucional doméstico de la región. Por ello, consideramos que el enfoque del ICCAL resulta por demás interesante para dar tratamiento a estos fenómenos de manera más provechosa.

Una de las problemáticas y retos principales para el proyecto ICCAL tiene que ver con el desempeño y empoderamiento institucional. En ese sentido, señala Parra Vera, es necesario apreciar el impacto que han tenido elementos como las sentencias interamericanas en el devenir institucional de los Estados de la región. Para ello, es necesario adoptar una visión renovada del Estado, pues lejos de concebirlo como un ente monolítico o unificado, sería más afortunado concebirlo como polimorfo, es decir como un ente que centraliza distintas redes de poder político.²³

Durante los años primigenios de funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, muchos Estados actuaron con una actitud intransigente o reticente, al grado de ser tildados como “enemigos” del Sistema, y aunque en la actualidad aún pueden detectarse algunos casos de relación tensa entre algunos Estados y los órganos del Sistema, la situación en términos generales ha progresado de forma notable. Existen diversos casos en los que funcionarios e instituciones han invocado decisiones interamericanas en escenarios de confrontación con otros poderes públicos.²⁴

En ese sentido destacan ejemplos como las medidas cautelares para magistrados de la Corte Suprema de Colombia;²⁵ las tensiones entre la Sala Criminal de la Corte Suprema de Justicia y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala;²⁶ las tensiones entre los poderes legislativo, judicial y ejecutivo en relación con la implementación del caso Gelman;²⁷ o bien, las tensiones entre los ámbitos federal y local.²⁸ El elemento común subyacente a las experiencias citadas radica en la interacción entre los diversos estados con el Sistema Interamericano en el marco de dinámicas de interacción estratégica entre la intervención internacional interamericana y los órganos estatales nacionales que encontraron resistencia de otros órganos nacionales para la protección de los derechos humanos.²⁹

²³ PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 390.

²⁴ PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 393.

²⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. MC 1119/09. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3c1.09.sp.htm> Acceso en: 20 mar. 2021.

²⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

²⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

²⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fermán Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126; COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

²⁹ PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de

No puede ignorarse el importante rol que ha asumido el material interamericano en el fortalecimiento de los actores institucionales locales. Estas decisiones interamericanas asumen relevancia en el diálogo interinstitucional local, en el que a través de mecanismos como las reformas constitucionales y legales, así como por el impulso jurisdiccional, se ha transformado la realidad para dar mayor peso al derecho internacional de los derechos humanos.³⁰

El ICCAL como enfoque transformador del derecho en la región, apunta a la superación de las condiciones sociales y políticas para hacer efectiva la democracia, el Estado de derecho y la protección de los derechos humanos. Para ello, debe hacer frente a cuestiones sociales muy delicadas como la igualdad o la redistribución. Esta problemática se identifica con el concepto de exclusión, que facilita la comprensión de situaciones en las que amplios grupos sociales son ignoradas por el sistema político, económico o legal.³¹

Ha sido por demás explorada la marcada desigualdad y pobreza en América Latina y el Caribe; se cuentan por decenas los estudios académicos, informes de organismos internacionales o de organizaciones no gubernamentales que dan cuenta de esta lacerante realidad. Asimismo, muchos de los textos constitucionales e instrumentos internacionales de la región identifican a los grupos desfavorecidos que sufren esta situación de desigualdad, incluso, estos ordenamientos reconocen que esta situación de carácter estructural difícilmente podrá ser combatida con acciones individuales, sino que se requieren medidas de acción positiva reparadoras o transformadoras. En ese sentido, pueden encontrarse diversas tendencias en la jurisprudencia de los tribunales de la región, impulsadas por el elemento interamericano, que hacen frente a esta situación a partir de un enfoque de desigualdad estructural.³²

Al respecto, Clérico, Ronconi y Aldao advierten cinco categorías sospechosas presentes en el desarrollo jurisprudencial nacional e internacional, sobre las cuales se ha intentado avanzar por esta vía en el mejoramiento de estas condiciones: i) nacionalidad y migrantes;³³ ii) etnia;³⁴ iii) edad;³⁵ iv) discapacidad;³⁶ v) orientación sexual;³⁷ y, vi) pobreza.³⁸

investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 395-415.

³⁰ PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014. p. 419-420.

³¹ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015. p. 9.

³² CLÉRICO, Laura *et al.* Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.). *Inclusión, Ius Commune y justiciaabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 22-23.

³³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 240.

³⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279.

³⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Villagrán Morales y Otros (“Niños de la Calle”) Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77.

³⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Rifo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239. Asimismo, PARRA VERA, Óscar; HUBER, Florian. Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: comentarios al caso *Atala Rifo y niñas*. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Igualdad y orientación sexual: el Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México: Porrúa-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law-IMDPC, 2012. p. 167.

³⁸ CLÉRICO, Laura *et al.* Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.). *Inclusión, Ius Commune y justiciaabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y*

Las tendencias jurisprudenciales sobre estos fenómenos develan que dentro del imaginario jurídico regional está fuertemente arraigada la concepción de igualdad como no discriminación, pero no puede negarse que el desarrollo jurídico de estas problemáticas tiende hacia la emancipación, y aunque el derecho puede llegar a ser insuficiente para enfrentar condiciones tan profundas, no puede negarse el potencial transformador del mismo.³⁹

2.2 La estatalidad abierta como medio y fin

Algunas de las características fundantes del ICCAL, tanto en su vertiente de discurso y proyecto académico como en su faceta operativa de derecho positivo, son la ductilidad y su permanente dinamismo. Esto puede apreciarse en el funcionamiento de los conceptos y valores principales del ICCAL, a saber: la estatalidad abierta. Como ya hemos señalado líneas arriba, esta idea funge como uno de los objetivos principales de la articulación normativa supranacional e internacional en los ordenamientos de la región, sin embargo, es necesario mencionar su doble naturaleza: i) como fin; y, ii) como una noción viva y presente en el sustrato de derecho positivo, que articula los diversos materiales normativos regionales.

La estatalidad abierta puede manifestarse de distintas maneras, desde las materializaciones más nítidas como las cláusulas de apertura al derecho internacional establecidas en los textos constitucionales de finales del siglo pasado y de inicios de este hasta en las construcciones jurisprudenciales que facilitan la incorporación del material normativo internacional en las dinámicas jurídicas nacionales. Las implicaciones de estas cláusulas pueden apreciarse desde dos aristas: i) como instrumento para la incorporación de los derechos establecidos en el orden jurídico internacional; y, ii) como mecanismo de regulación de la participación estatal en la integración normativa.⁴⁰

3 El material normativo disponible

El proyecto ICCAL progresivamente se ha posicionado como un fenómeno con desarrollo y cumplimiento normativo, aterrizado en el derecho positivo, tanto en el plano nacional como el internacional. En ese sentido, no puede negarse el soporte y efectos que estos postulados han tenido en los ordenamientos nacionales (principalmente en los textos constitucionales y en la jurisprudencia nacional) y en el plano internacional (principalmente en el *corpus iuris* interamericano). Por ello, nuestra tarea en este capítulo, consiste en la exploración de los diversos elementos jurídicos que han resentido la humanización e interamericanización de manera preponderante y más intensa.

3.1 Constituciones nacionales

Desde el punto de vista normativo, el ICCAL se vale del impulso del constitucionalismo transformador subyacente en las experiencias de renovación constitucional posteriores a los regímenes autoritarios y pugna por el cumplimiento efectivo de las promesas principales de dichos ordenamientos. Asimismo, contenidos puntuales como los relacionados con la inclusión, en un marco de democracia constitucional, son relevantes

los nuevos desafíos. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 35-88.

³⁹ CLÉRICO, Laura *et al.* Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento. *In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo et al. (coords.). Inclusión, Ins Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos.* Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. p. 95.

⁴⁰ MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Voz estatalidad abierta. *In: FERRER MAC-GREGOR, E. et al. (coords.). Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional.* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014. p. 657.

para la construcción e impulso del ICCAL.⁴¹

Dentro de las aportaciones de los textos constitucionales destaca el papel de las cláusulas de apertura al derecho internacional. En ese sentido, podemos identificar a estas disposiciones como aquellas que se encuentran enfocadas a la inserción, recepción y tratamiento del derecho internacional de los derechos humanos en los ordenamientos internos de los estados.

León y Wong han señalado que esta dinámica puede ser explicada de dos formas: i) inserción explícita, cuando los ordenamientos constitucionales contemplan expresamente los derechos humanos y les dan un tratamiento constitucional; o bien, ii) una inserción implícita, manifestada principalmente en las cláusulas abiertas. También se ha dicho que la recepción del material normativo internacional puede funcionar con base en cuatro rangos de jerarquización: i) supraconstitucionalización, que implica la supremacía de los tratados sobre la Constitución y determina que la validez del tratado y su vigencia; ii) la constitucionalización propiamente dicha, que implica la declaración del rango constitucional a ciertos documentos internacionales; iii) la subconstitucionalización de primer grado, que significa que los tratados internacionales se subordinan a la Constitución; y, iv) la equiparación legislativa, que implica la nivelación de los tratados internacionales con una ley común.⁴²

Ahora bien, refiriéndonos a los ordenamientos nacionales que han incorporado cláusulas de apertura al derecho internacional podemos destacar experiencias como la de Chile, que con una formulación particular de estos elementos, abre la puerta a la adición de nuevos derechos esenciales que no se encuentren dentro de su articulado. El caso boliviano es igualmente ilustrativo, pues señala de forma lacónica que los derechos establecidos en ese ordenamiento no pueden ser entendidos como negación de otros derechos no enunciados.⁴³

Por otra parte, existen algunas experiencias que a partir de la dignidad humana basan la apertura del ordenamiento nacional. Tales son los casos de Guatemala,⁴⁴ Paraguay,⁴⁵ Uruguay,⁴⁶ Colombia,⁴⁷ Venezuela,⁴⁸

⁴¹ BOGDANDY, Armin von *et al.* A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2020. p. 20, 24.

⁴² LEÓN, Carolina; WONG, Víctor. Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas. *FORO: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, v. 18, n. 2, p. 93-125, 2015. p. 103-104.

⁴³ LEÓN, Carolina; WONG, Víctor. Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas. *FORO: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, v. 18, n. 2, p. 93-125, 2015. p. 106.

⁴⁴ Art. 44. *Derechos inherentes a la persona humana*. Los derechos y garantías que otorga la Constitución no excluyen otros que, aunque no figuren expresamente en ella, son inherentes a la persona humana.

⁴⁵ Art. 45. *De los derechos y garantías no enunciados*. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la personalidad humana, no figuren expresamente en ella. La falta de ley reglamentaria no podrá ser invocada para negar ni para menoscabar algún derecho o garantía.

⁴⁶ Art. 72. La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno.

⁴⁷ Art. 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.

⁴⁸ Art. 22. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos.

Perú,⁴⁹ Honduras,⁵⁰ Panamá⁵¹ y Ecuador.⁵² Existen otros casos basados en conceptos como los “derechos pertenecientes al pueblo en una democracia”, en “los derechos y garantías de la misma naturaleza que los derechos y garantías fundamentales” o en “la democracia cristiana”; tales son los casos de Puerto Rico,⁵³ República Dominicana⁵⁴ y Costa Rica.⁵⁵

Otro tipo de cláusulas constitucionales son igualmente relevantes para la construcción de un derecho común regional, como las relacionadas con la concepción de “América”, “Latinoamérica”, “Centroamérica” o el espacio caribeño. Estas disposiciones están presentes en diversos ordenamientos, como en el caso brasileño, que en su artículo 4o. define como tarea del gobierno federal la integración económica, política, social y cultural de Latinoamérica y señala como objetivo político la creación de una comunidad latinoamericana. Asimismo, destaca el artículo 9 de la Constitución de Colombia, en el que se señala que la política exterior se orientará hacia la integración latinoamericana y del Caribe.⁵⁶

Como se puede advertir, el material constitucional disponible para construir un derecho común en América Latina es contundente y nutrido, tanto por la vía de la apertura al orden jurídico internacional como por el impulso propiamente nacional. Desde luego no puede dejarse de lado el desarrollo político necesario para tales fines, que aunque deficiente en la mayoría de los casos, consideramos que la base jurídica para tales efectos existe y bastará con la asunción de dichos posicionamientos políticos para consolidar la integración jurídica latinoamericana.

3.2 El derecho interamericano

Como ya hemos mencionado, uno de los aspectos articuladores principales de todo el proyecto ICCAL es el relacionado con el elemento internacional. En ese sentido, destaca el rol que asume la CADH y el gran cúmulo de material normativo interamericano, integrado principalmente por el Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer

⁴⁹ Art. 3.º La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de Derecho y de la forma republicana de gobierno.

⁵⁰ Art. 63. Las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno, y de la dignidad del hombre.

⁵¹ Art. 17. Las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales, y cumplir y hacer cumplir la Constitución y la Ley. Los derechos y garantías que consagra esta Constitución deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que incidan sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la personas.

⁵² Art. 11.7. El reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento.

⁵³ Art. 2, sección 19. La enumeración de derechos que antecede no se entenderá en forma restrictiva ni supone la exclusión de otros derechos pertenecientes al pueblo en una democracia y no mencionados específicamente. Tampoco se entenderá como restrictiva de la facultad de la Asamblea Legislativa para aprobar leyes en protección de la vida, la salud y el bienestar del pueblo.

⁵⁴ Art. 74. Principios de reglamentación e interpretación. La interpretación y reglamentación de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la presente Constitución se rigen por los principios siguientes: 1) No tienen carácter limitativo y, por consiguiente, no excluyen otros derechos y garantías de igual naturaleza.

⁵⁵ Art. 74. Los derechos y beneficios a que este capítulo se refiere son irrenunciables. Su enumeración no excluye otros que se deriven del principio cristiano de justicia social y que indique la ley; serán aplicables por igual a todos los factores concurrentes al proceso de producción y reglamentados en una legislación social y de trabajo, a fin de procurar una política permanente de solidaridad nacional.

⁵⁶ HÄBERLE, Peter. México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *Ius Commune Americanum*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común*: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. p. 24-25.

(Convención de Belém do Pará), la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Carta de la Organización de los Estados Americanos, la Carta Democrática Interamericana y la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión y por los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.⁵⁷

Ahora bien, lejos de ignorar el valor intrínseco del formante normativo propiamente internacional, sí es digno de destacar el desarrollo y tratamiento que se le ha dado a este en el plano nacional. Al respecto, es indudable la importancia que tuvo el movimiento generalizado de reformas constitucionales en América Latina desde mediados de los ochenta, y particularmente en los años noventa, a través de los cuales, los ordenamientos constitucionales ampliaron el material normativo en favor de las personas. Esta incorporación del derecho interamericano implicó un mejoramiento de la dinámica institucional de los sistemas democráticos.⁵⁸

Aunque no puede hablarse en los términos más optimistas de una apertura o internacionalización íntegra a lo largo y ancho de la región, pues existen ordenamientos nacionales que permanecen intactos, vale la pena destacar el rol nomogenético y activo de sectores como la abogacía, las personas defensoras de derecho humanos, la función gubernamental y demás actores que son fundamentales para dotar de eficacia a los estándares internacionales y regionales en materia de derechos humanos en el ámbito doméstico.⁵⁹

Ahora bien, sobre el formante normativo internacional, Acosta Alvarado ha sugerido una clasificación para presentar dicho material. En ese sentido, destaca las siguientes clases de normas: i) los principios de funcionamiento del sistema; ii) las normas sobre obligaciones generales de los Estados; iii) las relativas a los derechos de las personas; iv) las relacionadas con la interpretación; y, v) las disposiciones respecto de las sentencias, su obligatoriedad y cumplimiento.⁶⁰

Por lo que hace a la primera categoría, Acosta alude al principio de subsidiariedad del funcionamiento del Sistema Interamericano, establecido en el preámbulo de la CADH, en el que se señala que el Sistema ejerce una protección coadyuvante y complementaria a la establecida en los regímenes constitucionales domésticos. Además, cabe destacar la obligación de respetar los derechos previstos en dicho tratado internacional así como la de adaptar el ordenamiento nacional para tal efecto. Así las cosas, con la finalidad de cumplir con las obligaciones contraídas en la CADH y para evitar la activación del mecanismo internacional, los órdenes jurídicos nacionales deben seguir los lineamientos interamericanos respecto del acceso a la justicia.⁶¹

Respecto de la segunda categoría de normas propuesta por Acosta se encuentran los artículos 1.1 y 2 de la CADH, los cuales contienen importantes obligaciones de protección de los derechos, cuya trascendencia ha sido tildada como “el corazón normativo” de la red de protección internacional de los derechos. En ese sentido, retomamos lo señalado por esta autora respecto del artículo 1.1:

Gracias a esta disposición, los Estados y en consecuencia todos sus agentes, están obligados a reconocer y proteger los derechos contemplados en la Convención en los términos previstos en ella, términos que no se limitan a la redacción de dicho instrumento internacional sino que se construyen, también, desde la propia jurisprudencia interamericana.⁶²

⁵⁷ STEINER, Christian; URIBE, Patricia. Introducción general. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014. p. 6.

⁵⁸ STEINER, Christian; URIBE, Patricia. Introducción general. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014. p. 9.

⁵⁹ STEINER, Christian; URIBE, Patricia. Introducción general. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014. p. 9.

⁶⁰ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 50.

⁶¹ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 51.

⁶² Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

¹ Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo,

Por lo que hace al artículo 2, el cual prevé la obligación general de adaptación del derecho interno, consistente en que los Estados deben ajustar su orden jurídico nacional para cumplir con el objetivo de protección del SIDH. Esta obligación tiene alcances como el deber de derogar todas las normas internas que contravengan el orden interamericano, de emitir las normas que complementen la consecución de sus cometidos, así como el deber de ceñir el comportamiento de los agentes estatales y sus estructuras, al servicio del SIDH. Con base en esta norma, señala Acosta, la judicatura interamericana ha podido influir en la reconfiguración de los ordenamientos nacionales en favor de la protección de los derechos.⁶³

La importancia del control de convencionalidad en el derecho público latinoamericano del siglo XXI puede ser tildada de inconmensurable. Podríamos sugerir válidamente que estamos ante una de las figuras neurálgicas que anima la mayor parte del devenir jurídico interamericano. Se trata de una de las construcciones más importantes de la Corte IDH para incrementar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados que han firmado el Pacto de San José; es una institución jurídica que ha impulsado la internacionalización de categorías constitucionales a partir de dicotomías de nociones como control difuso-control concentrado de constitucionalidad.⁶⁴

El origen del control de convencionalidad se encuentra en el ánimo de impulsar a las judicaturas nacionales y a las autoridades estatales en su conjunto a que cumplieran con su deber de respetar y garantizar los derechos humanos en su funcionamiento. Y es que como fue definido en la resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia del Caso Gelman, estamos ante una

institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, particularmente “el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia.⁶⁵

La dinámica básica de esta doctrina consiste en interpretar cualquier norma nacional, sin importar su jerarquía, a la luz de la CADH y del *corpus iuris interamericano*, y en el caso de que exista una incompatibilidad entre estas normas, las autoridades nacionales estarán obligadas a abstenerse de aplicar la norma nacional para evitar vulnerar la norma internacional. Este control debe ser ejercido *ex officio*, siempre dentro de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales.

Si bien el control de convencionalidad en sede interna ha sido producto de una amplia doctrina jurisprudencial,⁶⁶ tuvo su manifestación embrionaria de como lo conocemos hoy día en el caso Almonacid

idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

⁶³ Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Asimismo, resulta ilustrativo lo señalado por la Corte IDH en el Caso La Cantuta Vs. Perú en el párrafo 172: “Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, no. 162, párr. 172.

⁶⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 615.

⁶⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

⁶⁶ Sergio García Ramírez refiere como antecedentes jurisprudenciales remotos en los que se menciona el control de convencionalidad en sede interna: Mack Chang Vs. Guatemala (noviembre de 2003), Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú (Aguado

Arellano y otros Vs. Chile, en la sentencia del 26 de noviembre de 2016, pues la Corte afirmó:

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete *última de la Convención Americana*.⁶⁷

Como ya advertíamos, se trata de una primer acercamiento al control de convencionalidad, y se puede evidenciar en la timidez de la Corte IDH, pues lejos de construir un concepto sólido de control de convencionalidad, sólo hace mención de “una especie” de dicho control.

Para abordar las cuestiones medulares del control difuso de convencionalidad y sus implicaciones en la construcción de un derecho común, es preciso hacer un análisis referido a los sujetos que realizan el control. Según la doctrina, existen dos tipos de control de convencionalidad: i) el que se realiza “desde arriba”, es decir aquel realizado por la Corte IDH como órgano controlante, y ii) el que se realiza “desde abajo”, siendo este el que se realiza en sede nacional, por todas las autoridades.⁶⁸ Con base en la actuación tanto de las jurisdicciones internas como de la Corte IDH, se produce un nuevo entendimiento del Sistema Interamericano al concebirse como un “sistema integrado” de derechos humanos. A partir de este diálogo jurisdiccional se produce una interamericanización de los órdenes domésticos y un *ius commune* como base o piso mínimo sobre la cual los estados deben continuar la edificación jurídica de la protección de los derechos humanos.⁶⁹

Ahora bien, estos desarrollos no están exentos de encontrar puntos problemáticos para su desenvolvimiento fáctico. En ese sentido, destacan los elementos operativos de su aplicación, como por ejemplo el relacionado con las autoridades obligadas a aplicarlo. Comenzando con las interrogantes respecto de la configuración central o federal de un Estado, sobre las cuales la doctrina jurisprudencial interamericana ha arrojado luz en diversas ocasiones, en la que básicamente se señala que, con base en el derecho internacional, si un Estado es parte de un tratado, todos los órganos en su conjunto se obligan a la luz de sus contenidos.

Asimismo, Quintana Osuna destaca tres discusiones importantes sobre el control de convencionalidad:

a) [E]l origen y el alcance del control de convencionalidad; b) el alcance de las obligaciones precisas que tiene que hacer todo funcionario público dentro del ámbito de sus competencias; y c) sobre qué se ejerce el control o sobre qué se cumple la obligación.⁷⁰

Y es que a partir de las diversas sentencias sobre los sujetos obligados a realizar este control, saltan a la luz, invariablemente, diversos cuestionamientos:

¿Pueden de conformidad con sus competencias, inaplicado una norma que consideren inconvencional?

Alfaro y otros) (noviembre de 2006) y Vargas Areco Vs. Paraguay (septiembre de 2006). GARCÍA, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad*: documento de trabajo. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. p. 16. Incluso, Brewer-Carías ha señalado experiencias como la venezolana en la que se puede constatar la aplicación del derecho convencional en ámbitos como la protección judicial del derecho de amparo con bastante anterioridad a la intensa difusión que se le ha dado en los últimos años. BREWER-CARÍAS, Allan. *Control de convencionalidad*: marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2019. p. 39.

⁶⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2016. Serie C No. 154.

⁶⁸ SAGÜES, Néstor. *La interpretación judicial de la Constitución*: de la Constitución nacional a la Constitución convencionalizada. México: Porrúa-IMDPC, 2017. p. 339-340.

⁶⁹ IBÁÑEZ RIVAS, Juana. *Control de convencionalidad*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 2017. p. 77.

⁷⁰ QUINTANA OSUNA, Karla. *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano*: retos y perspectivas. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa-IMDPC, 2019. p. 40.

¿Pueden expulsarla del ordenamiento? ¿Pueden determinar que una acción por parte de una autoridad fue contraria al bloque de convencionalidad? ¿Están obligadas todas las autoridades a conocer y aplicar el control de convencionalidad y a realizar un ejercicio hermenéutico?⁷¹

Sobre esta problemática pueden encontrarse diversas fases evolutivas en el material jurisprudencial interamericano. En ese sentido destaca la obligación de realizar control de convencionalidad a cargo de: i) el Poder Judicial;⁷² ii) los órganos del poder Judicial;⁷³ iii) Jueces y órganos vinculados a la Administración de justicia en todos los niveles; iv) cualquier autoridad y no sólo el Poder Judicial; y, v) adecuación de las interpretaciones judiciales y administrativas y de las garantías judiciales conforme a lo establecido por el material normativo interamericano.

Este proceso de convencionalización integral en todas las estructuras estatales, lejos de establecer certezas y parámetros objetivos del ejercicio del control de convencionalidad más allá de los confines jurisdiccionales, en realidad ha provocado incertidumbre respecto de las autoridades, los grados, alcances y efectos concretos de dicho control. Piénsese por ejemplo en las implicaciones de esta categoría jurídica en la administración pública, sobre la que se ha señalado que existen diversos derechos, principios y garantías aplicables a todos los procedimientos ante este sector del entramado estatal, tales como el respeto a la dignidad humana, la aplicación del principio pro persona, el derecho a la verdad, la tutela administrativa efectiva, el debido proceso, el principio de eficiencia administrativa, el plazo razonable, entre otros. La tercera categoría normativa contiene los artículos 8⁷⁴ y 25⁷⁵ de la CADH, que determinan el fundamento y contenido del

⁷¹ QUINTANA OSUNA, Karla. *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano: retos y perspectivas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa-IMDPC, 2019. p. 41.

⁷² En el párrafo 124 la Corte señala que: “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”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2016. Serie C No. 154.

⁷³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

⁷⁴ Artículo 8. Garantías Judiciales

¹ Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

² Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

^a derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

^b comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada

^c concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

^d derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

^e derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

^f derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

^g derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

^h derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

³ La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

⁴ El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

⁵ El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

⁷⁵ Artículo 25. Protección Judicial

¹ Toda persona tiene un derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en funciones de sus funciones oficiales.

² Los Estados Partes se comprometen:

^a a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

acceso a la justicia en el foro interamericano, que puede ser definido como:

El derecho que tiene todo individuo a accionar los recursos necesarios para la tutela de sus derechos y la solución de sus controversias, así como para la sanción de los delitos; persiguiendo con ello una respuesta acorde a derecho y ejecutable, obtenida en plazo razonable, ante un órgano competente independiente e imparcial luego de tramitar un proceso con las debidas garantías que aseguren tanto la defensa como la igualdad de condiciones entre las partes que participen en él. Este derecho incluye también la posibilidad de defensa motivada por el propio individuo.⁷⁶

La efectividad de este derecho, a decir de Acosta Alvarado, está fuertemente entrelazada con la aptitud del desempeño judicial, aspecto que en la mayoría de las ocasiones necesita una articulación normativa, institucional y procesal, así como de la labor jurisdiccional conforme a los parámetros interamericanos. Por ello, el ejercicio de armonización es vital para el cumplimiento de los artículos 8 y 25 para respetar el principio de subsidiariedad.⁷⁷

Con relación a la cuarta categoría normativa propuesta por Acosta, tocante a las normas sobre interpretación, se ha dicho que conforme a lo establecido por el artículo 29 de la Convención,⁷⁸ los operadores jurídicos nacionales y regionales deben actuar conforme a la regla del efecto útil de los tratados internacionales, pues con base en esta norma, la judicatura interamericana se ha servido del *corpus iuris* internacional para determinar el contenido de los derechos previstos en la CADH de la mano de una diversidad de normas nacionales e internacionales que deriven la interpretación más favorable. Así, cualquiera que sea el origen de la interpretación más favorable, la judicatura regional y nacional debe ajustarse conforme a ella. Estamos pues, ante el fundamento de los mayores avances jurisprudenciales de la red de protección multinivel de los derechos y del catalizador para el acoplamiento jurisprudencial nacional e internacional.⁷⁹

Finalmente, la quinta y última categoría normativa propuesta por Acosta está relacionada con el contenido de las reparaciones, la obligatoriedad de los pronunciamientos interamericanos y la supervisión de su cumplimiento. Al respecto se ha dicho que a partir del artículo 63 de la CADH,⁸⁰ la judicatura regional ha construido una nutrida jurisprudencia respecto de las reparaciones por demás interesante y variada, tales como las indemnizaciones, las medidas de restitución, rehabilitación y garantías de no repetición. En ese sentido, Acosta señala como ejemplos notables los casos en los que el juez regional condenó a la investiga-

^{b)} a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

^{c)} a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión que se haya estimado procedente el recurso.

⁷⁶ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 55.

⁷⁷ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 55.

⁷⁸ Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

^{a)} permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

^{b)} limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

^{c)} excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

^{d)} excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

⁷⁹ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 56-57.

⁸⁰ Artículo 63

¹ Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.

² En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión.

ción y sanción de los responsables de las violaciones por las que se condenó a un Estado y se motivó la reapertura de los procesos judiciales. Así, las judicaturas nacionales han podido hacer frente a la reapertura de procesos en torno a las violaciones de derechos humanos superando obstáculos como las leyes de amnistías o normas sobre caducidad o prescripción.⁸¹

Estos esfuerzos en torno a las reparaciones son reforzados por el mecanismo de supervisión del cumplimiento de sus sentencias que, establecido en el artículo 69 del Reglamento de la Corte IDH,⁸² se ha convertido en un auténtico escenario de dialogo entre los jueces regionales y los nacionales, pues en su desarrollo los representantes del Estado dan a conocer al tribunal interamericano, los obstáculos para el cumplimiento de la condena.⁸³

3.3 Jurisprudencia nacional

Una de las bisagras más importantes para la interacción e hibridación del derecho internacional y el derecho interno la constituye la jurisprudencia nacional a partir de una dinámica dialógica. En ese sentido, ha señalado Brito que el diálogo entre la Corte IDH y las jurisdicciones nacionales en la actualidad ha avanzado progresivamente, a pesar de las reticencias provocadas por factores gnoseológicos de desinformación, psicológicos o de inadapatación e incomprensión. Por ello, al día en que se escribe esto, podemos afirmar contundentemente que estas dinámicas de dialogo y fortalecimiento jurisdiccional mutuo han desembocado en la evolución de un derecho común latinoamericano.⁸⁴

Este fenómeno tuvo como primeras manifestaciones aquel que se da entre tribunales constitucionales, es decir, una suerte de diálogo horizontal. En México, data por primera vez por lo menos de la década pasada, y representa, aunque en un menor grado, una manifestación de estatalidad abierta, pues el hecho de que un juez, al resolver un caso, contemple en su abanico de posibles resoluciones, una opción extranjera, implica cierto abandono de la idea de las opciones nacionales como única fuente del derecho.

Por otra parte, el dialogo que se da entre un tribunal internacional, como la Corte IDH, y los tribunales constitucionales nacionales, representa un mayor grado de acercamiento al nuevo derecho público. Y en ese sentido, resultan interesantes las consideraciones de Rodrigo Brito cuando señala que:

La idea de dejar de lado planteamientos estrictamente jerárquicos es fundamental en la noción de diálogo y presupone la existencia de un sistema que no está unificado en un ordenamiento bajo una Constitución, sino integrado por una estructura múltiple en distintos niveles y basada en un pluralismo constitucional.⁸⁵

⁸¹ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 58. Sobre la dinámica jurisprudencial interamericana en torno a la superación de obstáculos como las amnistías para dotar de eficacia a las garantías de los derechos humanos, véase: BINDER, Christian. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina?: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. t. 2. p. 159.

⁸² Artículo 69. Supervisión de cumplimiento de sentencias y otras decisiones del Tribunal

¹ La supervisión de las sentencias y demás decisiones de la Corte se realizará mediante la presentación de informes estatales y de las correspondientes observaciones a dichos informes por parte de las víctimas o sus representantes. La Comisión deberá presentar observaciones al informe del Estado y a las observaciones de las víctimas o sus representantes.

² La Corte podrá requerir a otras fuentes de información datos relevantes sobre el caso, que permitan apreciar el cumplimiento. Para los mismos efectos podrá también requerir los peritajes e informes que considere oportunos.

³ Cuando lo considere pertinente, el Tribunal podrá convocar al Estado y a los representantes de las víctimas a una audiencia para supervisar el cumplimiento de sus decisiones, y en ésta escuchará el parecer de la Comisión.

⁴ Una vez que el Tribunal cuente con la información pertinente, determinará el estado del cumplimiento de lo resuelto y emitirá las resoluciones que estime pertinentes.

⁵ Estas disposiciones se aplican también para casos no sometidos por la Comisión.

⁸³ ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 59.

⁸⁴ BRITO MELGAREJO, Rodrigo. *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*. México: CNDH, 2016. p. 34.

⁸⁵ BRITO MELGAREJO, Rodrigo. *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*. México: CNDH, 2016. p. 16.

Desde luego estas nuevas relaciones entre los agentes jurisdiccionales nacionales e internacionales acarrea importantes polémicas y debates, principalmente en lo relacionado con las dinámicas jerárquicas entre los ordenes jurídicos. Al respecto, señala Sagüés, que estamos ante una nueva etapa del derecho de los derechos humanos, en la cual se reconoce la primacía del bien común internacional sobre el bien común nacional y se despoja de diversos parásitos y protuberancias al concepto de soberanía. Asimismo, resulta innegable la existencia de un Estado constitucional y convencional y la presencia de una Constitución convencionalizada.⁸⁶

Por otra parte, un rol fundamental de la jurisprudencia nacional respecto de la construcción del ICCAL es el relacionado con el cumplimiento de las sentencias interamericanas. En el caso mexicano por ejemplo, destaca la resolución del expediente “Varios” 912/2010, considerado como una de las más importantes para el orden jurídico mexicano en los más de 100 años de vigencia de la Constitución de Querétaro. Señala Herrera que, a partir de este acontecimiento, emergió la convicción por parte de la Suprema Corte de interrumpir y modificar un modelo judicial en torno al control de los actos del poder público y de la protección de los derechos humanos ante los tribunales.⁸⁷

La intervención de la Suprema Corte en la recepción y tratamiento de la sentencia interamericana no era obligatoria, pues en este caso (Radilla Pacheco) el tribunal interamericano no analizó ninguna actuación de la Corte mexicana y tampoco determinó alguna obligación atribuible a dicho órgano jurisdiccional. Sin embargo, el tribunal mexicano consideró que el ordenamiento procesal contenía los elementos normativos suficientes para justificar su competencia e involucrarse en la implementación y cumplimiento de la condena.⁸⁸

3.4 Jurisprudencia interamericana

El formante jurisprudencial interamericano, construido en los cuarenta años de vida de la Corte IDH, es bastante rico en una diversidad de temas, desde la desaparición forzada, detenciones ilegales y arbitrarias, ejecuciones extrajudiciales, tortura, pena de muerte, hasta, de forma más reciente, a la violencia de género, justicia penal, debido proceso, libertad de expresión, migraciones, derechos de los pueblos indígenas y muchos más. Estos desarrollos han nutrido el derecho interamericano, con base en la interpretación de la CADH y el *corpus iuris* interamericano.⁸⁹

A partir de las motivaciones principales de los tratados de derechos humanos, como lo es la construcción de un orden público común, la Corte IDH en sus labores de interpretación del material interamericano ha señalado que la finalidad de estos tratados está en la garantía y goce los derechos y libertades del ser humano y no tanto en buscar un equilibrio de intereses entre Estados. En ese sentido, la Corte ha señalado que con base en el deber de garantía de los derechos humanos, los Estados están obligados a organizar el aparato

⁸⁶ SAGÜES, Néstor. ¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya? In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.). *La Constitución y sus garantías: a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917: memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017. p. 833-834.

⁸⁷ HERRERA GARCÍA, Alfonso. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento. In: BAZÁN, Víctor; FUCHS, Marie-Christine. (eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2020. p. 203.

⁸⁸ HERRERA GARCÍA, Alfonso. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento. In: BAZÁN, Víctor; FUCHS, Marie-Christine. (eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: ejecución, nivel de cumplimiento e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región*. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2020. p. 204.

⁸⁹ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. 40 años cambiando realidades: una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 552.

gubernamental y todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el poder público, de tal manera que sean capaces de asegurar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.⁹⁰

Sentadas las bases a partir de las cuales funciona el devenir jurisprudencial interamericano, podemos destacar algunas aportaciones relevantes de la Corte IDH. Al respecto, uno de los temas principales presentes en el material jurisprudencial es la reparación integral. Y es que desde las primeras sentencias, la Corte ha sido un tribunal pionero en la promoción y aseguramiento de la reparación integral a las víctimas de violaciones de derechos humanos. Estas reparaciones pueden ser agrupadas dentro de seis categorías: i) restitución; ii) rehabilitación; iii) satisfacción; iv) investigación de los hechos y sanción si corresponde; v) indemnización; y, vi) garantías de no repetición.⁹¹

No puede negarse el valor de estas reparaciones, pues a partir de ello, la jurisprudencia interamericana ha tenido lo que Saavedra Alessandri denomina “impacto estructural”. Muestra de esto son las transformaciones en el ámbito estatal suscitadas a partir de las decisiones interamericanas, como lo son las reformas legislativas, la adopción de políticas públicas o la modificación de las prácticas estatales.⁹²

Ahora bien, si nos seguimos centrando en el impacto de la jurisprudencia interamericana como su valor principal, y que a decir de Estrada aunque no constituye una categoría jurídica al día de hoy, sí estamos ante una alternativa adecuada para revisar la influencia de las decisiones jurídicas en un país. En el caso mexicano, por ejemplo, el Poder Judicial ha impulsado en una mayor medida diversas acciones tendientes a la vinculación de las sentencias interamericanas con las autoridades nacionales, lo que ha generado un posicionamiento de este material normativo como un importante centro de gravedad del devenir jurídico nacional.⁹³

En síntesis, el material interamericano constituye un auténtico elemento integrador del orden jurídico, por ello, la reflexión y aportaciones al respecto son una poderosa herramienta de transformación jurídica e institucional. Y además, en la medida en que circulen y se incorporen en los ordenes jurídicos nacionales los contenidos jurisprudenciales interamericanos, estaremos, sin duda alguna, ante la construcción de un auténtico derecho común latinoamericano.

4 Consideraciones conclusivas

1. El derecho constitucional del siglo XXI enfrenta grandes transformaciones, principalmente las relacionadas con su intensa humanización e internacionalización. En la actualidad se posiciona como un derecho enfocado principalmente en la protección de la persona, alejándose cada vez más de su configuración primigenia relacionada con la consolidación de la soberanía y la organización y distribución del poder del Estado. Resulta notorio que estamos ante lo que Prieto Sanchís denominó “constitucionalismo de los derechos”.

⁹⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.

⁹¹ SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. 40 años cambiando realidades: una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 558.

⁹² SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. 40 años cambiando realidades: una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 567.

⁹³ ESTRADA ADÁN, Guillermo. Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el ‘material interamericano’ en el siglo XXI. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019. p. 287-299.

2. Por otra parte, se puede advertir la hibridación de los órdenes constitucionales a partir del entrelazamiento de los contenidos normativos de carácter nacional con los de carácter internacional y supranacional. Así, resulta cada vez más complicado hablar de fronteras entre lo nacional-constitucional y lo internacional, pues aunque pueden existir puntos de conflicto y tensión entre ambas categorías, también resulta evidente que se encuentran en una relación de diálogo y fortalecimiento mutuo.

3. Ahora bien, este fenómeno de intensa desnacionalización del derecho constitucional no debe confundirse con la desaparición del Estado, o que la construcción de un orden jurídico supranacional vendrá a sustituir enteramente a los derechos nacionales, pues el fin que perseguimos desde el inicio de esta investigación es poner de manifiesto la transformación estructural del derecho público nacional e internacional a partir de la interacción entre ambos, así como el cambio del paradigma estatal antiguamente centrado en la soberanía.

4. El constitucionalismo y el derecho constitucional en América Latina pueden ser explorados desde una óptica de lo común a partir de dos grandes perspectivas: i) a partir de la incorporación de elementos comunes en los diversos desarrollos constitucionales de los países de la región; y, ii) a través de la interacción, circulación, recepción e incorporación de diversos contenidos normativos (particularmente en lo relacionado con la democracia y la protección de los derechos humanos) emanados del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

5. Como posibles puntos de partida para la continuación de los estudios de esta línea de investigación, podríamos sugerir principalmente la tensión existente entre los proyectos constitucionales regionales alternativos, señalados en algunas ocasiones como autoritarios, con el devenir jurídico internacional liderado por el desarrollo jurisdiccional de la Corte IDH.

6. En el mismo sentido, llama la atención una de las principales críticas dirigidas al ICCAL, enfocada en la desmedida atención y preponderancia del rol judicial en todos sus desarrollos. Por ello, consideramos como un provechoso punto de arranque para futuras investigaciones las complicaciones suscitadas a partir de la tensión teórica relacionada con la preponderancia del poder y la función judicial en el proyecto ICCAL.

Referencias

ACOSTA ALVARADO, Paola. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

BINDER, Christian. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina?: la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010. t. 2.

BOGDANDY, Armin von et al. A manera de prefacio. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2020.

BOGDANDY, Armin von et al. Ius constitutionale commune en America Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, 2016. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=285958 Acceso en: 25 mar. 2021.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 3-50, ene./jun. 2015.

BREWER-CARÍAS, Allan. *Control de convencionalidad: marco conceptual, antecedentes, derecho de amparo y derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Olejnik, 2019.

BRITO MELGAREJO, Rodrigo. *Diálogo jurisprudencial y protección de los derechos humanos*. México: CNDH, 2016.

BURGORGUE-LAREN, Laurence. La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

CLÉRICO, Laura *et al.* Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.* (coords.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana: el caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2016. Serie C No. 154.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Atala Rifo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C, núm. 239.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C No. 91.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala*. Fondo. Sentencia de 4 de mayo de 2004. Serie C No. 106.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 130, párr. 240.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Supervisión de cumplimiento de sentencia. Resolución de 20 de marzo de 2013.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C, no. 162, párr. 172.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Mendoza y otros Vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Noén Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C, núm. 279.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguay*. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie c nO. 155.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C, núm. 4, párr. 166.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Villagrán Morales y Otros ("Niños de la Calle") Vs. Guatemala*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C, núm. 77.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2009. *MC 1119/09*. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2009sp/cap.3c1.09.sp.htm> Acceso en: 20 mar. 2021.
- ESTRADA ADÁN, Guillero. Reflexiones sobre el impacto y cumplimiento del derecho internacional y el 'material interamericano' en el siglo XXI. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo más allá del estado*. Madrid: Trotta, 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*. Madrid: Trotta, 2014.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.
- GARCÍA, Sergio. *El control judicial interno de convencionalidad: documento de trabajo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. España: Katz, 2014.
- GUTIÉRREZ, Ignacio. *Derecho constitucional en construcción*. México: CIIJUS-Derecho Global Editores, 2018.
- HÄBERLE, Peter. México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un *Ius Commune Americanum*. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- HERRERA GARCÍA, Alfonso. Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado mexicano. El papel de la Suprema Corte en la búsqueda de su cumplimiento. In: BAZÁN, Víctor; FUCHS, Marie-Christine. (eds.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales: ejecución, nivel de cumplimiento*

e implementación de sentencias de tribunales constitucionales y cortes supremas en la región. Bogotá: Tirant lo blanch-Konrad Adenauer Stiftung, 2020.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana. *Control de convencionalidad*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CNDH, 2017.

LEÓN, Carolina; WONG, Víctor. Cláusulas de apertura al derecho internacional de los Derechos Humanos: constituciones iberoamericanas. *FORO: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, v. 18, n. 2, p. 93-125, 2015.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *La protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del Ius Constitutionale Commune*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Voz estatalidad abierta. In: FERRER MAC-GREGOR, E. *et al.* (coords.). *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

PARRA VERA, Óscar. El impacto de las decisiones interamericanas: notas sobre la producción académica y una propuesta de investigación en torno al ‘empoderamiento institucional’. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

PARRA VERA, Óscar; HUBER, Florian. Orientación sexual, derechos de las niñas y los niños y no discriminación: comentarios al caso *Atala Rizzo y niñas*. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Igualdad y orientación sexual: el Caso Atala de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y su potencial*. México: Porrúa-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law-IMDPC, 2012.

PELAYO MOLLER, Carlos. *Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: CNDH, 2015.

PIOVESÁN, Flavia. Protección de los derechos sociales: retos de un ius commune para Sudamérica?. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. México: UNAM, Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2011.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*. Madrid: Trotta, 2017.

QUINTANA OSUNA, Karla. *Control de convencionalidad en el derecho interamericano y mexicano: retos y perspectivas*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa-IMDPC, 2019.

SAAVEDRA ALESSANDRI, Pablo. 40 años cambiando realidades: una mirada al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.). *Cumplimiento e impacto de las sentencias de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*. México: Max Planck Institute for Comparative Public Law-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2019.

SAGÜES, Néstor. ¿Puede válidamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos obligar a que una Corte Suprema Nacional deje sin efecto una sentencia suya? In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; FLORES PANTOJA, Rogelio (coords.). *La Constitución y sus garantías: a 100 años de la Constitución de Querétaro de 1917: memoria del XI Encuentro Iberoamericano y VII Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.

SAGÜES, Néstor. *El sistema de derechos, magistratura y procesos constitucionales en América Latina*. México: Porrúa, 2004.

SAGÜES, Néstor. *La interpretación judicial de la Constitución: de la Constitución nacional a la Constitución*

convencionalizada. México: Porrúa-IMDPC, 2017.

STEINER, Christian; URIBE, Patricia. Introducción general. *In*: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung-Themis, 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**O controle de
convencionalidade pela Corte
Interamericana de Direitos
Humanos**

**Control of conventionality by
the Inter-American Court of
Human Rights**

Danilo Garnica Simini

José Blanes Sala

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

O controle de convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*

Control of conventionality by the Inter-American Court of Human Rights

Danilo Garnica Simini**

José Blanes Sala***

Resumo

A criação dos Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos trouxe como consequência a elaboração de tratados de direitos humanos e de tribunais internacionais responsáveis pela análise de denúncias contra os Estados. Por meio da análise de tais denúncias, os tribunais internacionais, muitas vezes, verificam a compatibilidade das normas domésticas com as normas internacionais, atividade usualmente denominada de controle de convencionalidade. Por isso, os tribunais internacionais desempenham um papel fundamental para a realização do controle de convencionalidade, razão pela qual o presente artigo buscou discutir, por meio de revisão bibliográfica e levantamento de precedentes, especificamente a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as suas consequências. O artigo conclui que a referida Corte vem contribuindo, de forma decisiva, em matéria de proteção dos direitos humanos com a temática do controle de convencionalidade, influenciando sobremaneira a atuação e interpretação das cortes supremas ou constitucionais dos Estados-Membros do Pacto de São José da Costa Rica que se submetem à sua jurisdição, bem como os respectivos ordenamentos jurídicos e políticas públicas nacionais de uma forma geral.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; Tribunais internacionais; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

The creation of International Human Rights Protection Systems has resulted in the drafting of human rights treaties and international courts responsible for analyzing complaints against states. Through the analysis of such complaints, international courts often verify the compatibility of domestic norms with international norms, an activity usually called conventionality control. For this reason, we can affirm that international courts play a fundamental role in carrying out the control of conventionality, which is why, this article sought to discuss, through bibliographic review and survey of precedents, specifically the performance of the Inter-American Court of Human Rights and the its consequences. The article concludes that the aforementioned Court has been making a decisive contribution to the protection of human rights with the theme of conventionality control, greatly influencing

* Recebido em 27/05/2021
Aprovado em 07/10/2021

** Doutor em Ciências Humanas e Sociais (UFABC), Mestre em Direito e Docente na Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP).
Email: danilosimini@gmail.com.

*** Doutor e Mestre em Direito Internacional (USP). Docente nos cursos de graduação em Relações Internacionais e Pós-Graduação em Ciências Humanas e Sociais da UFABC.
Email: blanes@ufabc.edu.br.

the performance and interpretation of the supreme or constitutional courts of the Member States of the San José Pact of Costa Rica subject to its jurisdiction, as well as the respective national legal systems and public policies in general.

Keywords: Conventionality control; International courts; Inter-American Court of Human Rights.

1 Introdução

O término da Segunda Guerra Mundial foi palco da emergência do denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos¹, que “consiste no conjunto de normas internacionais que estipula direitos essenciais do ser humano e se beneficia de garantias internacionais institucionalizadas.”² O Direito Internacional dos Direitos Humanos se apresenta, portanto, como ramo recente do Direito e possui características peculiares, sendo diferente dos demais ramos do Direito.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos está intimamente ligado, portanto, à criação de tratados de direitos humanos, ao desenvolvimento de órgãos voltados para o monitoramento desses tratados, e aos responsáveis pela responsabilização dos Estados violadores de tais direitos, podendo os indivíduos, cujos direitos foram violados, acessarem as instâncias internacionais. A somatória de tratados de direitos humanos e órgãos de monitoramento compõem os chamados Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. Assim, a comunidade internacional passou a tratar o tema dos direitos humanos não apenas como uma questão doméstica, de responsabilidade de cada Estado, mas como uma temática de legítimo interesse da comunidade internacional.³

Os Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos não visam substituir os Estados, pois estes continuam como responsáveis primários em termos de proteção dos direitos humanos. O acionamento dos Sistemas Internacionais, em regra, é possível quando o Estado falha na proteção dos direitos humanos. De acordo com a literatura, atualmente se encontram consolidados o Sistema Global (também chamado de Onusiano) e o Sistema Regional, sendo este composto pelos Sistemas Europeu, Interamericano e Africano.⁴

Os Tribunais Internacionais analisam, constantemente, denúncias contra Estados por não respeitarem as normas internacionais. Nesse contexto, verificam se as normas domésticas são compatíveis com a normativa internacional. A verificação da compatibilidade é, usualmente, denominada de controle de convencionalidade. Por isso, o presente artigo visa apresentar especificamente a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos no que diz respeito ao controle de convencionalidade. Sendo assim, por meio de revisão bibliográfica e apresentação de precedentes relacionados ao tema, serão feitas considerações acerca da aplicação do controle de convencionalidade com base na referida Corte.

2 Conceitos e classificações do controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

A expressão controle de convencionalidade surgiu em 1975, quando o Conselho Constitucional da França se recusou a analisar a compatibilidade de uma norma interna com a Convenção Europeia de Direitos

¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

² RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 31.

³ ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.

⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2018; PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018; RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016; GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

Humanos⁵. Contudo, por meio da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a expressão passou a ser utilizada e desenvolvida como se conhece atualmente.

O controle de convencionalidade pode ser definido como “instrumento de compatibilização material dos atos normativos dos Estados signatários com as disposições previstas em um tratado internacional.”⁶ Marcelo Figueiredo, por sua vez, afirma que “o controle de convencionalidade é aquele exercido para verificar a compatibilidade das regras locais (direito interno) às convenções internacionais.”⁷ Também se pode conceituar como “a análise das ações nacionais (atos ou omissões) à luz dos parâmetros internacionais (tratados, costume internacional, princípios gerais do direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes das organizações internacionais).”⁸ De qualquer forma, não há um conceito definitivo, tratando-se de uma definição híbrida por envolver ideias do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional, inacabada e controvertida⁹ ou uma noção ainda em construção¹⁰.

De acordo com Cavallo¹¹, o controle de convencionalidade pode ter sua fonte no Direito Constitucional e/ou no Direito Internacional. Em relação ao primeiro, quando a Constituição do Estado prevê, expressamente, a superioridade hierárquica dos tratados em relação às normas infraconstitucionais ou quando a jurisprudência tenha consagrado tal superioridade. Quanto ao segundo, pelos seguintes motivos: a) na impossibilidade de se alegar o direito interno para descumprir as obrigações internacionais; b) a obrigação do Estado em adequar o seu ordenamento jurídico interno ao Direito Internacional; e c) a obrigação do Estado em garantir o gozo dos direitos humanos consagrados nos instrumentos internacionais.

O controle de convencionalidade se desenvolve, basicamente, por meio de duas vertentes. De acordo com Bazán¹², no plano internacional ele ocorre por meio da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja tarefa consiste em, ao julgar casos concretos, analisar se um ato ou uma norma interna é compatível com as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos e demais tratados de sua competência. No plano interno, o controle deve ser exercido por todas as autoridades públicas e pode ser entendido como a obrigação de verificar a adequação das normas jurídicas internas à Convenção Americana de Direitos Humanos e demais instrumentos internacionais de direitos humanos e suas interpretações.

Outros autores também apresentam classificações quanto ao controle de convencionalidade. Figueiredo¹³ e Hitters¹⁴ dividem o controle de convencionalidade em primário e secundário. O primário seria o realizado em cada país pelas autoridades domésticas; o secundário, feito pelo Tribunal regional competente, particularmente, a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Ramos¹⁵ classifica em controle de convencionalidade internacional o desempenhado pelos órgãos internacionais e controle de convencionalidade nacional, pelas Cortes nacionais.

⁵ RAMOS, André de Carvalho. Control of conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. *Revista IIDH*, v. 64, p. 11-32, 2016; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁶ SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017.

⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 87.

⁸ RAMOS, André de Carvalho. Control of conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. *Revista IIDH*, v. 64, p. 11-32, 2016. p. 17.

⁹ HENRÍQUEZ VINÁS, Miriam Lorena. La polisemia del control de convencionalidad interno. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 24, p. 113-141, fev./jun. 2014.

¹⁰ LOVATÓN PALACIOS, David. Control de convencionalidad interamericano em sede nacional: una noción aún em construcción. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017.

¹¹ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: análisis em derecho comparado. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 2, p. 721-754, jul./dez. 2013.

¹² BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 9, n. 45, p. 202-238, 2012.

¹³ FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁴ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. *Estudios Constitucionales*, Chile, año 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

¹⁵ RAMOS, André de Carvalho. Control of conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. *Revista IIDH*, v. 64, p. 11-32, 2016.

Ramírez¹⁶ e Abbot¹⁷ dividem em controle externo, exercido pelo tribunal internacional responsável pela verificação da compatibilidade das normas domésticas com as convenções internacionais e controle interno, a ser realizado pelas autoridades nacionais. Schäfer *et al.*¹⁸ classificam em controle de convencionalidade tradicional, efetivado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, e controle de convencionalidade interamericano, executado internamente pelos Estados, ou seja, a “obrigação imposta aos Estados de promover, por si mesmos, a adequação de seu ordenamento jurídico às disposições inscritas em um tratado internacional de derechos humanos.” Borges¹⁹, por fim, trabalha como controle de convencionalidade concentrado o realizado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos e controle de convencionalidade difuso, exercido internamente pelas autoridades domésticas. Há múltiplas classificações para o controle de convencionalidade, conforme ressaltado por Cavallo²⁰.

A Corte Interamericana de Derechos Humanos sempre realizou o exame da compatibilidade das normas internas com os tratados de derechos humanos. A novidade é a utilização da expressão controle de convencionalidade em sua jurisprudência²¹, pois o termo não está previsto na Convención Americana de Derechos Humanos. Assim, estudar a Teoría do Controle de Convencionalidade exige analisar a jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos e esta pode ser apontada como a “crónica de um nascimento anunciado”²², não obstante a existência de uma certa inconsistência apontada pela literatura no desenvolvimento e utilização do termo nos precedentes²³.

3 Evolução do Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano de Derechos Humanos

A Teoría do Controle de Convencionalidade surge inicialmente por meio dos votos do então juiz Sergio García Ramírez. No ano de 2003, ele utilizou a expressão controle de convencionalidade pela primeira vez, ao proferir o seu voto no caso *Myrna Mak Chang vs Guatemala*, tendo-o usado novamente tempos depois em outros casos, tais como *Tibi vs Ecuador*, *López Álvarez vs Honduras* e *Vargas Areco vs Paraguai*. Em linhas gerais, a partir da leitura dos votos, ele tratou a Corte Interamericana de Derechos Humanos como uma espécie de tribunal constitucional supranacional²⁴.

¹⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidade. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coord). *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 557-589.

¹⁷ ABBOTT, Max Silva. Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 14, n. 2, 2016.

¹⁸ SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017. p. 221.

¹⁹ BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

²⁰ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, v. 9, p. 113-166, 2016.

²¹ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. *Estudios Constitucionales*, Chile, año 13, n. 1, p. 123-162, 2015; LOVATÓN PALACIOS, David. Control de convencionalidad interamericano em sede nacional: una noción aún em construcción. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017; CASTILLA JUÁREZ, Karlos. ¿Control interno o difuso de convencionalidad?: una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 13, p. 51-97, 2013; CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, n. 33, p. 149-172, 2014.

²² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda en América Latina: descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coord). *Ins constitutionale commune na América Latina: diálogos jurisdiccionales e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 11-47.

²³ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, año 15, n. 2, p. 365-388, 2017; CASTILLA JUÁREZ, Karlos. La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. *Estudios Constitucionales*, año 14, n. 2, p. 53-100, 2016.

²⁴ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Direito Públi-*

Ramírez, em seu voto no caso *Myrna Mak Chang vs Guatemala*, ressaltou a responsabilidade internacional unitária do Estado ao fazer menção ao controle de convencionalidade:

también es interesante, a mi juicio, formular algunas consideraciones sobre la contradicción o por lo menos la discrepancia que en ocasiones existe entre ciertas declaraciones del Estado, formuladas por conducto de representantes calificados para emitirlos, y las posibles declaraciones que hagan otros órganos, a los que la legislación interna atribuye competencia para resolver cuestiones contenciosas. Esto, visto desde el ángulo del Derecho nacional, responde al principio de separación de poderes, que asigna a cada uno de éstos determinadas facultades específicas, que los otros no pueden asumir o sustituir. Empero, este asunto requiere precisiones desde el ángulo del Derecho internacional, de la responsabilidad internacional del Estado y de las atribuciones resolutorias de un tribunal internacional, que son inatacables — cuando así lo dispone la norma internacional soberanamente reconocida por el Estado parte en un tratado, como en efecto sucede a la luz de la Convención Americana — y deben ser cumplidas por aquél, en mérito de sus compromisos convencionales. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio - sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto - y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.²⁵

De acordo com Contesse²⁶, o então juiz teria uma dupla preocupação ao introduzir o termo controle de convencionalidade, especificamente o não cumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a reiteração improdutivas de suas decisões. Os escritos acadêmicos e os seus votos, explica Contesse²⁷, indicam uma certa frustração com a necessidade de a Corte ter que de forma reiterada analisar violações de direitos humanos dos mesmos Estados. Na opinião de Sergio García Ramírez, o Tribunal deveria analisar poucos casos e não gastar recursos apenas reiterando algo já dito.

Ademais, a ênfase na responsabilidade internacional unitária do Estado, presente no voto de Ramírez, disserta Contesse²⁸, explicar-se-ia porque muitos Estados utilizam como pretexto a separação de Poderes para justificar o descumprimento das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Muitas vezes o Tribunal determinava a adoção de medidas judiciais, mas o Poder Executivo alegava não poder interferir no Poder Judiciário. Assim, ressalta Contesse²⁹, Ramírez estaria transmitindo uma mensagem clara aos países: os atos do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, além daqueles praticados pelo Poder Executivo, também podem gerar a responsabilização internacional do Estado.

Torelly, ao analisar os votos de Ramírez, afirma ter este empreendido um duplo movimento, pois:

Por um lado, defende a expansão interpretativa do mandato da Corte Interamericana, que assim como se autoconcedeu poderes de supervisão de sentenças, passou a estabelecer um processo de revisão judicial baseado em uma leitura ampliada das determinações contidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana. Claramente o magistrado mexicano reforça, em seu voto divergente, a existência explícita de

co, Brasília, v. 9, n. 45, p. 202-238, 2012; BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentença do Caso Myrna Mak Chang vs Guatemala*. 2003. p. 7. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_ing.pdf Acesso em: 10 de abr. 2020.

²⁶ CONTESE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018.

²⁷ CONTESE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018.

²⁸ CONTESE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018.

²⁹ CONTESE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018.

tal prerrogativa. De outro, Ramírez expõe uma preocupação com a própria possibilidade de expansão ilimitada da jurisdição da Corte. Em que pese defender uma prerrogativa forte de revisão judicial, busca deixar claro o âmbito limitado de incidência da mesma, que não deve transbordar da dimensão da análise específica da compatibilidade estrita entre a norma ou ato impugnado e a Convenção Americana para outras, mais gerais, atinentes ao direito constitucional ou infraconstitucional dos Estados Membros.³⁰

Posteriormente, tem-se a primeira aparição da expressão controle de convencionalidade em uma sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Como se vê, trata-se de um momento importante, pois, até então, a expressão controle de convencionalidade somente era encontrada em votos separados do juiz Ramírez. A sentença em comento ocorre no julgamento do caso *Almonacid Arellano vs Chile* em 2006. O referido caso pode ser considerado parte de uma verdadeira saga judicial, que se inicia com o julgamento do caso *Barrios Altos vs Peru*, no ano de 2001, percurso que possibilitou à Corte Interamericana de Direitos Humanos revisar a convencionalidade das leis de anistia editadas na América³¹. Ao proferir sua sentença no caso *Almonacid Arellano* assim se manifestou a Corte:

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 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 lecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³²

Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio do primeiro julgado, confere aos juízes nacionais uma nova atribuição ao afirmar que os tribunais domésticos devem exercer o controle de convencionalidade. Consequentemente, essa nova atribuição faz com que os juízes nacionais possam resolver um conflito entre normas internas e as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos tendo como parâmetro de análise não apenas as próprias disposições desta, mas também a interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos realizada pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos. Na mesma linha, se insere a sentença do caso *La Cantuta vs Peru* também de 2006.

Aquí, portanto, a pretensão hierárquica da Corte é a de enumerar direitos e obrigações desde o texto da Convenção Americana, garantindo que as cortes domésticas tenham em mente suas decisões na solução de controvérsias que envolvam a ordem constitucional doméstica e o regime regional de direitos humanos de maneira transversal, e não necessariamente vincular a jurisdição doméstica de maneira vertical.³³

Assim, os juízes nacionais teriam uma responsabilidade primordial em imunizar o Estado frente a uma eventual responsabilização internacional por violações aos direitos humanos, convertendo-se em juízes de convencionalidade no direito interno, conforme observado por Cavallo³⁴. O principal objetivo do controle interno de convencionalidade seria, portanto, evitar a responsabilização internacional do Estado³⁵. Por outro

³⁰ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, 2017. p. 332.

³¹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda en América Latina: descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coord.). *Ius constitutionale commune na América Latina: diálogos jurisdiccionales e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 11-47.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentença do Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*. 2006. p. 53. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em: 10 abr. 2020.

³³ TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, 2017. p. 334.

³⁴ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: análisis em derecho comparado. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 2, p. 721-754, jul./dez. 2013.

³⁵ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y para prevenir la respon-

lado, por meio da criação da Teoria do Controle de Convencionalidade, a Corte Interamericana de Derechos Humanos se afirma como última intérprete da Convención Americana de Derechos Humanos³⁶.

Outro momento na jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos está relacionado à teorização do controle de convencionalidade³⁷. Nesse contexto, a própria Corte se utilizou de cada oportunidade para enfatizar que o controle de convencionalidade constitui um dever dos juízes nacionais, bem como se verifica que os juízes dessa Corte, ao se manifestarem por meio de votos ou opiniões separadas, acabaram contribuindo sobremaneira com a teoria do controle de convencionalidade, pois apresentaram novas perspectivas teóricas e práticas sobre o tema.

O principal caso nesse momento de desenvolvimento da teoria é o *Trabajadores Cesados del Congreso vs Peru*. No referido precedente, a Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma ser possível o controle de convencionalidade *ex officio* por parte dos juízes nacionais no âmbito de suas respectivas competências. A Corte, assim, se manifestou ao proferir a sentença, em novembro de 2006:

cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también ‘de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.³⁸

Deve-se ressaltar que o caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs Peru* constitui um esforço da Corte Interamericana de Derechos Humanos em empreender um maior nível de determinação jurídica quanto ao controle de convencionalidade, pois até então se falava em uma espécie de controle de convencionalidade e, a partir do referido caso, a Corte Interamericana de Derechos Humanos passou a fazer referência ao controle de convencionalidade enquanto obrigação³⁹. Posteriormente, na sentença proferida em novembro de 2007 no caso *Boyce y otros vs Barbados*, a Corte Interamericana de Derechos Humanos reitera a obrigação dos juízes em relação à realização do controle de convencionalidade.

La Corte observa que el CJCP llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP115 era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era ‘convencional’. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención.⁴⁰

sabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015; HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. *Estudios Constitucionales*, Chile, año 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

³⁶ BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³⁷ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda en América Latina: descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coord.). *Ius constitutionale commune na América Latina: diálogos jurisdiccionales e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 11-47.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentença do Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Peru*. 2006. p. 47. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 10 abr. 2020.

³⁹ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 9, n. 45, p. 202-238, 2012.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentença do Caso Boyce y otros vs Barbados*. 2007. p. 22. Disponível

No mês de agosto de 2008, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao proferir sentença no caso *Heliodoro Portugal vs Panamá*, ressaltou ser um dever dos operadores da Justiça, por meio do controle de convencionalidade, zelar para que os efeitos dos tratados de direitos humanos não sejam anulados por normas internas contrárias ao objeto e finalidades da proteção internacional dos direitos humanos. Nesse precedente, constata-se, apenas, uma pequena diferença, pois a Corte não utilizou o termo juízes, mas operadores da Justiça.

Pouco mais de 12 meses depois, em novembro de 2009, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença no caso *Radilla Pacheco vs. México*, retomou o conceito de controle de convencionalidade, mais uma vez, afirmando ser um dever do Poder Judiciário exercê-lo de ofício no âmbito de suas respectivas competências, considerando-se não apenas a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também a interpretação feita pela própria Corte, última intérprete da referida Convenção.

Nos casos *Rosendo Cantú y otra vs. México* e *Fernández Ortega y otros vs. México*, encontra-se uma pequena diferença em relação ao precedente anterior, particularmente no que diz respeito aos agentes obrigados a exercerem o controle, pois a Corte Interamericana de Direitos Humanos ressalta ser a prática uma obrigação de todos os órgãos, incluindo-se os juízes. Pode-se dizer, portanto, que nesses precedentes se verifica um alargamento dos órgãos responsáveis pela verificação da compatibilidade entre as normas internas e as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos.

236. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. El Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. 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.⁴¹

No mês de novembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao analisar o caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, reitera o dever dos juízes de realizar o controle de convencionalidade, mas com uma diferença em relação aos precedentes anteriores, conforme observado por Fernandes⁴². Nos precedentes anteriores, houve a responsabilização internacional do Estado em razão de sua omissão; e no caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, realizou-se a revisão de um processo interno e sua decisão. A Corte Interamericana de Direitos Humanos ressaltou não atuar como uma quarta instância, mas como protetora dos tratados integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Desta forma, o caso *Cabrera García y Montiel Flores* apresentou enorme relevância para a consolidação da amplitude do conceito do controle de convencionalidade, indicando, diante da análise da atuação específica dos tribunais internos do México, que a obrigação de realizar o controle corresponde a todos os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, em todos os seus níveis hierárquicos, no limite do *corpus juris convencional*, tal como já havia sido deslumbrado nos casos anteriores, abrangendo toda a atividade interpretativa da Corte. Ou seja, a Corte Interamericana seguiu coerentemente com sua construção pretoriana, já absorvida por alguns Estados que integram o Sistema Interamericano como um todo (ratificando os tratados e aplicando a jurisprudência dos mecanismos de implementação), definindo uma espécie de controle de convencionalidade difuso a ser realizado no âmbito doméstico, em todos os seus níveis hierárquicos.⁴³

em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf Acesso em: 11 abr. 2020.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. 2010. p. 83. Disponível em: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/2.pdf> Acesso em: 12 abr. 2020.

⁴² FERNANDES, Guilherme Antônio de Almeida Lopes. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano para Proteção dos Direitos Humanos*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

⁴³ FERNANDES, Guilherme Antônio de Almeida Lopes. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano para Proteção dos*

A Corte Interamericana de Derechos Humanos, también no mês de novembro de 2010, reafirmou o seu entendimento no caso *Gomes Lund vs Brasil*. O Tribunal entendeu não ter sido realizado o controle de convencionalidade interno da Lei de Anistia, ressaltando, inclusive, a decisão do Supremo Tribunal Federal como um exemplo nesse sentido. Assim, enfatizou novamente ser um dever do Poder Judiciário realizar o controle de convencionalidade de ofício, no âmbito de suas respectivas competências, levando em consideração não apenas a Convenção Americana de Derechos Humanos, mas também a interpretação realizada pela própria Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por fim, lembrou ser obrigação dos Estados cumprir de boa-fé os tratados, não podendo invocar disposições de direito interno para justificar o seu descumprimento (artigo 27 da Convenção de Viena).

García, ao analisar o posicionamento da Corte Interamericana de Derechos Humanos acerca do papel do Judiciário no exercício do controle de convencionalidade, sintetiza seus pontos principais:

- a. Existe uma obrigação do Poder Judiciário de cumprir as normas internacionais incorporadas ao ordenamento jurídico interno do Estado.
- b. Este é um exercício hermenêutico que deve buscar a efetividade dos direitos consagrados convencionalmente e evitar que o Estado incorra em responsabilidade internacional.
- c. As normas contrárias a Convenção não podem produzir efeitos no âmbito interno, toda vez que tais normas, incompatíveis com as obrigações internacionais, constituam um ilícito internacional que responsabiliza o Estado.
- d. Para realizar o referido exercício interpretativo o juiz deve levar em consideração a jurisprudência da CIDH.⁴⁴

No mês de fevereiro de 2011, a Corte Interamericana de Derechos Humanos, ao analisar o caso *Gelman vs Uruguay*, referente à aprovação da lei de anistia no referido país, entendeu ser o controle de convencionalidade uma tarefa de toda autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário. Trata-se, como se vê, de uma nítida expansão da doutrina ao entender ser a realização do controle um dever não mais reservado aos juízes e Judiciário, mas também aos órgãos e agentes públicos de um modo geral. Assim, todas as autoridades são guardiãs da Convenção Americana de Derechos Humanos⁴⁵. No referido precedente, a Corte Interamericana de Derechos Humanos enfatiza que o controle de convencionalidade deve ser realizado de ofício, considerando-se a Convenção Americana de Derechos Humanos e a sua interpretação enquanto última intérprete.

A ampliação dos sujeitos obrigados a realizar o controle de convencionalidade a partir do caso *Gelman vs Uruguay* deve ser analisada com cautela. Ramírez⁴⁶ explica ter a Corte Interamericana de Derechos Humanos, por meio do referido precedente, investido automaticamente servidores públicos das mais variadas competências da tarefa de realizar o controle de convencionalidade e assevera ser importante definir o que se entende por autoridade pública. Palacios⁴⁷, por sua vez, entende ser inconveniente e contraproducente tal extensão feita pela Corte, pois se trata de uma expressão genérica e nem o controle de constitucionalidade experimentou tal expansão.

De acordo com Juárez⁴⁸, após o caso *Gelman vs Uruguay*, a Corte Interamericana de Derechos Humanos passou a entender ser o controle de convencionalidade um dever dos juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça nos casos *Chocrón vs. Venezuela* (2011), *López Mendoza vs. Venezuela* (2011), *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina* (2011), *Atala Riffo y niñas vs. Chile* (2012), *Furlan y familiares vs. Argentina* (2012), *Masacres*

Derechos Humanos. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. p. 152.

⁴⁴ OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Teoría del control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*, Chile, año 14, n. 1, p. 61-94, 2016. p. 67.

⁴⁵ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. ¿Quién es el guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coord.). *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 706-743.

⁴⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Sobre el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016.

⁴⁷ LOVATÓN PALACIOS, David. Control de convencionalidad interamericano em sede nacional: una noción aún em construcción. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017.

⁴⁸ CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, v. 64, p. 87-125, 2016.

de Río Negro vs. Guatemala (2012), *Gudiel Álvarez y otros (“Diario Militar”) vs. Guatemala* (2012), *Mendoza y otros vs. Argentina* (2013), *J. vs. Perú* (2013), *López Lone y otros vs. Honduras* (2015) e *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras* (2015), tendo afirmado no caso *Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador* (2012) ser o controle de convencionalidade uma atribuição de todos os órgãos e Poderes estatais em seu conjunto; no caso *Liaquat Ali Alibux vs. Suriname* (2014), ser o controle um dever de todos os órgãos do Estado, inclusive os juízes e demais órgãos vinculados à administração da Justiça; no caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia* (2012), ser uma tarefa de todas as autoridades e órgãos do Estado, e, no caso *Rochac Hernández y otros vs. El Salvador* (2014), ser um dever de todos os Poderes e órgãos estatais em seu conjunto.

De setembro de 2006 a setembro de 2016, a Corte Interamericana de Derechos Humanos proferiu 163 sentenças em sua competência contenciosa, e utilizou a expressão controle de convencionalidade em 38 decisões, conforme dados levantados por Juárez⁴⁹. Das 38 decisões encontradas, em 31 a Corte entendeu ser o controle de convencionalidade um dever dos juízes e Tribunais de todo tipo, como integrantes do Poder Judiciário e órgãos vinculados à administração da Justiça; nos demais, a Corte entendeu que o controle de convencionalidade deve ser realizado por outro órgão, Poder ou autoridade do Estado.

De qualquer forma, o tema do controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos pode ser encontrado em casos variados e que envolvem países diversos, com temáticas também diversificadas, como lembra Burgorgue-Larsen⁵⁰. Os casos apontados como importantes para o estudo do controle de convencionalidade envolvem leis de anistia, pena de morte, desaparecimentos forçados, execuções extrajudiciais, demarcação de terras indígenas, tortura, direito às eleições e direito a não ser objeto de discriminação baseada em orientação sexual. Tais casos envolveram Argentina, Barbados, Brasil, Bolívia, Colômbia, Chile, Guatemala, México, Paraguai, Peru, Panamá, Uruguai, Venezuela e Suriname.

A base legal do controle de convencionalidade se encontra nos artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Derechos Humanos, bem como nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Derechos dos Tratados⁵¹. Os artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Derechos Humanos impõem aos Estados o dever de respeitar e garantir os direitos nela previstos e também determinam que os Estados adotem as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para tornar efetivos tais direitos. Os artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Derechos dos Tratados de 1966, por sua vez, determinam a observância dos tratados de boa-fé pelos Estados e proíbem a invocação de normas internas para justificar o não cumprimento dos tratados.

4 O debate sobre as consequências do Controle de Convencionalidade

As consequências do controle de convencionalidade geram debates na literatura. Viñas⁵², por exemplo, afirma que parte da literatura entende o controle de convencionalidade como um controle normativo e outra corrente, como um exercício de interpretação. As consequências são diferentes, pois, entendendo-o como um controle normativo, a consequência seria a não aplicação da norma contrária aos tratados e demais fontes internacionais. Por outro lado, no caso do exercício de interpretação, a consequência seria a realiza-

⁴⁹ CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, v. 64, p. 87-125, 2016.

⁵⁰ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda en América Latina: descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coord.). *Ius constitutionale commune na América Latina: diálogos jurisdiccionales e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 11-47.

⁵¹ BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, v. 15, n. 1, p. 55-98, 2017; BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.

⁵² HENRÍQUEZ VINÁS, Miriam Lorena. La polisemia del control de convencionalidad interno. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 24, p. 113-141, fev./jun. 2014.

ção de uma interpretação conforme. A autora na ocasião considerou o controle de convencionalidade um controle normativo e limitado aos órgãos encarregados de declarar a não aplicação ou invalidade da norma e ressaltou que a hierarquia dos tratados deve ser estabelecida pela Constituição de cada Estado.

Em trabalhos posteriores, Viñas⁵³ (2018) analisa novamente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos produzida entre setembro de 2006 e agosto de 2017. Nesse período, 187 sentenças foram proferidas na competência contenciosa e 36 fizeram menção ao controle de convencionalidade (19,25%). Um ano depois, a referida autora⁵⁴, ao analisar novamente a jurisprudência, ressaltou que as sentenças proferidas até dezembro de 2017 pela Corte indicam ser o controle de convencionalidade um controle de compatibilidade, consistência, conformidade das normas internas em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos e a interpretação da Corte IDH.

Bazán⁵⁵, por sua vez, ao analisar a jurisprudência da Corte IDH, explica que esta entende que o dever de adequação do ordenamento jurídico interno pode se dar através de duas vertentes: a) a supressão de normas e práticas de qualquer natureza contrárias aos direitos previstos na CADH e b) a criação de normas e desenvolvimento de prática compatíveis com a efetiva observância dos direitos e garantias da CADH. Assim, o controle de convencionalidade teria tal função, pois, por meio deste, o Estado deixaria de aplicar ou não aprovar normas incompatíveis com os tratados de direitos humanos, bem como editar leis com a devida observância das normas internacionais.

Para Sagües⁵⁶, o controle de convencionalidade pode ter uma função negativa (a não aplicação das normas inconventionais) e uma função positiva ou construtiva (referente à interpretação conforme). A partir do caso *Almonacid Arellano vs Chile*, apresentou um papel repressivo, ou seja, não aplicar as regras de direito interno opostas ao Pacto de São José da Costa Rica e a doutrina sedimentada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Posteriormente, o controle de convencionalidade também foi assumindo um papel construtivo ou positivo. Nesse contexto, o controle de convencionalidade produziria uma reciclagem da norma nacional, seja constitucional ou infraconstitucional. A tarefa de reciclagem da norma interna implicaria interpretar todo o direito interno de acordo com o Pacto de São José da Costa Rica e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A interpretação evitaria conflitos com os tratados de direitos humanos e também impediria uma declaração de inconventionabilidade da norma interna, conforme explica o autor⁵⁷.

Em linhas gerais, a intensidade do controle de convencionalidade (invalidação das normas ou interpretação conforme), explica Domínguez⁵⁸, está relacionada a alguns fatores: a) as competências das autoridades nacionais para realizar o controle de constitucionalidade; b) o nível de incorporação que as Constituições de cada Estado reconhece as diferentes fontes do direito que integra o *corpus iuris* interamericano; e c) o nível de regulação constitucional que existe em relação aos direitos humanos. A invalidade das normas seria a intensidade forte e a interpretação conforme, a intensidade fraca do controle de convencionalidade.

⁵³ HENRÍQUEZ VINÁS, Miriam Lorena. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. *Revista Chilena de Derecho*, v. 45, n. 2, p. 337-361, 2018.

⁵⁴ HENRÍQUEZ VINÁS, Miriam Lorena. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. *Revista Derecho del Estado*, n. 43, p. 131-157, maio/ago. 2019.

⁵⁵ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 9, n. 45, p. 202-238, 2012.

⁵⁶ SAGÜES, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legislativo de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014; SAGÜÉS, Néstor Pedro. Empalmes entre el control de constitucionalidad y la convencionalidad: la “constitución convencionalizada”. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coord). *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 617-626.

⁵⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legislativo de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014.

⁵⁸ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 38, jan./jun. 2018.

Díaz⁵⁹ apresenta duas interpretações: a) quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos entende que o controle de convencionalidade deve ser feito por todas as autoridades do Estado se refere ao controle de convencionalidade fraco e o forte somente poderia ser realizado pelas autoridades que tenham competência para realizar o controle de constitucionalidade; e b) para permitir que os órgãos internos realizem o controle de convencionalidade algumas condições devem estar presentes, como a existência de uma norma constitucional ou legal que relacione o ordenamento jurídico interno com o Direito Internacional.

Por outro lado, Ramírez⁶⁰ ressalta não existir nos países um conceito único de controle de convencionalidade, e não há consenso em torno dos sujeitos que o deverão realizar e nem acerca das hipóteses de aplicação. Ele entende ser a Corte Interamericana de Direitos Humanos a instância autorizada para resolver, de forma definitiva, se foi realizado o controle de convencionalidade. Nesse contexto, cada Estado tem seus efeitos em relação ao controle de convencionalidade. Ademais, a própria Corte, no caso *Liakat Ali Alibux vs Suriname*, asseverou que a Convenção Americana de Direitos Humanos não impõe um modelo específico de controle de convencionalidade.

De qualquer forma, o controle de convencionalidade, a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pode ser sintetizado da seguinte maneira:

a) consiste em verificar a compatibilidade das normas e demais práticas internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos e demais tratados internacionais dos quais o Estado seja parte, a jurisprudência e as interpretações da Corte Interamericana de Direitos Humanos. b) é um controle que deve ser realizado de ofício por toda autoridade pública no âmbito de suas competências e não apenas pelo Poder Judiciário. c) a sua execução pode implicar na supressão das normas contrárias à Convenção Americana de Direitos Humanos ou sua interpretação conforme a Convenção, dependendo das competências de cada autoridade pública.⁶¹

Domínguez⁶² explica que o controle de convencionalidade tem um objetivo eminentemente prático, qual seja, incrementar a aplicação e efetividade em nível nacional dos padrões contidos no DIDH para que sejam as autoridades nacionais as primeiras a garantir que o direito nacional não constitua uma violação aos direitos humanos das pessoas. Nesse contexto, explica Contesse⁶³, a Corte Interamericana de Direitos Humanos criou uma ferramenta jurídica (o controle de convencionalidade) para solucionar um problema político, qual seja, o não cumprimento de suas decisões.

A Teoria do Controle de Convencionalidade, por ser relativamente recente e criada por meio de construção jurisprudencial em alguns momentos vacilante⁶⁴, traz questionamentos na literatura. A primeira questão importante diz respeito aos efeitos das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em razão do artigo 68.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, os Estados se comprometem a cumprir as decisões em todos os casos em que forem partes. Assim, nesse caso, a decisão vincularia os Estados envolvidos na lide. Trata-se de coisa julgada internacional a gerar uma vinculação imediata ou direta⁶⁵.

Porém, deve-se indagar a respeito dos efeitos das sentenças em relação aos Estados que não figuraram no

⁵⁹ PAÚL DÍAZ, Álvaro. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. *Revista de Derecho*, Concepción, v. 87, n. 246, p. 49-82, 2019.

⁶⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Sobre el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016.

⁶¹ ARMAND-UGÓN, Sofía Maruri. El control de convencionalidad: un concepto de creación jurisprudencial. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 34, p. 79-88, 2018. p. 81.

⁶² GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, v. 15, n. 1, p. 55-98, 2017.

⁶³ CONTESSE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018.

⁶⁴ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, año 15, n. 2, p. 365-388, 2017.

⁶⁵ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.

processo. Poderia se falar em sentenças *erga omnes*? Franco e Peterke⁶⁶ entendem que as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação aos demais Estados não envolvidos no processo teriam um efeito orientador, ou seja, deveriam levá-las em consideração a fim de evitar uma futura responsabilização internacional em casos semelhantes. Bazán⁶⁷, por sua vez, entende que, quando o país não está envolvido no processo, a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos gera *cosa interpretada internacional*, levando à vinculação mediata ou indireta e devendo ser levada em consideração pelos Estados não envolvidos no processo.

As decisões da Corte Interamericana produzem efeitos: 1) não apenas para o país condenado – vinculação direta, *inter partes*, 2) também para os Estados não envolvidos no processo internacional (vinculação relativa *erga omnes*), mas apenas como norma interpretada, não na totalidade da decisão. Exceto se exista uma regra local mais favorável ao ser humano cuja hipótese prevalece aquela que ofereça mais vantagens (artigo 29 CADH). Em resumo, de acordo com este critério as sentenças do Tribunal Interamericano geram dois tipos de consequências: uma de vinculação direta e obrigatória para o país condenado (artigos 62 e 68 da CADH); e outra de vinculação relativa – *erga omnes* – para todos os países que não participaram do processo.⁶⁸

Outra questão importante diz respeito ao papel das opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e também ao papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Em relação ao primeiro tema, não obstante a inexistência do caráter vinculante das opiniões consultivas, conforme destaca Belaunde⁶⁹, não devem ser ignoradas no controle de convencionalidade⁷⁰. Nesse contexto, Juárez⁷¹ e Domínguez⁷² lembram que, nas OC 21/14 e OC 22/16, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que as suas opiniões consultivas cumprem em alguma medida a função própria de um controle de convencionalidade preventivo.

Por outro lado, há uma certa invisibilidade do papel da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no desenvolvimento da teoria do controle de convencionalidade em razão de a Corte Interamericana de Direitos Humanos se denominar a intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme ressaltado por Bazán⁷³, Juárez⁷⁴ e Palacios⁷⁵. Este último defende que a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos devem ser compreendidas como intérpretes do *corpus iuris* interamericano e Bazán⁷⁶ assevera que os pronunciamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos também devem ser levados em consideração na realização do controle de convencionalidade.

⁶⁶ FRANCO, Fernanda Cristina Franco; PETERKE, Sven. Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos?: análise cética dos posicionamentos doutrinários sobre essa figura controversa. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (org.). *Controle de convencionalidade*: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 67-82.

⁶⁷ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.

⁶⁸ HITTERS, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. *Estudios Constitucionales*, Chile, año 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 152.

⁶⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El control de convencionalidad y sus problemas. *Pensamiento constitucional*, Lima, v. 20, n. 20, p. 135-160, 2015.

⁷⁰ BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.

⁷¹ CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, v. 64, p. 87-125, 2016.

⁷² GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, v. 15, n. 1, p. 55-98, 2017.

⁷³ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 9, n. 45, p. 202-238, 2012.

⁷⁴ CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, n. 33, p. 149-172, 2014.

⁷⁵ LOVATÓN PALACIOS, David. Control de convencionalidad interamericano em sede nacional: una noción aún em construcción. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017.

⁷⁶ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 9, n. 45, p. 202-238, 2012.

De outra parte, a Teoria do Controle de Convencionalidade traz desafios. O primeiro seria a pouca fiscalização do controle de convencionalidade interno, conforme assevera Abbot⁷⁷. De acordo com o autor, a única forma de a Corte Interamericana de Direitos Humanos fiscalizar o controle de convencionalidade interno ocorre quando o caso é encaminhado até ela. Assim, explica, haveria uma falta de controle em relação ao controle de convencionalidade interno, e esse fato talvez possa ser aclarado pelas inúmeras obrigações impostas aos Estados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nas suas sentenças.

Outro desafio é o efetivo fortalecimento do diálogo entre as jurisdições (internacional e doméstica). Dulitky⁷⁸ ressalta que as autoridades nacionais na América Latina devem ser vistas como atores políticos usando o direito interamericano e não como seguidores mecânicos da Corte. Assim, assevera que a Corte Interamericana de Direitos Humanos deveria mencionar de forma mais frequente em suas decisões a jurisprudência nacional, a fim de efetivamente fortalecer o diálogo, pois atualmente haveria na verdade um monólogo. Nesse contexto, o diálogo entre as jurisdições não seria mencionar precedentes sem qualquer análise real ou influência no processo de formação da opinião da Corte.

O novo modelo proposto por Dulitky⁷⁹ parte do pressuposto que as relações da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os países vão além do Poder Executivo. Deve haver uma reinterpretação das relações entre a Corte e as autoridades nacionais, a fim de as conceber como parcerias estratégicas, incentivando um processo de baixo para cima liderado pelos atores locais. Nessas circunstâncias, explica o autor, a melhoria no cumprimento interno da Convenção Americana de Direitos Humanos estaria relacionada mais à sua efetiva utilização pelos atores locais do que com o seu processo de incorporação formal no ordenamento jurídico.

O autor propõe algumas mudanças na Convenção Americana de Direitos Humanos para melhor facilitar a interação entre as jurisdições, tais como a criação de um mecanismo a permitir que os juízes domésticos consultem a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos pendentes, aumentar o número de legitimados a solicitar uma opinião consultiva, convidar os Tribunais dos Estados a enviar manifestações no procedimento consultivo, a criação de canais de comunicação com as Cortes nacionais de todos os Estados e não apenas do Estado envolvido no processo e facilitar o acesso dos atores locais às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nesse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos deve ser uma aliada dos juízes nacionais e demais agentes, transformando-os igualmente em seus aliados. Os Estados são os principais responsáveis pela proteção dos direitos humanos, mas apresentam diversos atores com diferentes agendas, responsabilidades e visões, todos com responsabilidades em matérias de direitos humanos⁸⁰.

Por fim, merece destaque a proposta de melhorar o acesso às decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos apresentada por Dulitky⁸¹, também objeto de preocupação por parte de outros autores⁸². Juárez⁸³, por exemplo, afirma que a Corte deveria facilitar o acesso à jurisprudência, criando um sumário

⁷⁷ ABBOTT, Max Silva. ¿Es realmente viable el control de convencionalidad? *Revista Chilena de Derecho*, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018.

⁷⁸ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015.

⁷⁹ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015.

⁸⁰ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015.

⁸¹ DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015.

⁸² GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El control de convencionalidad y sus problemas. *Pensamiento constitucional*, Lima, v. 20, n. 20, p. 135-160, 2015; CASTILLA JUÁREZ, Karlos. ¿Control interno o difuso de convencionalidad?: una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 13, p. 51-97, 2013; LOVATÓN PALACIOS, David. Control de convencionalidad interamericano em sede nacional: una noción aún em construcción. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017.

⁸³ CASTILLA JUÁREZ, Karlos. ¿Control interno o difuso de convencionalidad?: una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 13, p. 51-97, 2013.

ou resenha, de modo que quem deseja conhecer e aplicar sua jurisprudência não tenha que ler milhares de páginas. Belaunde⁸⁴, por sua vez, afirma que, provavelmente, os juízes das Supremas Cortes conheçam as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos; o mesmo talvez não aconteça com as demais autoridades, especialmente em países de grandes extensões.

De qualquer forma, não obstante algumas inconsistências e questões em aberto, o êxito da teoria do controle de convencionalidade está relacionado com a sua receptividade nos direitos internos, cuja responsabilidade é dos operadores jurídicos e vontade política dos Estados⁸⁵. Juárez⁸⁶ assevera que o ideal seria que os órgãos do Estado vissem o Direito Internacional como direito interno, parte integrante do ordenamento jurídico. Nesse contexto, mostra-se importante trabalhar cotidianamente com o Direito Internacional dos Direitos Humanos porque esse ordenamento deveria ser um Direito da vida diária⁸⁷.

Pero antes de un debate de normas, de sistemas de control de normas o de cuál es un mejor tribunal, se debe recordar que hablando de derechos humanos, no sólo hay teorías o doctrinas, sino personas que exigen que sus derechos y libertades sean una realidad. Debemos pensar en todas y todos, que también somos nosotros, y la mejor manera en que los derechos humanos dejarán de ser letras en papel para convertirse en realidad. Pero además, nunca debemos olvidar que el mejor sistema normativo o de protección de los derechos humanos no es ni será el que siempre y ante todo se imponga o prevalezca, sino el que permita que de mejor manera se protejan y garanticen los derechos humanos de todas y todos.⁸⁸

Sendo assim, a observância dos tratados de direitos humanos por parte de todas as autoridades do Estado é de fundamental importância na vida cotidiana das pessoas, pois os países continuam sendo os principais responsáveis pela proteção e promoção dos direitos humanos.

5 Considerações finais

A proteção dos direitos humanos exige a observância do efetivo diálogo entre as ordens jurídicas nacional e internacional. O Direito Internacional dos Direitos Humanos trouxe como consequências a relativização do conceito de soberania e o engajamento dos países às normas internacionais de direitos humanos. Os Estados têm ratificado diversos tratados de direitos humanos, assumindo obrigações perante os Sistemas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, dentre eles o Sistema Interamericano.

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, criado em um continente marcado por instabilidade democrática e sistemáticas violações aos direitos fundamentais, apresenta normativa própria e órgãos responsáveis pelo monitoramento e responsabilização internacional dos Estados, quais sejam, a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos — esta responsável pelo desenvolvimento da Teoria do Controle de Convencionalidade a partir dos votos do então juiz Sergio García Ramírez.

O trabalho, ao apresentar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema, demonstrou ser o controle de convencionalidade inicialmente uma tarefa dos juízes e do Poder Judiciário dos países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos. Posteriormente, a própria jurisprudência

⁸⁴ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El control de convencionalidad y sus problemas. *Pensamiento constitucional*, Lima, v. 20, n. 20, p. 135-160, 2015.

⁸⁵ BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 9, n. 45, p. 202-238, 2012.

⁸⁶ CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, n. 33, p. 149-172, 2014.

⁸⁷ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: análisis em derecho comparado. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 2, p. 721-754, jul./dez. 2013.

⁸⁸ CASTILLA JUÁREZ, Karlos. ¿Control interno o difuso de convencionalidad?: una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 13, p. 51-97, 2013. p. 97.

dência ampliou os sujeitos responsáveis pela verificação da compatibilidade das normas domésticas com as normas internacionais de direitos humanos. Toda autoridade pública deve zelar na sua atuação pela observância dos direitos humanos. Apesar de uma certa oscilação da utilização do termo na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conforme apontado pela literatura, a verificação de compatibilidade das normas domésticas com os preceitos internacionais vem sendo realizada, inclusive no que diz respeito às normas constitucionais.

Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao realizar o controle de convencionalidade, além de reconhecer a possível inconveniência das normas domésticas, também impõe aos Estados a adoção das medidas internas necessárias voltadas à reforma de sua legislação interna. É o que tem se demonstrado a respeito de algumas questões que vêm atormentando a população de diversos países no continente americano, como a prática da tortura, do desaparecimento forçado ou de execuções extrajudiciais. Ressalta-se, nesse sentido, o esforço da Corte para apontar os caminhos da democracia ao declarar algumas leis de anistia nacionais incompatíveis com os direitos humanos e exigir políticas públicas de respeito às comissões da verdade e justiça. Recentemente, também, com profunda influência em países como o Brasil, a Corte tem mostrado a importância do controle de convencionalidade em busca do respeito às regras constitucionais e consequentes medidas administrativas para a demarcação de terras indígenas e aos direitos destes povos.

Obviamente, há, ainda, pontos divergentes na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas não se pode negar a sua contribuição para a proteção dos direitos humanos. O controle de convencionalidade é de fundamental importância para evitar a responsabilização internacional do Estado, pois a não observância das normas internacionais configura ato ilícito internacional. Também se mostra importante a incorporação da normativa internacional na formulação, implementação e avaliação das políticas públicas. De qualquer forma, mostra-se de extrema relevância, conforme apontado pela literatura, um maior conhecimento das normas internacionais e das decisões dos órgãos internacionais por parte das autoridades domésticas.

Referências

- ABBOTT, Max Silva. ¿Es realmente viable el control de convencionalidad? *Revista Chilena de Derecho*, v. 45, n. 3, p. 717-744, 2018.
- ABBOTT, Max Silva. Control de convencionalidad interno y jueces locales: un planteamiento defectuoso. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 14, n. 2, 2016.
- AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. ¿Quién es el guardián de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? In: BOGDANDY, Armin von et al. (coord.). *Estudios avanzados de derechos humanos: democracia e integración jurídica: emergencia de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 706-743.
- AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. Constitucionalismo global, control de convencionalidad y el derecho a huelga en Chile. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, v. 9, p. 113-166, 2016.
- AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: análisis em derecho comparado. *Revista Direito GV*, v. 9, n. 2, p. 721-754, jul./dez. 2013.
- ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2015.
- ARAÚJO, Louise de. *Os direitos humanos como parâmetro de aplicação do controle de convencionalidade das leis: precedentes do Sistema Interamericano e o caso Brasileiro*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

- ARMAND-UGÓN, Sofía Maruri. El control de convencionalidad: un concepto de creación jurisprudencial. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 34, p. 79-88, 2018.
- BAZÁN, Víctor. Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas. *Revista Direito Público*, Brasília, v. 9, n. 45, p. 202-238, 2012.
- BAZÁN, Víctor. El control de convencionalidad como instrumento para proteger derechos esenciales y para prevenir la responsabilidad internacional del Estado. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 19, p. 25-70, 2015.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica. El control de compatibilidad y el control de convencionalidad (o el problema de la competencia). *Estudios Constitucionales*, año 15, n. 2, p. 365-388, 2017.
- BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. Crónica de una teoría de moda en América Latina: descifrando el discurso doctrinal sobre el control de convencionalidad. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coord.). *Ius constitutionale commune na América Latina: diálogos jurisdiccionais e controle de convencionalidade*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 11-47.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos. ¿Control interno o difuso de convencionalidad?: una mejor idea: la garantía de tratados. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 13, p. 51-97, 2013.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional. *Revista Derecho del Estado*, n. 33, p. 149-172, 2014.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos. Control de convencionalidad interamericano: una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista IIDH*, v. 64, p. 87-125, 2016.
- CASTILLA JUÁREZ, Karlos. La independencia judicial en el llamado control de convencionalidad interamericano. *Estudios Constitucionales*, año 14, n. 2, p. 53-100, 2016.
- CONTESE, Jorge. The international authority of the Inter-American Court of Human Rights: a critique of the conventionality control doctrine. *International Journal of Human Rights*, v. 22, n. 9, p. 1168-1191, 2018.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile*. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em: 10 abr. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do Caso Boyce y otros vs Barbados*. 2007. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf Acesso em: 11 abr. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do Caso Fernández Ortega y otros vs México*. 2010. Disponível em: <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/2.pdf> Acesso em: 12 abr. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do Caso Myrna Mak Chang vs Guatemala*. 2003. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_ing.pdf Acesso em: 10 de abr. 2020.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Sentença do Caso Trabajadores Cesados del Congreso vs Peru*. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf Acesso em: 10 abr. 2020.
- DULITZKY, Ariel E. An Inter-American Constitutional Court? the invention of the conventionality control by the Inter-American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, v. 50, n. 1, p. 45-93, 2015.

FERNANDES, Guilherme Antônio de Almeida Lopes. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano para Proteção dos Direitos Humanos*. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

FIGUEIREDO, Marcelo. *O controle de constitucionalidade e de convencionalidade no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FLORES, Cristiano Vilhalba. *Controle de convencionalidade: integração jurídica e legitimidade do particular*. Curitiba: Juruá, 2018.

FRANCO, Fernanda Cristina Franco; PETERKE, Sven. Controle de convencionalidade: proteção dos céus ou vigilância dos infernos?: análise cética dos posicionamentos doutrinários sobre essa figura controversa. In: MAIA, Luciano Mariz; LIRA, Yulgan (org.). *Controle de convencionalidade: temas aprofundados*. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 67-82.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. El control de convencionalidad y sus problemas. *Pensamiento Constitucional*, Lima, v. 20, n. 20, p. 135-160, 2015.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidade. In: BOGDANDY, Armin von et al. (coord). *Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 557-589.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Sobre el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, Lima, n. 21, p. 173-186, 2016.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Estudios Constitucionales*, v. 15, n. 1, p. 55-98, 2017.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Pablo. La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional. *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 38, jan./jun. 2018.

GUERRA, Sidney. *Direito internacional dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HENRÍQUEZ VINÃS, Miriam Lorena. Cimientos, auge y progresivo desuso del control de convencionalidad interno: veinte interrogantes. *Revista Chilena de Derecho*, v. 45, n. 2, p. 337-361, 2018.

HENRÍQUEZ VINÃS, Miriam Lorena. La naturaleza del control interno de convencionalidad y su disímil recepción en la jurisprudencia de las cortes chilenas. *Revista Derecho del Estado*, n. 43, p. 131-157, maio/ago. 2019.

HENRÍQUEZ VINÃS, Miriam Lorena. La polisemia del control de convencionalidad interno. *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 24, p. 113-141, fev./jun. 2014.

HITTEES, Juan Carlos. Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos. *Estudios Constitucionales*, Chile, año 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

LOVATÓN PALACIOS, David. Control de convencionalidad interamericano em sede nacional: una noción aún em construcción. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1389-1418, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2018.

MENEZES, André Felipe Barbosa de. *Controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. 2009. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Teoría del control de convencionalidad. *Estudios Constitucionales*,

Chile, año 14, n. 1, p. 61-94, 2016.

PAÚL DÍAZ, Álvaro. Los enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. *Revista de Derecho*, Concepción, v. 87, n. 246, p. 49-82, 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Control of conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience. *Revista IIDH*, v. 64, p. 11-32, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Nuevas fronteras del control de convencionalidad: el reciclaje del derecho nacional y el control legisferante de convencionalidad. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 1, n. 2, p. 23-32, maio/ago. 2014.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Empalmes entre el control de constitucionalidade y la convencionalidad: la “constitución convencionalizada”. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (coord). *Estudos avançados de direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 617-626.

SCHÄFER, Gilberto *et al.* Os controles de convencionalidade tradicional e interamericano: institutos distintos ou duas faces da mesma moeda? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 3, p. 216-242, 2017.

TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

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

Legislative conventionality control of laws: the opportunity to build the Latin American *Ius Constitutionale Commune* by the Constitution, Justice and Citizenship Commission of the Chamber of Deputies of Brazil

Ana Carolina Barbosa Pereira

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*

Legislative conventionality control of laws: the opportunity to build the Latin American *Ius Constitutionale Commune* by the Constitution, Justice and Citizenship Commission of the Chamber of Deputies of Brazil

Ana Carolina Barbosa Pereira**

Resumo

Idealizar o *ius commune* interamericano depende, necessariamente, de um diálogo entre os organismos nacionais e internacionais. O controle de convencionalidade é uma importante ferramenta de integração jurídica na América Latina e um exemplo da possibilidade de harmonização entre ordens jurídicas plurais, sempre à luz da dignidade humana. O objetivo deste artigo é demonstrar a relevância do papel do Poder Legislativo brasileiro em relação ao exercício do controle de convencionalidade de projetos de leis especialmente propostos por parlamentares da Câmara dos Deputados. Propõe-se uma atuação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, como órgão da Câmara dos Deputados, não apenas no processo de internacionalização dos tratados de direitos humanos, mas também no trâmite de aprovação de normas do sistema legislativo interno contrárias ao *corpus juris* interamericano. Adotam-se como referência projetos de leis, propostos nos anos 2019 e 2020, contrários aos parâmetros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com foco na inconvenção de determinadas proposições e na ideia mínima de suprallegalidade dos tratados de direitos humanos, conclui-se pela imprescindibilidade de desaprovação dos projetos manifestamente inconvençãois por meio do controle impróprio de convencionalidade.

Palavras-chave: Direitos Humanos, Controle de Convencionalidade, Poder Legislativo.

Abstract

Idealizing the inter-American *ius commune* depends, necessarily, on a dialogue between national and international organizations. Conventionality control institute is an important tool for legal integration in Latin America and

* Recebido em 08/05/2021
Aprovado em 22/10/2021

** Advogada, professora, especialista em Direitos Humanos. Ex-juíza de Direito.
E-mail: anacarolina@elpidiodonizetti.com

an example of the possibility of harmonization between plural legal orders, always in the light of human dignity. The purpose of this article is to demonstrate the relevance of the role of the Brazilian Legislative Branch in exercising the conventionality control of bills especially proposed by parliamentarians of the Chamber of Deputies of Brazil. It is proposed that the Constitution, Justice and Citizenship Commission act as an organ of the Chamber of Deputies, not only in the internationalization process of human rights treaties, but also in the process of approving rules of the internal legislative system contrary to the inter-American corpus juris. Bills proposed in the years 2019 and 2020 are adopted as a reference, contrary to the parameters of the Inter-American Commission on Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights. With a focus on the unconventionality of certain propositions and the minimal idea of supralegality in human rights treaties, the conclusion is that it is imperative to disapprove manifestly unconventional projects through improper conventionality control.

Keywords: Human Rights, Conventionality Control Institute, Legislative Branch.

1 Introdução

A inserção dos direitos humanos como tema global já vem sendo proclamada há algumas décadas, seja porque as relações jurídicas nos últimos anos se globalizaram, seja pelo fato de que a proliferação de organismos internacionais, especialmente após a Segunda Guerra Mundial¹, exigiu dos Estados um maior diálogo e aproximação das agendas nacionais com os ideais de proteção propostos pela comunidade internacional. Os direitos humanos, em uma perspectiva global, “[...] provém de uma elaboração no *campo dos valores*, derivada da percepção de um comum universal nas formas de conceber a vida em sociedade, que ultrapassa as concepções tradicionais de interesses da soberania [...]”².

A Conferência de Viena (1993), dada a sua representatividade, talvez seja o marco mais abrangente da universalidade dos direitos humanos. Mesmo diante das particularidades de cada um dos Estados participantes, o ponto chave dessa Conferência foi o reconhecimento acerca da necessidade de proteção dos direitos humanos como um ingrediente da governabilidade e estabilidade do sistema mundial. Como as violações maciças de direitos humanos podem levar à guerra, não é estratégico não tratar desses direitos ou tratá-los de maneira não prioritária³.

Sem adentrar nos aspectos históricos e na evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois foge ao objeto do presente estudo, o Brasil está hoje submetido a dois sistemas internacionais de proteção desses direitos: o sistema global, universal ou onusiano e o sistema regional ou interamericano.

Em relação ao segundo, destaca-se que o Brasil, como um dos países-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA), aderiu à Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica,⁴ em 25 de setembro de 1992, e promulgou-a por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. A partir dessa adesão, o Brasil, também, passou a responder perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), cuja tarefa principal é “[...] promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria.” (artigo 1 do Estatuto

¹ “A emergência dos direitos humanos nas relações internacionais após a Segunda Guerra Mundial é interpretada por teóricos e militantes da causa como uma verdadeira resolução, que tem trazido o indivíduo ao primeiro plano do direito internacional e o cidadão a um domínio antes reservado exclusivamente aos Estados.”. (ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. 20).

² Lafer, Celso. Prefácio. In: ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. XLV.

³ ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. 3.

⁴ A CADH foi adotada em 1969 no âmbito da OEA, mas somente entrou em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978, após receber 11 ratificações.

da CIDH⁵). Posteriormente, em 1998, o Brasil aderiu à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1979), instituição judicial autônoma da OEA com a finalidade de aplicar e interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁶.

Em relação à América Latina, são esses os órgãos que interpretam a Convenção Americana de Direitos Humanos, instrumento *hard law* que será o centro das discussões deste trabalho⁷.

A importância da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) não reside apenas no âmbito dos direitos fundamentais protegidos, mas também no sistema de proteção estabelecido para examinar supostas violações e assegurar que os Estados cumpram suas obrigações no âmbito da Convenção. Afinal, o “Pacto de San José” estabeleceu a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que formalmente foi instalada em 3 de setembro de 1979. Atualmente, 23 Estados Membros da OEA ratificaram a CADH, e 20 desses Estados aceitaram a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana⁸.

Em razão da internacionalização das relações jurídicas e da conseqüente valorização dos direitos humanos, é razoável que essa temática também seja abordada com maior frequência no âmbito interno. Há, segundo Figueiredo, um espaço comum em nossa região para a troca de experiências jurídicas e, sobretudo, jurisprudenciais em prol dos direitos dos indivíduos⁹. Entretanto, para que esse espaço não sofra interferências externas e contraditórias, especialmente em relação à interpretação e alcance dos direitos previstos, notadamente, na Convenção Americana de Direitos Humanos, é razoável que determinados órgãos fiquem responsáveis pela uniformização de temas de interesse geral. Não é possível operacionalizar todo um sistema de garantia dos direitos humanos se, por exemplo, cada Estado-parte adotar uma interpretação diversa sobre determinado direito previsto na CADH ou em outro tratado do qual seja signatário. Por essa razão, cabe aos Estados — não exclusivamente ao Poder Judiciário, como veremos — o dever de controlar a convencionalidade de sua legislação, a partir dos padrões internacionais estabelecidos pelos órgãos do sistema interamericano.

O denominado controle de convencionalidade é a forma adequada para se aferir a compatibilidade entre a legislação doméstica e os tratados de direitos humanos. O seu exercício compete prioritariamente aos órgãos nacionais, cabendo à Corte IDH “[...] auxiliar os juízes e tribunais nacionais a controlar a convencionalidade das leis em face dos tratados internacionais de direitos humanos [...]”¹⁰.

Segundo André de Carvalho Ramos, há um controle de convencionalidade de matriz internacional e um controle de convencionalidade de matriz nacional. O primeiro é atribuído aos órgãos internacionais compostos por julgadores independentes, desvinculados do Estado de origem. Essa independência — e imparcialidade — evita, segundo o autor, que os próprios Estados sejam, ao mesmo tempo, “[...] fiscais e fiscalizados, criando a indesejável figura do *judex in causa sua* [...]”¹¹. Já o controle de matriz nacional corresponde àquele realizado por juízes, órgãos ou autoridades administrativas nacionais. Neste a convencionalidade é aferida à luz da interpretação atribuída pela Corte IDH, tal como ocorre quando os juízes nacionais decidem a partir dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça em matéria de lei federal, e do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional. Ou seja, o Estado-membro “[...] debe tener en cuenta no solamente el

⁵ Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. La Paz: OEA, out. 1979. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>. Acesso em: 4 maio 2021.

⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. La Paz: OEA, out. 1979. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.estatuto.corte.htm>. Acesso em: 4 maio 2021.

⁷ Há antecedentes da Convenção Americana de Direitos Humanos de extrema importância para o estudo global da matéria, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). Optamos por concentrar o estudo na CADH por se ele o tratado-regente do sistema interamericano.

⁸ Corte Interamericana de Direitos Humanos. *40º aniversário da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos: alguns dados e cifras*. Costa Rica: Corte IDH, jul. 2018. p. 15. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/40anos_por.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

⁹ FIGUEIREDO, Marcelo. *Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 79.

¹⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade no Direito brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 51.

¹¹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 557.

tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana [...]”¹².

Deve-se evitar, contudo, a adoção de um controle de convencionalidade nacional (jurisdicional ou não jurisdicional) isolado, que não dialoga com a interpretação internacionalista dos direitos humanos, uma vez que tal conduta nega a universalidade dos direitos humanos e desrespeita o comando dos tratados celebrados pelo Brasil. Assim, o controle nacional deverá dialogar com a interpretação ofertada pelo controle de convencionalidade internacional, para que possamos chegar à conclusão de que os tratados foram efetivamente cumpridos¹³.

Dessa forma, se há violação a direitos humanos no plano interno, que pode ocorrer em razão da edição de um ato administrativo, legislativo ou em virtude de uma decisão judicial, caberá ao Estado a obrigação primária e imediata de sanar a referida violação. Nos casos de inércia do Estado, o assunto poderá ser levado ao Sistema Interamericano.

Toda essa construção interpretativa — nos planos nacional e internacional — deve estar ancorada no princípio *pro persona* (ou *pro homine*), que impõe a necessidade de interpretação ampliativa dos direitos humanos, de modo a favorecer o indivíduo. Trata-se de uma norma de ordem pública internacional “[...] que faz com que os tratados de direitos humanos deixem de ser interpretados restritivamente (para preservar a soberania dos Estados) e sejam interpretados sempre no sentido da máxima proteção ao ser humano [...]”¹⁴.

Pela aplicação do princípio *pro homine*, não se pretende a total prevalência de um dispositivo ou princípio diante de outro, mas, sim, o diálogo das fontes que irá conduzir à solução que mais bem oferecerá proteção aos direitos humanos, buscando, assim, a otimização das normas em conflito [...]”¹⁵.

Os tribunais pátrios adotam esse princípio¹⁶, ainda que, como veremos, ocorram alguns deslizes em relação à aceitação integral da interpretação conferida pela Corte IDH. No âmbito internacional, são recorrentes as decisões que impõem no exercício do controle de convencionalidade a interpretação sempre mais protetiva ou favorável ao indivíduo.

A interpretação *pro persona* encontra regramento no artigo 29 da CADH, que reforça a ideia segundo a qual os direitos e garantias nela previstos configuram um *standard* mínimo de proteção, insuscetível de redução, limitação ou supressão por parte dos Estados.

Um importante exemplo de interpretação da CADH segundo o princípio *pro persona* (ou *pro homine*) sobreveio quando da expedição de parecer consultivo pela Corte IDH sobre identidade de gênero, igualdade e não discriminação entre casais do mesmo sexo, solicitado pela Costa Rica. A Corte IDH entendeu que o artigo 1.1 da CADH, ao dispor sobre a não discriminação em razão da raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimen-

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Costa Rica: Corte IDH, set. 2006. p. 53. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 560.

¹⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

¹⁵ Feilke, Pedro Ribeiro Agustoni. O Controle de Convencionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, Rio Grande do Sul, ano XXIII, n. 41, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.revistas.unijuí.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2561/2679>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁶ A título de exemplo: “APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. EXCLUSÃO DO NOME DE CADASTRO DE INADIMPLENTES. INTERESSE PROCESSUAL. PRESENÇA. 1. O acesso à justiça não somente é um direito fundamental, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição da República, como também é elevado à categoria de direito humano, previsto no art. 8º, nº 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos da qual o Brasil é signatário. 2. É regra de hermenêutica, quando se trata de direitos humanos, que a norma deve ser interpretada segundo o princípio *pro persona*. 3. Deve-se evitar a ampliação das restrições de ingresso em juízo, limitando o direito de ação, especialmente na ausência de dispositivo legal expresso nesse sentido. 4 - Há interesse de agir no ajuizamento de ação cautelar inominada para exclusão de nome dos cadastros restritivos de crédito.” (MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 10707150257376001*. Comarca de Varginha. Apelante: Leandro Carlos Paravizo. Apelado: Telemar Norte Leste S/A.Varginha, Relator: Claret de Moraes. Minas Gerais, 24 fev. 2017. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943066626/apelacao-civel-ac-10707150299626001-varginha>. Acesso em: 4 maio 2021).

to ou qualquer outra condição social, embora não se refira expressamente à *identidade de gênero*, deve ser compreendido em seu sentido amplo, a partir da interpretação mais favorável ao ser humano. Em suma, a expressão “qualquer outra condição social” (artigo 1.1) deve observar a evolução dos direitos fundamentais no Direito Internacional contemporâneo, abrangendo e incorporando outras categorias que não tenham sido expressamente mencionadas¹⁷.

Há outros princípios que, também, regem o controle de convencionalidade, como o da interpretação internacionalista, o da atipicidade dos meios de controle, o da progressividade e o da interpretação conforme os direitos humanos.¹⁸ De forma bastante sucinta, o primeiro tem relação com o que já tratamos anteriormente: o intérprete deve analisar o caso concreto à luz dos precedentes internacionais, aplicando uma espécie de hermenêutica jurídica cosmopolita a fim de evitar a criação de um “tratado internacional nacional”¹⁹. O segundo princípio denota a ausência de qualquer formalidade específica para o exercício do controle de convencionalidade, que pode ser praticado sem qualquer provocação, *ex officio*. O Princípio da Progressividade, por sua vez, também chamado de máxima integridade dos direitos humanos, busca o “[...] desenvolvimento e a extensão da proteção dos direitos humanos [...]”²⁰, de modo que o resultado do controle de convencionalidade jamais poderá amesquinhar a proteção que foi aplicada anteriormente.

Por fim, a interpretação conforme os direitos humanos está para o plano internacional como a interpretação conforme a Constituição está para o plano doméstico. Nesse sentido, impõe-se ao intérprete conferir aos tratados de direitos humanos o sentido que permita deles extrair a sua máxima eficácia e proteção.

[...] Em suma: os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos) consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica²¹.

De acordo com Nestor Pedro Sagüés, se uma cláusula da Constituição ou de uma norma subconstitucional permitir, por exemplo, três interpretações, o operador deverá preferir aquela que coincida com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

A contrario sensu, ello significa que deberá desechar las interpretaciones de la norma constitucional o subconstitucional, que resulten incompatibles con la Convención Americana, o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana de Derechos Humanos²².

A principiologia apresentada pode ser abreviada pela primazia da pessoa humana. O Direito Constitucional e o Direito Internacional devem dialogar sempre com vistas a assegurar a prevalência dos direitos humanos. O resultado desses movimentos paralelos é a criação de um sistema multinível de proteção aos

¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-24/17*. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo [...]. Costa Rica: Corte IDH, 24 nov. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_24_por.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁸ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 184.

¹⁹ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 184.

²⁰ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 184.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 Distrito*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intdo: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 17 ago. 2017. p. 15. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 4 maio 2021.

²² SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano. In: Bogdandy, Armin von; Antoniazzi, Mariela Morales; Mac-Gregor, Eduardo Ferrer. *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitucionale commune en América Latina?* México: UNAM, 2010. p. 449-468. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/15.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

direitos humanos²³, capaz de evitar novos regimes de exceção em que as mudanças na legislação interna (inclusive na Constituição Federal), muitas vezes com base no pretexto de atender ao clamor popular²⁴, são claramente violadoras de direitos fundamentais.

2 A compatibilização e vinculação dos tratados internacionais de direitos humanos com o ordenamento jurídico interno

O Presidente da República Federativa do Brasil, como representante do Estado Federal nas relações internacionais, é o responsável pela celebração dos tratados internacionais, nos termos do art. 84, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Entretanto, sua manifestação não é isolada, cabendo ao Congresso Nacional (artigo 49, inciso I, CF/88) aprovar (ou não) o respectivo tratado.

Após essa junção de vontades entre os Poderes Executivo e Legislativo, caberá ao Presidente da República ratificar o tratado, observando-se as eventuais reservas feitas pelo Congresso Nacional. Em seguida, para incorporação à legislação interna, o chefe de Estado edita um Decreto Presidencial, também chamado de Decreto de Promulgação. É a partir deste que a norma passa a ser válida também no plano interno.

O trâmite que engloba a fase congressual e conta com a participação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal também demanda a atuação de outros órgãos do Poder Legislativo, notadamente as Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC). São vários os exemplos em que a CCJC da Câmara dos Deputados atuou na deliberação sobre a constitucionalidade de tratados e acordos internacionais²⁵.

O procedimento de incorporação dos tratados pode ser assim sintetizado:

no Legislativo, a recepção da Mensagem do Presidente da República, acompanhada da respectiva Exposição de Motivos (EM) do Ministro de Estado das Relações Exteriores e do texto do ato internacional, é o primeiro momento de apreciação da matéria. O art. 64 da Constituição Federal determina que a tramitação deve ser iniciada na Câmara dos Deputados. Após a sua leitura em plenário, e em obediência ao princípio da publicidade dos atos, os Senhores Deputados tomam conhecimento da matéria. O Presidente da Câmara, no despacho inicial, poderá, também, distribuir o conteúdo do ato internacional a outras Comissões Permanentes, para que estas igualmente se manifestem naquilo que for de sua competência. Entretanto, a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional é sempre a primeira a opinar. O processo, então, sob a designação de Mensagem, é numerado e remetido à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional para exame por um relator designado entre seus integrantes. Na Comissão, lido o relatório, desde que a maioria se manifeste de acordo com o relator, passará ele a constituir parecer conclusivo em forma de projeto de decreto legislativo. Após o exame

²³ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e sistema multinível: relação entre a proteção nacional e internacional. *Gen Jurídico*, São Paulo, 22 fev. 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/02/22/direitos-humanos-e-sistema-multinivel/>. Acesso em: 4 maio 2021.

²⁴ A utilização abusiva da vontade popular como instrumento democrático é denominada de “constitucionalismo abusivo”. Segundo a doutrina, “o constitucionalismo abusivo tem sua nomenclatura criada por David Landau, professor de Direito Constitucional norte-americano. Para ele, constitucionalismo abusivo é o uso de mecanismos de mudança constitucional para fazer um Estado significativamente menos democrático do que era anteriormente. Segundo o autor: “[...] o constitucionalismo abusivo envolve o uso de mecanismos de mudança constitucional – emenda constitucional e substituição da Constituição – para minar a democracia. Enquanto métodos tradicionais de derrubada da democracia, como o golpe militar, estão em declínio há décadas, o uso de ferramentas constitucionais para criar regimes autoritários e semiautoritários é cada vez mais prevalente. Presidentes poderosos e partidos poderosos podem engessar uma mudança constitucional, para tornarem-se muito mais estáveis, a fim de neutralizar instituições como tribunais, que teriam a função de verificar o exercício do poder. As constituições resultantes ainda parecem democráticas a distância e contêm muitos elementos que não são diferentes daqueles encontrados nas constituições democráticas liberais, mas, de perto, elas foram substancialmente retrabalhadas para minar a ordem democrática [...]”. (MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 147).

²⁵ Exemplificando: <https://www.camara.leg.br/noticias/519695-ccj-aprova-tratado-de-cooperacao-juridica-entre-brasil-e-costa-rica/>; <https://www.camara.leg.br/noticias/497898-ccj-aprova-acordo-internacional-sobre-comunicacoes-de-direitos-das-criancas/>; www.camara.leg.br/noticias/131664-ccj-aprova-tratados-para-permitir-trabalho-de-parente-de-diplomata/.

da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional — CREDN, o projeto é submetido ao crivo da Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania — CCJC, à qual compete examinar os “aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa”. O projeto poderá, ainda, ser remetido às outras Comissões que tenham de manifestar-se sobre o assunto, na ordem estabelecida logo no início pelo Presidente da Câmara. Caso o projeto seja considerado em boa forma e aprovado pelas Comissões, ele é enviado ao plenário para votação. Sendo aprovado no plenário, em turno único, sua redação final será apresentada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, conforme disposto no art. 32, III, q, do Regimento Interno da Câmara. Aprovada a sua redação final, o projeto é encaminhado à apreciação do Senado Federal, nos termos do art. 65 da Constituição Federal²⁶.

Partindo-se da premissa de que a CCJC participa do processo de internalização dos tratados, inclusive aqueles de direitos humanos, não há razões para, posteriormente, emitir parecer favorável sobre uma normativa interna contrária ao tratado regularmente aprovado. Nem é razoável que a referida Comissão adote uma interpretação nacionalista sobre projetos de lei ou de emenda constitucional, completamente desvinculada dos parâmetros internacionais. É dizer, independentemente da hierarquia conferida ao tratado de direitos humanos, um eventual conflito entre a legislação interna e as normas internacionais deve ser solucionado partindo-se da premissa axiológica que o bem comum internacional — e regional, no caso do sistema interamericano — se assenta como valor superior ao bem comum nacional²⁷.

Logo, não há dúvidas de que cabe aos Estados-parte e todos os seus órgãos cumprir as normas internacionais de proteção aos direitos humanos. O *pacta sunt servanda* em relação aos tratados internacionais é extraído do art. 26 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, segundo o qual “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.” Ou seja, assim como no direito contratual, quando as partes formulam um negócio jurídico, este possui caráter vinculante, obrigando-as ao adimplemento na forma como pactuado²⁸.

O art. 27 da Convenção de Viena prossegue estabelecendo que um Estado-parte não pode invocar disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado²⁹. Em termos simples, ao ratificar um tratado, o Estado-parte abre mão, de forma voluntária, de uma parcela de sua soberania, assumindo o compromissivo de não atuar de forma discricionária e em desacordo com os padrões interpretativos estabelecidos internacionalmente. No caso do Brasil, os parâmetros a serem observados são aqueles adotados pelos sistemas interamericano e onusiano.

A mesma vinculação é extraída dos artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Se o Estado-parte passa a ser signatário de um tratado internacional, não há como, em momento posterior, querer afastar as disposições desse mesmo tratado a pretexto de fazer prevalecer a normativa interna. No caso do Brasil, a aceitação da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ocorrida em 1998, é

²⁶ Ribeiro, Silvia Pradines Coelho. A participação do Legislativo no processo de celebração dos tratados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 170, p. 273-286, abr./jun. 2006. p. 281.

²⁷ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitucionale commune en América Latina?* México: UNAM, 2010. p. 449-468. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/15.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

²⁸ “Decorrente da ideia clássica de autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos preconiza que tem força de lei o estipulado pelas partes na avença, constringendo os contratantes ao cumprimento do conteúdo completo do negócio jurídico. Esse princípio importa em autêntica restrição da liberdade, que se tornou limitada para aqueles que contrataram a partir do momento em que vieram a formar o contrato consensualmente e dotados de vontade autônoma [...]”. (TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2021. p. 1.022).

²⁹ “Las razones de las por la Corte Interamericana para sentar el control de convencionalidad son dos, y ambas de derecho internacional: i) el efecto útil de las obligaciones internacionales, que deben ser cumplidas de buena fe; ii) no es posible alegar el derecho interno para incumplirlas, conforme el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.” (SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitucionale commune en América Latina?* México: UNAM, 2010. p. 449-468. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/15.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021).

um reforço ao comprometimento para com os direitos e as liberdades reconhecidos pela Convenção³⁰. “Não fosse assim, todas as garantias decorrentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos cederiam face às normas do direito interno, o que não é correto e, tampouco, jurídico.”³¹.

A utilidade das normas de Direito Internacional, em especial daquelas que tratam de direitos humanos, dependem, portanto, do respeito pelo Estado-parte ao compromisso firmado internacionalmente. Se o Estado, sem denunciar o tratado, mantém, em seu ordenamento jurídico interno, normas incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos ou produz atos normativos que violam as garantias previstas na Convenção, poderá ser responsabilizado internacionalmente.

Ao ser parte em um compromisso internacional (tratado) de proteção dos direitos humanos, os Estados limitam sua soberania em prol dos direitos e liberdades das pessoas reconhecidas no respectivo instrumento. Uma das limitações que devem obrigatoriamente sofrer diz respeito à sua legislação interna, a qual doravante deverá estar sempre de acordo com aquilo que se encontra expresso no tratado ratificado³².

Por essas razões, quando o Poder Judiciário invoca um tratado de direitos humanos para afastar a legislação interna, como ocorreu quando o Supremo Tribunal Federal aplicou o efeito paralisante³³ do controle de convencionalidade da norma da Constituição Federal de 1988 que admitia a prisão civil do depositário infiel³⁴ (art. 5º, inciso LXVII) está atuando em conformidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos, amplificando a ideia de bloco de constitucionalidade e dialogando com a interpretação internacionalista dos direitos humanos. Por outro lado, quando o mesmo Poder Judiciário nega a universalidade dos direitos humanos e conclui pela convencionalidade do crime de desacato (art. 331, Código Penal brasileiro), mesmo quando a Corte Interamericana de Direitos Humanos se opõe a esse tipo penal diante da sua incompatibilidade com a liberdade de expressão³⁵, está criando uma interpretação de caráter nacionalista, afastando o efeito útil da Convenção e adotando o que André de Carvalho Ramos denomina de “truque do ilusionista”³⁶.

Deve-se destacar que a atuação do Poder Judiciário ao exercer o controle de convencionalidade das leis também não afeta o princípio da separação dos poderes. As normas elaboradas pelos representantes do povo não podem se sobrepor às regras internacionais sobre direitos humanos que foram voluntariamente aceitas pelo Estado brasileiro. Se essa liberação fosse possível, a partir da ideia de não intervenção de um

³⁰ Conforme ensinamentos do Professor Mazzuoli, “[...] a imposição dirigida aos Estados pela Convenção — de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e de garantir o seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição — resta ainda mais nítida quando os Estados *aceitam* a competência contenciosa da Corte Interamericana, uma vez que, a partir daí, reconhecem (segundo o comando do art. 62, I, da Convenção) a competência desse tribunal internacional para todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de San José [...]”. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade no Direito brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 39).

³¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade no Direito brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 206.

³² PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 24-25.

³³ Significa que o texto constitucional continua em pleno vigor, porém sem uma eficácia prática diante dos tratados internacionais de direitos humanos. Além disso, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada.

³⁴ “O Plenário desta Corte, no julgamento conjunto dos HC 87.585 e HC 92.566, relator o ministro Marco Aurélio, e dos RE 466.343 e RE 349.703, relatores os ministros Cezar Peluso e Carlos Britto, sessão de 3-12-2008, fixou o entendimento de que a circunstância de o Brasil haver subscrito o Pacto de São José da Costa Rica conduziu à inexistência de balizas visando à eficácia do que previsto no art. 5º, LXVII, da CF/1988, restando, assim, derogadas as normas estritamente legais definidoras da custódia do depositário infiel [...]”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 716.101 Rio Grande do Sul*. Requerente: Banco Bradesco S/A. Requerido: Rita Mergen. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 8 nov. 2012. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=110311793&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021).

³⁵ A Corte IDH decidiu no caso *Palamara vs Chile* que as chamadas leis de desacato autorizam a utilização da persecução penal de forma desproporcional e desnecessária, visando coibir a liberdade de expressão (PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 163).

³⁶ Para o autor, os Estados assumem obrigações internacionais e as descumprem com desfaçatez, alegando que as estão cumprindo de acordo com a sua própria interpretação. (RAMOS, André de Carvalho. *Processo Penal Internacional e Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo, Saraiva, 2019. p. 389-390).

Poder sobre o outro, o sistema internacional sequer precisaria existir.

Além disso, se tomarmos por base a correta interpretação do Princípio da Separação de Poderes, perceberemos que ele não constitui óbice ao controle de convencionalidade, afinal, Montesquieu propôs a divisão *harmônica* entre os Poderes, criando uma relação de interdependência e não de autonomia absoluta entre eles³⁷.

Nesse contexto, os três Poderes da República devem dialogar com as cortes internacionais e buscar harmonizar toda a produção normativa, jurisdicional e administrativa com os tratados de direitos humanos, afastando a noção tradicional de soberania e permitindo a existência de um Estado social e internacionalmente responsável pela prevalência dos direitos humanos.

Essa compatibilização e vinculação aos tratados não se limita ao aspecto externo. A Constituição Federal de 1988 traz diversos dispositivos que permitem a interpretação legislativa e constitucional à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito é a dignidade humana (artigo 1º, inciso III, CF/1988)³⁸. De acordo com o Supremo Tribunal Federal, esse princípio “[...] busca proteger de forma integral o sujeito na qualidade de pessoa vivente em sua existência concreta [...]”³⁹. Trata-se, portanto, de uma qualidade intrínseca de todo ser humano, pouco importando a sua origem, gênero, raça, religião ou orientação sexual. As condições mínimas de dignidade coincidem com o respeito ao mínimo existencial, ou seja, ao “[...] conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo se encontra em situação de indignidade [...]”⁴⁰.

Mesmo que não se tenha uma sistematização definitiva sobre a dignidade da pessoa humana, cujo conceito perpassa, por exemplo, por Kant, Hegel, Habermas e Dworkin, há um consenso sobre a utilização da dignidade da pessoa humana como um vetor interpretativo. Ingo Sarlet analisa a função integradora desse princípio, afirmando que há “[...] a existência não apenas de um dever de interpretação conforme a Constituição e os direitos fundamentais, mas acima de tudo, de uma hermenêutica que, para além do conhecido e postulado *in dubio pro libertati*, tenha sempre presente o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvidas [...]”⁴¹.

A prevalência dos direitos humanos também foi erigida pela Constituição Federal de 1988 como princípio norteador das relações internacionais (art. 4º, inciso II). A título de exemplo, a partir desse princípio, o Supremo Tribunal Federal decidiu que um estrangeiro que se encontra na condição jurídica de extraditando não pode ser reduzido a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais, incluindo o direito ao devido processo legal. Ao assumir o compromisso de conferir prevalência aos direitos humanos, o Estado brasileiro tem o dever de respeitar as mínimas garantias destinadas a todos aqueles que se encontram no território nacional, inclusive quando estejam submetidos a processo de extradição⁴². Para Celso Lafer, esse dispositivo

³⁷ Eros Roberto Grau propõe uma reflexão hegeliana sobre a separação de poderes, afirmando que o Estado político deve ser compreendido como uma totalidade que determina e distribui a sua atividade entre vários poderes. (GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 45).

³⁸ A dignidade da pessoa humana é citada em outros dispositivos constitucionais, a saber: artigos 170, 226, §7º, 227 e 230. (BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 mar. 2021).

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543 Distrito Federal*. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Intdo. Ministro de Estado da Saúde. Rel. Min. Edson Fachin, Brasília, 26 ago. 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 4 maio 2021.

⁴⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 305.

⁴¹ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e novos Direitos na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 106.

⁴² STF. Extradicação 633, rel. Min. Celso de Mello, j. 28/08/1996, DJ 06/04/2001. Esse precedente transmite a ideia sobre o direito a ter direitos. Segundo Arendt, “[...] a humanidade, que para o século XVIII, na terminologia kantiana, não passava de uma ideia

identifica, claramente, a passagem do regime autoritário para o Estado Democrático de Direito⁴³.

Essa oposição ao autoritarismo demonstra que as autoridades brasileiras, além de coibir qualquer prática ofensiva aos direitos humanos, devem assegurar o efetivo cumprimento dos tratados internacionais (obrigações negativas e positivas), afinal, “[...] não é mais somente a Constituição a norma máxima do ordenamento jurídico doméstico. Agora é preciso atenção também para as normas internacionais que pressionam, condicionam e de algum modo aderem ao direito constitucional ordinário [...]”⁴⁴.

Com base nessa perspectiva de redemocratização, a Constituição Federal de 1988 permitiu uma maior abertura para a internacionalização dos direitos humanos, disciplinando, inicialmente, no artigo 5º, §2º, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime democrático e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”. Esse dispositivo reconheceu expressamente a necessidade de proteção dos direitos humanos previstos nos tratados internacionais na mesma proporção dos direitos garantidos pela Constituição Federal. Em caso de conflitos entre os direitos consagrados no plano internacional e aqueles previstos no âmbito interno, o Princípio *pro Persona* entra em cena, garantindo a aplicação da norma mais favorável ao ser humano.

A inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 repercutiu a favor de uma interpretação ampliada dos direitos humanos, trazendo para o bloco de constitucionalidade um novo parâmetro. Mazzuoli defende que os tratados internacionais sobre direitos humanos possuem o mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, de modo que a pirâmide kelseniana depende de uma reformulação que coloque os tratados no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais. Alguns autores vão além, defendendo o caráter supraconstitucional dos tratados de direitos humanos, a partir de uma perspectiva principiológica de toda a normativa internacional⁴⁵.

O Supremo Tribunal Federal, contudo, não referendou esse posicionamento mais abrangente e protetivo aos direitos humanos. Inicialmente, a Corte Constitucional reconheceu *status* de lei ordinária⁴⁶ aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Em suma, a maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal considerou que, embora o artigo 5º, §2º, da CF/88 reconheça que os direitos previstos nos tratados integram o catálogo das normas constitucionais, ele não dispõe sobre a forma de incorporação desses instrumentos, não podendo o Poder Judiciário se sobrepor à vontade do legislador constituinte.

Posteriormente, esse entendimento precisou ser revisto em razão da Emenda Constitucional n.º 45, que inseriu um novo parágrafo (§3º) ao artigo 5º, para dispor que 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.

A novidade que deveria sanar as divergências sobre a incorporação dos tratados no ordenamento jurídico interno trouxe ainda mais dúvidas. A equivalência disposta no novo parágrafo deixa claro que os tratados de direitos humanos, que forem aprovados pelo mesmo procedimento destinado às emendas constitucionais, terão o mesmo *status* que estas, ou seja, de norma material e formalmente constitucional. Entretanto, os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil e não submetidos a essa sistemática adquirem qual *status*? Uma parte da doutrina explica que o quórum qualificado previsto no §3º serve somente para atribuir

reguladora, tornou-se hoje de fato inelutável. Esta nova situação, na qual a ‘humanidade’ assumiu de fato um papel antes atribuído à natureza ou à história, significaria nesse contexto que o direito a ter direitos, ou o direito de cada indivíduo de pertencer à humanidade, deveria ser garantido pela própria humanidade [...]” (ARENDE, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. Antisemitismo, Imperialismo, Totalitarismo. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989. p. 332).

⁴³ LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005. p. 14.

⁴⁴ FIGUEIREDO, Marcelo. *Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 78.

⁴⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade no Direito brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 185.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 72131/RJ. Tribunal Pleno. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 nov. 1995. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2884009/habeascorpus-hc-72131-rj>. Acesso em: 25 fev. 2015.

eficácia formal aos tratados de direitos humanos⁴⁷. A eficácia material já é decorrente do regramento previsto no §2º. Isso quer dizer que para essa corrente todos os tratados de direitos humanos são materialmente constitucionais e poderão ser formalmente constitucionais se aprovados na forma do artigo 5º, §3º. Essa, contudo, não é a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

Em 2006, a jurisprudência da Corte Constitucional, ao julgar um recurso extraordinário envolvendo a prisão civil decorrente de contrato de alienação fiduciária, rendeu um *status* normativo superior aos tratados de direitos humanos. Nesse novo contexto, eles passaram a ter hierarquia supralegal, ou seja, superiores às leis, mas inferiores à Constituição. Dessa forma, conjugando o novo entendimento com a redação do artigo 5º, §3º, da CF/88, temos dois tipos de tratados de direitos humanos atualmente: aqueles aprovados pelo rito especial, equivalentes às emendas constitucionais, e aqueles que foram incorporados na forma tradicional, prevista nos artigos 49 e 84, inciso VIII, da Constituição Federal⁴⁸.

Não se desconhece as inúmeras críticas ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal e à confusa redação do §3º do artigo 5º, que prorrogou a divergência de entendimentos sobre a hierarquia normativa dos tratados⁴⁹. Contudo, para o foco deste trabalho, não importa qual foi o *status* atribuído ao tratado de direitos humanos; a legislação interna deverá ser com eles compatível. Assim, mesmo que o tratado de direitos humanos tenha sido ratificado e incorporado à legislação interna pelo procedimento tradicional, sem a equivalência de emenda constitucional, deverá ser necessariamente observado por todos os agentes sujeitos ao controle de convencionalidade.

Dessa forma, a pluralidade de ordens jurídicas não pode ser desconsiderada pelos Estados. Os planos doméstico e internacional precisam necessariamente conviver, dialogar, em prol dos direitos dos indivíduos, formando um “[...] círculo virtuoso por intermédio de trocas de contatos e de jurisprudência, deixando de lado questões de hierarquia, para centrarmos nossas preocupações na melhor forma de promover o direito

⁴⁷ Defendem esse posicionamento, por exemplo, Celso Lafer, Flávia Piovesan e Valério Mazzuoli. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade no Direito brasileiro*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 97).

⁴⁸ “A partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, passou-se, entretanto, a admitir que os tratados ‘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’. Nesses casos, e apenas nesses, essas normas gozarão de status constitucional. A emenda não impede que se opte pela aprovação de tratado sobre direitos humanos pelo procedimento comum, meio que facilita o seu ingresso no ordenamento brasileiro. As normas do tratado valerão, nessa hipótese, com status infraconstitucional. Os tratados aprovados antes da Emenda continuam a valer como normas infraconstitucionais, já que persiste operante a fórmula da aprovação do tratado com dispensa das formalidades ligadas à produção de emendas à Constituição da República. Nada impede, obviamente, que esses tratados anteriores à EC 45 venham a assumir, por novo processo legislativo adequado, status de Emenda Constitucional. Vale o registro de precedentes do Supremo Tribunal Federal, posteriores à EC 45/2004, atribuindo status normativo supralegal, mas infraconstitucional, aos tratados de direitos humanos”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 123). Na Argentina adota-se uma sistemática semelhante, pois a reforma ocorrida em 1994 conferiu expressamente a natureza jurídica de norma constitucional aos tratados aprovados por 2/3 dos membros da Câmara: “Artículo 75- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1); la Declaración Universal de Derechos Humanos (2); la Convención Americana sobre Derechos Humanos (3); el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (4); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (5); la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (6); la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (7); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (8); la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (9); la Convención sobre los Derechos del Niño (10); en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”. (ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Argentina: El Senado y Cámara de Diputados, enero 3 de 1995. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf. Acesso em: 4 maio 2021).

⁴⁹ Cançado Trindade afirma que o artigo 5º, §3º, da CF/88 é uma verdadeira aberração jurídica, representando um retrocesso ao modelo aberto consagrado pelo §2º. (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 544).

humano [...]”⁵⁰.

Nessa perspectiva, se todos devem aplicar, por exemplo, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o controle de convencionalidade naturalmente demandará atuação do legislador nacional. A propósito, desde a Opinião Consultiva n. 14, de 09/12/1994, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já compreendia a necessidade de o Estado impor respeito às normas previstas nos tratados de direitos humanos, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente. Para a Comissão,

[...] a expedição de uma lei manifestamente contrária às obrigações assumidas por um Estado ao ratificar ou aderir à Convenção, constitui uma violação desta e, no caso de essa violação afetar direitos e liberdades protegidos de indivíduos determinados, gera a responsabilidade internacional do Estado⁵¹.

O fato gerador da responsabilidade estatal não é a mera existência de lei, mas a sua violação concreta em relação a determinados indivíduos. Ainda que a simples elaboração de uma lei inconveniente não possa gerar imediata responsabilização do Estado, esse fato não lhe isenta de observar e respeitar os tratados de direitos humanos, inclusive no momento da elaboração da normativa interna. Uma lei claramente inconveniente sequer poderia ser objeto de votação. As Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC), conforme se verá adiante, possuem um papel fundamental para o exercício desse controle, cujo objetivo principal é impedir ou, pelo menos, dificultar a aprovação de normas do sistema legislativo que sejam incompatíveis com os tratados de direitos humanos. Esse olhar prévio e cauteloso evitaria, por exemplo, a judicialização de demandas por violação aos direitos humanos, a problematização de inúmeras questões perante o Supremo Tribunal Federal e, em última análise, a própria responsabilização internacional do Estado brasileiro.

3 A interpretação dos tratados de direitos humanos no sistema interamericano

No âmbito interno, a uniformização da jurisprudência é uma exigência legal, que permite conferir maior isonomia e segurança jurídica às relações sociais. Nos termos do artigo 926, do Código de Processo Civil, de 2015, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente [...]”⁵², buscando eliminar a instabilidade nociva em prol de uma certa previsibilidade, capaz de estimular a confiança perante a jurisdição. Embora infelizmente seja bastante comum divergências horizontal (entre turmas de um mesmo Tribunal, por exemplo) e vertical (entre juiz de direito e seu Tribunal respectivo), a harmonização é salutar para a preservação da hierarquia entre os órgãos componentes do Poder Judiciário.

Nesse sentido, cabe ao Superior Tribunal de Justiça uniformizar a interpretação da legislação federal em todo o país, enquanto ao Supremo Tribunal Federal é conferida “[...] a singular prerrogativa de dispor do

⁵⁰ FIGUEIREDO, Marcelo. *Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 79.

⁵¹ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 485.

⁵² BRASIL. *Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: Planalto, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

monopólio da última palavra⁵³ em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental [...]”⁵⁴.

E o que essa interpretação e uniformização internas têm a ver com o controle de convencionalidade? A analogia é simples: se a hermenêutica interna incumbe aos nossos Tribunais, é razoável que também existam órgãos que uniformizem a jurisprudência a partir dos padrões internacionais aplicáveis a determinados temas. Sendo assim, a respeito do sistema interamericano, os órgãos responsáveis por essa função são a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos — esta, em especial, por força do artigo 62, inciso I, da CADH. Esse dispositivo permite ao Estado-parte escolher se irá ou não se submeter à jurisdição da Corte, no entanto, uma vez aceita a competência contenciosa, as decisões da Corte IDH deverão necessariamente ser observadas. “Em outras palavras, aceita a competência jurisdicional da Corte, os Estados se comprometem a cumprir tudo aquilo que por ela vier a ser decidido, tanto em relação à interpretação quando relativamente à aplicação da Convenção [...]”⁵⁵.

Uma dúvida que pode surgir está relacionada à (im)possibilidade de o Estado-parte que aceitou a competência de a Corte IDH pretender desistir dessa vinculação obrigatória. Com isso, em tese, o Estado estaria “livre” para não seguir a interpretação conferida pelo órgão internacional.

Essa, contudo, não é a tese mais correta. Além de a discricionariedade do Estado-parte encontrar limites no próprio Direito Internacional, a Corte IDH já teve a oportunidade de enfrentar o tema quando do julgamento do *Caso Ivcher Bronstein* contra o Peru. Esse Estado-parte pretendia se desvincular, no curso do processo, da jurisdição obrigatória da Corte IDH, sendo que esta não aceitou o pedido de revogação, argumentando que a aceitação de sua competência é uma cláusula pétrea, de modo que somente a denúncia do tratado (CADH) como um todo poderia acarretar a desvinculação. Assim, tal denúncia operaria efeitos *ex nunc*, ou seja, não retroativos, razão pela qual o caso em tramitação não poderia ser retirado de julgamento pela Corte IDH⁵⁶.

A Corte IDH também já advertiu aos Estados que a interpretação da legislação interna e o exercício do controle de convencionalidade devem ocorrer à luz da jurisprudência da própria Corte e dos *standards* internacionais⁵⁷. É a chamada interpretação autêntica, porque exercida pelo órgão cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 1 do Estatuto da Corte IDH). Com efeito, os órgãos internos não podem se sobrepor aos padrões internacionais, conferindo uma interpretação nacionalista aos tratados de direitos humanos⁵⁸. Fala-se, então, da necessidade de um diálogo

⁵³ Essa “última palavra” deve ser compreendida a partir da impossibilidade de outro órgão definir a interpretação do texto constitucional, usurpando a competência do Supremo Tribunal Federal, sem, contudo, significar a fossilização da jurisprudência da própria Corte. Nas palavras do Ministro Luiz Fux, “O desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105 Distrito Federal*. Requerente: Solidariedade. Intdo.: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, 1 out. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 4 maio 2021. Grifo nosso.).

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.345-0 Distrito Federal*. Requerente: Distrito Federal [...]. Intdo.: Partido Democrático Trabalhista [...]. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 25 ago. 2005.

⁵⁵ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 63.

⁵⁶ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 105.

⁵⁷ No texto original: “la Corte advierte la relevancia de la debida interpretación de la legislación y aplicación del control de convencionalidad, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y estándares internacionales aplicables [...]” (CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*. Costa Rica: Corte IDH, 8 out. 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

⁵⁸ Essa interpretação nacionalista é chamada por vezes de *cherry picking*, que significa que “o juiz, ao citar o direito estrangeiro, poderá valer-se daquilo que melhor lhe convier e como bem entender, i.e., o juiz poderá decidir qual o peso a ser dado a esta ou àquela fonte de direito estrangeiro (Anderson apud Parrish, 2007), o que abre margem para demasiada subjetividade e discricionariedade” (FONSECA, Lúcia Carvalho. *Metáforas na discussão sobre o uso do direito estrangeiro nos julgamentos da Suprema Corte*: nose

entre Cortes ou, conforme ensinamentos de Daniel Sarmento, na adoção do “princípio do cosmopolitismo ético”, que se dá quando uma Corte Constitucional se utiliza de precedentes do Direito Internacional dos Direitos Humanos como argumento de autoridade⁵⁹. Nesse cenário, o diálogo entre Cortes representa uma via de integração jurídica na América Latina e a convergência e a harmonia entre ordens jurídicas plurais, prestigiando o valor da pessoa humana⁶⁰.

Isso não quer dizer que haja hierarquia entre os órgãos internos e os tribunais e organismos internacionais. André de Carvalho Ramos pondera que não há qualquer subordinação entre órgãos judiciais internacional e nacional, “[...] mesmo quando o ato tido como violador de direitos humanos é uma decisão judicial interna [...]”. O autor explica que “[...] a decisão brasileira é atacada não como um ato judicial, sujeito à impugnação e revisão, mas sim, como mero fato, que será examinado à luz dos tratados internacionais para posterior responsabilização do Estado brasileiro [...]”⁶¹.

Caso a Corte IDH não tenha conferido uma interpretação original à norma questionada, poderá o juiz interno “[...] postar-se no lugar de juiz internacional para, à luz dos princípios do direito internacional dos direitos humanos, especialmente o princípio *pro homine* ou *pro persona*, proferir sentença [...]”⁶². Destaca-se que, apesar da expressão “juiz”, veremos que não somente o Poder Judiciário deve exercer o controle de convencionalidade e, conseqüentemente, a interpretação residual dos tratados de direitos humanos. Extrai-se do texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 1.2 e 2) que todas as autoridades devem exercer o controle de convencionalidade, inclusive o Poder Legislativo.

Quando todos os órgãos internos atuam em conformidade com a jurisprudência da Corte IDH ou, nos casos omissos, dão prevalência ao princípio *pro persona*, estão contribuindo decisivamente para o fortalecimento do sistema protetivo dos direitos humanos em nível nacional e internacional, além de privilegiar o regime democrático, afinal, “[...] não há direitos humanos sem democracia, tampouco democracia sem direitos humanos [...]”⁶³.

Destaca-se que os Estados-partes também podem, por meio das Opiniões Consultivas, buscar conhecer o posicionamento da Corte IDH não apenas sobre o conteúdo e alcance das normas internacionais, mas, também, sobre a compatibilidade entre o ordenamento interno e os tratados de direitos humanos. Embora o Brasil esteja submetido à jurisdição consultiva (e contenciosa) da Corte IDH, as opiniões abstratas por ela proferidas não possuem caráter vinculante, mas os seus pareceres certamente direcionam o posicionamento dos agentes internos.

Os Estados têm a responsabilidade de recepcionar tais pareceres consultivos [...] para aplicação no âmbito de seu direito interno, evitando que sejam responsabilizados no plano internacional por violação da Convenção. Alguns tribunais de Estados interamericanos já têm o hábito de se fundamentar com base nas opiniões consultivas da Corte (*v.g.*, como ocorre na Suprema Corte da Costa Rica), o que está bem longe de ocorrer no Brasil, infelizmente. Outros países (como a Argentina) têm também seguido as

counting e cherry picking. 30 mar. 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalaw-english/81098/metaforas-na-discussao-sobre-o-uso-do-direito-estrangeiro-nos-julgamentos-da-suprema-corte--nose-counting-e-cherry-picking>. Acesso em: 4 maio 2021.

⁵⁹ O Professor André de Carvalho Ramos (RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020) chama esse diálogo de fertilização cruzada ou *cross-fertilization*. Nesse caso, as cortes passam a citar-se, não como precedentes, mas como autoridade persuasiva. Sendo assim, o que ocorre é um diálogo constitucional de aprendizagem recíproca (Ribeiro, Daniela Menengoti; Romancini, Malu. A Teoria da Interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 159-174, 2015. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37273.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.).

⁶⁰ FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *Controle de Convencionalidade: novo paradigma para a magistratura brasileira*. São Paulo: Noeses, 2018. p. 110.

⁶¹ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 422.

⁶² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade no Direito brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 37.

⁶³ PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 01, n. 01, p. 16, 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003. Acesso em: 4 maio 2021.

manifestações da Corte como paradigma aos julgamentos de seus juízes e tribunais [...] a Suprema Corte argentina, nos casos *Simon* (2005) e *Maquileo* (2007), trilhou no sentido de ser obrigatória a adoção dos entendimentos da Corte Interamericana no plano do direito interno daquele país⁶⁴.

Não é possível solicitar uma Opinião Consultiva a partir de um caso concreto, inclusive quando já submetido à jurisdição contenciosa da Corte IDH. De toda forma, a exemplo da Costa Rica, pode o Brasil solicitar à Corte IDH que se manifeste sobre o alcance de determinada norma internacional, e se há ou não congruência entre as normas internas e aquelas sobre as quais se pretende obter a interpretação. Na Opinião Consultiva n. 5, de 13/11/1985, a Costa Rica solicitou à Corte IDH manifestação sobre a compatibilidade de uma lei interna com as disposições dos artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em sua conclusão, a Corte IDH ponderou que a Lei Orgânica do Conselho de Jornalistas da Costa Rica era incompatível com a CADH⁶⁵, o que também ocorreu no Brasil em relação a uma normativa interna que trazia disposição semelhante em relação ao exercício da profissão de jornalista⁶⁶.

Pondera-se que no caso da Costa Rica não se trata de um controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH, pois, como visto, esse controle tem lugar prioritariamente no âmbito interno. Entretanto, é um exemplo que permite concluir pela possibilidade de aferição da convencionalidade sobre a legislação interna, inclusive sobre projetos de leis⁶⁷, o que também pode ser extraído da redação do artigo 64.2 da CADH⁶⁸.

Especialmente a respeito da legitimidade para requerer a manifestação consultiva da Corte IDH, entende-se que somente o Chefe do Poder Executivo Federal pode solicitar diretamente àquela a opinião consultiva de compatibilidade (artigo 64.2 da CADH). Essa conclusão pode ser extraída da Opinião Consultiva n. 4/1984⁶⁹, também solicitada pela Costa Rica. Inicialmente o pedido de emissão de parecer de compatibilidade entre a CADH e a legislação interna daquele país foi realizado pela Assembléia Legislativa, que não está autorizada a atuar em nome do Estado da Costa Rica no plano internacional. Posteriormente o Ministério de Relações Exteriores formalizou a solicitação, permitindo que a Corte IDH tomasse conhecimento sobre o assunto.

Desse modo, pensando no caso do Brasil, o Poder Legislativo, representado pela CCJC, não poderia acionar diretamente a Corte IDH. Contudo, nada impede que a CCJC represente perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos para que esta solicite à Corte IDH a emissão de um parecer de compatibilidade sobre um projeto de lei nacional com as normas de direitos humanos, ou que provoque o Presidente da República para essa solicitação.

Esse controle preventivo, ou seja, antes da aprovação de uma determinada lei no plano interno, nos pa-

⁶⁴ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 347.

⁶⁵ Legale, Siddharta; Causanilhas, Tayara. A opinião consultiva n. 05/85 da corte idh: dimensões e restrições da liberdade de expressão. *NIDH*, Rio de Janeiro, 29 jun. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br>. Acesso em: 4 maio 2021.

⁶⁶ Nesse sentido o RE 511.961, julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

⁶⁷ Em outra oportunidade, no ano de 1991, a Costa Rica voltou a acionar a Corte IDH, submetendo-lhe uma solicitação de opinião consultiva acerca da compatibilidade de um projeto de lei de reforma dos artigos do Código de Procedimentos Penais e de Criação do Tribunal Superior de Cassação Penal em trâmite na Assembleia Legislativa com o artigo 8.2.h da CADH (PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 481).

⁶⁸ Nesse caso, a Corte Interamericana “não controla propriamente a convencionalidade das leis (uma vez que tais parecer consultivos não têm força vinculante perante os Estados-Partes). O que ela faz, neste caso, é aferir a convencionalidade de determinada norma ou ato administrativo interno, tendo como paradigma a Convenção Americana ou outro tratado de direitos humanos, conforme dispõe o art. 64.1. Assim, a essa verificação da compatibilidade das leis internas com os tratados internacionais de direitos humanos, no âmbito da competência consultiva da Corte, deve-se nominar de aferição de convencionalidade, reservando-se à expressão controle de convencionalidade apenas o exercício de compatibilidade das leis domésticas com a Convenção (ou outro tratado de direitos humanos) realizado no âmbito contencioso do mesmo Tribunal” (PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 350).

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva oc-4/84 del 19 de Enero de 1984*. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Costa Rica: Corte IDH, 19 jan. 1984. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

rece mais razoável e racional, pois a edição de normas claramente não convencionais pode gerar prejuízos tanto para os cidadãos, quanto para o Estado-parte.

A incompatibilidade (proposital ou não) das normas de direito interno com as de direito internacional aceitas e reconhecidas pelo Estado, faz nascer em seu desfavor o instituto da responsabilidade internacional. Daí a importância (em termos perspectivos) da disposição do art. 64.2, da Convenção, que permite que qualquer Estado-membro da OEA solicite à Corte, em caso de dúvidas relativas às suas obrigações convencionais, uma opinião consultiva acerca da compatibilidade de qualquer de suas leis com nas referidas normas internacionais de que o Estado é parte⁷⁰.

4 O poder legislativo interno como legitimado para o exercício do controle de convencionalidade

Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones⁷¹.

O trecho na sentença proferida pela Corte IDH no *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, de 24 de novembro de 2006, mostra-nos que o controle de convencionalidade é prioritariamente exercido pelo Poder Judiciário, a quem cabe aferir a compatibilidade entre a legislação interna e os tratados de direitos humanos. Esse controle deve ser realizado independentemente da provocação dos interessados e sempre antes do mérito da ação.

Os demais Poderes — Legislativo e Executivo — são igualmente responsáveis pela observância aos tratados de direitos humanos, devendo exercer o controle de convencionalidade sempre que projetos de leis ou políticas públicas implementados possam interferir nos direitos garantidos, por exemplo, pela Convenção Americana de Direitos Humanos. Assim, toda autoridade pública tem o poder-dever de exercer o controle de convencionalidade.

Dá-se o nome de controle de convencionalidade impróprio àquele exercido por outro órgão que não o Poder Judiciário. Nesse caso, as normativas internacionais funcionam como uma diretriz interpretativa que deve guiar as atividades típicas e atípicas do Poder Executivo, do Poder Legislativo, da Defensoria Pública, do Ministério Público⁷² etc. Há precedente na jurisprudência da própria Corte IDH, estabelecendo que:

[...] quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos

⁷⁰ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 350.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Costa Rica: Corte IDH, 24 nov. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

⁷² Thimotie Aragon Heeman, Promotor de Justiça do Estado do Paraná, defende que “[...] os membros do Ministério Público devem observar os standards protetivos fixados em tratados, convenções e atos normativos internacionais sobre direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro, realizando, caso a caso, e sempre à luz do princípio pro persona, o controle de convencionalidade dos atos normativos domésticos como uma alternativa moderna de solução de litígios [...]” (Heemann, Thimotie Aragon. *O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público*. Escola Superior MPPR, Paraná, 2019. Disponível em: https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2019/Thimotie_Heemann_-_O_exercicio_do_controle_de_convencionalidade.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias ao seu objeto e sim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer *ex officio* um ‘controle de convencionalidade’ entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente⁷³.

Cançado Trindade reforça que a participação de todos os órgãos estatais no controle de convencionalidade expande e fortalece a proteção do ser humano⁷⁴, reafirmando o compromisso do Brasil de prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, CF/88) e propiciando a internacionalização de direitos e a globalização das relações jurídicas, tal como previsto no artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O controle exercício pelo Poder Legislativo pode ocorrer de duas formas: previamente, quando o parlamentar apresenta projeto de lei, o que pode ser feito, como veremos, pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania; em momento posterior à edição da lei, por meio de revogação de norma violadora ou de sua interpretação conforme os direitos humanos. Nesse caso,

[...] os tratados internacionais de direitos humanos nos quais o Estado é parte, os costumes internacionais, os princípios gerais do direito e os atos internacionais unilaterais das organizações internacionais devem ser observados na interpretação das leis e atos normativos internos, sempre em busca da interpretação que materializa a proteção mais ampla para o indivíduo⁷⁵.

Um exemplo prático ilustra o quão importante é o papel do Poder Legislativo no controle de convencionalidade, inclusive no que tange à elaboração de leis que admitam, expressamente, que outros órgãos internos também exerçam esse controle. O Projeto de Lei (PL) do Senado Federal n. 2622/2019, de autoria do Senador Styvenson Valentim (PODEMOS), objetiva alterar o artigo 2º da Lei n. 12.830, de 20 de junho de 2013, para estabelecer a possibilidade de o Delegado de Polícia realizar de controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade no âmbito de suas atribuições. Na justificativa, o autor do Projeto defende que:

[...] a melhor doutrina já defende que esse poder possa ser exercido pela autoridade policial. VALÉRIO MAZZUOLI diz que “tanto a Polícia Federal quanto a Polícia Civil têm o dever de aplicar as garantias previstas nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil no exercício de suas funções, da mesma forma que também devem destinar aos cidadãos (investigados, detidos etc.) todas as garantias estabelecidas pela Constituição Federal⁷⁶.

Atualmente⁷⁷ o PL está aguardando designação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado. Se aprovado, o Delegado de Polícia estará respaldado não somente pela normativa internacional, mas, também, pela legislação doméstica a exercer o controle de convencionalidade, por exemplo, no momento da prisão em flagrante.

⁷³ Trecho da sentença de mérito do caso *Gelman vs. Uruguai*. In: PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 220.

⁷⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (org.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito Brasileiro*. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH-CICV-ACNUR-Comissão da União Européia Co-Edição, 1996. p. 235.

⁷⁵ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 183.

⁷⁶ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n.º 2622, de 2019*. Altera a Lei n.º 12.830, de 20 de junho de 2013, para estabelecer a possibilidade de o delegado de polícia realizar o controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948486&ts=1594034375032&disposition=inline>. Acesso em: 4 maio 2021.

⁷⁷ Última movimentação do PL em 04/05/2021: aguardando designação de Relator (<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136572>).

5 A atuação da comissão de constituição, justiça e cidadania da câmara dos deputados

De acordo com o Regimento Interno da Câmara dos Deputados⁷⁸, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (art. 32, inciso IV) deve atuar nos seguintes campos temáticos:

- a) aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões;
- b) admissibilidade de proposta de emenda à Constituição;
- c) assunto de natureza jurídica ou constitucional que lhe seja submetido, em consulta, pelo Presidente da Câmara, pelo Plenário ou por outra Comissão, ou em razão de recurso previsto neste Regimento;
- d) assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais, à organização do Estado, à organização dos Poderes e às funções essenciais da Justiça;
- e) matérias relativas a direito constitucional, eleitoral, civil, penal, penitenciário, processual, notarial;
- f) Partidos Políticos, mandato e representação política, sistemas eleitorais e eleições;
- g) registros públicos;
- h) desapropriações;
- i) nacionalidade, cidadania, naturalização, regime jurídico dos estrangeiros; emigração e imigração;
- j) intervenção federal;
- l) uso dos símbolos nacionais;
- m) criação de novos Estados e Territórios; incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Estados ou de Territórios;
- n) transferência temporária da sede do Governo;
- o) anistia;
- p) direitos e deveres do mandato; perda de mandato de Deputado, nas hipóteses dos incisos I, II e VI do art. 55 da Constituição Federal; pedidos de licença para incorporação de Deputados às Forças Armadas;
- q) redação do vencido em Plenário e redação final das proposições em geral.

A primeira alínea evidencia a possibilidade do controle legislativo de convencionalidade dos projetos de leis, especialmente diante da necessidade de compatibilidade vertical e material entre a legislação doméstica que se pretende aprovar com os instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil.

Ao avaliar aspectos constitucional, legal e jurídico (alínea *a*), a CCJC não deve se limitar ao ordenamento jurídico interno. A produção legislativa deve ser compatível não somente com o texto constitucional, mas, também, com os tratados internacionais de direitos humanos, quer porque estes tenham *status* de supralegalidade (tese definida pelo Supremo Tribunal Federal), ou porque foram internalizados como normas formalmente constitucionais, equivalente às emendas, na forma do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

O nível hierárquico da normativa internacional não interfere no exercício desse controle, pois a forma como o tratado de direitos humanos foi internalizado no país não diferencia a sua importância para essa

⁷⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Resolução n.º 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>. Acesso em: 29 mar. 2021.

finalidade. O paradigma será uma norma protetiva de direitos humanos que deve se sobrepor às opções produzidas pelo legislador interno que operacionalizem uma menor proteção à pessoa humana.

Esse controle de compatibilidade primário e de natureza prévia deriva não apenas do princípio *pro persona*, mas também da já citada Convenção de Viena, que em seu artigo 27 disciplina que nenhum Estado pode invocar disposições de direito interno para justificar a violação de um tratado internacional. Portanto, a responsabilidade da CCJC transcende o aspecto normativo interno, estendendo-se para a fiscalização da produção normativa que desrespeite os tratados internacionais em vigor.

Mazzuoli reforça o exercício desse controle primário por todos os poderes da Federação, e não apenas pelo Poder Judiciário:

de fato, se todos os tratados de direitos humanos guardam nível de norma constitucional no Brasil, forçoso é reconhecer que tanto o Poder Legislativo quanto o Poder Executivo (e os demais órgãos do Estado, como, *vg.*, o CNJ) devem também respeito para com os tratados de direitos humanos aqui em vigor, a menor que se opere a sua denúncia. Mesmo acatando a jurisprudência atual do STF em matéria de hierarquia de tratados de direitos humanos, segundo a qual tais instrumentos (quando não internalizados pela sistemática do art. 5º, §3º, da Constituição) guardam nível supralegal no país, não sobra alternativa aos poderes Legislativo e Executivo em *também* respeitar o conteúdo desses tratados e pautar os seus atos nos termos dos seus comandos, especialmente no que tange ao processo de formação das leis no Estado brasileiro⁷⁹.

Essa conformidade é pouco observada pela CCJC na Câmara dos Deputados. Apesar de seu papel importante para a construção do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, e para a transformação do direito positivo, a CCJC vem promovendo um verdadeiro retrocesso em termos de proteção dos direitos humanos e da própria democracia. Exemplo recente foi a aprovação do art. 310, §2º, Código de Processo Penal Brasileiro, com o aval da CCJC⁸⁰, que fez ressurgir a prisão preventiva *ex lege* (decorrente da lei) ao proibir a liberdade provisória, com ou sem fiança, para o reincidente, para aquele que integra organização criminosa armada ou milícia, ou para quem porta arma de fogo de uso restrito. Sobre o tema, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já havia decidido que a prisão decorrente de mera abstração legislativa não é cabível, por incompatibilidade com os princípios da presunção de inocência e da fundamentação das decisões judiciais⁸¹.

No início de 2021, em um discurso na Câmara dos Deputados, a atual Presidente da CCJC registrou que respeitará as minorias em seu mandato, porém, sempre fará prevalecer a vontade da maioria. A essa conclusão a Deputada Federal chamou de ‘democracia’⁸².

A palavra *democracia* é constantemente utilizada para definir o “governo da maioria”, como se o Estado devesse atender exclusivamente aos anseios de uma homogeneidade de indivíduos. Esse discurso de exclusão impõe a relativização dos direitos fundamentais, o retrocesso social, a fragilização e a discriminação de grupos vulneráveis, permitindo o que Kelsen denominou de “ditadura da maioria”⁸³.

⁷⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade no Direito brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 185.

⁸⁰ BRASIL. Senado Federal. *Pacote anticrime é aprovado na CCJ e vai a Plenário*. Senado Notícias, Brasília, 10 dez. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/10/pacote-anticrime-e-aprovado-na-ccj-e-vai-a-plenario>. Acesso em: 4 maio 2021.

⁸¹ Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. A (in)constitucionalidade e a (in)convencionalidade da prisão processual exclusivamente em razão da reincidência. *IBCCRIM*, São Paulo, 1 nov. 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/1061>. Acesso em: 4 maio 2021.

⁸² MINORIA terá vez na CCJ, mas vai prevalecer sempre a vontade da maioria’, diz Bia Kicis. *Globo*, Brasília, 10 março. 2021. Disponível em: <https://cbn.globoradio.globo.com/media/audio/334177/minoria-tera-vez-na-ccj-mas-vai-prevalecer-sempre-htm>. Acesso em: 4 maio 2021.

⁸³ “Uma ditadura da maioria sobre a minoria não é possível, a longo prazo, pelo simples fato de que uma minoria, condenada a não exercer absolutamente influência alguma, acabará por renunciar à participação – apenas formal e por isso, para ela, sem valor e até danosa — na formação da vontade geral, privando com isso a maioria — que por definição não é possível sem a minoria — de seu próprio caráter de maioria.” (KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 69-70).

A fala da Presidente da CCJC da Câmara dos Deputados, eleita em março de 2021, demonstra a completa contrariedade com os *standards* de proteção propostos pelos órgãos do sistema interamericano e à essência pluralista da democracia. A ideia de majoritariedade quase sempre vindicada nesse raciocínio é apenas um dos instrumentos do processo democrático. “Uma verdadeira democracia é aquela que consegue respeitar e valorizar a diferença, sem impor os desejos, a crença daqueles que são mais numerosos.”⁸⁴

O Poder Legislativo não pode utilizar o monopólio⁸⁵ das leis para sedimentar a vontade da maioria, descuidando-se da garantia do direito de existência digna das minorias e potencializando realidades opressivas de discriminação, de arbítrio, de ódio e de intolerância. Acreditar que a democracia é uma forma de governo de expressão meramente numérica é tornar morta a letra da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente o seu artigo 1º.

O compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro autolimita a sua própria soberania em razão de um interesse maior (internacional, supraestatal)⁸⁶. Isso quer dizer que o Poder Público (em sentido amplo) deve reprimir e, acima de tudo, prevenir qualquer espécie de violação a direitos humanos, inclusive quando praticada pela maioria.

A vontade da maioria, em determinados momentos, se cumprida, pode aniquilar minorias e pode desestruturar um Estado de Direito Democrático, Social e Pluralista. É possível que, no momento, tenhamos uma imensa maioria de cristãos em nosso país, mas a laicidade é uma garantia constitucional que não pode ser suprimida. É possível que a maioria imensa da população seja favorável à adoção da pena de morte para quaisquer crimes, mas tal mudança constitucional feriria cláusula pétrea. Em resumo, as cláusulas pétreas não ferem a democracia. No dia em que a população não mais suportar as amarras impostas pelo constituinte originário, poderá mudar a Constituição, fazer uma nova. Enquanto quiser manter a Constituição vigorando, tem de se limitar às cláusulas por ela impostas⁸⁷.

A Constituição Federal de 1988 corrobora a ideia de prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II), indicando não apenas a necessidade de engajamento do país no processo de elaboração das normas vinculadas ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas, também, a busca pela plena integração de normas protetivas na ordem jurídica interna⁸⁸. Então, é plenamente válido afirmar que “democracia” e “direitos humanos” não são expressões antagônicas; ao contrário, são movimentos que “[...] se fortalecem mutuamente e que, em última análise, não pode um existir sem o outro [...]”⁸⁹.

Essas são as breves razões que militam em favor do exercício do controle de convencionalidade pelo Poder Legislativo. Embora relevantes, são ignoradas especialmente por parlamentares dedicados ao conservadorismo e ao nacionalismo antipatriótico. Nesse ponto, antes de abordar alguns dos projetos de leis que claramente afrontam os direitos humanos e a interpretação conferida pela jurisprudência internacional, é preciso esclarecer que patriotismo não se confunde com nacionalismo, porque no primeiro não se busca atingir a homogeneidade, mas, acima de tudo, respeitar e concretizar os direitos dos grupos vulnerabilizados. Portanto, mais razoável é a ideia de patriotismo constitucional, estreada pelo historiador Dolf Sternberger e sintetizada por Vinicius Silva Bonfim. Segundo esse autor, o patriotismo constitucional é “[...] uma maneira de legitimar a democracia a partir de uma consciência histórica que possibilita conflitos de interpretação sem que haja a exclusão de qualquer cidadão [...]”⁹⁰. Nesse contexto, o propósito da democracia é justamente o

⁸⁴ MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 1008.

⁸⁵ Embora a democracia participativa exista formalmente, inclusive com a possibilidade de apresentação de projetos de leis pela população (mecanismo de participação direta), o seu exercício ainda precisa ser potencializado. Após 30 anos de redemocratização, somente três iniciativas populares a nível federal/nacional tramitaram no Congresso Nacional.

⁸⁶ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 14.

⁸⁷ MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 310.

⁸⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 93.

⁸⁹ Trecho da apresentação do livro da Professora Flávia Piovesan editada por Antônio Augusto Cançado Trindade (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 61).

⁹⁰ BONFIM, Vinicius Silva. O Patriotismo Constitucional na Efetividade da Constituição. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 50, p.

de se afastar do nacionalismo excludente, opressor e violador dos direitos das minorias.

Para a realização da democracia nessa dimensão mais profunda, impõe-se ao Estado não apenas o respeito aos direitos individuais, mas igualmente a promoção de outros direitos fundamentais, de conteúdo social, necessários ao estabelecimento de patamares mínimos de igualdade material, sem a qual não existe vida digna nem é possível o desfrute efetivo da liberdade⁹¹.

Sobre o aspecto das funções da CCJC, a alínea “d” do artigo 32, inciso IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, estabelece que a referida Comissão deve opinar sobre assuntos atinentes aos direitos e garantias fundamentais. Ainda que se cogite diferenciação terminológica entre “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, o fato é que a expressão “direitos humanos” acentua a essencialidade de tais direitos para uma vida digna, significando, portanto, os direitos atribuídos a todos os indivíduos, sem qualquer distinção⁹².

André de Carvalho Ramos ensina que essa união de termos perde a importância, especialmente quando se nota, atualmente, “[...] um processo de aproximação e mútua relação entre o Direito Internacional e o Direito interno na temática dos direitos humanos [...]”⁹³. Portanto, é incoerente qualquer discurso que tente afastar o controle de convencionalidade pela CCJC, à luz da jurisprudência e dos tratados internacionais, em razão da ausência de expressa previsão sobre a competência para emissão de pareceres a respeito da convencionalidade dos projetos de leis. Muitos direitos fundamentais, de matriz constitucional, coincidem com os direitos humanos dispostos, por exemplo, na Convenção Americana de Direitos Humanos. O direito à vida, à integridade pessoal, à igualdade perante a lei, à liberdade de pensamento e de expressão, o direito à propriedade e ao nome, são apenas alguns exemplos do que podemos chamar de “direitos humanos fundamentais”⁹⁴ e que servem de norte para a aferição de convencionalidade.

6 Projetos de leis manifestamente inconventionais

Estando o Poder Legislativo sujeito ao controle de convencionalidade, não há como este ser exercido sem que os parlamentares estejam atentos à jurisprudência internacional. Como vimos, as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda que proferidas em casos que não envolvam o Brasil, assim como as suas opiniões consultivas e a sua interpretação sobre os tratados de direitos humanos, além das orientações e decisões da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, devem ser observadas por todas as autoridades dos países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, incluindo os representantes do Poder Legislativo de cada Estado-membro. Os operadores da justiça nacional devem suprir lacunas, deficiências e incompatibilidades das normas internas em matéria de direitos humanos, “[...] guiando-se pela coordenação e complementação *pro homine*, com o intuito de alcançar uma verdadeira articulação e integração entre o direito interno e internacional dos direitos humanos [...]”⁹⁵.

Embora esse seja um diálogo esperado, os critérios interpretativos dos organismos internacionais por vezes não estão sendo ponderados pelo Poder Legislativo. Projetos de leis claramente não convencionais são cada vez mais corriqueiros, e intensificam-se com a polarização vivenciada nos últimos anos na política nacional, que além de impossibilitar um exercício de cooperação social para o fortalecimento dos direitos humanos, dá margem ao recrudescimento do perfil conservador e dominador de alguns grupos despreocupados com a construção de uma sociedade mais livre, justa e igualitária.

11-17, jul./set.2010. p. 14.

⁹¹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 63.

⁹² RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 55.

⁹³ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 55.

⁹⁴ Expressão adotada pelo Professor André de Carvalho Ramos, na obra já citada.

⁹⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. *Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 92-93.

Este trabalho se restringe às possíveis alterações legislativas que evocam a soberania, o clamor popular, a impunidade e tantos outros discursos fabricados por aqueles que não toleram a diferença, para silenciar, invisibilizar e estigmatizar os que veem nos direitos humanos a derradeira esperança contra o obscurantismo.

Esclarecemos que a pesquisa sobre os projetos de lei ordinária se restringiu àqueles que ainda estão em tramitação e que foram propostos nos anos 2019 e 2020⁹⁶ por Deputados Federais⁹⁷. Além do aspecto temporal, limitamos a pesquisa a partir da busca por determinadas expressões, como "gênero", "prisão" e "família". Mesmo com a restrição ao campo de pesquisa, foram analisados 372 projetos de leis propostos pelos mais diversos parlamentares, sem qualquer restrição a determinado partido político. Apesar dessa amplitude, será possível notar que os parlamentares vinculados a partidos qualificados como "conservadores" são os principais proponentes de projetos de leis contrários aos parâmetros da CIDH e da Corte IDH.

A maioria dos projetos ainda não foi avaliada pela CCJC. Eles estão inseridos nesse contexto para demonstrar a imprescindibilidade de rejeição pela referida Comissão. Mesmo que a sua atual formação indique, em tese, um retrocesso em tema de direitos humanos, é preciso ir além do aspecto ideológico. A responsabilização do Estado brasileiro poderá ser evitada a partir do momento em que todos os poderes da Federação reconheçam o caráter vinculante dos tratados, especialmente de direitos humanos e respeitem a interpretação autêntica conferida pelos órgãos do sistema interamericano.

6.1 Proibições e retrocessos no debate sobre gênero

Ainda é socialmente comum a confusão entre as expressões "sexo" e "gênero" e seus respectivos significados. Às vezes, os termos são utilizados como se fossem sinônimos, embora tenham conotações completamente distintas, ou mal empregados para justificar um posicionamento intolerante contra minorias sexuais.

Carmen Sáez leciona que o sexo está ligado a um aspecto biológico, enquanto o gênero se dota de um conteúdo social⁹⁸. A expressão "sexo" apresenta-se a partir de aspectos exteriores e disposições anatômicas que diferenciam homens e mulheres. Gênero refere-se às relações baseadas na identidade, em condições, funções e nas responsabilidades segundo têm sido construídas e definidas pela sociedade e pela cultura⁹⁹.

Especialmente no Brasil, a expressão "ideologia de gênero" passou a ser utilizada com maior frequência nos últimos anos, a pretexto de defender a integridade da família tradicional, caracterizada essencialmente pelo patriarcalismo e pela heteronormatividade. A fórmula é completamente inadequada para o que se propõe, especialmente se pensarmos no gênero como uma construção social, e não como um conceito impositivo.

Do ponto de vista sociológico, ideologia de gênero refere-se aos

[...] processos de naturalização das relações de gênero, a subordinação das mulheres, a assimetria de poder e de acesso aos recursos por parte das mulheres em relação aos homens. De acordo com tal entendimento, são manifestações de ideologias de gênero o machismo, o sexismo, a misoginia, a homofobia^{100,101}.

Cuida-se, portanto, de um conceito sociologicamente contrário à definição adotada por muitos parla-

⁹⁶ De 01/01/2019 a 31/12/2020.

⁹⁷ Pesquisa extraída da seguinte ferramenta de busca: <https://www.camara.leg.br/buscaProposicoesWeb/pesquisaAvancada>.

⁹⁸ VENTURA, Carmen Sáez Buena. Violencia y proceso de socialización genérico: enajenación y transgresión, dos alternativas extremas para las mujeres, 1990. In: COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *Gênero no Direito Internacional*. Belém: Paka-Tatu, 2014. p. 93.

⁹⁹ COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *Gênero no Direito Internacional*. Belém: Paka-Tatu, 2014. p. 95.

¹⁰⁰ JUNQUEIRA, Rogério Diniz. "Ideologia de gênero": um dispositivo retórico de uma ofensiva antifeminista. In: Dias, Alfrancio Ferreira; Santos, Elza Ferreira; Cruz, Maria Helena Santana (org.). *Gênero e sexualidades: entre invenções e desarticulações*. Aracaju: Editora IFS, 2017. p. 47-61.

¹⁰¹ A partir desse conceito temos que o feminismo é uma contraideologia de gênero, porque busca fomentar a igualdade, afastando-se a ideia de dominação masculina em todos os segmentos.

mentares brasileiros que buscam criar mecanismos na legislação para proibir o diálogo e a superação das diversidades de gênero, ao argumento de que o debate sobre esse tema fomenta o desprezo de crenças tradicionais familiares e induz, especialmente crianças e adolescentes, a expressarem-se fora do marco da heterossexualidade.

Por adotar caráter de uma simbólica reducionista, a expressão “ideologia de gênero” pode operar como elemento de articulação de cadeias discursivas que aglutinam diversas demandas políticas e propiciar a adesão em seu redor de atores distintos, facilitar instrumentalizações e revestir as narrativas de aparente coerência. Isso contribui para que grupos leigos, políticos e de gestores públicos, entre outros, somem-se à defesa da ordem sexual e da “família natural” e ajam orientados, aparentemente, por nortes legais, técnicos e a favor do interesse público¹⁰².

Não desconhecemos que existem progressos nesse campo de discussão, como o reconhecimento do direito subjetivo à alteração do nome civil independentemente de cirurgia de procedimento de redesignação¹⁰³ e, recentemente, a eleição da primeira transexual como vereadora do Município de Belo Horizonte¹⁰⁴. No ordenamento jurídico doméstico, a Lei Maria da Penha, em capítulo sobre as medidas de prevenção (artigo 8º, II), exige a articulação de todos os entes da Federação para a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia. Mais recentemente o projeto de lei 349-B/2015, que tipifica a violência política de gênero, foi aprovado e sancionado, transformando-se na Lei n. 14.192, de 04 de agosto de 2021.

Contudo, esses avanços são quase sempre acompanhados de reações e discursos que legitimam um posicionamento hegemônico de vivência da sexualidade baseada exclusivamente na lógica reprodutiva. Essa onda conservadora visa, na verdade,

[...] recuperar o espaço das igrejas em sociedades que passam por processos de secularização; conter o avanço de políticas de garantia ou ampliação dos direitos humanos de mulheres, pessoas não-heterossexuais e outros dissidentes da ordem sexual e de gênero; (re)naturalizar as concepções de família, maternidade, parentesco, (hetero)sexualidade e diferença sexual, buscando restaurar a tradicional ordem de sexo (a heteronormatividade) e gênero (a dominação masculina)¹⁰⁵.

A igualdade de gênero, além de ser reconhecidamente um direito humano fundamental, é base necessária para a construção de um mundo pacífico, próspero e sustentável. Justamente por isso, um dos pontos abordados pela Organização das Nações Unidas na Agenda 3030 é o combate às discriminações e violências baseadas no gênero¹⁰⁶.

No âmbito do sistema interamericano, a Corte IDH já teve diversas oportunidades de abordar as questões de gênero a partir da conexão com o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por exemplo, o *Caso Atala Riffo* destaca-se como o primeiro precedente da Corte sobre a proteção à diversidade sexual. Resumidamente a demanda tinha como foco a negativa por parte do Poder Judiciário chileno do direito à guarda de três meninas à mãe em razão de sua orientação sexual¹⁰⁷. Argumentou-se que:

¹⁰² ALMEIDA, Tânia Mara C.; CREMONA, Florência Maria. “Ideologia de gênero”, comunicação e educação no Brasil e na Argentina. In: Kátia Belisário; Dione Moura; Liziane Guazina. (org). *Gênero em Pauta: Desconstruindo Violências, Construindo Novos Caminhos*. Curitiba: Appris, 2019. p. 29-38.

¹⁰³ STF RE 670.422, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 15/08/2018; ADI 4275, Rel. Min. Edson Fachin, j. 01/03/2018.

¹⁰⁴ Duda Salabert se tornou a pessoa mais votada da história das eleições municipais da capital mineira. Segundo a vereadora, dificilmente alguém quebrará esse *record* de votos. “Essa é a minha estratégia de incomodar, de lutar e de mudar a realidade estabelecida” (D’AVILA, Manuela (org). *Sempre foi sobre nós*. Porto Alegre: Instituto E se fosse você, 2021. p. 74).

¹⁰⁵ Carvalho Maria Eulina P. *GÊNERO: O que é e o que não é ideologia*. UFPB, Pernambuco, [201?]. Disponível em: <https://www.ufpb.br/escolasplurais/contents/noticias/didaticos/o-que-e-o-que-nao-e-ideologia-de-genero/Gnerooqueoquenoideologia4.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁰⁶ AGENDA 2030. *A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Agenda 2030, [s. l], [201?]. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20é%20um,dentro%20dos%20limites%20do%20planeta>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*. Costa Rica: Corte IDH, 24 fev. 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

[...] a guarda da mãe colocava em risco o desenvolvimento físico e emocional das crianças, uma vez que esta não estava capacitada a cuidar das crianças, pois sua nova opção sexual e convivência lésbica estavam influenciando negativamente o desenvolvimento das menores, pelo qual a mãe não procurava zelar. O senhor López [ex-marido e pai das crianças] também apontou que, ao atribuir normalidade a casais do mesmo sexo no plano jurídico, acarretava-se uma desnaturalização do sentido do casal humano, homem-mulher, alterando, assim, o sentido natural da família, pois afetava seus valores fundamentais como núcleo central da sociedade. Não obstante, o pai também argumentou que viver com o casal lésbico traria riscos biológicos para as crianças, no sentido de estarem mais expostas a doenças como AIDS e herpes¹⁰⁸.

A Corte IDH considerou que a orientação sexual dos pais não é fator capaz de influenciar na decisão de concessão da guarda, e que o interesse superior da criança, princípio reconhecido pelo sistema interamericano, não pode ser adotado para amparar discriminações baseadas em estereótipos de gênero.

No mesmo julgamento, a Corte IDH destacou que a Assembleia Geral da OEA também já aprovou diversas resoluções para orientar os Estados a adotarem medidas para prevenir, punir e erradicar a discriminação de gênero¹⁰⁹. Nesse contexto, vislumbra-se que há uma verdadeira súplica à promoção da tolerância e da diversidade sexual em contraposição à implementação de políticas discriminatórias e à difusão de discursos de ódio.

Em outra oportunidade, a Corte IDH fixou tese segundo a qual nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno pode diminuir ou restringir os direitos de uma pessoa por sua orientação sexual. No julgamento do *Caso Duque vs Colômbia*¹¹⁰, definiu-se que a pensão por morte não pode ser suprimida na hipótese de a pessoa falecida ter convivido em uma relação não heterossexual. Trata-se, segundo a Corte IDH, de uma violação dos direitos à igualdade e à não discriminação, protegidos pelos artigos 1.1 e 24 da CADH.

Em 2016, a Corte IDH também reforçou que discriminação decorrente da orientação sexual não é fator legitimador da seleção para membro das Forças Armadas¹¹¹, e que todos os Estados devem implementar de forma contínua e razoável programas de formação e educação dos membros dessa Instituição em prol do respeito aos direitos humanos.

No âmbito das Opiniões Consultivas, na OC 24, de 24/11/2017¹¹², a Corte IDH reconheceu os mesmos direitos dos casais heterossexuais aos casais homoafetivos, como o matrimônio e a proteção familiar, além de admitir a alteração do nome civil e utilização do nome social conforme a identidade de gênero percebida. Esse entendimento foi complementado no relatório de admissibilidade do *Caso Luíza Melinbo vs Brasil*, em que a Corte IDH se orientou no sentido de afirmar que a pessoa que opta por realizar cirurgia de afirmação sexual deve contar com o apoio do sistema público de saúde¹¹³, robustecendo a proteção do direito à identidade como corolário da dignidade humana.

Na contramão da proteção enfocada pela Corte IDH, para quem os Estados devem empreender esforços para erradicar a violência de gênero, há, pelo menos, quatro projetos de leis que buscam impedir, proibir

¹⁰⁸ LEGALE, Siddharta; SOPRANI, Nathalia; AMORIM, Pedro e. O Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile da Corte Idh (2012): a obrigação Estatal de desarticular preconceitos. *NIDH*, Rio de Janeiro, 8 mar. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br/atalariffo/>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁰⁹ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 226.

¹¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Duque Vs. Colômbia*. Costa Rica: Corte IDH, 26 fev. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte-idh/SentencaDuqueVsColombia.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Costa Rica: Corte IDH, 31 ago. 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

¹¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-24/17*. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo [...]. Costa Rica: Corte IDH, 24 nov. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

¹¹³ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 556.

e criminalizar, qualquer prática curricular em escolas públicas e privadas que fomente a educação sobre a igualdade de gênero e, conseqüentemente, o respeito e a tolerância às diferenças.

No discurso parlamentar, o gênero aparece sempre como uma linha de pensamento a ser combatida, em prol de uma única forma de pensamento e de existência humana.

Desse modo, evita-se repensar as representações violentas e opressivas, transformando o tema em um problema específico de grupos minoritários, res-sentidos e problemáticos mulheres fora das normas, masculinidades dissidentes, lésbicas, gays, transexuais, enfim, todos que fogem aos estereótipos heterossexistas da mulher mãe submissa e do homem empreendedor, dominador, provedor e autônomo. Paralelamente, ideologia tem sido apresentada ao senso comum enquanto uma perspectiva fantasiosa e dogmática da realidade, ideias que tomariam conta do pensamento das pessoas de maneira perniciosa e destrutiva do âmago de suas humanidades¹¹⁴.

O Projeto de Lei n° 258/2019, de autoria do Pastor Eurico (PATRIOTA), pretende tornar defesa a inserção de questões relativas à ideologia de gênero no âmbito escolar¹¹⁵. O PL está pensado a outra proposição, do ano de 2014 (PL n° 7180/2014), cuja finalidade é a mesma.¹¹⁶ Ambos são exemplos claros da tentativa de influenciar o imaginário social a partir da disseminação de ideias completamente deturpadas sobre as questões de gênero.

De autoria do Pastor Sargento Isidório (AVANTE), o PL n° 1239/2019 também visa proibir a aplicação de recursos públicos, bem como o uso das estruturas e instituições da administração pública direta ou indireta, das fundações, autarquias e empresas públicas e privadas prestadoras de serviços do governo federal, estadual, distrital e municipal e outros, nas ações de difusão, incentivo e valorização da ideologia de gênero. A justificativa, completamente desprovida de base empírica, não diferencia as expressões “sexo” e “gênero” e ainda fomenta a estigmatização e a intolerância em relação às minorias sexuais. É desanimadora do ponto de vista dos direitos humanos:

Ideologia de Gênero é uma abstração filosófica da norte-americana Judith Butler que absurdamente quer ganhar força pregando e tentando enganar a sociedade com a mentira que ninguém nasce homem ou mulher, mas que cada indivíduo deve construir sua própria identidade, ao longo da vida. “Homem” e “mulher”, portanto, seriam apenas papéis sociais flexíveis, que cada um(a) representaria como e quando quisesse. Todavia, a já citada ideologia nem de tese pode ser chamada, pois não se baseia em nenhum experimento humano comprovável ou ainda de nenhuma área de estudo confiável. Não por acaso uma das associações médicas de pediatria mais influentes dos Estados Unidos publicou uma dura nota técnica contra a ideologia de gênero. A declaração do American College of Pediatricians alerta educadores e parlamentares para que rejeitem qualquer medida que condicione as crianças a aceitarem como normal “uma vida que personifique química e cirurgicamente o sexo oposto”. O que seria uma verdadeira imposição degenerativa que desajusta as personalidades por conta da promiscuidade às nossas crianças, com a intenção de adoecê-las psiquiatricamente, criando um flagelo social e moral para nossas famílias. A ideologia de gênero, portanto, nega o caráter natural e Divino da criação humana que conforme renomadas instituições de pediatria afirmam desde a ultrassonografia já é identificado no feto o seu sexo: como menina ou menino — Homem ou Mulher. Dito de outra forma: cada vez mais grupos restritos querem tornar público assuntos que são de caráter privado. Levar demandas do quarto para a sala e querem usar como metodologia para tais absurdos a nefasta IDEOLOGIA DE GÊNERO. Além do que já citamos, não podemos perder de vista o aspecto natural e biológico do ser humano, que independente de teoria, sofismas ou ideias estapafúrdias jamais se dará de outra forma se não pela

¹¹⁴ ALMEIDA, Tânia Mara C.; CREMONA, Florência Maria. “Ideologia de gênero”, comunicação e educação no Brasil e na Argentina. In: Kátia Belisário; Dione Moura; Liziane Guazina. (Org). *Gênero em Pauta: Desconstruindo Violências, Construindo Novos Caminhos*. Curitiba: Appris, 2019, p. 29-38.

¹¹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 258/2019*. Dispõe sobre o direito dos alunos de aprender sem ideologia político-partidária; sobre a conduta dos professores na transmissão dos conteúdos [...]. Brasília: Câmara dos Deputados, 4 fev. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2190772>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹¹⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 7180/2014*. Altera o art. 3º da Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília: Câmara dos Deputados, 24 fev. 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606722>. Acesso em: 4 maio 2021.

reprodução sexuada. Ou seja, seres humanos não podem ser gerados sem o devido acasalamento de seus pais (Macho e Fêmea). Uma verdade universal que nenhuma tese ou surrealismo humano poderá modificar¹¹⁷.

Atrair o gênero à promiscuidade a partir das ideias de Judith Butler é absurdo. A autora não reduz o gênero a uma forma de escolha variável, desvinculada das possibilidades culturais. Segundo Butler:

os limites da análise discursiva do gênero pressupõem e definem por antecipação as possibilidades das configurações imagináveis e realizáveis do gênero na cultura. Isso não quer dizer que toda e qualquer possibilidade de gênero seja facultada, mas que as fronteiras analíticas sugerem os limites de uma experiência discursiva condicionada. Tais limites se estabelecem sempre nos termos de um discurso cultural hegemônico, baseado em estruturas binárias que se apresentam como a linguagem da racionalidade universal¹¹⁸.

Portanto, não se trata de impor uma orientação ou de padronizar, como já é de praxe, alguns comportamentos com base no que se considera moralmente aceitável pela maioria. O sujeito não é uno, assim como não deve ser a sua representação. A hegemonia, longe de caracterizar equilíbrio e tolerância, projeta estratégias opressoras e desconscientiza a população sobre o respeito à liberdade e à dignidade do ser humano.

Na verdade, os referidos projetos tentam eternizar o controle da sexualidade pela família, com a proibição de problematizar as questões de gênero fora do âmbito doméstico, assegurando, assim, a perpetuação dos papéis sociais e das relações de poder presentes na sociedade. A abominação das diferenças, com a adoção de estratégias de demonização, fortalece ainda mais o fundamentalismo religioso e violência contra esses grupos vulnerabilizados, afastando a tolerância do campo educacional.

De acordo com Tânia Mara e Florência Maria Cremona, é na esfera da educação onde são esperadas medidas de orientação, mudança de mentalidades e prevenção à violência. Assim, a escola deveria ser exatamente “o lugar onde a discussão sobre gênero pode fazer a diferença para novas compreensões e atuações, barrando a reprodução dos preconceitos e das opressões para a constituição de uma sociedade mais igualitária, inclusiva e menos violenta.”¹¹⁹

O silenciamento de grupos feminizados, a partir de uma pedagogia acrítica, não somente deixa de garantir a liberdade de pensamento e de emancipação do sujeito, como também estimula ações opressivas esses grupos.

Esses projetos de leis também demonstram uma forte reação legislativa aos precedentes do Supremo Tribunal Federal que ampliaram os campos de proteção jurídica ao ser humano, sem qualquer espécie de diferenciação. Nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 460/PR, 461/PR e 467/MG, por exemplo, a Corte Constitucional decidiu que as tentativas do legislador de excluir do ensino qualquer referência à diversidade de gênero e à orientação sexual afrontam os princípios e os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil relativos ao pluralismo político e à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sem quaisquer preconceitos. Além disso, violam o direito à liberdade de ensino, o pluralismo de ideais e de concepções pedagógicas e o fomento à liberdade e à tolerância, esterilizando a participação social decorrente dos ensinamentos plurais adquiridos em âmbito escolar.

A partir da interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal, nota-se que a CCJC nem precisaria ir

¹¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 1239/2019*. Proíbe a aplicação de recursos públicos, bem como o uso das estruturas e instituições da Administração Pública Direta ou Indireta, das Fundações, Autarquias e Empresas Públicas e Privadas prestadoras de serviços do Governo Federal, Estadual, Distrital e Municipal e outros, nas ações de difusão, incentivo e valorização da IDEOLOGIA DE GÊNERO. Brasília: Câmara dos Deputados, 27 fev. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1715654&filename=PL+1239/2019. Acesso em: 4 maio 2021.

¹¹⁸ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Livro digital.

¹¹⁹ ALMEIDA, Tânia Mara C.; CREMONA, Florência Maria. “Ideologia de gênero”, comunicação e educação no Brasil e na Argentina. In: Kátia Belisário; Dione Moura; Liziane Guazina. (Org.). *Gênero em Pauta: Desconstruindo Violências, Construindo Novos Caminhos*. Curitiba: Appris, 2019, p. 29-38.

tão longe para reconhecer a inconstitucionalidade e inconveniência desses projetos de leis. No entanto, como são cada vez mais comuns as reações do legislador ao papel contramajoritário do Poder Judiciário, é difícil imaginar que a CCJC vá se insurgir contra essas propostas.

Há também um projeto de lei ordinária que pretende criminalizar a educação sobre gênero no contexto escolar. Além de utilizar o Direito Penal como *prima ratio*, o projeto expõe o lado mais perverso e hostil do legislador, em frontal desrespeito aos direitos das minorias. O PL nº 4893/2020, de autoria do deputado Léo Motta (PSL), tipifica como crime a conduta de quem, nas dependências das instituições da rede municipal, estadual e federal de ensino, adote, divulgue, realize ou organize política de ensino, currículo escolar, disciplina obrigatória, complementar ou facultativa, ou ainda atividades culturais que tenham como conteúdo a ideologia de gênero¹²⁰, abrindo uma perigosa margem para a imposição de uma censura institucionalizada.

Silenciar os grupos e as iniciativas voltadas para as discussões sobre gênero, criminalizar a tentativa de educação de crianças e adolescentes e a prática de atos de tolerância e de respeito à diversidade é algo extremamente perigoso para a democracia, pois, ao fim e ao cabo, servirá para legitimar os atos de violência contra aqueles que não se enquadram no padrão hétero-cisgênero.

Para finalizar esse tópico, há de se mencionar outros projetos de leis que contrariam a diferenciação entre gênero e sexo, impondo uma visão sectária e homogênea do comportamento humano. Para essas propostas, as perspectivas de gênero devem desaparecer, prevalecendo-se para definição do indivíduo os critérios natural e biológico, exclusivamente. Exemplificando:

PL 2578/2020

Art. 1º. O gênero de um indivíduo é baseado no sexo biológico ao nascer e nas características sexuais primárias e cromossômicas.

Parágrafo Único. Entendem-se como características sexuais primárias e cromossômicas aquelas que o indivíduo possui no momento de seu nascimento¹²¹.

Essas normas¹²², ainda não aprovadas, podem (ou melhor, devem) ser rechaçadas pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, especialmente se ponderadas à luz da jurisprudência internacional dos direitos humanos. Agindo assim, certamente a CCJC contribuiria para a concretização do que Bell Hooks descreveu na obra “O Feminismo é pra todo mundo”:

Imagine viver em um mundo onde não há dominação, em que mulheres e homens não são parecidos nem mesmo sempre iguais, mas em que a noção de mutualidade é o *ethos* que determina nossa interação. Imagine viver em um mundo onde todos nós podemos ser quem somos. Um mundo de paz e possibilidades¹²³.

¹²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 4893/2020*. Tipifica como crime a conduta de quem, nas dependências das instituições da rede municipal, estadual e federal de ensino, adote, divulgue, realize, ou organize política de ensino, currículo escolar, disciplina obrigatório, complementar ou facultativa, ou ainda atividades culturais que tenham como conteúdo a ideologia de gênero. Brasília: Câmara dos Deputados, 13 out. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264281>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 2578/2020*. Determina que tanto o sexo biológico como as características sexuais primárias e cromossômicas definem o gênero do indivíduo no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 12 abr. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1892753&filename=PL+2578/2020. Acesso em: 4 maio 2021.

¹²² Propostas que querem proibir a utilização do gênero neutro são também recorrentes. Em alguns casos há, inclusive, a vedação de utilização de dialeto não-binário em documentos oficiais dos entes federados (<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2265570>). Felizmente, o Poder Judiciário está atento às mudanças sociais e aos direitos humanos, já tendo admitido a alteração de assento de nascimento para constar, no lugar do “sexo”, a declaração “pessoa de gênero neutro”. A juíza de Direito Vania Petermann, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a quem deve ser rendida todas as homenagens, discursou em uma sentença proferida no início de abril de 2021 sobre essa possibilidade, trazendo aspectos legais (do Direito interno e do Direito Internacional), históricos, sociológicos e psicológicos para sustentar a procedência da ação (ORTEGA, Pepita. Juíza de SC dá direito a pessoa declarar gênero neutro em certidão de nascimento. *CNN Brasil*, São Paulo, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/04/12/juiza-de-sc-da-direito-a-pessoa-declarar-genero-neutro-em-certidao-de-nascimento>. Acesso em: 4 maio 2021).

¹²³ HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo*: políticas arrebatadoras. 1. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018. Livro digital.

6.2 Família e heteronormatividade

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132, de relatoria do Ministro Ayres Britto, admitiu interpretação conforme à Constituição Federal ao artigo 1.723 do Código Civil de 2002, para excluir do dispositivo qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família¹²⁴. Igualmente, no Recurso Extraordinário n. 477554¹²⁵, o mesmo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, reconheceu:

[...] assistir, a qualquer pessoa, o direito fundamental à orientação sexual, havendo proclamado, por isso mesmo, a plena legitimidade ético-jurídica da união homoafetiva como entidade familiar, atribuindo-lhe, em consequência, verdadeiro estatuto de cidadania, em ordem a permitir que se extraiam, em favor de parceiros homossexuais, relevantes consequências no plano do Direito, notadamente no campo previdenciário, e, também, na esfera das relações sociais e familiares. – A extensão, às uniões homoafetivas, do mesmo regime jurídico aplicável à união estável entre pessoas de gênero distinto justifica-se e legitima-se pela direta incidência, dentre outros, dos princípios constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade, da segurança jurídica e do postulado constitucional implícito que consagra o direito à busca da felicidade, os quais configuram, numa estrita dimensão que privilegia o sentido de inclusão decorrente da própria Constituição da República (art. 1º, III, e art. 3º, IV), fundamentos autônomos e suficientes aptos a conferir suporte legitimador à qualificação das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo como espécie do gênero entidade familiar.

Muito semelhante ao que se expôs sobre gênero, a Corte IDH, baseada no direito à não discriminação (artigo 1.1, CADH), já repeliu a utilização de um conceito fechado, colonial e tradicional de família. No já mencionado *Caso Atala Riffó*, a Corte IDH ressaltou que o conceito de vida familiar não está reduzido unicamente ao matrimônio¹²⁶, razão pela qual a família heterossexual não é a única forma de estruturação de afeto.

Contrariando essas perspectivas, elencam-se inúmeros projetos de leis (por exemplo: n. 4.590/2019, n. 4.824/2019, n. 4.965/2019, n. 5.162/2019, n. 5.486/2019) que possuem como objetivo comum definir a entidade familiar a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou de união estável, com ou sem filhos. Além da exclusão de outras formas de afeto (relações homoafetivas, por exemplo), os projetos desconsideram a necessidade de proteção, por exemplo, da família anaparental — formada por irmãos — e unipessoal, podendo, se aprovados, gerar reflexos extremamente negativos no campo do Direito Civil. Por exemplo, ao reconhecer como ‘família’ apenas a união entre homem e mulher, formada pelo casamento ou pela união estável, os projetos podem afastar a amplitude da proteção conferida pela jurisprudência nacional ao bem de família¹²⁷. Sem falar nos aspectos não-patrimoniais, como a guarda e a adoção. Embora seja reconhecida a possibilidade de que casais homoafetivos¹²⁸ e até mesmo avós¹²⁹ ou irmãos¹³⁰ exercem a guarda ou mesmo concretizem uma adoção, a restrição ao conceito de ‘família’ pode, ainda que indiretamente, impactar nessas questões, produzindo efeitos nocivos para diversos grupos e não somente para aqueles que os projetos claramente pretendem atingir.

O ápice da representação da heteronormatividade vem com a proposta legislativa de celebração do Mês

¹²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *ADI 4277/DF - Distrito Federal*. Requerente: Procurador-Geral da República. Intdo.: Presidente da República [...]. Relator: Min. Ayres Britto. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Recurso Extraordinário. *RE 477554 AgR/MG - Minas Gerais*. Agravante: Carmem Mello de Aquino Netta. Agravado: Edson Vander de Souza [...]. Relator: Celso de Mello. Brasília, 26 ago. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹²⁶ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 224.

¹²⁷ Como exemplo, o enunciado da Súmula 364 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”.

¹²⁸ STJ, REsp 1.281.093/SP, 3ª Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 18/02/2012.

¹²⁹ STJ, REsp 1587477 / SC 4ª Turma, Relator Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 10/03/2020.

¹³⁰ STJ, REsp 1217415/RS, 3ª Turma, Relatora Min. Nancy Andrighi, julgado em 19/06/2012.

da Família Brasileira¹³¹. Para aqueles que questionam a relação com o Dia Internacional da Família, estabelecido pela Organização das Nações Unidas (ONU) e comemorado todo dia 15 de maio, devemos ter em mente que, no caso da ONU, o objetivo não é criar uma data comemorativa para a entidade familiar tradicionalmente reconhecida como a relação entre homem e mulher. O objetivo da ONU é:

[...] reforçar a mensagem de união, amor, respeito e compreensão necessários para o bom relacionamento de todos os elementos que compõem a família e chamar a atenção da população para a importância da família como núcleo vital da sociedade e para seus direitos e responsabilidades¹³².

A concepção de família adotada pela ONU é bastante diversa daquela proposta nos projetos apresentados, assemelhando-se, contudo, às acepções da Corte IDH:

El concepto de familia se ha transformado y su estructura ha evolucionado en las últimas décadas, como resultado de las tendencias mundiales y de los cambios demográficos. Naciones Unidas considera que la familia constituye la unidad básica de la sociedad. En la aprobación de la resolución de 1993 se hace conciencia sobre la existencia de diversos conceptos de la familia en los diferentes sistemas sociales, culturales y políticos¹³³.

Para os organismos internacionais, a definição de família deve ser dotada de amplitude suficiente para abarcar as mais diversas formas de afeto. No âmbito interno, a partir do momento em que a Constituição da República Federativa do Brasil consagra como norma pécua o respeito à dignidade humana (artigo 1º), é inaceitável qualquer proposta tendente a descaracterizar e desqualificar os laços familiares a partir de uma perspectiva hegemônica e religiosamente padronizada. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, “[...] as pessoas têm o direito de colocar seu afeto onde mora seu desejo [...]”¹³⁴, de modo que cada indivíduo pode dar ao seu corpo as finalidades que desejar, adaptando-se à forma de ser e de alcançar a felicidade¹³⁵.

6.3 Expansão do encarceramento e utilização da prisão preventiva como regra

A Lei Anticrime (Lei n. 13.964/2019) inseriu um parágrafo único ao art. 316 do Código de Processo Penal para estabelecer a necessidade de revisão periódica das prisões preventivas, reforçando o seu caráter provisório e consolidando uma exigência que já fazia parte (ou, pelo menos, deveria fazer) do dia a dia dos juízes brasileiros, pois o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução n. 66/2009, já determinava que, estando o réu ou indiciado preso provisoriamente por mais de três meses, cumpre aos juízes investigar as razões da demora e, conseqüentemente, reavaliar a necessidade da custódia.

A redação do parágrafo único do artigo 316 é bastante clara: o órgão que decretou a prisão preventiva deve reavaliar a imprescindibilidade da prisão a cada 90 (noventa) dias, independentemente de provocação, sob pena de tornar o decreto ilegal. Nesse sentido, a lição de Gustavo Badaró:

o novo parágrafo único do art. 316 estabeleceu importantíssima novidade, consistente na revisão periódica da necessidade de manutenção da prisão preventiva, no prazo de 90 dias [...]. Evidente que isso não significa que, antes de se atingir o prazo máximo, o juiz não possa rever a necessidade da medida. Poderá o fazer a qualquer momento, como deixa claro o *caput* do art. 316 do CPP. Se não o fizer, pelo menos a cada 90 dias, deverá, *ex officio*, rever a necessidade da prisão preventiva. A ausência da revisão

¹³¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 4004/2019*. Institui o mês de maio como comemorativo da família brasileira, com a denominação de Mês da Família. Brasília: Câmara dos Deputados, 10 jul. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1777313&filename=PL+4004/2019. Acesso em: 4 maio 2021.

¹³² Instituto Brasileiro de Direito de Família. 15 de maio é o Dia Internacional da Família. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 15 maio 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5634/15+de+maio+%C3%A9+o+Dia+Internacional+da+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹³³ NAÇÕES UNIDAS GUATEMALA. Día de las familias. Nações Unidas Guatemala, Guatemala, [20-?]. Disponível em: <https://onu.org.gt/articulos/dia-de-las-familias/>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹³⁴ ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS. Luís Roberto Barroso, um progressista no STF. *AMAGIS*, Minas Gerais, 31 jul. 2015. Disponível em: <https://amagis.com.br/posts/luis-roberto-barroso-um-progressista-no-stf>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹³⁵ GIDDEns, Anthony. *Sociologia*. Madri: Alianza, 2007. p. 441.

periódica implicará a ilegalidade da prisão preventiva¹³⁶.

Na jurisprudência nacional ainda há divergência sobre a natureza do prazo e suas consequências. Embora na maioria das comarcas do país, em que juízes e juízas são responsáveis por milhares de processos, seja difícil imaginar o cumprimento matemático desse prazo, o que não se pode afastar é a necessidade de revisão periódica da prisão.

Flávia Piovesan, ao comentar o artigo 7º, §5º, da Convenção Americana de Direitos Humanos, esclarece que a revisão judicial da prisão preventiva é uma obrigação estatal, e que deve ser exercida sem demora pela autoridade competente. “Mesmo que persistam razões para a manutenção da prisão preventiva — ou seja, ainda que haja riscos de obstaculização processual —, quando o prazo da detenção ultrapassar o razoável, o Estado deverá aplicar outra medida menos lesiva ao acusado.”¹³⁷

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos julgamentos dos casos *Acosta Calderón vs. Ecuador*, *López Álvarez vs. Honduras*, *Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Ecuador*, reforçou que a prolongação arbitrária de uma prisão preventiva é, na verdade, um castigo sem que se tenha demonstrado a efetiva responsabilização penal do acusado. Além disso, tratando-se a prisão preventiva de uma medida cautelar, não punitiva, a mera gravidade em abstrato do delito não admite a sua decretação, tampouco a sua prorrogação sem elementos atuais, contemporâneos, que justifiquem a sua excepcionalidade.

Especificamente no *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez vs Ecuador*, a Corte IDH ressaltou que os juízes não devem aguardar até a sentença para reavaliar a custódia preventiva. A valoração é periódica e deve estar sempre amparada pelo postulado da fundamentação, razão pela qual “[...] ante cada solicitação de liberação do detido, o juiz tem que motivar, ainda que de forma mínima, as razões pelas quais considera que a prisão preventiva deve ser mantida [...]”¹³⁸. São inadmissíveis, portanto, as recorrentes decisões judiciais que mantêm a prisão preventiva “[...] por seus próprios fundamentos [...]”.

Uma correlação entre esse dispositivo e a legislação em países integrantes da OEA pode ser feita com base no regramento doméstico da Costa Rica, que possui em seu Código de Processo Penal um dispositivo que exige dos juízes a análise dos pressupostos da prisão a cada três meses:

durante los primeros tres meses de acordada la prisión preventiva su revisión sólo procederá cuando el tribunal estime que han variado las circunstancias por las cuales se decretó. Vencido ese plazo, el tribunal examinará de oficio, por lo menos cada tres meses, los presupuestos de la prisión o internación y, según el caso, ordenará su continuación, modificación, sustitución por otra medida o la libertad del imputado. El incumplimiento del deber de revisión periódica sólo producirá la aplicación del régimen disciplinario cuando corresponda. Después de transcurrir tres meses de haberse decretado la prisión preventiva, el imputado podrá solicitar su revisión cuando estime que no subsisten las circunstancias por las cuales se acordó. Sus solicitudes interrumpen el plazo señalado en el párrafo anterior. Al revisarse la prisión preventiva el tribunal tomará en consideración, especialmente, la peligrosidad del imputado y la suficiencia de los elementos probatorios para sostener razonablemente que es autor de un hecho punible o partícipe en él (artigo. 253)¹³⁹.

A alteração na legislação brasileira, aprovada pelo parlamento, não é absurda, tampouco inovadora se ponderada a partir das práticas dos países da América Central e América Latina. Na Europa, podemos citar o exemplo do Código de Processo Penal Português, que também estabelece um prazo de três meses para a revisão¹⁴⁰.

¹³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 1191.

¹³⁷ PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 94.

¹³⁸ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020. p. 198.

¹³⁹ COSTA RICA. *Código Procesal Penal n.º 7594*. Código Procesal Penal. Costa Rica, 10 abr. 1996. Disponível em: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=TC. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁴⁰ “O juiz procede oficiosamente ao reexame dos pressupostos da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação,

De acordo com Caio Paiva, “[...] não se pode dizer que o expediente é uma criação do legislador brasileiro; trata-se, na verdade, de um parâmetro acolhido pela legislação de diversos países e também por órgãos e tribunais internacionais de direitos humanos¹⁴¹ [...]”.

Apesar disso, o Deputado Federal Coronel Tadeu (PSL), por meio do PL n. 4.953/2020, pretende revogar integralmente esse dispositivo¹⁴². A justificativa é inusitada. Culpabiliza-se o Poder Judiciário ao argumento de que o “[...] seu ativismo exacerbado deu interpretação exacerbada ao salutar artigo, agindo como legislador, fazendo com que uma norma que contempla a dignidade da pessoa humana fosse utilizada de maneira errônea e irresponsável [...]”¹⁴³.

Não se trata de ativismo, mas de interpretação da lei tal como ela foi proposta. Além disso, pela própria natureza da prisão preventiva, não há razões para admiti-la sem qualquer limitação temporal, sob pena de torná-la uma antecipação de pena, que claramente desvirtua o princípio da não culpabilidade, reconhecido não apenas pela Constituição brasileira, mas, também, como visto, pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

O grande problema no Brasil é a utilização da prisão preventiva como regra, quando, na verdade, ela deveria ser o último recurso dos procedimentos penais. Há outras propostas mais razoáveis que buscam estabelecer um procedimento para a revisão, sem, contudo, afastar a ideia de provisoriedade e a fixação de um prazo mínimo para a reavaliação. Por outro lado, também há projetos que, embora não almejem revogar o parágrafo único do art. 316 do Código de Processo Penal, objetivam afastar a necessidade de revisão periódica para determinados delitos, fazendo com que a custódia preventiva perca o seu caráter instrumental e se torne uma medida definitiva para determinados crimes¹⁴⁴.

decidindo se elas são de manter ou devem ser substituídas ou revogadas: a) No prazo máximo de três meses a contar da data da sua aplicação ou do último reexame; e b) Quando no processo forem proferidos despacho de acusação ou de pronúncia ou decisão que conheça, a final, do objecto do processo e não determine a extinção da medida aplicada” (Artigo 213). PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 78/87. Código de Processo Penal. *Diário da República*, Portugal, 1987, Série I, n. 40. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/139876418/202104152123/73862036/diploma/indice>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁴¹ “Neste sentido, v. Comitê de Direitos Humanos da ONU, Comentário Geral n.º 38; Comitê dos Direitos da Criança, Comentário Geral n.º 10/2007, § 77; Comitê de Ministros do Conselho de Europa, Recomendação R(2006)13 sobre o uso da prisão preventiva adotada em 09/2006, Regra II, 17.1; Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório de 12/2013 sobre o uso da prisão preventiva nas Américas e Relatório de 07/2017 sobre medidas dirigidas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas (§ 165); Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, membros e ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Sentença de 29.05.2014. Mérito, reparações e custas, § 311-c). No mesmo sentido, outros precedentes da Corte IDH, como: *Caso Argüelles e outros vs. Argentina*. Sentença de 20.11.2014. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 121; *Caso Pollo Rivera e outros vs. Peru*. Sentença de 21.10.2016. Mérito, reparações e custas, § 122-c; *Caso Yvon Neptune vs. Haiti*. Sentença de 06.05.2008. Mérito, reparações e custas, § 108; *Caso Bayarri vs. Argentina*. Sentença de 30.10.2008. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas, § 76; *Caso Mendoza e outros vs. Argentina*. Sentença de 14.05.2013. Exceções preliminares, mérito e reparações, § 162; *Caso Carranza Alarcón vs. Equador*. Sentença de 03.02.2020. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 83; e *Caso Chaparro Alvares e Lapo Ñiñiguez vs. Equador*. Sentença de 21.11.2007. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 117” (TUDO DE PENAL. Buscador de Jurisprudência: Encontre julgados selecionados sobre Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Direito Penal Militar, Direito Processual Penal Militar e Justiça Criminal Juvenil, conforme a jurisprudência do STF, do STJ e de órgãos e tribunais internacionais de direitos humanos. *Tudo de Penal*, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://tudodepenal.com/>. Acesso em: 4 maio 2021).

¹⁴² Não só ele, mas, dentre outros, também o Deputado Capitão Augusto (PL) através do PL 488/2020 e a Deputada Carla Zambelli (PSL), uma das proponentes do PL 4897/2020.

¹⁴³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 4953/2020*. Revoga o Parágrafo único do art. 316 do Decreto – Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 19 out. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1936717&filename=PL+4953/2020. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁴⁴ A título de exemplo, o PL 4914/2020 quer afastar a revisão da prisão preventiva nas seguintes hipóteses: preso condenado, por decisão de órgão colegiado, a pena privativa de liberdade ainda não cumprida ou extinta, pela prática de crime doloso; preso submetido a regime disciplinar diferenciado; preso membro de organização criminosa; prisão preventiva decretada em razão de crime hediondo; prisão preventiva decretada em razão de crime praticado com violência ou grave ameaça; prisão preventiva decretada em razão de crime cuja pena máxima é superior a 8 (oito) anos de reclusão (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 4914/2020*. Altera o Decreto-Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para estabelecer exceções ao dever de revisar a cada 90 (noventa) dias a necessidade de manutenção da prisão preventiva. Brasília: Câmara dos Deputados, 14 out. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264321>. Acesso em: 4 maio 2021).

Confirmando a desconstrução do caráter cautelar da prisão preventiva para promover sua utilização da maneira indiscriminada, há também projetos de leis para desobrigar a realização de audiências de custódia¹⁴⁵.

A normativa internacional, no âmbito do sistema interamericano, que é o foco deste trabalho, é clara ao estabelecer que a pessoa presa deve ser conduzida à presença da autoridade judicial (artigo 7.5, CADH). A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas ponderou que “[...] a aplicação da prisão preventiva a uma pessoa deverá ser determinada em audiência oral, com a intervenção de todas as partes, incluindo a(s) vítima(s), garantindo os princípios do contraditório, imediatidade, publicidade e celeridade [...]”¹⁴⁶. A Corte IDH, por sua vez, ainda no ano 2004, quando do julgamento do *Caso Tibi vs Equador*, reiterou a importância da audiência de custódia nos seguintes termos:

[...] o controle judicial imediato é uma medida tendente a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das detenções, tomando em conta que num Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares ou de coerção, quando seja estritamente necessário, e procurar, em geral, que se trate o acusado de maneira compatível com o princípio da presunção de inocência¹⁴⁷.

O Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2015, a partir da exigência prevista no já indicado artigo 7º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, determinou a implementação das audiências de custódia, exigindo que toda pessoa presa em flagrante delito fosse obrigatoriamente encaminhada à autoridade judicial e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou a sua prisão. Posteriormente, essa exigência foi estendida para qualquer prisão, seja em flagrante delito ou decorrente do cumprimento de ordem judicial (artigo 287 do Código de Processo Penal). Alguns parlamentares desconhecem a orientação dos órgãos do sistema interamericano, e o fato de que a audiência de custódia também possui como objetivo controlar a legalidade da prisão, prevenindo, por exemplo, o desaparecimento forçado, cada vez mais comum no Estado brasileiro.

Ainda no contexto do estímulo ao encarceramento, são inúmeras as propostas de alteração da Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/1984) para aumentar os prazos para a concessão dos benefícios legais ou, especialmente, para proibi-los. Não bastasse o reconhecimento de um Estado de Coisas Inconstitucional no Sistema Penitenciário Brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, o Poder Legislativo persiste na hipercriminalização e no hiperencarceramento como formas prioritárias de controle social. Por outro lado, faltam projetos que busquem reduzir a hiperpopulação carcerária ou criar condições mínimas de dignidade para o cumprimento da pena.

Por exemplo, o PL n. 5.544/2020¹⁴⁸, recebido pela CCJC em março de 2021, de autoria do Deputado Alexandre Frota (PSDB)¹⁴⁹ e denominado “Vidas Policiais Importam”, quer vedar qualquer espécie de bene-

¹⁴⁵ Por exemplo: PL 421/2020. Na justificativa, o Deputado alerta que a “população de bem” repudia a obrigatoriedade de realização do ato, que só serve para a “supervalorização de criminosos e de delinquentes”. (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 421/2020*. Altera o Decreto-lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal Brasileiro, para revogar as regras que determinam a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia e para alterar as atribuições judiciais após o recebimento do auto de prisão em flagrante delito. Brasília: Câmara dos Deputados, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2238062>. Acesso em: 4 maio 2021).

¹⁴⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. [s. l.]: OEA, 3 jun. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁴⁷ PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 135.

¹⁴⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei n.º 5688/2019*. Acrescenta o artigo 112 A na Lei 7210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para determinar o cumprimento integral de pena privativa de liberdade por prática de crime hediondo especificado no artigo 121 § 2º inciso VII e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2266122>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁴⁹ O mesmo Deputado pretende vedar, em qualquer hipótese, independentemente do delito cometido, do tempo de prisão ou da condição do apenado, a concessão do benefício da saída temporária a presos. (BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto proíbe

fício ao apenado que cumpre pena pela prática de crime hediondo, consumado ou tentado, contra as autoridades descritas nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal de 1988, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição. Na vedação pretendida insere-se, inclusive, a progressão de regime.

O *nomen iuris* do último projeto tem íntima relação com o movimento ‘Vidas Negras Importam’ (*Black Lives Matter*). Trata-se, contudo, de uma relação apenas de nomenclatura, pois enquanto o segundo reflete a luta contra a violência policial em uma visão ampla de justiça social, o projeto de lei da Câmara dos Deputados nada mais é do que uma tentativa de atender ao clamor de um grupo específico de eleitores.

É preciso mudar radicalmente a forma e estrutura de trabalho desses profissionais, minimizando os riscos diários por eles enfrentados e que são potencializados em determinadas regiões do país. Entretanto, estabelecer regime integralmente fechado para aqueles que cometem crimes contra policiais não torna a profissão menos arriscada, nem traz qualquer consequência positiva para a redução da violência (policial e não policial). Ademais, o Supremo Tribunal Federal já considerou inconstitucional a adoção de um regime integralmente fechado diante da violação à garantia de individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI, CF/88)¹⁵⁰.

Não há parâmetro comparativo entre a desigualdade estrutural, produto das instituições brancas que coadunam com a segregação racial¹⁵¹, e a violência sofrida por policiais. O debate não é sobre qual ou quais vidas importam, mas sobre a necessidade de dar visibilidade a pensamentos, pautas, políticas e atitudes decoloniais.

O Poder Legislativo atual (com exceções) parece não se ater ao debate sobre as graves violações à direitos humanos e à imprescindibilidade de que o exercício da função legislativa seja necessariamente compatível com os tratados de direitos humanos. Os projetos citados são manifestamente inconventionais, além de servirem para ignorar temas que deveriam ser alcançados pelo debate parlamentar. Há, infelizmente, uma perigosa tendência de esvaziamento dos direitos humanos que precisa ser combatida diálogo e tolerância.

7 Considerações finais

Desde o caso *Gelman vs. Uruguay*, é possível sustentar a imprescindibilidade do controle de convencionalidade por todos os órgãos estatais locais, inclusive pelo Poder Legislativo.

A relativização do conceito de soberania, com base em perspectiva cosmopolita e protetiva dos direitos humanos, coaduna-se com a necessária vinculação dos Estados aos tratados ratificados e incorporados no ordenamento jurídico interno. Pensar de forma diversa é invalidar as obrigações formalmente assumidas pelos Estados-membros, gerando, em última análise, a sua responsabilização internacional.

expedição de alvará de soltura durante final de semana. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, 23 fev. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/729686-projeto-proibe-expedicao-de-alvara-de-soltura-durante-final-de-semana/>. Acesso em: 4 maio 2021). No mesmo sentido o PL 3317/2020, de autoria da Deputada Policial Kátia Sastre (PL) e o PL 409/2020 de autoria do Deputado Ricardo Silva (PSB).

¹⁵⁰ “É inconstitucional a fixação *ex lege*, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 1052700*. Recte.: Maxwell Antonio Lemes. Recdo.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 2 nov. 2017).

¹⁵¹ Entre 2007 e 2018, 553 mil pessoas foram assassinadas no Brasil. A vítima preferencial tem pele negra. O Atlas da Violência de 2018 aponta que os negros representam 55,8% da população brasileira e são 71,5% das pessoas assassinadas. Segundo dados da Anistia Internacional, a cada 23 minutos um jovem negro é assassinado no Brasil. (RIBEIRO, Djamil. *Pequeno Manual Antirracista*. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. p. 94).

A pluralidade de ordens jurídicas não é justificativa para o inadimplemento de um tratado, especialmente quando o eventual conflito entre as legislações doméstica e internacional pode ser solucionado a partir da interpretação em favor da pessoa humana. O controle de convencionalidade, longe de acarretar desequilíbrio das relações entre os Estados-parte, promove um diálogo de estímulo a proteção dos direitos humanos.

O dever de compatibilização no âmbito interno com os tratados internacionais depende do conhecimento e reconhecimento da interpretação conferida, em especial, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Convenção Americana de Direitos Humanos, instrumento de referência para o sistema interamericano, tem a sua normatividade interpretada de forma autêntica pela Corte IDH, no exercício de sua competência contenciosa e consultiva.

A viabilidade do controle de convencionalidade no âmbito nacional, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, é ainda sustentada pela natureza dos tratados internacionais incorporados ao ordenamento nacional. Considerada a mínima supralegalidade dos tratados de direitos humanos, compreendemos que o controle não é apenas desejável, mas obrigatório, além de exercer um papel fundamental para a abertura e intensificação de diálogos entre as diversas jurisdições nacionais¹⁵².

Os projetos de leis internos devem ser consistentes com o *corpus juris* interamericano, formando-se um círculo virtuoso por intermédio de trocas de contato e de jurisprudência, superando questões estritamente ligadas à figura tradicional do Estado para centralizarmos nossas preocupações na promoção concreta dos direitos humanos¹⁵³.

O exercício do controle de convencionalidade deve ser feito independentemente de provocação, sempre que for detectada uma incompatibilidade entre a norma nacional e os precedentes dos órgãos do sistema interamericano, especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Repita-se: todas as autoridades estatais devem, dentro de suas respectivas competências e atribuições, harmonizar a legislação interna com os direitos humanos. No âmbito do Poder Legislativo, é razoável que essa competência seja exercida pelas Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania, justamente em razão de sua função como órgão responsável pela emissão de pareceres sobre aspectos jurídicos dos projetos de lei submetidos à sua apreciação.

Há, portanto, um espaço em nossa região que nos convida a progredir em termos de efetivação dos direitos humanos. A harmonia entre os Estados Americanos, referenciada na Declaração de Santiago¹⁵⁴ será atingida no momento em que toda a comunidade interamericana compreender que os direitos humanos assistem a todos, especialmente aos integrantes de grupos historicamente subjugados. É preciso quebrar as amarras do preconceito e da discriminação, favorecendo um diálogo de paz e justiça social capaz de alcançar o *ius commune* interamericano.

Referências

AGENDA 2030. A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. *Agenda 2030*. [s. l.], [201?]. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/#:~:text=A%20Agenda%202030%20é%20um,dentro%20dos%20limites%20do%20planeta>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁵² Brasil. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *Controle de Convencionalidade*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/2ec6678e8e725f2509d87aa661bc6926.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

¹⁵³ FIGUEIREDO, Marcelo. *Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 79.

¹⁵⁴ A Declaração de Santiago proclama que “[...] a harmonia entre as Repúblicas americanas só pode existir enquanto o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais e o exercício da democracia representativa forem realidade, no âmbito interno de cada uma delas [...]” (COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. A Organização dos Estados Americanos. *CIDH*, Costa Rica, 1959. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/a.Introd.Port.htm#_ftn6. Acesso em: 4 maio 2021).

ALMEIDA, Tânia Mara C.; CREMONA, Florência Maria. “Ideologia de gênero”, comunicação e educação no Brasil e na Argentina. In: BELISÁRIO, Kátia; MOURA, Dione; GUAZINA, Liziane. (org.). *Gênero em Pauta*. Desconstruindo Violências, Construindo Novos Caminhos. Curitiba: Appris, 2019.

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2015.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo: Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. Argentina: El Senado y Cámara de Diputados. enero 3 de 1995. Disponível em: https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/ar_6000.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS MINEIROS. Luís Roberto Barroso, um progressista no STF. AMAGIS. Minas Gerais, 31 jul. 2015. Disponível em: <https://amagis.com.br/posts/luis-roberto-barroso-um-progressista-no-stf>. Acesso em: 4 maio 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BONFIM, Vinicius Silva. O Patriotismo Constitucional na Efetividade da Constituição. *Revista CEJ*, Brasília, ano XIV, n. 50, p. 11-17, jul./set.2010.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 4 mar. 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 1239/2019*. Proíbe a aplicação de recursos públicos, bem como o uso das estruturas e instituições da Administração Pública Direta ou Indireta, das Fundações, Autarquias e Empresas Públicas e Privadas prestadoras de serviços do Governo Federal, Estadual, Distrital e Municipal e outros, nas ações de difusão, incentivo e valorização da IDEOLOGIA DE GÊNERO. Brasília: Câmara dos Deputados, 27 fev. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1715654&filename=PL+1239/2019. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2578/2020*. Determina que tanto o sexo biológico como as características sexuais primárias e cromossômicas definem o gênero do indivíduo no Brasil. Brasília: Câmara dos Deputados, 12 abr. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1892753&filename=PL+2578/2020. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 258/2019*. Dispõe sobre o direito dos alunos de aprender sem ideologia político-partidária; sobre a conduta dos professores na transmissão dos conteúdos [...]. Brasília: Câmara dos Deputados, 4 fev. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha_detramitacao?idProposicao=2190772. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4004/2019*. Institui o mês de maio como comemorativo da família brasileira, com a denominação de Mês da Família. Brasília: Câmara dos Deputados, 10 jul. 2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1777313&filename=PL+4004/2019. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 421/2020*. Altera o Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, o Código de Processo Penal Brasileiro, para revogar as regras que determinam a obrigatoriedade da realização de audiência de custódia e para alterar as atribuições judiciais após o recebimento do auto de pri-

são em flagrante delito. Brasília: Câmara dos Deputados, 27 fev. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2238062>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4893/2020*. Tipifica como crime a conduta de quem, nas dependências das instituições da rede municipal, estadual e federal de ensino, adote, divulgue, realize, ou organize política de ensino, currículo escolar, disciplina obrigatório, complementar ou facultativa, ou ainda atividades culturais que tenham como conteúdo a ideologia de gênero. Brasília: Câmara dos Deputados, 13 out. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264281>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4914/2020*. Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, para estabelecer exceções ao dever de revisar a cada 90 (noventa) dias a necessidade de manutenção da prisão preventiva. Brasília: Câmara dos Deputados, 14 out. 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2264321>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 4953/2020*. Revoga o Parágrafo único do art. 316 do Decreto – Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941- Código de Processo Penal. Brasília: Câmara dos Deputados, 19 out. 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1936717&filename=PL+4953/2020. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 5688/2019*. Acrescenta o artigo 112 A na Lei 7210 de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para determinar o cumprimento integral de pena privativa de liberdade por prática de crime hediondo especificado no artigo 121 § 2º inciso VII e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2266122>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 7180/2014*. Altera o art. 3º da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Brasília: Câmara dos Deputados, 24 fev. 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606722>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto proíbe expedição de alvará de soltura durante final de semana. *Agência Câmara de Notícias*, Brasília, 23 fev. 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/729686-projeto-proibe-expedicao-de-alvara-de-soltura-durante-final-de-semana/>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Resolução nº 17, de 1989*. Aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados>. Acesso em: 29 mar. 2021.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília: Planalto, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Pacote anticrime é aprovado na CCJ e vai a Plenário*. Senado Notícias, Brasília, 10 dez. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/12/10/pacote-anticrime-e-aprovado-na-cdj-e-vai-a-plenario>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 2622, de 2019*. Altera a Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013, para estabelecer a possibilidade de o delegado de polícia realizar o controle difuso de constitucionalidade e de convencionalidade. Brasília: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7948486&ts=1594034375032&disposition=inline>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 41 Distrito*. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intdo: Presidente da República, Congresso Nacional. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 17 ago. 2017. p. 15. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/>

paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.345-0 Distrito Federal*. Requerente: Distrito Federal [...]. Intdo.: Partido Democrático Trabalhista [...]. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 25 ago. 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.543 Distrito Federal*. Requerente: Partido Socialista Brasileiro. Intdo. Ministro de Estado da Saúde. Rel. Min. Edson Fachin, Brasília, 26 ago. 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753608126>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105 Distrito Federal*. Requerente: Solidariedade. Intdo.: Presidente da República, Congresso Nacional. Brasília, 1 out. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10499116>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 4277/DF - Distrito Federal*. Requerente: Procurador-Geral da República. Intdo.: Presidente da República [...]. Relator: Min. Ayres Brito. Brasília, 14 out. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur200017/false>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. No Recurso Extraordinário. *RE 477554 AgR/MG - Minas Gerais*. Agravante: Carmem Mello de Aquino Netta. Agravado: Edson Vander de Souza [...]. Relator: Celso de Mello. Brasília, 26 ago. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197163/false>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 460/PR – Paraná*. Requerente: Procurador-Geral da República. Intdo.: Prefeito do Município de Cascavel, Câmara Municipal de Cascavel. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 13 ago. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429270/false>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 46 / PR – Paraná*. Requerente: Procurador-Geral da República. Intdo.: Prefeito do Município de Paranaguá, Câmara Municipal de Paranaguá. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 22 set. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur432151/false>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF 467/MG - Minas Gerais*. Requerente: Procurador-Geral da República. Intdo.: Câmara Municipal de Ipatinga, Prefeita do Município de Ipatinga. Relator: Gilmar Mendes. Brasília, 7 jul. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428025/false>. Acesso em: 4 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. *HC 72131/RJ*. Tribunal Pleno. Impetrante: Marcello Ferreira de Souza Granado. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 23 nov. 1995. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2884009/habeascorpus-hc-72131-rj>. Acesso em: 25 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário com Agravo. *ARE 1052700*. Recte.: Maxwell Antonio Lemes. Recdo.: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 2 nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 716.101 Rio Grande do Sul*. Requerente: Banco Bradesco S/A. Requerido: Rita Mergen. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, 8 nov. 2012. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=110311793&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018. Livro digital.

Carvalho Maria Eulina P. *Gênero: O que é e o que não é ideologia*. UFPB, Pernambuco, [201?]. Disponível em: <https://www.ufpb.br/escolasplurais/contents/noticias/didaticos/o-que-e-e-o-que-nao-e-ideologia-de-genero/Gnerooqueeouenoideologia4.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *A Organização dos Estados Americanos*. CIDH, Costa Rica, 1959. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/a.Introd.Port.htm#_ftn6. Acesso em: 4 maio 2021.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. La Paz: OEA, out. 1979. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm>. Acesso em: 4 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. La Paz: OEA, out. 1979. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.estatuto.corte.htm>. Acesso em: 4 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório sobre medidas destinadas a reduzir o uso da prisão preventiva nas Américas*. [s. l.]: OEA, 3 jun. 2017. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/PrisaoPreventiva.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). *Controle de Convencionalidade*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2016/09/2ec6678e8e725f2509d87aa661bc6926.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Costa Rica: Corte IDH, set. 2006. p. 53. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros vs. Honduras*. Costa Rica: Corte IDH, 8 out. 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Flor Freire Vs. Ecuador*. Costa Rica: Corte IDH, 31 ago. 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_315_esp.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Costa Rica: Corte IDH, 24 nov. 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión Consultiva oc-4/84 del 19 de Enero de 1984*. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Costa Rica: Corte IDH, 19 jan. 1984. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *40º aniversário da entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos: alguns dados e cifras*. Costa Rica: Corte IDH, jul. 2018. p. 15. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/40anos_por.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*. Costa Rica: Corte IDH, 24 fev. 2021. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Duque Vs. Colômbia*. Costa Rica: Corte IDH, 26 fev. 2016. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/corte->

-idh/SentencaDuqueVsColombia.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer Consultivo OC-24/17*. Obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e aos direitos derivados de um vínculo entre casais do mesmo sexo [...]. Costa Rica: Corte IDH, 24 nov. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

COSTA RICA. *Código Procesal Penal n° 7594*. Código Procesal Penal. Costa Rica, 10 abr. 1996. Disponível em: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=41297&nValor3=96385&strTipM=TC. Acesso em: 4 maio 2021.

COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *Gênero no Direito Internacional*. Belém: Paka-Tatu, 2014.

D'AVILA, Manuela (org.). *Sempre foi sobre nós*. Porto Alegre: Instituto E se fosse você, 2021.

FEDHALI, Jandira. Para não calar, encarar. In: D'AVILA, Manuela (org.). *Sempre foi sobre nós*. Porto Alegre: Instituto E se fosse você, 2021.

Feilke, Pedro Ribeiro Agustoni. O Controle de Convencionalidade e a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Direito em Debate – Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí*, Rio Grande do Sul, ano XXIII, n. 41, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/2561/2679>. Acesso em: 4 maio 2021.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Controle de Constitucionalidade e de Convencionalidade*. São Paulo: Malheiros, 2016.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. *Controle de Convencionalidade: novo paradigma para a magistratura brasileira*. São Paulo: Noeses, 2018.

FONSECA, Lúcia Carvalho. *Metáforas na discussão sobre o uso do direito estrangeiro nos julgamentos da Suprema Corte: nose counting e cherry picking*. 30 mar. 2009. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalaw-english/81098/metaforas-na-discussao-sobre-o-uso-do-direito-estrangeiro-nos-julgamentos-da-suprema-corte--nose-counting-e-cherry-picking>. Acesso em: 4 maio 2021.

GIDDEns, Anthony. *Sociologia*. Madri: Alianza, 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

Heemann, Thimotie Aragon. *O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público*. Escola Superior MPPR, Paraná, 2019. Disponível em: https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2019/Thimotie_Heemann_-_O_exercicio_do_controle_de_convencionalidade.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

HOOKS, Bell. *O feminismo é para todo mundo: políticas arrebatadoras*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2018. Livro digital.

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. A (in)constitucionalidade e a (in)convencionalidade da prisão processual exclusivamente em razão da reincidência. *IBCCRIM*, São Paulo, 1 nov. 2020. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/noticias/exibir/1061>. Acesso em: 4 maio 2021.

Instituto Brasileiro de Direito de Família. 15 de maio é o Dia Internacional da Família. *IBDFAM*, Belo Horizonte, 15 maio 2015. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/5634/15+de+maio+%C3%A9+o+Dia+Internacional+da+Fam%C3%ADlia>. Acesso em: 4 maio 2021.

JUNQUEIRA, Rogério Diniz. “Ideologia de gênero”: um dispositivo retórico de uma ofensiva antifeminista. In: Dias, Alfrancio Ferreira; Santos, Elza Ferreira; Cruz, Maria Helena Santana (org.). *Gênero e sexualidades: entre invenções e desarticulações*. Aracaju: Editora IFS, 2017. p. 47-61.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

Lafer, Celso. Prefácio. In: ALVES, José Augusto Lindgren. (org.). *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 2015. p. XXXIV-LVIII.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos direitos humanos: constituição, racismo e relações internacionais*. São Paulo: Manole, 2005.

Legale, Siddharta; Causanilhas, Tayara. A opinião consultiva n. 05/85 da corte idh: dimensões e restrições da liberdade de expressão. *NIDH*, Rio de Janeiro, 29 jun. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br/oc5/#:~:text=A%20Opini%C3%A3o%20Consultiva%20da%20Corte,a%20este%20direito%20sejam%20v%C3%A1lidas>. Acesso em: 4 maio 2021.

LEGALE, Siddharta; SOPRANI, Nathalia; AMORIM, Pedro e. O Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile da Corte Idh (2012): a obrigação Estatal de desarticular preconceitos. *NIDH*, Rio de Janeiro, 8 mar. 2018. Disponível em: <https://nidh.com.br/atalariffo/>. Acesso em: 4 maio 2021.

MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade no Direito brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. *Apelação Cível nº 10707150257376001*. Comarca de Varginha. Apelante: Leandro Carlos Paravizo. Apelado: Telemar Norte Leste S/A.Varginha, Relator: Claret de Moraes. Minas Gerais, 24 fev. 2017. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/943066626/apelacao-civel-ac-10707150299626001-varginha>. Acesso em: 4 maio 2021.

NAÇÕES UNIDAS GUATEMALA. *Día de las familias*. Nações Unidas Guatemala, Guatemala, [20-?]. Disponível em: <https://onu.org.gt/articulos/dia-de-las-familias/>. Acesso em: 4 maio 2021.

ORTEGA, Pepita. *Juíza de SC dá direito a pessoa declarar gênero neutro em certidão de nascimento*. *CNN Brasil*, São Paulo, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/04/12/juiza-de-sc-da-direito-a-pessoa-declarar-genero-neutro-em-certidao-de-nascimento>. Acesso em: 4 maio 2021.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e sistema multinível: relação entre a proteção nacional e internacional. *Gen Jurídico*, São Paulo, 22 fev. 2021. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2021/02/22/direitos-humanos-e-sistema-multinivel/>. Acesso em: 4 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos e culturais e direitos civis e políticos. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 01, n. 01, 2004. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100003. Acesso em: 4 maio 2021.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PORTUGAL. *Decreto-Lei n.º 78/87*. Código de Processo Penal. Diário da República, Portugal, 1987, Série I, n. 40. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/139876418/202104152123/73862036/diploma/indice>. Acesso em: 4 maio 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Ribeiro, Daniela Menengoti; Romancini, Malu. A teoria da interconstitucionalidade: uma análise com base na América Latina. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, p. 159-174, 2015. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37273.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

RIBEIRO, Djamila. *Pequeno Manual Antirracista*. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

Ribeiro, Silvia Pradines Coelho. A participação do Legislativo no processo de celebração dos tratados. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43, n. 170, p. 273-286, abr./jun. 2006. p. 281. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/43/170/ril_v43_n170_p273.pdf. Acesso em: 4 maio 2021.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un Ius constitucionale commune en América Latina?*. México: UNAM, 2010. p. 449-468. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/15.pdf>. Acesso em: 4 maio 2021.

SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e novos Direitos na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O Direito Achado na Rua*. Questões emergentes, revisitações e travessias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. Coleção Direito Vivo.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. São Paulo: Método, 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (org.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no Direito Brasileiro*. São José da Costa Rica/Brasília: IIDH-CICV-ACNUR-Comissão da União Européia Co-Edição, 1996.

TUDO de penal. Buscador de Jurisprudência: Encontre julgados selecionados sobre Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Direito Penal Militar, Direito Processual Penal Militar e Justiça Criminal Juvenil, conforme a jurisprudência do STF, do STJ e de órgãos e tribunais internacionais de direitos humanos. *Tudo de Penal*, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://tudodepenal.com/>. Acesso em: 4 maio 2021.

VENTURA, Carmen Sáez Buena. Violencia y proceso de sociolización genérico: enajenación y transgresión, dos alternativas extremas para las mujeres, 1990. In: COSTA, Elder Lisboa Ferreira da. *Gênero no Direito Internacional*. Belém: Paka-Tatu, 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A progressiva superação da
regulação do crime de desacato
na América Latina: diálogos entre
o doméstico e o internacional**

**The progressive overcoming
of the regulation of the crime
of contempt in Latin America:
dialogues between the domestic
and the international**

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Melina Girardi Fachin

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

A progressiva superação da regulação do crime de desacato na América Latina: diálogos entre o doméstico e o internacional*

The progressive overcoming of the regulation of the crime of contempt in Latin America: dialogues between the domestic and the international

Luiz Guilherme Arcaro Conci**

Melina Girardi Fachin***

Resumo

Neste artigo analisa-se a situação do crime de desacato na legislação brasileira com base no diálogo com a realidade latino-americana, e, principalmente, nos precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e do consequente controle de convencionalidade. Assim, por meio de revisão bibliográfica, análise comparativa da legislação regional e estudos da jurisprudência internacional, demonstra-se em que sentido caminharam os Estados na América Latina em relação à progressiva supressão aos tipos penais de desacato. Após investigar a legislação doméstica interna, descobriu-se que somente El Salvador e Venezuela ainda detêm regulação penal do desacato, ao lado do Brasil. Por outro lado, verificou-se, com base no Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, que tanto a Comissão Interamericana quanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos sedimentaram posição no sentido de que não condiz com a Convenção Americana de Direitos Humanos tratamento especial, de ordem penal, para funcionários públicos, que devem sofrer escrutínio forte e crítico por parte da cidadania, não sendo compatível a limitação da liberdade de expressão para tanto. A pesquisa se utiliza de elementos próprios do constitucionalismo latino-americano e da doutrina *do Ius Constitutionale Commune* como estratégia para a análise comparada, buscando alcançar algum padrão regional de transformação de ordens jurídicas em processos democráticos. Reconhece, por fim, que, no Brasil, as instâncias judiciárias não realizaram diálogos com o direito comparado de forma aberta e, de outro lado, não levaram o dever de controlar a convencionalidade à luz da sedimentada jurisprudência decorrente do Sistema Interamericano.

Palavras-chave: América Latina; Brasil; controle de convencionalidade; desacato; *Ius Constitutionale Commune*; Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

* Recebido em: 31/05/2021.
Aprovado em: 22/10/2021.

** Professor de Teoria do Estado e Direito Constitucional da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (São Paulo – SP – Brasil), onde coordena o Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Constitucional e é professor do PEPG em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais (Mestrado Profissional) e do PEPG em Direito (Mestrado e Doutorado Acadêmicos). Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de São Bernardo do Campo (São Paulo – SP – Brasil). Doutor e Mestre em Direito (PUC-SP), com estágio de estudos pós-doutorais no Instituto de Direito Parlamentar da Universidade Complutense de Madri (2013-2014). Professor Visitante nas Universidades de Bolonha (2016), Buenos Aires (2011-2014), Medellín (2019), Messina (2019). Atualmente é professor visitante na Universidade de Turim (2021). E-mail: lgaconci@puccsp.br.

*** Professora Adjunta dos Cursos de Graduação e Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Estágio de pós doutoramento pela Universidade de Coimbra no Instituto de direitos humanos e democracia (2019/2020). Doutora em Direito Constitucional, com ênfase em direitos humanos, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Visiting researcher da Harvard Law School (2011). Mestre em Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). E-mail: melinafachin@gmail.com

Abstract

The article aims to analyze the situation of the crime of *desacato* (contempt) in Brazilian legislation from the perspective of dialogue with the Latin American reality, mainly in the light of the precedents of the Inter-American Human Rights System and the consequent control of conventionality. Thus, through bibliographic review, comparative analysis of regional legislation, and studies of international jurisprudence, we seek to demonstrate in what sense the States in Latin America have moved concerning the progressive suppression of the criminal types of contempt. After investigating domestic legislation, the researchers discovered that only El Salvador and Venezuela still have criminal regulation of contempt, alongside Brazil. On the other hand, it was verified from the Inter-American System for the Protection of Human Rights that both the Inter-American Commission and the Inter-American Court of Human Rights consolidated their position in the sense that special treatment, of criminal order, for public officials, who must undergo critical and robust scrutiny by the citizenry, does not comply with the American Convention on Human Rights, not being compatible with the limitation of freedom of expression. The research uses elements specific to Latin American constitutionalism and the doctrine of the *Ius Constitutionale Commune* as a strategy for comparative analysis, seeking to achieve some regional standard for transforming legal orders into democratic processes. Finally, it recognizes that, in Brazil, the judicial branch did not openly engage in dialogues with comparative law and, on the other hand, did not carry out the duty to control conventionality considering the established jurisprudence arising from the Inter-American System.

Keywords: Latin America; Brazil; conventionality control; *desacato* (contempt); *Ius Constitutionale Commune*; Inter-American Human Rights System.

1 Introdução

O controle de convencionalidade é uma forma explícita, normativa e institucionalizada de diálogo entre o sistema interno e o sistema internacional de direitos humanos. É marca indelével dos constitucionalismos multinivelados e abertos que marcam a onda atual do direito constitucional contemporâneo com a aproximação das fronteiras e o trânsito global cada vez mais intenso, sendo impossível que local-regional e global não se articulem numa camada protetiva coesa¹.

Em que pese sua consolidação longeva no direito internacional interamericano — que se coaduna com a tese da paridade constitucional dos tratados de direitos humanos espelhada no art. 5º, p. 2º — da Constituição Federal, foi com o julgamento do RE 466343/SP, em 2008, que consagrou a hierarquia suprallegal, mas infraconstitucional, dos tratados de direitos humanos prévios à EC 45, que o tema ganhou renovado fôlego no cenário nacional².

O que resta de consequência desses movimentos — à luz do atual desenvolvimento do controle de convencionalidade — é pensar um método de desenvolvimento para este diálogo interno-internacional, um compromisso duradouro com a abertura do direito constitucional. Imperativo um modelo íntegro dessa aproximação que consolide, decisivamente, o que se cognomina de constitucionalismo multinível³.

À luz do referido diálogo entre sistemas, o controle de convencionalidade consiste na possibilidade de

¹ Para mais, ver: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Estudos avançados em direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. São Paulo: Campus, 2012.

² Neste tema, é referência: PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

³ A expressão ‘multilevel constitutionalism’ ganhou projeção especialmente a partir dos trabalhos de Ingolf Pernice. Dentre tantos, ver PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. *Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe*. Berlin: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, 2004.

controle de atos internos com base na interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos e da jurisprudência dos órgãos judiciais ou quase-judiciais detentores de poder de interpretar tais tratados em âmbito internacional. No âmbito do SIDH, o controle de convencionalidade pode ser encarado tanto com base na ótica do próprio sistema e do modo — pelo qual a Corte o exerce em relação às jurisdições latino-americanas — quanto à luz do Direito interno.

Para essa reflexão, partiu-se do exemplo da declaração de inconveniência do crime de desacato no Brasil, e do aporte da América Latina, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para dialogar sobre as interações judiciais construídas à luz dos movimentos na formação de um *ius commune latinoamericano*⁴.

Para isto, é necessário entender a importância da liberdade de expressão e da crítica pública como elementos centrais do constitucionalismo, bem como o processo de redemocratização latino-americano na década de 1980. No caso do Brasil, este não somente manteve a regulação penal do desacato (artigo 331 do Código Penal) quando, mais recentemente, por decisão do STF, na ADPF 496, entendeu-a recepcionada pela Constituição atual.

No voto condutor, proferido pelo Ministro Luís Roberto Barroso, o relator utiliza, principalmente, de três argumentos: i) o de que não existe jurisprudência da Corte Interamericana sedimentada sobre o assunto⁵; ii) o de que não havendo contrariedade com decisão que condene especificamente o Brasil diretamente, não há obrigação de retirar a previsão de nosso ordenamento⁶ (em síntese, não há contrariedade com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, logo, não há de se declarar sua inconveniência); iii) o da necessidade de existir, no Brasil, tratamento especial para funcionários públicos quanto à crítica pública⁷.

Justifica-se tal tratamento especial aos funcionários públicos com tipificação penal específica em um Estado Democrático de Direito? Adiantamos que nossa resposta é negativa.

Nossa proposta de enfrentamento do tema, além de analisar o tema Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e direito doméstico brasileiro, consiste, também, em verificar se há, na América Latina, um movimento de supressão de tais previsões dos ordenamentos nacionais, seja por revogação, seja por declaração de inconstitucionalidade, a poder se estabelecer um *padrão de proteção* próprio do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano. Assim, busca-se averiguar se o Brasil contraria estes *standards*, com formalismo exagerado e impróprio para um Estado Social e Democrático de Direito que entende a liberdade de expressão como um dos seus pressupostos.

⁴ Expressão de Mariela Morales Antoniazzi. Para mais, ver: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

⁵ Para uma percepção do tema, vale a referência um julgado da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que afirma: “establecer sanciones desproporcionadas por realizar opiniones sobre un supuesto hecho ilícito de interés público que involucra a instituciones militares y sus miembros, contemplando así una protección mayor y automática al honor o reputación de éstos, sin consideración acerca de la mayor protección debida al ejercicio de la libertad de expresión en una sociedad democrática, es incompatible con el artículo 13 de la Convención”. CIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Sentencia de 20 de febrero de 2009. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

⁶ Argumento do qual também discordamos, tendo em vista que os precedentes da Corte IDH formam bloco de convencionalidade que vincula aos Estados Partes do Sistema Interamericano, tema já discutido anteriormente. CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Merco-sur: integración regional y derechos humanos en un proceso multinivel estudios constitucionales*. Santiago, 2015. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 30 set. 2020.

⁷ [...] 44. Ao atuar no exercício de sua função, o agente público (re)presenta a Administração Pública, situação que lhe sujeita a um regime jurídico diferenciado de deveres e prerrogativas Seus atos são diretamente atribuídos ao Poder Público, que por eles responde objetivamente, sem prejuízo do direito de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa (CF, art. 37, § 6º). [...] 49. Também, no campo penal, é razoável que se prevejam tipos penais protetivos da atuação dos agentes públicos. É nesse contexto que se justifica a criminalização do desacato. Não se trata de conferir um tratamento privilegiado ao funcionário público. Trata-se, isso sim, de proteger a função pública exercida pelo funcionário, por meio da garantia, reforçada pela ameaça de pena, de que ele não será menosprezado ou humilhado enquanto se desincumbe dos deveres inerentes ao seu cargo ou função públicos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 496*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 22 de junho de 2020. Lex: Jurisprudência do STF, Brasília, Diário da Justiça Eletrônico, 24 jun. 2020.

2 Democracia e liberdade de expressão

A relação entre democracia e liberdade de expressão tem sido uma das pedras de toque do constitucionalismo contemporâneo. Em 1797, James Madison afirmou que “*Public opinion, sets bounds to every Government, and is the real sovereign in every free one*”⁸. No núcleo essencial do direito à liberdade de expressão, assim, constam outros elementos que asseguram um dos referentes mais importantes para a consolidação da democracia e do estado de direito. Nesse sentido, a crítica pública aos agentes estatais é essencial para compreender a razão e a evolução do instituto no constitucionalismo moderno, diferenciando o Estado de Direito Democrático do Estado de Direito Formal — fundado, unicamente nos textos, e não na necessidade de aproximação com a realidade constitucional⁹. Assim, a Constituição, e as normas delas decorrentes, contemporaneamente, são objetos que se transformam constantemente com base na exigência de que a realidade constitucional¹⁰ e o texto constitucional sejam objetos permanentes de reflexão conjunta.

Por essa razão, se verifica a importância que dão os governos autoritários ao controle dos órgãos de imprensa ou a tentativas de deslegitimar o papel da imprensa e de outros atores políticos para diminuir a importância da crítica¹¹, ou mesmo criminalizando-a. É nesse espaço que o crime de desacato estabelece uma proteção diversa para os agentes que, justamente por se sediarem suas funções na estrutura do Estado, merecem passar por um escrutínio mais forte que os demais membros da mesma comunidade política.

3 O constitucionalismo latino-americano e a circulação de comunicação jurídica

O caminho para a redemocratização na América Latina foi aberto na década de 1980, com o restabelecimento de ordens constitucionais, seja mediante a promulgação de novas constituições (como Brasil, Colômbia, Venezuela, Bolívia, Nicarágua, dentre outros), seja mediante reformas às constituições históricas existentes (como Argentina e México). Do mesmo modo, nos campos político e constitucional, há semelhanças em crises institucionais, direitos fundamentais, sistemas de governo (com modelos de presidencialismo forte, ou hiperpresidencialismo), separação de poderes, corrupção dos agentes estatais, desigualdades sociais e econômicas marcantes, entre outros temas¹².

Na região política que forma a América Latina, é comum que haja períodos de democracia seguidas de ondas de autoritarismo¹³. Isso porque podem advir influências externas, como guerra fria, intervenções armadas de potências, golpes de estado¹⁴.

⁸ MADISON, James. *Notes for the National Gazette Essays*. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-14-02-0144>. Acesso em: 01 out. 2020.

⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997. p. 12 e ss.

¹⁰ NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editoria Acadêmica, 1994. p. 77.

¹¹ MOUNK, Yascha. *The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Massachusetts: Harvard University Press, 2018. p. 44-45.

¹² GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2015.

¹³ CARPIZO, Jorge. Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: CARBONNEL, Miguel; CARPIZO, Jorge; ZOVATTO, Daniel (coord.). *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Coyoacán: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

¹⁴ As inquietudes internas, resultado de la miseria de amplios sectores sociales y la desigualdad social insultante, amén de factores como efecto dominó o mal ejemplo, solidaridad y apoyos mutuos entre las autocracias, escasez de divisas extranjeras, explosión demográfica, derroches económicos, falta de cultura cívica y marcado desprecio por el estado de derecho entre otros. Además, no pueden desconocerse las peculiaridades de los países de la región, ni que esos factores pesen más en unos que en otros. Dichos factores externos e internos son aprovechados por personas sedientas de poder. CARPIZO, Jorge. Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: CARBONNEL, Miguel; CARPIZO, Jorge; ZOVATTO, Daniel (coord.). *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Coyoacán: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009. p. 9.

Além disso, verifica-se que a hipertrofia do Poder Executivo também é uma característica do continente. No caso brasileiro, depois do 1964-1985, em que se viveu uma ditadura militar com períodos distintos, com um Congresso Nacional já eleito, ocorre em 1987 um processo constituinte que levará à promulgação da Constituição de 1988, estabelecendo um Estado Social e Democrático de Direito.

Na Argentina, esse movimento militar bastante violento se reproduz entre 1976 e 1983. A partir de 1983, com a eleição de Raúl Alfonsín, o sistema representativo se refaz, com os princípios republicano e federal novamente fortalecidos. Tal qual no caso brasileiro, essa eleição se deu indiretamente, resgatando-se o princípio da separação dos poderes, com um Poder Judiciário renovado¹⁵. Em 1994, faz-se uma reforma ampla da Constituição Federal, em clara intenção de fortalecer o sistema representativo e o sistema governativo. Paradoxalmente, ao pretender reduzir a força política do Presidente da República, também se admite a reeleição para tal cargo por eleições diretas¹⁶.

Com a Reforma de 1994, não somente se inscreveram, novos direitos civis, políticos e sociais, mas, também, constitucionalizaram-se diversos tratados internacionais de direitos humanos, com *status* constitucional, conforme artigo 75, inciso 22. A partir de então, aprofundou-se o presidencialismo, tanto nos governos de Carlos Menem quanto nos de Nestor Kirchner. Mais recentemente, de Cristina Kirchner, sendo um grande exemplo de hiperpresidencialismo¹⁷ no continente.

A Venezuela aprovou uma nova constituição, em 1999. Em 2007 houve sensível reforma que, mesmo respeitando os procedimentos formais, não obedeceu aos ditames da Constituição então existente. O presidente Hugo Chávez, reeleito em 2006, em último mandato, nomeou por um decreto-lei, em 2007, um “Conselho presidencial de reforma Constitucional” que teve seus trabalhos sancionados pela Assembleia Nacional¹⁸. A reforma, aprovada contra o texto constitucional, produz mudanças em temas sensíveis à democracia, como a regulação dos Estados de Exceção, estendendo poderes e restrições, e reduzindo cautelas e controles. Ademais, foram reduzidos os meios de democracia participativa sob a justificativa de que luta contra o socialismo¹⁹.

Os problemas do hiperpresidencialismo no México, ainda que não tão expandidos como na Venezuela, retratam, também, os vícios do constitucionalismo latino-americano. Com sua Constituição de 1917, inaugurou o constitucionalismo social na América Latina, que produz uma grande novidade na região. Todavia, apresenta os mesmos problemas políticos e constitucionais que ocorrem em outros continentes, como uma democracia unicamente formal²⁰. A dominação de um partido político (PRI), por mais de 80 anos, contribuiu para a debilidade dos processos políticos, além de problemas de segurança com o narcotráfico e a corrupção, questões típicas do continente.

A liberdade de expressão, na América Latina, é um dos fundamentos das constituições democráticas

¹⁵ SAGÜES, Néstor Pedro. Evolución institucional argentina: sistema de gobierno, poder judicial, derechos fundamentales (1975-2005). In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (org.). *La evolución político-constitucional de América del Sur: 1976-2005*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

¹⁶ SAGÜES, Néstor Pedro. Evolución institucional argentina: sistema de gobierno, poder judicial, derechos fundamentales (1975-2005). In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (org.). *La evolución político-constitucional de América del Sur: 1976-2005*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009. p. 32.

¹⁷ NINO, Carlos. El hiperpresidencialismo argentino y las concepciones de la democracia. In: NINO, Carlos *et al.* *El presidencialismo puesto a prueba*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

¹⁸ AYALA CORAO, Carlos; CASAL, Jesús. La evolución político-constitucional de Venezuela 1975-2005. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (org.). *La evolución político-constitucional de América del Sur: 1976-2005*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

¹⁹ AYALA CORAO, Carlos; CASAL, Jesús. La evolución político-constitucional de Venezuela 1975-2005. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (org.). *La evolución político-constitucional de América del Sur: 1976-2005*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009. p. 627-628.

²⁰ PATIÑO CAMARENA, Javier. Consideraciones en torno a la democracia representativa y al referéndum en México. In: CARBONNEL, Miguel; CARPIZO, Jorge; ZOVATTO, Daniel (coord.). *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Coyoacán: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

referidas, mas é também fonte de preocupação constante. Ela deve ser entendida como a proteger “valor social o colectivo que se promueve; el desarrollo y fortalecimiento de la democracia. Esta vinculación con la democracia nos presenta el aspecto colectivo de la libertad de expresión [...]”²¹. Essa democracia somente pode ser alcançada na região mediante a garantia de alguns direitos e do fortalecimento e controle de instituições. Deve conter, assim, “diversas libertades habitualmente llamadas “políticas,” tales como las de asociación, expresión, movimiento y de disponibilidad de información no monopolizada por el estado o por agentes privados”²².

Esta tendência de afrontar a liberdade de expressão na região está bem relatada em Informe recente produzido pela UNESCO afirma ser usual o recurso ao direito penal para afrontar a crítica pública, em diversos meios²³. A questão, assim, deve ser discutida com base nos fundamentos de tal judicialização, ou seja, o que os estados nacionais têm feito, desde o processo de redemocratização, para retirar esses “elementos” autoritários de seu ordenamento jurídico?

Verifica-se, portanto, clara identidade de movimentos que afetam as respectivas constituições, de modo a se perceber semelhanças claras entre estas e o processo de redemocratização. Tal movimento também pode ser compreendido com base na reforma legislativa, especialmente, se analisando leis de desacato ou outras espécies de limitação de liberdade de expressão para crítica dos agentes públicos e políticos.

4 Acatando os precedentes interamericanos sobre o desacato

Em 05 de maio de 1992, Horacio Verbitsky, jornalista, remeteu petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, requerendo o reconhecimento da violação pelo Estado argentino dos artigos 8 (imparcialidade e independência dos juízes), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 24 (igualdade perante a Lei), todos da CADH. A petição tinha como base sua condenação internamente pelo suposto delito de desacato praticado com base em um texto que o jornalista havia anteriormente escrito e publicado²⁴. Foi por essa via que as discussões acerca do delito de desacato chegaram ao SIDH.

No caso, ainda em 1992, solução amistosa foi encontrada. O acordo, chancelado pela Comissão, trouxe em seu bojo, a previsão de a Argentina derrogar a lei que tipificava o desacato, revogar a sentença condenatória de Horacio Verbitsky, cancelar os efeitos da dita sentença e reparar de modo amplo e adequado a vítima. Na oportunidade, as partes acordaram em solicitar à CIDH a elaboração de um relatório acerca da compatibilidade da previsão de delito de desacato em legislação dos países da América com a CADH²⁵. Após essa solicitação²⁶, foi expedido o *Informe sobre la Compatibilidad entre las Leyes de Desacato y la Convencion Americana sobre Derechos Humanos* em 1994.

²¹ BONOMETTI, Petra; RUIZ SEISDEDOS, Susana. La democracia en América Latina y la constante amenaza de la desigualdad. *Andamios*, v. 7, n. 13, p. 11-36, 2010.

²² O'DONNELL, Guillermo. Acerca del Estado en América Latina contemporánea. In: PNUD. *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Washington, D. C.: Naciones Unidas, 2004. p. 149-191.

²³ Funcionarios públicos de toda la región han iniciado procedimientos penales contra usuarios de Internet, especialmente contra usuarios y/o periodistas opositores del partido de gobierno. Las denuncias contra estos individuos se basan en leyes contra la difamación, y algunas de ellas se realizaron contra los autores de los llamados “memes”, que parodian a personalidades políticas. Esto coincide con la tendencia persistente en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe a conservar leyes penales de difamación. Estas leyes también se aplican a los contenidos de Internet, que son así calificados como ofensas penales. UNESCO. *Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: informe regional 2017-2018 América Latina y el Caribe*. París. Disponível em: <https://www.cfpdudgvirtual.org/unesco-publica-informe-de-libertad-de-expresion-en-america-latina/>. Acesso em: 01 out. 2020.

²⁴ CIDH. *Horacio Verbitsky v. Argentina*. Relatório n.º 22/94, Caso 11.012. 20 set. 1994. par. 1.

²⁵ CIDH. *Horacio Verbitsky v. Argentina*. Relatório n.º 22/94, Caso 11.012. 20 set. 1994. par. 17.

²⁶ Cf. CIDH. *Horacio Verbitsky v. Argentina*. Relatório n.º 22/94, Caso 11.012. 20 set. 1994. par. 12. Outra definição alternativa é a de que leis de desacato *son aquellas que brindan una protección especial a los funcionarios públicos contra un leguaje presuntamente insultante u ofensivo* CIDH. *Nota técnica sobre los parámetros internacionales respecto a la libertad de expresión y los crímenes contra el honor y la adecuación de los dispositivos respecto a los crímenes contra el honor presentes en el proyecto de reforma del Código Penal brasileño*. 2013. p. 4.

No relatório da Comissão, esclareceu que o termo “leis de desacato” abrange aquelas que penalizam quem ofende, ameaça ou insulta um funcionário público em desempenho de suas funções, pela na proteção do adequado funcionamento da administração pública²⁷. A conclusão final do relatório, no entanto, foi de incompatibilidade destas com o direito à liberdade de pensamento e expressão consagrado no art. 13 da Convenção.

O caminho trilhado em direção à conclusão foi ancorado, preliminarmente, na noção de que “*la convención protege y promueve un amplio concepto de libertad de expresion para preservar la existencia de las sociedades democraticas*”²⁸, uma vez que a liberdade de expressão “*es indispensable para la formación de la opinión pública*”²⁹.

A síntese do *Informe* foi a de que leis de desacato reprimem a liberdade de expressão necessária para o funcionamento de uma sociedade democrática. A Comissão deixa claro que restrição à liberdade de expressão nunca pode se operar em censura prévia, como estabelece o artigo 13(2) da CADH, mas somente com base em responsabilidade ulterior que, quando não pautada em uma “exigência justa”, é descomedida e inconveniente, em especial à luz do art. 29(d) da Convenção. Ademais, com base na Opinião Consultiva 5/85 da Corte Interamericana, devem ser restrições cujos fundamentos sejam prévios e estabelecidos em lei; que perseguem fins legítimos; e que são restrições necessárias para assegurar tal fim.

Considerando-se esses parâmetros, a CIDH definiu que as restrições impostas por leis de desacato não são legítimas, pois, apesar dos dois primeiros requisitos assinalados no parágrafo anterior pudessem ser preenchidos, a proteção à honra de funcionários públicos é outorgada injustificadamente, uma vez que nenhum dos demais integrantes da sociedade gozam desta.

Em verdade, pelo expediente do desacato inverte-se, segundo o *Informe* da Comissão, a lógica aplicável em uma sociedade democrática, pois os funcionários públicos estão sujeitos a constantes escrutínios da população pela posição que ocupam, fazendo parte desse palco discursos críticos e inclusive ofensivos proferidos pela população em relação aqueles que ocupam cargos públicos³⁰.

Soma-se a deslegitimar as leis de desacato, conforme a Comissão, o fato das de tais leis intimidarem toda pessoa que busca dar voz a seus pensamentos em relação à determinada atividade prestada pelo governo, funcionando, portanto, como método de supressão apriorístico de críticas, e, em última instância, como censura prévia.

Se o fundamento da honra dos servidores públicos não se mostrou suficiente, tampouco o da manutenção da ordem pública, do qual muitas vezes os Estados lançam mão. A CIDH refere que em “*una democracia debidamente funcional es por cierto la máxima garantía del orden público*”³¹. Além disso, a liberdade de expressão é caráter intrínseco dessa funcionalidade e, mesmo assim, os delitos de desacato a tolhem contraditoriamente a liberdade de expressão em prol da ordem pública.

Afirma a Comissão que, mesmo que se considerassem plausíveis os fundamentos de proteção especial e de ordem pública, a restrição que imprimem as leis de desacato ainda não seria legítima, pois não são necessárias para persecução do fim desejado. Aludiu-se, no referido *Informe*, que ações civis por difamação e

²⁷ “Las leyes de desacato son una clase de legislación que penaliza la expresión que ofende, insulta o amenaza a un funcionario público en el desempeño de sus funciones oficiales. Estas leyes tienen una larga historia, habiéndose promulgado en tiempos de los romanos para defender el honor del emperador. Hoy en día, las leyes de desacato que subsisten en muchos Estados miembros se justifican so pretexto de la necesidad de proteger el adecuado funcionamiento de la administración pública” CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1994.

²⁸ CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1994.

²⁹ CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1994.

³⁰ “El tipo de debate político a que da lugar el derecho a la libertad de expresión generará inevitablemente ciertos discursos críticos o incluso ofensivos para quienes ocupan cargos públicos o están íntimamente vinculados a la formulación de la política pública. De ello se desprende que una ley que ataque el discurso que se considera crítico de la administración pública en la persona del individuo objeto de esa expresión afecta a la esencia misma y al contenido de la libertad de expresión” CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1994.

³¹ CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1994.

calúnia já são remédios suficientes para condutas abusivas relacionadas à liberdade de expressão ofensiva da honra pessoal do funcionário público.

A Comissão também assinala que toda crítica à administração pública poderia ser respondida suficientemente mediante meios de comunicação, assegurando ordem pública: “*el Estado garantiza la protección de la vida privada de todos los individuos sin hacer un uso abusivo de sus poderes coactivos para reprimir la libertad individual de formarse opinión y expresarla*”³². Com base nesse primeiro precedente, a CIDH rechaçou, aprioristicamente, a hipótese de leis de desacato serem compatíveis com a CADH.

Esse entendimento foi replicado pelos trabalhos da Relatoria Especial sobre Liberdade de Expressão, instituída, em 1997, no âmbito interamericano. Vinculada à CIDH, esta foi criada para enfrentar, de modo uniforme e preventivo, os problemas existentes na região, formulando recomendações e sugestões de transformações no âmbito dos Estados, de acordo com as normas interamericanas e as recomendações feitas. A Relatoria identificou 17 países que previam leis de desacato em seu ordenamento³³ e recomendou que fossem derogadas³⁴. Recomendação que permanece até hoje nos Relatórios Especiais da Relatoria, como o Relatório de 2016.

A Comissão aprovou em 2000 a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão³⁵, cujo Princípio 11 evidencia a incompatibilidade apriorística de leis de desacato com a Convenção Americana:

[o]s funcionários públicos estão sujeitos a maior escrutínio da sociedade. As leis que punem a expressão ofensiva contra funcionários públicos, geralmente conhecidas como “leis de desacato”, atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação³⁶.

Posteriormente, em 2010, a Comissão, na edição do *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*, reforçou a incompatibilidade das leis de desacato com a Convenção, à luz do Relatório de 1994 e da Declaração de Princípios. Destaca-se que a responsabilização pelo eventual exercício abusivo de liberdade de expressão (identificada *a posteriori* e afastada hipótese de leis de desacatos) deve ser acompanhada de sanção proporcional³⁷. No mesmo ano, igual remarco foi dado pela *Agenda Hemisférica para la Defensa de la Libertad de Expresión*, apontando o relatório de 1994 e a construção interamericana acerca das leis de desacato como importantes contribuições da CIDH para a matéria da liberdade de expressão³⁸.

A seguir, no ano de 2013, o relatório da *Zonas Silenciadas: Regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión* a CIDH sublinhou que o direito penal tem sido utilizado na América Latina como ferramenta para punir e reprimir discursos críticos à funcionários do governo ou sobre matérias de interesse público³⁹. A isto acresceu-se o que dispôs o relatório *Criminalización de Defensoras y Defensores de Derechos Humanos*, de 2015, com especial preocupação às “*figuras penales que restringen el ejercicio de la protesta social o de los delitos de desacato que criminalizan actividades legítimas enmarcadas dentro del derecho a la libertad de expresión*”⁴⁰.

³² CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1994.

³³ Contudo, “en las últimas dos décadas, diversos países de la región, como Argentina (1993), Paraguay (1998), Costa Rica (2002), Chile (2005), Honduras (2005), Panamá (2005), Guatemala (2006), Nicaragua (2007), Bolivia (2012) y Ecuador (2013) han derogado sus normas de desacato, bien por medio de reformas legislativas o por decisiones de sus tribunales superiores (par. 274) (CIDH. *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*. 2015. par. 274). Cabe nota de que Peru e El Salvador também derogaram suas leis, conforme destaca o Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión da CIDH de 2006.

³⁴ CIDH. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión*. 1998. p. 56.

³⁵ “A ideia de desenvolver uma Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão nasceu do reconhecimento da necessidade de outorgar um marco jurídico que regule a efetiva proteção da liberdade de expressão no continente, incorporando as principais doutrinas reconhecidas em diversos instrumentos internacionais”. CIDH. *Antecedentes e interpretação da Declaração de Princípios*. 2000. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&IID=4>. Acesso em: 21 nov. 2020.

³⁶ CIDH. *Antecedentes e interpretação da Declaração de Princípios*. 2000. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&IID=4>. Acesso em: 21 nov. 2020.

³⁷ CIDH. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. 2010. p. 31.

³⁸ CIDH. *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*. 2010. par. 56

³⁹ CIDH. *Zonas silenciadas: regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión*. 2013. par. 28.

⁴⁰ CIDH. *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*. 2015. par. 239.

Ainda em 2013, a pedido do Estado Brasileiro, foi emitida *Nota Técnica sobre los Parámetros Internacionales Respecto a la Libertad de Expresión y los Crímenes Contra el Honor y la Adecuación de los Dispositivos Respecto a los Crímenes Contra el Honor Presentes en el Proyecto de Reforma del Código Penal Brasileño* pelos relatores especiais da OEA e da ONU na temática da liberdade de expressão. Em tal nota técnica, congratulou-se o Brasil em razão de a reforma, então em voga, do Código Penal propor a derrogação da criminalização de desacato.

Para os relatores, isso significa que os estandartes interamericanos bem consagrados pela CIDH estariam sendo respeitados. Havia, porém, preocupação com a permanência do aumento da pena por crimes de calúnia, injúria e difamação quando cometido contra servidores públicos no exercício de suas funções. Respaldou-se, assim, a interpretação que a Comissão vinha conferindo às leis de desacato, pelos relatores da ONU e OEA.

Pelo exposto, a CIDH, com fundamento em diversos argumentos, considera como incabível a permanência de leis de desacato *per se* nos ordenamentos jurídicos internos dos países integrantes do sistema interamericano, por serem contrárias à Convenção Americana, devendo ser revogadas⁴¹.

No âmbito da jurisdição interamericana, entretanto, diferentes contornos foram dados à matéria, que pode ser vista sob duas óticas.

A primeira diz respeito à sedimentada jurisprudência sobre a necessidade, em sociedades democráticas, de um escrutínio forte sobre os funcionários públicos, dado os cargos que detêm e o interesse público envolvido em suas atividades. A Corte IDH, em *Tristán Donoso*, afirma que, no caso de funcionários públicos, o escrutínio do seu desempenho deve ser mais forte e mais livre, dado que, especialmente em sociedades democráticas, tais servidores devem estar “mais expostos ao escrutínio e à crítica do povo”. Isso porque se “expõem voluntariamente a um escrutínio mais exigente. Suas atividades saem do domínio da esfera privada para se colocarem na esfera do debate público”⁴². Tal posicionamento já havia sido exposto em *Herrera Ulloa*⁴³, no qual a Corte IDH entendeu que a crítica a funcionários públicos deve gozar de uma “margem de abertura a um debate amplo a respeito de assuntos de interesse público”, em uma sociedade democrática. Também no precedente do caso *Ricardo Canese*, a Corte IDH estabelece um diálogo aberto com a Corte Europeia de Direitos Humanos, e reconhece a violação do artigo 13.2 da CADH, afirmando que a responsabilidade dos “funcionários públicos sobre sua gestão pública” deve passar por controle democrático devendo existir uma “margem maior de tolerância frente a afirmações e apreciações vertidas no curso dos debates políticos ou sobre questões de interesse público”⁴⁴. A Corte IDH construiu o entendimento de que os funcionários públicos não devem gozar de proteção especial para a proteção de sua honra.

⁴¹ “En relación con las normas que sancionan penal o civilmente la expresión, la Relatoría Especial recomienda a los Estados miembros: a. Promover la derogación de las leyes que consagran el desacato, cualquiera sea la forma en la que se presenten, dado que estas normas son contrarias a la Convención Americana y restringen el debate público, elemento esencial del funcionamiento democrático” CIDH. *Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, 2015. v. 2, 2016. p. 402.

⁴² “las expresiones concernientes a la idoneidad de una persona para el desempeño de un cargo público o a los actos realizados por funcionarios públicos en el desempeño de sus labores gozan de mayor protección, de manera tal que se propicie el debate democrático. La Corte ha señalado que **en una sociedad democrática los funcionarios públicos están más expuestos al escrutinio y la crítica del público**. Este diferente umbral de protección se explica porque se han expuesto voluntariamente a un escrutinio más exigente. Sus actividades salen del dominio de la esfera privada para insertarse en la esfera del debate público. Este umbral no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el interés público de las actividades que realiza. CIDH. *Tristán Donoso v. Panamá*. Exceção preliminar, fundo, reparações e custas. Sentença de 27 de janeiro de 2009. §115.

⁴³ “128. En este contexto es lógico y apropiado que las expresiones concernientes a funcionarios públicos o a otras personas que ejercen funciones de una naturaleza pública deben gozar, en los términos del artículo 13.2 de la Convención, de un margen de apertura a un debate amplio respecto de asuntos de interés público, el cual es esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático. Esto no significa, de modo alguno, que el honor de los funcionarios públicos o de las personas públicas no deba ser jurídicamente protegido, sino que éste debe serlo de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. 129. Es así que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Aquellas personas que influyen en cuestiones de interés público se han expuesto voluntariamente a un escrutinio público más exigente y, consecuentemente, se ven expuestos a un mayor”. CIDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença de 2 de julho de 2004. §128-129.

⁴⁴ CIDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fundo, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2004.

A segunda, sobre o tema específico do desacato, tem o seu primeiro precedente no Caso Palamara Iribarne v. Chile em 2005. Os fatos desses casos se reportam à proibição, em 1993, da publicação do livro “*Ética y Servicios de Inteligencia*”, que tratava de certos parâmetros éticos que deveriam ser seguidos pela inteligência das Forças Armadas em aspectos no cotidiano das Forças. O autor, Humberto Antonio Palamara Iribarne, antigo militar da marinha e à época dos fatos empregado civil da marinha, além de ver a publicação de sua obra obstada, respondeu processos por desobediência e incumprimento de deveres militares.

Perante tais circunstâncias, ainda em 1993, Iribarne realizou uma coletiva de imprensa publicada em veículos midiáticos locais em sua residência criticando a atuação das Forças Armadas em relação ao seu livro, que fora. Apresentou-se, então, denúncia contra Iribarne pelo delito de desacato, sendo aberto processo penal militar, se alegando que haviam sido utilizados termos altamente ofensivos por Iribarne, em especial ao se referir ao procurador da Marinha responsável pela abertura dos processos mencionados. Ao final, Iribarne foi condenado por desacato, com pena de 61 dias de prisão, multa de 11 salários-mínimos, custas judiciais e a suspensão do cargo público durante o período da condenação.

Para a Corte, no exame dos fatos, a adequação de determinada lei de desacato e dos resultados que produz perante a CADH são determinados necessariamente ao caso concreto⁴⁵. Afastou-se, assim, o entendimento esboçado na CIDH que leis de desacato são *ipso facto* e *per se* incompatíveis com o sistema regional de direitos humanos.

Assim, como teste para a convencionalidade, a Corte aduz que a restrição à liberdade de expressão, dado que esta não é um direito absoluto⁴⁶ — conforme o próprio art. 13 da Convenção —, deve se dar por responsabilidades ulteriores que estejam expressamente fixadas em lei; que procurem proteger reputação dos demais, segurança nacional, ordem pública e ou a moral pública e devem ser necessárias em uma sociedade democrática⁴⁷. Nesse diapasão, o requisito da necessidade corresponde ao fato de que a restrição deverá buscar satisfazer um interesse público imperativo e, para tal, deve-se escolher os meios que restrinjam em menor escala os direitos⁴⁸.

Após realizar esse teste, a conclusão da Corte foi a de que, naquele caso do Senhor Iribarne, a legislação sobre desacato produziu sanções desproporcionais e desnecessárias em uma democracia⁴⁹. Acresceu a Corte, além da violação à liberdade de pensamento e expressão (art. 13), violação à obrigação de respeitar e implementar direitos (art. 2 da CADH), pelo fato de o Chile ter incluído em seu ordenamento interno lei de desacato que não restringia legitimamente direitos⁵⁰. Em síntese, há convergência no sistema interamericano quanto à inconventionalidade das leis de desacato.

⁴⁵ CIDH. *Palamara Iribarne v. Chile*. Mérito, reparações e custas. 22/11/2005. Série C, nº 135. par. 80.

⁴⁶ CIDH. *Palamara Iribarne v. Chile*. Mérito, reparações e custas. 22/11/2005. Série C, nº 135. par. 79.

⁴⁷ CIDH. *Palamara Iribarne v. Chile*. Mérito, reparações e custas. 22/11/2005. Série C, nº 135. par. 178.

⁴⁸ “El Tribunal ha señalado que la “necesidad” y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención Americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 de la Convención garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en dicho artículo. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”. CIDH. *Palamara Iribarne v. Chile*. Mérito, reparações e custas. 22/11/2005. Série C, nº 135. par. 85.

⁴⁹ “La Corte estima que en el presente caso, a través de la aplicación del delito de desacato, se utilizó la persecución penal de una forma desproporcionada e innecesaria en una sociedad democrática, por lo cual se privó al señor Palamara Iribarne del ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, en relación con las opiniones críticas que tenía respecto de asuntos que le afectaban directamente y guardaban directa relación con la forma en que las autoridades de la justicia militar cumplían con sus funciones públicas en los procesos a los que se vio sometido. La Corte considera que la legislación sobre desacato aplicada al señor Palamara Iribarne establecía sanciones desproporcionadas por realizar críticas sobre el funcionamiento de las instituciones estatales y sus miembros, suprimiendo el debate esencial para el funcionamiento de un sistema verdaderamente democrático y restringiendo innecesariamente el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión”. CIDH. *Palamara Iribarne v. Chile*. Mérito, reparações e custas. 22/11/2005. Série C, nº 135. § 95.

⁵⁰ CIDH. *Palamara Iribarne v. Chile*. Mérito, reparações e custas. 22/11/2005. Série C, nº 135. par. 95.

Pensamos, conseqüentemente, que a jurisprudência da Corte IDH se constitui contra eventuais tratamentos diferenciados para funcionários públicos, e que os estados parte não devem prever tipificação especial para sua proteção, ainda mais em sociedades democráticas, sendo o crime de desacato, conseqüentemente, previsão legal que não se adequa ao que prevê a proteção de liberdade de expressão no Sistema Interamericano.

5 A liberdade de expressão no ordenamento doméstico na América Latina: a supressão ou reforma da regulação dos crimes de desacato

Há, juntamente à consolidação da jurisprudência internacional, especialmente do SIDH, um movimento de reforma da legislação sobre crimes de desacato, na América Latina, a formar uma realidade em que a identidade entre os estados nacionais aponta para a sua superação da tipificação especial do desacato como instrumento de restrição à liberdade de expressão da crítica conta agentes públicos ou políticos nacionais.

No *Informe sobre La Compatibilidad entre Las Leyes de Desacato y la Convencion Americana sobre Derechos Humanos*⁵¹, de 1994, há, à época, leis de desacato nos seguintes países:

Bolivia, artículo 162 del Código Penal; Brasil, artículo 331 del Código Penal; Chile, Título VI del Código Penal, “De los crímenes y simples delitos contra el orden y la seguridad públicos cometidos por particulares”, artículos 263 y 264; Costa Rica, Título XIII del Código Penal, “Delitos contra la autoridad pública”, artículo 307; Cuba, Capítulo II del Código Penal, “Violencia, ofensa y desobediencia contra la autoridad, los funcionarios públicos y sus agentes”, artículo 144; Ecuador, artículo 231 del Código Penal; El Salvador, artículo 456 del Código Penal; Guatemala, Título XIII del Código Penal, “De los delitos contra la administración pública”, artículos 411, 412, 413; Haití, Capítulo II del Código Penal, “Ultrajes, violencia contra los depositarios de la autoridad y la fuerza pública”, artículo 183; México, Capítulo IV del Código Penal, “Delitos cometidos contra funcionarios públicos”, artículo 189; Paraguay, Capítulo IV del Código Penal, “Delitos contra la autoridad pública”, artículo 163(1); Perú, Sección III del Código Penal, artículo 374; Uruguay, Título V del Código Penal, “Delitos contra la autoridad pública”, artículo 173; Venezuela, Capítulo VIII del Código Penal, “De los ultrajes y otros delitos contra las personas investidas de autoridad pública”, artículo 223⁵².

Com o intuito de verificar o movimento de abolição de tais leis dos ordenamentos jurídicos domésticos dos estados nacionais da região, analisamos, caso a caso, quais os resultados do processo de redemocratização na região no que diz respeito à supressão da tipificação do crime de desacato. Interessa somente fazer menção à previsão também do crime de desacato por não cumprir ordem de autoridade, o que, para o presente trabalho, não interessa como objeto de estudo.

Após analisar a resistência de previsão do crime de desacato nos países da região, verifica-se que somente Brasil, El Salvador e Venezuela, atualmente, continuam a prever um tipo especial de crime para a proteção de autoridades públicas, conforme Tabela 1, o que comprova o isolamento da regulação sobre o tema em nosso país.

⁵¹ CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convencion Americana sobre Derechos Humanos*. 1994.

⁵² Dos países referidos, não analisaremos os casos haitiano e cubano por não estarem na região política a que nos propusemos a analisar. Também a Colômbia não passará pelo nosso crivo por não dispor de criminalização do desacato no período analisado. Como se verá, analisaremos todos os demais países para entender o estado da arte da criminalização do desacato neste momento.

Tabela 1: legislação doméstica sobre desacato na América Latina

<i>Previsões normativas sobre desacato na América Latina</i>			
País	Previsão normativa original	Previsão normativa atual	Meio de supressão da previsão
BOLÍVIA	Código Penal – Lei 10426/72. Artículo 162: El que por cualquier medio calumniare, injuriare o difamare a un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o a causa de ellas, será sancionado con privación de libertad de un mes a dos años. Si los actos anteriores fueren dirigidos contra el Presidente o Vicepresidente de la República, Ministros de Estado o de la Corte Suprema o de un miembro del Congreso, la sanción será agravada en una mitad.	El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Plena; en virtud de la jurisdicción y competencia que le confieren los arts. 202.1 de la CPE; y, 12.2, 28.I.2 y 109 de la LTCP, declara la INCONSTITUCIONALIDAD del art. 162 del CP.	Declarada Inconstitucional
BRASIL	Código Penal - Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro De 1940. Artículo 331: Desacatar al funcionario público en el ejercicio de sus funciones o en razón de ella. Tendrá una pena de detención de 6 meses a dos años o multa.	Artículo 331: Desacatar al funcionario público en el ejercicio de sus funciones o en razón de ella. Tendrá una pena de detención de 6 meses a dos años o multa.	Não houve modificação
CHILE	Código Penal – 12 de Novembro de 1874. Artículo 263: El que de hecho o de palabra injuriare gravemente al Presidente de la República, o a alguno de los cuerpos colegisladores o a las comisiones de estos, sea en los actos públicos que lo representan, sea en el desempeño de sus atribuciones particulares, o a los tribunales superiores de justicia, será castigado con reclusión menor en su grado medio a máximo y multa de once a veinte sueldos vitales. Artículo 264: Cometén desacato contra la autoridad: 1. Los que perturban gravemente el orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores y los que injurian o amenazan en los mismos actos a algún diputado o senador. 2. Los que perturban gravemente el orden en las audiencias de los tribunales de justicia y los que injurian o amenazan en los mismo actos a un miembro de dichos tribunales. 3. Los que injurian o amenazan: Primero: A un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el Congreso. Segundo: A un miembro de un tribunal de justicia por los fallos que hubiere dado. Tercero: A los ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos. Cuarto: A un superior suyo con ocasión de sus funciones.	Artículo 263: (DERROGADO - LEY 20048 Art. 1º N.º 2 D.O. 31.08.2005) Art. 264. El que amenace durante las sesiones de los cuerpos colegisladores o en las audiencias de los tribunales de justicia a algún diputado o senador o a un miembro de dichos tribunales, o a un senador o diputado por las opiniones manifestadas en el Congreso, o a un miembro de un tribunal de justicia por los fallos que hubiere pronunciado o a los ministros de Estado u otra autoridad en el ejercicio de sus cargos, será castigado con reclusión menor en cualquiera de sus grados. El que perturbe gravemente el orden de las sesiones de los cuerpos colegisladores o de las audiencias de los tribunales de justicia, u ocasionare tumulto o exaltare al desorden en el despacho de una autoridad o corporación pública hasta el punto de impedir sus actos, será castigado con la pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, o sólo esta última. (Ley 20.048 : (D. Oficial, 31 agosto, 2005) : modifica el código penal y el código de justicia militar en materia de desacato)	Atualizada. Modificado pela Lei 20.048 D.O. 31 agosto de 2005
COLÔMBIA			NUNCA HOUVE PREVISÃO

Previsões normativas sobre desacato na América Latina

País	Previsão normativa original	Previsão normativa atual	Meio de supresão da previsão
PERU	<p>Código Penal – Decreto Legislativo 635 Promulgado: 03-04-91. Artículo 374: El que amenaza, injuria o de cualquier otra manera ofende la dignidad o el decoro de un funcionario público a causa del ejercicio de sus funciones o al tiempo de ejercerlas, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres años. Si el ofendido es el presidente de uno de los poderes del Estado, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años.</p>	<p>(*) Artículo derogado por el Artículo Único de la Ley N.º 27975, publicada el 29 mayo 2003.</p>	<p>Revogado.</p> <p>(*) Artículo derogado por el Artículo Único de la Ley N.º 27975, publicada el 29 mayo 2003.</p>
URUGUAI	<p>Código Penal – 9155/1933.</p> <p>Artículo 173: se comete desacato, menoscabando la autoridad de los funcionarios de alguna de las siguientes maneras:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por medio de ofensas reales, escritas o verbales, ejecutadas en presencia del funcionario o en lugar en que este ejerciere sus funciones, o fuera del lugar y de la presencia del mismo, pero en estos dos últimos casos, con motivo o a causa de la función. 2. Por medio de la desobediencia abierta, al mandato de los funcionarios. <p>Se consideran ofensas reales, el penetrar con armas en el lugar donde los funcionarios ejercieren sus funciones, la violencia en las cosas; los gritos y ademanes ofensivos, aun cuando no se dirijan contra estos.</p> <p>El delito se castiga con tres a dieciocho meses de prisión.</p>	<p>(Desacato) - Se comete desacato menoscabando la autoridad de los funcionarios públicos de alguna de las siguientes maneras:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) Por medio de ofensas reales ejecutadas en presencia del funcionario o en el lugar en que éste ejerciera sus funciones. 2) Por medio de la desobediencia abierta al mandato legítimo de un funcionario público. <p>El delito se castiga con tres a dieciocho meses de prisión.</p> <p>Nadie será castigado por manifestar su discrepancia con el mandato de la autoridad. (*)</p> <p>Cuando se incumpliera una medida cautelar impuesta judicialmente en procesos de protección ante la violencia basada en género, doméstica o sexual el delito se castiga con tres meses de prisión a dos años de penitenciaría. (*)</p>	<p>Atualizada.</p> <p>Redacción dada por: Ley N.º 18.515 de 26/06/2009 artículo 6.</p> <p>Inciso final agregado/s por: Ley N.º 19.580 de 22/12/2017 artículo 85.</p>

Previsões normativas sobre desacato na América Latina

País	Previsão normativa original	Previsão normativa atual	Meio de supresão da previsão
VENEZUELA	<p>Código Penal De Venezuela – Atualização 20/10/2000.</p> <p>Artículo 223: El que de palabra u obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro del Congreso, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigue, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza publica, con prisión de uno a tres meses 2. Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro del Congreso o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año, según la categoría de dichas personas. <p>Artículo 226: El que de palabra o de obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación, decoro o dignidad de algún cuerpo judicial, político o administrativo, si el delito se ha cometido en el acto de hallarse constituido, o de algún magistrado en audiencia, será castigado con prisión de tres meses a dos años.</p> <p>Si el culpable ha hecho uso de violencia o amenazas, la prisión será de seis meses a tres años.</p> <p>El enjuiciamiento no se hará lugar sino mediante requerimiento del cuerpo ofendido. Si el delito se ha cometido contra cuerpos no reunidos, el enjuiciamiento solo se hará lugar mediante requerimiento de los miembros que los presiden.</p> <p>Este requerimiento se dirigirá al Representante del Ministerio Público para que promueva lo conducente.</p> <p>Artículo 227: En los casos previstos en los artículos precedentes, no se admitirá al culpable prueba alguna sobre la verdad ni aun sobre la notoriedad de los hechos o de los defectos imputados a la parte ofendida.</p>	<p>Artículo 223 - El que de palabra u obra ofendiere de alguna manera el honor, la reputación o el decoro de un miembro de la Asamblea Nacional, o de algún funcionario público, será castigado del modo que sigue, si el hecho ha tenido lugar en su presencia y con motivo de sus funciones:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1.- Si la ofensa se ha dirigido contra algún agente de la fuerza pública, con prisión de uno a tres meses. 2.- Si la ofensa se ha dirigido contra un miembro de la Asamblea Nacional o algún funcionario público, con prisión de un mes a un año, según la categoría de dichas personas. <p>Artículo 227.- En los casos previstos en los artículos precedentes, no se admitirá al culpable prueba alguna sobre la verdad ni aun sobre la notoriedad de los hechos o de los defectos imputados a la parte ofendida. *</p>	<p>*Atualizada - 20.10.2000</p>
COSTA RICA	<p>Actualizado A 26 Febrero 2002 LEY 4573.</p> <p>Artículo 307: Será reprimido con prisión de un mes a dos años, el que ofendiere el honor o el decoro de un funcionario público o lo amenazare a causa de sus funciones, dirigiéndose a el personal o públicamente o mediante comunicación escrita, telegráfica o telefónica o por la vía jerárquica.</p> <p>La pena de seis meses a tres años, si el ofendido fuera el Presidente de la Nación, un miembro de los supremos Poderes, Juez, Magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones, Contralor o Subcontralor General de la República.</p>	<p>Artículo 309.—Amenaza a un funcionario público. Será reprimido con prisión de un mes a dos años quien amenazare a un funcionario público a causa de sus funciones, dirigiéndose a él personal o públicamente, o mediante comunicación escrita, telegráfica o telefónica o por la vía jerárquica. (Así reformado por Ley N.º 8224 de 13 de marzo del 2002, que deroga el tipo penal de Desacato)</p>	<p>Revogado</p> <p>(Así reformado por Ley N.º 8224 de 13 de marzo del 2002, que deroga el tipo penal de Desacato)</p>

Previsões normativas sobre desacato na América Latina

País	Previsão normativa original	Previsão normativa atual	Meio de supresão da previsão
CUBA	<p>Ley N21 Código Penal</p> <p>Artículo 144: El que amenace, calumnie, difame, insulte, injurie o de cualquier modo ultraje u ofenda, de palabra o por escrito, en su dignidad o decoro a una autoridad, funcionario público, o a sus agentes o auxiliares en ejercicio de sus funciones o en ocasión o con motivo de ellas, incurre en sanción de privación de libertad de tres meses a un año o multa de cien a trescientas cuotas o ambas.</p>	<p>ARTÍCULO 160.- 1. El que amenace, calumnie, difame, insulte, injurie o de cualquier modo ultraje u ofenda, de palabra o por escrito, en su dignidad o decoro a una autoridad, funcionario público, o a sus agentes o auxiliares, en ejercicio de sus funciones o en ocasión o con motivo de ellas, incurre en sanción de privación de libertad de tres a nueve meses o multa de cien a doscientas setenta cuotas o ambas. La pena será de seis meses a tres años, si el ofendido fuere el Presidente de la Nación, un miembro de los Supremos Poderes, Juez, Magistrado del Tribunal Supremo de Elecciones, Contralor o Subcontralor General de la República.</p> <p>(El texto del párrafo segundo de este artículo fue modificado por Resolución de la Sala Constitucional No. 412-90 de las 14:30 horas del 24 de abril de 1991).</p> <p>(Así modificada la numeración de este artículo por el numeral 185, inciso a), de Ley No. 7732 del 17 de diciembre de 1997, que lo traspasó del 307 al 309).</p> <p>2. Si el hecho previsto en el apartado anterior se realiza respecto al Presidente del Consejo de Estado, al Presidente de la Asamblea Nacional del Poder Popular, a los miembros del Consejo de Estado o del Consejo de Ministros o a los Diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular, la sanción es de privación de libertad de seis meses a tres años.</p>	Nova legislação

Previsões normativas sobre desacato na América Latina

País	Previsão normativa original	Previsão normativa atual	Meio de supresão da previsão
EL SALVADOR	<p>Código Penal Decreto Legislativo 270 De Fecha 13 De Febrero De 1973. Artículo 33.</p> <p>9: El que con ocasión de hallarse un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o por razón de estas, ofendiere de hecho o de palabra su honor o decoro o lo amenazare en su presencia o en escrito que le dirigiere, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.</p> <p>Si el ofendido fuere presidente o Vice Presidente de la República, Diputado de la Asamblea legislativa, Ministro o Subsecretario de Estado, magistrado de la Corte Suprema de Justicia o Cámara de segunda Instancia, Juez de Primera Instancia o Juez de Paz, la sanción podrá aumentarse en una tercera parte de su máximo.</p>	<p>Art. 339.- El que con ocasión de hallarse un funcionario público en el ejercicio de sus funciones o por razón de éstas, ofendiere de hecho o de palabra su honor o decoro o lo amenazare en su presencia o en escrito que le dirigiere, será sancionado con prisión de seis meses a tres años.</p> <p>Si el ofendido fuere Presidente o Vice Presidente de la República, Diputado a la Asamblea Legislativa, Ministro o Subsecretario de Estado, Magistrado de la Corte Suprema de Justicia o Cámara de Segunda Instancia, Juez de Primera Instancia o Juez de Paz, la sanción podrá aumentarse hasta en una.</p>	<p>Não houve mudança</p>
GUATEMALA	<p>Decreto Número 17-73 Código Penal. Artículo 411: Quien ofendiere en su dignidad o decoro, o amenazare, injuriare o calumniare a cualquiera de los Presidentes de los Organismos del Estado, será sancionado con prisión de uno a tres años.</p> <p>Artículo 412: Quien amenazare, injuriare, calumniare o de cualquier otro modo ofendiere en su dignidad o decoro, a una autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.</p>	<p>ARTÍCULO 411- (Declarado inconstitucional por sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 1 de febrero de 2006, Expediente 1122-2005). Quien ofendiere en su dignidad o decoro, o amenazare, injuriare o calumniare a cualquiera de los Presidentes de los Organismos del Estado, será sancionado con prisión de uno a tres años.</p> <p>Desacato a la autoridad</p> <p>ARTÍCULO 412.- (Declarado inconstitucional por sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 1 de febrero de 2006, Expediente 1122-2005). Quien amenazare, injuriare, calumniare o de cualquier otro modo ofendiere en su dignidad o decoro, a una autoridad o funcionario en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, será sancionado con prisión de seis meses a dos años.</p>	<p>(Declarado inconstitucional por sentencia de la Corte de Constitucionalidad del 1 de febrero de 2006, Expediente 1122-2005).</p>

Previsões normativas sobre desacato na América Latina

País	Previsão normativa original	Previsão normativa atual	Meio de supresão da previsão
HONDURAS	<p>Decreto 144-83 Código Penal. Artículo 345: Se sancionara con prisión de dos a cuatro años a quien amenace, calumnie, injurie, insulte o de cualquier otro modo ofenda en su dignidad a una autoridad publica con ocasión del ejercicio de sus funciones, ya sea de hecho, de palabra o por escrito. Si el ofendido fuere el Presidente de la República o alguno de los altos funcionarios a que se refiere el Artículo 325, anterior, la reclusión será de tres a seis años.</p>	<p>Artículo 345 Derogado. La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de fecha 29 de abril del año 2005 sobre el Recurso de Inconstitucionalidad numero: 2686-03 FALLA a LUGAR por unanimidad por Violar la norma impugnada, Artículos 60 y 72 de la Constitución de la Republica. Publicada dicha sentencia por el Congreso Nacional de la Republica en Decreto numero: 202-2005 de fecha 2 de Agosto del año 2005, publicado en le Diario Oficial la Gaceta 30, 830 de fecha 22 de Octubre del año 2005 y vigente a partir de dicha publicación.</p>	Revogado
MÉXICO	<p>Código Penal Federal – Última Reforma Dof 24-01-2020. Artículo 189: Al que cometa un delito en contra de un servidor público o agente de la autoridad en el acto de ejercer lícitamente sus funciones o con motivo de ellas, se le aplicara de uno a seis años de prisión, además de la que corresponda por el delito cometido.</p>	<p>Artículo 189: Al que cometa un delito en contra de un servidor público o agente de la autoridad en el acto de ejercer lícitamente sus funciones o con motivo de ellas, se le aplicará de uno a seis años de prisión, además de la que le corresponda por el delito cometido.</p>	Não houve modificação - Última Reforma DOF 24-01-2020
NICARAGUA	<p>Ley 641, Código Penal Aprobado En Sesión Plenaria Del 13 De Noviembre De 2007. Artículo 347: Cometen desacato contra la autoridad: 1. Los que provocan a duelo, calumnian, injurian o insultan de hecho o de palabra, amenazan a un funcionario público en ejercicio de sus funciones o en ocasión de ellas, en su presencia, o en notificación o escrito que se les dirija; 2. Los que causan grave perturbación del orden en los Juzgados y Tribunales y en cualquier otro punto en que las autoridades o funcionarios públicos estén ejerciendo sus funciones; 3. Los que, no estando autorizados por la ley, entran armados, manifiesta u ocultamente, al salón de sesiones del Congreso, al de cualquiera de las Cámaras Legislativas o a cualquiera Juzgado o Tribunal; 4. Los que impiden que un representante o funcionario público concurra a su cámara o despacho; 5. Los que desobedecen abiertamente a la autoridad.</p>	<p>Art. 462 - Desobediencia o desacato a la autoridad El que desobedezca una resolución judicial o emanada por el Ministerio Público, salvo que se trate de la propia detención, será penado de seis mese a un año de prisión o de cincuenta a ciento cincuenta días multa. No existirá delito cuando voluntariamente o por requerimiento de autoridad posteriormente se cumpla con la resolución desobedecida.</p>	Nova legislação

<i>Previsões normativas sobre desacato na América Latina</i>			
País	Previsão normativa original	Previsão normativa atual	Meio de supressão da previsão
PANAMA	<p>Código Penal Del A República De Panama Ley 14/2007.</p> <p>Artículo 307: El que ofenda o ultraje públicamente al Presidente de la República o quien lo sustituya en sus funciones, será sancionado con prisión de 6 meses a 1 año y de 50 a 100 días-multa.</p> <p>Artículo 308: El que vilipendie públicamente a uno de los órganos del Estado, será sancionado con prisión de 6 meses a 1 año y de 50 a 100 días de multa.</p>	<p>Artículo 360 - Quien con violencia, intimidación o engaño impida, obstaculice a un servidor público o a la persona que presta asistencia, la ejecución u omisión de un acto propio del legítimo ejercicio de sus funciones será sancionado con prisión de dos a cinco años. La sanción será agravada de la tercera parte a la mitad, si el hecho es perpetrado por varias personas o por quien utilice arma o se realiza en un proceso judicial.</p>	Nova legislação
REPÚBLICA DOMINICANA	<p>Código Penal de la Republica Dominicana – Agosto 2007.</p> <p>Artículo 368: La difamación o la injuria publica dirigida contra el Jefe del Estado, se castigara con la pena de tres meses a un año de prisión, y multa de diez a cien pesos y la accesoría durante un tiempo igual al de la condena, de inhabilitación absoluta y especial de los derechos civiles y políticos de que trata el Artículo 42.</p> <p>Artículo 369: La difamación o la injuria hechas a los Diputados, o Representantes al Congreso, a los Secretarios de Estado, a los magistrados de la Suprema Corte o de los tribunales de primera instancia, o a los Jefes y Soberanos de las naciones amigas, se castigara con prisión de uno a seis meses y multa de cincuenta pesos.</p>	<p>Art. 223 - El ultraje hecho por gestos o amenazas a un magistrado, en el desempeño de sus funciones, o con motivo de ese ejercicio, se castigará con prisión de seis días a tres meses, aumentándose la pena de un mes a un año, si el ultraje se hiciere en la audiencia del tribunal.</p> <p>Art. 224.- Se castigará con multa de diez a cien pesos, el ultraje que por medio de palabras, gestos o amenazas, se haga a los curiales o agentes depositarios de la fuerza pública, y a todo ciudadano encargado de un servicio público, cuando estén en el ejercicio de sus funciones, o cuando sea en razón de dichas funciones.</p> <p>Art. 225.- La pena será de seis días a un mes de prisión, si el agraviado fuere un comandante de la fuerza pública.</p>	Nova legislação

6 A circulação da comunicação jurídica pela América Latina e o *lus Constitutionale Commune*

A constatação das semelhanças na regulação dos direitos fundamentais nos estados nacionais latino-americanos pode se dar de modos diversos. Havendo identidade entre a realidade constitucional que existe em ambiente nacional, também as instituições e os direitos previstos em sua constituição se aproximam. Essa realidade conforma o constitucionalismo desses estados nacionais de modo não necessariamente intencional.

Essa aproximação pode se dar, ainda, com base na observação das instituições e dos direitos previstos em outras constituições, ou da legislação em temas materialmente constitucionais, de modo a conhecer e optar por decisões tomadas em outro ambiente constitucional. Exemplo desse processo pode ser visto no

modo como os tribunais observam decisões tomadas por outros tribunais, verificando como experiências de outros órgãos judiciais podem auxiliar na resolução de problemas assemelhados, visto que diversas questões demandam soluções criativas, especialmente em temas de direitos⁵³.

Significa dizer que trocas de experiências são cada vez mais presentes, o que faz com que pensemos na formação de uma comunidade de tribunais ou juízes que acabam por transcender os territórios de seus respectivos estados⁵⁴. Também se observa um relacionamento cada vez mais constante entre tribunais nacionais e internacionais.

Esse movimento, na América Latina, vem aproximando ordens constitucionais, com seus direitos e instituições, de modo a se poder falar, mais e mais, na formação de um *ius commune* latino-americano⁵⁵, que se funda, especialmente, na realidade constitucional aproximada de cada estado nacional e no desenvolvimento de decisões por instituições habilitadas, que intensificam a observação dos problemas e das soluções de outros estados nacionais ou organismos internacionais.

No caso latino-americano, como se viu, há clara identidade de movimentos e momentos. A interação entre ordens nacionais e internacionais, entre cortes e direitos existentes nestas ordens passa a ser um processo contínuo de retroalimentação⁵⁶. Com isto, **se confirma o direito internacional a partir do direito doméstico dos estados nacionais, o direito dos estados nacionais a partir do direito internacional, e o direito dos estados nacionais a partir do direito dos demais estados nacionais**, produzindo circularidade contínua da comunicação jurídica. *O Ius Constitutionale Commune*:

[...] se aproveita do conteúdo transformador das constituições latino-americanas, em especial dos dispositivos sobre direitos fundamentais, e ao mesmo tempo do sonho da sociedade civil em tê-los efetivados, e ainda das decisões judiciais internas e interamericanas sobre direitos fundamentais e humanos, em grande parte oriundas das lutas de grupos sociais na região, para torna-se uma energia de caráter especificamente jurídico⁵⁷.

Trata-se, assim, de um projeto de jurídico, mas também político e cultural⁵⁸, que promove a alimentação entre ordens jurídicas parte de um sistema internacional, deixando aos Estados partes estabelecer decisões para além do piso em matéria de direitos humanos. É nesse último ponto que a decisão do STF anteriormente referida é omissa. Não é possível, dada a interação entre tais ordens, desprezar toda uma realidade normativa que ocorre que variados estados nacionais que passaram por movimentos políticos, econômicos, sociais e jurídicos semelhantes e, no caso da América Latina, têm um passado autoritário ainda a desfazer nas ordens que se pretendem democráticas.

Verificar o isolamento brasileiro, ao lado de Venezuela e El Salvador, na região, é entender por que o projeto emancipador da Constituição de 1988 e sua interação tanto com a ordem internacional dos direitos humanos, e seus sistemas global e regional interamericano, quanto, especificamente sobre o último, com a alimentação de *standards* internacionais e nacionais, produzindo circulação de conteúdos jurídicos constantemente. Passou-se a perceber que esta ordem jurídica se envolve em cenário de progressiva proteção de direitos fundamentais (art. 26 CADH), em que aos estados nacionais se exige avançar com base no piso estabelecido internacionalmente, observando os movimentos legislativos e jurisprudenciais produzidos na

⁵³ CONCI, Luiz Arcaro; MEZZETTI, Luca (ed.). *Diálogo entre cortes*. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2017.

⁵⁴ VERGOTTIN, Giuseppe de. *Oltre il dialogo tra le corti*. Bologna: Il Mulino, 2010. p. 246.

⁵⁵ AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América? (Parte II)*. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 26, 2011. p. 52.

⁵⁶ VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594>. Acesso em: 30 set. 2020.

⁵⁷ BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

⁵⁸ UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el *Ius Constitutionale Commune*. In: VON BOGDANDY, Armin; MACGREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 109-136.

região, em um cenário de reconstrução e aprofundamento de democracias, tão vilipendiadas por períodos autoritários.

7 O que foi acatado (e desacatado) no controle de convencionalidade brasileiro?

A Comissão Interamericana reconheceu, no *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* de 2016, casos brasileiros como exemplificativos de hipóteses em que se utilizaram os *standards* interamericanos para se fazer valer o direito à liberdade de expressão frente a tipificação de desacato⁵⁹. O controle difuso da convencionalidade das leis fez espargir conjunto de importantes decisões questionadoras da aplicação do tipo penal no sistema pátrio à luz da Convenção Americana e de sua interpretação autorizada pelas normas do sistema⁶⁰. Dentre tantas, destacam-se abaixo:

Em 2015, na comarca de Florianópolis, o juiz Alexandre Morais da Rosa decidiu pela inconveniência da criminalização por desacato em caso de processo penal de indivíduo em razão de ofensa que proferiu à policiais enquanto estes apaziguavam uma briga de bar. Afirmou que

a manifestação pública de desprezo proferida por particular, perante agente no exercício da atividade Administrativa, por mais infundada ou indecorosa que seja, certamente não se consubstancia em ato cuja lesividade seja da alçada da tutela penal⁶¹

Remetendo-se aos princípios de fragmentariedade e interferência mínima do direito penal, sem deixar de considerar as conclusões de inconveniência da CIDH, especialmente no Princípio 11 sobre Liberdade de Expressão.

A seu turno, em 2016, na comarca de Belford Roxo (Rio de Janeiro), o Juiz Alfredo José Marinho Neto reputou inconveniente a criminalização do desacato ao arquivar denúncia. Rememorando pronunciamentos da Comissão em diversos documentos e o da Corte Interamericana no caso *Palamara Iribarne v. Chile*, o juiz assinalou que todas as previsões internas dos países devem estar de acordo com a CADH, por força do próprio pacto que assumiram, não havendo tampouco que se levantar disposições de direito interno como prerrogativas para violar tratado internacional. Ainda, reconheceu que o Brasil deveria dar deferência a pronunciamentos tanto da CIDH quanto da Corte IDH, pois está sujeito ao Sistema de Justiça Interamericano, não podendo permanecer criminalizado o desacato no cenário pátrio. Merece destaque seguinte trecho da decisão:

por outro lado, é bom consignar que a revogação ou o reconhecimento da inconstitucionalidade e/ou inconveniência do crime de desacato não autoriza sejam os agentes estatais desrespeitados por parte dos cidadãos, que, em hipótese de abuso do exercício do direito de livre manifestação, continuarão sujeitos, conforme o caso, às responsabilizações civil (indenizações, reparações e/ou direitos de resposta), administrativo-disciplinar e/ou ainda eventualmente penal pelos crimes de injúria, calúnia e/ou difamação, cujos tipos penais, ao exigirem dolos específicos e bem delimitados, são de mais difícil caracterização e, por tutelarem a honra individual – e não a dignidade da Administração Pública ou do exercício do Serviço Público, como o crime de desacato –, colocam os cidadãos em pé de igualdade com os agentes públicos⁶².

⁵⁹ CIDH. *Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión*: informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016. v. 2. 2017. p. 573.

⁶⁰ Vejam-se, por exemplo, as seguintes decisões: (i) Justiça Federal de Santa Catarina. Terceira Turma Recursal de Santa Catarina. *ACR 5003140-86.2012.4.04.7210*, Relator Antonio Fernando Schenkel do Amaral e Silva, julgado em 31/03/2017; (ii) TJPR. Quinta Câmara Criminal. *AC 1600998-8*, Relator Jorge Wagih Massad, julgado em 02/03/2017; (iii) TJBA. Segunda Câmara Cromonal, Segunda Turma. *AP 0305190-67.2011.8.05.0001*, Relator João Bosco De Oliveira Seixas, julgado em 06/07/2017; (iv) TJTO. Turma Resursal. *AP 0005291-09.2017.827.9200*, Relator Gil de Araújo Corrêa, julgado em 17/05/2017.

⁶¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Vara Criminal de Florianópolis. *Ação Penal 0067370-64.2012.8.24.0023*. Sentença, Juiz Alexandre Morais da Rosa, assinada em 17/03/2015. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/backup/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁶² O cidadão não pode ofender o agente estatal e vice-versa e, *pari passu*, o agente estatal não deve ter a seu dispor o recurso ao

Sem dúvida, a decisão mais destacada neste contexto foi aquela do REsp 1.640.084, proferida pelo STJ, em dezembro de 2016. A Quinta Turma do Tribunal afastou a condenação de um homem por desacato, tendo em vista que o tipo penal era incompatível com a CADH. Para tanto, a Turma adotou a tese de supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados pelo rito do §3º do art. 5º da Constituição Federal⁶³, conforme precedente no RE 466343/SP. Afirmou que, pelo art. 2º da CADH, a realização de controle de convencionalidade para compatibilizar normas internas com convenções de direitos humanos⁶⁴, seguindo, inclusive, a própria Corte IDH.

Nesse exercício, valeu-se de inúmeros expedientes da CIDH — como os mencionados Relatório de 1994 e Princípio 11 sobre Liberdade de Expressão — para concluir que leis de desacato não podiam permanecer incólumes nos ordenamentos internos face à Convenção. Para convalidar a apropriação dos parâmetros da Comissão como diretamente aplicáveis no direito interno, o julgador afirma que o Princípio da Boa-fé, no direito internacional, impõe a observância do que referenda a CIDH sobre o tema⁶⁵.

Como argumento definitivo, o referido acórdão, ancorou-se na noção *ex parte populi*⁶⁶ como argumento definitivo da descriminalização de desacato⁶⁷. Todavia, em maio de 2017, decisão tomada no HC 379.269 pela Terceira Seção do STJ — responsável por uniformizar a jurisprudência do Tribunal no atinente ao crime de desacato⁶⁸ — derrotou a tese fixada no REsp 1.640.084, isto é, de que o tipo penal de desacato era “incompatível com os parâmetros normativos oferecidos pelo art. 13 do Pacto de São José de Costa Rica, do qual a República Federativa do Brasil é signatária”⁶⁹. Para a Seção, não há inconveniência em si no tipo penal.

Nesse caso, o relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca votou no mesmo teor do REsp 1.640.084, inclusive citando-o, mas restou vencido por voto da divergência aberta pelos Ministros Antonio Saldanha Palhero e Rogerio Schietti Cruz que, ao contrário do que poderia se supor, dialogaram intimamente com o Sistema Interamericano. A presente reflexão não tem como objeto enveredar pelas discussões penais sobre a valida-

arbitrio, mediante a utilização de um tipo penal como o art. 331 do CP que possibilita largamente o autoritarismo com a indevida repressão às críticas à Administração Pública, aos serviços públicos prestados, à sua própria atuação, etc., tolhendo e restringindo o direito fundamental das pessoas à livre manifestação do pensamento e, em consequência, violentando o cerne da democracia. BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Juizado Especial Criminal adjunto à Segunda Vara Criminal de Belford Roxo. *Ação Penal n.º 001356-07.2015.8.19.0008*. Sentença, Juiz Alfredo José Marinho Neto, assinada em 04 de julho de 2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/backup/juiz-do-tjrj-faz-controle-de-convencionalidade-do-crime-de-desacato/>. Acesso em: 23 nov. 2020.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1640084/SP. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017. Voto. p. 9.

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1640084/SP. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017. Voto. p. 11.

⁶⁵ “Ora. As recomendações da CIDH assumem força normativa interna, porquanto, “no caso Loayza Tamayo v. Peru e nos posteriores, a Corte [Interamericana de Direitos Humanos] sustentou que o princípio da boa-fé, consagrado também na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, obriga os Estados contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos a realizar seus melhores esforços para cumprir as deliberações da Comissão [CIDH], que é também órgão principal da OEA, organização que tem como uma de suas funções justamente promover a observância e a defesa dos direitos humanos no continente americano”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 234). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1640084/SP. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017. Voto. p. 14.

⁶⁶ Referência à obra de Norberto Bobbio, melhor densificada no âmbito interno por: LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

⁶⁷ Não há dúvida de que a criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. Afinal, é da Doutrina o conceito de que “todo funcionário público, desde o mais graduado ao mais humilde, é instrumento da soberana vontade e atuação do Estado”, daí a especial proteção que lhe consagra a lei penal. HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. 9. p. 420. A continuar dessa forma, o funcionário público que se sentir vitimado por qualquer desaire tem direito de invocar a cláusula absolutista e dizer, sem exagero, *L'État c'est moi*, porquanto com respaldo no art. 331 do CP. Com todas as vênias, a existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito preconizado pela CF/88 e pela CADH. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1640084/SP. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017. Voto. p. 15-17.

⁶⁸ BRASIL. Art. 9º, III e Art. 12, X c/c Parágrafo Único, III do Regimento Interno do STJ.

⁶⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1640084/SP. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017. Voto. p. 18.

de ou invalidade da descriminalização do desacato, ainda que para a lógica de proteção dos direitos humanos a máxima do direito penal mínimo seja sempre recomendada. Ater-se-á somente ao tema do controle de convencionalidade e diálogos, tema deste artigo.

O que se busca é demonstrar como uma decisão — considerada por muitos como retrocessiva na análise do STJ sobre o desacato — foi escorada nas próprias razões que a Corte Interamericana se valeu quando da análise do tema. Portanto, partindo da premissa de que fora um retrocesso, é um anacronismo ancorado no controle de convencionalidade e nos diálogos com o sistema regional de proteção dos direitos humanos⁷⁰.

A divergência com o entendimento anterior que formou a maioria e agora lastreia o precedente do STF rememora o caráter supralegal dos tratados de direitos humanos e destaca a previsão do art. 13 da CADH como eventual fulcro jurídico para o controle de convencionalidade, acompanhados dos artigos 1 e 2 do mesmo instrumento — em que se esculpem o dever de respeitar e garantir direitos e de adotar disposições do direito interno.

Em exercício raro no direito pátrio, o acórdão assenta-se na organização do sistema interamericano com base na própria Convenção para reputar que a Comissão não possui função jurisdicional, nascendo para emitir decisões de caráter recomendatório, ao contrário da força jurisdicional da Corte. Ainda que seja para descaracterizar os “precedentes” da Comissão, o exercício é mercedor de destaque já que internamente não é rara a confusão sobre os órgãos do sistema e a imperatividade de seus pronunciamentos.

Indo além, o voto divergente vencedor parte da noção de que, como o próprio SIDH rechaça a liberdade de expressão como direito absoluto, pode ela ser limitada, mediante o teste tripartite que a própria jurisprudência do Sistema definiu. Utilizou-se do teste tripartite — elucidado no “Marco jurídico interamericano sobre o direito à liberdade de expressão”, citado — à luz da jurisprudência da Corte IDH (conforme exposição do caso *Palamara Iribarne vs. Chile*). Ao submeter a norma penal brasileira a este teste, concluiu-se que ela merece permanecer incólume. Com base nisso, destaca a divergência que não há vedação *a priori* à tipificação de desacato no ordenamento interno. Afinal:

a Corte Interamericana permite, em casos de extrema gravidade do abuso da liberdade de expressão, a utilização do direito penal para a proteção da honra, devendo a aplicação dessas medidas ser avaliada com especial cautela [...] A Corte Interamericana, ao tratar de casos concretos sobre o conflito entre o direito à liberdade de expressão e o direito à honra, propõe analisar, segundo as circunstâncias de cada hipótese, se a aplicação desses tipos penais (difamação, injúria, calúnia ou desacato) enseja contrariedade à Convenção Americana ao impor penas desnecessárias e desproporcionais.⁷¹

Ainda que marcando a diversidade das circunstâncias do caso no Brasil daquele do Chile⁷², lastreou-se, portanto, em parâmetro de teste de convencionalidade, elaborado pela própria Corte Interamericana para reputar a convencionalidade da restrição ulterior consumada na lei de desacato⁷³. Na sequência, em *distin-*

⁷⁰ Deixa-se registrado que, além desses ministros, votaram com o vencido o Min. Ribeiro Dantas e com o vencedor, o Min. Neffi Cordeiro.

⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 379.269/MS*. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017. Voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz, acompanhando a divergência. p. 3-5.

⁷² Frise-se que quanto à necessidade da tipificação do desacato, o ministro afirma ser ela evidente pois “demonstra-se frágil a proposta de tratamento igualitário e uniforme à tutela dos direitos da Administração contra o particular pautar-se pelos crimes de injúria e difamação (dos crimes contra honra – Capítulo V, CP), diante de eventual desonra dirigida ao servidor”. Para tanto, pois exigiria desse, quando ofendido no exercício ou em decorrência da função pública (*propter officium*), a representação para postulação de seu direito, dado o caráter condicionado da ação penal pertinente (art. 145, caput, CP), ou, ainda, caso não opte pela via do Juizado Especial Criminal, a necessária contratação de advogado, no caso de inércia do *Parquet*, para que intentada a ação penal privada subsidiária da pública, bem como caso optasse pelo oferecimento de queixa-crime, passando ao largo, por ora, das controvérsias que circundam o verbete n. 714 da Súmula do STF, a respeito da legitimidade concorrente nela referida” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 379.269/MS*. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017. Voto Vencedor. p. 18.

⁷³ “Vê-se, portanto, que o citado dispositivo legal preenche de forma plena todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além de ser objeto de previsão legal com aceção precisa e clara,

guishing, o voto divergente vencedor aponta ausência de similitude fática entre os julgados da Corte IDH, os quais tratavam de manifestação de opinião de jornalistas e escritores com restrições por conta da crítica “e não a ofensas proferidas na presença de um servidor público”⁷⁴.

Observa-se, portanto, que na superação do julgado anterior, a Seção do STJ utilizou do controle de convencionalidade para afastar os efeitos da tipificação penal do ordenamento brasileiro, nos termos trazidos pela própria Corte Interamericana, com a realização dos próprios parâmetros utilizados pelo sistema regional para afirmar a possibilidade da previsão do crime de desacato nos moldes dados pela Lei brasileira.

Todavia, a divergência vencedora cita que não há até o momento decisão da Corte IDH comandando que o Brasil afaste a tipificação do desacato do ordenamento ou declarando inconveniente o artigo 331 do Código Penal, de forma que de plano o dispositivo não poderia ser reputado incompatível com a Convenção. Nesse ponto, convém referenciar, comunicação apresentada, em 2012, pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo à CIDH (Caso 1500-12) desafiando a convencionalidade do crime de desacato no Brasil em nome de declarada vítima que foi presa pelo cometimento do delito. A seguir, em 2014, a Defensoria Pública/SP pugnou perante a CIDH deferimento de medidas cautelares⁷⁵. Não há notícia de seu desfecho, até o momento, no sistema.

Independente do caso apresentado, é certo que a tônica do sistema regional é que cada julgado represente um marco não apenas ao Estado envolvido, mas a todo o SIDH – é este o sentido das decisões estruturais proferidas na litigância estratégica do sistema que faz *muito com o pouco* disponível⁷⁶. Portanto, despidianda e equivocada, ao nosso ver, a referência à necessidade de análise própria da lei brasileira pela Corte IDH. Em acréscimo, afirmou-se, em posição incompatível com o exercício dos diálogos do próprio voto, que

ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania inerente ao Estado⁷⁷.

A Teoria Tradicional da Soberania dos Estados é revisitada à luz dos compromissos que os próprios entes estatais assumem voluntariamente perante a comunidade internacional, havendo, em consequência, revisão do Princípio da Soberania. Impende, assim, mirá-lo à luz de suas dimensões históricas e relativas porque, em que pese fruto do pensamento estatal moderno, atualmente representa um atributo do poder político que se exerce de variados modos. No cenário contemporâneo, tornam-se incompatíveis com arquitetura protetiva ideias tradicionais da soberania do Estado Moderno⁷⁸.

Essas observações finais, todavia, não retiram, por óbvio, o mérito do esforço dialógico da decisão do STJ (e, posteriormente, do STF) que, mesmo de modo retrocessivo, enveredou em verdadeiro diálogo com

revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 379.269/MS*. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017. Voto Vencedor. p. 43.

⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 379.269/MS*. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017. Voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz, acompanhando a divergência. p. 6.

⁷⁵ “A Defensoria Pública de São Paulo foi à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH) pedir o fim do crime de desacato (previsto no artigo 331 do Código Penal). O órgão requereu, neste mês, medida cautelar para a tutela emergencial de direitos fundamentais em relação à comunicação feita à entidade em 2012 com o mesmo objetivo.” RODAS, Sérgio. Defensoria de SP pede à OEA o fim do crime de desacato; advogados elogiam. *Conjur*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/defensoria-sao-paulo-oea-fim-crime-desacato>. Acesso em: 23 nov. 2015. O pedido de medida cautelar está disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Informativos%202/defensoria_sp_fim-desacato_oea.pdf. Acesso em: 23 nov. 2017.

⁷⁶ CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. O papel da litigância para a justiça social no Sistema Interamericano. *Sur: Rev. int. dir. human.*, v. 5, n. 8, p. 84-95, 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452008000100005>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 nov. 2020.

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 379.269/MS*. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017. Voto Vencedor. p. 16.

⁷⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

o SIDH ao aplicar, com coerência, os *standards* interamericanos da compatibilidade das normas de desacato. Assim, o que resta, é pensar como justificar uma teoria do controle de convencionalidade que se sustente mesmo quando o controle de servir de base para a justificação de decisões complexas e até mesmo desagradáveis (pois, assim foi recebida, ao menos em parte). Por todo o exposto é a importância de uma teoria não consequencialista e seletiva dessa aproximação do direito interno com o direito internacional⁷⁹.

8 Considerações finais: o caminho é tão importante quanto o resultado

Diversos são os fenômenos que emergem na atualidade na ressignificação do direito constitucional contemporâneo. Dentre vários, o presente artigo tem como foco os impactos da chamada *inter-relação* do direito constitucional com o direito internacional dos direitos humanos. O impacto que os tratados internacionais de direitos humanos possuem nos ordenamentos jurídicos domésticos é expressão de um movimento global⁸⁰ de preocupação com a proteção dos direitos do ser humano. A abertura da ordem constitucional pátria aos direitos humanos corrobora e expande sua proteção local.

Regionalmente, há a existência de um movimento próprio de constitucionalismo, que ocorre na América Latina, promovendo transformações em uma dinâmica contínua de decisões sobre instituições e direitos. Neste sentido, afastar-se de um passado sombrio de instituições e ordens jurídicas autoritárias é um dos objetivos previstos nas constituições advindas do processo de redemocratização da região. Alterar as ordens jurídicas domésticas, assim, passa a ser obrigação para todos os estados nacionais da região que pretendem consolidar um ambiente democrático e plural.

Entender o papel que desempenha a liberdade de expressão e sua criminalização, por um lado, e a superação de ambientes normativos em que a proteção especial dos funcionários públicos contra a crítica pública aberta, por outro, está entre os principais focos deste novo momento na região, tanto a partir das decisões domésticas quanto internacionais. O Brasil, ao lado somente de El Salvador e Venezuela, forma um grupo de estados nacionais latino-americanos pouco dispostos a cumprir com o desígnio de atualização de seu ordenamento anterior em termos de liberdade de expressão e crítica pública, ou seja, tanto por lei ou pela jurisprudência, isolando-se do restante da região.

Tal cenário, claramente, nos afasta dos objetivos de um Estado Democrático de Direito que se pretende integrar regionalmente. Ainda que a maior parte dos países estudados tenham suprimido a previsão do crime de desacato por entender a liberdade de expressão como elemento emancipador e transformador para ordens democráticas jovens, no caso brasileiro, há um ponto positivo no tema: ainda que a decisão tenha sido contrária ao que se constrói na região, houve diálogo precípuo entre o STJ, STF e o SIDH.

No que tange à Constituição brasileira, sob o prisma da cultura jurídica fundada no diálogo entre jurisdições, esta expande a si quando da assunção de compromissos com a agenda internacional de proteção aos direitos humanos, o que se dá por meio de seus próprios pilares estruturais. O controle de convencionalidade é um desses vasos comunicantes que relacionam o sistema interno e internacional dando azo ao espaço multinivelado que forma o direito constitucional atual.

⁷⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁸⁰ “Se habla de un **constitucionalismo global**. No se trataría de un mero cosmopolitismo fugitivo, dirigido a liquidar las diferencias nacionales o los elementos del Estado, sino de la puesta en marcha de una nueva idea del derecho que permita la posibilidad de solapamientos e interacciones entre diversos sistemas legales, sin que ello tenga que suponer, necesariamente, una rígida subordinación de unos frente a otros, o con respecto a terceros sistemas. Todo ello, precisamente favorecería la convivencia multicultural a la vez que permitiría orientar las técnicas constitucionales de controles y límites a los poderes en una dirección que pudiera ofrecer respuestas globales a problemas globales”. FIGUEIREDO, Marcelo. La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Estudios avanzados em direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. São Paulo: Campus, 2012. p. 149.

O controle de convencionalidade é encorajado explicitamente pelo SIDH como vetor essencial ao fortalecimento do princípio democrático de seus Estados-partes e cumpre papel decisivo para a promoção dos direitos humanos na região. Essa nova etapa da implementação é, pois, o novo desafio dos países latino-americanos, dentre eles em especial, da experiência brasileira. O exercício do controle de convencionalidade à luz do Direito interno torna o ordenamento jurídico brasileiro mais aderente ao DIDH, fortalecendo, de um lado, o próprio Sistema e, de outro, o próprio *rule of law* interno.

O objetivo primeiro do controle é, portanto, aproximar esses dois pólos de proteção para justamente fortalecer o discurso e prática dos direitos humanos na região. Eis a razão pela qual, independentemente dos resultados que este diálogo produza, é importante fortalecer a sua existência e pensar caminhos metodológicos para seu exercício.

A preocupação central na presente reflexão é, portanto, afastar-se de uma teoria consequencialista e seletiva do controle de convencionalidade que apenas dele se vale porque os resultados obtidos são convenientes ou interessantes. Nesse sentido, buscou-se problematizar a discussão sobre o desacato na jurisprudência interna para delinear a questão justamente pelo complexo cenário que produziu. Não se está aqui defender uma ou outra posição teórica em relação à convencionalidade ou inconveniência do desacato. A partir do exemplo abstruso, pretende-se delinear os caminhos metodológicos de consolidação das vias dialógicas entre direitos humanos e direito constitucional. Neste sentido, é bastante importante determinar, nestas linhas derradeiras, que, em que pese a tônica emprestada ao judiciário, o controle de convencionalidade não é apenas adstrito à seara judicante. O próprio exemplo do desacato é significativo.

Já em 2015, por exemplo, a Defensoria Pública do Espírito Santo emitiu recomendação aos defensores sobre o tema, vinculada explicitamente ao controle de convencionalidade⁸¹. Em maio de 2016, ainda antes do julgamento do REsp 1.640.084, a procuradora federal Deborah Duprat enviou representação ao PGR pugnando pela propositura de ADPF em face do art. 331 do CP com fulcro no controle de convencionalidade⁸². Em 2020, foi julgada pelo STF a ADPF 496 entendendo no mesmo sentido, da convencionalidade do desacato, que, a nosso ver, fez-se incompatível com o caminho que trilharam tanto o SIDH quanto a legislação dos estados da região. Ainda, cita-se os projetos de Lei n.º 4.548/2008 e 602/2015 foram propostos em plano federal objetivando derrogar este artigo que prevê o crime de desacato, mas, conforme informações do site da Câmara dos Deputados, aquele fora arquivado em 2011, enquanto este foi em 2019.

A segunda e derradeira dimensão conclusiva que se demarca é que os diálogos em suas múltiplas facetas beneficiam sempre os direitos humanos. Não necessariamente pelos resultados que produzem, mas, sobretudo, porque aumentam a *accountability* e o ônus argumentativo dos processos decisórios. Por isso, o caminho acaba importando tanto quanto, ou até mais, que os próprios resultados. O que, por sua vez, corrobora para a consolidação de uma teoria e prática do controle de convencionalidade que não se guie pelas suas consequências. O desafio é, portanto, pensar um modelo que funcione com integridade e coerência, independente do resultado jurisdicional que se quer chegar. Em outras palavras: precisa-se pensar os diálogos para que eles produzam bons resultados e não os entoar porque produzem os resultados que se quer.

⁸¹ A incriminação por desacato, delito previsto no artigo 331 do Código Penal, afronta o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), ao impedir que o cidadão se manifeste criticamente diante de ações e atitudes dos funcionários públicos, no exercício de sua função. Desta forma, RECOMENDA-SE aos Defensores Públicos que sustentem a absolvição do indivíduo, no bojo das ações judiciais, utilizando como instrumento o controle de convencionalidade. DEFENSORIA PÚBLICA DO ESPÍRITO SANTO. *Recomendação Conjunta SUBDEF/CDH n.º 01/2015, de 29/04/2015*.

⁸² Documento disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>. Acesso em: 24 nov. 2017.

Referências

- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. *¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América? (Parte II)*. *Revista Derecho del Estado*, Bogotá, n. 26, 2011.
- ARGENTINA. *Código Penal*. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anejos/15000-19999/16546/texact.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.
- AYALA CORAO, Carlos; CASAL, Jesús. La evolución político-constitucional de Venezuela 1975-2005. In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (org.). *La evolución político-constitucional de América del Sur: 1976-2005*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.
- BOLÍVIA. *Código Penal*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_bol1.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.
- BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia Constitucional Plurinacional 1250/12*. Disponível em: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=720>. Acesso em: 02 out. 2020.
- BONOMETTI, Petra; RUIZ SEISDEDOS, Susana. La democracia en América Latina y la constante amenaza de la desigualdad. *Andamios*, v. 7, n. 13, p. 11-36, 2010.
- BORGES, Bruno Barbosa. *O controle de convencionalidade no sistema interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 set. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC 379.269/MS*. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para o Acórdão Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Terceira Seção, julgado em 24/05/2017, DJe 30/06/2017.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1640084/SP*. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma. Julgado em 15/12/2016, DJe 01/02/2017.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 496*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 22 de junho de 2020. Lex: Jurisprudência do STF, Brasília, Diário da Justiça Eletrônico, 24 jun. 2020.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação n.º 23.364-GO (0043323-10.2016.1.00.0000)*. Relator: Min. Luís Roberto Barroso, 24 de maio de 2018. Lex: Jurisprudência do STF, Brasília, Diário da Justiça Eletrônico, n. 103, 28 maio 2018.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Quarta Vara Criminal de Florianópolis. *Ação Penal 0067370-64.2012.8.24.0023*. Sentença, Juiz Alexandre Morais da Rosa, assinada em 17/03/2015. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/backup/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>. Acesso em: 23 nov. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Juizado Especial Criminal adjunto à Segunda Vara Criminal de Belford Roxo. *Ação Penal n.º 001356-07.2015.8.19.0008*. Sentença, Juiz Alfredo José Marinho Neto, assinada em 04 de julho de 2016. Disponível em: <http://emporiiodireito.com.br/backup/juiz-do-tjrj-faz-controle-de-convencionalidade-do-crime-de-desacato/>. Acesso em: 23 nov. 2020.
- CARPISO, Jorge. Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano. In: CARBONNEL, Miguel; CARPISO, Jorge; ZOVATTO, Daniel (coord.). *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Coyoacán: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- CAVALLARO, James L.; BREWER, Stephanie Erin. O papel da litigância para a justiça social no Sistema

Interamericano. *Sur: Rev. int. dir. human.*, v. 5, n. 8, p. 84-95, 2008. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S1806-64452008000100005>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452008000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 20 nov. 2020.

CHILE. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1984>. Acesso em: 30 set. 2020.

CIDH. *Antecedentes e interpretação da Declaração de Princípios*. 2000. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/showarticle.asp?artID=132&lID=4>. Acesso em: 21 nov. 2020.

CIDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Exceções preliminares, fundo, reparações e custas. Sentença de 2 de julho de 2004.

CIDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. Fundo, reparações e custas. Sentença de 31 de agosto de 2004.

CIDH. *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 20/02/2009. Série C, nº 207.

CIDH. *Criminalización de defensoras y defensores de derechos humanos*. 2015.

CIDH. *Horacio Verbitsky v. Argentina*. Relatório n.º 22/94, Caso 11.012. 20 set. 1994.

CIDH. *Informe anual de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión: informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2015*. v. 2, 2016.

CIDH. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión*. 1998.

CIDH. *Informe sobre la compatibilidad entre las leyes de desacato y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. 1994.

CIDH. *Marco Jurídico Interamericano sobre el Derecho a la Libertad de Expresión*. 2010.

CIDH. *Nota técnica sobre los parámetros internacionales respecto a la libertad de expresión y los crímenes contra el honor y la adecuación de los dispositivos respecto a los crímenes contra el honor presentes en el proyecto de reforma del Código Penal brasileño*. 2013.

CIDH. *Palamara Iribarne v. Chile*. Mérito, reparações e custas. 22/11/2005. Série C, nº 135.

CIDH. *Tristán Donoso v. Panamá*. Exceção preliminar, fundo, reparações e custas. Sentença de 27 de janeiro de 2009.

CIDH. *Una agenda hemisférica para la defensa de la libertad de expresión*. 2010.

CIDH. *Zonas silenciadas: regiones de alta peligrosidad para ejercer la libertad de expresión*. 2013.

CONCI, Luiz Arcaro; MEZZETTI, Luca (ed.). *Diálogo entre cortes*. Bogotá: U. Externado de Colombia, 2017.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *Mercosur: integración regional y derechos humanos en un proceso multinivel estudios constitucionales*. Santiago, 2015. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000200005&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 30 set. 2020.

COSTA RICA. *Código Penal*. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_penal_costa_rica.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESPÍRITO SANTO. *Recomendação Conjunta SUBDEF/CDH n.º 01/2015, de 29/04/2015*.

EL SALVADOR. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.asamblea.gob.sv/decretos/details/380>. Acesso em: 30 set. 2020.

EQUADOR. *Código Penal*. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CEDAW/Shared%20Documents/ECU/INT_CEDAW_ARL_ECU_18950_S.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

FUENTES TORRIJO, Ximena. Democracia y libertad de expresión en América Latina: la amenaza del ímpetu devorador de los derechos. *Estudios Internacionales*, p. 29-51, 2002.

GARGARELLA, Roberto. *La sala de máquinas de la Constitución: dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*. Buenos Aires: Katz, 2015.

GONZALEZ, Santiago. *La libertad de expresión*. Madrid, 1992.

GUATEMALA. *Código Penal*. Disponível em: http://ww2.oj.gob.gt/es/QueEsOJ/EstructuraOJ/UnidadesAdministrativas/CentroAnálisisDocumentaciónJudicial/cds/CDs%20compilaciones/Compilación%20Leyes%20Penales/expedientes/01_CódigoPenal.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

GUATEMALA. Corte Constitucional. *Inconstitucionalidad de Carácter General nº 1122/2005*. Disponível em: <https://jurisprudencia.cc.gob.gt/portal/AtributoElastic.aspx?id=807270>. Acesso em: 01 out. 2020.

GUTIERREZ EKLUND, Luis Alejandro *et al.* Las Leyes de desacato y la difamación criminal en América Latina. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, año 6, n. 6, 2016.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HONDURAS. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.poderjudicial.gob.hn/CEDIJ/Leyes/Documents/CodigoPenal-ReformaIncluida.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

HONDURAS. Corte Suprema de Justicia. *Inconstitucionalidad nº RI2686-03*. Disponível em: <https://hn.vlex.com/vid/arta-culo-ca-digo-decreto-na-mero-144-483103242>. Acesso em: 01 out. 2020.

LAFER, Celso. *Comércio, desarmamento e direitos humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MADISON, James. *Notes for the National Gazette Essays*. Disponível em: <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-14-02-0144>. Acesso em: 01 out. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai*. Brasília: Ed. Gazeta Jurídica, 2013.

MÉXICO. *Código Penal*. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpf.htm>. Acesso em: 30 set. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Proposição de ADPF sobre o crime de desacato*. 2016. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/direitos-humanos/internacionais/atuacao-do-mpf/representacao-proposicao-adpf-crime-desacato>. Acesso em: 30 set. 2020.

MOUNK, Yascha. *The people vs. democracy: why our freedom is in danger and how to save it*. Massachusetts: Harvard University Press, 2018.

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editoria Acadêmica, 1994.

NICARÁGUA. *Código Penal*. Disponível em: <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aaea87dac762406257265005d21f7/7373673fc384ad42062581520061e484?OpenDocument>. Acesso em: 30 set. 2020.

NINO, Carlos. El hiperpresidencialismo argentino y las concepciones de la democracia. In: NINO, Carlos *et al.* *El presidencialismo puesto a prueba*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

O'DONNELL, Guilherme. Acerca del Estado en América Latina contemporánea. In: PNUD. *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*. Washington, D. C.: Naciones Unidas,

2004. p. 149-191.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Capítulo V*. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.V.htm#_ftn6. Acesso em: 30 set. 2020.

PANAMÁ. *Código Penal*. Disponível em: <https://docs.panama.justia.com/federales/codigos/codigo-penal.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

PARAGUAI. *Código Penal*. Disponível em: https://www.pj.gov.py/ebook/libros_files/Coleccion_de_Derecho_Penal_TomoI.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

PATIÑO CAMARENA, Javier. Consideraciones en torno a la democracia representativa y al referéndum en México. In: CARBONNEL, Miguel; CARPIZO, Jorge; ZOVATTO, Daniel (coord.). *Tendencias del constitucionalismo en Iberoamérica*. Coyoacán: Universidad Nacional Autónoma de México; Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

PERNICE, Ingolf; KANITZ, Ralf. *Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe*. Berlin: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, 2004.

PERU. *Código Penal*. Disponível em: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf). Acesso em: 30 set. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMÍREZ GÉRMAN, Echeverría. *Desacato en el código de justicia militar: un inexplicable olvido en el debate democrático*. Valdivia: Revista de Derecho, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

REPÚBLICA DOMINICANA. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/C%C3%B3digo%20Penal%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20Dominicana.pdf>. Acesso em: 30 set. 2020.

RODAS, Sérgio. Defensoria de SP pede à OEA o fim do crime de desacato; advogados elogiam. *Conjur*, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mar-27/defensoria-sao-paulo-oea-fim-crime-desacato>. Acesso em: 23 nov. 2015.

SAGÜES, Néstor Pedro. Evolución institucional argentina: sistema de gobierno, poder judicial, derechos fundamentales (1975-2005). In: ALCALÁ, Humberto Nogueira (org.). *La evolución político-constitucional de América del Sur: 1976-2005*. Santiago de Chile: Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direito das organizações internacionais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

UGARTE, Pedro. La disputa por los derechos y el Ius Constitutionale Commune. In: VON BOGDANDY, Armin; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Querétaro: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 109-136.

UNESCO. *Tendencias mundiales en libertad de expresión y desarrollo de los medios: informe regional 2017-2018 América Latina y el Caribe*. París. Disponível em: <https://www.cfpdudgvirtual.org/unesco-publica-informe-de-libertad-de-expresion-en-america-latina/>. Acesso em: 01 out. 2020.

URUGUAI. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/codigo-penal/9155-1933>. Acesso em: 30 set. 2020.

VENEZUELA. *Código Penal*. Disponível em: https://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic3_ven_anejo6.pdf. Acesso em: 30 set. 2020.

VERGOTTIN, Giuseppe de. *Oltre il dialogo tra le corti*. Bologna: Il Mulino, 2010.

VICENTE, Barroso. Interpretação constitucional e estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, 1996.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594>. Acesso em: 30 set. 2020.

VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Estudos avançados em direitos humanos: democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. São Paulo: Campus, 2012.

VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A interpretação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca da liberdade de expressão e a adequação material da Lei n.º 13.834/2019

The Interamerican Human Rights' System interpretation on free speech and the content suitability of Law 13.834/2019

Elder Maia Goltzman

Mônica Teresa Costa Sousa

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

A interpretação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos acerca da liberdade de expressão e a adequação material da Lei n.º 13.834/2019*

The Interamerican Human Rights' System interpretation on free speech and the content suitability of Law 13.834/2019

Elder Maia Goltzman**

Mônica Teresa Costa Sousa***

Resumo

Este artigo tem como problemática de pesquisa averiguar a compatibilidade material do art. 326-A do Código Eleitoral, inserido pela Lei n.º 13.834/2019, em cotejo com o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que trata da liberdade de expressão. Objetiva-se discorrer sobre o conceito e amplitude da liberdade de expressão, sobre a liberdade de expressão em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e da adequação da criação de crimes para combater notícias falsas em contextos eleitorais. Adota-se como método de pesquisa o jurídico-descritivo, e, como técnicas de pesquisa, a bibliográfica e a documental. Conclui-se pela incompatibilidade material do delito e, conseqüentemente, sua inconveniência.

Palavras-chave: Liberdade de expressão; Sistema Interamericano; Desinformação; Lei n.º 13.834/2019.

Abstract

This paper has as its main research issue to investigate the material suitability of Law 13.834/2019, which inserted the article 326-A in the Brazilian Electoral Code, and the article 13 of the Interamerican Convention of Human Rights, which deals with free speech. The objectives are to discuss free speech's meaning and reach, to discuss free speech within the Interamerican Human Rights system and to discuss the suitability of creating crimes to oppose disinformation in electoral contexts. The methodology used is juridic-descriptive and the research techniques used were bibliographic and documental. The conclusion is that Law 13.834/2019 is not suitable regarding free speech and, therefore, is considered inconventional.

Keywords: Free speech; Interamerican System; Disinformation; Law 13.834/2019.

* Recebido em: 03/05/2021.
Aprovado em: 07/10/2021.

** Mestrando em Direito e Instituições do Sistema de Justiça pela Universidade Federal do Maranhão. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA/CNPq). Técnico na Clínica de Direito Humanitário da UFRGS. Membro da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP).
E-mail: eldergoltzman89@gmail.com

*** Doutora em Direito (UFSC). Professora Associada na UFMA. Docente nos cursos de Mestrado em Direito (PPGDir/UFMA) e Cultura e Sociedade (PGCult/UFMA). Bolsista de Produtividade em Pesquisa (FAPEMA). Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional e Desenvolvimento (NEDID/UFMA/CNPq). Professora visitante na Universidade de Valencia (Espanha).
E-mail: monica.teresa@ufma.br

1 Introdução

A liberdade de expressão é um direito ligado ao funcionamento do Estado Democrático de Direito. Os cidadãos precisam expor seus pensamentos, opiniões, crenças, discordâncias e insatisfações na condução da coisa pública para que, face à diversidade de argumentos, as melhores decisões sejam tomadas pelos gestores.

Na América do Sul, esse direito tem maior relevância porque, nas últimas décadas, a região

esteve basicamente dominada por regimes militares, que levaram a cabo brutais repressões, com dezenas de milhares de desaparecidos, torturados e mortos, sob o pretexto de combater a ‘subversão comunista’ supostamente materializada em organizações guerrilheiras¹.

Nesse contexto, a Organização dos Estados Americanos (OEA) tem atuado na defesa e fortalecimento da liberdade de pensamento e opinião em seus países membros. A instituição possui relatórios e publicações periódicas que dão um panorama desse direito nos países que a integram.

Recentemente, o tema da liberdade de expressão retornou aos holofotes por conta das *fake news*. Com o pretexto de combater a proliferação de notícias falsas, sobretudo em contextos eleitorais, os legislativos nacionais aprovaram leis que podem representar risco ao debate de ideias².

No Brasil, ao fim de 2019, foi publicada a Lei n.º 13.834 que criou o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral por meio da inserção do artigo 326-A no Código Eleitoral Brasileiro. O dispositivo comina pena de reclusão de dois a oito anos e multa àqueles que derem causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral.

Todavia, o país ratificou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos que consagra a liberdade de expressão em seu art. 13 e, por conta disso, deve ter cautela ao elaborar normas que limitem o mercado de ideias. Considerando a dicotomia entre necessidade de proteção da liberdade de expressão e combate à desinformação, este artigo tem por problema de pesquisa averiguar a conformação material³, ou não, da Lei n.º 13.834/2019 quando cotejada com o art. 13 do Pacto de San José da Costa Rica.

Para tanto, adota-se como método de abordagem o jurídico-descritivo⁴, e como técnicas de pesquisa a bibliográfica e documental, especialmente as sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as publicações oficiais da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O trabalho foi dividido em três seções que correspondem aos seus objetivos. Inicialmente, discute-se o conceito e amplitude da liberdade de expressão. Adota-se como marco teórico as ideias de John Stuart Mill⁵. O segundo tópico discorre sobre a liberdade de pensamento dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O terceiro tópico trata da desinformação (*fake news*) e da criminalização da liberdade de expressão como resposta ao problema das notícias falsas em contextos eleitorais. Nas considerações finais, conclui-se pela inadequação material do art. 326-A face ao art. 13 da Convenção.

¹ COGGIOLA, Osvaldo. *O ciclo militar na América do Sul*. 2014. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2014/03/24/o-ciclo-militar-na-america-do-sul/> Acesso em: 01 dez. 2020.

² O sítio eletrônico Poynter possui um gráfico que mapeia as diversas iniciativas tomadas pelos países para combater as *fake news*. A publicação está em inglês, apenas. Para consultá-la, acessar <https://www.poynter.org/ifcn/anti-misinformation-actions/>

³ Este trabalho, por investigar a adequação material do art. 326-A do Código Eleitoral ao direito da liberdade de expressão previsto no art. 13 da Convenção, tem por foco a questão da liberdade de pensamento dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

⁴ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

⁵ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

2 Reflexões sobre a liberdade de expressão

A Constituição Federal e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos ressaltam, já em seus preâmbulos, a importância da democracia para o Estado de Direito⁶. Noam Chomsky apresenta duas concepções diferentes para o termo democracia⁷, mas somente uma delas traduz o ideal democrático factual porque abarca a participação popular.

Para Chomsky⁸, há a democracia em que o povo dispõe de condições para participar ativamente na condução dos assuntos pessoais de que tenha interesse, além de dispor de canais de informação de maneira livre e acessível. Nessa concepção, o cidadão tem liberdade para vivenciar e influenciar a tomada de decisões públicas e, também, tem a seu alcance ferramentas que permitem seus posicionamentos estarem ancorados em dados e fundamentos de interesse coletivo.

Há, também, a democracia “que considera que o povo deve ser impedido de conduzir seus assuntos pessoais e os canais de informação devem ser estreita e rigidamente controlados”⁹. A ideia de democracia, defendida pela Constituição e pela Convenção, está contida na primeira exposição de Chomsky¹⁰ e não pode ser efetivada sem que o cidadão tenha liberdade para expressar suas opiniões.

Leonardo Valles Bento¹¹ aduz que o livre debate e a deliberação sobre assuntos de interesse público são pressupostos do próprio conceito de democracia. E isso acontece porque não se pode considerar a existência de um sistema democrático no silêncio. É necessária a participação dos indivíduos por meio da exposição de suas ideias e crenças. Não é sem razão que regimes ditatoriais instituem maneiras de censurar seus opositores¹².

Por essa razão a liberdade de expressão é um direito basilar para os sistemas democráticos. Stuart Mill, no século XIX, debruçando-se sobre a problemática do livre discurso, defendeu a ampla liberdade do indivíduo de poder se expressar¹³, ainda que se tenha a certeza de que a opinião exarada é falsa, sendo este o marco teórico principal adotado nesta pesquisa.

Para Mill, quando se impede alguém de se expressar, com a justificativa de certeza da falsidade do argumento alheio, parte-se do princípio de que a certeza do silenciador é absoluta e infalível¹⁴. Ocorre que a falibilidade é uma característica do homem e, por consequência, não há como ter certeza acerca de qual parte no debate está equivocada.

Na ciência política a questão possui contornos de importância. Anthony Lewis relata que, periodicamente, os Estados Unidos da América são assolados pelo medo fruto de manipulação política¹⁵. Inculcar medo no povo, segundo o autor, permite que os políticos justifiquem seus abusos, que passam a ser cometidos pelo bem dos americanos. Assim, confundidos pelo temor, os eleitores legitimam explicações que podem não se sustentar no futuro, tornando a verdade de outrora objeto de questionamentos.

⁶ Na convenção, os Estados signatários reafirmam “seu propósito de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”. A seu turno, o texto constitucional brasileiro de 1988 dispõe que a constituinte visa “instituir um Estado Democrático”.

⁷ CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁸ CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

⁹ CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 6.

¹⁰ CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹¹ BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. *Revista de Informação Legislativa*, ano 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun., 2016.

¹² Carvalho explica que um dos pilares da ditadura militar brasileira (1964-1985) foi justamente a censura política à imprensa para silenciar publicações ou reportagens capazes de atingir autoridades ou estruturas governamentais. CARVALHO, Lucas Borges de. A censura política à imprensa na ditadura militar: fundamentos e controvérsias. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 59, n. 1, p. 79-100, 2014.

¹³ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

¹⁴ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

¹⁵ LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment*. New York: Basic Books, 2009.

Mill, desenvolvendo sua teoria, questiona as certezas absolutas dos indivíduos¹⁶, uma vez que, ainda que as pessoas ouçam vozes com argumentos dissidentes dos seus, apenas colocam confiança nas opiniões partilhadas com pessoas ao seu redor. O círculo próximo representa o “mundo” de certezas infalíveis de cada um.

[...] para cada indivíduo, o mundo é aquela parte do mundo com a qual ele entra em contacto; o seu partido, a sua seita, a sua igreja, a sua classe social: quase pode dizer-se que a pessoa para o qual o mundo é algo tão abrangente como o seu próprio país ou a sua própria época é, por comparação, liberal e tem vistas largas. E a sua confiança nesta autoridade coletiva não é de modo algum abalada por ter consciência de que outras eras, países, seitas, igrejas, grupos e partidos pensaram, e mesmo agora pensam, de modo exatamente oposto. Ela transfere para o seu próprio mundo a responsabilidade de ter a certeza, por oposição aos mundos discordantes de outras pessoas; e nunca a preocupa que um mero acaso tenha estabelecido qual destes muitos mundos seja alvo da sua confiança, e que as mesmas causas que fizeram dela um padre em Londres a teriam feito budista ou confucionista em Pequim¹⁷.

Em tempos de redes sociais e internet, quando as interações e busca de informações passam pelo espaço virtual, a formação das certezas absolutas, que antes eram consolidadas pelo círculo próximo, passa a ser determinada por algoritmos que trazem apenas aquilo que o usuário deseja ver; trata-se da filtragem, que consiste na escolha feita pelas plataformas em apenas trazer para o indivíduo conteúdos que tenham relação com seus acessos. Com isso, o indivíduo começa a viver numa bolha e suas informações não serão diversificadas, mas sim customizadas e relacionadas com algo que mantenha seu interesse¹⁸.

Dessa forma, se um sujeito se identifica com determinado espectro político e, por meio de suas mídias sociais, busca páginas ou informações que têm relação com suas convicções ou crenças, permanece em uma bolha informacional. O algoritmo da plataforma capta o interesse e oferece mais conteúdo similar ao acessado pelo indivíduo.

Tim Wu explica que isso acontece para que a atenção do usuário seja mantida na plataforma¹⁹. Assim, ela pode ser revendida pela empresa para anunciantes, por exemplo; o autor chama o fenômeno de Economia da Atenção porque o que está sendo vendido é a atenção de quem usa as redes. Disponibilizar àquele que acessa à internet algo que o desagrada tende a fazer com que ele fique menos tempo navegando.

Como os sujeitos, por meio dessas redes, veem apenas aquilo que se relaciona com seus acessos, suas crenças se tornam mais polarizadas e acirradas diante de discursos diversos dos seus, colaborando para o isolamento das pessoas que não sabem lidar com quem delas discorda²⁰. O mundo externo passa a ser um ambiente de iguais. Pensamentos dissonantes são evitados porque incomodam o interlocutor que deixou de se acostumar a ouvir pensamentos que destoam dos seus, já que na internet tende a encontrar pessoas que pensam igual²¹.

O espaço de debate na esfera pública, conceituada por Habermas como “um domínio de nossa vida social em que algo que se aproxima da opinião pública pode ser formado”²², resta prejudicado diante do isolamento das pessoas que ficam cheias de certezas e creem em suas verdades. Não existe contraditório,

¹⁶ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

¹⁷ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 31.

¹⁸ SUNSTEIN, Cass. As mídias sociais são boas ou ruins para democracia? *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 15, n. 27, p. 85-92, 2018.

¹⁹ TIM, Wu. Is the First Amendment obsolete? *Michigan Law Review*, v. 117, p. 2018. p. 547.

²⁰ SUNSTEIN, Cass. *REPUBLIC.COM*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001.

²¹ Corre-se até mesmo o risco de a interação ser artificial diante da existência de *bots*. Em linhas simples, *bots* são robôs que conseguem interagir nas mídias sociais como se fossem humanos. No *Twitter*, por exemplo, existem ferramentas que identificam se determinado perfil é humano ou não. Para maiores informações: INSTITUTO DE TECNOLOGIA E SOCIEDADE DO RIO. *PegaBot*: descubra se aquele perfil de rede social é bot: plataforma em fase de testes. Disponível em: <https://itsrio.org/pt/projetos/pegabot/> Acesso em: 20 maio 2020.

²² HABERMAS, Jürgen. The public sphere: an encyclopedia article (1964). *New German Critique*, n. 3, p. 49-55, 1974. p. 49. Tradução nossa.

tampouco confronto. O cidadão é exposto a uma linearidade de pensamento.

Ocorre que a verdade também é um conceito indeterminado e, por isso mesmo, pode ser adulterado mediante justificativas que dissimulem a culpa. Keyes afirma que se vive na hora da pós-verdade hoje justamente pela facilidade de os indivíduos modificarem a racionalidade dos fatos para que se encaixe em suas crenças²³.

Um exemplo é a suposta fragilidade do processo eletrônico de votação no Brasil. Embora não haja evidências ou provas de fraude, alguns brasileiros têm a crença sedimentada de que a urna eletrônica é objeto de falsificações a respeito da apuração dos votos. Por isso, ao encontrar qualquer notícia ou elemento que embase uma crença pré-concebida, ainda que não seja verdadeira, os sujeitos criam mecanismos internos que justificam e racionalizam a mentira que se torna, ao fim, verdade²⁴.

Mill, mesmo no século XIX, pregava que somente se pode saber sobre um assunto ouvindo todas as opiniões ao seu respeito, ainda que falsas²⁵. O incômodo causado pela discordância deve ser suportado para que se chegue a uma conclusão refletida. Não é sem razão que, em um ambiente democrático, pensadores como o inglês entendem que alguns debates somente chegam ao público porque mentiras foram plantadas no seio da comunidade. No pleito brasileiro de 2018, por exemplo, muito se discutiu sobre gênero por conta do suposto kit gay que seria distribuído em escolas da rede público de ensino²⁶.

Nigel Warburton afirma que para Mill era claro que, mesmo visões falsas, desempenham um papel relativo ao livre mercado de ideias²⁷. Se aqueles que proferem ideias falsas são silenciados, corre-se o risco do conhecimento do indivíduo se tornar dogmático; corre-se o risco de acreditar sem entender as razões que balizam aquela crença ou acreditar apenas em evidências que suportem aquilo que se tem por verdade.

Para Mill, sem que seja dada a garantia da liberdade de expressão, a verdade não terá como se afirmar, mesmo que, com isso, corra-se o risco de a verdade sucumbir em face da mentira²⁸. Aline Osório pondera que, em certos momentos históricos, o pensador inglês reconhece que a mentira prevaleceu, mas ele defende que, mesmo assim, deve-se correr o risco²⁹.

A igreja mais intolerante, a Igreja Católica, mesmo na canonização de um santo aceita um “advogado do diabo” e escuta-o pacientemente. Parece que não podem ser concedidas honras póstumas mais santa dentre as pessoas até se conhecer e levar em consideração tudo o que o diabo pudesse dizer contra ela. Se não fosse permitido que até mesmo a filosofia newtoniana fosse questionada, as pessoas não sentiriam uma tão completa certeza da sua verdade como agora sentem. As nossas crenças mais justificadas não têm qualquer outra garantia³⁰.

Além disso, por ser um animal, o homem estaria sujeito a erros não somente oriundos do intelecto, mas também dos seus instintos³¹. Essa dupla possibilidade de falhar e se afastar do que é verdadeiro sem perceber que está incorrendo em erro revela-se como mais um fundamento para que discursos falsos sejam tolerados.

²³ KEYES, Ralph. *The Post-truth Era: dishonesty and deception in contemporary life*. New York: Saint Martin's Press, 2004.

²⁴ Como exemplo, citam-se os vídeos que circulam no WhatsApp e Youtube e que são desmentidos pela imprensa, como este: PARREIRA, Marcelo. É #FAKE que vídeo prove que é possível fraudar urna eletrônica. *G1*, 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2020/11/18/e-fake-que-video-prove-que-e-possivel-fraudar-urna-eletronica.ghtml> Acesso em: 20 maio 2020.

²⁵ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

²⁶ A questão está resumida nesta reportagem: É #FAKE que Haddad criou «kit gay» para crianças de seis anos. *G1*, 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2018/10/16/e-fake-que-haddad-criou-kit-gay-para-criancas-de-seis-anos.ghtml> Acesso em: 20 maio 2020; O Tribunal Superior Eleitoral, inclusive, determinou a remoção de conteúdo dessa natureza. Para maiores informações acessar: <https://www.conjur.com.br/2018-out-16/ministro-tse-determina-remocao-videos-kit-gay>.

²⁷ WARBURTON, Nigel. *Free Speech: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

²⁸ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

²⁹ OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

³⁰ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p. 33-34.

³¹ MILL, John Stuart. *O utilitarismo*. São Paulo: Iluminuras, 2020.

Se temos instintos intelectuais que nos levam a julgar de um modo particular, assim como instintos animais que nos incitam a agir de um modo particular, não há necessidade alguma de que os primeiros sejam mais infalíveis na sua esfera do que os segundos na sua: pode bem ocorrer que juízos errados sejam, ocasionalmente, sugeridos pelos instintos intelectuais, assim como ações erradas pelos instintos animais³².

3 Liberdade de expressão no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A respeito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a liberdade de expressão é celebrada e as limitações são vistas com cautelas, especialmente em países com história recente de ditaduras³³.

O arcabouço normativo da liberdade de expressão é o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, o qual assevera que:

Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Nesse sentido, a “censura prévia, leis de desacato e responsabilidade subsequente excessiva por injúria, calúnia e difamação são medidas que seriamente infringem a liberdade de expressão”³⁴. O sentido da norma é permitir que os cidadãos possam participar da vida política do Estado de que fazem parte sem medo de represálias e sem uso da máquina pública para perseguição de opositores.

Claudio Grossman explica que a liberdade de expressão, na jurisprudência da Corte, tem caráter dual³⁵. Envolve o direito de os indivíduos se expressarem e também o direito de receberem informações e ideias.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a seu turno, explana que a liberdade de expressão tem três dimensões principais em relação aos sistemas democráticos. A primeira diz respeito ao direito de pensar por si próprio e compartilhar as ideias com os demais³⁶. Abarca, portanto, não somente o direito de pensamento consoante suas próprias convicções, mas, sobretudo, a garantia de poder disseminar junto aos demais suas crenças.

A segunda dimensão da liberdade de expressão tem relação estrutural com a democracia, sendo considerada pela Comissão o propósito, o motivo de existir do art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e se refere à proteção e promoção da livre circulação de informações, ideias e expressões de todos os tipos³⁷. Para a Comissão:

o completo exercício do direito de expressar suas próprias ideias e opiniões, e de circular toda informação disponível, bem como a possibilidade de deliberação de forma aberta e sem censura sobre problemas que dizem respeito a todos é uma condição indispensável para a consolidação, funcionamento e preservação

³² MILL, John Stuart. *O utilitarismo*. São Paulo: Iluminuras, 2020. p. 85.

³³ GROSSMAN, Claudio. Freedom of expression in the Interamerican System for the Protection of Human Rights. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 7, 2001.

³⁴ GROSSMAN, Claudio. Freedom of expression in the Interamerican System for the Protection of Human Rights. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 7, 2001. p. 621. Tradução nossa.

³⁵ GROSSMAN, Claudio. Freedom of expression in the Interamerican System for the Protection of Human Rights. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 7, 2001.

³⁶ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Inter-American Legal Framework. *Organization of American States*, 2009.

³⁷ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Inter-American Legal Framework. *Organization of American States*, 2009.

dos regimes democráticos³⁸.

O escopo da liberdade é impedir a censura que mina o funcionamento das democracias. A censura acaba por aumentar o poder do Estado de forma que os discursos que transitam na esfera pública precisariam de chancela de agentes públicos. Todavia, não raro, aqueles que exercem atividades públicas são objeto de críticas por sua atuação.

Lewis rememora que, na Inglaterra do século XVI, o Rei Henrique VIII somente permitia a impressão de quaisquer escritos que tivesse sido previamente autorizado, mesmo que se tratasse de um panfleto ou da escala de chegada e partida dos navios³⁹. O sistema de licenciamento cerceava opiniões não ortodoxas em relação ao reinado.

A terceira dimensão refere-se à ligação da liberdade de expressão com o exercício de outros direitos. Sem liberdade de expressão, não haveria exercício pleno dos direitos de associação, liberdade religiosa, educação, identidade cultural e étnica e igualdade⁴⁰.

Nesse ponto, o direito de poder se expressar configura um instrumento de efetivação de outros direitos. Sem ele, por exemplo, a liberdade religiosa estaria prejudicada porque os indivíduos teriam de professar sua fé ocultamente. A expressão artística, de semelhante modo, poderia estar sujeita ao crivo de terceiros. As associações necessitariam de autorizações do governo para instalação e funcionamento.

As restrições à liberdade de expressão, sobretudo as de caráter criminal, como lembra Bento, preocupam por seu efeito de autocensura nas pessoas⁴¹. Os cidadãos, temendo reprimendas penais por parte do Estado, deixam de emitir sua opinião e se afastam do debate público.

Sunstein, na mesma toada, assevera que é provável que a criminalização de condutas, relacionadas à liberdade de expressão, censure o aparecimento de narrativas verdadeiras por incutir medo nas pessoas⁴². Além disso, o julgamento do que é verdadeiro ou falso sai da esfera pública e passa ser atribuição do Estado, dando mais poder sobre a vida dos cidadãos.

No contexto do processo eleitoral, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aponta que a liberdade de expressão ganha contornos especiais e qualquer restrição deve ser vista com cautela. A liberdade de opinião, durante as eleições, funciona como uma ferramenta para formar a opinião do eleitor; em prol do fortalecimento do debate político entre os participantes, além de possibilitar maior escrutínio sobre as plataformas dos candidatos⁴³.

É importante ressaltar que a Corte tem indicado que os limites às críticas aos políticos são mais amplos que os relacionados com pessoas comuns, já que os candidatos se colocam à disposição para análise de suas palavras e ações tanto pela opinião pública quanto pela mídia, o que por si só demonstra um grau maior de dever de tolerância⁴⁴.

O caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentenciado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em

³⁸ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Inter-American Legal Framework. *Organization of American States*, 2009. p. 3. Tradução nossa.

³⁹ LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment*. New York: Basic Books, 2009.

⁴⁰ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Inter-American Legal Framework. *Organization of American States*, 2009.

⁴¹ BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. *Revista de Informação Legislativa*, ano 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun., 2016.

⁴² SUNSTEIN, Cass. *Falsehoods and the First Amendment*. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3426765 Acesso em: 05 maio 2020.

⁴³ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Inter-American Legal Framework. *Organization of American States*, 2009.

⁴⁴ INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Inter-American Legal Framework. *Organization of American States*, 2009.

dois de julho de 2004, denota como o sistema interpreta a liberdade de expressão no contexto americano⁴⁵.

Em quatro oportunidades, no ano de 1995, o jornalista Herrea Ulhoa publicou, no periódico “*La Nación*”, artigos que reproduziam reportagens da imprensa belga. Os escritos atribuíam ao diplomata Félix Przedborski, representante *ad honorem* da Costa Rica na Organização Internacional de Energia Atômica, o cometimento de ilícitos graves. Em um processo sem recursos, o escritor foi condenado por quatro delitos de difamação e recebeu como pena a cominação de multa. Além disso, foi determinada a publicação do dispositivo da sentença no jornal.

Por conta da condenação proferida pelo Judiciário costarriquenho, em março de 2001, uma denúncia foi apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Após averiguações, a Comissão, em outubro de 2002, concedeu dois meses para que a Costa Rica seguisse, dentre outras, as seguintes recomendações: tornasse, sem efeito, a sentença condenatória em desfavor do jornalista Herrera Ulhoa e do Jornal “*La Nación*”, retirasse o nome de Herrera do registro nacional de delinquentes e reparasse os prejuízos sofridos pelo escritor mediante pagamento de indenização.

Em decorrência da inércia do Estado da Costa Rica, a Comissão submeteu o caso à Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenou o país com fundamento na violação da liberdade de expressão e das garantias judiciais conferidas pelo Pacto de San José da Costa Rica.

Dentre as sanções, destacam-se a concessão de prazo para que o Estado costa-riquenho adequasse sua legislação interna ao disposto no Pacto e o pagamento de indenização ao jornalista no valor de vinte mil dólares americanos, além de outra indenização na monta de dez mil dólares americanos pelos gastos que Herrera teve para defender seus direitos no sistema interamericano.

Paiva e Heemann, comentando o caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, ratificam a importância que a Corte dá ao direito de liberdade de expressão para a manutenção de uma sociedade democrática⁴⁶.

No julgamento, a Corte, no parágrafo 116 da sentença, advertiu que, sem uma efetiva liberdade de expressão, materializada em todos os seus termos, a democracia se desvanece, o pluralismo e a tolerância começam a quebrar, os mecanismos de controle e denúncia do cidadão começam a se tornar inoperantes e, definitivamente, se começa a criar o campo fértil para que sistemas autoritários se enraízem na sociedade⁴⁷.

No que tange à resposta de supostos abusos no uso da liberdade de expressão, a Corte foi enfática em dizer que a resposta não deve ser por meio do Direito Penal, mas por meio dos meios administrativos ou civis, uma vez que, além de extremamente gravoso, o Direito Penal deve ser utilizado em última instância.

Salientou, também, que aqueles que atuam em nome do Estado sofrem uma limitação em seus direitos⁴⁸. Assim, a tutela da honra de servidores públicos e agentes políticos deve ser feita com cautela e não pode ser comparada com a defesa da honra de pessoas privadas. As questões públicas são de interesse coletivo e não se pode usar a máquina pública, com seu braço penal, para incutir medo em críticos ao regime vigente sob pena de malbaratamento da própria democracia.

Recentemente, a questão da criminalização de discursos tem sido objeto de debate em decorrência do fenômeno das notícias falsas ou *fake news*, ponto que será abordado agora nesta investigação.

⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2004.

⁴⁶ PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2004.

⁴⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2004.

4 Fake news, desinformação e a inconveniência da Lei 13.834/2019

O termo *fake news* foi eleito como o mais significativo do ano de 2017 pelo dicionário Collins⁴⁹. No entanto, a fabricação de informação não é algo que surgiu na contemporaneidade.

Posetti e Matthews elaboraram uma linha do tempo com alguns dos mais significativos exemplos de notícias falsas na história da humanidade, começando com uma campanha iniciada por Otávio para acabar com a reputação de Marco Antônio, em Roma, e finalizando, em 2018, com um resumo das ações tomadas por diversos países para combater o fenômeno⁵⁰.

Embora o uso das *fake news* não seja recente, somente agora surgiu a tecnologia para disseminá-la de maneira tão efetiva⁵¹. Mesmo os discursos falsos não sendo novidade no cenário político, as ferramentas atuais permitem que as informações circulem com uma velocidade maior que antes e atinjam um número indeterminável de pessoas.

A definição do que seja *fake news* tem sido objeto de amplo debate. Katsirea ressalta que “uma definição precisa do termo ‘*fake news*’ é essencial se alguém quiser conseguir distinguir este fenômeno de outras formas de informações imprecisas, bem como de notícias verdadeiras”.

Contudo, antes mesmo de estabelecer um conceito, é preciso reconhecer o que não seja enquadrado como *fake news*. No entendimento de Irini Katsirea, não se encaixam no conceito de notícia falsa⁵²: erros presentes em publicações, histórias tendenciosas, teorias da conspiração (que são difíceis de provar serem verdadeiras ou falsas, mas se originam de quem nelas acreditam) e frases imprecisas (sem que estejam em forma de notícias).

A sátira, igualmente, não é entendida como *fake news*. A intenção do autor nesse tipo de publicação é ridicularizar, usar do humor de maneira hiperbólica para chamar atenção a determinado ponto de vista, expor situações tidas por absurdas, ironizar. O escritor não tem a intenção de enganar seu leitor. No Brasil, há, como maiores expoentes, os sites Sensacionalista e The Piauí Herald.

Trazendo uma definição sobre o que se entende por *fake news*, em fevereiro de 2019, foi elaborado relatório final pelo Comitê Digital, Cultura, Mídia e Esporte, da Casa dos Comuns do Parlamento Britânico, em um inquérito que durou cerca de 18 meses e investigou a questão no Reino Unido⁵³.

O Comitê concluiu que a expressão *fake news* assumiu muitas formas, sendo usada, inclusive, em situações em que o leitor, simplesmente, não gostou ou não concordou com o que viu. Assim, como maneira de promover uma visão mais ampla e segura, o Comitê sugeriu o uso das expressões *misinformation* e *disinformation* que, nesta pesquisa, serão traduzidas como informação falsa e desinformação, respectivamente⁵⁴.

Para o Comitê, a diferença reside na intenção do agente. Se, desde o início, havia o dolo de criar ou compartilhar informações manipuladas, com o fito de enganar ou confundir o público, seja para causar dano ou por motivos políticos, financeiros ou pessoais, tem-se um caso de desinformação. Por outro lado, se o in-

⁴⁹ FLOOD, Alisson. *Fake news is ‘very real’ word of the year for 2017*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2017/nov/02/fake-news-is-very-real-word-of-the-year-for-2017> Acesso em: 18 maio 2020.

⁵⁰ POSETTI, Julie; MATTHEWS, Alice. *A short guide to the history of ‘fake news’ and disinformation*. New York: International Center for Journalists, 2018.

⁵¹ NOUGAYREDE, Natalie. In this age of propaganda, we must defend ourselves. Here’s how. *The Guardian*, 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/jan/31/propaganda-defend-russia-technology> Acesso em: 12 out. 2019.

⁵² KATSIREA, Irini. “Fake news”: reconsidering the value of untruthful expression in the face of regulatory uncertainty. *Journal of Media Law*, v. 10, n. 2, p. 159-188, 2018.

⁵³ DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT COMMITTEE. *Disinformation and ‘fake news’: final report*. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/1791/1791.pdf> Acesso em: 12 out. 2019.

⁵⁴ DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT COMMITTEE. *Disinformation and ‘fake news’: final report*. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/1791/1791.pdf> Acesso em: 12 out. 2019.

divíduo compartilhou sem o intento de prejudicar, mas por crença no conteúdo, tem-se informação falsa⁵⁵.

Wardle e Derakhshan trazem uma terceira categoria: *mal-information*, traduzida, neste artigo, como má-informação⁵⁶. Diferentemente dos outros tipos, que tratam de informações inverídicas, a má-informação versa sobre situações reais que são trazidas à tona para prejudicar uma organização, pessoa ou país. Como exemplo, cita-se o caso da orientação sexual de um agente público que é mencionada em relatório sem que haja interesse público. A UNESCO também trabalha com essas três categorias⁵⁷.

Este artigo adota o termo desinformação para abarcar todas as espécies de notícias acima mencionadas porque elas, em alguma medida, prejudicam o sistema democrático e o exercício do voto, tendo sido utilizadas em vários regimes políticos brasileiros⁵⁸. Dada a imprecisão do termo *fake news*, que acabou sendo utilizado como forma de defesa por parte de agentes que, ao terem informações contra seus interesses, divulgadas, assim as taxavam, este artigo adota o termo desinformação por sua acuidade.

A Organização dos Estados Americanos visitou o Brasil no ano de 2018, durante as eleições gerais, por meio da Missão de Observação Eleitoral (MOE), e constatou que o uso de notícias falsas foi constante durante a fase pré-eleitoral e se estendeu até o dia do pleito, com intensificação no segundo turno⁵⁹.

O cenário do uso alarmante de notícias falsas requer atenção especial de diversos atores estatais para proteger o sistema democrático e o exercício do direito ao voto de maneira livre, sem pressões ou influências oriundas de agentes maliciosos que buscam desequilibrar o pleito ou manchar reputações. Todavia, qualquer regulamentação ou ação por parte do Estado deve respeitar os direitos humanos e compromissos assumidos pelo Brasil diante dos entes internacionais, em especial a Organização dos Estados Americanos. Utilizando-se o argumento de impedir a proliferação da desinformação, pode-se minar a liberdade de expressão⁶⁰.

Alguns países estão em um estágio inicial no enfrentamento de questões relacionadas a notícias falsas e desinformação. Para outros, a desinformação tem sido uma luta longa e o aspecto digital apenas traz uma nova dimensão. Há muito que existe tensão entre o desejo de permitir que a liberdade de expressão floresça e, mesmo em um contexto democrático ocidental fora dos EUA, o desejo de conter as formas mais indesejáveis de expressão em torno do terrorismo e do ódio. O momento para os governos agirem para combater notícias falsas e desinformação está agora se traduzindo em ações práticas, muitas das quais poderiam legitimar as ações de nações não democráticas e prejudicar a liberdade de expressão⁶¹.

Flávia Piovesan pontua que a América Latina apresenta elevado grau de violência e exclusão, tendo democracias ainda em fase de consolidação, convivendo com a lembrança de um passado ditatorial e precária tradição de respeito aos direitos humanos em âmbito interno, afirmando que:

O Sistema Interamericano tem a potencialidade de exercer um extraordinário impacto na pavimentação de um *ius commune* latino-americano, contribuindo para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região mais desigual e violenta do mundo⁶².

⁵⁵ DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT COMMITTEE. *Disinformation and 'fake news': final report*. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/1791/1791.pdf> Acesso em: 12 out. 2019.

⁵⁶ WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c> Acesso em: 05 maio 2020.

⁵⁷ GRIZZLE, Alton *et al.* *Alfabetização midiática e internacional: diretrizes para a formulação de políticas e estratégias*. Brasília: UNESCO, 2016.

⁵⁸ SILVA, Bruno Rangel Avelino da. Fake news, radiodifusão e os limites da Justiça Eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de MOURA (coord.); *Propaganda eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 265-283.

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Missão de observação eleitoral: eleições gerais*. 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2019.

⁶⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Missão de observação eleitoral: eleições gerais*. 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2019.

⁶¹ MORGAN, Susan. Fake news, disinformation, manipulation and online tactics to undermine democracy. *Journal of Cyber Policy*, v. 3, n. 1, p. 39-43, 2018. p. 42. Tradução nossa.

⁶² PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios de reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 3, n. 1, jan./jun., 2014. p. 100.

O Sistema Interamericano desempenha importante papel na construção e manutenção da liberdade de expressão na América Latina. O art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos é o regramento angular que norteia as decisões proferidas pela Corte.

Considerando-se a importância da liberdade de expressão para a manutenção da democracia, no relatório final pós eleição de 2018, a MOE recomendou ao Estado brasileiro a revogação dos crimes de desacato a autoridades, bem como a revogação dos tipos penais de calúnia, difamação e injúria e transformá-los em ações civis, com o devido respeito ao direito à liberdade de expressão⁶³. Ressalta-se que, ao tempo do relatório, não existia, no ordenamento nacional, a Lei 13.834/2019, que acrescentou o art. 326-A ao Código Eleitoral.

A referida norma, objeto de controvérsia no Brasil, foi vetada pelo Presidente Jair Bolsonaro, mas teve o veto derrubado pelo Congresso Nacional. O art. 326-A trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro a figura da denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. O dispositivo comina pena de reclusão de dois a oito anos, além de multa, a quem der causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, de inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, atribuindo a alguém a prática de crime ou ato infracional de que o sabe inocente, com finalidade eleitoral.

Em relação ao delito recém inserido no ordenamento do Brasil paira dúvida acerca de sua convencionalidade, adotando-se como parâmetro de controle o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Como apontado nos tópicos anteriores, a liberdade de expressão recebe atenção especial no contexto interamericano, especialmente pelo histórico de governos autoritários. As ditaduras brasileira e chilena são exemplos recentes na América do Sul quando se pensa em cerceamento da liberdade de expressão. Assim, qualquer limitação deve consubstanciar uma resposta estatal proporcional e adequada.

Sendo um direito sensível ligado ao funcionamento das estruturas democráticas do Estado, as intervenções, no discurso livre, devem ser pensadas de forma que os ganhos sejam maiores em comparação aos prejuízos. Assim é que “uma liberdade fundamental só pode ser limitada na medida em que sua restrição signifique a efetivação de outros direitos ou princípios”⁶⁴ de igual ou maior envergadura. No caso da desinformação em contextos eleitorais, há outras alternativas viáveis que não a cominação de prisão.

A MOE, após o pleito de 2018, recomendou abordagem multissetorial (com autoridades, partidos políticos, membros da sociedade civil, meios de comunicação) e trabalho conjunto com universidades e organizações da sociedade civil para criar iniciativas participativas e transparentes que fomentem uma melhor compreensão do impacto que a desinformação tem sobre o processo eleitoral, assim como a formulação de respostas adequadas a esses fenômenos⁶⁵.

A Justiça Eleitoral Brasileira, por meio do Tribunal Superior Eleitoral, atendendo os preceitos traçados pela missão, organizou seu Programa de Enfrentamento à Desinformação com Foco nas Eleições 2020 em 6 eixos temáticos, quais sejam: organização interna, Alfabetização Midiática e Informacional (AMI), contenção da desinformação, identificação e checagem de desinformação, aperfeiçoamento do ordenamento jurídico e aperfeiçoamento dos recursos tecnológicos⁶⁶.

Justificando os pontos escolhidos, a corte pontua:

É preciso cautela redobrada para evitar que os próprios meios de enfrentamento à desinformação

⁶³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Missão de observação eleitoral*: eleições gerais. 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2019.

⁶⁴ TÓRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 50, n. 200, p. 61-80, out./dez., 2013. p. 70.

⁶⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Missão de observação eleitoral*: eleições gerais. 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2019.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Programa de enfrentamento à desinformação com foco nas eleições 2020*. 2020. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa_de_enfrentamento_web.pdf Acesso em: 07 ago. 2021.

ocasionem limitações desproporcionais às liberdades de expressão, informação e imprensa, de modo a suprimir o “espaço de respiração” (“breathing space”) necessário para que tais liberdades comunicativas possam florescer. Deve-se observar que algumas medidas ou respostas estatais — sobretudo quando mais abrangentes — podem levar à restrição de conteúdos relevantes ou promover o chamado “efeito resfriador” (chilling effect) do discurso, dissuadindo cidadãos e veículos de comunicação de se manifestarem, sob a ameaça da sanção⁶⁷.

Borges e Sarmiento explicam que, para o bom funcionamento de uma sociedade democrática, é necessário que haja uma esfera pública desinibida, em que as discussões de temas de interesse social ocorram sem medo de sanção⁶⁸. Eventuais abusos devem ser tratados de forma restritiva sob pena de que responsabilizações, mormente as criminais, gerem um efeito resfriador (*chilling effect*) nos cidadãos e na própria imprensa que, receosos de receber sanções estatais, preferem não opinar.

Na mesma linha, é preciso garantir espaços de respiração (*breathing space*) para o exercício dos discursos. Isto é, deve-se ter maior tolerância com os comportamentos e opiniões envolvidos no debate público sem que as ações gerem, em todos os casos, responsabilização dos participantes⁶⁹.

Por essa razão, no pleito de 2020, um dos eixos escolhidos pelo TSE foi a alfabetização midiática e informacional. No contexto da liberdade de expressão, deve-se considerar que a “AMI é uma competência essencial na sociedade comunicativa de rápida evolução. Cidadãos alfabetizados em mídia e informação são pré-requisito para o vigo das sociedades do conhecimento inclusivas”⁷⁰.

A alfabetização midiática e informacional representa um conjunto de atividades que busca capacitar o cidadão em várias frentes para que saiba utilizar as informações recebidas de maneira crítica e responsável. Destarte, a iniciativa da Justiça Eleitoral respeita os parâmetros traçados pela Organização dos Estados Americanos que desencoraja a criação de figuras típicas como forma de resposta ao fenômeno⁷¹.

A cominação de penas restritivas de liberdade, no contexto da desinformação, não respeita a subsidiariedade do braço penal do Estado. “O Direito Penal, devido à sua manifesta gravidade como instrumento estatal de contenção da liberdade do homem — apontada constantemente pela doutrina — deve ser sempre tido como subsidiário”⁷².

Além disso, existindo outros meios menos gravosos para lidar com a problemática, tal como a AMI, a existência do crime previsto no art. 326-A não sobrevive ao critério da razoabilidade e proporcionalidade em relação ao sacrifício desse direito fundamental que, segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, tem posição preferencial (*preferred position*) no ordenamento pátrio⁷³.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos ressalta que a criação de figuras típicas como solução

⁶⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Programa de enfrentamento à desinformação com foco nas eleições 2020*. 2020. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa_de_enfrentamento_web.pdf Acesso em: 07 ago. 2021.

⁶⁸ BORGES, Ademar; SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, crimes contra a honra de pessoa pública e o papel institucional da OAB: a inconstitucionalidade da denúncia contra Felipe Santa Cruz por críticas dirigidas a Sérgio Moro. *Consultor Jurídico*, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/santa-cruz-nao-cometeu-crime-criticar.pdf> Acesso em: 07 mar. 2021.

⁶⁹ BORGES, Ademar; SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, crimes contra a honra de pessoa pública e o papel institucional da OAB: a inconstitucionalidade da denúncia contra Felipe Santa Cruz por críticas dirigidas a Sérgio Moro. *Consultor Jurídico*, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/santa-cruz-nao-cometeu-crime-criticar.pdf> Acesso em: 07 mar. 2021.

⁷⁰ GRIZZLE, Alton *et al.* *Alfabetização midiática e internacional: diretrizes para a formulação de políticas e estratégias*. Brasília: UNESCO, 2016. p. 8.

⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Programa de enfrentamento à desinformação com foco nas eleições 2020*. 2020. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa_de_enfrentamento_web.pdf Acesso em: 07 ago. 2021.

⁷² SANTOS, Marina O. T. A expansão do direito penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alternativa a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 219-251, jan./abr., 2019. p. 221.

⁷³ V. ARE n.º 719.618, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. em 7.11.2012; Rcl n.º 18.687 MC, rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. em 27.9.2014; RE n.º 685.493, rel. Min. Marco Aurélio; j. em 20.11.2014; Pet. n.º 3.486 rel. Min. Celso de Mello, j. em 22.8.2005.

a crise causada pela desinformação em contextos eleitorais não encontra respaldo nos *standards* do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. No atual estágio de compreensão de um fenômeno que é complexo e multifacetado, a introdução desses delitos nos sistemas legais poderá fazer com que a região retroaja a uma lógica de punir pessoas que critiquem servidores ou agentes envolvidos em assuntos de interesse coletivo⁷⁴.

Nesse ponto, o art. 326-A falha por duas razões. Primeiro porque já existe a figura da denúncia caluniosa comum, prevista no art. 339 do Código Penal. Segundo porque, de acordo com o parágrafo primeiro, do art. 326-A, nas mesmas penas incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga. Essa última parte do delito expressa risco ao cidadão comum e abre a possibilidade de uso da polícia e do aparato judiciário como forma de pressionar ou intimidar pessoas que pensam ou professam discursos diferentes de quem esteja figurando como detentor do poder.

Surge o temor de que, como contramedida, se procure responsabilizar alguém por denúncia caluniosa eleitoral a cada vez que oferecer notícia ou representação contra determinado políticos e candidatos. O crime de denúncia caluniosa, nesse caso, ao invés da proteção dos bens jurídicos, servirá como *vendetta* diante da perspectiva da investigação de fatos que podem ser graves. [...] Não teríamos incluído essa nova figura no Código Eleitoral. O rigor punitivo nela previsto destoa do conjunto dos crimes eleitorais, sem falar que esse intervalo de pena – 2 a 8 anos – é muito largo. Oxalá o novo ilícito sirva para iluminar a urgente necessidade de reforma do sistema de crimes e penas eleitorais⁷⁵.

Logo, a luta contra a desinformação pode e deve utilizar outras ferramentas que não sejam o direito penal e a instituição de figuras típicas que tragam riscos à participação popular e infrinjam compromissos assumidos pelo Brasil na Organização dos Estados Americanos.

É importante ressaltar que a “aplicação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos é temática recente no Brasil, restando muitas dúvidas quanto aos seus efeitos nos âmbitos jurídico e social”⁷⁶.

Entretanto, a novidade não pode ser entrave para a proteção dos direitos humanos, sobretudo porque o Brasil incorporou, definitivamente, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos por meio do Decreto Presidencial n.º 678/1992 e posterior aprovação do Congresso Nacional, confirmada pelo Decreto Legislativo n.º 89/98⁷⁷.

Não somente isso, o Brasil também já se expressou no sentido de reconhecer a “jurisdição obrigatória de órgãos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que têm como tarefa fixar a interpretação do alcance das obrigações internacionais de Direitos Humanos contraídas pelo Estado.”⁷⁸

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos tem *status* supralegal no ordenamento jurídico nacional, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal nos Recursos Extraordinários 349.703 e 466.343 e *Habeas Corpus* 87.585 e 92.566⁷⁹.

Mazzuoli pontua que as normas de um Estado não devem respeito, apenas, à Constituição, mas têm de estar em harmonia com a ordem jurídica internacional que integram sem que se observe violação de seus

⁷⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales*. 2019. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Guia_Desinformacion_VF.pdf Acesso em: 03 fev. 2021.

⁷⁵ GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O novo crime eleitoral: denúncia caluniosa. *Revista da Escola Judiciária Eleitoral Paulista*, n. 4, jan./jun. 2019. p. 11-12.

⁷⁶ CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do judiciário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 87-113, jan./abr., 2016. p. 88.

⁷⁷ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, jan./dez., 2009.

⁷⁸ RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, jan./dez., 2009. p. 245.

⁷⁹ Em síntese, a Suprema Corte decidiu que os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos e que não tenham sido aprovados pelo rito especial do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, ainda que anteriores ao rito (que foi inserido pela EC 45/2004), têm status supralegal. Isso quer dizer que os tratados que versem sobre direitos humanos estão acima da lei, mas abaixo da Constituição em hierarquia.

preceitos⁸⁰; essa análise de respeito das normas internas aos tratados internacionais, que um dado país ratificou em seu ordenamento, se dá pelo controle de convencionalidade⁸¹.

Mazzuoli define controle de convencionalidade como a adequação vertical entre as normas domésticas em sentido lato vigentes no território nacional com os tratados internacionais ratificados pelo ente estatal⁸².

Russowsky chama atenção para os dois efeitos principais do controle de convencionalidade⁸³. O primeiro, repressivo, significa que a norma conflituosa com as convenções vigentes não deve ser aplicada diante de casos concretos submetidos à apreciação judicial, o que classifica como controle difuso concreto de convencionalidade. O segundo efeito, positivo, refere-se à interpretação das normas. O direito nacional deve receber uma releitura à luz das convenções em vigência⁸⁴. A interpretação da Lei 13.834/2019 não pode escapar dessa ótica.

Consoante apontado, em contraste com o disposto no art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, entende-se que o art. 326-A apresenta incompatibilidade material. Os principais fundamentos, elencados ao longo da investigação, foram: a criminalização de comportamentos relacionados à liberdade de ideias e pensamento não é defendida pelo Sistema Interamericano, seja em seus precedentes (caso Herrera, para citar um), seja em suas publicações oficiais (guias, relatórios e afins, todos referenciados ao final da pesquisa)⁸⁵; há afronta ao mercado de ideias; existe o efeito censura e resfriador; tem-se a necessidade de espaços de respiração para que os discursos transitem; ocorre a possibilidade de sanção do cidadão que se envolve na crítica a agentes públicos; resulta o enfraquecimento do sistema democrático e, ainda, o histórico de abusos cometidos no continente americano.

Para além disso, há outras possibilidades menos gravosas ao debate público. Assim, a existência de um crime como resposta à desinformação em contextos eleitorais não respeita o caráter subsidiário que deve estar presente em uma norma penal incriminadora.

O TSE, em seus seis eixos de atuação no pleito de 2020, acabou por apontar caminhos que podem servir de parâmetro para a atuação do Estado brasileiro. A alfabetização midiática e informacional é um deles. No lugar de punir com ameaça de prisão quem participa do debate político, a AMI capacita o indivíduo para que seu olhar sobre o processo seja crítico e fundamentado. A corte explica que:

as ações dirigidas ao público externo priorizam aprendizagens voltadas ao conhecimento e à compreensão sobre desinformação; incentivo ao exercício de pensamento crítico diante de informações recebidas; incentivo à não reprodução de informações duvidosas; indicação de ferramentas e recursos de verificação de informações; conscientização sobre a importância dos dados pessoais; e informação sobre o processo eleitoral, em especial quanto ao funcionamento e à segurança das urnas eletrônicas⁸⁶.

⁸⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande, Porto Alegre-RS, 2008.

⁸¹ Mazzuoli trata das distinções entre controle de constitucionalidade e controle de convencionalidade, bem como estuda os casos de conflito normativo entre disposições da Constituição e tratados. Contudo, esta pesquisa pontua tão somente a vinculação de uma norma infraconstitucional aos tratados internacionais ratificados pelos Estados por entender que a análise do conflito da Constituição com tratados deve se dar por meio de pesquisa específica que foge do escopo aqui em comento. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande, Porto Alegre-RS, 2008.

⁸² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande, Porto Alegre-RS, 2008.

⁸³ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 61-96, 2012.

⁸⁴ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 61-96, 2012.

⁸⁵ Em declaração conjunta, tanto a Organização dos Estados Americanos, quanto a Organização das Nações Unidas e a Organização para Segurança e Cooperação na Europa defendem a premissa de que não se deve criminalizar a desinformação. Para acesso ao inteiro teor da nota: <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=1174&IID=2>

⁸⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Programa de enfrentamento à desinformação com foco nas eleições 2020*. 2020. p. 19. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa_de_enfrentamento_web.pdf Acesso em: 07 ago. 2021.

Portanto, ao passo que o delito previsto, no art. 326-A do Código Eleitoral, distancia os eleitores da esfera pública de debate, a alfabetização midiática e informacional os aproxima e lhes habilita a fazerem escolhas conscientes e críticas num contexto de crise informacional.

5 Considerações finais

Embora o controle de convencionalidade não seja novidade no Brasil, as partes não têm o hábito de alegar disposições convencionais na defesa de seus direitos e o Judiciário não tem o costume de fundamentar suas decisões tomando por base tratados ou convenções visando sustentar a inconventionalidade da legislação nacional.

Inclusive, não se tem notícia de qualquer alegação de incompatibilidade material entre o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (que consagra a liberdade de opinião) e o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral introduzida no ordenamento brasileiro pela art. 326-A do Código Eleitoral.

A Lei 13.834/2019, com a justificativa de combater a desinformação em contexto eleitoral, acabou criando um crime desnecessário e inconventional no ordenamento jurídico brasileiro.

Desnecessária porque a denúncia caluniosa comum, do art. 339 do Código Penal, de competência do Juiz de Direito ou Federal, a depender do caso, permitiria a investigação de qualquer pessoa que desse causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente, e sem qualquer relação com as eleições e a transição de poder, sendo um delito investigado fora do processo eleitoral.

Inconventional porque, em contextos políticos, a liberdade de expressão somente pode ser limitada em casos excepcionais, e a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem esse posicionamento firmado em suas sentenças. Quando uma pessoa decide concorrer a um mandato eletivo, deve ter ciência de que sua vida será escrutinada pela imprensa e população em geral. O candidato estará não somente sob os olhares do eleitorado, mas de outros interessados como servidores, aqueles que contratam com o poder público e áreas que podem ser atingidas por decisões tomadas pelo gestor público.

A liberdade de expressão não é um direito absoluto e que a honra das pessoas deve ser protegida de abusos. Todavia, deve-se ponderar, sim, que a liberdade de expressão, para a manutenção do Estado Democrático de Direito, tem uma posição de destaque se comparada com a honra ou a privacidade do candidato. Além disso, o candidato a cargo eletivo sabe que o jogo político, não de hoje, é permeado por desinformação.

Ressalta-se que não se defende que a desinformação nas eleições flua sem qualquer conduta do Estado. Ao contrário. O Estado deve agir, mas não por meio da criação de figuras típicas que não incentivam a participação democrática e, ainda, criam um efeito de autocensura no seio da sociedade. A denúncia caluniosa com finalidade eleitoral é um delito que tem potencial para impedir que o cidadão participe do espaço político por medo de represálias institucionalizadas.

Ora, criar um crime específico para tratar de questões que envolvem, num mesmo tipo, tanto a liberdade de expressão (denúncia caluniosa) como transição de poder por meio das eleições (com finalidade eleitoral), dois aspectos basilares do sistema democrático, não está de acordo com a proporcionalidade e adequação diante da pré-existência de um tipo semelhante (denúncia caluniosa do Código Penal) e de outras possibilidades não penais de lidar com o problema da desinformação.

Os limites que o ordenamento traz para a liberdade de pensamento devem ser justificados e razoáveis sob pena de esvaziamento de seu conteúdo paulatinamente. Mais que punir quem compartilha desinformação, a legislação deve olhar para os atores do processo eleitoral que ocorre no mundo digital: candidatos,

mídias sociais e empresas de publicidade, por exemplo.

A desinformação tem uma origem e percorre um caminho, ambos devem ser analisados e desestimulados pela legislação, mas não por meio do Direito Penal. Candidatos mal-intencionados e outros interessados em desequilibrar o pleito dispõem de meios para apresentar defesa técnica em um processo penal por denúncia caluniosa eleitoral que pode se arrastar por anos. Em alguns casos, a legislação permite que o pagamento dos honorários dos patronos seja feito com recursos advindos do fundo partidário.

O cidadão comum, se acusado, e não dispondo de recursos para remunerar sua defesa, será assistido pela Defensoria Pública da União se estiver em uma área em que ela esteja instalada, o que acontece, geralmente, nas capitais. Nas zonas eleitorais do interior, a praxe é nomear um defensor dativo que, comumente, não tem experiência nas especificidades do processo penal eleitoral.

Assim, a defesa da liberdade de expressão, apresentada neste artigo, se fundamenta na inconveniência do art. 326-A do Código Eleitoral, tomando-se por parâmetro o art. 13 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos porque os prejuízos ao regime democrático superam os benefícios quando cotejados.

Referências

BENTO, Leonardo Valles. Parâmetros internacionais do direito à liberdade de expressão. *Revista de Informação Legislativa*, ano 53, n. 210, p. 93-115, abr./jun., 2016.

BORGES, Ademar; SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, crimes contra a honra de pessoa pública e o papel institucional da OAB: a inconstitucionalidade da denúncia contra Felipe Santa Cruz por críticas dirigidas a Sérgio Moro. *Consultor Jurídico*, 30 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/santa-cruz-nao-cometeu-crime-criticar.pdf> Acesso em: 07 mar. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.834, de 4 de junho de 2019*. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13834.htm Acesso em: 07 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Programa de enfrentamento à desinformação com foco nas eleições 2020*. 2020. Disponível em: https://www.justicaeleitoral.jus.br/desinformacao/arquivos/Programa_de_enfrentamento_web.pdf Acesso em: 07 ago. 2021.

CARVALHO, Lucas Borges de. A censura política à imprensa na ditadura militar: fundamentos e controvérsias. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 59, n. 1, p. 79-100, 2014.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. O controle de convencionalidade e a autoanálise do judiciário brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 61, n. 1, p. 87-113, jan./abr., 2016.

CHOMSKY, Noam. *Mídia: propaganda política e manipulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

COGGIOLA, Osvaldo. *O ciclo militar na América do Sul*. 2014. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2014/03/24/o-ciclo-militar-na-america-do-sul/> Acesso em: 01 dez. 2020.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Guía para garantizar la libertad de expresión frente a la desinformación deliberada en contextos electorales*. 2019. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/expresion/publicaciones/Guia_Desinformacion_VF.pdf Acesso em: 03 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. 2004.

DIGITAL, CULTURE, MEDIA AND SPORT COMMITTEE. *Disinformation and 'fake news': final report*. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcumeds/1791/1791.pdf> Acesso em: 12 out. 2019.

- FLOOD, Alisson. *Fake news is 'very real' word of the year for 2017*. Disponível em: <https://www.theguardian.com/books/2017/nov/02/fake-news-is-very-real-word-of-the-year-for-2017> Acesso em: 18 maio 2020.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. O novo crime eleitoral: denúncia caluniosa. *Revista da Escola Judiciária Eleitoral Paulista*, n. 4, jan./jun. 2019.
- GRIZZLE, Alton *et al.* *Alfabetização midiática e internacional: diretrizes para a formulação de políticas e estratégias*. Brasília: UNESCO, 2016.
- GROSSMAN, Claudio. Freedom of expression in the Interamerican System for the Protection of Human Rights. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, v. 7, 2001.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.
- HABERMAS, Jürgen. The public sphere: an encyclopedia article (1964). *New German Critique*, n. 3, p. 49-55, 1974.
- INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS. Inter-American Legal Framework. *Organization of American States*, 2009.
- KATSIREA, Irini. "Fake news": reconsidering the value of untruthful expression in the face of regulatory uncertainty. *Journal of Media Law*, v. 10, n. 2, p. 159-188, 2018.
- KEYES, Ralph. *The Post-truth Era: dishonesty and deception in contemporary life*. New York: Saint Martin's Press, 2004.
- LEWIS, Anthony. *Freedom for the thought that we hate: a biography of the first amendment*. New York: Basic Books, 2009.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno: da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande, Porto Alegre-RS, 2008.
- MILL, John Stuart. *O utilitarismo*. São Paulo: Iluminuras, 2020.
- MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.
- MORGAN, Susan. Fake news, disinformation, manipulation and online tactics to undermine democracy. *Journal of Cyber Policy*, v. 3, n. 1, p. 39-43, 2018.
- NOUGAYREDE, Natalie. In this age of propaganda, we must defend ourselves. Here's how. *The Guardian*, 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/jan/31/propaganda-defend-russia-technology> Acesso em: 12 out. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp> Acesso em: 10 out. 2019.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Missão de observação eleitoral: eleições gerais*. 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/documents/por/press/MOE-Brasil-2018-Relatorio-Final-POR.pdf> Acesso em: 01 out. 2019.
- OSÓRIO, Aline. *Direito eleitoral e liberdade de expressão*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios de reforma. *Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global*, v. 3, n. 1, jan./jun., 2014.

- POSETTI, Julie; MATTHEWS, Alice. *A short guide to the history of 'fake news' and disinformation*. New York: International Center for Journalists, 2018.
- RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 104, p. 241-286, jan./dez., 2009.
- RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis. *Revista do CAAP*, Belo Horizonte, v. 18, n. 2, p. 61-96, 2012.
- SANTOS, Marina O. T. A expansão do direito penal europeu frente à subsidiariedade da tutela penal: alteratividade a partir da Mediação Penal de Adultos portuguesa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, p. 219-251, jan./abr., 2019.
- SILVA, Bruno Rangel Avelino da. Fake news, radiodifusão e os limites da Justiça Eleitoral. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de MOURA (coord.); *Propaganda eleitoral*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 265-283.
- SUNSTEIN, Cass. As mídias sociais são boas ou ruins para democracia? *Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 15, n. 27, p. 85-92, 2018.
- SUNSTEIN, Cass. *Falsehoods and the First Amendment*. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3426765 Acesso em: 05 maio 2020.
- SUNSTEIN, Cass. *REPUBLIC.COM*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2001.
- TIM, Wu. Is the First Amendment obsolete? *Michigan Law Review*, v. 117, p. 2018.
- TÔRRES, Fernanda Carolina. O direito fundamental à liberdade de expressão. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 50, n. 200, p. 61-80, out./dez., 2013.
- WARBURTON, Nigel. *Free Speech: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2009.
- WARDLE, Claire; DERAKHSHAN, Hossein. *Information disorder: toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. 2017. Disponível em: <https://rm.coe.int/information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research/168076277c> Acesso em: 05 maio 2020.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**Caminhos latino-americanos
a inspirar a jurisdição
constitucional brasileira
no diálogo multinível do
constitucionalismo regional
transformador**

**Latin american paths
to inspiring brazilian
constitutional jurisdiction
in the multilevel dialogue
of transformative regional
constitutionalism**

Rafael Osvaldo Machado Moura

Claudia Maria Barbosa

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

Caminhos latino-americanos a inspirar a jurisdição constitucional brasileira no diálogo multinível do constitucionalismo regional transformador*

Latin american paths to inspiring brazilian constitutional jurisdiction in the multilevel dialogue of transformative regional constitutionalism

Rafael Osvaldo Machado Moura**

Claudia Maria Barbosa***

Resumo

Apesar do emergir de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), marcado por uma cogente conversação judicial multinível, sobretudo entre a Corte Interamericana (Corte IDH) e as jurisdições constitucionais, no Supremo Tribunal Federal (STF) esse diálogo é ainda incipiente. Portanto, como modificar o comportamento hermeticamente nacional do STF e fazê-lo, no exercício de suas funções jurisdicionais, escutar a *ratio decidendi* das manifestações da Corte IDH? Este artigo busca respostas a esse problema em relação à experiência comprovadamente exitosa das cortes constitucionais da Colômbia, do México e da Bolívia, identificando, em uma análise indutiva, os modelos e mecanismos utilizados nesses três países e ainda não implementados no Brasil, aptos a promover maior abertura do STF ao diálogo com a Corte IDH. Assim, como conclusão, sem prejuízo de outras iniciativas relevantes, propõe — como causa e consequência da consolidação da comunidade de prática de direitos humanos interamericanos — a adoção, por parte do Estado brasileiro, das diretrizes da interpretação conforme o direito internacional dos direitos humanos e do princípio *pro persona*.

Palavras-chave: Constitucionalismo multinível; *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano; Direitos humanos; Constitucionalismo transformador; Diálogos judiciais; Jurisdição constitucional.

Abstract

Despite the creation of an *Ius Constitutionale Commune* in Latin America (ICCAL), the Federal Supreme Court (STF) has not listened to the precedents of the IACHR, showing itself indifferent to them. Therefore, the main question is: how to modify the STF's hermetically national behavior and make it, in the exercise of its jurisdictional functions, taking into account the *ratio decidendi* of the manifestations of the IACHR? The paper

* Recebido em: 31/05/2021.
Aprovado em: 24/09/2021.

** Doutor e Mestre em Direito, pela PUC-PR.
E-mail: rafa.osmoura@gmail.com

*** Professora titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pós-doutorado na York University, Canada e no Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, Portugal. Doutora e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.
E-mail: claudia.mr.barbosa@gmail.com

seeks answer to this central problem in the experience of constitutional courts of Colombia, Mexico and Bolivia. Thus, it proposes the adoption, by the Brazilian State, of norms for interpretation according to international human rights law and for the textual provision of the pro persona principle.

Keywords: Multilevel constitutionalism; *Ius Constitutionale Commune* of Latin America; Human rights; Transformative constitutionalism; Judicial dialogues; Constitutional jurisdiction.

1 Introdução

Inobstante a previsão de que os tratados internacionais de direitos humanos constituem normas jurídicas no plano interno, inclusive gozando de *status* normativo privilegiado (supralegal ou constitucional)¹, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) não tem sido aplicada em solo brasileiro da forma mais efetiva. Isso porque não se pode aplicar, corretamente, a CADH sem se considerar a leitura feita pela Corte IDH, intérprete autêntica e autorizada dos tratados interamericanos de direitos humanos, manejando-se hermenêutica estritamente paroquial.

O caminhar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) tem produzido sentidos e significados aos tratados interamericanos não imaginados por seus autores, sobretudo diante de seus dispositivos mais plásticos, dando-lhes vivacidade e maior potência.² Esses parâmetros judiciais ou quase-judiciais, decorrentes desses movimentos inovadores, estão na ordem do dia quando se pensa no direito interamericano, de modo que não podem ser ignorados por quem pretenda aplicar o direito interamericano. Pensar de modo diverso é abrir portas para leituras inconventionais dos tratados de direitos humanos. Logo, a Corte IDH converteu-se num tribunal de precedentes, de modo que suas decisões devem sempre ser buscadas e valoradas, em busca da *ratio decidendi* a ser empregada em casos similares.

Apesar disso, os ministros do STF, via de regra, não consideram, de modo explícito, a autêntica interpretação feita pela Corte IDH. Essa percepção foi confirmada por recente tese, que revelou, empiricamente, que a Suprema Corte brasileira pouquíssimo menciona os parâmetros protetivos interamericanos em comparação às demais jurisdições constitucionais latino-americanas.³ Essa “desescutação”, na experiência constitucional brasileira, tem bloqueado o diálogo judicial com a esfera interamericana, o que limita as possibilidades do juiz nacional, que permanece fechado em seu próprio mundo jurídico e sujeito a incorrer em inconventionaisidades.

Esse “seguir” padrões em direitos humanos preconizados pela Corte IDH não significa a eles se submeter cegamente em estrito cumprimento de uma ordem hierárquica e unidirecional, senão fomentar debates entre jurisdições, com conexões axiológicas e cooperação jurisdicional, numa busca convergente de fazer respeitar o princípio *pro persona* e na perspectiva de fortalecer a realização dos direitos humanos.⁴ Os juízes domésticos detêm uma “liberdade vigiada”, que lhes dá “direito ao dissenso, porém não à indiferença”.⁵

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. RE n. 466.343-1/SP. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade [...]. Relator: Ministro Cezar Peluso, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em: 27 out. 2021.

² MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005. p. 247.

³ Essa tese influenciou o presente artigo. MOURA, Rafael Osvaldo Machado. *De ouvidos abertos à Corte Interamericana: a jurisdição constitucional brasileira e o diálogo multinível no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

⁴ BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicas y protección de los derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin von et al. *Estudios avanzados de derechos humanos*. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus Jurídico, 2013. p. 590-616.

⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da corte interamericana de direitos humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005> Acesso em: 12 ago. 2020.

Eventual posicionamento divergente em relação à jurisprudência da Corte IDH deve ser fundamentado de modo a fazer frente ao ônus argumentativo oriundo das razões de decidir interamericanas, o que deve ser feito considerando a possibilidade de o posicionamento doméstico ser futuramente sindicado pela Corte IDH, com condenação do estado-parte do SIDH.

Diante dessa “sinuca de bico” entre o dever ser e o ser, qual a solução possível? Este artigo justamente se propõe a investigar possíveis meios para impulsionar o diálogo multinível de cortes no sistema jurisdicional brasileiro à luz do ICCAL. Mais precisamente, visa encontrar e propor bons mecanismos dialógicos já implementados com algum sucesso nas jurisdições constitucionais latino-americanas, que possam concorrer para uma maior abertura do STF ao diálogo interamericano. Especificamente, buscou-se a identificação, nas cortes constitucionais da Colômbia, México e Bolívia, países onde uma pesquisa empírica recente revelou que o diálogo com a Corte IDH se mostra mais recorrente⁶, dos modelos, arranjos e mecanismos capazes de serem replicados, especialmente no Supremo Tribunal Federal.

2 Motivos da incidência — ou não — do direito interamericano sobre os juízes nacionais

Conforme já assinalado, as cortes constitucionais devem lançar mão das ferramentas normativas e jurisprudenciais do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), em especial do SIDH e da Corte IDH, em uma rede de proteção multinível a funcionar por intermédio do diálogo entre ordenamentos jurídicos múltiplos e juízes internacionais e juízes nacionais, à luz do princípio da heterarquia normativa.⁷ É o que se chama de “constitucionalismo em rede”, a exigir que todos estudem as diferentes abordagens empregadas na região para resolução dos problemas domésticos. Isso não implica soluções idênticas, mas, sim, que se considerem os pontos de vista alheios, o que, com o tempo, concorrerá para a formação de entendimentos supranacionais.⁸ Patrícia Perrone Campos Mello elenca as funções cumpridas pelo constitucionalismo em rede: a) a informacional; b) a dialógica; c) a de definição de *standards*; d) a motivacional; e) a de monitoramento; e f) a de cooperação recíproca.⁹

Em resumo, a premissa que orienta esta pesquisa é a de que a coisa julgada interpretada interamericana deve ser analisada pelas jurisdições constitucionais, a fim de que realmente o direito interamericano repercuta sobre o nacional, o que não tem sido observado suficientemente na prática brasileira. Por essa razão, neste capítulo, serão vistos alguns motivos que interferem na maior ou menor abertura dos juízes constitucionais ao DIDH.

Giuseppe Vergottini alerta que muitas das objeções à operatividade do direito internacional sobre di-

⁶ MOURA, Rafael Osvaldo Machado. *De ouvidos abertos à Corte Interamericana: a jurisdição constitucional brasileira e o diálogo multinível no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

⁷ HURTADO DÍAZ, Alexandra; DUARTE, Tirson Maurício. La materialización de la función interacción-integración del constitucionalismo multinivel en Colombia de conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *UDLA Legal World*, v. 1, n. 1 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340448855_La_materializacion_de_la_funcion_interaccion-integracion_del_constitucionalismo_multinivel_en_Colombia_de_conformidad_con_el_Sistema_Interamericano_de_Derechos_Humanos Acesso em: 04 maio 2020.

⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019; BUSTOS, Rafael. *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Bilbao: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2005; BUSTOS, Rafael. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa, 2012. p. 33; MONTALVÁN, Digno José. *El concepto de pluralismo constitucional y sus distintas interpretaciones*. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/23572945/El_concepto_de_pluralismo_constitucional_y_sus_distintas_interpretaciones Acesso em: 15 jun. 2019.

⁹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019.

reitos humanos e da sua correlata jurisprudência advêm do objetivo de preservar as autoridades internas de manifestações internacionais que consideram excessivamente progressistas, para serem recebidas pela sensibilidade social majoritária da comunidade nacional.¹⁰ Portanto, o problema para a baixa recepção da jurisprudência internacional acaba sendo, às vezes, político e cultural e não meramente jurídico, o que revela a profundidade e complexidade do problema.

Já Flávia Piovesan adverte que o que ela chama de ICCAL só pode florescer em países que envergam instrumentos constitucionais a preconizar amplos catálogos de direitos humanos e cláusulas potentes de abertura ao direito internacional dos direitos humanos, bem assim sediam consolidados movimentos sociais em busca de direitos.¹¹ Dito de outra forma, o diálogo judicial interamericano se projeta mais facilmente em países onde formalmente se apoia o Estado democrático de direito.

Kathryn Sikkink e Margareth Keck, a respeito, enfatizando a relevância da atuação dos ativistas, falam da salutar combinação entre as pressões moral, material, internas e externas, como causa de mudanças em prol dos direitos humanos.¹²

Ariel Dulitzky disserta sobre as respostas do constitucionalismo iberoamericano ao DIDH, apresentando a seguinte tipologia para enumerar as diferentes cláusulas constitucionais de recepção: a) interpretativas; b) reconhecedoras de direitos implícitos ou não numerados; c) reguladoras de procedimentos especiais para aprovação de tratados; d) declarativas; e e) hierárquicas.¹³

Oportuno lembrar de lição de Vicki Jackson, para quem o documento constitucional é a princípio, por si só, um convite à resistência ou à indiferença ao direito internacional, o que, contudo, pode ser temperado quando é elaborado a partir da influência supranacional, com cláusulas mais receptivas ao direito internacional.¹⁴ Maior engajamento na utilização de precedentes jurisprudenciais supranacionais depende, pois, em boa medida, da postura constitucional de cada país.¹⁵

Vicki Jackson aborda outros fatores que ecoam na maior recepção do DIDH: institucionais, exógenos e postura dos juízes.¹⁶ É importante frisar que eles não foram analisados na presente pesquisa, que focalizou nas causas jurídicas para a convergência ou engajamento do STF perante o SIDH.

Armin von Bogdandy e René Uruena, a propósito, alertam que o funcionamento do direito dos direitos humanos na região depende, em boa medida, da noção de *comunidades de prática*.¹⁷ Referem-se a grupos sociais que agem de modo intersubjetivo com base na CADH, formados por integrantes e coletivos dos mais diversos setores, que utilizam o direito interamericano para proteger vítimas de violações de direitos humanos, para ler o direito interno e para compreender melhor a sua realidade local: ONGs, clínicas de

¹⁰ VERGOTTINI, Giuseppe de. El diálogo entre Tribunales. *UNED - Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, p. 345-359, 2011. Disponível em: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/28/not/not9.pdf> Acesso em: 12 ago. 2019.

¹¹ PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, p. 1356-1388, 2017.

¹² SIKKINK, Kathryn; KECK, Margareth. *Activists beyond borders: advocacy networks international politics*. New York: Cornell University Press, 1998. p. 436-437.

¹³ DULITZKY, Ariel E. Los Tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano. In: BUERGENTHAL, Thomas et al. (ed.) *Estudios especializados de derechos humanos I*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 129-166.

¹⁴ JACKSON, Vicki C. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *FedLawRw.*, v. 35, n. 2, 2007. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html> Acesso em: 27 out. 2021.

¹⁵ MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal judicial dialogue on human rights: the practice of constitutional courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. *Judicial dialogue and human rights: studies on international courts and tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 67-112.

¹⁶ JACKSON, Vicki C. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *FedLawRw.*, v. 35, n. 2, 2007. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html> Acesso em: 27 out. 2021.

¹⁷ BOGDANDY, Armin von; URUEÑA, René. Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina. *Anuario de Derechos Humanos*, p. 15-34, 2020. Disponível em: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/60293> Acesso em: 27 out. 2021.

direitos humanos de faculdades de direito, acadêmicos, servidores públicos — incluindo juízes, promotores de Justiça e defensores —, comissários e juízes do SIDH etc.¹⁸

Por derradeiro, necessário dizer que a discussão a respeito da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos tem perdido sua razão de ser no constitucionalismo multinível e no ICCAL. Em caso de eventual conflito entre o direito interno e o internacional, a solução a ser adotada atualmente é a da primazia da norma mais favorável à pessoa humana ou à vítima — ponto central do direito internacional dos direitos humanos —, tarefa que “cabe fundamentalmente aos tribunais nacionais e outro órgão de aplicação do direito”.¹⁹ Daí procede a chamada interpretação *pro persona* e a interpretação conforme o direito internacional dos direitos humanos. Nesse cenário, a visão piramidal monista do ordenamento jurídico cede vez à interação pluralmente heterárquica das várias ordens legais e dos diversos sistemas de justiça²⁰, transformando-se a tradicional pirâmide monística do direito num arejado trapézio plural, resultante destes atributos: a) *open-mindedness*; b) *substance orientedness*; e c) *human-centrism*.²¹

3 Diálogos com a Corte IDH: as experiências das jurisdições constitucionais colombiana, mexicana e boliviana

Recente pesquisa empírica levantou decisões em matéria de direitos humanos publicadas nos sítios eletrônicos das cortes constitucionais latino-americanas durante os anos de 2019 e 2020, que expressamente indicavam o termo “corte interamericana” em seu inteiro teor. O resultado em ordem decrescente revelou os países da região cujas cortes constitucionais mais e melhor dialogaram explicitamente com precedentes da Corte IDH: Colômbia, México, Bolívia, Guatemala, Uruguai, República Dominicana, Peru, Costa Rica, Chile, Argentina, Equador, Brasil e Paraguai.²²

Assim, as três jurisdições constitucionais mais abertas aos precedentes da Corte IDH, cujas experiências se mostraram mais exitosas e de maior engajamento no diálogo multinível interamericano, são respectivamente a colombiana, a mexicana e a boliviana, que serão analisadas neste capítulo, na perspectiva de se encontrarem elementos que tenham concorrido para o resultado positivo indicado, sobretudo em relação modelo de cláusulas de abertura constitucionais.

3.1 Corte Constitucional da Colômbia (CCC)

De acordo com a pesquisa empírica referida, a Corte Constitucional da Colômbia (CCC), com boa margem vantagem sobre o segundo colocado, é o tribunal constitucional latino-americano que mais faz referência às decisões da Corte IDH e que mais com ela dialoga de modo positivo.

Esse resultado positivo tem algumas motivações, sendo a primeira delas legislativa, uma vez que as normas colombianas, sobretudo as constitucionais, que abrem caminho para que a CCC avance no diálogo

¹⁸ BOGDANDY, Armin von; URUEÑA, René. Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina. *Anuario de Derechos Humanos*, p. 15-34, 2020. Disponível em: <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/60293> Acesso em: 27 out. 2021.

¹⁹ PIOVESAN, Flávia Cristina. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 77.

²⁰ MACCORMICK, Neil. Beyond the sovereign state. *The Modern Law Review*, v. 56, n. 1, p. 1-18, 1993. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02851.x> Acesso em: 05 fev. 2020.

²¹ NEGISHI, Yota. The pro homine principle's role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control. *The European Journal of International Law*, v. 28, n. 2, p. 457-481, maio 2017. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/28/2/457/3933337> Acesso em: 18 fev. 2020.

²² MOURA, Rafael Osvaldo Machado. *De ouvidos abertos à Corte Interamericana: a jurisdição constitucional brasileira e o diálogo multinível no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

interamericano. Fala-se aqui de cláusulas constitucionais de admissão.²³ O artigo 9º, por exemplo, destaca que, nas relações exteriores, o Estado colombiano se fundamenta no reconhecimento dos princípios do direito internacional já aceitos, bem como a política exterior se orientará até a integração latino-americana. Já o artigo 150, 16, estabelece que, corresponde ao Congresso colombiano criar as leis, pelas quais deve aprovar, ou não, os tratados que o Governo celebre com entidades de direito internacional, bem assim o artigo 224 estabelece que os tratados devem ser aprovados pelo Congresso. O artigo 241, por sua vez, preconiza que a CCC deve guardar a integridade e supremacia da Constituição, cumprindo a função de decidir definitivamente sobre a constitucionalidade (*exequibildad*) os tratados internacionais e das leis que os aprovem, de modo que o Governo deve remeter, no prazo de seis dias posteriores à aprovação da lei, para a devida análise.

Ainda, encontram-se os dispositivos constitucionais de interpretação, que são aquelas que determinam que as normas domésticas devem ser lidas conforme os critérios indicados no direito internacional dos direitos humanos.²⁴ Esse é sentido literal do artigo 93, que também indica que os tratados e convênios internacionais ratificados pelo Congresso de direitos humanos prevalecem no ordenamento interno.

Há, também, as cláusulas de remissão, que são aquelas que fazem menções expressas ao ordenamento internacional para preencher o rol nacional de direitos e para tratar de assuntos específicos, como, a título de exemplo, certas competências. Nessa direção, o artigo 44, para além de listar direitos das crianças, reconhece que estas gozarão também dos direitos previstos nos tratados internacionais ratificados pela Colômbia. Já o artigo 53, ao tratar dos direitos trabalhistas, preconiza que os convênios internacionais laborais fazem parte da legislação interna. O artigo 94 afirma que os direitos estão contidos na Constituição e nos tratados internacionais, o que não impede o gozo de outros direitos não expressamente previstos nesses documentos.

Já as cláusulas de hierarquia estabelecem a posição em que se inserem os tratados internacionais na graduação do direito interno. É a função exercida, em conjunto, pelos artigos 4º e 93, que definem as disposições constitucionais como mais importantes hierarquicamente, bem como, as convenções internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Congresso, como preponderantes no ordenamento interno, de tal modo que os direitos constitucionais serão interpretados em conformidade com aquelas.

Ainda, surgem as disposições declarativas que são aquelas que enfatizam a relação entre o estado nacional e a comunidade e os direitos internacionais. Nessa linha, caminham os artigos 9º, 80, 226 e 227.

Por fim, as disposições constitucionais transitórias preveem, no artigo 5º, no tocante à *Jurisdicción Especial para la Paz*, a aplicação obrigatória do princípio *pro persona*.

Portanto, a conclusão que a leitura da Constituição colombiana produz é a de que o Estado está aberto para os processos de interamericanização de seu direito, inclusive ao diálogo de cortes, sendo pródiga em normas nesse sentido.

No plano infraconstitucional, destacam-se dispositivos do “*Código de Procedimiento Penal*”, que posicionam o sistema criminal de Justiça colombiano bastante próximo do direito internacional dos direitos humanos. O seu artigo 3º estabelece a prelação dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia, destacando que integram o bloco de constitucionalidade. Em relação à coisa julgada, o respectivo artigo 21 a relativiza nos casos de violações a direitos humanos ou infrações graves do direito internacional, que sejam assim reconhecidas por decisão de alguma instância internacional de supervisão e controle de direitos humanos, cuja competência tenha sido formalmente aceita pelo Estado da Colômbia. Adiante, no

²³ OSUNA PATIÑO, Néstor Iván *et al.* El sistema de justicia constitucional en Colombia. In: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea *et al.* *La jurisdicción constitucional en América Latina: un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*. Colombia: Universidad Externado de Colombia; Max Planck for Comparative Public Law and International Law, 2019. v. 1. p. 263.

²⁴ OSUNA PATIÑO, Néstor Iván *et al.* El sistema de justicia constitucional en Colombia. In: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea *et al.* *La jurisdicción constitucional en América Latina: un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*. Colombia: Universidad Externado de Colombia; Max Planck for Comparative Public Law and International Law, 2019. v. 1. p. 263.

artigo 124, preconizam-se os direitos de defesa previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, que formam parte do bloco de constitucionalidade. Já o artigo 192 arrola os casos de procedência da ação de revisão para impugnar sentença transitada em julgado, incluindo aí o reconhecimento de violação grave de direitos humanos identificados por tribunal internacional, quando não será necessário comprovar a existência de fato novo ou prova de que há circunstância não conhecida ao tempo dos fatos da prolação da sentença questionada. Nesse dispositivo normativo, a expressão *absolutorio* foi declarada inconstitucional (*inexequible*) pela CCC, na sentença C-979 de 2005, razão por que é cabível a revisão criminal não apenas nos casos em que a decisão desafiada foi absolutória. Por fim, a dicção do artigo 276 determina que a legalidade do elemento material probatório e da evidência física exige a observância do prescrito não apenas na Constituição Política e nas leis, senão nos tratados internacionais de direitos humanos vigentes na Colômbia.

Digno de destaque a paradigmática decisão da CCC, datada de 1995, a implementar a teoria do bloco de constitucionalidade, ao argumento de que a única abordagem razoável a ser dada à noção de prioridade do direito internacional dos direitos humanos, prevista constitucionalmente, é a de reconhecer que os tratados internacionais de direitos humanos compõem, em conjunto com as normas constitucionais, um conjunto, que se impõe em relação ao restante do ordenamento jurídico interno. Esse posicionamento vem sendo reforçado e aprimorado desde então, sendo uma das causas relevante da expansão do diálogo judicial vertical em matéria de direitos humanos.²⁵

Diante desse panorama jurídico, mormente dando concretude ao teor do artigo 93 da Constituição colombiana, a CCC, como regra geral, reconhece o efeito da coisa interpretada da jurisprudência da Corte IDH e, em virtude disso, a sua força vinculante, isso tanto nas “*acciones de tutela*” como nas “*acciones de inconstitucionalidad*”.²⁶ Prova disso é pesquisa que indica que, nos últimos 10 anos, mais de uma centena de tais julgados recorrem à jurisprudência da Corte IDH, realizando o controle de convencionalidade.²⁷ Mesmo não considerando as normas e precedentes jurisdicionais interamericanos superiores, no plano hierárquico, em relação às normas constitucionais, a CCC tem se esforçado para harmonizar e integrar ambas as esferas normativas. Exemplo disso é a sentença C-941 de 2010, em que a CCC admitiu que não é juiz de constitucionalidade, de modo que não pode de modo abstrato aferir a compatibilidade da legislação nacional com os tratados internacionais, de modo que, por tratar da normativa internacional sempre diante de um caso concreto, deve buscar dar significado às normas constitucionais que se mostrem compatíveis com o supranacional, em verdadeira interpretação conforme.²⁸ Na sentença “C-370 de 2006”, reconheceu a vinculatoriedade da jurisprudência interamericana.²⁹

²⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 1995*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

²⁶ OSUNA PATIÑO, Néstor Iván *et al.* El sistema de justicia constitucional en Colombia. In: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea *et al.* *La jurisdicción constitucional en América Latina: un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*. Colombia: Universidad Externado de Colombia; Max Planck for Comparative Public Law and International Law, 2019. v. 1. p. 264; Sentença C-442 de 2011.

²⁷ Juana Acosta e Paola Acosta, citados por Néstor I. Osuna Patino, noticiam pesquisa realizada pelo “*Capítulo colombiano del Grupo de Interés sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho nacional de la Sociedad Latinoamericana del Derecho Internacional*” (SLADI-GIREDIN), com os seguintes resultados: ao menos 42% das sentenças da “Corte Constitucional” dos últimos dez anos que envolvem em algum sentido o direito internacional dos direitos humanos levaram em conta os tratados internacionais como fundamento, bem como mais de uma centena de tais julgados recorrem à jurisprudência da Corte IDH, realizando o controle de convencionalidade. OSUNA PATIÑO, Néstor Iván *et al.* El sistema de justicia constitucional en Colombia. In: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea *et al.* *La jurisdicción constitucional en América Latina: un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*. Colombia: Universidad Externado de Colombia; Max Planck for Comparative Public Law and International Law, 2019. v. 1. p. 265; Sentença C-442 de 2011.

²⁸ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-941 de 2010*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-941-10.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

²⁹ “*Por su relevancia como fuente de Derecho Internacional vinculante para Colombia, por tratarse de decisiones que expresan la interpretación auténtica de los derechos protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte transcribirá algunos de los apartes más relevantes de algunas de las Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativas a estándares sobre justicia, no repetición, verdad y reparación de las víctimas de los graves atentados contra el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario.*” COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-370 DE 2006*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

Com esse pano de fundo normativo, desenvolveu-se o esquema multinível do diálogo de cortes na Colômbia, com a percepção, cada vez mais consolidada, de que as normas interamericanas e a Corte IDH não compõem uma ordem pública estrangeira, mas fazem parte do direito colombiano.

Nada obstante os avanços listados, algumas decisões da CCC apresentam teor regressivo e podem ser etiquetadas de negacionistas da coisa interpretada que surge dos precedentes da Corte IDH, o que tem reduzido o grau de abertura interamericana da jurisdição colombiana. Essa postura de rechaço do SIDH e de isolamento internacional pode ser lida nas sentenças SU-712-2013³⁰ e C-327-2016.³¹

3.2 Suprema Corte Justicia de la Nación do México

A jurisdição constitucional mexicana é exercida preponderantemente e por último pela “*Suprema Corte de Justicia de la Nación*” — a partir de agora, SCJN —, órgão de “*cierré*” do sistema de Justiça do México. De acordo com a pesquisa indicada, a SCJN é a segunda corte constitucional latino-americana que mais cita a Corte IDH em suas decisões.

O fator decisivo em relação ao diálogo interamericano, no caso mexicano, passa pelo novo paradigma a respeito da formação de coordenadas e parâmetros de interpretação e da aplicação dos direitos humanos, que começa a levar em consideração o direito internacional. Um dos pilares dessas novas concepções repousa sobre a doutrina do controle de convencionalidade, inicialmente desenvolvida pela Corte IDH e finalmente, em 2011, incorporada pela reforma constitucional no México. Esta fez constar na Constituição que as normas de direitos humanos são interpretadas de acordo com o Texto constitucional e os tratados internacionais, de forma a oferecer a proteção mais ampla a pessoa humana, bem como todas as autoridades têm a obrigação de promover, respeitar, proteger e garantir os direitos humanos em conformidade com os princípios da universalidade, interdependência, indivisibilidade e progressividade.

Em vista desse quadro normativo, em especial diante do caso *Radilla Pacheco vs. México*³², em que este foi condenado pela Corte IDH a indenizar a família e a investigar, processar e punir as pessoas responsáveis pela desapareção forçada da vítima, bem como a reformar o “*Código de Justicia Militar*” e o “*Código Penal Federal*”, a SCJN, nos autos “*Varios 912/2010*”, determinou o cumprimento da sentença interamericana e, indo além, fixou o entendimento de que os direitos constitucionais devem ser interpretados de acordo com os tratados internacionais à luz do Princípio *pro persona*, cabendo a todos os juízes mexicanos o dever de verificar se as leis estão de acordo com os tratados internacionais de direitos humanos e com sua interpretação dada pela Corte IDH.³³ Mais que isso, a SCJN adotou expressamente o Princípio *pro persona* e fixou vanguardista tese no sentido de que a jurisprudência emitida pela Corte IDH é vinculante para os juízes mexicanos, sempre que mais favorável à pessoa humana.³⁴

Todavia, em outros julgados, a SCJN não tem demonstrado tamanha harmonia com os princípios orien-

³⁰ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-712 de 2013*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/su-712-13.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

³¹ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-327 de 2016*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-327-16.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

³² CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

³³ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Varios 912 de 2010*. Disponível em: <https://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225> Acesso em: 05 fev. 2020.

³⁴ “*Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona.*” MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Tesis Jurisprudencial num. P./J. 21/2014 (10a.)*. 30 de Abril de 2014. Disponível em: <https://imcp.org.mx/wp-content/uploads/2014/04/ANEXO-NOTICIAS-FISCALES-125.pdf> Acesso em: 05 fev. 2020.

tadores da reforma constitucional de 2011, reduzindo a abertura do Estado mexicano ao direito internacional dos direitos humanos. É o caso da decisão tomada na “*Contradicción de tesis 293/2011*”, pela qual, num primeiro momento, a SCJN afirmou que o enfoque tradicional hierárquico de normas não se mostra o mais adequado, mas, em seguida, expressou que, se a Constituição inequivocamente restringir o exercício dos direitos humanos previstos em tratados, deverá prevalecer a norma nacional constitucional.³⁵

De qualquer modo, os avanços identificados em retaliação ao diálogo com a Corte IDH emergem da abertura promovida inicialmente pela jurisdição constitucional, o que foi seguido pelas normas constitucionais mexicanas já mencionadas, bem como por algumas leis que dão ênfase aos tratados internacionais de direitos humanos, tais como a “*Ley de Amparo*”, que regulamente os artigos 103 e 107 da Constituição, e a “*Ley Reglamentaria*” do artigo 105 da Constituição.

3.3 Tribunal Constitucional Plurinacional da Bolívia

O Tribunal Constitucional Plurinacional (a partir de agora, TCP), que exerce as funções de corte constitucional em território boliviano, é o terceiro tribunal latino-americano que mais dialoga de modo expresso com a Corte IDH, conforme a pesquisa empírica mencionada. Assim, conforme a metodologia definida para a presente pesquisa é necessário analisar com maior detalhamento como funciona a jurisdição constitucional boliviana e o seu desenho institucional.

A grande novidade apresentada pelo controle de constitucionalidade boliviano advém do devotado compromisso com os direitos dos povos e nações indígenas. Isso significa que a jurisdição constitucional boliviana se destaca pela dedicação em buscar reconhecer, proteger e promover não apenas os valores constitucionais oriundos dos textos jurídicos dogmáticos inscritos no bloco de constitucionalidade, mas também os valores plurais necessários para assegurar o “*vivir bien*” a partir da pluralidade de concepções éticas, jurídicas e políticas próprias das diversas identidades “nacionais”,³⁶ o que se visualiza com o reconhecimento da jurisdição indígena.³⁷

A Constituição boliviana enuncia que os tratados internacionais de direitos humanos, ratificados pela Assembleia Legislativa Plurinacional, prevalecem na ordem interna. Em outros trechos torna esse seu posicionamento inequívoco e detalhado, determinando que: a) os direitos e deveres consagrados na Constituição nacional devem ser interpretados em concordância com os tratados internacionais de direitos humanos (artigo 13); b) a todas as pessoas e coletividades é garantido o livre e eficaz exercício dos direitos estabelecidos na Constituição, nas leis e nos tratados internacionais de direitos humanos (artigo 14, III); c) os tratados e instrumentos internacionais em matéria de direitos humanos, que declarem direitos mais favoráveis aos conteúdos da Constituição, se aplicam de modo prioritário sobre esta (artigo 256, I); e d) o bloco de constitucionalidade se integra pelos tratados e convênios internacionais de direitos humanos (artigo 410, II).

Portanto, o texto da Constituição boliviana devota fé na abertura do Estado aos processos de internacionalização de seu direito — e, por consectário, de interamericanização —, abrindo as portas para ingressar no diálogo de cortes, sendo rica em normas nesse sentido.

Outrossim, o Estado boliviano tem, de modo explícito, aderido ao conceito do bloco de constituciona-

³⁵ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Sentencia nº 293 de 2011*. Disponível em: <https://www2.scjn.gob.mx/asuntos-relevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimiento=556> Acesso em: 05 fev. 2020.

³⁶ LACERDA, Rosane Freire. “Volveré, y Seré Millones”: contribuições descoloniais dos movimentos indígenas Latinoamericanos para a superação do mito do estado-nação. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: http://200.130.18.222/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/22745_8.pdf Acesso em: 27 out. 2021.

³⁷ SANTOS, Boaventura Sousa. Cuando los excluidos tienen derechos: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: RODRIGUES, José Luis Exeni; SANTOS, Boaventura Sousa (orgs.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/ Abya-Yala. 2012. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf> Acesso em: 12 ago. 2019.

lidade, pelo qual a ordem pública internacional de direitos humanos compõe o quadro das normas constitucionais. Esse reconhecimento da relevância jurídica do direito internacional dos direitos humanos, com a adoção da teoria do bloco de constitucionalidade, se deu, em 2005, por meio de sentença do então Tribunal Constitucional, à luz da Constituição Política do Estado de 1997 e sob explícita inspiração da jurisdição constitucional colombiana.³⁸ Posteriormente, esse mesmo posicionamento foi consagrado de modo textual pela Constituição de 2009, a implicar não apenas o reconhecimento de sua hierarquia constitucional, mas de um mandado imperativo para que se aplique de modo direto na ordem interna os tratados internacionais, o que deve ser feito mediante interpretação de acordo com a pauta interpretativa do direito internacional dos direitos humanos.

Diante desse pano de fundo normativo, tanto os juízes ordinários como o TCP têm um mandato de proteger os direitos humanos, por meio do controle de convencionalidade. No caso do SIDH, o TCP admite que deve observar a CADH à luz dos critérios previstos no seu artigo 29 e os parâmetros protetivos gerados pela Corte IDH, que também formam parte do bloco de constitucionalidade. Isso porque entende que os pronunciamentos emitidos pelo SIDH não são elementos ilhados e alheios ao sistema doméstico boliviano, bem como busca aplicar a doutrina do efeito útil das sentenças interamericanas. Ademais, sustenta, à luz da terceira parte da CADH, mais precisamente do Capítulo VIII, que a Corte IDH é a última e máxima intérprete da CADH. Por último, a partir da premissa de que os estados devem cumprir suas obrigações internacionais de boa-fé, reconhece que não pode o Estado deixar de cumprir os marcos normativos internacionais por razões internas³⁹.

Assim, na Bolívia, as sentenças emanadas pela Corte IDH se situam no mesmo patamar da Constituição, compondo o bloco de constitucionalidade, fundamentando e informando todo o ordenamento jurídico boliviano, de modo que a jurisprudência interamericana é obrigatória e vinculante ao Estado boliviano.⁴⁰

Portanto, esses pronunciamentos do TCP, tecidos em seus julgados, se mostram microafinados com a doutrina do controle de convencionalidade traçada pela Corte IDH, de modo que assume o dever de observar fielmente linhas jurisprudenciais interamericanas.

Nada obstante essas posturas, tanto da Constituição como do TCP, favoráveis ao ingresso da Bolívia no diálogo multinível interamericano, não se encontrou legislação constitucional ou infraconstitucional reconhecendo que os precedentes regionais, oriundos do próprio país (coisa julgada), ou de outro (coisa interpretada), devem ser considerados pela jurisdição local, de modo obrigatório ou ao menos persuasivo. Como visto, há somente jurisprudência do TCP nesse sentido. Por fim, assinala-se que inexistem normas, mecanismos e institutos jurídicos de promoção do controle de convencionalidade nacional, tanto por meio de incentivos como de sanções a juízes domésticos.

4 Jurisdições constitucionais colombiana, mexicana e boliviana: há algo nelas a inspirar a postura institucional do STF?

³⁸ BOLÍVIA. Tribunal Constitucional de Bolivia (Sala Plena). Recurso Directo de Inconstitucionalidad. *Sentencia Constitucional n. 0045/2006*. Luis Eduardo Siles Pérez, 2 de junho de 2006.

³⁹ BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia Constitucional Plurinacional 2170/2013*. 28 de novembro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=10929> Acesso em: 27 out. 2021; BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia Constitucional Plurinacional 0572/2014*. 10 de março de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=10929> Acesso em: 27 out. 2021; BOLÍVIA. *Sentencia Constitucional 110/2010-R de 10 de maio de 2010*. Disponível em: <https://funsolon.files.wordpress.com/2015/01/sentencia0110-2010-r.pdf> Acesso em: 27 out. 2021.

⁴⁰ “Mediante el cual, se busca la efectividad material de los derechos humanos al momento de impartirse justicia local, debiendo las autoridades interpretar el ordenamiento jurídico interno de acuerdo al “corpus iuris” de derechos humanos o, en su caso, inaplicar las disposiciones jurídicas contrarias.” BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia Constitucional Plurinacional 0032/2019*. 09 de julho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/36961-sentencia-constitucional-plurinacional-0032-2019> Acesso em: 27 out. 2021.

Diante dos arranjos institucionais das três jurisdições constitucionais mencionadas nos itens anteriores, buscam-se respostas para as seguintes perguntas: por que as jurisdições constitucionais desses três países apresentam maior disponibilidade para interagir com precedentes da Corte IDH, em patamares significativamente superiores ao Brasil? E como pode o Brasil seguir os bons exemplos delas, a fim de passar a utilizar, em níveis superiores, os parâmetros protetivos delineados pela Corte IDH?

Na tentativa de responder a esses questionamentos, serão apresentadas as semelhanças entre o sistema brasileiro e os outros três e, a seguir, as respectivas diferenças.

4.1 Semelhanças entre as jurisdições constitucionais

A CCC, a SCJN, o TPC e o STF, a grosso modo, são todos representantes de uma tendência na América Latina dos últimos anos, vinculada à emergência de um “*ius constitutionale commune americanum*”.⁴¹

Sobre os matizes históricos das jurisdições constitucionais colombiana, mexicana e boliviana, nada obstantes aspectos de singularidade de cada um dos países pesquisados, vislumbram-se mais semelhanças, entre elas e a história constitucional brasileira, que diferenças a impedir comparações. Os sistemas de controle de constitucionalidade de todos os quatro países passaram por períodos inicialmente de monitoramento puramente político, bem como, num segundo momento, experimentaram o *judicial review* e, por último, o controle concentrado, formando um sistema misto. Também, os quatro países lidaram com muitas vicissitudes em sua linha do tempo constitucional, sobretudo em relação às suas cortes constitucionais, tanto em função da frequente instabilidade política como por conta de pressões contra a independência do Poder Judiciário, que, portanto, era sufocado em suas capacidades de fazer frente a inconstitucionalidades do poder político.

Igualmente, nos termos da tipologia traçada por Ariel Dulitzky acima detalhada, o Brasil e os três países em análise ostentam em seus textos constitucionais cláusulas de abertura: reconhecedoras de direitos implícitos ou não numerados; reguladoras de procedimentos especiais para aprovação de tratados; declarativas; e hierárquicas.⁴²

No tocante ao número de tratados internacionais de direitos humanos internalizados por cada um dos quatro Estados, igualmente não se encontram diferenças significativas. Acharam-se 45 tratados supranacionais de direitos humanos disponíveis para serem incorporados, tanto de âmbito global como regional. Deles o Brasil ratificou 27; a Colômbia, 26; o México, 29; e a Bolívia, 24.⁴³ Tratando-se somente de tratados no âmbito interamericano, em que há 12 atualmente vigentes sobre direitos Humanos, o panorama não é muito diferente: o Brasil ratificou 10 deles; a Colômbia, 8; o México, 11; e a Bolívia, 8.⁴⁴ Assim, a quantidade de tratados internalizados não explica a aguda diferença entre a postura da jurisdição constitucional brasileira em comparação às outras três em destaque.

Outra coincidência constatada entre os quatro países diz respeito à formatação e aos processos do sistema de jurisdição constitucional, uma vez que o controle de constitucionalidade deles se faz de modo concentrado e difuso, bem como de maneira incidental e abstrata, funcionando as cortes constitucionais como órgão emanador de linhas de interpretação vinculantes aos outros órgãos judiciais.

⁴¹ BERBERA, Hayde Rodarte. The pro personae principle and its application by mexican courts. *Queen Mary Human Rights Law Review*, v. 4, 2018. p. 10.

⁴² DULITZKY, Ariel E. Los Tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano. In: BUERGENTHAL, Thomas *et al.* (ed.) *Estudios especializados de derechos humanos I*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 129-166.

⁴³ UNITED NATIONS. *Multilateral treaties deposited with the Secretary-General*. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en Acesso em: 12 ago. 2019; ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Ratificación del C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314 Acesso em: 05 fev. 2020.

⁴⁴ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Tratados multilaterales interamericanos: firmas y ratificaciones*. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_firmas_estados.asp Acesso em: 12 ago. 2019.

Sobre a realização de enfrentamentos com o poder político vigente, em busca de tutelar contramajoritariamente os direitos humanos, é possível dizer que as jurisdições constitucionais têm avançado em velocidades parecidas, ora gerando precedentes de impacto e criando tensões com o poder político e econômico, ora rendendo-se aos constrangimentos impostos pelo governo de ocasião. Registre-se, por fim, que a pesquisa não amealhou elementos bastantes para elencar quais das quatro jurisdições melhor respondem aos desafios contramajoritários.

4.2 Diferenças significativas entre as jurisdições constitucionais

A despeito das semelhanças existentes, há distinções que provavelmente concorrem para a abertura em relação à Corte IDH das jurisdições constitucionais colombiana, mexicana e boliviana quando comparadas ao STF. São elas: a) maiores índices de utilização do SIDH por parte da sociedade civil e dos movimentos sociais⁴⁵; b) a existência de dispositivos constitucionais e legais mais intensos de abertura ao direito internacional dos direitos humanos – no caso, ao SIDH; e c) cultura institucional da corte constitucional, materializada por uma jurisprudência que reconhece ser obrigatório levar em consideração os precedentes judiciais interamericanos, mais robustas de engajamento no diálogo interamericano.

4.2.1 Comunidade de prática de direitos humanos interamericanos

A utilização do SIDH por parte dos movimentos sociais interfere, de modo indireto, no grau de abertura da jurisdição constitucional ao direito interamericano. Prova disso é que, proporcionalmente, nesses três países paradigmáticos, o número de petições encaminhadas à CIDH é significativamente maior que o que se verifica no Brasil, o que resulta num maior número de casos judicializados perante a Corte IDH e, como consectário lógico, de precedentes emitidos a partir de violações ocorridas em seus territórios. Portanto, nesses Estados a comunidade de prática de direitos humanos interamericanos se mostra mais consolidada que no Brasil.

Essa postura de uso frequente dos instrumentos do SIDH fomenta uma espiral virtuosa de institucionalidade interamericana democrática e de direitos humanos. Assim, aciona-se mais repetidamente o SIDH, porque se tem uma crença maior na sua capacidade de intervir positivamente no seu país a fim de corrigir os rumos, em casos de violação de direitos humanos, bem como para abrir horizontes de expansão dos marcos protetivos da dignidade humana; igualmente, confia-se mais no SIDH que, em já tendo sido atizado em ocasiões pretéritas, ofertou soluções jurídicas favoráveis à causa dos direitos humanos daquele país.

O Brasil é, em comparação aos três países selecionados, o que proporcionalmente menos recorre ao SIDH, segundo os dados constantes do sítio virtual da CIDH. Especialmente México e Colômbia apresentam um número proporcional de petições recebidas pela CIDH bastante significativo. Até o momento, foram admitidos, apenas, 93 casos apresentados por brasileiros perante a CIDH, enquanto que em relação à Colômbia, México e Bolívia, por exemplo, foram admitidas, respectivamente, 282, 122 e 34 petições.⁴⁶ Considerando-se as respectivas populações de cada país⁴⁷, a Colômbia tem cinco casos para cada milhão de habitantes; o México, um; a Bolívia, três; e o Brasil, 0,43. Logo, a Colômbia atiza o SIDH 10 vezes mais que o Brasil.

⁴⁵ ANDRADE, Régis Willyan da Silva. O diálogo entre os direitos fundamentais e os direitos humanos para criação de um sistema jurídico multinível. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 9, n. 1, p. 75-89, 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.08/5985> Acesso em: 27 out. 2021.

⁴⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informes de Admisibilidadade*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/admisibilidades.asp> Acesso em: 27 out. 2021.

⁴⁷ Brasil, 212 milhões; Colômbia, 50 milhões; México, 126 milhões; e Bolívia, 11 milhões. WORLD METERS. *Population*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/population/> Acesso em: 12 ago. 2019.

4.2.2 Dispositivos constitucionais e legais de abertura ao direito internacional dos direitos humanos

As normas da Constituição da República Federativa do Brasil se mostram menos abertas ao DIDH que as cláusulas constitucionais dos três países que mais dialogam, expressamente, com a Corte IDH. De fato, a Carta brasileira, apesar de avançar muito em relação aos textos constitucionais brasileiros anteriores, ainda não se mostra tão contundente e explícita⁴⁸ em seus elos com o direito internacional dos direitos humanos, em especial com a jurisprudência da Corte IDH. Em seu artigo 4º, enuncia que as relações internacionais são regidas pela prevalência dos direitos humanos. Já no conhecido § 2º, do artigo 5º, se limita a dizer que os direitos e garantias constitucionais não afastam outros decorrentes dos tratados internacionais, bem como, à frente, no § 3º, preconiza que os tratados de direitos humanos que forem aprovados pelo rito de emenda constitucional, serão equivalentes às emendas constitucionais. Porém, até o momento apenas um tratado interamericano foi aprovado seguindo esse protocolo⁴⁹, de modo que ainda os demais ostentam *status* de normas jurídicas supralegais.⁵⁰ Desse modo, mesmo a CADH, norma jurídica da maior importância a guiar a participação do Brasil no Constitucionalismo Regional Transformador, permanece, no plano doméstico, ostentando potência normativa abaixo da Constituição. E, mais que isso: na dicção constitucional brasileira inexistente cláusula interpretativa, a colocar os tratados de direitos humanos como chave hermenêutica para a compreensão dos direitos previstos no texto constitucional, bem como silencia sobre o princípio *pro persona*. Findando, é importante observar que as principais leis brasileiras que regem o funcionamento do STF nada falam sobre o direito internacional dos direitos humanos, tratados ou convenções internacionais, controle de convencionalidade ou aplicação do princípio *pro persona*.⁵¹

Assim, as diferenças são notáveis do regime jurídico brasileiro em vista dos três Estados que se destacaram positivamente no diálogo com a Corte IDH, o que, sim, influencia na postura das respectivas jurisdições constitucionais:

*Some courts seem to favour constitutional interpretations that converge either with international law or with emerging transnational consensus or 'best practices' among constitutional courts as to reasoning or result. As will be shown, this does not all come from courts' initiative: some constitutional convergence may be authorised or required by constitutional texts. And in some cases convergence may result from influences exogenous to law or the postures of the courts. Some post-World War II national constitutions incorporate international law — or some parts of international law — as superior to statutes.*⁵²

O Brasil, comparado aos países latino-americanos melhor posicionados na pesquisa empírica apontada, não ostenta normas jurídicas tão fortes e diretas quanto à necessidade de se utilizarem os tratados internacionais como normas jurídicas e os precedentes emanados pela Corte IDH.

Um parêntesis é pertinente para ressaltar que o número de tratados de direitos humanos, aprovado pelos quatro Estados que se estão comparando aqui, é bastante similar, conforme já indicado supra, não sendo

⁴⁸ Em comparação com as cláusulas constitucionais dos três países mais bem colocados na pesquisa empírica empreendida.

⁴⁹ A Convenção Interamericana contra o racismo foi aprovada pelo Congresso Nacional, em dois turnos e com rito de emenda constitucional.

⁵⁰ Apenas foram aprovados com força de emenda constitucional estes dois tratados internacionais: Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013; BRASIL. *Tratados equivalentes a emendas constitucionais*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1> Acesso em: 27 out. 2021.

⁵¹ Lei 9.868/99, que dispõe acerca do processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, o Código de Processo Penal e o relativamente recente Código de Processo Civil. BRASIL. *Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm Acesso em: 27 out. 2021.

⁵² JACKSON, Vicki C. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *FedL.LawRw.*, v. 35, n. 2, 2007. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html> Acesso em: 27 out. 2021.

esse um dado relevante para explicar a forte diferença na participação do diálogo judicial interamericano por parte das cortes constitucionais de cada um desses países. O que parece ser decisiva é a qualidade das disposições de abertura, que podem soar de diversas maneiras, destacando-se as seguintes que serão especificadas nos próximos subitens: a) de acordo com o *status* normativo dos tratados internacionais de direitos humanos; b) à luz da presença de normas de interpretação conforme as normas de direito supranacional dos direitos humanos; c) conforme a preconização, ou não, do princípio do *pro persona*; e d) de acordo com a menção aos tratados internacionais de direitos humanos nos códigos processuais e na lei que rege o controle concentrado de constitucionalidade.

Sobre o item “a”, reconhece expressamente o *status* constitucional do direito dos direitos humanos a Constituição da Bolívia (art. 13) e, em parte diminuta⁵³, a Constituição do Brasil (art. 5º, § 3º) — esta em relação aos tratados aprovados com rito equivalente de emenda constitucional, tendo as demais convenções internacionais de direitos humanos (ampla maioria) peso supralegal. Portanto, a CADH, no Brasil, é considerada norma infraconstitucional. Já no México (artigo 133 da Constituição), essas normas de fonte internacional têm prestígio de norma legal. Na Colômbia⁵⁴, por fim, a hierarquia constitucional de norma oriunda do Direito dos direitos humanos foi reconhecida pela jurisprudência da CCC. Portanto, México e Brasil não conferem peso constitucional à maioria dos tratados de direitos humanos, o que no caso mexicano acaba não fermentando efeito prático negativo, por conta das disposições constitucionais da interpretação conforme e o princípio *pro persona*, que mudam o eixo de recepção do DIDH do modelo hierárquico para o modelo substancial da interpretação.

Nessa quadra, oportuno recordar a lição de Vicki Jackson, formulada à luz do modelo da África do Sul de forte engajamento com o direito internacional, para quem essa boa postura de abertura crítica decorre não de um *status* hierárquico específico de superioridade da norma supranacional, mas, sim, de uma pertinente obrigação jurídica de os juízes considerarem o direito internacional.⁵⁵

Assim, no tocante ao item “b” (interpretação conforme), os três Estados que apresentaram melhores índices de recepção da jurisprudência da Corte IDH preveem, em seus textos constitucionais, cláusula de interpretação conforme os tratados internacionais de direitos humanos. A Bolívia, no artigo 13, IV, a Colômbia, no artigo 93, e o México, no artigo 1º. A Constituição brasileira, nesse ponto, se mantém silente. Eis uma diferença significativa entre o Brasil e os três países citados, pois a norma de abertura da norma constitucional ao DIDH gera simultânea conformidade entre ambas as esferas normativas, emprestando relevância constitucional aos instrumentos internacionais de direitos humanos e, assim, capacidade de serem referentes à interpretação da lei fundamental nacional.⁵⁶

É chamada de cláusula, princípio, ferramenta hermenêutica ou técnica interpretativa, sendo figura jurídica utilizada no âmbito do direito processual constitucional ou no direito convencional para materialização efetiva e expansiva dos direitos fundamentais das pessoas humanas.⁵⁷ Para Eduardo Ferrer Mac-Gregor, a interpretação conforme é critério hermenêutico a ordenar a harmonização da constituição e dos tratados internacionais da matéria — incluindo os precedentes emanados pelas instituições responsáveis pelo moni-

⁵³ Visto que até o momento somente quatro tratados de direitos humanos foram aprovados com esse rito.

⁵⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-067 de 2003*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

⁵⁵ “*This provision does not specify the hierarchical status of international law, but it creates an obligation to consider international law. [...] So, on this model, there is a normative obligation to consider but not necessarily to converge with international law, and an authority to consider foreign law.*” JACKSON, Vicki C. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *FedLawRw*, v. 35, n. 2, 2007. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html> Acesso em: 27 out. 2021.

⁵⁶ SÁNCHEZ GIL, Rubén. Reseñas bibliográficas: Caballero Ochoa, José Luis, La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad. *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 31, jul./dez. 2014. p. 323.

⁵⁷ MIRANDA CAMARENA, Adrián Joaquín; NAVARRO RODRIGUEZ, Pedro. El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. *Opinión Jurídica*, Medellín, v. 13, n. 26, p. 69-80, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a05.pdf> Acesso em: 27 out. 2021.

toramento da aplicação das convenções por parte dos estados —, por intermédio da adoção do princípio *pro persona*.⁵⁸ Sobre a potência e a latitude da cláusula da interpretação conforme, segue a explicação do autor:

*Una de las fórmulas constitucionales más efectivas para lograr la armonización entre el derecho nacional y el derecho internacional, es a través de la llamada cláusula de interpretación conforme. En términos generales, podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertados constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (y en ocasiones otras resoluciones y fuentes internacionales), para lograr su mayor eficacia y protección.*⁵⁹

Essa norma de abertura implica a obrigação de utilizar-se o DIDH em busca de parâmetros elementares de defesa da dignidade humana já fixados, que não podem ser rebaixados pelas instituições do Estado, senão ampliados, em razão do que se acha o conteúdo do princípio *pro persona*.⁶⁰ Assim, frente a possibilidades interpretativas, deve o intérprete nacional optar por aquela que se mostre mais coerente com os compromissos adotados na esfera internacional.⁶¹

Victor Bazán fala em dois tipos de interpretação conforme: em sentido amplo e em sentido estrito. O Primeiro significa que deve ser interpretada a ordem jurídica nacional conforme os direitos humanos estabelecidos na constituição e nos tratados internacionais, com prevalência da proteção mais ampla à pessoa humana. O segundo, nos casos em que haja várias interpretações juridicamente possíveis, indica que os juízes devem, a partir da presunção de constitucionalidade e convencionalidade das leis, preferir a que se mostre harmônica com a constituição e tratados internacionais, de modo que só devem ser inaplicadas quando realmente não for possível.⁶² Para o autor, a interpretação conforme ajuda a incorporar ao “quehacer” cotidiano dos tribunais nacionais o conteúdo dos tratados de direitos humanos e as respectivas leituras autorizadas levadas a efeito pelos órgãos internacionais de supervisão.⁶³

Esse dever impõe aos magistrados constitucionais internos interpretar o direito à luz das fontes constitucionais e internacionais de direitos humanos, o que envolve, necessariamente, tomar em conta os pronunciamentos da CIDH e da Corte IDH⁶⁴, sem necessariamente segui-los acriticamente, conforme aponta o princípio *pro persona*. Tem-se, pois, uma profunda conexão entre este princípio e a cláusula da interpretação conforme. Nessa direção, tal como indicam as ideias do constitucionalismo multinível e do ICCAL, é essencial entender que “conformidade” com o direito internacional dos direitos humanos implica “compatibilidade” e não “identidade”. Na medida em que o *standard* nacional diferente outorgue maior proteção e garantia aos direitos, a interpretação conforme não deve implicar aderência aos parâmetros internacionais. Portanto, o *pro persona* complementa a interpretação conforme.⁶⁵ Aliás, é impossível pensar um sem o outro.

No que toca ao item “c”, os Estados latino-americanos que preveem o princípio do *pro persona* são os da

⁵⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, ano 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 52.

⁵⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, ano 9, n. 2, p. 531-622, 2011. p. 53.

⁶⁰ CABALLERO OCHOA, José Luis. *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*. México: Porrúa, 2009. p. 340.

⁶¹ MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. *Principio pro persona*. México: CDHDF; SCJN-OACNDH, 2013.

⁶² BAZÁN, Victor. Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año 20, p. 385-429, 2014. p. 401.

⁶³ BAZÁN, Victor. Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año 20, p. 385-429, 2014. p. 401.

⁶⁴ BAZÁN, Victor. Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año 20, p. 385-429, 2014. p. 401.

⁶⁵ NÚÑEZ DONALD, Constanza. Una aproximación conceptual al principio *pro persona* desde la interpretación y argumentación jurídica. *Materiales de Filosofía del Derecho*, n. 2, p. 1-46, 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37509.pdf>. Acesso em: 27 out. 2021.

Bolívia (artigo. 256, I e II, da Constituição e artigo 2º, II, 2, do *Código Procesal Constitucional*), da Colômbia⁶⁶ (Disposições transitórias da Constituição, no artigo 5º) e do México (artigo 1º da Constituição). A Constituição brasileira nada dispõe a esse respeito. O STF, por sua vez, não adota esse princípio, vez que buscas no sistema de localização de jurisprudência do STF em relação a decisões publicadas nos anos de 2019 e 2020 não encontraram nenhum julgado que ao menos cite a expressão *pro persona*.⁶⁷

A fim de reconhecer e proteger os direitos humanos, todas as autoridades, em especial a jurisdição constitucional, são convocadas a observarem a metodologia proposta pelo princípio do *pro persona*, que implica o dever de realizar o controle de convencionalidade em busca da compatibilidade das normas domésticas com os *international human rights standards*.⁶⁸

Essa cláusula da favorabilidade da norma mais tem ajudado a alargar a olhos vistos os poderes judiciais no tocante à proteção do humano, posicionando as cortes como garantidores da coerência e do *wisdom of interpretation*,⁶⁹ sem importar-se com a origem da norma jurídica — se nacional ou internacional — ou com sua força normativa formal — se *hard* or *soft*.⁷⁰

Findando, no tocante ao item “d”, cabe elencar os Estados que mencionam tratados internacionais de direitos humanos nos seus códigos processuais (penal e ou civil) ou em lei que rege o controle concentrado de constitucionalidade (item “d”): Bolívia (artigos 3º e 167, ambos do *Código Procesal Penal*), Colômbia (artigo 3º do *Código Procesal Penal*) e México (artigo 2º do *Código Procesal Penal*). Nesse subitem, repita-se, a legislação brasileira é omissa.

4.2.3 Postura das cortes constitucionais em relação ao direito internacional dos direitos humanos

Um terceiro motivo a explicar a maior interação das três jurisdições constitucionais em comparação ao STF consiste em alguns posicionamentos emblemáticos das cortes constitucionais em relação ao dever de levar em consideração os comandos normativos dos tratados e precedentes internacionais. Explica-se: ao contrário da Corte Suprema brasileira, os tribunais de cúpula da Colômbia⁷¹, do México e da Bolívia⁷² expressamente consagraram a adoção do princípio *pro persona* e a obrigatoriedade de levar em consideração os julgados da Corte IDH (interpretação conforme).

Merece destaque a decisão da CCC, datada de 1995, a implementar ineditamente a Teoria do bloco de

⁶⁶ Diante disso, a CCC tem reconhecido o caráter vinculante do princípio hermenêutico, segundo o qual, em casos de conflitos entre distintas normas de direitos humanos, o intérprete sempre deve preferir aquela que seja mais favorável ao gozo dos direitos. Nesse sentido, vejam-se as sentenças n. C-406 de 1996, fundamento 14, e C-251 de 1997, fundamento 14. COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-406 de 1992*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm> Acesso em: 27 out. 2021; COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-251 de 1997*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1997/C-251-97.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pesquisa de jurisprudência*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search> Acesso em: 14 dez. 2020.

⁶⁸ BERBERA, Hayde Rodarte. The pro personae principle and its application by mexican courts. *Queen Mary Human Rights Law Review*, v. 4, 2018. p. 3.

⁶⁹ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-406 de 1992*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

⁷⁰ CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. *Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court*. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. 4, p. 529-700, jan. 2004.

⁷¹ A CCC reconheceu expressamente que a jurisprudência da Corte IDH constitui um critério hermenêutico relevante para estabelecer o sentido dos direitos fundamentais. COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-010/00*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-010-00.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

⁷² O TCP firmou o entendimento de que a Corte IDH é o máximo da garantia de direitos humanos, tendo as suas decisões como pedras angulares e devendo ser respeitadas pelo Estado. Portanto, as sentenças da Corte IDH fazem parte do bloco de constitucionalidade e devem ser respeitadas por todos e pelas normativas infraconstitucionais internas. Nessa mesma decisão, o TCP entendeu que as sentenças da Corte IDH são vinculantes para o Estado boliviano e que formam parte do bloco de constitucionalidade. BOLÍVIA. *Sentença Constitucional 110/2010-R de 10 de maio de 2010*. Disponível em: <https://funsolon.files.wordpress.com/2015/01/sentencia0110-2010-r.pdf> Acesso em: 27 out. 2021.

constitucionalidade, ao argumento de que a única abordagem razoável a ser dada à noção de prioridade do direito internacional dos direitos humanos, prevista constitucionalmente, é a de reconhecer que os tratados internacionais de direitos humanos compõem, em conjunto com as normas constitucionais, um conjunto, que se impõe em relação ao restante do ordenamento jurídico interno. Esse posicionamento vem sendo reforçado e aprimorado desde então, sendo uma das causas relevante da expansão do diálogo judicial vertical em matéria de direitos humanos.⁷³ No México, mesmo na “Contradicción de Tesis 293/2011”, a SCJN reconhece o “parâmetro de control de regularidad constitucional”, em especial determinando a recepção vinculante da jurisprudência da Corte IDH sempre que se mostrar mais favorável à pessoa⁷⁴. Na Bolívia, o então Tribunal Constitucional adotou a tese colombiana em 2005 do bloco de constitucionalidade, o que o fez ainda à luz da Constituição Política do Estado de 1997.⁷⁵

Assim, há reconhecimento expresso das três jurisdições constitucionais de que os precedentes judiciais interamericanos, oriundos de caso a envolver o próprio país (coisa julgada), ou outro (coisa interpretada), devem ser obrigatoriamente considerados pela jurisdição local, de modo obrigatório ou ao menos persuasivo. Flagra-se, diante da jurisprudência mostrada, significativa diferença entre as três melhores jurisdições constitucionais latino-americanas, à luz do enfoque desde o ICCAL, e a brasileira.

Essa diferença de postura certamente tem influenciado no maior ou menor número de decisões do controle concentrado de constitucionalidade que citam precedentes da Corte IDH. Destaque-se, aqui, que se está falando de coisas distintas, que funcionam como causa e efeito: o baixo número de decisões a explicitamente considerar a jurisprudência da Corte IDH pode ser explicado pela falta de um posicionamento expresso do STF em relação a admitir que os precedentes judiciais interamericanos devem ser levados em conta.

5 Considerações finais

O avanço da comunidade de prática de direitos interamericanos⁷⁶ e a adoção constitucional, legislativa ou jurisprudencial de disposições de abertura ao direito internacional dos direitos humanos são vetores a promover maior e melhor escuta dos precedentes da Corte IDH. Mais detalhadamente, esta pesquisa se deparou com dois elementos estritamente jurídicos, que, não por coincidência, se fazem presentes no ambiente das três jurisdições constitucionais estudadas e, simultaneamente, ausentes no Brasil: a) existência de normas de interpretação conforme os tratados de direitos humanos e b) a aplicação do princípio do *pro persona*.

Os modelos latino-americanos de jurisdições constitucionais que melhor dialogam — ouvem — os pronunciamentos da Corte IDH são os que trabalham em termos de coordenação e integração cooperativa entre os(as) variados(as) agentes interamericanos(as), tal como proposto pelo constitucionalismo multinível e pelo ICCAL, o que se revela mais adequado para dar cumprimento aos compromissos internacionais.

Assim, não é mero acaso que, justamente as jurisdições constitucionais que estão equipadas com os melhores e mais avançados mecanismos interpretativos (constitucionais, legais e jurisprudenciais) de abertura, sejam as que mais citam os precedentes da Corte IDH no exercício de controle de constitucionalidade, o que demonstra que esses dispositivos de abertura importam e podem catalisar o constitucionalismo regio-

⁷³ COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 1995*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

⁷⁴ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Sentencia nº 293 de 2011*. Disponível em: <https://www2.scjn.gob.mx/asuntos-relevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556> Acesso em: 05 fev. 2020.

⁷⁵ BOLÍVIA. Tribunal Constitucional de Bolívia (Sala Plena). Recurso Directo de Inconstitucionalidad. *Sentencia Constitucional n. 0045/2006*. Luis Eduardo Siles Pérez, 2 de junho de 2006.

⁷⁶ A maior ou menor extensão da comunidade de prática de direitos humanos, apesar de muito relevante para a situação dos direitos humanos de cada país, é fenômeno eminentemente sociológico.

nal transformador. A cláusula de interpretação conforme e a incorporação explícita do princípio *pro persona* são ferramentas para solucionar a tensão entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos por meio das atividades de coordenação, inserindo o Estado na rede dialogal heterárquica de que falam os conceitos do constitucionalismo multinível e do ICCAL. Mais que isso, implica a adoção do modelo de “soluções interpretativas”, em detrimento da perspectiva hierárquica, formal e não integradora, que se revelou ultrapassada para fazer frente aos desafios do diálogo multinível na região.⁷⁷

Portanto, o exemplo dessas três jurisdições constitucionais é contundente ao apontar o modelo de interpretação conforme e de favorabilidade da norma mais protetiva como uma alternativa para aproximar a jurisdição constitucional brasileira da Corte IDH, servindo como ponto de contato para fluxos de permanentes intercâmbios hermenêuticos entre o direito interno e interamericano. Diante das experiências comparadas, a fim de expandir a capacidade da jurisdição constitucional de tomar em conta os precedentes interamericanos, é possível cravar que seria de bom tom constar expressamente na Constituição do Brasil essas duas cláusulas de abertura.

De todo o modo, essa viragem no direito brasileiro, a ponto de aproximar sua jurisdição constitucional aos precedentes da Corte IDH, também pode ser feita por via puramente hermenêutica, ou seja, é possível que o STF reconheça a necessidade de adotar o modelo interpretativo. Em primeiro lugar, porque esses critérios da interpretação conforme e do *pro persona* se fazem presentes nos tratados de direitos humanos já internalizados pelo Brasil. Em segundo, porque as disposições constitucionais de abertura, mesmo não fazendo menção expressa a essas cláusulas, admitem-nas tacitamente. Logo, com boa vontade interpretativa, é cabível considerar como já pulsantes no direito brasileiro esses dois parâmetros jurídicos. Porém, ainda seria preferível sua consagração explícita no texto constitucional, a fim de evitarem-se problemas como o desconhecimento da norma internacional ou a adoção de interpretações neutralizantes, a ponto de fazer pouco caso desses critérios hermenêuticos, o que vem ocorrendo atualmente no STF — ante a comprovada baixa utilização de precedentes da Corte IDH.

A inclusão explícita desses princípios induziria o intérprete e aplicador do direito a, sempre que possível, levar em consideração os conteúdos do DIDH, operacionalizando o correto controle de convencionalidade no âmbito interno, pois o Brasil — e sua jurisdição constitucional — só poderá ser achado pelo SIDH, se quiser e se deixar-se ser encontrado. Afinal, nas palavras de Isabel Allende, “não se pode encontrar quem não quer ser encontrado”.⁷⁸

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. In: ANTONIAZZI, Mariela Morales *et al.* (coord.). *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ALLENDE, Isabel. *La casa de los espíritus*. Buenos Aires: Editorial Sudaericana, 1985.

ANDRADE, Régis Willyan da Silva. O diálogo entre os direitos fundamentais e os direitos humanos para criação de um sistema jurídico multinível. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 9, n. 1, p. 75-89, 2017. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2017.91.08/5985> Acesso em: 27 out. 2021.

⁷⁷ DULITZKY, Ariel E. Los Tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano. In: BUERGENTHAL, Thomas *et al.* (ed.) *Estudios especializados de derechos humanos I*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 129-166.

⁷⁸ ALLENDE, Isabel. *La casa de los espíritus*. Buenos Aires: Editorial Sudaericana, 1985. p. 82.

BAZÁN, Victor. Control de convencionalidad, puentes jurisdiccionales dialógicas y protección de los derechos humanos. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* *Estudios avanzados de derechos humanos*. Rio de Janeiro: Elsevier – Campus Jurídico, 2013. p. 590-616.

BAZÁN, Victor. Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los **órdenes** internos, control de convencionalidad y **diálogo jurisprudencial**. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año 20, p. 385-429, 2014.

BERBERA, Hayde Rodarte. The pro personae principle and its application by mexican courts. *Queen Mary Human Rights Law Review*, v. 4, 2018.

BOGDANDY, Armin von; URUEÑA, René. Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina. *Anuario de Derechos Humanos*, p. 15-34, 2020. Disponível em: <https://anuariodch.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/60293> Acesso em: 27 out. 2021.

BOLÍVIA. *Ley n° 254 ley de 5 de julio de 2012*. Disponível em: <https://tcpbolivia.bo/tcp/sites/default/files/pdf/normas/ley254/ley254.pdf> Acesso em: 27 out. 2021.

BOLÍVIA. *Sentença Constitucional 110/2010-R de 10 de maio de 2010*. Disponível em: <https://funsolon.files.wordpress.com/2015/01/sentencia0110-2010-r.pdf> Acesso em: 27 out. 2021.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional de Bolivia (Sala Plena). Recurso Directo de Inconstitucionalidad. *Sentencia Constitucional n. 0045/2006*. Luis Eduardo Siles Pérez, 2 de junho de 2006.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia Constitucional Plurinacional 2170/2013*. 28 de novembro de 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=10929> Acesso em: 27 out. 2021.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia Constitucional Plurinacional 0572/2014*. 10 de março de 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/ObtieneResolucion?idFicha=10929> Acesso em: 27 out. 2021.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Sentencia Constitucional Plurinacional 0032/2019*. 09 de julho de 2019. Disponível em: <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/36961-sentencia-constitucional-plurinacional-0032-2019> Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário. *RE n. 466.343-1/SP*. Prisão civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade [...]. Relator: Ministro César Peluso, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444> Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. *Tratados equivalentes a emendas constitucionais*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/internacional/tratados-equivalentes-a-emendas-constitucionais-1> Acesso em: 27 out. 2021.

BUSTOS, Rafael. *La constitución red: un estudio sobre supraestatalidad y constitución*. Bilbao: Ed. Instituto Vasco de Administración Pública, 2005.

BUSTOS, Rafael. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México: Porrúa, 2012.

CABALLERO OCHOA, José Luis. *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en México y España*. México: Porrúa, 2009.

CEPEDA-ESPINOSA, Manuel José. *Judicial activism in a violent context: the origin, role, and impact of the Colombian Constitutional Court*. *Washington University Global Studies Law Review*, v. 3, n. 4, p. 529-700, jan. 2004.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-010/00*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/c-010-00.htm> Acesso em: 27 out. 2021.

COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-251 de 1997*. Disponível em: <https://www.corteconstitucio>

- nal.gov.co/RELATORIA/1997/C-251-97.htm Acesso em: 27 out. 2021.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-370 DE 2006*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-370-06.htm> Acesso em: 27 out. 2021.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-406 de 1992*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-406-92.htm> Acesso em: 27 out. 2021.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-004 de 2003*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-004-03.htm> Acesso em: 27 out. 2021.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-067 de 2003*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm> Acesso em: 27 out. 2021.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-225 de 1995*. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm> Acesso em: 27 out. 2021.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-327 de 2016*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-327-16.htm> Acesso em: 27 out. 2021.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia C-941 de 2010*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-941-10.htm> Acesso em: 27 out. 2021.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia SU-712 de 2013*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/su-712-13.htm> Acesso em: 27 out. 2021.
- COLOMBIA. Corte Constitucional. *Sentencia T-129 de 2011*. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm> Acesso em: 27 out. 2021.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informes de Admissibilidade*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/admisibilidades.asp> Acesso em: 27 out. 2021.
- CORTE INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- DULITZKY, Ariel E. Los Tratados de derechos humanos en el constitucionalismo iberoamericano. In: BUERGENTHAL, Thomas *et al.* (ed.) *Estudios especializados de derechos humanos I*. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1996. p. 129-166.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, ano 9, n. 2, p. 531-622, 2011.
- HURTADO DÍAZ, Alexandra; DUARTE, Tirson Maurício. La materialización de la función interacción-integración del constitucionalismo multinivel en Colombia de conformidad con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *UDLA Legal World*, v. 1, n. 1 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340448855_La_materializacion_de_la_funcion_interaccion-integracion_del_constitucionalismo_multinivel_en_Colombia_de_conformidad_con_el_Sistema_Interamericano_de_Derechos_Humanos Acesso em: 04 maio 2020.
- JACKSON, Vicki C. Transnational challenges to constitutional law: convergence, resistance, engagement. *FedLawRw.*, v. 35, n. 2, 2007. Disponível em: <http://classic.austlii.edu.au/au/journals/FedLawRw/2007/7.html> Acesso em: 27 out. 2021.
- LACERDA, Rosane Freire. “Volveré, y Seré Millones”: contribuições descoloniais dos movimentos indígenas Latinoamericanos para a superação do mito do estado-nação. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: http://200.130.18.222/images/stories/download/pct/mencoeshonrosas/22745_8.pdf Acesso em: 27 out. 2021.
- LEMINSKI, Paulo. *Toda poesia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

MACCORMICK, Neil. Beyond the sovereign state. *The Modern Law Review*, v. 56, n. 1, p. 1-18, 1993. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/pdf/10.1111/j.1468-2230.1993.tb02851.x> Acesso em: 05 fev. 2020.

MACCORMICK, Neil. *Rethoric and the rule of law: a theory of legal reasoning*. New York: Oxford University Press, 2005.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. *Principio pro persona*. México: CDHDF; SCJN-OACNDH, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Acción de inconstitucionalidad 15/2017 Y SUS ACUMULADAS 16/2017, 18/2017 Y 19/2017*. Disponível em: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/precedente/29425> Acesso em: 05 fev. 2020.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Tesis Jurisprudencial num. P./J. 21/2014 (10a.). 30 de Abril de 2014*. Disponível em: <https://imcp.org.mx/wp-content/uploads/2014/04/ANEXO-NOTICIAS-FISCALES-125.pdf> Acesso em: 05 fev. 2020.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Vários 912 de 2010*. Disponível em: <https://www2.scjn.gob.mx/AsuntosRelevantes/pagina/SeguimientoAsuntosRelevantesPub.aspx?ID=121589&SeguimientoID=225> Acesso em: 05 fev. 2020.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Sentencia nº 293 de 2011*. Disponível em: <https://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556> Acesso em: 05 fev. 2020.

MIRANDA CAMARENA, Adrián Joaquín; NAVARRO RODRIGUEZ, Pedro. El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. *Opinión Jurídica*, Medellín, v. 13, n. 26, p. 69-80, jul./dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a05.pdf> Acesso em: 27 out. 2021.

MOHALLEM, Michael Freitas. Horizontal judicial dialogue on human rights: the practice of constitutional courts in South America. In: MÜLLER, Amrei; KJOS, Hege Elisabeth. *Judicial dialogue and human rights: studies on international courts and tribunals*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 67-112.

MONTALVÁN, Digno José. *El concepto de pluralismo constitucional y sus distintas interpretaciones*. 2014. Disponível em: https://www.academia.edu/23572945/El_concepto_de_pluralismo_constitucional_y_sus_distintas_interpretaciones Acesso em: 15 jun. 2019.

MOURA, Rafael Osvaldo Machado. *De ouvidos abertos à Corte Interamericana: a jurisdição constitucional brasileira e o diálogo multinível no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano*. 2021. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2021.

NEGISHI, Yota. The pro homine principle's role in regulating the relationship between conventionality control and constitutionality control. *The European Journal of International Law*, v. 28, n. 2, p. 457–481, maio 2017. Disponível em: <https://academic.oup.com/ejil/article/28/2/457/3933337> Acesso em: 18 fev. 2020.

NÚÑEZ DONALD, Constanza. Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica. *Materiales de Filosofía del Derecho*, n. 2, p. 1-46, 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37509.pdf> Acesso em: 27 out. 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Deferência e pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da corte interamericana de direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6005> Acesso em: 12 ago. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Tratados multilaterales interamericanos: firmas y ratificaciones*. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_firmas_estados.asp Acesso em: 12 ago. 2019.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Ratificación del C169 - Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, 1989 (núm. 169)*. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO::P11300_INSTRUMENT_ID:312314 Acesso em: 05 fev. 2020.

OSUNA PATIÑO, Néstor Iván *et al.* El sistema de justicia constitucional en Colombia. In: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea *et al.* *La juriscicción constitucional em América Latina: un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*. Colombia: Universidad Externado de Colombia; Max Planck for Comparative Public Law and International Law, 2019. v. 1.

PIOVESAN, Flávia Cristina. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios*. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, p. 1356-1388, 2017.

SÁNCHEZ GIL, Rubén. Reseñas bibliográficas: Caballero Ochoa, José Luis, La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad. *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, n. 31, jul./dez. 2014.

SANTOS, Boaventura Sousa. Cuando los excluidos tienen derechos: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad. In: RODRIGUES, José Luis Exeni; SANTOS, Boaventura Sousa (orgs.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg/Abya-Yala. 2012. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/Justicia%20ind%C3%ADgena%20Bolivia.pdf> Acesso em: 12 ago. 2019.

SERNA DE LA GARZA, José María. La jurisdicción constitucional em México. In: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea *et al.* *La juriscicción constitucional em América Latina: un enfoque desde el Ius Constitutionale Commune*. Colombia: Universidad Externado de Colombia; Max Planck for Comparative Public Law and International Law, 2019. v. 1.

SIKKINK, Kathryn; KECK, Margareth. *Activists beyond borders: advocacy networks international politics*. New York: Cornell University Press, 1998.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Domestic courts in international law: the international judicial function of national courts. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 34, p. 133-168, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1861067> Acesso em: 12 ago. 2019.

UNITED NATIONS. *Multilateral treaties deposited with the Secretary-General*. Disponível em: https://treaties.un.org/pages/ParticipationStatus.aspx?clang=_en Acesso em: 12 ago. 2019.

VERGOTTINI, Giuseppe de. El diálogo entre Tribunales. *UNED - Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, p. 345-359, 2011. Disponível em: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/trcons/cont/28/not/not9.pdf> Acesso em: 12 ago. 2019.

WORLD METERS. *Population*. Disponível em: <https://www.worldometers.info/population/> Acesso em: 12 ago. 2019.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

lus constitutionale commune e direito de família: uma análise hermenêutica da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal na matéria

lus constitutionale commune and family law: a hermeneutic analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the Supreme Federal Court in the matter

Felipe Frank

Lucas Miguel Gonçalves Bugalski

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

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

Ius constitutionale commune and family law: a hermeneutic analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the Supreme Federal Court in the matter

Felipe Frank**

Lucas Miguel Gonçalves Bugalski***

Resumo

O presente artigo investiga a matéria de direito de família à luz do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, em um diálogo com as teorias do constitucionalismo em rede e do constitucionalismo transformador. Nesse sentido, busca-se, em primeiro lugar, compreender esse fenômeno em relação ao constitucionalismo latino-americano. Em segundo lugar, analisa-se a Teoria do *Ius Constitutionale Commune* em relação ao contexto brasileiro, bem como sua chegada em nosso país e a recepção da corte brasileira. Por fim, busca-se apreciar as três únicas decisões proferidas pelo STF em matéria de direito de família em que a CIDH é citada, buscando compreender o nível de influência do Sistema Interamericano no STF, e vice-versa. A metodologia de análise foi, em primeiro momento, uma revisão de literatura qualitativa, em segundo momento, uma leitura imanente dos casos selecionados, buscando encontrar traços de diálogo com as cortes internacionais nesses julgados. Observou-se que o engajamento argumentativo do STF é híbrido, utilizando a jurisprudência internacional mais como argumento de autoridade e conteúdo informacional, do que de fato uma argumentação mais aprofundada. No que diz respeito aos casos selecionados, pode-se observar essa premissa em prática, na qual houve poucas menções à Corte Interamericana de Direitos Humanos e pouco diálogo com o contexto latino-americano.

Palavras-chave: *Ius Constitutionale Commune*; América Latina; direito constitucional; direito de família; Supremo Tribunal Federal.

Abstract

This article investigates the issue of family law from the perspective of the *Ius Constitutionale Commune* in Latin America, in a dialogue with the theories of network constitutionalism and transformative constitutionalism. In

* Recebido em: 31/05/2021.
Aprovado em: 07/10/2021.

** Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
E-mail: felipefrank.docência@gmail.com.

*** Mestrando em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
E-mail: miguelbugalski@gmail.com.

this sense, we seek, in the first place, to understand this phenomenon within Latin-American constitutionalism. Secondly, we analyze the theory of the *ius constitutionale commune* in relation to the Brazilian context, as well as its arrival in our country and the reception of the Brazilian court. Finally, we appreciate the three decisions rendered by the STF in matters of family law in which the IACHR is cited, seeking to understand the level of influence of the Inter-American System in the STF, and vice versa. The analysis methodology was, at first, a qualitative literature review, and secondly, an immanent reading of the selected cases, seeking to find traces of dialogue with the international courts judged. We observe that the STF's argumentative engagement is hybrid, using international jurisprudence more as an argument of authority and informational content, rather than a more in-depth argument. With regard to the selected cases, we were able to observe this premise in practice, in which mentions to the Inter-American Court of Human Rights and little dialogue with the Latin American context benefited.

Keywords: *Ius Constitutionale Commune*, Latin America; constitutional right; family law; Federal Court of Justice.

1 Introdução

O presente artigo visa investigar a influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no Supremo Tribunal Federal (STF), bem como se há influência inversa, do STF sobre a jurisprudência da CIDH, em matéria de direito de família.

Mais especificamente, busca-se compreender a forma pela qual os tribunais dialogam entre si e, consequentemente, estabelecem um *engajamento argumentativo*, que embasa o conteúdo de suas decisões.

Com isso, espera-se contribuir para a Teoria do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), apresentando a influência real dos tratados internacionais nas decisões de nosso Supremo Tribunal Federal.

Em relação a esse contexto, de constitucionalismo em rede, no qual o ICCAL está inserido, apresentam-se novos paradigmas hermenêuticos de interpretação do direito à luz da teoria decisória, inserindo novas informações e elementos argumentativos aos operadores do direito brasileiro.

O ICCAL é uma teoria recente que visa servir como estratégia jurídica para aprimoramento das instituições e da democracia na América Latina. Ele parte das características e contextos comuns em que os países sul americanos possuem, por exemplo: baixa institucionalização, regimes ditatoriais na história recente, posturas autoritárias de líderes, populismo, desigualdade social, questão racial e são ex-colônias de países ibéricos.

Dessa forma, esse novo constitucionalismo surge como uma das estratégias de solução dessas problemáticas comuns, usando o Judiciário como gênese dessas lutas, criando *standards* compartilhados e cooperação mútua.

Nesse sentido, considerando-se o objetivo geral deste artigo, que é de apurar em que medida o *Ius Constitutionale Commune* está presente na realidade brasileira, o caminho argumentativo será o seguinte: (i) apresentação da jurisprudência infraconstitucional e doméstica em relação ao casamento e união estável; (ii) compreensão a respeito do ICCAL e qual sua influência geral no ordenamento brasileiro e; (iii) compreensão sobre as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e outros tratados internacionais, usados como base pelas decisões do Supremo Tribunal Federal, usando como caso concreto a ADPF n.132, o RE. 646.721/2017 e o RE. 878.694/2018.

Para esses objetivos, adotar-se-á uma metodologia de análise qualitativa de bibliografia referente ao tema, utilizando artigos recentemente publicados sobre o tema, bem como a literatura mais consolidada sobre a temática. Subsidiariamente, será feita uma leitura imanente dos julgados acima citados, com o objetivo de

encontrar menção à Corte Interamericana de Direitos Humanos na fundamentação do voto dos ministros. Ainda, busca-se efetuar uma busca por termos chave nas decisões da Corte Interamericana que envolvem direito de família, visando encontrar menções ao Supremo Tribunal Federal brasileiro.

A partir dessa investigação, poder-se-á compreender como o ICCAL se solidifica em forma de jurisprudência doméstica, e, em que medida, o Supremo reconhece as normas do sistema Interamericano em sua argumentação. Com base na definição de Vicki Jackson, e nas decisões escolhidas, buscar-se-á classificar, em qual modelo o sistema brasileiro melhor se encaixa, quais sejam: (i) modelo de resistência; (ii) modelo de convergência ou; (iii) modelo de engajamento argumentativo.

Nesse sentido, a partir da análise do artigo, observou-se que a interlocução entre as duas Cortes é muito incipiente. No caso do STF, com base na jurisprudência selecionada, percebe-se pouquíssima referência às decisões da CIDH, enquadradas no modelo de engajamento argumentativo. Já na citação do STJ, nas decisões da CIDH contra o Brasil, percebe-se um engajamento muito mais profundo com a legislação infraconstitucional, todavia, nenhum dos casos contra o Brasil tratam sobre a temática de Direito de Família.

Portanto, para a efetivação do ICCAL no Brasil, efetivando um diálogo mais profundo com a jurisdição internacional latino-americana, é preciso mais engajamento do Supremo Tribunal Federal com o ambiente latino-americano e sua Corte maior, em especial no âmbito de Direito de família. O processo de abertura que vem ocorrendo com a Suprema Corte deve permanecer e ser ampliado.

2 O Ius Constitutionale Commune na América Latina

2.1 Antecedentes

O chamado *Ius Constitutionale Commune* está presente em um contexto de profunda contradição: a América Latina. Essa teoria assenta-se em uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, chamado constitucionalismo “em rede”¹.

O mundo globalizado e multipolar criou uma conjuntura internacional em que há uma pluralidade de cortes e comissões internacionais, que formam o aparato do direito internacional público². Além disso, a jurisprudência doméstica também recebeu essas influências e tornaram-se mais abertas à pluralidade de fontes³.

Desde o contexto do pós-segunda guerra, o direito vem se tornando mais globalizado⁴. A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), juntamente aos aparatos jurídicos auxiliares, representou um grande passo em direção a uma cultura jurídica internacional. Nesse meio, surgiram os tribunais e convenções internacionais, como a Corte Internacional de Justiça, criada em 1945.

Não obstante, a tendência à pluralidade se intensificou na segunda metade do século XX⁵. Nesse período, foram criados o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a Corte Interamericana de Direitos

¹ VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

² VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015.

³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019.

⁴ VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

⁵ VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015.

Humanos (CADH) e o Tribunal Penal Internacional (TPI). É nessa conjuntura que se dá a discussão acerca do *Ius Constitutionale Commune Latino Americano* (ICCAL).

Nesse sentido, o ICCAL surge, na América Latina, como forma de introduzir os países da região nesse diálogo internacional, visando fortalecer suas instituições e suas democracias, portanto, é “um corpo de direito comum latino-americano que expressa uma construção regional de standards em matéria de direitos humanos, democracia e estado de direito”⁶. Como poderá ser percebido ao longo do artigo, o ICCAL é usado como estratégia de solução dos problemas locais, com base em uma forte cooperação e diálogo com o aparato internacional.⁷

Entretanto, ao mesmo tempo que o ICCAL tem como objetivo a fortificação institucional e o fortalecimento das práticas democráticas, está inserido num continente com um baixo nível de institucionalização e rompimentos democráticos frequentes. Dessa forma, esse tipo de constitucionalismo em “rede”, ou seja, que visa estabelecer diálogo internacional por meio do Judiciário, tem, nessas características regionais, um desafio ainda maior.

2.2 Definição

O *Ius Constitutionale Commune*, além de estar inserido no contexto do constitucionalismo em rede, é um tipo de constitucionalismo transformador⁸. Essa corrente visa efetivar a democracia e os direitos humanos em locais onde, historicamente, não foram efetivados⁹. O ICCAL é a aplicação da Teoria do Constitucionalismo Transformador no continente da América Latina, com suas características e peculiaridades¹⁰.

Sobre o tema, Bogdandy resume as discussões acerca da definição do ICAAL da seguinte forma: “[o ICCAL] aponta a transformação da realidade política e social da América Latina para criar as condições sociais e política necessárias para efetivar a democracia, o estado de direito e os direitos humanos”¹¹ (tradução dos autores).

Assim, o Constitucionalismo transformador e ICCAL partem do ponto de que os “países que integram a América Latina têm uma história e uma cultura compartilhadas, e problemas semelhantes que permitem a construção de um projeto comum quanto ao desenvolvimento do direito constitucional”^{12 13}.

Esse continente tem muitas semelhanças entre seus países. Tanto a América Espanhola quanto a América Portuguesa, tiveram pontos em comum na sua colonização, os quais acompanharam suas histórias até o presente. As semelhanças não estão localizadas somente no momento da colonização e suas consequências imediatas, mas ao longo de toda a história da região.

Ambas sofreram com intensos processos de genocídio de seus povos originários, e em seguida, a es-

⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019. p. 256.

⁷ GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York; Oxford: Oxford University Press, 2013.

⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019. p. 259.

⁹ KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, jan. 1998.

¹⁰ BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Revista direitos fundamentais e democracia*, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.

¹¹ VON BOGDANDY, A.; FIX-FIERRO, H.; ANTONIAZZI, Morales Maria (coord.). *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, 2014.

¹² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019. p. 255.

¹³ VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015.

crauidão rural como elemento principal da economia colonial. Já no século XX, os países da região foram submetidos a ditaduras civil-militares durante décadas, o que é um denominador comum devido às raízes autoritárias e aristocráticas deixadas pela colonização das metrópoles ibéricas.

Mais recentemente, já no processo de redemocratização, a solução comum foi um hiperpresidencialismo. Essa solução comum gerou novas problemáticas compartilhadas, como o populismo e controle do poder executivo sobre os demais. Além disso, toda sua história, representada pela colonização, pelas ditaduras e pela redemocratização, legaram aos países da América Latina consequências sociais, gerando intensa desigualdade, violência e baixa institucionalidade.¹⁴

Bogdandy vai resumir o ICCAL da seguinte forma:

o ius constitutionale commune na América Latina representa um enfoque transformador que se dota de energia a partir da experiência concreta e da convicção profunda da inaceitabilidade de situações de injustiça sistemática. O seu substrato de direito positivo é constituído principalmente pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos, as garantias das constituições nacionais sobre a matéria, as cláusulas de abertura, assim como a correspondente jurisprudência, tanto nacional como internacional. Aposta em um discurso que interrelaciona os distintos ordenamentos jurídicos com o objetivo de reforçar as transformações nos países latino americanos (tradução dos autores)¹⁵.

Dessa forma, o ICCAL, baseando-se nas contribuições teóricas do constitucionalismo em rede e do constitucionalismo transformador, propõe soluções congregando três estratégias que formam a matriz de atuação do ICCAL: (i) supraestatalidade; (ii) pluralismo dialógico entre internacional e nacional e; (iii) atuação judicial.¹⁶

2.3 As estratégias do ICCAL

Após essa breve explicação do contexto e da definição do *Ius Constitutionale Commune* (ICCAL), e sua atuação na América Latina, passamos ao esclarecimento das estratégias jurídico-constitucionais usadas para buscar seus objetivos.

2.3.1 Supraestatalidade

A supraestatalidade se caracteriza por todo o sistema de convenções e acordos internacionais comum a toda a América Latina, principalmente em matéria de direitos humanos. Os principais acordos que formam esse bloco de supraestatalidade são: Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)¹⁷, Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

A Comissão IDH atua por meio de medidas cautelares, seja quando é provocada ou por iniciativa própria. Ela pode, inclusive, provocar a Corte IDH, a qual tem legitimidade contenciosa e consultiva, e ainda pode aplicar sanções aos Estados Membros.

Os países do sistema Interamericano têm, em seus sistemas jurídicos domésticos, uma abertura às con-

¹⁴ GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: LPM, 2019.

¹⁵ VON BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015. p. 37.

¹⁶ Essa divisão didática é feita pela professora Patrícia Perrone Campos Mello. Pode-se encontrar menções a essa divisão em toda sua obra. Outros autores mencionam essa divisão, mas não há unidade no pensamento. Por motivos didáticos e de delimitação, utiliza-se a definição dessa autora.

¹⁷ A convenção Americana de Direitos Humanos, também chamado de pacto de San José, instituiu a Comissão IDH e a Corte IDH, como consta no Artigo 33: “São competentes para conhecer de assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados-partes nesta Convenção: a) a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão; e b) a Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte”.

venções internacionais¹⁸. Alguns países reconhecem as normas produzidas pelas convenções como Leis Ordinárias; outros como parte vinculante de sua constituição¹⁹.

Há, ainda, terceiros que garantem uma preferência hermenêutica às normas internacionais²⁰, integrando-as a uma espécie de bloco de supraconstitucionalidade²¹. Por fim, há aqueles que garantem um *status* supra-legal, no qual há uma interferência hermenêutica na jurisprudência infraconstitucional.

Essas novas regras internacionais funcionam, como aponta Bogdandy, como um novo *corpus iuris* para os operadores do direito e constitucionalismo nacionais. Há uma “nova abertura dos ordenamentos jurídicos estatais latino-americanos e conforme um estrato comum do direito internacional público, em especial a Corte Interamericana”²².

2.3.2 Pluralismo dialógico

O pluralismo dialógico consiste no diálogo entre as cortes em diversos níveis de jurisdição. Em primeiro lugar, há o Diálogo da Corte IDH e da Comissão IDH com outras cortes internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos.

Em um segundo momento, pode haver um diálogo com as cortes domésticas dos países da América Latina e, subsidiariamente, com países de outros continentes. Essa múltipla influência pode ser muito útil em contexto das decisões de casos concretos, considerando-se a conjuntura comum e até mesmo em casos controvertidos de conteúdo semelhante.

Continuamente, partindo dos Tribunais Nacionais, há um constante diálogo entre os países, assim como com as convenções do sistema Interamericano, especialmente a Corte IDH. Essa interlocução é muito útil no que diz respeito à cooperação em busca de objetivos comuns, como os direitos humanos, fortificação da democracia e das instituições.

Ato contínuo dessa cooperação estratégica, objetivo do ICCAL, há o diálogo das cortes infraconstitucionais com as convenções internacionais. Os magistrados dos Tribunais Regionais e Locais, assim como os operadores do direito em geral, devem se engajar com o sistema Interamericano.²³

Bogdandy, ao definir esse conceito, apresenta que o *ius constitutionale commune* incorpora três aspectos originais do pluralismo dialógico em suas formulações, quais sejam:

em um direito constitucional é um conceito antigo que denota uma sociedade onde os distintos grupos que a formam, se enfrentam uns com os outros em processos públicos e democráticos, com respeito a uma ampla gama de valores, interesses e formas de vida. Em segundo lugar, se refere a normas que não fazem parte do ordenamento jurídico estatal mas que regem as relações sociais em certos grupos. E em terceiro, é um fenômeno que se refere à interação entre os distintos regimes jurídicos, em especial à relação aberta entre o direito constitucional estatal, o direito da União Europeia e o direito europeu em

¹⁸ Essa disposição está presente na carta da Convenção em seu art. 2º, em que consta: “[É] Dever [do Estado] de adotar disposições de direito interno 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”.

¹⁹ É o caso da Argentina, onde as normativas internacionais estão inseridas em um bloco de constitucionalidade.

²⁰ É o caso da Bolívia, que coloca um *status* superior, do ponto de vista hermenêutico, às normativas internacionais.

²¹ É o caso atual do Brasil, que já considerou as normativas internacionais como leis ordinárias. Foi o BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03 de dezembro de 2000, que consolidou o entendimento do status supralegal.

²² VON BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015.

²³ CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

matéria de direitos humanos.²⁴

Essa breve descrição dos diversos níveis de interação é como o pluralismo dialógico se apresenta: um engajamento constante dos diversos níveis de jurisdição em prol dos objetivos comuns propostos pelo ICCAL, que constitui “uma proposta plural de superação do horizonte puramente estatal a respeito da proteção de direitos humanos e da implementação da democracia e do estado de direito”²⁵.

2.3.3 Atuação judicial

A forte atuação judicial que o ICCAL propõe parte do pressuposto da baixa institucionalização desses países. Ao mesmo tempo que visa solucionar as problemáticas elencadas logo acima, na medida que soluciona, fortifica, ainda mais, as instituições por meio do Judiciário.

O pioneirismo do Judiciário no Sistema Interamericano é matriz de toda a estratégia do ICCAL. As cortes nacionais devem se engajar com as decisões da Corte IDH, tomando para si a responsabilidade de aplicação das sanções ou efetivação de direitos.

O engajamento entre corte nacional e Corte IDH deve partir do controle de convencionalidade²⁶, ou seja, que estas entendam como *prima facie* os princípios do Sistema Interamericano (arts. 1.1., 2 e 62.1 do Pacto de San José)²⁷. Caso rejeitem, em certo caso concreto, devem buscar fundamentar sua recusa.

A atuação judicial do plano internacional, por exemplo, é “inclinada a balança do poder do plano estatal em favor dos projetos das constituições com vocação transformadora”²⁸ (tradução nossa).

A centralidade do Judiciário a respeito da atuação do Constitucionalismo Transformador exige um diálogo constante de todos os tribunais não somente com a Corte IDH e outras cortes e convenções internacionais, mas também com os outros tribunais domésticos dos países da América Latina.

3 O ICCAL no Brasil e a atuação do STF

A constituição de 1988 representou um grande avanço a favor da democracia e do fortalecimento das instituições. Da mesma forma, trouxe novos paradigmas ao constitucionalismo brasileiro, sendo a maior contribuição o controle de constitucionalidade²⁹.

Nos primeiros anos da vigência da constituição, o Supremo Tribunal Federal foi conservador no controle de constitucionalidade. Apresentou poucas inovações e interpretações distantes do texto aprovado pela constituinte. Entretanto, essa conjuntura mudou com as novas teorias da doutrina da efetividade e do

²⁴ VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015. p. 35.

²⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019. p. 258.

²⁶ Termo cunhado por uma decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos para explicar a aplicação de suas jurisprudências nas decisões domésticas. cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Almonacid Arellano vs. Chile*; Sentença de 26 de setembro de 2006, Série C, n.o 154, § 124.

²⁷ A interlocução e o diálogo entre o STF e a corte interamericana, e ainda, o diálogo das outras cortes domésticas com a corte supra estatal, pode ser encontrado resumidamente no seguinte artigo: CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

²⁸ VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015. p. 30.

²⁹ BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

neoconstitucionalismo³⁰.

A doutrina da efetividade surgiu, ao final dos anos 90 e começo dos anos 2000, como estratégia de efetivação dos direitos fundamentais. Ela previa que qualquer direito poderia ser objeto de uma ação judicial.³¹

Já o neoconstitucionalismo tem como objetivo a abertura dos princípios constitucionais, ao mesmo tempo que dá caráter mais objetivo e concreto ao seu conteúdo³². Assim, essa nova forma de interpretação da constituição gerou uma nova hermenêutica constitucional que serviu de base para modificação de diversas normas e leis infraconstitucionais, à luz dos princípios fundamentais.

É com o neoconstitucionalismo que começa um intenso processo de constitucionalização das outras áreas do direito. O Direito Civil também sofreu forte influência dos princípios fundamentais da constituição, como veremos brevemente no próximo tópico (cf. BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019).

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal ampliou sua atuação e buscou uma transformação, via Judiciário, de diversas pautas de interesse nacional³³. A respeito da pauta de avanço dos direitos humanos, há diversas decisões recentes que ampliaram os direitos dos cidadãos à luz da constituição de 1988.

O aborto em caso de anencefalia foi julgado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Ainda sobre a liberação do aborto, até a terceira semana de gestação, aprovado pelo *Habeas Corpus* n. 124.306. Redator para o acórdão: Ministro Luís Roberto Barroso.

Uma modificação importante para o Direito Civil em matéria de Direito de Família veio com o Recurso Extraordinário n. 878.694. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, que equiparou os cônjuges do ponto de vista sucessório. Um grande avanço em relação aos códigos civis anteriores.

Outro tema de Direito de Família que sofreu bastante modificação, ao qual chama-se bastante atenção, refere-se ao direito de regime semiaberto para mães visando ao direito à constituição de família, julgado pelo *Habeas Corpus* n. 143.641. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Ainda sobre as gestantes, também foi aprovado, em matéria de direito de trabalho, o afastamento em locais de insalubridade, julgado pelo Recurso Extraordinário n. 778.889. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

Um tema importantíssimo, que ganhou grande repercussão nos últimos anos, e representa uma grande atuação do Constitucionalismo em Rede e do Constitucionalismo transformador no Supremo Brasileiro, é o tema de união estável homoafetiva. Essa temática teve três grandes julgados na Corte brasileira: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277. Relator: Ministro Ayres Britto, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132. Relator: Ministro Ayres Britto, Recurso Extraordinário n. 646721. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso.

Além disso, o tema da união homoafetiva é um grande exemplo de como o STF estabelece um diálogo com os julgados internacionais. O voto do Min. Ayres Britto na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277 utilizou diversas decisões e convenções internacionais, especialmente a Corte IDH.

Por fim, um último tema controverso de Direito Civil, que pode ser usado como um exemplo da atuação judicial do STF em relação ao Constitucionalismo Transformador, é a Ação Direta de Inconstitucionalidade

³⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019. p. 103.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.

³² BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

³³ SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

n. 4275. Relator: Ministro Edson Fachin. A qual garantiu aos transexuais o direito da troca de nome, mesmo sem cirurgia de mudança de sexo, com base nos direitos fundamentais da personalidade.

Há uma intensa atuação da Suprema Corte brasileira em temas controvertidos da garantia de direitos fundamentais³⁴. Ela vem sendo matriz de diversas disputas jurídicas e políticas, e vem sendo importante no fortalecimento dos direitos humanos no país.

Entretanto, como será observado mais pormenorizadamente, no último tópico do artigo, que analisa três decisões do STF em matéria de Direito de Família, ainda há pouco controle de convencionalidade nas decisões proferidas pela Corte.

O Brasil, historicamente, vem passando por um processo de intensificação do diálogo com o direito internacional, mas, ainda, tem um sistema judicial centralizado no direito doméstico do Estado³⁵.

Somente com a Emenda Constitucional 45/2004 que o Brasil garantiu a constitucionalidade das jurisprudências proferidas por tribunais internacionais, que, anteriormente, tinham status de lei ordinária, como consagrado no HC. 72.131. Além disso, somente em 2009, com o Recurso Extraordinário 466.343, essas normas ganharam um caráter supralegal, o que proporcionou um engajamento hermenêutico muito mais frutífero³⁶.

Um grande exemplo paradigmático da falta de engajamento hermenêutico do STF com a Corte IDH, e da baixa incidência de controle de convencionalidade nas decisões é o caso da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153, que decidiu sobre a Lei da Anistia do Período Militar. A decisão proferida pela corte brasileira foi completamente contrária à jurisprudência da Corte IDH, a citando apenas uma única vez.

Portanto, é notório o baixo índice de controle de convencionalidade que o Supremo Tribunal Federal faz, e o baixo engajamento argumentativo com as cortes internacionais, especialmente a Corte IDH.

4 O ICCAL e os tratados internacionais na ADPF n. 132, no RE. 646.721/2017 e no RE. 878.694/2018

4.1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132

O ministro relator Ayres Britto começa sua argumentação, nesse caso, elaborando justificativas em favor da união homoafetiva, usando as cláusulas pétreas da constituição federal. Em primeiro lugar, a união homoafetiva é manifestação da autonomia da vontade de cada indivíduo, não podendo ser negada.

Além disso, a autodeterminação a respeito de sua sexualidade, bem como com quem gostaria de estabelecer relações afetivas, é garantia constitucional da dignidade da pessoa humana. Todos e todas, sem distinção, têm o direito de poder se relacionar com quem quiser, dentro dos limites impostos pela lei.

Nesse sentido, usando a máxima kelseniana da norma geral negativa, assegura-se a garantia da união homoafetiva, já que, se não está descrito em forma de lei, é permitido. Da mesma forma, a proibição da união homoafetiva configura preconceito nos termos do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal;

³⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019.

³⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019. p. 108.

³⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

O Ministro Ayres Britto ainda aponta, em seu voto, as evoluções que a constituição de 1988 impregnou no direito de família, ampliando seu conceito. A família é um instituto da vida privada que não se limita ao casamento civil regulado pelo direito. Ela diz respeito à autodeterminação privada, autonomia da vontade, representações socioculturais, visão de mundo e intimidade. Consolidou uma compreensão não reducionista, portanto.

Dessa forma, finaliza seu voto fazendo uma interpretação conforme do art. 1.723 do Código Civil. Segundo o ministro, o artigo não é resolúvel por si só, e precisa de uma interpretação conforme a constituição. Dessa forma, dá provimento ao reconhecimento da união homoafetiva como entidade familiar, “reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.” (p. 05).

Ao longo do Acórdão, os diversos ministros apontam tratados e convenções internacionais para fundamentar sua interpretação da norma, entretanto, a Corte IDH é citada, apenas uma vez, pelo Min. Marco Aurélio, como será observado em sequência.

No voto do relator, o min. Ayres Britto cita a primeira declaração de direitos humanos do Estado da Virgínia, datada de 1776. Tal declaração prevê que a orientação sexual é um componente importante para a obtenção da felicidade. Os heterossexuais somente poderiam ser felizes como heterossexuais; da mesma forma, os homossexuais somente poderiam ser felizes seguindo sua orientação.

Mais adiante, o Min. Gilmar Mendes faz uma menção ao Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que, na época do julgamento (2011) à presente corte, não havia julgado nenhum caso dando provimento à união homoafetiva, mas já garantia, em seus princípios, que os Estados Europeus devem reconhecê-la. Para solidificar ainda mais sua argumentação, aponta as seguintes declarações que versam sobre esse tema: Declaração sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização das Nações Unidas.

O ministro faz essa menção buscando desenvolver uma argumentação a favor do acolhimento das leis constitucionais brasileiras. Segue, em suas palavras, citando diversos ordenamentos de países estrangeiros (como Holanda, Portugal, Dinamarca, Suécia etc.), e como eles abordaram a temática dando muita ênfase ao diálogo internacional.

Sobre esse assunto, fazendo um panorama do ambiente internacional, Gilmar Mendes classifica os países em relação ao tratamento à homossexualidade:

há os países repressores, que proíbem e punem o homossexualismo; os indiferentes, ainda que não criminalizem esta conduta, não criam medidas favoráveis a ela e, finalmente, os Estados avançados, que possuem medidas para proteção da população homossexual

Esse engajamento argumentativo será seguido pelo min. Celso de Mello, que, além de trazer os elementos internacionais já mencionados pelos votos anteriores, traz ao debate a carta de Princípios de Yogyakarta. Trata-se de uma carta produzida por juristas numa convenção internacional feita na Indonésia em 2006, liderada pela Comissão Internacional de Juristas.

O princípio n. 24 dessa carta aponta o direito, a qualquer pessoa, independentemente do sexo ou orientação sexual, a constituir família. Além disso, é recomendado aos estados que garantam uma legislação permissiva e garantista desse direito a todos e todas.

Por fim, o Ministro Marco Aurélio faz a única menção da decisão à Corte IDH, apontando três casos julgados por ela: *v. Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru* e *Gutiérrez Soler versus Colômbia*. As contribuições desses casos serão analisadas em seguida, no próximo tópico de análise do RE. 646.721/2017, em que o Min. é o Relator.

A partir da análise da ADPF n. 132, encontra-se um padrão das decisões do STF, o qual será melhor abordado no tópico 5.4. O engajamento argumentativo da corte, como apresentado em diversos estudos sobre o tema, é bastante diverso. Há inúmeras citações superficiais aos aparatos internacionais em alguns

momentos, mas há um aprofundamento do diálogo em outro (como realizado pelo min. Gilmar Mendes nesta ADPF).

Essa diversidade no diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o direito Internacional é um fator importante para a pluralidade de fontes do direito, o que contribui para o constitucionalismo transformador e o constitucionalismo em rede.

4.2 Recurso extraordinário 646.721/2017

Trata-se de um Recurso a respeito da aplicação do artigo 1790 do Código Civil em relação ao regime sucessório em união homoafetiva. Em primeiro lugar, a constituição brasileira garante o direito à família sem distinções, o que já foi decidido pelo STF na ocasião da ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto.

Além disso, a hierarquização de direitos, para fins sucessórios, entre cônjuges e companheiros não condiz com os princípios de igualdade, dignidade da pessoa e proporcionalidade, presentes na constituição brasileira. Assim, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis n.º 8.971/1994 e n.º 9.278/1996, e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), está indo contra tais princípios constitucionais.

Dessa forma, a repercussão geral do Recurso ficou de acordo com a seguinte tese: “no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002”.

A respeito do controle de convencionalidade, o acórdão da decisão, levado ao pleno, faz menção à Corte Interamericana de Direitos Humanos apenas uma vez, no voto do Relator Min. Marco Aurélio. Essa menção já foi feita pelo Ministro, na ADPF n. 132, analisada anteriormente. O relator aponta que a Corte Interamericana “há muito reconhece a proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. *Loayza Tamayo versus Peru*, *Cantoral Benavides versus Peru*), que sem dúvida faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana” (p. 15).

Em seguida, o Ministro cita uma passagem de outra decisão, *Gutiérrez Soler versus Colômbia*, usando as palavras do então Ministro do caso, Antônio Augusto Cançado Trindade. Ambas as citações que Marco Aurélio faz de casos julgados pela Corte IDH falam sobre a dignidade da pessoa humana e a realização do projeto de vida.

O primeiro caso mobilizado pelo ministro, o *Loayza Tamayo versus Peru*, trata-se de um pedido referente aos seguintes artigos da Convenção IDH: 7 (direito à liberdade), 5 (direito a tratamento humano), 8 (direito a julgamento imparcial) e 25 (direito à proteção judicial). O Peru foi acusado de tortura e tratamento inumado à ativista María Elena Loayza-Tamayo.

O segundo caso, *Cantoral-Benavides v. Peru*, do mesmo contexto e mesma acusação contra o Estado do Peru, além dos artigos da Convenção IDH já citados, acrescenta-se o art. 1 (obrigação do Estado em respeitar os direitos). Também se trata da acusação de tortura e tratamento desumano do ativista Luis Alberto Cantoral-Benavides.

Por fim, o caso *Gutiérrez-Soler v. Colômbia* também se refere a um caso de tortura, mas, nessa ocasião, é contra o Estado da Colômbia. Alegando os mesmos artigos da Convenção IDH já citados, a ação contra o Estado o acusa de tortura e tratamento desumano contra o cidadão Wilson Gutiérrez-Soler.

Dessa forma, nenhum caso mobilizado pelo relator e ministro Marco Aurélio (em ambos os votos) tem relação direta de conteúdo com o mérito julgado em seu voto. Outro ponto, é que o uso dos três casos da Corte IDH ocorre de maneira superficial, usando-os como argumento de autoridade. O Ministro não faz nenhum diálogo aprofundado com as decisões, não explica o contexto e nem discute o mérito dessa decisão. Pode-se observar que ele fez um engajamento argumentativo superficial.

Além disso, essa é a única menção ao direito internacional — de qualquer tipo ou jurisdição — feita nesse Recurso Extraordinário. Os outros votos e argumentações se referem à matéria infraconstitucional.

4.3 O Recurso extraordinário 878.694/2018

Relatado pelo Ministro Roberto Barroso, esse Recurso Extraordinário foi julgado conjuntamente com o RE 646721, pois também trata da inconstitucionalidade do art. 1790 do Código Civil, que se refere ao tratamento diferenciado no regime sucessório entre companheiros e cônjuges.

Em primeiro lugar, os pedidos da companheira foram julgados parcialmente procedentes, para lhe atribuir a totalidade da herança deixada pelo seu falecido companheiro, não havendo nenhuma parte para os irmãos do *de cujus*. Essa decisão foi feita com base no entendimento acima exposto, de que o art. 1790 é um retrocesso ilegítimo dos direitos adquiridos da constituição de 1988.

Devido ao tema controvertido, os irmãos entraram com ação no Tribunal de Justiça de Minas Gerais, pedindo limitação ao seu direito sucessório em um terço aos bens em regime parcial, excluindo-se os bens próprios do *de cujus*, o qual foi concedido pela corte utilizando o inciso III do art. 1790 do Código Civil.

Em seguida, foi feito um recurso à decisão, em que a companheira sustenta que o regime sucessório, estabelecido no art. 1.790 do CC/2002, é incompatível com o dever estatal de proteção à família (art. 226, §3º, da CF/1988) e com o Princípio da Igualdade (art. 5º, CF/1988) entre as diferentes constituições familiares.

Sobre o assunto, a Procuradoria-Geral da República entendeu dar provimento ao recurso, alegando que “tanto a união estável quanto o casamento constituem manifestação da autonomia privada dos contratantes”. Isso se dá porque “se não há impedimento para o casamento e, mesmo assim, os conviventes optam pela união estável, é porque a entendem mais adequada às suas necessidades e anseios” ou ainda, por eles “preferirem ficar livres das regras rígidas impostas pelo casamento” (p. 07). O Relator e Ministro Barroso seguiram esse entendimento, dando provimento ao recurso e equiparando o regime sucessório entre companheira(o) e cônjuge.

Nesse recurso, o Min. Marco Aurélio pediu vistas ao seu voto, em que, então, recuperou o seu voto feito no RE. 646.721/2017, citando os três casos da Corte IDH já apresentados no tópico anterior. Os votos dos outros ministros nesse caso não fizeram nenhuma menção a decisões ou julgados da Corte IDH ou de artigos da Comissão IDH.

Mais adiante, a Min. Rosa Weber faz uma discussão com o âmbito internacional a respeito do regime sucessório. Cita que o Brasil é um dos países com maior número de casamentos infantis, sendo necessária atenção especial à legislação nacional a respeito desse caso.

Para fundamentar seu voto, a Ministra usa o famoso caso da Corte Americana que reconheceu o casamento homoafetivo nos Estados Unidos: *Obergefell v. Hodges*, 576 U.S. (2015). O caso baseou-se na doutrina da *coverture*, a qual defende que os cônjuges se tornam, apenas, uma entidade após celebrado o casamento, para fundamentar o provimento.

Nesse caminho, a min. Rosa Weber inicia um diálogo historiográfico sobre as diferenças do Brasil e outros países em relação ao tratamento da mulher. Busca repercussão na passagem do direito português ao brasileiro, e na consolidação do direito privado nacional.

Por fim, o Ministro Dias Toffoli faz uma menção aos países que tiveram aprovação dos casos de união homoafetiva sem equipará-lo ao casamento, tais como: França, Alemanha, Uruguai, República Tcheca, Reino Unido e Finlândia. Entretanto, é uma mobilização superficial, apenas citando-os sem estabelecer, de fato, um diálogo com o contexto, seus fundamentos ou a importância para o diálogo com o direito brasileiro.

4.4 Análise do controle de convencionalidade do STF nos três casos mencionados

A partir das informações colhidas da análise dessas três decisões do pleno do STF, podemos estabelecer algumas observações conclusivas a respeito do controle de convencionalidade da nossa corte doméstica.

Como abordado no tópico anterior, o STF vem passando por um processo de intensificação das fontes de direito internacional em suas decisões, que ainda está em andamento. Desde os anos 90, mas principalmente a partir da Emenda à Constituição n. 45 aprovada em 2004, a corte busca, cada vez mais, o diálogo com a jurisdição internacional³⁷.

A partir dos julgamentos escolhidos neste artigo, compreende-se o quão avançado está esse diálogo no âmbito do direito civil — em sua com os direitos humanos, mais especificamente.

Notadamente, a corte adota, em sua argumentação, o diálogo com o âmbito internacional em duas ocasiões: (i) de modo superficial, usando como argumento de autoridade dentro de seu raciocínio e; (ii) de modo mais aprofundado, mas ainda sem analisar, exaustivamente, o contexto ou o conteúdo das decisões, como forma de situar a doutrina brasileira no mundo. A primeira ocasião é muito mais frequente.

As explicações e motivações das razões pelas quais esse fato ocorre, ou seja, do pouco engajamento argumentativo com o âmbito internacional nas decisões do STF, são inúmeras. Não pretendemos adentrar as explicações, apenas nomear algumas delas: o constitucionalismo em rede é um fenômeno recente; o status supralegal das convenções internacionais tem pouco mais de 10 anos; a corte brasileira recebe muito mais influência da Corte Americana e Alemã do que de cortes internacionais; culto ao bacharelismo; colonialismo doutrinário e o beletismo.³⁸

4.5 Há influência do STF brasileiro na Corte ou na Comissão IDH?

Para buscar essa resposta, foram abordados os 13 casos contra a República Federativa do Brasil, julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não foram analisadas, nesse tópico, petições de admissibilidade e inadmissibilidade, solução amistosa, mérito e relatórios feitos pela Comissão.

As decisões do STF, nos casos abordados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, cumprem a função de situar a doutrina doméstica sobre as matérias abordadas nas petições e decisões. O Supremo é citado somente nos casos de violações contra o Estado brasileiro. O diálogo das cortes domésticas, em casos que não se referem ao país de sua origem, ainda é incipiente.

Os casos julgados pela Corte Interamericana, desde a aceitação do Brasil como Estado membro, são os seguintes: Damião Ximenes Lopes — caso 12.237³⁹Gilson Nogueira de Carvalho — Caso. 12.058⁴⁰; Arley

³⁷ Destaca-se, nesse ponto, a importância do papel dos Tribunais em dizer o direito. Quando se está julgando com base em jurisprudência internacional, a escolha pelo precedente deve ser muito bem fundamentada, já que as fontes são inúmeras. cf. BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais: técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019.

³⁸ Para explorar as motivações e as razões desse processo cf. MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019.

³⁹ O Estado Brasileiro é acusado de tratamento em “condições desumanas e degradantes da hospitalização do senhor Damião Ximenes Lopes — uma pessoa com deficiência mental — (doravante denominado “a vítima”) em um centro de saúde que operava dentro do Sistema Único de Saúde brasileiro, chamado *Casa de Repouso Guararapes*”. Damião Ximenes Lopes *v.* Brasil. Caso 12.237. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2004.

⁴⁰ O Estado Brasileiro é acusado de possuir “responsabilidade nas ações e omissões relacionadas à investigação sobre o homicídio do advogado Francisco Gilson Nogueira de Carvalho, defensor de direitos humanos, bem como pela falta de reparação adequada em favor de Jauridice Nogueira de Carvalho e Geraldo Cruz de Carvalho, mãe e pai, respectivamente, do senhor Nogueira de Carvalho”. Gilson Nogueira de Carvalho *v.* Brasil. Caso n. 12.058. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2005.

José Escher e outros — Caso 12.353⁴¹ Sétimo Garibaldi — Caso. 12.478⁴²; Julia Gomes Lund e outros — Caso. 11.552⁴³; Cosme Rosa Genoveva, Evando de Oliveira e outros. Casos. 11.566 e 11.694⁴⁴; Fazenda Verde. Caso 12. 066⁴⁵; Povo Indígena Xucuru, Caso, 12.728⁴⁶; Vladimir Herzog e outros. Caso. 12.879⁴⁷; Empregados da Fábrica Santo Antônio de Jesus. Caso. 12.428⁴⁸; Marcia Barbosa de Souza e familiares. Caso 12.263⁴⁹; Gabriel Sales Pimenta, Caso. 12.675⁵⁰ e Antonio Tavares Pereira e outros. Caso. 12.727⁵¹.

Nenhum deles dialoga com o tema delimitado neste artigo: direito de família. Eles se referem a assassinatos de ativistas ambientais e de direitos humanos, demarcação de terras indígenas, violência policial, tortura e condições de trabalho escravo e análogas à escravidão.

Nesses casos, as decisões do Supremo Tribunal Federal são mobilizadas como forma de apontar a responsabilidade do Estado brasileiro na proteção de seus cidadãos nos casos elencados. Dessa forma, as decisões da corte argumentam a respeito da responsabilidade do Estado do ponto de vista interno (da sua própria jurisdição) e do ponto de vista externo (da jurisdição internacional e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos).

⁴¹ O Estado Brasileiro é acusado de ter “responsabilidade decorrente da interceptação e monitoramento ilegal das linhas telefônicas de Arley José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral, Celso Aghinoni e Eduardo Aghinoni (doravante denominados “vítimas”), membros das organizações sociais Associação Comunitária de Trabalhadores Rurais (doravante denominada ADECON) e Cooperativa Agrícola de Conciliação Avante Ltda. (doravante denominada COANA), duas organizações associadas ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (doravante denominado MST), realizados entre abril e junho de 1999 pela Polícia Militar do Estado do Paraná, bem como pela denegação de justiça e reparação adequada, em detrimento das vítimas”. Arley José Escher et al. *n.* Brasil. Caso. 12.353. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2006.

⁴² O Estado Brasileiro é acusado de ter “responsabilidade decorrente do descumprimento da obrigação de investigar e punir o homicídio do Senhor Sétimo Garibaldi, ocorrido em 27 de novembro de 1998. Nessa data um grupo de aproximadamente 20 pistoleiros realizou uma operação extrajudicial de despejo das famílias de trabalhadores sem-terra que ocupavam uma fazenda no Município de Querência do Norte, Estado do Paraná”. Sétimo Garibaldi *n.* Brasil. Caso 12.478. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2007.

⁴³ O Estado Brasileiro é acusado de ter “responsabilidade pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil (doravante “PCdoB”) e camponeses da região, (doravante “as vítimas” ou “as vítimas desaparecidas”) (*infra* paras. 105 e 106), como resultado de operações do Exército brasileiro empreendidas entre 1972 e 1975 com o objetivo de erradicar a Guerrilha do Araguaia, no contexto da ditadura militar do Brasil (1964 – 1985)”. Julia Gomes Lund e outros *n.* Brasil. Caso. 11.552. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2009.

⁴⁴ “Em ambas petições, alega-se que agentes do Estado — oficiais da Polícia Civil do Rio de Janeiro — perpetraram execuções extrajudiciais e abuso sexual³ contra as supostas vítimas durante incursões policiais realizadas na Favela Nova Brasília, no Rio de Janeiro, em 8 de maio de 1995 e 18 de outubro de 1994”. Cosme Rosa Genoveva *n.* Brasil, Caso 11.566. Corte Interamericana de Direitos Humanos. e 2011. Evando de Oliveira e outros *n.* Brasil. Caso. 11.694. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2011.

⁴⁵ Trata-se de investigação de trabalho escravo e análogo à escravidão na Fazenda Verde no Sul do Estado do Paraná. Fazenda Verde *n.* Brasil. Caso. 12.066. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2011.

⁴⁶ O Estado brasileiro é acusado pela “suposta violação do direito à propriedade coletiva e às garantias e proteção judiciais, consagrados, respectivamente, nos artigos 21, 8 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“a Convenção Americana” ou “a Convenção”), em relação com as obrigações gerais de respeitar os direitos e de adotar disposições de direito interno previstas nos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado, em detrimento do povo indígena Xucuru e seus membros, na cidade de Pesqueira, estado de Pernambuco”. Povo Indígena Xucuru *n.* Brasil. Caso. 12.728. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2015.

⁴⁷ Trata-se da “violação de direitos humanos em prejuízo do jornalista Vladimir Herzog (doravante, também, “o jornalista” ou “Herzog”) e seus familiares”. Vladimir Herzog e outros *n.* Brasil. Caso. 12.879. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2015.

⁴⁸ Trabalho escravo dos funcionários dessa fábrica, onde o Estado brasileiro tem responsabilidade pela violação de direitos Humanos de mais de 70 trabalhadores da fábrica. Trabalhadores da Fábrica Santo Antônio de Jesus e outros *v.* Brasil. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2018.

⁴⁹ Responsabilidade da República do Brasil pelo “assassinato de Márcia Barbosa de Souza por um ex-deputado estadual em junho de 1998, bem como pela situação de impunidade subsequente”. Marcia Barbosa de Souza e familiares *n.* Brasil. Caso. 12.263. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2019.

⁵⁰ Responsabilidade do Brasil pelo “assassinato do defensor de direitos humanos Gabriel Sales Pimenta, bem como pela impunidade que se seguiram aos fatos. Alega-se que tanto os direitos de Gabriel Sales Pimenta quanto os de sua família foram violados”. Gabriel Sales Pimenta *n.* Brasil. Caso. 12.675. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2019.

⁵¹ O Estado Brasileiro é acusado do “assassinato do trabalhador rural Antonio Tavares Pereira, bem como pelas lesões corporais sofridas por outros 185 trabalhadores rurais (“supostas vítimas”) — supostamente infligidas por agentes da polícia militar do estado do Paraná, durante a repressão de uma marcha pela reforma agrária realizada em 2 de maio de 2000 — e pela impunidade que se seguiu aos fatos”. Antonio Tavares Pereira e outros *n.* Brasil. Caso. 12.727. Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2020.

O diálogo, observado nessas decisões, não é visto da mesma forma que a argumentação dos ministros do Supremo, em que o engajamento é muito mais superficial e contido.

5 Considerações finais

Dessa forma, analisou-se neste artigo a definição de *Ius Constitutionale Commune* e sua relação com o contexto latino-americano, especificamente o caso brasileiro. Dentre as estratégias usadas por essa forma de constitucionalismo transformador, destaca-se o ativismo judicial, a supraestatalidade e o pluralismo dialógico. Observou-se que essas estratégias são aplicadas, de maneira contida, em nosso ordenamento.

Em seguida, foi analisado o contexto constitucional brasileiro no que diz respeito às mudanças internas sofridas pelo nosso sistema constitucional e infraconstitucional. Houve a consolidação de uma tendência de abertura do texto para racionalidades jurídicas externas, como as convenções internacionais e constituições de outros países. Entretanto, por ser uma empreitada recente, não há a profundidade necessária para alcançar os objetivos propostos pelo ICCAL.

Ainda, para trazer uma visão mais concreta da realidade, apresentou-se, com base na análise de três decisões do STF, o diálogo dos Ministros e Ministras com esses dispositivos do Direito Internacional no que concerne ao Direito de família. Pode-se encontrar não somente a insuficiência apresentada abstratamente acima, mas ainda um engajamento muito mais ligado às tradições Estadunidenses e Europeias. Portanto, é mister a aproximação do STF com o contexto latino-americano na busca pelo ICCAL na América Latina.

Nesse sentido, uma vez analisados os acórdãos do STF que citam precedentes da CIDH, no escopo apresentado, é possível dizer, como base na classificação de Vicki Jackson, que o Supremo Tribunal Federal brasileiro está inserido em um modelo de engajamento argumentativo, que busca juntar os modelos de convergência (que compreende universalmente os precedentes internacionais) e o de resistência (que os rejeita completamente). Isso porque ele busca, na verdade, assumir “que tais precedentes têm uma carga informacional relevante”,⁵² mas isso pouco se reflete no conteúdo das decisões em si.

Esse modelo assume uma postura intermediária e crítica da Corte, pois “concilia aspectos universais e particularidades locais, por meio da argumentação e da reflexão crítica”⁵³. Entretanto, como observado, o engajamento, ainda, é superficial e pouco presente nos julgamentos.

A Corte usa o âmbito internacional pela sua função *informativa*, de contribuir com o pluralismo de fontes presentes no sistema brasileiro. Ainda usa pouco as funções *argumentativas* e a de elevação dos *standards* constitucionais. Essas duas últimas são feitas por alguns ministros de forma esparsa.

Apesar de o modelo híbrido ser uma boa definição global da atuação da corte⁵⁴, em nosso caso, na atuação concreta dos três casos elencados, a definição de Vicki Jackson explica, perfeitamente, o comportamento decisório do STF. O engajamento com a jurisdição internacional, ainda, é bastante limitado, sendo notado um diálogo superficial principalmente como argumento de autoridade ou situando o Brasil mundialmente. A situação, ainda, é pior quando se fala do Sistema IDH e da Corte IDH, ainda menos citada pelos ministros.

Por essa razão, é possível concluir que, a respeito dos temas de Direito de família analisados, o engajamento da corte constitucional é insuficiente, considerando-se as possibilidades de abertura disponíveis

⁵² MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019. p. 99.

⁵³ MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019.

⁵⁴ No artigo, os autores fazem uma análise global da atuação da corte, delimitando um campo de estudo de 10 anos, totalizando dezenas de decisões de diversos temas. O nosso caso é muito mais reduzido. A incompletude da divisão de Jackson para explicação da atuação do STF brasileiro apresentada por Mello e Meneses nesse artigo não foi observada no escopo proposto por esse artigo.

em nosso contexto. Além disso, pode-se perceber um uso mais informativo, ligado ao bacharelismo, do que efetivamente um uso dialógico buscando solucionar os dilemas nacionais. Para sanar esses objetivos, são preteridas, ainda, questões jurídicas nacionais. Outrossim, observa-se que, nas poucas vezes que há o diálogo internacional, ele ocorre com os Estados Unidos ou com países europeus, os quais estão distantes do contexto no qual o Brasil se insere, que naturalmente buscarão paradigmas e soluções diferentes. Dessa forma, para buscar um *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, é necessário não somente um diálogo mais abrangente, mas um diálogo mais local, preocupado com o contexto continental no qual nosso país está inserido.

Referências

- ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia; IGNÁCIO, Renata Rossi. Covid-19 e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA): impacto dos estándares interamericanos. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 11, n. 1, p. 59-90, jan./abr. 2020.
- BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle da constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos. O papel criativo dos tribunais: técnicas de decisão em controle de constitucionalidade. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 46, n. 146, jun. 2019.
- BARROSO, Luís Roberto; OSORIO, Aline. As constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 50-54, 2019.
- BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Revista direitos fundamentais e democracia*, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 132*. Relator Ministro Ayres Britto. 2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 24 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 646.721*. Relator Ministro Roberto Barroso. 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13579050>. Acesso em: 24 maio 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 878.694*. Relator Ministro Roberto Barroso. 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=313622639&ext=.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.
- CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Rev. Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017.

CEIA, Eleonora Mesquita. A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

CIDH. Antonio Tavares Pereira v. Brasil. *Caso 12.727*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2021/BR_12.727_PT.PDF. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Arley José Escher v. Brasil. *Caso 12.353*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2007. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/Caso12353port.doc>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Damião Ximenes Lopes v. Brasil. *Caso 12.058*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2005. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/Caso12058port.doc>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Empleados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e Seus Familiares v. Brasil. *Caso 12.428*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2018. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12428Fondopt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Gabriel Sales Pimenta v. Brasil. *Caso 12.675*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2020. Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2020/BR_12.675_PT.PDF. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Julia Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) v. Brasil. *Caso 11.552*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2009. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/Caso11552port.doc>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Márcia Barbosa de Souza e Familiares v. Brasil. *Caso 12.263*. Corte Interamericana de Derechos Humanos 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/2019/3.%20BR%2012.263%20Barbosa.PDF>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Povo Indígena Xucuru v. Brasil. *Caso 12.728*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12728FondoPt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Rosa Genoveva v. Brasil. *Caso 11.566*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2015. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/11566FondoPt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Sétimo Garibaldi v. Brasil. *Caso 12.478*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2007. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/corte/Caso11478port.doc>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde v. Brasil. *Caso 12.066*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2015/12066FondoPt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

CIDH. Vladmir Herzog v. Brasil. *Caso 12.879*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2016. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2016/12879FondoPt.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

FACHIN, Melina Girardi; RIBAS, Ana Carolina; CAVASSIN, Lucas Carli. Perspectivas do controle de convencionalidade do sistema interamericano de direitos humanos no Brasil: implicações para um novo constitucionalismo. In: VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius constitutionale commune na América Latina*: diálogos jurisdicionais e controle de convencionalidade. Curitiba: Juruá, 2016. v. 3.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*. Porto Alegre: LPM, 2019.

GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Desafíos de la interamecanización del derecho: la contribución del ius constitutionale commune. *Revista de Derecho Político*, n. 97, sep./dic. 2016.

- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Ius constitutionale commune en América Latina, de Armin von Bogdandy, Héctor Fix y Mariela Morales Antoniazzi. *Revista Co-herencia*, v. 13, n. 24, ene./jun. 2016.
- GARCÍA JARAMILLO, Leonardo. Variaciones en torno a la ‘interamericanización’ del derecho: a propósito del ius constitutionale commune. *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, año 18, n. 36, 2016.
- GARCIA RAMÍREZ, Sérgio. La Corte Interamericana de Derechos Humanos: origen, vocación y cumplimiento. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GARGARELLA, Roberto. La revisión judicial en democracias defectuosas. *Revista de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, 2019.
- GARGARELLA, Roberto. *Latin american constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York; Oxford: Oxford University Press, 2013.
- GARGARELLA, Roberto. Social rights & the engine room of the Constitution. *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, v. 4, n. 1, p. 9-18, 2013.
- JACKSON, Vicki C. Constitutional comparisons: convergence, resistance, engagement. *Harvard Law Review*, v. 119, p. 109-128, 2005.
- JACKSON, Vicki C. Constitutions as “Living Trees”? comparative constitutional law and interpretive metaphors. *Fordham Law Review*, n. 75, p. 921-960, 2006.
- KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, jan. 1998.
- LEAL, Mônica Clarissa; 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. 25, set./dez. 2020.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (org.). *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o ius constitutionale commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 2, n. 2, 2019.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; GRAÇA, Felipe Meneses. O STF em rede?: quanto, como, com que engajamento argumentativo o STF usa precedentes estrangeiros em suas decisões?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p. 92-124, 2019.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, ano 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do ius constitutionale commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CLETO, Vinicius Hsu. A universalidade dos direitos humanos na prática: o direito ao casamento homossexual na Corte Interamericana de Direitos Humanos e no Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *RDU*, Porto Alegre, v. 15, n. 83, p. 188-202, set./out. 2018.
- PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para a América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 286-301, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Rev. Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2017.

PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. Interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos: una nueva mirada frente ao covid-19. *Anuario de Derechos Humanos*, n. esp., p. 35-58, 2020.

PULIDO, Carlos Bernal. Criação constitucional sem Poder Constituinte: os limites conceituais do poder de substituição ou revisão da constituição. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 55-83, 2019.

SARMENTO, Daniel. Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

VON BOGDANDY, A.; FIX-FIERRO, H.; ANTONIAZZI, Morales Maria (coord.). *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, 2014.

VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

VON BOGDANDY, Armin. Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, ene./jun. 2015.

VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do sistema interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 232-252, 2019.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Justiciabilidade direta dos direitos sociais na Corte Interamericana de direitos humanos: mais uma peça no quebra-cabeça do ius constitutionale commune latino-americano?

Direct justiciability of social rights in the inter-american court of human rights: one more piece to the puzzle of the ius constitutionale commune latinoamericanum?

Wellington Boigues Corbalan Tebar

Fernando de Brito Alves

Justiciabilidade direta dos direitos sociais na Corte Interamericana de direitos humanos: mais uma peça no quebra-cabeça do *ius constitutionale commune* latino-americano?*

Direct justiciability of social rights in the inter-american court of human rights: one more piece to the puzzle of the *ius constitutionale commune latinoamericanum*?

Wellington Boigues Corbalan Tebar**

Fernando de Brito Alves***

Resumo

O presente trabalho tem como objetivo analisar se a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “Lagos del Campo Vs. Peru” (2017), que marcou a mudança de paradigma a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais, a respeito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (SIDH), pode ser considerada um avanço em direção à consolidação de um *ius constitutionale commune* latino-americano. Para se alcançar o objetivo proposto, o desenvolvimento deste trabalho científico é dividido em três partes. Na primeira, apresentam-se os principais fundamentos do *ius constitutionale commune* latino-americano (premissas maiores), segundo a metodologia descritiva. Na segunda parte, apresenta-se um breve panorama histórico sobre a evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de justiciabilidade de direitos sociais, bem como os principais argumentos utilizados no julgamento do paradigmático caso “Lagos del Campo Vs. Peru” (2017) (premissas menores), também segundo a metodologia descritiva. Finalmente, na terceira parte, analisa-se a adequação das premissas menores às premissas maiores obtidas anteriormente, para se chegar a uma conclusão hígida, segundo a metodologia dedutiva. Além disso, como método de apoio, utiliza-se, principalmente, de pesquisa exploratória e qualitativa jurisprudencial, documental e doutrinária. Considerando-se as experiências constitucionais comuns dos Estados latino-americanos, pautadas, em sua maioria, no fenômeno do constitucionalismo transformador, bem como a reiteração dos fundamentos utilizados no caso “Lagos del Campo vs. Peru” (2017) nos julgados posteriores da Corte Interamericana de Direitos Humanos, conclui-se ter havido a consolidação de um autêntico *ius constitutionale commune* latino-americano a respeito da possibilidade de exigibilidade direta dos direitos sociais.

Palavras-chaves: Constitucionalismo Transformador; Corpus Iuris Latino-americano; Interpretação Evolutiva; Protagonismo Judicial.

* Recebido em: 29/05/2021.
Aprovado em: 08/10/2021.

** Advogado. Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. Membro Pesquisador do Centro de Estudos em Direito do Mar “Vicente Marotta Rangel” da Universidade de São Paulo (Cedmar-USP). Membro Pesquisador do Grupo de Investigação “Derecho Ambiental Contemporáneo y Políticas Sustentables” da Universidade Nacional de Mar del Plata, Argentina. Membro Pesquisador do Grupo “Democracia e Direitos Fundamentais” da Universidade Estadual do Norte do Paraná.
E-mail: wellingtontebar@hotmail.com.

*** Advogado. Doutor em Direito pela Instituição Toledo de Ensino - ITE / Bauru-SP. Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Graduado em Filosofia pela Universidade do Sagrado Coração e graduado em Direito pela Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro. É especialista em “História e historiografia: sociedade e cultura”; pela Faculdade Estadual de Filosofia, Ciências e Letras de Jacarezinho. Atualmente é Assessor Jurídico da UENP, Editor da Revista Argumenta, Coordenador do Programa de Pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Ciência Jurídica (2014-2022), da mesma Instituição. Realizou estágio de pós-doutorado no Ius Gentium Conimbrigae da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2013-2014).
E-mail: fernandobrito@uenp.edu.br.

Abstract

This paper aims to analyze whether the decision of the Inter-American Court of Human Rights in the case “Lagos del Campo Vs. Peru” (2017), which marked a paradigm shift regarding the justiciability of social rights within the scope of the Inter-American Protection System Human Rights (SIDH), can be considered an advance towards the consolidation of the “*ius commune constitutionale*” in Latin American. To achieve the proposed objective, the development of the argumentation is divided into three parts. In the first, the main foundations of the Latin American *ius constitutionale commune* are presented (major premises), according to the descriptive methodology. In the second part, a brief historical overview of the jurisprudential evolution of the Inter-American Court of Human Rights in the matter of the justiciability of social rights is presented, as well as the main arguments used in the judgment of the paradigmatic case “Lagos del Campo Vs. Peru” (2017) (minor premises), also according to the descriptive methodology. Finally, in the third part, the adequacy of the minor premises to the larger premises obtained previously is analyzed, in order to arrive at a sound conclusion, according to the deductive methodology. In addition, as a support method, it is used mainly exploratory and qualitative jurisprudential, documentary and doctrinal research. Considering the common constitutional experiences of Latin American states, mostly guided by the phenomenon of transformative constitutionalism, as well as the reiteration of the main arguments used in the case “Lagos del Campo vs. Peru” (2017) in the subsequent judgments of the Inter-American Court of Human Rights, it follows that there has been the consolidation of an authentic Latin American *ius constitutionale commune* with regard to the possibility of direct justiciability of social rights.

Keywords: Transformative Constitutionalism; Corpus Iuris Latinoamericanum; Evolutionary Interpretation; Judicial Protagonism.

1 Introdução

A Corte Interamericana de Derechos Humanos promoveu uma revolução argumentativa no caso “Lagos del Campo Vs. Peru” (2017), que marcou a mudança de paradigma a respeito da justiciabilidade dos direitos sociais em relação ao Sistema Interamericano de Protección dos Derechos Humanos (SIDH). Com efeito, se antes os direitos sociais somente poderiam ser protegidos de maneira indireta, isto é, por conexão aos direitos civis e políticos, a partir do caso “Lagos del Campo Vs. Peru” (2017), reconheceu-se que os direitos sociais poderiam ser postulados de forma autônoma, isto é, geram, por si só, pretensão juridicamente acionável.

Considerando-se que os argumentos utilizados no caso “Lagos del Campo Vs. Peru” (2017) foram reiterados nos julgamentos posteriores, indicando ter havido uma certa estabilização da jurisprudência, este trabalho teve como objetivo analisar se a interpretação evolutiva, utilizada pela Corte Interamericana de Derechos Humanos, pode ser considerada um avanço em direção à consolidação de um *ius constitutionale commune* latino-americano no que diz respeito à justiciabilidade direta dos direitos sociais.

Para se alcançar o objetivo proposto, o desenvolvimento deste trabalho científico foi dividido em três partes.

Na primeira, apresentaram-se os principais fundamentos do *ius constitutionale commune* latino-americano (premissas maiores), segundo o referencial teórico de Armin Von Bogdandy, de modo que a metodologia descritiva foi utilizada.

Na segunda parte, apresentou-se um breve panorama histórico sobre a evolução jurisprudencial da Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de justiciabilidade de direitos sociais. Além disso, foram apontados os principais argumentos utilizados no julgamento do paradigmático caso “Lagos del Campo

Vs. Peru” (2017) (premissas menores), os quais foram mantidos nos julgamentos posteriores. Dessa forma, nessa parte, também se utilizou, predominantemente, da metodologia descritiva.

Finalmente, na terceira e última parte, analisou-se a adequação das premissas menores às premissas maiores obtidas anteriormente, para se chegar a uma conclusão hígida sobre se realmente houve a consolidação do *ius constitutionale commune* latino-americano no que diz respeito à justiciabilidade direta dos direitos sociais, em razão do surgimento de mais um elemento que se reputa essencial, correspondente à virada jurisprudencial promovida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Nessa parte, devido ao exercício silogístico, utilizou-se a metodologia dedutiva.

Por fim, como método de apoio, utilizou-se, principalmente, de pesquisa exploratória e qualitativa jurisprudencial, documental e doutrinária.

2 *Ius constitutionale commune* latino-americano

O *ius constitutionale commune* denota uma expressão que indica a formação de um direito “comum supranacional”, com feições constitucionais, cujos fundamentos e valores sejam partilhados por um conjunto de Estados. Nesse sentido, a gênese do termo remonta à noção do direito comum europeu, que governa os participantes (bem como, de certa forma, também os aspirantes a membros) da União Europeia. Entretanto, atualmente, há estudos sobre a formação do *ius constitutionale commune* em outros contextos regionais, com fundamentos e características próprias, como é o caso latino-americano, além de tentativas teóricas de conferir dimensão global ao instituto, de modo que se fala em “direito cosmopolita”, “direito global”, “direito transnacional”, dentre outros termos similares¹.

Interessa a este trabalho a análise do *ius constitutionale commune* no contexto regional latino-americano, que tem, como um de seus grandes estudiosos, Armin Von Bogdandy, diretor do Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público, em Heidelberg, Alemanha. Inicialmente, o *ius constitutionale commune* latino-americano é uma manifestação regional de um fenômeno que Bogdandy chamou de “constitucionalismo transformador”, pelo qual as normas constitucionais e interamericanas devem ser interpretadas e aplicadas com a finalidade de promover profundas mudanças sociais, de modo a contribuir com a construção de sociedades mais igualitárias e democráticas². “Esse enfoque se assenta na inquietante experiência adquirida com as inaceitáveis condições de vida existentes, e aponta para a transformação da realidade política e social da América Latina”³. Em outras palavras, trata-se “de um direito comum dos direitos humanos que tem influência real na vida das pessoas”⁴.

“O *Ius Constitutionale Commune* na América Latina sustenta-se na proximidade cultural e na história jurídica compartilhada da região, produto da colonização ibérica”⁵. Ao analisar as características e experiências constitucionais da região, Armin Von Bogdandy sugere que o direito comum latino-americano deve ser construído tendo como base três objetivos, três conceitos fundamentais e três características essenciais. Como objetivos, ele elenca: (i) a constante evolução e aprimoramento dos Estados quanto ao respeito e

¹ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo* México: UNAM, 2013, p. 39-66. p. 44.

² BOGDANDY, Armin Von; URUEÑA, René. *International Transformative Constitutionalism in Latin America*. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 3, p. 403-442, 2020. p. 405.

³ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, p. 13-66, p. 13-14.

⁴ BOGDANDY, Armin Von. *O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenético extraordinário*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019, p. 232-252. p. 233.

⁵ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, p. 13-66. p. 49.

garantia aos princípios de direitos humanos, ao Estado de Direito e à democracia; (ii) o desenvolvimento de mecanismos de abertura estatal; e c) a construção de instituições internacionais eficazes e legítimas. Por sua vez, como conceitos-chave, ele elenca: (i) o diálogo; (ii) a inclusão; e (iii) o pluralismo normativo. Por fim, como características essenciais, ele elenca: (i) uma ciência do direito público que reconheça as sinergias entre o direito nacional e o direito internacional, de modo a estudar e a considerar ambos os ramos em conjunto; (ii) uma argumentação baseada nos princípios jurídicos; (iii) atribuição de maior importância epistemológica ao direito comparado⁶.

O *ius constitutionale commune* latino-americano “indica a mudança da realidade política e social da América Latina” e tem como fundamento a ancoragem no respeito a três princípios fundamentais: direitos humanos, Estado de Direito e democracia⁷. Ora, a força transformadora das constituições nacionais advém, justamente, das normas que preveem direitos fundamentais, que, por serem dotadas de supremacia normativa, promovem substantivas modificações, tanto no campo político, por meio da mobilização da sociedade civil, quanto no campo jurídico, por meio de sentenças judiciais, que, muitas vezes, são produto da luta entre grupos sociais⁸. No contexto regional das Américas, é a Convenção Interamericana de Direitos Humanos o principal fundamento jurídico que permite às instituições do Sistema Interamericano exercer um papel transformador, com a finalidade de contribuir para a superação dos problemas estruturais da região, tais como a exclusão social e a violência⁹.

Para que tal objetivo seja alcançado em sua plenitude, deve-se reconhecer a necessidade da abertura do espaço jurídico dos Estados a esse novo *locus* de produção do Direito. Embora, com isso, não se quer implicar que dos Estados seja retirado o papel de centralidade na formação do Direito Público¹⁰. A abertura do espaço estatal, então, refere-se ao acolhimento das normas e instituições internacionais, no sentido de aumentar o grau de proteção já existente no âmbito interno dos Estados. Além disso, também está ligada à metodologia de produção do Direito, pois enfatiza a utilização do direito comparado como ferramenta decisiva para se alcançar o progresso, isto é, o aperfeiçoamento dos sistemas jurídicos de proteção. No âmbito latino-americano, muitos Estados inseriram, em suas Constituições, as chamadas cláusulas de abertura, incorporando, seja com “status” constitucional¹¹, seja com “status” supralegal¹², as normas interamericanas de proteção dos Direitos Humanos aos ordenamentos jurídicos internos. Nesse sentido, observa-se a transi-

⁶ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo* México: UNAM, 2013, p. 39-66. p. 45.

⁷ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, p. 13-66. p. 19.

⁸ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, p. 13-66. p. 28.

⁹ BOGDANDY, Armin Von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurígenico extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019, p. 232-252. p. 233.

¹⁰ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo* México: UNAM, 2013, p. 39-66. p. 46.

¹¹ Como é o caso da Argentina, que, segundo dispõe o Art.75, inciso 22, da Constituição, dentre vários tratados internacionais de direitos humanos, elenca até mesmo a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem como norma internacional dotada de hierarquia constitucional.

¹² Como é o caso do Brasil, pois, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 466.343/2008, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que versou sobre a interpretação dos §2º e §3º, do art. 5º da Constituição, prevaleceu, infelizmente, o entendimento de que os tratados de direitos humanos, aprovados anteriormente à modificação promovida pela emenda constitucional n.º 45/2004, não tem hierarquia constitucional, mas supralegal, isto é, estão abaixo da Constituição, mas acima das demais espécies legislativas. Embora não seja o objeto deste trabalho, não se pode deixar de registrar que tal decisão não condiz com os fundamentos, notadamente a cidadania e a dignidade da pessoa humana (Art.1º, II e III); objetivos (Art.3º); e princípios que regem as relações internacionais da República Federativa do Brasil, notadamente a prevalência dos direitos humanos (Art.4º, II), previstos na Constituição de 1988. Uma interpretação sistemática e teleológica da Constituição de 1988 não poderia ter levado a outro resultado que não fosse o reconhecimento da hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 107-145).

ção de universos normativos isolados, representados pelos sistemas nacionais fechados, para um “pluriverso normativo”, representados pelos sistemas nacionais abertos¹³, conectados (individualmente *ao/e* entre si) pelo Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos.

É nesse sentido que um dos conceitos-chaves do *ius constitutionale commune* latino-americano é o respeito ao “pluralismo jurídico”, entendido como a relação interconectada entre distintos regimes jurídicos, isto é, os regimes jurídicos nacionais (eventualmente o regime supranacional) e o regime jurídico internacional, com vistas a superar a rivalidade destrutiva que outrora dominou o discurso jurídico, na forma da tensão entre as teorias monista e dualista. Portanto, aplicado ao direito comum latino-americano, o “pluralismo jurídico” rejeita a noção de um ordenamento jurídico único, na medida em que prega a existência, a inter-relação e o entrelaçamento de vários sistemas jurídico-políticos que compartilham de um mesmo propósito¹⁴, isto é, o respeito aos direitos humanos, ao Estado de Direito e à democracia.

Em razão do pluralismo jurídico, o *ius constitutionale commune* latino-americano tem como característica uma verdadeira reconfiguração do que se concebe por Direito Público, de modo que este abarque tanto o direito constitucional quanto o direito internacional, em razão do entrelaçamento das ordens jurídicas distintas¹⁵. Nesse sentido, supera-se a visão do espaço estatal como única e exclusiva fonte do Direito, conferindo-se às instituições internacionais uma grande medida de autonomia¹⁶.

Considerando-se a existência deste “pluriverso normativo”, que também implica a existência de um novo *locus* de produção do Direito, é natural a preocupação com a aplicação e com o cumprimento das normas (internacionais e regionais) de direitos humanos. Por essa razão, também é objetivo do *ius constitutionale commune* que sejam criadas instituições internacionais fortes, eficientes, legítimas e independentes da influência ou controle de qualquer Estado. Nesse aspecto, muitas teorias da democracia reconhecem que os tribunais obtêm legitimidade ao abordar problemas que comprometem o desenvolvimento do processo democrático, tais como a pobreza generalizada, profundas desigualdades, divisões étnicas e, em alguns casos, mau desempenho econômico¹⁷. Nesse contexto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos parece se amoldar, perfeitamente, a tais características, sendo reconhecidamente um agente de transformação da realidade latino-americana, já que, por meio de sua jurisprudência, desenvolve mecanismos de proteção dos direitos humanos e consolidação do Estado de Direito e da democracia nos Estados submetidos à sua jurisdição¹⁸.

Considerando-se o “protagonismo” que os órgãos judiciais desempenham no sistema interamericano, seja em nível nacional, seja em nível internacional, o “diálogo” entre eles revela-se como um dos conceitos-chave do *ius constitutionale commune* latino-americano. Nesse contexto, o termo “diálogo” tem duas acepções. Em primeiro lugar, significa, antes de tudo, que os órgãos judiciais devem fundamentar suas decisões com argumentos que sejam “suficientemente” motivados, isto é, que sejam capazes de convencer outros atores jurídicos de que aquela determinada decisão se justifica. Em segundo lugar, implica um modo específico de interação entre os distintos órgãos judiciais (nacionais e internacionais), no sentido de que, no cenário

¹³ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo* México: UNAM, 2013, p. 39-66. p. 47-48.

¹⁴ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo* México: UNAM, 2013, p. 39-66. p. 55-56.

¹⁵ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo* México: UNAM, 2013, p. 39-66, p. 58.

¹⁶ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. In: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, p. 13-66, p. 37.

¹⁷ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, p. 13-66. p. 11-12.

¹⁸ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo* México: UNAM, 2013, p. 39-66. p. 48.

interamericano, não existiria hierarquia entre eles e, portanto, não haveria quem detivesse a prerrogativa de ditar a “última palavra”¹⁹.

Como segundo conceito chave, o *ius constitutionale commune* latino-americano parte do pressuposto de que todas as pessoas, sem distinção, devem ser incluídas nos sistemas de natureza social, tais como o sistema de saúde, o sistema de educação, o sistema econômico-laboral, o sistema político. Nesse sentido, o Direito reconfigura suas bases e encontra legitimidade no combate à exclusão social²⁰. O *ius constitutionale commune* latino-americano prende-se às teorias da justiça, pois, ao contrapor-se à exclusão social, busca promover a cidadania enquanto condição para a realização da dignidade da pessoa humana. De fato, este é um valor comum compartilhado pelas constituições dos países integrantes do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos²¹.

Nesse sentido, uma característica fundamental do *ius constitutionale commune* latino-americano reside em superar o normativismo tradicional, de modo a se atribuir maior importância à argumentação baseada em princípios. Com efeito, tomando-se por base a teoria da norma, pela qual se observa a existência de regras, princípios e postulados normativos, a nova concepção de Direito Público confere mais espaço e cada vez mais importância aos princípios jurídicos. Como se tratam de normas com conteúdo mais fluido, a argumentação utilizada nas decisões judiciais se torna objeto de debate público, o que é saudável, em razão do influxo de valores democráticos²².

Importante ressaltar que, nesse contexto, teorias com fundamentos semelhantes surgiram no bojo das democracias latino-americanas, tal como o “neoconstitucionalismo”, que também prevê a força normativa dos princípios constitucionais e das normas garantidoras de direitos fundamentais. O *ius constitutionale commune* latino-americano não se posiciona contra essas teorias constitucionais. Ao contrário, é pensado e estruturado para interagir com elas, no sentido de aprender com seus sucessos, mas também de identificar suas lacunas e seus erros, bem como corrigir suas distorções. Como ponto em comum, tem-se a crença compartilhada no potencial transformador do Direito, quando devidamente incorporado em processos sociais mais amplos. Além disso, constrói e reconstrói a riqueza da atividade judicial com uma agenda transformadora²³.

Por fim, uma importante característica do *ius constitutionale commune* latino-americano reside na utilização do direito comparado como metodologia de investigação jurídica e produção de conhecimento. Com efeito, a comparação é fundamental para que o Estado possa entender a si mesmo, bem como estudar soluções que podem advir de outros ordenamentos jurídicos, para o fim de constante aperfeiçoamento democrático²⁴. É claro que não se desconhece que a América Latina é marcada por uma grande diversidade de povos e experiências jurídicas próprias, porém, há também semelhanças históricas e pontos de convergência, sobretudo no campo do direito constitucional. Nesse sentido, aprender com o outro seguramente contribuirá para o aprimoramento de um direito que seja verdadeiramente comum o que, conseqüentemente, contribuirá para

¹⁹ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo México*: UNAM, 2013, p. 39-66. p. 52-53.

²⁰ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo México*: UNAM, 2013, p. 39-66. p. 53.

²¹ SERNA DE LA GARZA, J José María. *El concepto del ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación*. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, 2014, p. 199-218. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688). p. 216.

²² BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo México*: UNAM, 2013, p. 39-66. p. 59.

²³ BOGDANDY, Armin Von *et al.* *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a Regional Approach to Transformative Constitutionalism. MPIL Research Paper Series*, n. 21, p. 1-22, 2016. p. 20-21.

²⁴ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, p. 13-66. p. 22.

um maior progresso das sociedades latino-americanas²⁵.

A título de conclusão desse tópico, conforme os parâmetros estabelecidos nas linhas anteriores, o *ius constitutionale commune* latino-americano é uma proposta que busca solidificar um Direito regional latino-americano de base comum, ao estimular a relação, a interação e o entrelaçamento não somente de textos normativos, mas também da jurisprudência e da atuação das instituições, em nível nacional e internacional²⁶. Em outras palavras, o *ius constitutionale commune* latino-americano é constituído, em nível internacional, pelos instrumentos normativos do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁷ e pela atuação das demais instituições regionais, como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Por sua vez, em nível nacional, é composto pelas constituições nacionais, pela jurisprudência exarada principalmente pelas Cortes Constitucionais e pela atuação das instituições nacionais que participam ativamente da busca por transformações sociais, tais como membros do Ministério Público e entidades da sociedade civil. Concebe-se, portanto, um sistema “integrado” de proteção dos direitos humanos²⁸, composto por, pelo menos, dois níveis, que se complementam por meio do diálogo²⁹.

3 A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de direitos sociais

Flávia Piovesan, tomando-se por base a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, esquematizou uma tipologia de casos, com base nas decisões relativas a cinco diferentes categorias de violações de direitos humanos, a saber: (i) violações decorrentes dos regimes autoritários ditatoriais, em que se discute como controlar o uso excessivo da força e, conseqüentemente, a imposição de limites ao poder punitivo do Estado; (ii) violações que tenham relação com aspectos justiça de transição, que versam sobre a luta contra impunidade, as leis de anistia e o direito à verdade; (iii) violações que refletem desafios em relação ao fortalecimento das instituições e à consolidação do Estado de Direito, no que diz respeito ao acesso à justiça e ao fortalecimento e independência do Poder Judiciário; (iv) violações dos direitos de grupos vulneráveis, tais como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, as pessoas privadas de liberdade; (v) violações aos direitos sociais, em que se busca proteger tais direitos³⁰.

A interpretação que a Corte Interamericana faz, em suas decisões, das normas que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, cujo papel central é ocupado pela Convenção Interamericana de Di-

²⁵ BOGDANDY, Armin Von. Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual*. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo: Homenaje a Jorge Carpizo México*: UNAM, 2013, p. 39-66. p. 59-60.

²⁶ BOGDANDY, Armin Von *et al.* *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a Regional Approach to Transformative Constitutionalism*. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, p. 1-22, 2016. p. 02.

²⁷ SERNA DE LA GARZA, José María. El concepto del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México: UNAM, 2014, p. 199-218. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688). p. 215.

²⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *ius constitutionale commune* americanum. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México: UNAM, 2014. p. 329-382. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688). p. 381.

²⁹ BOGDANDY, Armin Von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019, p. 232-252. p. 234.

³⁰ PIOVESAN, Flavia. *Ius constitutionale commune* latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos. In: *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos México: UNAM, 2014. p. 61-84. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688. p. 64-70.

reitos Humanos, reflete muitas das características do “constitucionalismo transformador”, principalmente pelo fato de que um dos principais objetivos da jurisprudência da Corte é ser catalisadora de uma significativa transformação da realidade social da região³¹. Nesse sentido, essa jurisprudência contribui, significativamente, para a consolidação do *ius commune* latino-americano, que, gradativamente, recebe e internaliza suas orientações. Atualmente, por exemplo, já se fala num direito interamericano comum no que diz respeito aos direitos humanos de grupos vulneráveis³².

Considerando-se a tipologia apresentada por Flávia Piovesan, seria possível se falar também num direito interamericano comum no que diz respeito aos direitos sociais? A interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em casos de violações de direitos sociais, está alinhada aos mais avançados parâmetros de proteção dos direitos humanos? Os critérios interpretativos utilizados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, nos julgados sobre direitos sociais, compartilham dos fundamentos do constitucionalismo transformador e das experiências comuns dos Estados latino-americanos? Este é, afinal, o objeto deste trabalho. Então, para que seja possível se chegar a uma conclusão que seja, no mínimo, satisfatória, necessário se faz apresentar um breve panorama histórico sobre a evolução da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em matéria de justiciabilidade de direitos sociais, bem como uma breve apresentação dos principais fundamentos utilizados pela Corte no julgamento do paradigmático caso “Lagos del Campo Vs. Peru” (2017), os quais se mantiveram no julgamento dos casos posteriores.

3.1 Breve panorama histórico

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969) dedica o capítulo II (artigos 3 a 25) inteiramente à previsão dos direitos civis e políticos. Já o capítulo III, que é composto somente pelo artigo 26³³, traz uma previsão genérica sobre direitos sociais, sem especificar qualquer conteúdo específico. Nesse sentido, os Estados Partes observaram a necessidade de estabelecer um Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1988), conhecido como Protocolo de San Salvador³⁴, para o fim de garantir tutela e promoção permanente direitos econômicos, sociais e culturais. Acontece que o Protocolo de San Salvador, por disposição expressa do artigo 19, ponto 6³⁵, somente permite a judicialização direta, isto é, acesso ao sistema de petições individuais, em caso de violação de direitos sindicais, notadamente o direito de liberdade sindical e o direito de associação sindical (artigo 8, ponto 1, “a”), e do direito à educação (artigo 13). Nesse sentido, adotando-se uma interpretação literal e restritiva do mencionado dispositivo, os outros direitos sociais permaneceriam na esfera de proteção indireta, isto é, poderiam ser protegidos se vinculados a algum direito civil e político³⁶.

³¹ BOGDANDY, Armin Von; URUEÑA, René. International Transformative Constitutionalism in Latin America. In: *American Journal of International Law*, V. 114, Issue 3, 2020, p. 403-442, p. 408.

³² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In: *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos (Coord. Armin von Bogdandy; Héctor Fix-Fierro; Mariela Morales Antoniazzi). Serie Doctrina Jurídica, Núm. 688. México: UNAM, 2014, p. 459-500, p. 495.

³³ Artigo 26. Desenvolvimento progressivo:

³⁴ Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir, progressivamente, a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

³⁵ Disponível em: http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm. Acesso em: 14 fev. 2021.

³⁶ Art.19. Meios de Proteção.

⁶ Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

³⁶ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 206.

Nesse contexto, a doutrina aponta três momentos, com distintas características, a respeito da interpretação do artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, conseqüentemente, da judiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: (i) um primeiro momento, de negação de conteúdo e efeitos autônomos à previsão contida no artigo 26 da Convenção; (ii) um segundo momento, de virada hermenêutica, pela qual se reconhece a força normativa da previsão contida no artigo 26 da Convenção, mas ainda se observa uma atuação judicial tímida e contida na conclusão dos julgamentos; e (iii) um terceiro momento, no qual se reconhece a justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais, por meio de uma interpretação ampliativa da previsão contida no artigo 26 da Convenção³⁷.

Em relação ao primeiro momento, observado no interstício entre os anos de 2003 a 2009, menciona-se o caso “Cinco Pensionistas Vs. Peru” (2003), no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos chegou a analisar a alegação de suposta violação ao artigo 26 da Convenção, que dispõe sobre a obrigação de progressividade e não regressividade dos direitos sociais. Entretanto, na fundamentação da sentença, concluiu que não houve violação ao referido dispositivo, pois “o dever de desenvolvimento progressivo e não regressivo só poderia ser medido em relação a toda a população e não apenas em relação a um grupo de pessoas que considerava ‘não representativo’ da situação em geral”³⁸.

Essa posição, adotada pela Corte, sobre a interpretação do artigo 26 da Convenção foi muito criticada pela doutrina, já que reduziu, dramaticamente, a possibilidade de judicialização dos direitos econômicos, sociais e culturais, por via autônoma. Com efeito, considerando-se que a Corte analisa casos concretos, por meio de um sistema de peticionamento individual, seria praticamente impossível reunir uma quantidade suficiente de vítimas, “representativa da situação geral”, para viabilizar o litígio à luz do artigo 26 da Convenção³⁹.

De qualquer forma, neste primeiro momento, considerando-se a interpretação restritiva dada ao alcance do artigo 26 da Convenção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos optou por proteger os direitos sociais por via indireta, isto é, por conexão aos direitos civis e políticos⁴⁰. Esse “subterfúgio”, embora não deixasse a vítima totalmente desamparada, era questionável, do ponto de vista técnico-científico, já que colocava os direitos econômicos, sociais e culturais numa categoria inferior aos direitos civis e políticos, dependentes destes para visibilidade e viabilidade jurídica.

Como exemplos desse primeiro momento, citam-se os seguintes casos: “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” (1999), “Instituto de Reeducação del Menor vs. Paraguay” (2004) e “Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay” (2005)⁴¹.

Em relação ao segundo momento, observado no interstício entre os anos de 2009 a 2017, inaugurado pelo caso “Acevedo Buendía vs. Peru” (2009), observou-se uma virada hermenêutica na fundamentação utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com respeito à definição da força normativa da

³⁷ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 192.

³⁸ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 193.

³⁹ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 193.

⁴⁰ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 195.

⁴¹ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 196.

previsão contida no artigo 26 da Convenção⁴².

Com efeito, a Corte reconheceu que o artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos consagra obrigações jurídicas em matéria de direitos sociais. Os direitos econômicos, sociais e culturais não estão sujeitos, apenas, à obrigação de desenvolvimento progressivo, mas também às obrigações gerais contidas no artigo 1, ponto, bem como no artigo 2, ambos da Convenção, sobre respeito, garantia, não discriminação e dever de adoção de medidas de efetivação. Além disso, a Corte entendeu que, da obrigação de desenvolvimento progressivo, decorre o dever de não regressividade. Dessa forma, segundo os novos parâmetros interpretativos fixados, o dever de não regressividade é justiciável, isto é, está sujeito a controle jurisdicional, para avaliação da pertinência da justificativa utilizada para a tomada de eventual medida regressiva⁴³.

Como exemplos desse segundo momento, citam-se os seguintes casos: “Suárez Peralta vs. Ecuador” (2013), “González Lluy vs. Ecuador” (2015) e “I.V. vs. Bolivia” (2016) (ROSSI, 2020, p.199), bem como “Chinchilla Sandoval vs. Guatemala” (2016), “Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil” (2016) e “Yarce y otras vs. Colombia” (2016)⁴⁴, em que as violações denunciadas diziam respeito ao direito à saúde.

A crítica que se faz a esse momento é que, a despeito da novel interpretação dada à força normativa da previsão contida no artigo 26 da Convenção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na conclusão do julgamento, dissocia-se da postura inovadora tomada na fundamentação e, para fins de proteção, volta a vincular o direito à saúde (direito social) aos direitos à integridade física e à vida (direitos civis)⁴⁵. Em outras palavras, a crítica reside no fato de que a Corte, ao funcionalizar a proteção de um direito social à existência de um direito civil que funcione de base de apoio, põe em causa a fundamentação que ela mesma se utilizou para reconhecer a autonomia e dignidade própria dos direitos sociais.

Finalmente, em relação ao terceiro momento, observado no interstício entre 2017 até os dias atuais, inaugurado pelo caso “Lagos del Campo vs. Peru” (2017), a Corte Interamericana de Direitos Humanos assume uma postura mais firme e reconhece a justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais, através de uma interpretação ampliativa da previsão contida no artigo 26 da Convenção⁴⁶.

Nos casos subsequentes, a Corte reafirma e refina os fundamentos interpretativos utilizados no caso “Lagos del Campo vs. Peru” (2017). Como exemplos desse segundo momento, citam-se os seguintes casos: “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Peru” (2017), “San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela” (2018), “Poblete Vilches y Otros vs. Chile” (2018), “Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala” (2018), “Hernández vs. Argentina” (2019), “Muelles Flores vs. Peru” (2019), “Lhaka Honhat vs. Argentina” (2020)⁴⁷ e “Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil” (2020).

⁴² ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 196-197.

⁴³ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 197.

⁴⁴ MOSCOSO-BECERRA, Gerson. A Justiciabilidade Direta dos Direitos Trabalhistas na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Dikaion*, v. 28, n. 2, p. 385-403, 2019. p. 396.

⁴⁵ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 199.

⁴⁶ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 201.

⁴⁷ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 201-202.

3.2 O caso “Lagos del Campo vs. Peru” (2017)

O caso⁴⁸ foi trazido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no dia 28 de novembro de 2015, por iniciativa da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em face da República do Peru, figurando como vítima o senhor Alfredo Lagos del Campo. De acordo com a Comissão, a violação de direitos deriva do despedimento arbitrário do senhor Alfredo Lagos del Campo, que se deu no dia 26 de junho de 1989, por ter realizado manifestações e expressado opiniões enquanto presidente do Comitê Eleitoral da Comunidade Industrial da empresa Ceper-Pirelli (parágrafo 1). A vítima recorreu ao Poder Judiciário peruano para reverter o despedimento, alegando ser titular de estabilidade laboral provisória, porém a decisão de despedimento foi confirmada pelos tribunais nacionais do Peru (parágrafo 1).

Na fundamentação, a Corte Interamericana se debruçou sobre o “direito à estabilidade laboral”. Como resultado, observou-se o rompimento com o paradigma sedimentado em jurisprudência anterior, pois a Corte reconheceu a justiciabilidade direta dos direitos sociais, no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, já que declarou, por meio da sentença expedida no dia 31 de agosto de 2017, que o Estado do Peru era responsável pela violação ao direito à estabilidade laboral, dotado de dignidade suficiente para proteção autônoma (ponto 5 da parte resolutiva).

3.2.1 Indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, os direitos civis e políticos, bem como os direitos econômicos, sociais e culturais, devem ser entendidos como partes integrantes dos “direitos humanos”, posto que interdependentes e indivisíveis entre si, de modo que, por não haver qualquer hierarquia entre eles, são igualmente exigíveis perante as autoridades competentes para promoção e proteção dos direitos humanos (parágrafo 141 da sentença).

Nesse sentido, seguindo a doutrina mais avançada em matéria de proteção dos direitos humanos, a Corte realizou uma interpretação não restritiva das normas da Convenção, reconhecendo os direitos sociais como dignos de proteção autônoma, já que são condição para o desenvolvimento da própria pessoa humana⁴⁹.

Nos julgamentos posteriores, nos quais se manteve a conclusão sobre a exigibilidade direta dos direitos sociais, o fundamento da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos foi reiterado: “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Peru” (parágrafo 192 da sentença); “San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela” (parágrafo 220 da sentença); “Poblete Vilches y Otros vs. Chile” (parágrafos 100 e 102 da sentença); “Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala” (parágrafos 85, 86 e 97 da sentença); “Muelles Flores vs. Peru” (parágrafo 36 da sentença); “Hernández vs. Argentina” (parágrafos 62, 64 a 68 da sentença); e “Lhaka Honhat vs. Argentina” (parágrafos 201, 243, 244 e 246 da sentença).

3.2.2 Interpretação topográfica do artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que integra o capítulo III, intitulado “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, encontra-se topograficamente localizado na Parte I da referida Convenção, intitulada “Deveres dos Estados e Direitos Protegidos”, de modo que os direitos sociais também são objeto das obrigações gerais contidas

⁴⁸ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 14 fev. 2021.

⁴⁹ MOSCOSO-BECERRA, Gerson. A Justiciabilidade Direta dos Direitos Trabalhistas na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Dikaion*, v. 28, n. 2, p. 385-403, 2019. p. 392.

no artigo 1º, ponto 1⁵⁰, e no artigo 2º⁵¹, ambos situados dentro do Capítulo I, intitulado “Enumeração de Deveres” (parágrafo 142).

Portanto, embora a norma insculpida no artigo 26 da Convenção preveja a adoção de medidas de caráter progressivo, também impõe várias obrigações com efeito imediato, o que torna os direitos sociais diretamente exigíveis. Dessa forma, “o fato de que a plena efetividade somente se alcance ao longo do tempo não implica privar a obrigação de conteúdo significativo”⁵².

Nos julgamentos posteriores, nos quais se manteve a conclusão sobre a exigibilidade direta dos direitos sociais, o fundamento relativo à interpretação topográfica do artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos foi reiterado: “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Peru” (parágrafo 192 da sentença); “San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela” (parágrafo 220 da sentença); “Poblete Vilches y Otros vs. Chile” (parágrafo 100 da sentença); “Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala” (parágrafos 83, 96 e 97 da sentença); “Muelles Flores vs. Peru” (parágrafo 36 da sentença); “Hernández vs. Argentina” (parágrafo 65 e 81 da sentença); “Lhaka Honhat vs. Argentina” (parágrafo 272 da sentença); e “Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil” (parágrafos 156 e 172 da sentença).

3.2.3 Carta da organização dos estados americanos

Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com respeito ao conteúdo dos direitos trabalhistas protegidos pelo artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, esse dispositivo, embora não traga um catálogo específico, faz referência expressa aos “direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos”. Desse modo, para a resolução desse caso específico, a Corte Interamericana se utilizou das previsões dos artigos 45, pontos “b” e “c”⁵³, 46⁵⁴ e 34, ponto “g”⁵⁵, da Carta da OEA.

⁵⁰ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos.

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.

⁵¹ Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

⁵⁶ 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.

⁵² ROSSI, J Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCAs. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 204-205.

⁵³ Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos:

^b) o trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar;

^c) os empregadores e os trabalhadores, tanto rurais como urbanos, têm o direito de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação;

⁵⁴ os Estados membros reconhecem que, para facilitar o processo de integração regional latino-americana, é necessário harmonizar a legislação social dos países em desenvolvimento, especialmente no setor trabalhista e no da previdência social, a fim de que os direitos dos trabalhadores sejam igualmente protegidos, e convêm em envidar os maiores esforços com o objetivo de alcançar essa finalidade.

⁵⁵ Os Estados membros convêm em que a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza crítica e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento, são, entre outros, objetivos básicos do desenvolvimento integral. Para alcançá-los convêm, da mesma forma, em dedicar seus maiores esforços à consecução das seguintes metas básicas:

^a) salários justos, oportunidades de emprego e condições de trabalho aceitáveis para todos;

Importante mencionar que a Carta da OEA foi aprovada, em 1948, juntamente à Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem. É um instrumento que, além de estabelecer objetivos essenciais aos Estados americanos, como a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural (artigo 2, “f”), também lhes impõem deveres de respeito aos direitos da pessoa humana e os princípios da moral universal (artigo 17). Muito embora haja quem afirme que a Carta da OEA carece de um rol específico de direitos subjetivos, é possível identificarem-se menções expressas aos direitos econômicos, sociais e culturais, que, portanto, geram obrigações aos Estados⁵⁶. E foram precisamente alguns desses dispositivos, mencionados no parágrafo anterior, que a Corte se valeu para a solução do caso “Lagos del Campo vs. Peru” (2017).

Nos julgamentos posteriores, nos quais se manteve a conclusão sobre a exigibilidade direta dos direitos sociais, o fundamento relativo à utilização da Carta da OEA como fonte de obrigações internacionais foi reiterado: “Trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Peru” (parágrafo 192 da sentença); “San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela” (parágrafo 220 da sentença); “Poblete Vilches y Otros vs. Chile” (parágrafos 103 e 106 da sentença); “Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala” (parágrafos 73, 76, 78, 79, 87 e 93 da sentença); “Muelles Flores vs. Peru” (parágrafos 34, 36, 170, 172, 173, 175, 176, 178 e 183 da sentença); “Hernández vs. Argentina” (parágrafos 62, 64, 66, 67 e 69 da sentença); “Lhaka Honhat vs. Argentina” (parágrafos 195, 196 e 222 da sentença); e “Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil” (parágrafos 153, 155, 157, 158, 160 e 161 da sentença).

3.2.4 Declaração americana dos direitos e deveres do homem

Embasada em parâmetros interpretativos já enunciados no Parecer Consultivo OC-10/89⁵⁷, bem como no artigo 29, ponto “d”⁵⁸, da Convenção, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se utilizou do artigo XIV⁵⁹ da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem para definir o alcance e o conteúdo do artigo 26 da Convenção.

O artigo 29, ponto “d”⁶⁰, da Convenção, estabelece que a interpretação do Pacto de Santo José da Costa Rica deve ser realizada de modo a não se excluir os direitos reconhecidos pela “Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”.

Dessa forma, a Corte amadurece a noção de corpus iuris interamericano, já que, no cumprimento de suas obrigações internacionais, os Estados devem respeitar todo o aparato jurídico que compõe o Sistema

⁵⁶ SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Ac&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 77, p. 273-300, 2019. p. 277-278.

⁵⁷ No Parecer Consultivo OC-10/89, de 14 de julho de 1989, solicitada pelo governo da República da Colômbia, sobre a Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em relação ao âmbito do artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte assinalou que: “[...] Os Estados Membros entenderam que a Declaração contém e define aqueles direitos humanos essenciais referidos na Carta [da OEA], de maneira que não se pode interpretar e aplicar a Carta [da OEA] em matéria de direitos humanos, sem integrar suas normas com as correspondentes disposições da Declaração [Americana dos Direitos e Deveres do Homem], como se vê da prática já seguida pelos órgãos da OEA” (parágrafo 43). Portanto, “[...] para estes Estados, a Declaração Americana constitui, no que seja pertinente e com relação à Carta da Organização, uma fonte de obrigações internacionais” (parágrafo 45).

⁵⁸ Artigo 29. Normas de interpretação.

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

^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.

⁵⁹ Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes.

⁶⁰ Artigo 29. Normas de interpretação.

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

^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.

Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos⁶¹, seja ele *hard law* ou *soft law*⁶².

Como a proteção da pessoa humana é o objetivo central que deve ser perseguido quando da interpretação e aplicação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, devem-se considerar outros tratados e normas pertinentes à determinação da responsabilidade internacional de determinado Estado⁶³, isto é, o *corpus iuris* internacional acerca da matéria⁶⁴.

Nos julgamentos posteriores, nos quais se manteve a conclusão sobre a exigibilidade direta dos direitos sociais, o fundamento relativo à utilização da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem como fonte de obrigações internacionais foi reiterado: “trabajadores Cesados de Petroperú y otros vs. Peru” (parágrafo 192 da sentença); “San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela” (parágrafo 220 da sentença); “Poblete Vilches y Otros vs. Chile” (parágrafos 107 a 110 da sentença); “Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala” (parágrafos 73, 82, 85, 92, 101, 103 e 104 da sentença); “Muelles Flores vs. Peru” (parágrafos 170, 175, 179 e 183 da sentença); “Hernández vs. Argentina” (parágrafos 62, 66 e 70 da sentença); “Lhaka Honhat vs. Argentina” (parágrafos 211, 214, 216 e 232 da sentença); e “Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil” (parágrafos 153, 157, 160 e 161 da sentença).

3.2.5 Protocolo de San Salvador

A Corte Interamericana enfrentou o problema do suposto conflito entre o artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o artigo 19, ponto 6, do Protocolo de San Salvador, e, ao realizar uma interpretação sistêmica e de boa-fé, chegou à conclusão de que não há, no Protocolo de San Salvador e na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, uma disposição que limite os poderes da Corte em estabelecer sua própria competência com respeito ao conhecimento de supostas violações ao artigo 26 da Convenção. Portanto, o artigo 19, ponto 6, do Protocolo de San Salvador não deve ser interpretado como uma norma de limitação da competência da Corte⁶⁵.

Além disso, a Corte ainda ponderou que, para que se realize eventual procedimento de emenda à Convenção, seria necessária a concordância de 2/3 dos Estados partes, ao passo que para a adoção de um Protocolo não se exige o mesmo grau de consenso. Portanto, se a adoção de um Protocolo requer um consenso menor que o exigido para a emenda à Convenção, não poderia aquele modificar as normas desta, ainda mais aquelas relacionadas às competências da Corte⁶⁶. Interpretação diversa poderia levar à subversão de todo o

⁶¹ MAAS, Rosana Helena; LIMA, Sabrina Santos. O Reconhecimento da Justiciabilidade Direta do Direito à Saúde pela Corte IDH: Análise Crítica do Caso Poblete Vilches Vs. Chile. *Projeto de Pesquisa “Fórmulas”*, p. 1-15, 2019. p. 12.

⁶² O critério utilizado para definir “*hard law*” e “*soft law*” é, em regra, formal, pois baseado na compulsoriedade ou não compulsoriedade do instrumento no qual a norma está prevista (DUPUY, Pierre-Marie. *Soft Law and the International Law of the Environment*. *Michigan Journal of International Law*, n. 12, p. 420-435, 1991. p. 430). Entretanto, segundo os parâmetros interpretativos ressaltados pela Corte, tal distinção, no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, não é relevante. Com efeito, segundo pondera Ana Cláudia Santano: “[...] por força do Parecer Consultivo sobre Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, 1989, §45, a Declaração é uma interpretação autêntica dos dispositivos da Carta da OEA e que, apesar de haver sido adotada como declaração, e não como um tratado, atualmente a Declaração Americana constitui uma fonte de obrigações internacionais para os Estados-Membros da OEA” (SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 77, p. 273-300, 2019. p. 278).

⁶³ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020. p. 214.

⁶⁴ MAAS, Rosana Helena; LIMA, Sabrina Santos. O Reconhecimento da Justiciabilidade Direta do Direito à Saúde pela Corte IDH: Análise Crítica do Caso Poblete Vilches Vs. Chile. *Projeto de Pesquisa “Fórmulas”*, p. 1-15, 2019. p. 11.

⁶⁵ GALÁN, Elena Carolina Díaz; TRIANA, Harold Bertot. Caso Cuscul Pivaral Y Otros Vs. Guatemala, Sentencia de 23 de Agosto de 2018 de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: Un Paso más de una Línea Jurisprudencial Polémica en La Protección de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. *Revista Electrónica Iberoamericana*, v. 13, n. 2, p. 63-88, 2019. p. 68.

⁶⁶ ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235,

sistema e fragilização da proteção dos direitos humanos.

Superado esse “obstáculo”, a Corte Interamericana realizou uma interpretação ampliativa dos direitos sindicais previstos no artigo 8 do Protocolo de San Salvador, para que pudesse garantir a devida e efetiva proteção à vítima. Com efeito, a Corte sustentou que:

(i) os sindicatos, bem como seus respectivos membros e representantes, gozam de proteção específica, para que possam desempenhar suas funções de defesa dos interesses legítimos dos trabalhadores (parágrafo 157 da sentença);

(ii) o âmbito de proteção ao direito de liberdade de associação em matéria laboral não se esgota na proteção dos sindicatos (e respectivos membros e representantes). Com efeito, também se aplica a organizações que, embora tenham natureza distinta dos sindicatos, também se destinam à representação dos interesses legítimos dos trabalhadores (parágrafo 158 da sentença);

(iii) o senhor Lagos del Campo, embora não desempenhasse funções sindicais, exercia função de representação dos trabalhadores em um Comitê Eleitoral, do qual era presidente, porém, em razão do despedimento, já não podia mais desempenhar tal função, já que não mais fazia parte da Comunidade Industrial (parágrafo 161 da sentença);

(iv) dessa forma, considerou-se que o despedimento do senhor Lagos del Campo, em consequência ao desempenho de suas funções de representação, violou não somente o seu direito individual à liberdade de associação, mas também privou os trabalhadores da Comunidade Industrial da liderança por ele exercida (parágrafo 162 da sentença).

Nessa linha argumentativa, a Corte Interamericana de Direitos Humanos maximizou o Princípio “pro Homine”, segundo o qual deve prevalecer a interpretação mais favorável à tutela dos direitos protegidos. Tornam-se, então, diretamente justiciáveis o direito ao trabalho e as respectivas dimensões, tais como o direito à estabilidade laboral e a garantia contra o despedimento arbitrário e sem justa causa⁶⁷.

Nos julgamentos posteriores, nos quais se manteve a conclusão sobre a exigibilidade direta dos direitos sociais, o fundamento utilizado para superar o suposto conflito entre o artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e o artigo 19, ponto 6, do Protocolo de San Salvador, quando suscitado, foi reiterado: “Cuscul Pivaral y Otros vs. Guatemala” (parágrafos 87, 88 e 89 da sentença); e “Muelles Flores vs. Peru” (parágrafos 34 e 36 da sentença).

4 Traços da consolidação de um *ius constitutionale commune* latino-americano em matéria de direitos sociais

Nesta parte do trabalho, serão apresentados os traços distintivos que evidenciam a consolidação de um *ius constitutionale commune* latino-americano, em matéria de direitos sociais, articulado às premissas estabelecidas nos tópicos anteriores.

4.1 Experiências constitucionais comuns da região latino-americana e o constitucionalismo transformador

As constituições latino-americanas, em sua grande maioria, preveem uma generosa carta de direitos fun-

2020. p. 207.

⁶⁷ MOSCOSO-BECERRA, Gerson. A Justiciabilidade Direta dos Direitos Trabalhistas na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Dikaion*, v. 28, n. 2, p. 385-403, 2019. p. 393.

damentais. Dentre estes, eleger-se, para fins de análise desse tópico, o direito à saúde, já que se trata de um tema presente na maioria dos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos envolvendo direitos sociais. Segundo estudo realizado por Marina de Neiva Borba e William Saad Hossne, a maioria dos Estados latino-americanos reconhece a saúde como um direito subjetivo e/ou como um direito social. Além disso, todos os Estados latino-americanos positivaram a proteção e a promoção da saúde como dever do Estado. Portanto, em sua maioria, as Constituições da América Latina reconhecem a saúde como um direito subjetivo, mas também como um dever do Estado⁶⁸.

Conferir papel de destaque aos direitos fundamentais é uma característica marcante da experiência constitucional da América Latina. Nesse contexto, devido às mazelas sociais e desigualdades econômicas que atingem a região, é natural que se outorgue maior importância à realização dos direitos econômicos e sociais, ao contrário do que acontece com o norte desenvolvido, que outorga maior importância à garantia dos direitos de liberdade⁶⁹. Por essa razão, no desenvolvimento teórico do *ius constitutionale commune* latino-americano, “a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, sobretudo dos direitos civis em relação aos sociais, são ressaltadas”⁷⁰, característica que, além de presente, exerceu papel determinante da revolução interpretativa promovida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na decisão do caso “Lagos del Campo vs. Peru” (2017). Com efeito, não há qualquer característica qualitativa ou ontológica que permita diferenciar os direitos sociais dos direitos individuais, já que “os direitos sociais constituem pressupostos e complementos indivisíveis para o gozo dos direitos individuais, pois oferecem as condições materiais que permitem um melhor e mais eficaz exercício de todas as liberdades”⁷¹.

Inicialmente, os direitos sociais, no constitucionalismo da maioria dos Estados latino-americanos, tiveram de trilhar um árduo caminho até serem reconhecidos como detentores de eficácia imediata e, por consequência, passíveis de exigibilidade imediata. Isso porque, inicialmente, as normas que previam direitos sociais foram classificadas como “programáticas”, de eficácia limitada, de modo que seu conteúdo revelava somente diretrizes e parâmetros a serem cumpridos progressivamente pelos órgãos estatais, seja na esfera executiva, legislativa ou judicial⁷². Nesse sentido, entendia-se que as normas definidoras de direitos sociais eram “trazidas no texto supremo apenas em *princípio*, como esquemas genéricos, simples programas a serem desenvolvidos posteriormente pela atividade dos legisladores ordinários”⁷³.

Entretanto, com a evolução da teoria constitucional, às normas constitucionais definidoras de direitos sociais foi reconhecida força imperativa. De fato, com o amadurecimento do constitucionalismo, depois “dos primeiros tempos de interpretação vacilante, a cláusula do Estado Social desenvolveu uma surpreendente potência. Tal potência vê-se reforçada pela união do social com o postulado do Estado de Direito ou do Estado Constitucional”⁷⁴. Portanto, o constitucionalismo contemporâneo rompe com a visão clássica de que as normas definidoras de direitos sociais configuravam, apenas, “enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica”, atribuindo-lhes eficácia normativa vinculante, idêntica às demais normas constitucionais, devido ao reconhecimento da importância “dos fins e dos valores que incorporam”⁷⁵. Identifica-se, assim, “como um traço comum dessas constituições um desejo de eficácia

⁶⁸ BORBA, Marina de Neiva; HOSSNE, William Saad. A Natureza Jurídica da Saúde na América Latina e Caribe: um Estudo Constitucional Comparado. *Revista de Direito Sanitário*, v.11, n. 1, p. 26-46, 2010. p. 42.

⁶⁹ ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *ius constitutionale commune* en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, 2014, p. 25-36. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688). p. 27-28.

⁷⁰ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, 2015, p. 30.

⁷¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales Efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano. In: *Estudios Constitucionales*, año 7, n. 2, p. 143-205, 2009. p. 154.

⁷² SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 138.

⁷³ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 137.

⁷⁴ COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa a quem*. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 28.

⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Eficácia de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*.

concreta das garantias”⁷⁶.

Essa constatação é muito importante, pois se confirma a presença de elementos que devem estar presentes na construção de um discurso comum regional, tais como: (i) a centralidade dos direitos humanos na construção jurídica regional; e (ii) a implementação e o cumprimento das promessas estabelecidas nas constituições nacionais, de modo a se conferir maior efetividade às disposições voltadas à inclusão social. Com efeito, “o debate gerado com o objetivo de garantir, em escala regional, o cumprimento das principais promessas das constituições estatais é a origem da abordagem conhecida como *Ius Constitutionale Commune* na América Latina”⁷⁷.

Do ponto de vista do Direito Internacional regional interamericano, a evolução da fundamentação sobre a justiciabilidade dos direitos sociais, isto é, do caráter pragmático de suas normas à autonomia e exigibilidade direta, seguiu o mesmo caminho que os direitos sociais tiveram de trilhar no constitucionalismo da maioria dos Estados latino-americanos. Não poderia ser diferente, pois a interpretação evolutiva dos instrumentos normativos interamericanos de direitos humanos, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, está intimamente ligada à interação dinâmica com o mandato transformador exercido pelas constituições nacionais dos Estados latino-americanos⁷⁸.

Além disso, a influência do constitucionalismo transformador, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, somente foi possível em razão da abertura das constituições nacionais latino-americanas às normas regionais de direitos humanos, que foram incorporadas aos ordenamentos jurídicos internos, permitindo-se, portanto, o diálogo entre os sistemas e o aprimoramento dos mecanismos de proteção das mais variadas espécies de direitos humanos. Nesse sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos adota uma postura transformadora, adaptando os critérios interpretativos de sua jurisprudência aos mais avançados parâmetros de proteção de direitos humanos⁷⁹.

Tanto no âmbito nacional quanto no âmbito regional, os fundamentos do constitucionalismo transformador foram aplicados e efetivados por meio de decisões judiciais. Esta também é uma constatação importante, pois um dos elementos do direito regional comum é que ele se forma e se fortalece nas decisões dos diferentes tribunais que compõem o sistema interamericano, notadamente os tribunais supremos, os tribunais constitucionais e a Corte Interamericana. Como salienta Bogdandy, embora ninguém tenha proclamado que os tribunais podem superar os desafios regionais por conta própria, “muitos pareciam convencidos de que têm um papel fundamental a desempenhar nessa superação”⁸⁰. Nesse sentido, há um verdadeiro “espaço judicial e convencional latino-americano” em matéria de direitos humanos⁸¹.

Portanto, a necessária interpretação evolutiva do artigo 26 da Convenção Americana, promovida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, deriva, dentre outros fatores, da tendência regional de proteção constitucional dada ao direito à saúde, reconhecido como um direito social. Tendência esta que também se verifica na evolução jurisprudencial levada a cabo pelas altas jurisdições nacionais, ao conferir plena eficácia

4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 118.

⁷⁶ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, 2015. p. 23.

⁷⁷ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, 2015. p. 23-26.

⁷⁸ BOGDANDY, Armin Von; URUEÑA, René. International Transformative Constitutionalism in Latin America. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 3, p. 408-409.

⁷⁹ BOGDANDY, Armin Von; URUEÑA, René. International Transformative Constitutionalism in Latin America. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 3, p. 403-442, 2020. p. 410-411.

⁸⁰ BOGDANDY, Armin Von; URUEÑA, René. International Transformative Constitutionalism in Latin America. URUEÑA, René. International Transformative Constitutionalism in Latin America. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 3, p. 403-442, 2020. p. 410-411, p. 240-241.

⁸¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México: UNAM, 2014. p. 459-500. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688). p. 471.

a este direito social fundamental. Nesse contexto, o diálogo jurisprudencial desempenha papel importante para a construção do *ius constitutionale commune* latino-americano, com ênfase especial no vínculo indissolúvel entre a efetividade dos direitos humanos e as condições de desenvolvimento democrático da região, especialmente no que tange aos setores mais vulneráveis⁸². Com efeito, dotar os direitos humanos, incluídos os direitos sociais, de força jurídica contribuiu para o próprio desenvolvimento da América Latina, dada sua evidente conexão com a democracia.

4.2 *Corpus Iuris* latino-americano e a interpretação evolutiva

Há quem aponte que a formação do *corpus iuris* latino-americano começou no final da década de 40, com a assinatura da Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), da Carta Internacional Americana de Garantias Sociais (1948), da Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Políticos à Mulher (1948) e da Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Cívicos à Mulher (1948). Entretanto, ganhou seu substrato mais concreto e importante com a assinatura da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (1969), hoje considerada a peça central do *corpus iuris* latino-americano, instrumento normativo aglutinador dos demais textos normativos⁸³. Com o tempo, o *corpus iuris* latino-americano foi se expandindo, de modo a agregar tanto instrumentos normativos vinculativos quanto instrumentos considerados *soft law*, de natureza geral ou especial, com diversos números de adesões e ratificações⁸⁴, tais como: a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (1984); a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985); o Protocolo Adicional à Convenção Americana de Direitos Humanos na Área dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988); o Protocolo para a Convenção Americana de Direitos Humanos para Abolir a Pena de Morte (1990); a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (1994); Convenção Interamericana Sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994); a Convenção Interamericana Para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999); a Declaração sobre Direitos Humanos e Meio Ambiente (2003); a Carta Social das Américas (2012); a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas (2015); a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2016); e os Princípios Interamericanos sobre os Direitos Humanos de Todas as Pessoas Migrantes, Refugiadas, Apátridas e Vítimas do Tráfico de Pessoas (2019).

Importante salientar que, também, integram o *corpus iuris* latino-americano as análises e os informes dos organismos de monitoramento eventualmente criados no âmbito de determinados instrumentos normativos, como é o caso do Protocolo de San Salvador⁸⁵, bem como os estatutos e regulamentos dos órgãos de supervisão regional, tais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interameri-

⁸² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *ius constitutionale commune* americanum. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México: UNAM, 2014. p. 329-382. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688). p. 214.

⁸³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In: In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México: UNAM, 2014. p. 459-500. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688). p. 463-464.

⁸⁴ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In: In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México: UNAM, 2014. p. 459-500. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688). p. 467.

⁸⁵ Em 2010, foi criado o Grupo de Trabalho do Protocolo de San Salvador (GTPSS), um órgão de monitoramento regional que tem prestado um serviço contínuo aos Estados Partes do Protocolo, acompanhando os países na implementação das medidas necessárias para garantir a efetivação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Além de realizar a análise dos relatórios nacionais, o órgão também oferece aos “Estados um processo paulatino de definição de indicadores, mas abrangente quanto à totalidade das obrigações contidas no instrumento, possibilitando o diálogo e a participação dos diversos atores estatais, sociais e organizacionais, bem como dos cidadãos em geral” (PAUTASSI, Laura. Monitoramento do Acesso à Informação a partir dos Indicadores de Direitos Humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 10, n. 18, p. 57-77, 2013. p. 61).

cana de Direitos Humanos⁸⁶, que têm a função de orientar o comportamento processual dos Estados, além das sentenças, opiniões consultivas e diversas resoluções jurisdicionais que fixam parâmetros e diretrizes de observância obrigatória por parte dos Estados⁸⁷. Isso é especialmente verdadeiro quando se considera o fato de que a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu que, para além da eficácia inter partes, suas sentenças também produzem eficácia erga omnes a todos os Estados Partes da Convenção, isto é, ficam vinculados ao critério interpretativo estabelecido pela Corte, como padrão mínimo de eficácia da norma convencional, em razão da obrigação que os Estados têm de respeito, garantia e adequação (normativa e interpretativa), estabelecida nos artigos 1º e 2º da Convenção⁸⁸.

Além disso, conforme já salientado, a formação de um direito comum, com base constitucional, é caracterizada pela abertura dos sistemas jurídicos estatais latino-americanos, por meio de cláusulas constitucionais de recepção, a um denominador comum da ordem jurídica internacional pública, com centralidade na Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Dessa forma, os direitos assegurados nas respectivas Constituições nacionais e nos instrumentos internacionais reforçam-se mutuamente, por meio da formação do chamado “bloco de constitucionalidade”⁸⁹. Essa abertura dos sistemas jurídicos estatais ao direito internacional “confere aos sistemas jurídicos estatais uma orientação comum. E, portanto, é muito coerente que a Corte Interamericana descreva o conjunto dos tratados de direitos humanos como um *corpus iuris*”⁹⁰. Nesse contexto, considerando-se que o *corpus iuris* latino-americano deve ser interpretado segundo valores comuns, se estes Estados têm o dever de, constitucionalmente, garantir a proteção judicial direta aos direitos sociais, em nível nacional, por que não estariam também vinculados a dever semelhante, em nível internacional regional?

Se as experiências constitucionais comuns da região latino-americana podem ser consideradas vetores de interpretação; então, a prática dos diversos tribunais nacionais também oferece importantes exemplos de análise no que diz respeito à obrigação de respeitar e garantir os direitos sociais, o que pode ser útil na análise das características da parte do *corpus iuris* que versa sobre as obrigações regionais em relação à proteção judicial destes direitos⁹¹. Dessa forma, ao se interpretar as disposições de direitos sociais, deve-se ir além da literalidade do texto da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e do Protocolo de San Salvador, já que “as novas práticas dos organismos internacionais em matéria de direitos sociais, a realidade dos ins-

⁸⁶ Nesse aspecto, não se pode deixar de mencionar a criação pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2013, da Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, cuja função consiste em “colaborar na análise e avaliação do gozo desses direitos nas Américas, assessorar a Comissão Interamericana na tramitação de petições, casos e pedidos de medidas cautelares e provisórias sobre o assunto, realizar visitas aos Estados e elaborar estudos e relatórios” (GÓNGORA MAAS, Juan Jesús. Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un debate inacabado. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (Coords.). *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos México: UNAM, 2016. p. 219-264, p. 257-258).

⁸⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México: UNAM, 2014. p. 459-500. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688).

⁸⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *ius constitutionale commune americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México: UNAM, 2014. p. 329-382. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688). p. 345.

⁸⁹ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, p. 13-66. p. 21.

⁹⁰ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, p. 13-66. p. 22.

⁹¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (Coords.). *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina*: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México: UNAM, 2016. p. 155-218. p. 202.

trumentos internacionais e as práticas internas dos países da região devem ser levadas em consideração”⁹².

De fato, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e os demais instrumentos regionais são “instrumentos vivos que devem ser interpretados à luz das condições contemporâneas, e nenhuma de suas cláusulas pode ser interpretada apenas à luz do que poderiam ter sido as intenções de seus redatores”⁹³. Essa ideia é reforçada pelo fato de que os dois instrumentos interamericanos mais recentes, que versam sobre direitos sociais, quais sejam a Carta Social das Américas (2012) e a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas (2015), não preveem qualquer tipo de restrição à justiciabilidade de direitos sociais, tais como “o direito à saúde, o direito ao trabalho, o direito à seguridade social, o direito à educação, o direito à cultura, o direito ao lazer, recreação e esportes, o direito à moradia, o direito a um ambiente saudável”⁹⁴.

Portanto, para o fim de se conferir maior proteção aos direitos econômicos, sociais e culturais, em particular o direito à saúde, era necessária a realização de uma interpretação evolutiva sobre o alcance e o conteúdo do artigo 26 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁹⁵. E foi o que a Corte Interamericana de Direitos Humanos fez expressamente no caso “Lagos del Campo vs. Peru” (2017), ao reconhecer pela primeira vez a exigibilidade direta dos direitos sociais, com base nos instrumentos normativos regionais, tanto de feição *hard law*, quanto de feição *soft law*, e nas experiências constitucionais comuns dos Estados latino-americanos.

5 Considerações finais

O caso “Lagos del Campo vs. Peru” (2017) foi paradigmático no que diz respeito à autonomia e direta exigibilidade judicial dos direitos sociais perante o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. Essa virada jurisprudencial não se deu ao acaso, já que os fundamentos utilizados no caso “Lagos del Campo vs. Peru” (2017) se mantiveram nos julgados posteriores. Dessa forma, o reconhecimento da exigibilidade direta dos direitos sociais pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pode ser considerado como mais um elemento que evidencia a consolidação de um autêntico *ius constitutionale commune* latino-americano em matéria de direitos sociais, pelas seguintes razões e características:

a) a Corte Interamericana agiu como uma instituição judicial regional forte, extraíndo legitimidade na tentativa de conferir às vítimas de violações de direitos humanos uma via de acolhimento institucional, como forma de combater a situação de profunda desigualdade e acentuada indiferença a que estão submetidas nos Estados latino-americanos;

b) a jurisprudência consolidada pela Corte Interamericana, em matéria de justiciabilidade de direitos

⁹² GÓNGORA MAAS, Juan Jesús. Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un debate inacabado. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (Coords.). *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos México: UNAM, 2016. p. 219-264. p. 253.

⁹³ GÓNGORA MAAS, Juan Jesús. Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un debate inacabado. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (Coords.). *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos México: UNAM, 2016. p. 219-264. p. 253.

⁹⁴ GÓNGORA MAAS, Juan Jesús. Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un debate inacabado. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (Coords.). *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos México: UNAM, 2016. p. 219-264. p. 258.

⁹⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (Coords.). *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. México: UNAM, 2016. p. 155-218. p. 202.

sociais, realiza os valores da mais elevada justiça, já que dará meios para que as vítimas possam remediar situações de violação de direitos humanos, com vistas a promover a cidadania, enquanto condição para a realização da dignidade da pessoa humana;

c) os direitos sociais, no que tange à justiciabilidade, segundo a jurisprudência da Corte Interamericana, passaram, de um ponto de vista histórico, pelas mesmas etapas e pelos mesmos problemas, em comparação com o caminho que também precisaram trilhar no constitucionalismo da maioria dos Estados latino-americanos, até serem reconhecidos como detentores de eficácia imediata e, por consequência, passíveis de exigibilidade imediata, evidenciando, neste aspecto, uma incontestável simetria, sito é, um lugar comum;

d) as constituições latino-americanas, em sua grande maioria, preveem uma generosa carta de direitos fundamentais. Dessa forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na sua jurisprudência, também se utilizou das experiências constitucionais comuns dos Estados latino-americanos, que visam conferir maior efetividade às disposições voltadas à inclusão social;

e) a compreensão sobre a extensão das obrigações internacionais deve também ser guiada pelos valores constitucionais comuns, de modo que se Estados latino-americanos têm o dever de, constitucionalmente, em nível nacional, garantir a proteção judicial direta aos direitos sociais, também estariam vinculados, em nível internacional regional, a um dever de mesma natureza, em respeito ao princípio da boa-fé;

f) tanto no âmbito nacional quanto no âmbito regional, isto é, em ambos os níveis do “sistema integrado” latino-americano, os fundamentos do constitucionalismo transformador, que embasaram o reconhecimento da eficácia imediata das normas definidoras de direitos sociais, foram aplicados e efetivados, principalmente, por meio de decisões judiciais, podendo-se, dizer, assim, que a proteção dos direitos humanos é uma preocupação comum das instituições judiciais latino-americanas;

g) o corpus iuris latino-americano é composto por instrumentos vivos, que devem ser interpretados segundo os parâmetros mais avançados de proteção de direitos humanos existentes ao tempo do julgamento, em consonância com a prática regional comum à época. Nesse contexto, atualmente, a prática regional comum aponta para a atribuição de cada vez mais importância aos direitos sociais, o que é evidenciado pela criação de órgãos regionais com competências exclusivas nesta matéria, tais como o Grupo de Trabalho do Protocolo de San Salvador e a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e pela assinatura de recentes instrumentos interamericanos, tais como a Carta Social das Américas e a Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas, que não preveem qualquer tipo de restrição à justiciabilidade de direitos sociais.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Derechos Fundamentales Efectivos en el Constitucionalismo Democrático Latinoamericano. *Estudios Constitucionales*, año 7, n. 2, p. 143-205, 2009.

ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Rasgos, Potencialidades y Desafíos. México: UNAM, 2014, p. 25-36. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688).

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una Aclaración Conceptual. In: GONZALES PEREZ, Luis Raúl, VALADÉS, Diego (coords.). *El constitucionalismo contemporáneo*: Home-

naje a Jorge Carpizo México: UNAM, 2013, p. 39-66.

BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, 2015, p. 13-66.

BOGDANDY, Armin Von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019, p. 232-252.

BOGDANDY, Armin Von *et al.* Ius Constitutionale Commune en América Latina: a Regional Approach to Transformative Constitutionalism. *MPIL Research Paper Series*, n. 21, p. 1-22, 2016.

BOGDANDY, Armin Von; URUEÑA, René. International Transformative Constitutionalism in Latin America. *American Journal of International Law*, v. 114, n. 3, p. 403-442, 2020.

BORBA, Marina de Neiva; HOSSNE, William Saad. A Natureza Jurídica da Saúde na América Latina e Caribe: um Estudo Constitucional Comparado. *Revista de Direito Sanitário*, v.11, n.1, p. 26-46, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Lagos del Campo vs. Perú*. Sentencia de 31 de Agosto de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros vs. Perú*. Sentencia de 23 de Noviembre de 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_344_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *San Miguel Sosa y Otras vs. Venezuela*. Sentencia de 8 de Febrero de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_348_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Poblete Vilches y Otros vs. Chile*. Sentencia de 8 de Marzo de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Cuscul Pinaral y Otros vs. Guatemala*. Sentencia de 23 de Agosto de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Muelle Flores vs. Perú*. Sentencia de 06 de Marzo de 2019. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Hernández vs. Argentina*. Sentencia de 22 de Noviembre de 2019. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_395_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*. Sentencia de 6 de Febrero de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus Familiares vs. Brasil*. Sentença de 15 de Julho de 2020. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf. Acesso em: 5 jun. 2021.

COSTA, Maria Isabel Pereira da. *Constitucionalismo ou neoliberalismo: o que interessa a quem*. Porto Alegre: Síntese, 1999.

DUPUY, Pierre-Marie. Soft Law and the International Law of the Environment. *Michigan Journal of Interna-*

tional Law, n. 12, p. 420-435, 1991.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *ius constitutionale commune americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, 2014. p. 329-382. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688).

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la justiciabilidad plena de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (Coords.). *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: UNAM, 2016. p. 155-218.

GALÁN, Elena Carolina Díaz; TRIANA, Harold Bertot. Caso Cuscul Pivaral Y Otros Vs. Guatemala, Sentencia de 23 de Agosto de 2018 de la Corte Interamericana de Derecho Humanos: Un Paso más de una Línea Jurisprudencial Polémica en La Protección de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. *Revista Electrónica Iberoamericana*, v. 13, n. 2, p. 63-88, 2019.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, 2014. p. 459-500. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688).

GÓNGORA MAAS, Juan Jesús. Pasado, presente y futuro de los derechos económicos, sociales y culturales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana: un debate inacabado. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. (Coords.). *Construcción de un Ius Constitutionale Commune en América Latina: Contexto, estándares e impacto a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* México: UNAM, 2016. p. 219-264.

MAAS, Rosana Helena; LIMA, Sabrina Santos. O Reconhecimento da Justiciabilidade Direta do Direito à Saúde pela Corte IDH: Análise Crítica do Caso Poblete Vilches Vs. Chile. *Projeto de Pesquisa “Fórmulas”*, p. 1-15, 2019.

MOSCOSO-BECERRA, Gerson. A Justiciabilidade Direta dos Direitos Trabalhistas na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Dikaion*, v. 28, n. 2, p. 385-403, 2019.

PAUTASSI, Laura. Monitoramento do Acesso à Informação a partir dos Indicadores de Direitos Humanos. *SUR - Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 10, n. 18, p. 57-77, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flavia. *Ius constitutionale commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos* México: UNAM, 2014. p. 61-84. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688).

ROSSI, Julieta. Punto de inflexión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre DESCA. El camino de la justiciabilidad directa: de “Lagos del Campo” a “Asociación Lhaka Honhat”. *Revista Pensar en Derecho*, n. 16, p. 183-235, 2020.

SANTANO, Ana Claudia. Direitos sociais e desenvolvimento: uma abordagem do ativismo judicial na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, n. 77, p. 273-300, 2019.

SERNA DE LA GARZA, José María. El concepto del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor;

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. (Coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, 2014, p. 199-218. (Serie Doctrina Jurídica, n. 688).

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

**5. DIÁLOGO ENTRE ORDENS
INTERNACIONAIS: O CONSTITUCIONALISMO
TRANSFORMADOR ENTRE REGIÕES**

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

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

The jurisprudence in general international law and the value and impact of the contentious jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights

Humberto Nogueira Alcalá

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

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*

The jurisprudence in general international law and the value and impact of the contentious jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights

Humberto Nogueira Alcalá**

Resumen

El objetivo de este artículo es el de analizar el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que excedan los efectos de cosa juzgada en el caso específico respecto del Estado concernido, a diferencia de lo que normalmente se predica de las sentencias de los tribunales internacionales. La hipótesis del artículo es que, a partir del carácter de intérpretes de los respectivos tratados, dichos tribunales han desarrollado un efecto de “cosa interpretada” y de “control de convencionalidad interno” que deben concretar los Estados Partes de ambos sistemas regionales de derechos humanos que excede los efectos de cosa juzgada para el Estado concernido. La metodología que se utilizará será de carácter lógico jurídico y documental, utilizando los respectivos convenios, la jurisprudencia de los respectivos tribunales regionales y la doctrina académica, como asimismo, el método comparativo para establecer las concordancias y diferencias entre las atribuciones de ambos tribunales regionales. Los resultados del análisis permiten sostener que las sentencias de ambos tribunales regionales exceden los efectos de cosa juzgada para el caso concreto, vinculando con los estándares fijados en sus fallos a los demás Estados que forman parte del respectivo sistema regional de derechos humanos, los que de no ser asumidos pueden dar lugar a la responsabilidad internacional del respectivo Estado por violación de derechos humanos.

Palabras claves: Jurisprudencia; Tribunales regionales de derechos humanos; Cosa interpretada; Control de convencionalidad interno.

Abstract

The objective of this article is to analyze the impact of the judgments of

* Recibido em: 31/05/2021.

Aprovado em: 24/09/2021.

“Este trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N° 1200113: La costumbre, los principios generales y la jurisprudencia internacional como fuentes del derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el derecho interno: análisis doctrinal y jurisprudencial”, del que el autor es investigador principal”.

** Doctor en Derecho por la Universidad Católica de Lovaina La Nueva, Bélgica. Profesor titular de Derecho Constitucional y Director del Centro de Estudios Constitucionales de Chile de la Universidad de Talca, Chile.
E-mail: nogueira@utalca.cl

the European Court of Human Rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights (I / A Court HR) that exceed the effects of *res judicata* in the specific case with respect to the State concerned. Unlike what is normally predicated of the judgments of international tribunals. The hypothesis of the article is that, based on the character of interpreters of the respective treaties, said courts have developed an effect of “thing interpreted” and of “control of internal conventionality” that the States Parties to both regional human rights systems must specify that exceeds the effects of *res judicata* for the State concerned. The methodology that will be used will be of a logical legal and documentary nature, using the respective agreements, the jurisprudence of the respective regional courts and academic doctrine, as well as the comparative method to establish the concordances and differences between the powers of both regional courts. The results of the analysis make it possible to sustain that the judgments of both regional courts exceed the effects of *res judicata* for the specific case, linking the other States that are part of the respective regional human rights system with the standards set in their judgments, which of Failure to be assumed may give rise to the international responsibility of the respective State for violation of human rights.

Keywords: Jurisprudence; Regional human right courts; Interpreted thing; Internal conventionality control.

1 Introducción

En el derecho internacional se han desarrollado, a partir de la segunda mitad del siglo XX, tratados o convenciones de carácter regional que tienen por objeto la protección de los derechos humanos, entre ellos, la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), las cuales han creado tribunales regionales de Derechos Humanos, entre los cuales se cuenta al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en adelante, TEDH, y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, Corte IDH, que tienen la finalidad de asegurar y garantizar a las personas de los Estados Partes el ejercicio efectivo de sus derechos. Las convenciones establecen la facultad de las personas que se encuentran bajo los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, para formular quejas o peticiones a dichos tribunales para que, en casos contenciosos, determinen si dicho Estado Parte a vulnerado sus derechos humanos, y en caso afirmativo, determinar su responsabilidad internacional y especificar medidas de reparación.

Bajo el contexto señalado, se busca a través del análisis de la jurisprudencia de dichos tribunales y de información documental pertinente, como del análisis comparativo de los efectos de las sentencias, determinar si ellas exceden los efectos de cosa juzgada del caso específico del Estado Parte concernido, e impactan a los demás Estados Partes, a través de la interpretación de los derechos del respectivo convenio o tratado, estableciendo estándares mínimos en materia de derechos que vinculan a los demás Estados que integran el sistema regional respectivo, superando los efectos tradicionales de las sentencias internacionales. Ello nos llevara al análisis de la “cosa interpretada” de las sentencias del TEDH y la doctrina del “control de convencionalidad interno” desarrollado por la Corte IDH, las que permitirían afirmar el carácter vinculante de los efectos de sus sentencias para los Estados Partes del sistema regional respectivo, más allá del efecto de cosa juzgada que afecta al Estado concernido por la sentencia del respectivo tribunal regional.

Tal análisis permitirá precisar también cuál de ambos tribunales, TEDH y Corte IDH, a través de sus sentencias genera mayores impactos en los Estados Partes del sistema regional respectivo que trascienden los efectos de cosa juzgada de la sentencia para el Estado Parte concernido directamente por ella.

2 El valor y alcance de la jurisprudencia dentro del ámbito del derecho internacional clásico.

El artículo 38.1. d) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya establece que dicho tribunal aplicará “las decisiones judiciales como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho”.

La jurisprudencia internacional está constituida por las resoluciones judiciales de los tribunales internacionales permanentes o *ad hoc*, como también las decisiones judiciales de los tribunales arbitrales. La jurisprudencia más importante y central es la emanada de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) la cual conforme al artículo 92 de la Carta de Naciones Unidas es el órgano judicial principal de Naciones Unidas, ya sea en la emisión de sus decisiones judiciales como también a través de sus opiniones consultivas ⁽¹⁾. Aunque las decisiones de esta Corte solo alcanzan a las partes litigantes en un caso concreto, no hay impedimento para que pueda utilizar su jurisprudencia como reafirmación de su posicionamiento jurídico.

Es también parte de la jurisprudencia internacional la emanada de tribunales internacionales especiales como la Corte Penal Internacional y el Tribunal Internacional de Derechos del Mar, pertenecientes al sistema de Naciones Unidas, como asimismo las sentencias de los tribunales regionales especiales de derechos humanos como son, entre otros, el TEDH y la Corte IDH.

La jurisprudencia de los tribunales internacionales cumple una importante función como medio de prueba de la costumbre internacional y de los principios generales del derecho², como asimismo para la interpretación del derecho convencional.

2.1 La concepción de la jurisprudencia en el derecho internacional.

El vocablo jurisprudencia en el derecho internacional se refiere “al conjunto de reglas jurídicas que se desprenden de las decisiones judiciales”³. Asimismo, también puede señalarse que constituye el conjunto de principios o normas generales, que emanan de los fallos uniformes dictados por los Tribunales Superiores de Justicia.

La jurisprudencia internacional debe entenderse como la alusión a decisiones judiciales de los tribunales internacionales sobre determinadas materias en un mismo sentido.

Cabe también señalar que un tribunal internacional a través de sus decisiones jurisdiccionales tiene un poder importante en caso de silencio, oscuridad o insuficiencia del derecho positivo.

2.2 La jurisprudencia internacional como fuente del derecho o como medio auxiliar para la determinación de reglas del derecho.

En esta materia hay dos perspectivas, para un primer grupo mayoritario de autores la jurisprudencia es un medio auxiliar para la determinación de reglas de derecho, mientras para otro grupo minoritario de autores, la jurisprudencia es fuente del derecho internacional, poseyendo un poder normativo autónomo.

2.2.1 La jurisprudencia como fuente del derecho internacional.

Entre quienes asumen que la jurisprudencia puede ser considerada fuente del derecho internacional se encuentra Scelle, el cual señala que “La tercera fuente formal del derecho es la jurisprudencia, obra también de agentes especializados (jueces, árbitros). Se desprende y establece en un sentido determinado como consecuencia de una repetición de juicios, de casos concretos, por lo que se parece a la costumbre (costumbre

¹ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Derecho Internacional Público*. 2. ed. Santiago: El Jurista. Santiago, 2020. p. 100.

² CASANOVAS, Oriol; RODRIGO, Ángel J. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Novena edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2020. p. 86.

³ PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Vigésimo cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2020. p. 84.

judicial). Pero es fuente autónoma del derecho en tanto que interpreta, es decir, hace flexible y adapta la regla legislativa a las necesidades sociales evolucionadas.”⁴.

Esta perspectiva es adoptada en nuestros días también por Pastor Ridruejo, quién ya en 1960, señaló:

“si la costumbre es fuente del derecho, con mayor razón habrá de serlo la jurisprudencia. Pues si aquella — la costumbre—resulta de los supuestos, no contemplados inicialmente por regla positiva, en que los miembros de una comunidad acudían voluntariamente a los principios jurídicos superiores para encontrar la solución adecuada al caso en cuestión, proviene la jurisprudencia de los supuestos en que la solución ha sido indagada en los principios superiores por un órgano calificado de la comunidad, cual es el judicial. Si la costumbre se forma en el proceso de actuación espontánea del derecho a través de una repetición de actos que se saben conformes a los principios superiores, la jurisprudencia se establece en el proceso de actuación forzosa del derecho a través de una repetición de soluciones extraídas también de los principios superiores. En definitiva, pues, en los casos de insuficiencia, oscuridad, invalidez aparente o silencio de una regla positiva, la jurisprudencia de los tribunales puede alumbrar normas positivas afines a las consuetudinarias. La jurisprudencia es al cumplimiento forzoso del derecho lo que es la costumbre a su observancia espontánea.”⁵.

A pesar de la disposición del artículo 38.1. d), se ha planteado que para determinar el valor de la jurisprudencia del Tribunal de la Haya, se debe atender más a su actitud que a la letra de su Estatuto, ya que el Tribunal se atiene a la consideración de su jurisprudencia como auténtica fuente del derecho, ya que no tiene el menor inconveniente en aplicar ciertas reglas por el construidas y que invoca no a título de principios generales del derecho, costumbre o convenciones, sino como su propia jurisprudencia”⁶.

Por otra parte, Ian Brownlie, el destacado profesor de Oxford, considera que el artículo 38.1, del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, no se refiere, en sí mismo, a «fuentes» y tampoco puede ser considerado como una rígida enumeración de las mismas⁷.

Asimismo, se señala que el artículo 59 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no estableció una prohibición o negación para que las decisiones de otros tribunales internacionales pudiesen tener efectos normativos⁸.

2.2.2 La jurisprudencia solo como medio auxiliar para la determinación de reglas de derecho.

Conforme al tenor literal del artículo 38.1, d), que considera que las decisiones judiciales son solamente un medio auxiliar para la determinación de reglas del derecho. Asimismo, debe tenerse presente el artículo 59, el cual dispone que “la decisión del Tribunal no es obligatoria sino para las partes en litigio y respecto del caso que ha sido decidido”. Por otra parte, el propio Tribunal Internacional de Justicia ha precisado que el objetivo del artículo 59 es “evitar que los principios jurídicos admitidos por el Tribunal en un asunto determinado sean obligatorios para otros Estados”⁹.

La mayoría de la doctrina se inclina por reconocer a la jurisprudencia internacional el carácter de un medio auxiliar para la determinación de reglas de derecho¹⁰, siguiendo el tenor literal del artículo 38.1. d), del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴ SCELLE, George. *Cours de Droit International Public*. Paris: Ed. Domat, 1948. p. 596.

⁵ PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Vigésimo cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2020. p. 85.

⁶ PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Vigésimo cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2020, p. 85.

⁷ BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5. ed. Oxford University Press, 1999. P. 3.

⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Derecho Internacional Público Contemporáneo*. Barcelona: Bosch – Editorial Cusatecla, 2019. p. 137.

⁹ CPJI. Serie 4 N° 7, p. 19.

¹⁰ VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Derecho Internacional Público*. 2. ed. Santiago: El Jurista. Santiago, 2020. p. 100; CASANOVAS, Oriol; RODRIGO, Ángel J. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Novena edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2020. p. 85; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Derecho Internacional Público Contemporáneo*. Barcelona: Bosch – Editorial Cusatecla, 2019. p. 135.

Puede señalarse que la obligación de motivar las decisiones judiciales tiene también por consecuencia hacer de la jurisprudencia una fuente indirecta del derecho, en la medida que todo juzgamiento se funda en una regla preexistente¹¹.

3 Las sentencias emanadas de las cortes interamericana y europea de derechos humanos.

Todos los Estados parte de la CADH y del CEDH se encuentran comprometidos, en su conjunto, a lograr el cumplimiento y eficacia de los pronunciamientos que emite la Corte IDH (artículo 52 de la CADH) y el TEDH (artículo 19 CEDH), en tanto que Estados parte del respectivo tratado interesados en coadyuvar en el establecimiento de un orden público interamericano o europeo, respectivamente, que garantice el desarrollo democrático de los Estados concernidos y una efectiva vigencia de los derechos humanos.

Conforme con el artículo 46 del CEDH¹², la sentencia definitiva del TEDH, tiene carácter obligatorio y valor de cosa juzgada (Art. 46 del Protocolo N° 11), teniendo fuerza vinculante inter partes. A su vez, de conformidad con los artículos 67 y 68.1 de la CADH, el fallo de la Corte IDH es “definitivo” e “inapelable” y los Estados que integran la CADH se comprometen a “cumplir la decisión” en todo caso en que sean partes, dando a la sentencia el carácter de firme y vinculante, sin existir ningún medio de impugnación.

Conforme con la normativa de la CADH y del CEDH y la práctica de la Corte IDH y el TEDH no hay duda de que el principio de autoridad de cosa juzgada internacional, tiene como consecuencia, poner término definitivo al caso, teniendo la sentencia efecto de cosa juzgada internacional, para, enseguida, conducir a la ejecución de la obligación jurisdiccional por los Estados parte¹³.

El que los fallos de las cortes regionales de derechos humanos sean “vinculantes” no implica siempre que sean directamente aplicables, ya que ellas requieren de decisiones judiciales internas interpuestas para poder darles aplicación, ya sea revisando sentencias internas o privándolas de efectos jurídicos, anulando condenas, declarando libertades personales, entre otros casos.

Debe señalarse que la interpretación convencional vinculante de los tribunales internacionales regionales de derechos humanos no debe confundirse con la tradicional cosa juzgada civil, ya que no demanda los clásicos requisitos de la cosa juzgada formal, vale decir, la triple identidad de los sujetos, el objeto, el petitum o causa de pedir. “La vinculación produce unos efectos mayores: una eficacia general, abstracta y erga omnes”¹⁴, además “entraña la autoridad de cosa juzgada material en el valor sobre el fondo del asunto: el estado jurídico de una cuestión sobre la que ha recaído una sentencia firme que tiene eficacia de vincular al órgano jurisdiccional en otros procesos”¹⁵.

La jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH genera un impacto jurídico y político en los Estados parte, produciéndose la recepción de ella y la incorporación del estándar mínimo convencional en los orde-

¹¹ BLIN, Olivier. *Droit International Public Général*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 2019. p. 194.

¹² Este artículo establece la fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias, determinando en su numeral 1, que las Altas Partes Contratantes se comprometen a acatar las sentencias definitivas del Tribunal en los litigios en que sean partes, agregando el numeral 2, que la sentencia definitiva del Tribunal se transmitirá al Comité de Ministros, que velará por su ejecución.

¹³ BRANT, L. N. C. A res judicata. Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: LEÃO, R. Z. R. et al. (coord.). *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaios em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p. 394.

¹⁴ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante. En: GARCÍA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna (eds.). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2017. p. 71-132. p. 105.

¹⁵ Ver, VON BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune en América Latina*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014.

namientos jurídicos nacionales, lo que permite el desarrollo de *un ius commune regional*¹⁶, el cual posibilita un efecto armonizador y transformador de los sistemas jurídicos nacionales mediante reformas de sus sistemas normativos internos desde el ámbito constitucional hasta sus normativas legales y reglamentarias, como asimismo, introduciendo modificaciones conductuales de las autoridades y funcionarios estatales¹⁷.

En el caso del TEDH, las sentencias, por regla general, son declarativas de la vulneración de derechos por el Estado parte; en una etapa inicial, a la sentencia no se le reconoció valor de cosa juzgada ni se sostuvo la vinculatoriedad de dichas sentencias¹⁸. “El único caso que modifica el carácter esencialmente declarativo de las sentencias del Tribunal es el previsto por el artículo 41, en el que se atribuye a éste la potestad de conceder a la parte lesionada una “satisfacción equitativa” en caso de que el derecho interno no permita o sólo permita de modo incompleto reparar las consecuencias de la violación”¹⁹, sin que dicha sentencia contenga indicaciones especiales. Sin embargo debe señalarse que, en una parte de los casos, se pone en evidencia, problemas objetivos de carácter general que hace necesaria una actuación del Estado para asegurar el respeto de los derechos garantizados en el Convenio. “En tal sentido, el Tribunal ha sostenido desde hace tiempo que sus sentencias no sirven solamente al objetivo de solucionar el caso en el que interviene, sino sobre todo al fin de aclarar, salvaguardar y desarrollar de manera amplia las normas del Convenio y contribuir con ello al respeto de los compromisos adquiridos por los Estados, en calidad de partes contratantes. (*Baggetta vs. Italia*, 25 de junio de 1987, párrafo 30; *Oberschlick vs. Austria*, 23 de mayo de 1991, párrafo. 65; *Nasri vs. Francia*, 13 de julio de 1996, párrafo 9; *Selmouni vs. Francia*, 28 de julio de 1999, párrafo 126)”²⁰. A su vez, en el caso *Karner v. Austria* (2003), consideró en el párrafo 26 de la sentencia que, a pesar de su competencia primordial de velar por los derechos de las personas peticionarias, su misión es también mejorar “los estándares generales de protección de los derechos humanos” e “extender a jurisprudencia de los derechos humanos en toda la comunidad de los Estados contratantes”.

Las sentencias del TEDH han evolucionado para indicar al Estado parte las medidas individuales o generales de reparación que debe adoptar, para alcanzar la *restitutio in integrum*²¹, lo que hace a la sentencia asumir un carácter dispositivo, que puede tener repercusiones en el momento de valorar la correcta ejecución de ese procedimiento jurisdiccional, además de efecto de cosa interpretada²², en la medida que dicha interpretación

¹⁶ Von VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México, Instituto de *Estudios Constitucionales* del Estado de Querétaro / Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2014; PIOVESAN, Flavia. *Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafío*. En: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina Rasgos, potencialidades y desafíos* (México, UNAM / Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional), 2014. p. 61-81.

¹⁷ Ver, GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante. En: GARCÍA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna (eds.). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2017. p. 71-132. p. 75.

¹⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda? En: GARCÍA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna (eds.). *¿Hacia Una Globalización de los Derechos?* Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2017. p. 133 -168. p. 136.

¹⁹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ZANGHI, Claudio. Las jurisdicciones de derechos humanos europea y americana. Reparaciones y efectos de las sentencias. “cosa interpretada” (interpretación vinculante), cumplimiento y ejecución. En: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA, Pablo; CANOSA, Raúl. (eds.). *El diálogo entre los sistemas Europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona: Editoriales Civitas; Thomson Reuters, 2012. p. 423- 491, p. 441.

²⁰ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ZANGHI, Claudio. Las jurisdicciones de derechos humanos europea y americana. Reparaciones y efectos de las sentencias. “cosa interpretada” (interpretación vinculante), cumplimiento y ejecución. En: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA, Pablo; CANOSA, Raúl. (eds.). *El diálogo entre los sistemas Europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona: Editoriales Civitas; Thomson Reuters, 2012. p. 423- 491. p. 442.

²¹ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 42, p. 395-424, 2018. p. 406 y 424. En 2011 dichas sentencias entran al reglamento del TEDH.

²² QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 42, p. 395-424, 2018. p. 399.

afecta a otros Estados partes que tienen situaciones idénticas o similares. La indemnización opera solo si no son viables otras medidas de reparación. Así en *Sejdivic contra Italia*, en sentencia de 10 de noviembre de 2004, “el TEDH impuso a Italia la adopción de medidas individuales y generales, abolir los artículos jurídicos que pudieran impedir la apertura del proceso de condena en rebeldía.

Explicitemos que las medidas de reparación están expresamente establecidas en el artículo 63.1 de la CADH, a diferencia del CEDH, que se refiere a medidas de satisfacción en el artículo 41 del CEDH, aun cuando en la práctica el TEDH ha comenzado a adoptar medidas generales o específicas de reparación idóneas en casos concretos con el objeto de reparar los perjuicios causados, especialmente cuando la “*restitutio in integrum*” depende de la liberación de una persona condenada bajo violación a un proceso equitativo o de la reapertura de un proceso penal, o incluso la concreción de las modificaciones legislativas necesarias. En tales casos, el TEDH no deja elección de medios al Estado parte sino que expresa la mejor forma de reparar los daños causados a las víctimas²³.

Por otra parte, es importante la adopción de sentencias piloto²⁴ por el TEDH, en las cuales ante una reiteración de casos sobre un mismo derecho en un determinado Estado Parte, los que responden a un problema estructural, se dicta una sentencia por el TEDH escogiendo un caso que trata globalmente el problema, estableciendo en el fallo la necesidad de concretar reformas generales que permitan superar la situación, ya sea mediante cambios normativos o prácticas administrativas, conformándose sentencias constitutivas de obligaciones concretas, aun cuando la supervisión de tales medidas quedan en manos del Comité de Ministros.

La sentencia de la Corte IDH tiene un efecto objetivo de cosa interpretada de la normativa convencional y de eficacia indirecta “*erga omnes*” hacia todos los Estados parte de la Convención²⁵, especialmente cuando determina la existencia de una norma de *ius cogens*²⁶, ya que todas las autoridades de los Estados partes se encuentran vinculados por dicha regla imperativa²⁷, como asimismo, en los demás casos por la efectividad convencional y, por tanto, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en cuanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana. Esta perspectiva explica la lógica racional de que la sentencia sea notificada no solo “a las partes en el caso” sino también “transmitida a los Estados partes en la Convención” de conformidad con el artículo 69 de la CADH.

El Estado parte de la CADH o del CEDH, responsable de cumplir la sentencia de la Corte IDH o del TEDH, que no ejecuta en el ámbito interno las medidas de reparación dispuestas por la sentencia, estaría desconociendo el derecho de acceso a la justicia internacional, violando de paso los artículos 8 y 25 de la CADH y el artículo 14 del PIDCyP de Naciones Unidas, respectivamente.

Rodríguez Rescia sostiene respecto de la Corte IDH que es en base a la ejecutividad que tienen las sentencias que establezcan reparaciones para el caso concreto y los fallos que dicte sobre el fondo de un caso”

²³ CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Byron. El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Barcelona: Bosch editor, 2018. p. 180-181.

²⁴ QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Revista Teoría y Realidad Constitucional, Madrid, n. 42, p. 395-424, 2018. p. 422-423.

²⁵ Ver FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MOLLER, Carlos. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional. En: VON BOGDANDY, Armin; UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, p. 299-348. p. 824.

²⁶ Normas de *ius cogens* determinadas por la Corte IDH, el principio de no discriminación, el derecho a la justicia, la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad, entre otros. La Corte constató la violación de una norma de este tipo, en los casos Masacres de Río Negro vs. Guatemala o Gomes Lund vs. Brasil, Almonacid Arellano y otros vs. Chile, entre otros.

²⁷ Ver, art. 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969. Sobre la materia puede consultarse, WEATHERALL, 2015; OLLARVES, 2005.

no sólo sirven para resolver los asuntos que se le someten, sino para aclarar, amparar y desarrollar las normas de la Convención lo que contribuye a que los Estados partes respeten los compromisos internacionales firmados²⁸.

En ambos sistemas existe también una supervisión del cumplimiento de los fallos, en el caso interamericano dicha supervisión es efectuado directamente por la Corte IDH, la que mantiene dicha supervisión hasta que el Estado parte infractor cumpla con todas las medidas de reparación consideradas en la respectiva sentencia. Dicha supervisión se concreta especialmente respecto de las decisiones de fondo y reparaciones, para lo cual la Corte IDH ha implementado audiencias públicas o privadas donde escucha el parecer de la Comisión Interamericana y analiza las posiciones del Estado, las víctimas y sus representantes, emitiendo las resoluciones pertinentes que se comunican al Estado infractor para su cumplimiento.

En el sistema europeo la supervisión del cumplimiento de las sentencias del TEDH lo efectúa el Comité de Ministros que, conforme determina el artículo 46 N° 3, cuando considere que la supervisión de la ejecución de una sentencia definitiva resulta obstaculizada por un problema de interpretación de dicha sentencia, podrá dirigirse al Tribunal con objeto de que éste se pronuncie sobre dicho problema de interpretación. La decisión de dirigirse al Tribunal se tomará por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité. A su vez, el N° 4 de dicho artículo determina que, si el Comité considera que una Alta Parte Contratante se niega a acatar una sentencia definitiva sobre un asunto en que es parte, podrá, tras notificarlo formalmente a esa Parte y por decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos de los representantes que tengan derecho a formar parte del Comité, plantear al Tribunal la cuestión de si esa Parte ha incumplido su obligación en virtud del párrafo 1. Finalmente, el N° 5 del artículo 46, señala que si el Tribunal concluye que se ha producido una violación del párrafo 1, remitirá el asunto al Comité de Ministros para que examine las medidas que sea preciso adoptar. En caso de que el concluya que no se ha producido violación alguna del párrafo 1, reenviará el asunto al Comité de Ministros, que pondrá fin a su examen del asunto.

3.1 El valor de cosa interpretada de la sentencia del TEDH y el control de convencionalidad interno que deben efectuar los Estados parte de la CADH.

Ambos tribunales han desarrollado la concepción de que las respectivas sentencias del TEDH y de la Corte IDH proyectan un efecto de cosa interpretada²⁹ o de control de convencionalidad a través de la *ratio decidendi* o *holding* de sus fallos, lo que impele a los Estados parte no directamente concernidos específicamente por la cosa juzgada del fallo, a desarrollar acciones preventivas con el objeto de evitar incurrir en vulneraciones de los derechos asegurados y garantizados por las respectivas convenciones, concretando cambios de conductas de sus autoridades o modificaciones de sus ordenamientos jurídicos con el objeto de concretar un ajustamiento al estándar mínimo de derechos al que obliga el hecho de ser Estado parte del respectivo sistema regional de protección de derechos humanos (CEDH o CADH), conforme al artículo 1° de ambas convenciones.

La eficacia interpretativa de la jurisprudencia del TEDH y de la Corte IDH hacia los Estados parte de las respectivas convenciones deriva de la misma eficacia jurídica de ellas, las que despliegan sus efectos en cada Estado Parte por el solo hecho de ser estos integrantes del respectivo sistema, debiendo cumplir las obligaciones convencionales de buena fe, conforme a los artículos 26 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.

El fundamento de esta eficacia general deriva de la seguridad jurídica, que reclama la certidumbre en

²⁸ RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor. *La ejecución de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: IJSA, 1997. p. 69.

²⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda? *En*: GARCIA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna (eds.). *¿Hacia Una Globalización de los Derechos?* Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2017. p. 133-168.

el entendimiento de los derechos humanos, como asimismo la estabilidad de las relaciones jurídicas, con mayor razón en un sistema colectivo y multilateral cuya compleja unidad y coherencia interna deben mantenerse.

Como señalan MARINO y COIMBRA DE CARVALHO, “la propia noción de control de convencionalidad operada para la compatibilización de los órdenes jurídicos estatales con el contenido escrito de la CADH, y, sobre todo, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana, representa, por sí solo, una apertura natural del sistema interamericano al reconocimiento de la autoridad interpretativa de la Corte de San José, siendo el caso *Gelman V. Uruguay* que la doctrina de la res interpretata fue incorporada de modo expreso en el sistema interamericano”³⁰.

3.1.1 La cosa interpretada en la jurisprudencia del TEDH.

La doctrina de la cosa interpretada (res interpretata) deriva del hecho de que, en cuanto la CEDH no establece un mecanismo de precedentes con carácter vinculante a todos los Estados Partes, a partir del momento en que el TEDH se pronuncia sobre un tema en determinado caso contencioso, existe la legítima expectativa de que la Convención sea interpretada y aplicada de la misma manera en demandas posteriores que afecten a otros Estados³¹.

Como señalan Ferrer y Queralt, la definición de la doctrina internacionalista de lo que se entiende por “cosa interpretada” es la autoridad que desborda los límites de un caso concreto y que es, en realidad, la desarrollada por el CEDH en tanto que intérprete de las disposiciones del respectivo tratado regional de derechos humanos³².

El efecto de cosa interpretada, para el ámbito europeo, implica que el TEDH mediante sus sentencias establece una doctrina acerca del sentido y alcance de un determinado derecho del CEDH, la que se establece como interpretación auténtica al ser concretada por el TEDH que tiene el carácter de intérprete final del CEDH, la “que debe ser asumida como de obligado respeto para sucesivos asuntos de similares características que deban ser enjuiciados por los órganos judiciales competentes”³³. En algunos casos en TEDH ha señalado que revisará si las autoridades nacionales tuvieron en cuenta la interpretación que del mismo ha dado el TEDH, a través de su jurisprudencia, aun cuando dicha jurisprudencia afectare a otros Estados Partes y no al Estado demandado, como ha establecido en diversos fallos, entre ellos, *Opus contra Turquía*, sentencia de 9 de junio de 2009, párrafo 163; caso *Von Hannover N° 2 contra Alemania*, sentencia de 7 de febrero de 2012, párrafo 107³⁴.

En sentido similar, Saíz Arnáiz, conceptualizó la cosa interpretada como “la adecuación de las jurisdicciones, y, en general, de los poderes públicos nacionales, al entendimiento que de los derechos convencionales se deduce de las sentencias”³⁵ del TEDH. Así, la eficacia de cosa interpretada, se transforma en una

³⁰ MARINO, Tiago Fuchs; CARVALHO, Luciani Coimbra de. A Doutrina da Res Interpretata no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Diferenciais, Potencialidades e Desafios. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Unijuí, ano 8, n. 16, p. 75-94, jul./dez. 2020. p. 83.

³¹ ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. Res Interpretata Erga Omnes, Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights. *European Journal of International Law (EJIL)*, Oxford, v. 28, n. 3, p. 819-843, 2017.

³² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda? *En*: GARCIA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna (eds.). *¿Hacia Una Globalización de los Derechos?* Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2017. p. 133 -168. p. 136.

³³ CRUZ VILLALÓN, Jesús. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral. *Temas Laborales*, n. 145, p. 17-53, 2018. p. 36.

³⁴ Ver CANO PALOMARES, Guillem. Dialogo entre jurisdicciones supranacionales de Derechos Humanos. *En*: REVENGA SÁNCHEZ, Miguel; CUENCA GÓMEZ, Patricia (ed.). *El tiempo de los derechos: Los derechos humanos en el siglo XXI*. Madrid: Ed Universidad de Cádiz y Dykinson, 2015. p. 47- 71. p. 71.

³⁵ SÁIZ ARNÁIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución*

primera manifestación de la fuerza obligatoria de las sentencias del TEDH establecida en el Convenio (art. 46.1) que produce efectos hacia el futuro. Así los Estados que no han sido partes del proceso ante el TEDH, tienen el deber de observar la evolución de la jurisprudencia y de adaptar las legislaciones internas a dicha jurisprudencia a fin de evitar futuras condenas por el TEDH; este sería un efecto profiláctico del CEDH y de los fallos del Tribunal, no menos importante que el efecto represivo proveniente de las sentencias en que se declara la violación de derechos³⁶.

El sistema europeo busca que el estándar interno de los Estados Parte sea compatible con el estándar europeo, teniendo presente que los Estados disponen de libertad para compatibilizar su ordenamiento jurídico interno con el CEDH y la jurisprudencia del TEDH, teniendo este último la decisión definitiva sobre la eventual contradicción de las medidas adoptadas por las autoridades nacionales y el estándar europeo por el Estado Parte, los demás Estados no vinculados directamente por la sentencia del TEDH aplicarán el CEDH y deben respetar la jurisprudencia del TEDH en virtud de la cosa interpretada que se deriva de ella, sin perjuicio de que ella sea además aplicada por los jueces nacionales como elemento interpretativo de los catálogos internos de derechos fundamentales.

El criterio interpretativo, como ha precisado el TEDH, sirve no solo para decidir sobre los casos que ella conoce, sino también para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención, tal perspectiva ha sido sostenida en diversas sentencias a través del tiempo, como son el Caso Irlanda contra el Reino Unido, de 18 de enero de 1978 y la sentencia del Caso Rantsev contra Chipre y Rusia, (App. 25965/04), de 7 de enero de 2010³⁷, esta última establece en su párrafo 197, que “las sentencias de la Corte sirven en efecto no solamente para resolver sobre los asuntos respecto de los cuales ella es convocada, sino más generalmente a clarificar, salvaguardar y extender las normas de la Convención, contribuyendo así al respeto por los Estados de los compromisos asumidos por ellos en su calidad de partes contratantes”.

En esta perspectiva, la cosa interpretada convencional, más que en *la identidad de las partes* debe depender de *la identidad de las situaciones*, ya que unas mismas violaciones y unas regulaciones normativas similares llevan a una misma razón de decidir. Una decisión vinculante depende de la identidad de supuestos de hecho, de las violaciones de derecho y de las normas aplicables³⁸.

No tiene sentido que los Estados partes del TEDH consideren la intensidad de la vinculación a la jurisprudencia del TEDH dependiendo de si han sido o no partes en el caso del cual emana la jurisprudencia del respectivo tribunal. Ante identidad de situaciones debe aplicarse la misma norma. Tal es la perspectiva leal de cumplimiento de buena fe de la cosa interpretada emanada de los fallos en su ratio decidendi o holding.

Es difícil desconocer la cosa interpretada vinculante de las sentencias del TEDH, ya que ella está estrechamente unida a la norma convencional del CEDH. Estamos ante un sistema colectivo de protección y garantía de derechos, donde los Estados partes deben prevenir el incurrir en vulneración de derechos humanos. Dicha cosa interpretada erga omnes de las sentencias del TEDH, tienen su fundamento en la competencia que este tiene de fijar la interpretación final de los alcances del CEDH. El TEDH ha establecido que los tribunales nacionales tienen la obligación de garantizar, de acuerdo con su orden constitucional y teniendo presente el principio de seguridad jurídica, el pleno efecto de los estándares del TEDH (Fabris contra Francia, sentencia de 13 de febrero de 2013, párrafo 75 y voto concurrente del juez Pinto de Albuquerque, en

española. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 143.

³⁶ MATSCHER, Franz. Quaranta ans d'activités de la Cour Européenne des Droits de L'Homme. *Recueil de Cours*, v. 270, p. 237-398, 1997.

³⁷ TEDH. Caso Rantsev contra Chipre y Rusia, (App. 25965/04), de 7 de enero de 2010 Disponible en: https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/CAR_Serbia/ECtHR%20Judgements/English/RANTSEV%20v%20CYPRUS%20%20RUSSIA%20-%20ECHR%20Judgment%20English.pdf. Acceso en: 31 mayo 2021.

³⁸ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante. En: GARCÍA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna (eds.). ¿Hacia una globalización de los derechos? *El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2017. p. 71-132. p. 103-104.

el que afirma el efecto directo y erga omnes de las sentencias del TEDH)³⁹.

El que las autoridades internas de los Estados partes apliquen los estándares mínimos de derechos compatibles con el estándar europeo permite concretar el principio de economía procesal. Como señala Cruz Villalón “con ello se evitan dilaciones indebidas del proceso, cuando puede asegurarse cuál va a ser el fallo final y, por ello, hablamos de razones de economía procesal”⁴⁰.

A su vez, el “principio de solidaridad” que se ha venido consolidando en la jurisprudencia del TEDH, ha sido reconocido por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, por medio de la resolución 1226 de 28 de septiembre de 2000 sobre la “Ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Dicho principio implica asumir que la jurisprudencia del TEDH forma parte del CEDH, extendiendo así su fuerza legalmente vinculante a todos los Estados parte de la Convención con un efecto erga omnes. Esta perspectiva significa que los Estados Partes deben ejecutar las sentencias del TEDH pronunciadas en los casos en que son parte, debiendo los demás Estados partes tomar en consideración las posibles implicaciones que las sentencias pronunciadas por el TEDH puedan tener en sus propios ordenamientos jurídicos y prácticas legales debiendo hacerlas compatibles con el estándar europeo.

Como señala López Guerra, “El TEDH, desde su sentencia en el caso Handyside contra Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976, ha reconocido que las “autoridades nacionales, tienen mayor proximidad a los hechos y su conocimiento y familiaridad con el contexto social y cultural, tienen una mayor facilidad para la comprensión y tratamiento adecuado de cuestiones relacionadas con el respeto a los derechos humanos, y en consecuencia, para la aplicación del Convenio a estos casos. Ello siempre bajo la última supervisión del Tribunal”⁴¹.

Es necesario establecer que el Protocolo N° 15⁴² incorpora la existencia del margen de apreciación nacional en el preámbulo del CEDH, el cual queda siempre sujeto a la jurisdicción y supervisión del TEDH⁴³. En dicho Protocolo se incluyen además varias reformas de procedimiento ante el TEDH. Sin embargo, cabe señalar que, en materia de margen de apreciación nacional⁴⁴, el Protocolo no señala como dicho margen de apreciación debe ser aplicado, tampoco cuando o en cuales casos o respecto de que derechos, o bajo cuales criterios se concreta, añadiendo así poco al enjuiciamiento⁴⁵. Dicho Protocolo entrará en vigencia el 1° de agosto de 2021.

El TEDH ha establecido que el margen de apreciación de los Estados partes no es ilimitado, ya que, conforme a la naturaleza subsidiaria del sistema, implica la supervisión del TEDH para controlar que los Estados no vayan más allá de la libertad permitida como ha sostenido, entre otros casos, en Arribas Antón y García Manibardo contra España, en sus párrafos 32 y 36. Diversos autores han cuestionado el margen de apreciación por servir para ajustar los criterios del TEDH a los estándares internos de los Estados, en lugar

³⁹ CANO PALOMARES, Guillem. Dialogo entre jurisdicciones supranacionales de Derechos Humanos. En: REVENGA SÁNCHEZ, Miguel; CUENCA GÓMEZ, Patricia (ed.). *El tiempo de los derechos: Los derechos humanos en el siglo XXI*. Madrid: Ed Universidad de Cádiz y Dykinson, 2015. p. 47- 71. p. 71.

⁴⁰ CRUZ VILLALÓN, Jesús. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral. *Temas Laborales*, n. 145, p. 17-53, 2018. p. 37.

⁴¹ LÓPEZ GUERRA, Luis. Los Protocolos de reforma N° 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 49, p. 11 – 29, Enero/Marzo 2014. p. 19.

⁴² Council of Europe Treaty Series N°. 213. Protocolo N°15 amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Strasbourg, 24.VI.2013.

⁴³ El texto establece: “Afirmando que las Altas Partes Contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad tienen la responsabilidad de asegurar en primer lugar los derechos y libertades definidos en el Convenio y los Protocolos al mismo, y al hacerlo así disponen de un margen de apreciación sujeto a la jurisdicción y supervisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”.

⁴⁴ Sobre el margen de apreciación, ver GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Aranzadi: Cizur Menor, 2010.

⁴⁵ GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante. En: GARCÍA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna (eds.). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2017. p. 71-132. p. 91.

de enjuiciar su compatibilidad con las disposiciones convencionales, relativizando el contenido del CEDH. Asimismo, al interior del TEDH, diversos jueces han expresado su discrepancia con la utilización del margen de apreciación en votos disidentes⁴⁶.

La doctrina del margen de apreciación europeo constituye un elemento diferenciador de la práctica judicial seguida por la Corte IDH, aun cuando no se niega por esta última la existencia de cierta discrecionalidad de los Estados partes, por ejemplo, en materia de derechos políticos en las sentencias de los casos Castañeda con Estados Unidos de México de 6 de agosto de 2008⁴⁷, al entender que los Estados partes tienen un margen conforme al cual deben respetarse los derechos políticos consagrados en el art. 23 de la CADH; por otra parte, en el caso Yatama contra Nicaragua, en sentencia de 23 de junio de 2005⁴⁸, la Corte IDH aplicó un criterio flexible para asegurar las condiciones en que los pueblos indígenas pueden participar en las elecciones, reconociendo su derecho a presentar candidaturas con formas tradicionales y en forma diferente de los partidos políticos. A su vez, en uno de los pocos casos en que la Corte IDH se ha referido al margen de apreciación, como es el caso Herrera Ulloa contra Costa Rica, en sentencia de 12 de julio de 2004⁴⁹, en su párrafo 161, determinó en relación al uso del recurso ordinario eficaz contra sentencias, que los Estados disponen de “un margen nacional de apreciación para regular el ejercicio de este recurso”, sin embargo, “no pueden establecer restricciones que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir del fallo”. Finalmente, debe señalarse que una parte de la doctrina critica a la Corte IDH el no usar regularmente el margen de apreciación nacional, como lo realiza el TEDH⁵⁰.

3.1.2 El control de convencionalidad interno como expresión de la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sergio García Ramírez expresará en uno de sus artículos que la expresión control interno de convencionalidad, que el contribuyó a establecer en la jurisprudencia de la Corte IDH⁵¹, se refiere a “la potestad conferida o reconocida a determinados órganos jurisdiccionales —o a todos los órganos jurisdiccionales— para verificar la congruencia entre actos internos, -- así, esencialmente, las disposiciones domésticas de alcance general: constituciones, leyes, reglamentos, etcétera— con las disposiciones del derecho internacional (que en la hipótesis que me interesa reduciré a una de sus expresiones: el derecho internacional de los derechos humanos, y más estrictamente el derecho interamericano de esa materia).”⁵²

La Corte IDH ratifica lo señalado por García Ramírez, considerando que el control de convencionalidad precisa que “la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de Derechos Humanos” como lo explicita en la sentencia del caso *Andrade Salmon*⁵³.

⁴⁶ CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Byron. *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch editor, 2018. p. 228-229.

⁴⁷ Corte IDH. Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C N° 184.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Yatama vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C N° 127.

⁴⁹ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C N° 107.

⁵⁰ Entre ellos cabe señalar, CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, v. 20, n. 2, p. 235-274, 2014. p. 235-274; GONZÁLEZ GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Gonzalo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 15, n. 1, p. 55 – 98, 2017; PAÚL DÍAZ, Álvaro. Os enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, v. 87, n. 246, p.49-82, 2019.

⁵¹ Sergio García lo plantea en un voto concurrente de la sentencia de la Corte IDH en el caso Mack Chang vs. Guatemala, del 25 noviembre de 2003 y en el caso Vargas Areco vs. Paraguay, del 26 de septiembre de 2006. Dicho control de convencionalidad es asumido por la Corte IDH en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, el mismo 26 de septiembre de 2006.

⁵² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, año 5, n. 28, jul./dic. 2011. p. 123-159. p.126, 2011.

⁵³ Corte IDH. Caso Andrade Salmon vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas sentencia de 1° de diciembre de 2016. Serie C N° 330, párrafo 95.

En el caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*, la Corte IDH estableció que el carácter complementario de la jurisdicción internacional determina que el Estado es el primer y principal garante de los derechos de las personas, y señala que el control de convencionalidad es una obligación que surge precisamente para coadyuvar en que las autoridades del Estado parte sean las primeras en garantizar que la interpretación y aplicación del derecho nacional sea consistente con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos⁵⁴, ello permite señalar que la actuación de los tribunales nacionales en cumplimiento de este control de convencionalidad permite denominarlos como “jueces interamericanos”, en la medida que ellos deben contrastar el derecho interno con el estándar interamericano al resolver los casos en el marco de sus respectivas competencias y conforme a los procedimientos determinados por el ordenamiento jurídico nacional.

El Estado parte es siempre el principal garante de los derechos humanos de la personas, como lo dispone su respectivo ordenamiento constitucional, de manera tal que, si se produce un acto violatorio de derechos humanos, es el propio Estado a través de sus órganos y autoridades competentes y conforme a los procedimientos establecidos, el que tiene el deber jurídico de resolver el problema a nivel interno⁵⁵, ya que los órganos del sistema interamericano, Comisión y Corte IDH, operan en forma complementaria, coadyuvante o subsidiaria, como último recurso para asegurar y garantizar el estándar mínimo exigido convencionalmente y asumido por los Estados parte al ratificar o adherir a la CADH o al CEDH..

En el sistema interamericano, la Corte IDH ha manifestado reiteradamente que son los órganos del Estado doméstico quienes deben realizar el primer examen de convencionalidad aplicando la CADH⁵⁶, junto a las demás convenciones del sistema interamericano ratificadas por el Estado parte y la interpretación de las normas del corpus iuris respectivo realizado por la Corte IDH, dentro del ámbito de sus respectivas competencias. En el caso de los tribunales deben ejercer dicho control ex officio en aplicación del principio *iura novit curia*⁵⁷.

Esta perspectiva, otorga a las autoridades de los Estados parte un rol activo en la defensa y garantía de los derechos humanos, generando un sistema integrado de protección de tales derechos donde operan las autoridades nacionales y en subsidio la Comisión y la Corte IDH.

En el caso específico de los tribunales nacionales también deben asumir el artículo 25 de la CADH, el que determina el *derecho al recurso jurisdiccional* para todos los derechos establecidos por la Constitución y la CADH, que *concreta el derecho a la jurisdicción* asegurado por el artículo 8° de la misma CADH. En tal perspectiva, los tribunales y jueces nacionales tienen una función cada vez más importante como principal garante de los derechos humanos⁵⁸.

En el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, la sentencia va determinando progresivamente y acotando lo que se debe desarrollar por los Estados partes como control de convencionalidad interno, la Corte IDH en dicho fallo determinó que:

“cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos

⁵⁴ Ver Corte IDH. Caso *Andrade Salmon vs. Bolivia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de diciembre de 2016. Serie C N° 330, párrafo 93.

⁵⁵ HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos). *Estudios Constitucionales*, año 13, n. 1, p. 123-162, 2015. p. 123-162.

⁵⁶ 128. Ver también entre otros fallos, Corte IDH, Caso *Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C N° 259, párrafo 142.

⁵⁷ La Corte Interamericana de Derechos Humanos alude por primera vez al término «control de convencionalidad» en la sentencia del Caso *Almonacid vs. Chile*, de 2006.

⁵⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, año 5, n. 28, jul./dic. 2011. p. 123-159. p. 141-142 y 153.

⁵⁸ Ver, AYALA CORAO, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben 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”⁵⁹.

Dicha perspectiva, es precisada en forma complementaria, en el caso *Gelman vs. Uruguay*, en Supervisión de cumplimiento de sentencia, de marzo de 2013, en el cual la Corte IDH, determina que cuando un Estado

“no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”⁶⁰.

Ferrer Mac-Gregor conceptualiza el control de convencionalidad interno señalando que es “una obligación internacional a cargo de todas las autoridades de los Estados parte del Pacto de San José de interpretar cualquier norma nacional (constitución, ley, decreto, reglamento, jurisprudencia, etc.) de conformidad con la CADH y, en general, con el corpus juris interamericano (a manera de lo que hemos denominado “bloque de convencionalidad”)”⁶¹.

Para Mazzouli, el control de convencionalidad es el proceso de compatibilización vertical (sobre todo material) de las normas domésticas con los comandos encontrados en las convenciones internacionales de derechos humanos”⁶².

Marques considera que el control de convencionalidad puede ser definido como el método por medio del cual la autoridad nacional competente (las tres esferas de poder) realiza un examen de carácter vertical material entre una norma jurídica interna (o su propuesta) con las disposiciones contenidas en las convenciones internacionales de derechos humanos, ratificados y vigentes en el país”⁶³.

A su vez, Konstantin Gerber afirma que “Las interpretaciones judiciales y administrativas, como también las garantías judiciales, deben ser aplicadas en adecuación a los principios de la Convención Americana y a sus principios de interpretación, como el *pro homine* o *favor persona* (art. 29, CADH). Se trata de la posibilidad de aplicar preferencialmente los derechos contenidos en el derecho convencional como parámetro mínimo, obligación derivada del artículo 1º de la CADH, como también adecuar la interpretación del derecho interno a una interpretación conforme, para efecto del artículo 2º de la CADH”⁶⁴.

Como señala Conci, el control de convencionalidad no se estructura en base a criterios jerárquicos, como

⁵⁹ Corte IDH, Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, sentencia de 26 de noviembre de 2010, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C Nº 220, párrafo 225.c.

⁶⁰ Corte IDH, 20 de marzo de 2013, *Gelman vs. Uruguay*, Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, Resolución de la Corte, párrafo 69.

⁶¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El Control de Convencionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: PEREIRA DE OLIVEIRA DUARTE, Fabiane; BITTENCOURT DA CRUZ Fabrício; DAL MASO JARDIM, Tarciso (coords.). Control de convencionalidade. Brasília, Conselho Nacional de Justiça. 2016. p.13.

⁶² MAZZOULI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 323.

⁶³ MARQUES, Miguel Ângelo. Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil, en *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Ahead of print, 2021. DOI: <https://doi.org/10.17808/des.0.1623>.

⁶⁴ Citada por Wiecko V. de Castilho, Ela. O controle de convencionalidade no Brasil: povos tradicionais, en PEREIRA DE OLIVEIRA DUARTE, Fabiane; BITTENCOURT DA CRUZ Fabrício; DAL MASO JARDIM, Tarciso (coordinadores.). Control de convencionalidade. Brasília, Conselho Nacional de Justiça. 2016. p. 86.

ocurre con el control de constitucionalidad.

“El se construye, en verdad, a partir de tres presupuestos: efecto útil, pro homine y buena fe, dado porque el análisis de compatibilidad entre normas nacionales e interamericanas se da no por una lógica formal, sino por medio de un proceso substancial que hace prevalecer la norma de derechos humanos más favorable, esto es, sea más protectora o menos restrictiva”⁶⁵.

En sentido similar, Pires señala que el control de convencionalidad, como método de efectivización de los derechos humanos, se debe orientar por el denominado “diálogo de las fuentes”, con base en la relación de complementariedad entre las normativas internas e internacionales, buscando conferir al caso concreto la solución más protectora posible a los derechos humanos, siguiendo el principio internacional pro homine, independientemente de la fuente normativa de la cual procede el respectivo derecho fundamental”⁶⁶.

El control de convencionalidad interno en el ámbito de los Estados Parte del sistema interamericano, constituye un control de origen internacional que emana de las obligaciones jurídicas de derechos humanos determinadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, especialmente aquella determinada por el artículo 2º, de adoptar medidas “de otro carácter”, las que deben concretar todos los órganos, autoridades y funcionarios de los Estados Partes, tanto en la emisión, como en la interpretación y aplicación del derecho interno, especialmente los órganos jurisdiccionales de oficio⁶⁷, lo que debe concretarse conforme al corpus iuris interamericano⁶⁸ y la jurisprudencia de la Corte IDH, realizando una interpretación conforme del derecho interno o aplicando preferentemente las normas de dicho corpus cuando las normas internas vulneran el estándar mínimo interamericano de derechos, como asimismo desarrollando normas jurídicas, conductas y prácticas internas conforme a dicho corpus iuris, actuando dentro del marco de sus respectivas competencias y conforme al procedimiento determinado por el ordenamiento jurídico nacional para cada órgano o autoridad, produciendo siempre un efecto útil respecto del respeto y garantía de los derechos humanos, cumpliendo de buena fe el objeto y fin convencional y aplicando siempre el principio pro homine o favor persona.

En el caso de las autoridades gubernamentales, legislativas y administrativas para cumplir sus deberes de asegurar y garantizar los derechos humanos y evitar la responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos, deben respetar los estándares mínimos de los derechos emanados del corpus iuris interamericano y la jurisprudencia de la Corte IDH, evitando el establecimiento de normas y la concreción de actos o la ejecución de conductas que infrinjan los derechos asegurados y realizar una interpretación conforme con el corpus iuris interamericano.

La concreción de dicho control de convencionalidad interno es una perspectiva indispensable para la “supervivencia del propio sistema interamericano de derechos y como “elemento indisoluble a unos sistemas que se erigen en ‘desarrolladores’ de estándares en materia de derechos humanos en sus respectivos territorios”⁶⁹.

Los Estados partes de la CADH deben cumplir sus obligaciones jurídicas determinadas en el marco del

⁶⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes: por uma abertura crítica do direito brasileiro ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado (org.). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. São Paulo: Leya, 2013. p. 200-230.

⁶⁶ PIRES, Nadjara das Neves. *O controle de convencionalidade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Nadjara-das-Neves-Pires.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021. p. 21.

⁶⁷ CARBONELL, Miguel. *Introducción General al Control de Convencionalidad*. Ciudad de México D.F., Editorial Porrúa México - Universidad Nacional Autónoma de México, 2013. p. 70.

⁶⁸ Entre otros documentos complementarios de la CADH, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención de Belem do Pará la Convención sobre Desaparición Forzada de personas

⁶⁹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda? En: GARCIA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna (eds.). *Hacia Una Globalización de los Derechos?* Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2017. p. 133 -168. p. 136-137.

control de convencionalidad interno, teniendo presente los siguientes principios y reglas:

1. El principio de cumplimiento de buena fe que debe regir las obligaciones internacionales conforme a los artículos 26 y 31.1 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, principio que implica reconocer autoridad a las decisiones de la Corte IDH;
2. Por la obligación jurídica de respetar y garantizar los derechos asegurados convencionalmente y de adecuar su ordenamiento jurídico a las obligaciones convencionales (artículos 1 y 2 de la CADH);
3. por la obligación que genera el *estoppel*, al asumir el propio Estado Parte “que reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte IDH sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención” conforme al artículo 62, inciso 1º y 3º de la CADH;
4. Por la obligación de cumplir en forma vinculante las sentencias de la Corte IDH (Arts. 67 y 68 de la CADH)
5. Por el deber de toda autoridad estatal de no generar responsabilidad internacional del Estado por violación de derechos humanos.
6. Por la obligación de no oponer obstáculos de derecho interno al cumplimiento de las obligaciones internacionales (Artículo 27 de la Convención de Viena sobre derecho de los Tratados).

Como señala Fuenzalida, el control de convencionalidad interno que exige actualmente la Corte IDH es la consecuencia del sistema interamericano de protección de los derechos humanos⁷⁰.

La Corte IDH en la sentencia del *caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam*, en su párrafo 124, estableció que no le corresponde a ella determinar un modelo específico para la realización del control de convencionalidad, lo que es parte de las decisiones internas de cada uno de los Estados partes, estableciendo estos la mayor o menor intensidad del control y la elección de los órganos que deben concretarlo⁷¹.

Asimismo, es necesario precisar que la *cosa interpretada* desarrollada por la jurisprudencia de la Corte IDH comprende las sentencias en casos contenciosos y en opiniones consultivas⁷², las demás resoluciones sobre medidas provisionales, supervisión de cumplimiento e interpretación de sentencia⁷³, los convenios complementarios, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y de otros instrumentos de la misma naturaleza (artículo 29, literal d, CADH), constituyendo el corpus iuris interamericano que, a su vez, forma parte del bloque constitucional de derechos humanos, de manera tal que la legitimidad de toda la producción normativa interna, de toda interpretación y de toda actuación de los poderes públicos, radica en que se adecúen a los lineamientos y estándares establecidos por dicho bloque, el cual se constituye en la principal garantía de la democracia, entendida como el conjunto de controles y procedimientos establecidos en garantía de la representación y del principio de mayoría, así como de su dimensión sustancial, entendida como la

⁷⁰ Ver FUENZALIDA BASCUÑAN, Sergio. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del examen de convencionalidad. *Revista de Derecho* (Valdivia), v. 28, n. 1, p. 171-192, jul. 2015. p. 181-182.

⁷¹ Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C N° 276, párrafo 124.

⁷² Corte IDH, OC-21/14 Serie A N° 21, párrafo. 31, y en la OC-22/16, Serie A N° 22, párrafo 26, se determinó que los criterios establecidos en Opiniones Consultivas también son parte del parámetro para el control de convencionalidad, y que deben ser aplicados de manera preventiva.

⁷³ La jurisprudencia de la Corte Interamericana -no solo en casos contenciosos, sino también en casos consultivos- posee efectos erga omnes, como lo ha explicitado la Corte IDH. Ver también, SAGÜÉS, Néstor P. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, n. 20, p. 275-283, 2015; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Derecho Internacional Público Contemporáneo. Barcelona: Ed. Bosch – Editorial Cuscatecla, p. 824, 2019; ARÉVALO RAMÍREZ, Walter. *Manual de Derecho Internacional Público. Fundamentos, Tribunales Internacionales y Casos de Estudio*. 2. ed. Bogotá, Editorial Tirant Lo Blanch, 2000. p. 279.

garantía de los derechos humanos que aseguran la igualdad y las necesidades vitales de la persona humana ⁷⁴.

Las medidas de derecho interno que los órganos y autoridades estatales deben adoptar respetando y garantizando los derechos asegurados convencionalmente, tanto en el sistema interamericano como en el europeo, deben de ser efectivas (principio del *effet utile*); como explicita la Corte Internacional de Justicia “... uno de los principios fundamentales de la interpretación de los tratados, consistentemente sostenido por la jurisprudencia internacional, es el de la efectividad”⁷⁵.

Tal efectividad acontece cuando el Estado Parte adapta su actuación y su derecho interno sustantivo y procesal a la normativa de protección de los derechos asegurados por la CADH o el CEDH. La eficacia interpretativa de la norma convencional debe considerarse como la posibilidad de lograr una efectividad regional de los estándares de derechos humanos por las autoridades nacionales, cada una en el ámbito de su competencia, como se deriva de las obligaciones generales determinadas por los artículos 1º y 2º de la CADH y 1º del CEDH⁷⁶.

4 Conclusiones

Conforme con el análisis desarrollado, tanto la cosa interpretada del TEDH como el control de convencionalidad interno determinado por la Corte IDH tienen una finalidad común, que los Estados Partes de los respectivos sistemas interamericano y europeo adecuen sus ordenamientos jurídicos nacionales en materia de derechos humanos y las conductas de sus autoridades a los estándares mínimos convencionales que se encuentran asegurados y garantizados por los respectivos corpus iuris interamericano y europeo como por la jurisprudencia de sus respectivos tribunales internacionales regionales.

En ambos sistemas regionales, la cosa interpretada convencional, más que en *la identidad de las partes* depende de *la identidad de las situaciones*, ya que unas mismas violaciones y unas regulaciones normativas similares llevan a una misma razón de decidir, lo que posibilita que la jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH, constituyan para los Estados Partes un estándar que deben aplicar para evitar infringir los derechos humanos asegurados y asumir la responsabilidad internacional por dicha violación, además de que los estándares mínimos exigidos por los tribunales posibilita desarrollar un *ius commune publico* mínimo de carácter regional.

Así, la jurisprudencia de la Corte IDH y el TEDH, trascienden el caso concreto y se proyectan con una eficacia indirecta “*erga omnes*” hacia todos los Estados partes de la respectiva Convención, como una doctrina acerca del alcance de los derechos que debe ser asumida como de obligado respeto para sucesivos asuntos de carácter idéntico o de similares características que deban ser enjuiciados por los órganos judiciales nacionales competentes, contribuyendo así al respeto por los Estados de los compromisos jurídicos asumidos por ellos en su calidad de partes contratantes de la CADH o del CEDH, que otorgan efectividad y cumplen de buena fe sus obligaciones convencionales en materia de derechos humanos.

En ambos sistemas, la intensidad del control establecido por la Corte IDH y el TEDH es diferente atendiendo a las competencias de los respectivos órganos internos de cada Estado, como asimismo si dicho control es difuso o concentrado, según determinen los respectivos Estados partes.

En ambos sistemas, puede sostenerse que el corpus iuris interamericano y el denominado *acquis constitutionnel* europeo deben tener fuerza normativa constitucional para otorgar seguridad de que las autoridades

⁷⁴ Ver Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, párrafos. 238-239.

⁷⁵ International Court of Justice. Case Concerning the Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya / Chad), 3 de febrero 1994, párr. 51 in fine.

⁷⁶ Obligaciones de respeto y garantía de los derechos convencionales y obligación de adecuación de la normativa interna y de los actos estatales al cumplimiento de las obligaciones convencionales.

internas, sus normas y prácticas sean compatibles con el estándar mínimo de derechos determinadas convencionalmente, evitando interpretaciones disímiles.

Una diferencia importante entre la Corte IDH y el TEDH, es que la primera, en base a la obligación de reparación integral establecida en el artículo 63 de la CADH, aplica las medidas de reparación determinando la modalidad de concreción de ellas; en el caso del CEDH, no consagra normativamente la perspectiva de reparación integral, si bien la jurisprudencia del TEDH ha evolucionado de sentencias declarativas hacia una perspectiva de adopción de medidas de reparación y no solo de indemnización, tales medidas por regla general son más generales, otorgando un ámbito de mayor libertad a los Estados partes en los medios específicos para cumplir lo ordenado en la sentencia respectiva, salvo casos excepcionales en que se ordenan algunas medidas concretas.

Dado la gran diversidad de culturas de los 47 Estados y más de ochocientos millones de habitantes que cubre el CEDH, donde cada uno de ellos tiene un miembro que integra el TEDH, integrado así por 47 jueces, teniendo un sistema de organización de salas y una Gran Sala, ha reconocido a los Estados partes un cierto margen de apreciación nacional, el cual se encuentra precisado en el preámbulo del CEDH conforme al Protocolo 15, margen de apreciación nacional que el TEDH controla; mientras en el sistema interamericano dicho margen de apreciación no está contemplado normativamente y la Corte IDH en muy pocas oportunidades lo ha aceptado en sus sentencias, habiendo una mayor homogeneidad cultural entre los Estados partes, prefiriendo aplicar el principio de proporcionalidad.

Así puede señalarse que, si bien en ambos sistemas las sentencias de los tribunales regionales respectivos trascienden los efectos de cosa juzgada para el caso particular, las sentencias de la Corte IDH establecen estándares más exigentes para los Estados Parte que no son el Estado concernido por el caso concreto, obligando con ellos a los diferentes poderes y órgano de los Estados Partes a cumplir de buena fe dichos estándares que implican en variados casos la modificación de su ordenamiento jurídico para adecuarse al corpus iuris interamericano, mientras los estándares fijados por el TEDH son más flexibles y generales, además de considerar el margen de apreciación nacional.

Referencias

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público, Universidad de Chile*, v. 84, p. 13-43, 2016.

AMAYA VILLARREAL, Álvaro. El principio pro homine: interpretación extensiva vs el consentimiento del Estado. *Revista Colombiana de Derecho Internacional* n. 5, p. 337-380, 2005.

ARÉVALO RAMÍREZ, Walter. *Manual de Derecho Internacional Público. Fundamentos, Tribunales Internacionales y Casos de Estudio*. 2. ed. Bogotá: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020.

ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll. Res Interpretata Erga Omnes, Effect and the Role of the Margin of Appreciation in Giving Domestic Effect to the Judgments of the European Court of Human Rights. *European Journal of International Law* (EJIL), Oxford, v. 28, n. 3, p. 819-843, 2017.

AYALA CORAO, Carlos. *Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012.

BESSON, Samantha. The erga omnes effect of judgments of the European court of human rights: What's in a name? In: BESSON, Samantha (ed.). *The European Court of Human Rights after Protocol 14: Preliminary Assessment and Perspectives*. Zurich: Schulthess, 2011. p. 125-175.

BLIN, Olivier. *Droit International Public Général*. 2. ed. Bruxelles: Bruylant, 2019.

BRANT, L. N. C. A res judicata. Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: LEÃO, R. Z. R. et al. (coord.). *Os Rumos do Direito Internacional dos Direitos Humanos: Ensaio em Homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BROWNLIE, Ian. *Principles of Public International Law*. 5. ed. Oxford University Press, 1999.

CABALLERO OCHOA, José Luis; GARCÍA HUERTA, Daniel Antonio. El principio pro persona en el marco del sistema de interpretación sobre los derechos humanos en México. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional transnacional. Interacción entre el derecho nacional y el internacional*. México: Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2016.

CANO PALOMARES, Guillem. Dialogo entre jurisdicciones supranacionales de Derechos Humanos. En: REVENGA SÁNCHEZ, Miguel; CUENCA GÓMEZ, Patricia (ed.). *El tiempo de los derechos: Los derechos humanos en el siglo XXI*. Madrid: Ed Universidad de Cádiz y Dykinson, 2015. p. 47- 71.

CARBONELL, Miguel. *Introducción General al Control de Convencionalidad*. Ciudad de México D.F., Editorial Porrúa México - Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.

CÁRDENAS VELÁSQUEZ, Byron. *El control de las normas internas en la jurisprudencia del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Barcelona: Bosch editor, 2018.

CASANOVAS, Oriol; RODRIGO, Ángel J. *Compendio de Derecho Internacional Público*. Novena edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2020.

CASTILLA, Karlos. El principio pro persona en la administración de justicia. *Cuestiones Constitucionales*, n. 20, p. 65-83, enero-junio 2009

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes: por uma abertura crítica do direito brasileiro ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado (org.). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. São Paulo: Leya, 2013. p. 200-230.

CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius et Praxis*, v. 20, n. 2, p. 235-274, 2014.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia laboral. *Temas Laborales*, n. 145, p. 17-53, 2018.

DUARTE, Fabiane Pereira de Oliveira; CRUZ, Fabrício Bittencourt da; JARDIM, Tarciso Dal Maso (coord.). *Control de convencionalidade*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça. 2016.

DUPUY, Pierre-Marie ; KERBRAT, Yann. *Droit international public*. 13. ed. Paris, Dalloz, 2016.

ESTRADA ADÁN, Guillermo Enrique. Una visión al control de convencionalidad desde el derecho internacional. En: CASTAÑEDA RIVAS, María Leoba. *Homenaje al Maestro Edmundo Elías Musi*. Ciudad de México D.F.: Editorial Porrúa, 2013.

FERRER MAC GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gélman vs. Uruguay). *Revista Estudios Constitucionales*, v. 11, n. 2, p. 641-693, 2013.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MOLLER, Carlos María. La obligación de “respetar” y “garantizar” los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1º del Pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Revista Estudios Constitucionales*, v. 10, n. 2, p. 141-192, 2012.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *En*: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (eds.). *Derechos humanos: un nuevo modelo constitucional*. México: UNAM, 2011. p. 339-429.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MOLLER, Carlos. El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional. *En*: VON BOGDANDY, Armin; UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ ARNAIZ, Alejandro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coords.). *La tutela jurisdiccional de los derechos. Del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 2012, p. 299-348.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MÖLLER, Carlos. V. El artículo 2 de la CADH como fundamento del control de convencionalidad. *En*: STEINER, Christian; URIBE, Patricia (eds.). *Convención Americana Sobre Derechos Humanos*. Comentario. Ciudad de Guatemala, Konrad Adenauer Stiftung / Editorial Temis, 2014.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda? *En*: GARCIA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna (eds.). *¿Hacia Una Globalización de los Derechos?* Pamplona: Thomson Reuters; Aranzadi, 2017. p. 133 -168.

FUENZALIDA BASCUÑAN, Sergio. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del examen de convencionalidad. *Revista de Derecho* (Valdivia), v. 28, n. 1, p. 171-192, jul. 2015.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Control de Convencionalidad. *En*: HENRÍQUEZ, M.; MORALES, M. (eds.). *El Control de Convencionalidad: Un Balance Comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: Ediciones Der, 2017.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, año 5, n. 28, jul./dic. 2011. p. 123-159.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; ZANGHI, Claudio. Las jurisdicciones de derechos humanos europea y americana. Reparaciones y efectos de las sentencias. “cosa interpretada” (interpretación vinculante), cumplimiento y ejecución. *En*: GARCÍA ROCA, Javier; FERNÁNDEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA, Pablo; CANOSA, Raúl. (eds.). *El diálogo entre los sistemas Europeo y americano de Derechos Humanos*. Pamplona: Editoriales Civitas; Thomson Reuters, 2012. p. 423- 491.

GARCÍA ROCA, Javier; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante. *En*: GARCÍA ROCA, Javier; CARMONA CUENCA, Encarna (eds.). *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*. Navarra: Editorial Aranzadi, S.A.U, 2017. p. 71-132.

GARCÍA ROCA, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Aranzadi: Cizur Menor, 2010.

GIALDINO, Rolando. Incumplimiento de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un acto internacionalmente ilícito de la Corte Suprema argentina. *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 15, n. 2, 2017.

GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, Gonzalo. La doctrina del control de convencionalidad a la luz del principio de subsidiariedad. *Revista Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 15, n. 1, p. 55 – 98, 2017.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, San José de Costa Rica, v. 39, p. 71-99, enero-junio de 2004.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (adelantos y retrocesos). *Estudios Constitucionales*, año 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María. Control de Convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *En: Anuario de Derechos Humanos 2012*. Santiago: Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2012. p. 103-113.

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Manual Auto-Formativo para la Aplicación del Control de Convencionalidad Dirigido a Operadores de Justicia*. San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2015.

LÓPEZ GUERRA, Luis. Los Protocolos de reforma N° 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 49, p. 11 – 29, Enero/Marzo 2014.

MARINO, Tiago Fuchs; CARVALHO, Luciani Coimbra de. A Doutrina da Res Interpretata no Sistema Interamericano de Direitos Humanos: Diferenciais, Potencialidades e Desafios. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Unijuí, ano 8, n. 16, p. 75-94, jul./dez. 2020.

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

MARQUES, Miguel Ângelo. Controle interno de convencionalidade: uma análise crítica sobre os avanços, limites e desafios à aplicação do instituto no Brasil, en *Revista Direito, Estado e Sociedade*, PUC, Rio, n. 58, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.17808/des.0.1623>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MATA QUINTERO, Gerardo. El principio *pro persona*: la fórmula del mejor derecho. *Revista Cuestiones Constitucionales*, México, n. 39, p. 201-228, jul./dic. 2018.

MATSCHER, Franz. Quaranta ans d'activités de la Cour Européenne des Droits de L'Homme. *Recueil de Cours*, v. 270, p. 237-398, 1997.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2018.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Derecho Internacional Público Contemporáneo*. Barcelona: Bosch – Editorial Cuscatecla, 2019.

MENSA GONZÁLEZ, Andrea. El control de convencionalidad como pilar del sistema interamericano. *En: PIZZOLO, Calogero; MEZZETI, Luca (coords.). Tribunales supranacionales y tribunales nacionales: América*. Buenos Aires: Astrea, 2016. t. 1. p. 183 – 212.

NASH ROJAS, Claudio. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *En: NOGUEIRA, Humberto. (coord.). El diálogo transjudicial*. p. 359-385.

NASH ROJAS, Claudio. El principio *pro persona* en la jurisprudencia de la Corte interamericana de Derechos Humanos. *En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.). Diálogo judicial Multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Editorial Cecoch - Librotecnia, 2013. p. 457 – 479.

NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. La fuerza vinculante de las sentencias de la Corte IDH, su valor de precedente y la obligatoriedad de su consideración por los Estados Partes de la CADH. *En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto y Aguilar Cavallo, Gonzalo, El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Santiago, Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017, pp. 270 – 293.

NOGUEIRA, H.; AGUILAR, G. *El control de convencionalidad interno*. Santiago: Librotecnia, 2018,

- PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*. Vigésimo cuarta edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2020.
- PASTOR RIDRUEJO, José A. La jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia. *Libro homenaje al profesor Legaz Lacambra*, Santiago de Compostela, 1960.
- PAÚL DÍAZ, Álvaro. Os enfoques acotados del control de convencionalidad: las únicas versiones aceptables de esta doctrina. *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, v. 87, n. 246, p.49-82, 2019.
- PEÑA, Marisol. El principio pro homine o favor persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *En: NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (coord.). Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2013. p. 131 – 154.
- PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. *En: ABREGÚ, M.; COURTIS, Christian (comps.). La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997. p. 163-171.
- PIOVESAN, Flavia. Ius Constitutionale Commune latinoamericano en derechos humanos e impacto del Sistema Interamericano: rasgos, potencialidades y desafío. *En: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). Ius Constitutionale Commune en América Latina Rasgos, potencialidades y desafíos (México, UNAM / Max-Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht / Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional)*, 2014. p. 61-81.
- QUERALT JIMÉNEZ, Argelia. Las sentencias piloto como ejemplo paradigmático de la transformación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, Madrid, n. 42, p. 395-424, 2018.
- RIGUETTI AGUSTINA *et al.* Valor y fuerza de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación del corpus iuris interamericano: la cosa interpretada. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 32, p. 337 –366, 2017.
- RODRÍGUEZ RESCIA, Víctor. *La ejecución de sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: IJSA, 1997.
- SAGÜÉS, Néstor P. Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad. *Pensamiento Constitucional*, n. 20, p. 275-283, 2015.
- SAGÜÉS, Néstor. La interpretación de los Derechos Humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. *Academia Nacional de Derechos y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Anticipo de “Anales” – Año XLII – Segunda época – n. 36, pp. 3 -31, 1998.
- SÁIZ ARNÁIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- SCELLE, George. *Cours de Droit International Public*. Paris: Ed. Domat, 1948.
- SILVA ABOIT, Max. ¿Qué efectos produce el control de convencionalidad decretado por la Corte Interamericana en un ordenamiento jurídico? *Revista Estudios Constitucionales*, v. 18, n. 2, p. 265–308, 2020.
- VARGAS CARREÑO, Edmundo. *Derecho Internacional Público*. 2. ed. Santiago: El Jurista. Santiago, 2020.
- VON BOGDANDY, Armin. *Ius constitutionale commune en América Latina*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2014.
- VON BOGDANDY, Armin; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro / Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2014.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Diálogos à deriva: o Caso Lucien Ikili Rashidi c. República Unida da Tanzânia e outros e o esvaziamento da Corte Africana
Dialogues Adrift: The Lucien Ikili Rashidi Case c. United Republic of Tanzania and others and the emptying of the African Court

Marcus Vinicius Porcaro Nunes
Schubert

Catarina Mendes Valente Ramos

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

Diálogos à deriva: o Caso Lucien Ikili Rashidi c. República Unida da Tanzânia e outros e o esvaziamento da Corte Africana*

Dialogues Adrift: The Lucien Ikili Rashidi Case c. United Republic of Tanzania and others and the emptying of the African Court

Marcus Vinicius Porcaro Nunes Schubert**

Catarina Mendes Valente Ramos***

Resumo

O presente artigo tem como objetivo analisar o conceito de diálogo no que tange às jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Africano de Direitos do Homem e dos Povos, e como ele costuma ser realizado. Com a revisão bibliográfica para compreender o contexto histórico e social nos quais as referidas cortes construíram e constroem sua base teórica e prática para decisões, além dos requisitos formais de cada regulamento, é possível observar, em que sentido, esse diálogo caminha. Assim, trazendo alguns exemplos concretos, pode-se perceber que, por ser uma corte mais nova, o Tribunal Africano utiliza precedentes interamericanos para enobustecer decisões, como no caso dos limites da revista íntima em visita a complexos penitenciários, e definir conteúdos de extrema importância quanto à proteção de direitos humanos, como é o direito à vida, seus contornos e interpretações. Por fim, com os dados coletados, busca-se entender quais os possíveis caminhos que podem ser tomados para que o diálogo entre cortes regionais de direitos humanos seja mais amplo, plural e dinâmico, sempre interpretando dispositivos normativos como instrumentos vivos que mutam de acordo com as mudanças de poder e necessidades das sociedades.

Palavras-chave: Sistemas regionais; Direitos humanos; Proteção pelo diálogo; Jurisprudência; Pluralidade.

Abstract

This article aims to analyze the concept of dialogue about the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and the African Court on Human and Peoples' Rights, and how it is usually carried out. With the bibliographic review to understand the historical and social context in which these courts built and build their theoretical and practical basis for decisions, in addition to the formal requirements of each regulation, it is possible to observe in what sense this dialogue is going. Thus, bringing some concrete examples as it is a newer court, the African Court uses inter-American pre-

* Recebido em: 06/04/2021.
Aprovado em: 24/09/2021.

** Doutorando em Direito Humanos e Democracia na Universidade Federal do Paraná. Mestre em Direito Internacional pela PUC/MG. Membro do Núcleo de Estudo em Sistemas de Direitos Humanos – NESIDH/UFPR. E-mail: marcus-schubert@hotmail.com.

*** Mestranda de Direito Humanos e Democracia na Universidade Federal do Paraná. Membro do NESIDH/UFPR. E-mail: catamvramos@gmail.com.

cedents to stiffen decisions, as in the case of the limits of body searches of prisoners' relatives visiting penitentiary complexes, and to define extremely important contents when it comes to the protection of human rights, such as the right to life, its contours and interpretations. Finally, with the data collected, it seeks to understand the possible paths that can be taken so that the dialogue between regional human rights courts is broader, plural and dynamic, always interpreting normative devices as living instruments that remodel themselves according to the changes in power and needs of societies.

Keywords: Regional systems; Human rights; Protection through dialogue; Jurisprudence; Plurality.

1 Introdução

Consoante Paulo Freire e Moacir Gadotti, o diálogo se dá entre iguais e diferentes, nunca entre antagônicos¹. Considerando-se que o objetivo precípua dos sistemas regionais de direito humanos — como das cortes constitucionais — é a proteção, promoção e ampliação destes, o diálogo se coloca como instrumento de consensos, dissensos e trocas que apenas enriquecem a matéria e a tornam mais adequadas às vicissitudes das sociedades.

Com maior imbricamento de problemas — e soluções — em diversos Estados, principalmente aqueles que dividem mesma região, histórico ou desigualdades estruturais, a “globalização induz a uma internacionalização dos sistemas e dos comportamentos judiciais nacionais e numa ‘nacionalização’ do direito e dos procedimentos internacionais que fazem parte hoje de outro tempo: o tempo decorrido”².

Nesse sentido, o diálogo entre juízes vai além da margem estritamente jurídica, sendo compreendida como uma manifestação de “desemparedamento territorial” deste. Isto pois, o juiz, apesar de estar vinculado a um território jurídico, quando está também sob ordenamento regional ou universal de direitos humanos, se abre para outros juízes desses outros sistemas. Há, portanto, um processo inversamente proporcional: ao se ampliarem os leques da internacionalização e diálogo judicial, se reduzem, cada vez mais, fronteiras territoriais, como as culturais, as linguísticas, as societárias, dentre outras³.

Considerando-se essas premissas acerca da proteção internacional dos direitos humanos, este artigo busca, em primeiro lugar, desenvolver o conceito de diálogo de juízes e como este se dá. Do mesmo modo, far-se-á uma retomada histórica a respeito da Corte Interamericana de Direitos Humanos da Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, para apontar, em que sentido, o diálogo se mostra mais prolífico.

Por fim, serão analisados, de maneira mais específica, alguns casos em a que Corte ADHP utilizou precedentes da Corte IDH — e como estes se relacionam —, para fundamentar decisões ou determinar termos jurídicos indeterminados, e as possíveis formas para que cortes regionais de direitos humanos que torne o diálogo mais amplo, plural e dinâmico.

2 Diálogos e Direito Internacional

O direito internacional se apresenta como uma disciplina única em virtude de seu conteúdo ser marcado pela descentralização, ou ausência de uma central única hierarquicamente superior às demais no tocante à

¹ FREIRE, Paulo; GADOTTI, Moacir. “Dez anos depois”. In: FREIRE, Paulo; GADOTTI, Moacir; GUIMARÃES, Sérgio. *Pedagogia: diálogo e conflito*. São Paulo: Cortez, 1995. Disponível em: http://acervo.paulofreire.org:8080/xmlui/bitstream/handle/7891/2741/FPF_PTPF_24_009.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 06 fev. 2021.

² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun, 2010. p. 262.

³ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun, 2010. p. 263.

produção normativa. Por conta desse elemento e da proliferação de cortes, tribunais e organismos internacionais, após a ascensão “globalizante” dos anos 80, temeu-se a fragmentação do direito internacional, fenômeno classificado por Koskeniemmi⁴ como oriundo da especialização crescente do direito internacional e sua constante subdivisão em áreas que, antes, pertenciam ao direito internacional geral (como “direito internacional dos direitos humanos”, “direito internacional do mar”, entre outras), e ao fato de que tal caminho levasse a conflitos de ingerência e ao enfraquecimento das matérias em questão.

Contudo, ao se observar a atividade judicial internacional, o temor por esses conflitos é ligeiramente contido: aparentemente, as disputas se dão muito mais na forma com que se organizam regimes em relação ao cenário, havendo autores, como Teubner⁵ que argumentam que essa problemática não é solucionável por o direito internacional ter se adequado para tornar-se um conjunto de sistemas autônomos e setoriais quando passou a abarcar Organizações Internacionais. Além disso, esses mesmos regimes, no que tange aos seus organismos judiciais, apresentam uma ligeira coordenação entre si, por meio do que se denomina “comunicação transjudicial” ou “diálogo interjudicial”, seja por meio da exportação e importação de precedentes, ou utilização de referências ou consideração pelas decisões de outras cortes⁶.

Nessa mesma linha, Antonios Tzanopoulos⁷ define o diálogo mais como essa troca de informações entre as cortes do que um “diálogo” propriamente dito, algo como um “engajamento” com outras visões e decisões, mas muito mais semelhante a um monólogo, afinal, a Corte (e os juízes) apenas diz “como as coisas são” ao invés de dar espaço a um debate. O fenômeno do diálogo jurisprudencial, segundo o autor, também pode ser classificado como vertical e horizontal: o primeiro se verifica, por exemplo, entre ordens jurídicas distintas: no caso, entre um tribunal internacional e um tribunal doméstico, considerando-se o mandato da corte internacional envolver a função precípua de interpretar tratados e o direito internacional, especificamente, observa-se que suas decisões terão um alto poder de engajamento e de influência por sobre tribunais nacionais. O mesmo autor também aponta para o fato de poder haver diálogos verticais na ordem jurídica interna, mas afirma ser necessário observar tal caso com cautela, considerando-se que há uma relação hierárquica entre ambas. Outros autores, como Burgorgue-Larsen⁸, afirmam ser impossível o diálogo nesse caso, já que a vinculação age impedindo uma troca de informações mais aprofundada.

Posto isso, o principal objeto de análise deste artigo é o diálogo horizontal que ocorre entre cortes e tribunais internacionais que atuam em paralelo, ou seja, no mesmo nível hierárquico, considerando-se o fato de que essas referências diretas à jurisprudência de outras cortes exibe um papel de coordenação entre órgãos jurídicos e ajuda a moldar regimes internacionais, a expectativa e o alcance de suas decisões. Ademais, conforme trazido anteriormente, o direito internacional funciona em uma lógica distinta de “regimes” especializados, sem uma autoridade central, o que contribui para a busca por uma coordenação e também traz à tona princípios clássicos e únicos como o da não diferenciação hierárquica das normas em direito internacional⁹,

⁴ diversification and expansion of international law: Report of the Study Group of the International Law Commission 58th Session. 2006. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁵ TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal Of International Law*, [s.L.], v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1282&context=mjil>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁶ ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. The Asymmetric Judicial Dialogue Between the ICJ and the IACtHR: an empirical analysis. *Journal Of International Dispute Settlement*, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 1-19, 27 nov. 2019. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jnlids/idz015>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁷ TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. *The Interpretation Of International Law By Domestic Courts*, [S.L.], p. 72-95, 1 jan. 2016. Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 05 fev. 2021.

⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun, 2010. p. 268.

⁹ SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. *Yale Human Rights And Development Journal*, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 85-106, jan. 1998, p. 11. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 08

com exceção de normas *jus cogens*. Por essa razão, afirma-se que as normas de Direito Internacional de Direitos Humanos — assim como as de Direito Humanitário —, por sua importância material, são inerentes à pessoa humana. Por esse motivo, em Opinião Separada em caso da Corte Internacional de Justiça, o Juiz Cançado Trindade ressalta a necessidade da observância dessa natureza dessas normas *pro personae* como *jus cogens*, o que permite aos dispositivos de Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) serem interpretados como instrumentos vivos e ampliativos:

[...] the continuous expansion of international law is also reflected in the multiple contemporary mechanisms of international protection of human rights, the operation of which cannot be dissociated from the new values acknowledged by the international community. Individuals were at last enabled “to exercise rights emanating directly from international law (*droit des gens*). [...] Human rights do assert themselves against all forms of domination or arbitrary power. The human being emerges, at last, even in the most adverse conditions, as the ultimate subject of law, domestically as well as internationally¹⁰.

Essa visão do juiz Cançado Trindade é uma marca de sua atuação juntamente à Corte Internacional de Justiça, sendo possível ver a mesma postura em casos como no da Pesca de Baleias na Antártida com intervenção da Nova Zelândia, em que defende a interpretação evolutiva sobre o todo em relação a regimes de proteção, nesse caso, destacando o papel da *opinio juris* para a formação do direito internacional: o ponto é justamente o de que a interpretação judicial, ao ligar o interesse público comum ao direito internacional, possui um papel mais importante do que somente o de informar um dos elementos das fontes formais do Direito Internacional.

The present case on Whaling in the Antarctic has brought to the fore the evolving law on the conservation and sustainable use of living marine resources, which, in turn, has disclosed what I perceive as its contribution to the gradual formation of an *opinio juris communis* in the present domain of contemporary international law. *Opinio juris*, in my conception, becomes a key factor in the formation itself of international law (here, conservation and sustainable use of living marine resources); its incidence is no longer that of only one of the constitutive elements of one of its ‘formal’ sources. The formation of international law in domains of public or common interest, such as that of conservation and sustainable use of living marine resources, is a much wider process than the formulation of its ‘formal sources’, above all in seeking the legitimacy of norms to govern international life. *Opinio juris communis*, in this way, comes to assume a considerably broader dimension than that of the subjective element constitutive of custom, and to exert a key role in the emergence and gradual evolution of international legal norms. After all, juridical conscience of what is necessary (*jus necessarium*) stands above the ‘freewill’ of individual States (*jus voluntarium*), rendering possible the evolution of international law governing conservation and sustainable use of living marine resources. In this domain, State voluntarism yields to the *jus necessarium*, and notably so in the present era of international tribunals, amidst increasing endeavours to secure the long-awaited primacy of the *jus necessarium* over the *jus voluntarium*. Ultimately, this becomes of key importance to the realization of the pursued common good¹¹.

Embora a postura do Juiz Cançado Trindade seja considerada ativista para alguns autores¹², ela observa o fenômeno do diálogo com atenção, e aponta para muitas de suas características, contudo, antes de observá-las, é necessário se questionar por qual motivos esses diálogos ocorrem ou quais os fatores levam os juízes a buscarem a troca de informações.

fev. 2021.

¹⁰ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*. Separated Opinion Judge Cançado Trindade). Disponível em: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20110704-ORD-01-01-EN.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹¹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)* Disponível em: https://www.dipublico.org/cij/doc/208_e.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹² ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. The Asymmetric Judicial Dialogue Between the ICJ and the IACtHR: an empirical analysis. *Journal Of International Dispute Settlement*, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 1-19, 27 nov. 2019. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jnlids/idz015>. Acesso em: 05 fev. 2021.

Nesse sentido, autores como Anne-Marie Slaughter mencionam que o presente cenário de ampliação da porosidade entre regimes jurídicos, as novas tecnologias de informação e a busca por soluções mais rápidas, eficientes e menos custosas, criariam condições ideais para ampliação dessa troca de informações entre juízes¹³, alimentando, assim, o diálogo, mesmo o horizontal entre diferentes Estados, em um fenômeno de “compra e venda de ideias jurídicas”. Para além disso e complementando a autora, há de se mencionar, também, os fenômenos de crises e “choques” entre regimes: crises diante de novos problemas forçam as comunidades a se prepararem e impulsionarem novos paradigmas ao esbarrarem em relação aos já consolidados, desdobrando novos arranjos¹⁴. Isso afeta não somente os valores caros aos regimes internacionais, mas também cortes e tribunais internacionais, que se mostram sensíveis a esses valores e desempenham novas funções, como a estabilização de expectativas normativas, controle da autoridade exercida por terceiros e sua legitimação, entre outras¹⁵. Por fim, no âmago da questão está o fato de que esses diálogos são motivados principalmente por razões de coerência: ainda que não haja relações hierárquicas propriamente ditas entre diferentes órgãos jurisdicionais internacionais, o diálogo é percebido também por um ideal de busca por um sistema “ordeiro”, juízes citam uns aos outros buscando reforçar determinadas soluções em uma espécie de “trabalho em equipe” no desenvolvimento do direito internacional¹⁶.

Desse modo, Romano cita algumas características que marcam o diálogo entre juízes de tribunais internacionais: primeiramente, esse diálogo tende a ser descentralizado e informal, inclusive, as cortes e tribunais citam decisões de todo tipo, preliminares, determinações, decisões de natureza consultiva e não vinculantes, entre outras. Essa informalidade tem relação com a própria estrutura do direito internacional, e é uma forma de as cortes manterem sua autonomia em relação àquilo que será ou não objeto de diálogo e citação jurisprudencial¹⁷. Nota-se que algumas cortes são mais citadas do que outras, o que, aliás, também ocorre quando se verifica o diálogo dentre cortes domésticas em direito comparado. Em direito internacional, isso ocorre, principalmente, com a Corte Internacional de Justiça (CIJ), que se apresenta como o tribunal internacional mais antigo, além de possuir a mais extensa competência material, podendo apreciar qualquer matéria de direito internacional sendo, por fim, também uma corte de abrangência universal.

Mesmo que a jurisprudência da CIJ não constitua *per se* fonte do direito internacional, há uma tendência em vislumbrar uma autoridade persuasiva ao se utilizar da jurisprudência do órgão jurisdicional mais antigo em atividade, aliás, a própria Corte está ciente disso, razão pela qual reproduz de maneira sistemática todas as suas posições mais antigas acerca do mesmo tema, de modo a “organizar a matéria de direito internacional”¹⁸. Com base nisso, Burgorgue-Larsen comenta que é estratégico que cortes mais novas, ao se debruçarem sobre matérias que já foram analisadas por cortes mais antigas, realizem essa atividade dialógica de modo a se apoiarem na autoridade dos órgãos mais velhos, o que, por sua vez, reafirma a legitimidade destes no que tange àquela questão e, aos poucos, auxilia a posicionar a nova corte na emaranhada rede de interconexões jurídicas, sendo exemplos desses fatos o diálogo realizado no próprio ambiente europeu,

¹³ SLAUGHTER, Anne-marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, [s.l.], v. 44, n. 1, p. 191-220, 2003. p. 201. Disponível em: <https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/slaughter/files/globalcourts>. Acesso em: 08 fev. 2021.

¹⁴ VARELLA, Marcelo. *Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. 2013. 501 f. Tese (Doutorado) Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949. Acesso em: 11 fev. 2021.

¹⁵ VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. *Leiden Journal Of International Law*, Cambridge, v. 26, n. 01, p. 49-72, fev. 2013.

¹⁶ ROMANO, Cesare P. R. *Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue*. New York University Journal Of International Law And Politics, [s.l.], v. 41, n. 4, p.755-787, p. 768. 2009 Disponível em: <http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2021.

¹⁷ ROMANO, Cesare P. R. *Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue*. *New York University Journal Of International Law And Politics*, [s.l.], v. 41, n. 4, p.755-787, 2009. p. 768. Disponível em: <http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹⁸ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O Alcance do Consentimento como Fundamento da Autoridade da Sentença da Corte Internacional de Justiça. *Vii Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 2, n. 13, p. 145-170, jul. 2012. p. 168-169.

entre a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) e o Tribunal de Justiça da União Europeia, no início do funcionamento do segundo, e o diálogo entre a CEDH e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹⁹. Curiosamente, mesmo que o ambiente poroso favoreça à comunicação entre juízes, e à “busca pela jurisprudência persuasiva perfeita”, o fenômeno da comunicação transjudicial parece ter mais relação com homogeneidade do que com o mecanismo de “compra e venda” pelas próprias qualidades da jurisprudência a ser referenciada ou citada: ao se admitir que uma jurisprudência possui um grau de persuasão, é possível que a corte que realiza a comunicação e a citação fique à sombra do órgão citado e isso implique perda de sua autonomia, o que faz com que, na maioria das vezes, os órgãos judiciais prefiram relações fracas de coordenação entre si²⁰.

Por fim, parece haver uma relação entre o comportamento mais ou menos ativista de determinados juízes e o exercício do diálogo: juízes que buscam uma interpretação mais expansiva do direito internacional e de direitos humanos parecem tender a buscar mais fundamentos em jurisprudência externa do que juízes que possuem uma postura mais conservadora, como o exemplo do juiz Cançado Trindade no caso *Diallo* da CIJ²¹.

Desse exposto, é preciso destacar uma exceção importante que foge a uma das características verificadas ao se estudar os diálogos entre cortes de modo geral: o fenômeno do diálogo desempenha um papel importante na coordenação dos trabalhos de cortes e tribunais em matéria de direitos humanos. Conforme afirma Burgorgue-Larsen, parece haver um ideal humanista que corre, paralelamente, ao ideal de coerência a informar o fenômeno²², e isso se reflete na própria formação histórica dos regimes de proteção dos direitos humanos e das constantes trocas de experiências entre as cortes e suas contrapartes nos sistemas de proteção europeu, interamericano e africano²³. Para além das questões do universalismo e particularismo de direitos humanos, verifica-se que esse diálogo constante favorece a dinâmica de cada corte, ao invés de resultar em perda de sua autonomia, considerando-se que cada órgão possui suas peculiaridades que os leva a traduzir a jurisprudência e o direito internacional às realidades de seus regimes respectivos, e o diálogo as ajuda a monitorar as atividades de suas contrapartes e melhor coordenar as suas próprias, o que é particularmente importante ao se considerar o sistema africano de proteção dos direitos humanos, considerando-se que este se apresenta como o mais incipiente dos três e, ao mesmo tempo, aquele que apresenta uma maior porosidade na sua metodologia, ao ser dotado de uma carta de direitos humanos constitutiva, que prevê justamente o peso e amplitude da utilização de mecanismos e decisões judiciais em suas atividades²⁴.

Considerando-se essas características, as próximas páginas se destinam a analisar como o diálogo se apresenta especialmente no sistema africano e interamericano, trazendo características do processo de formação de cada sistema, com a análise jurisprudencial de diversos casos recentes do sistema africano que exibem esse diálogo, e seus possíveis efeitos para cada sistema, e para o regime de direitos humanos em questão.

¹⁹ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun, 2010. p. 297.

²⁰ ROMANO, Cesare P. R. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. *New York University Journal Of International Law And Politics*, [s.l.], v. 41, n. 4, p.755-787, 2009. p. 768. Disponível em: <http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

²¹ ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. The Asymmetric Judicial Dialogue Between the ICJ and the IACtHR: an empirical analysis. *Journal Of International Dispute Settlement*, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 1-19, 27 nov. 2019. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jnlids/idz015>. Acesso em: 05 fev. 2021.

²² BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun, 2010. p. 297.

²³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

²⁴ Conforme visto nos artigos 60 e 61 da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. UNIÃO AFRICANA. *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 1981*. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_legalinstruments/detail?id=49. Acesso em: 11 fev. 2021.

3 Breve histórico das cortes: contextualizando diálogo

A Corte Interamericana, considerando-se o histórico comum da América Latina, se estabeleceu em um momento de transição entre regimes ditatoriais e democracias, tendo como principal objetivo proteger os direitos humanos por meio do Estado de direito. Por isso, cresce no sentido de sedimentar sua jurisprudência acerca de momentos autoritário, bem como as reminiscências desses períodos na estruturação democrática.

Assim, busca desenvolver um profícuo diálogo regional, com uma rede destinada à proteção dos direitos humanos, considerando-se o histórico em comum da América Latina, e tendo como objetivo mudanças concretas perante esses problemas compartilhados. Busca-se, assim, respeitar os direitos da pessoa humana por si e, instrumentalmente, proteger a democracia e o Estado de Direito:

los principios fundamentales que orientan al Ius Constitutionale Commune son universales. Se trata sobre todo del respeto de los derechos humanos, la democracia y el Estado de derecho. No obstante, el objetivo principal no es participar en un discurso global sobre principios abstractos. Más bien, el enfoque se nutre de experiencias concretas, de situaciones humanas inaceptables a raíz de déficits sistémicos. El Ius Constitutionale Commune tiene una vocación sumamente práctica: hacer realidad las promesas y garantías de las constituciones latinoamericanas nuevas o reformadas después de la era de los gobiernos autoritarios²⁵.

Nesse sentido, o sistema interamericano, apresenta jurisprudência sólida e uníssona sobre, principalmente 4 maiores categorias que observam esse objetivo. São elas: 1. violações ainda fruto ou legado de regimes ditatoriais e os desafios de fortalecer o Estado de Direito; 2. justiça de transição; 3. violações de direitos de grupos vulneráveis; e 4. litigação indireta de direitos sociais²⁶.

In a different context — marked by the will of authoritarian regimes and for serious and systematic violations of human rights — the Inter-American Court has ensured the protection of the right to cultural identity of vulnerable populations, requiring specific action by a dynamic and evolutionary interpretation of the American Convention conceived as a “living instrument” (such as the European Court in cases involving the protection of the right to free sexual orientation); it has dared the protection of social rights, through a broad interpretation of the right to life (endorsing the right to decent life), the necessary progressiveness of these rights, as well as through its indirect protection via civil rights; and has faced the will of state power, denouncing the “state terrorism” and affirming the primacy of law over force²⁷.

De um ponto de vista regional, o diálogo interamericano se dá por uma dupla série de parâmetros. Por um lado, a Convenção Americana impõe, expressamente, a adequação dos sistemas legislativos nacionais à norma convencional, em seu artigo 2º, por outro, inúmeros sistemas constitucionais internos “não somente atribuem um lugar específico aos tratados de proteção dos direitos, como também incluem a jurisprudência convencional americana entre os parâmetros do controle de convencionalidade”²⁸.

What is proposed is the conception of dialogues as conversations between the Inter-American Court

²⁵ VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, n. 34, p. 16-17, Ene./Jun. 2015.

²⁶ On the other hand, the European Court of Human Rights deals more frequently with issues related to civil and criminal procedural safeguards, civil rights and privacy, and some social rights such as education [...] FACHIN, Melina; ROBL FILHO, Ilton; TOMIO, Fabrício. The Inter-American and European contexts of human rights protection: a brief comparative analysis of regional courts' decisions. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 81-82, set/dez, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48742>. Acesso em: 06 fev. 2021.

²⁷ On the other hand, the European Court of Human Rights deals more frequently with issues related to civil and criminal procedural safeguards, civil rights and privacy, and some social rights such as education [...] FACHIN, Melina; ROBL FILHO, Ilton; TOMIO, Fabrício. The Inter-American and European contexts of human rights protection: a brief comparative analysis of regional courts' decisions. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 81-82, set/dez, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48742>. Acesso em: 06 fev. 2021.

²⁸ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun, 2010. p. 284.

and its member States, conversations that are not restricted to the exchange of judicial decisions, but that encompass the reactions of one actor towards the other. According to the classic theory of Anne-Marie Slaughter, the networks built between different government units can lead, in the judiciary branch, to transjudicial communications between national and supranational courts, with different functions and levels of reciprocity. These interactions are commonly understood as vertical dialogues²⁹.

Nesse sentido, a verticalidade não se dá por uma relação de superioridade do sistema regional sobre os demais, mas sim pela reciprocidade³⁰ e pela possibilidade de divergência, uma vez que a contraposição de ideias não é uma oposição aos diálogos — ressaltando que estes não criam apenas consonância, como dissonância. Desse modo, constitui uma importante ferramenta de defesa aos Estados Democráticos de Direito na América Latina³¹.

Os parâmetros de análise desses diálogos visam, principalmente, investigar a capacidade de resposta dos ordenamentos jurídicos internos em relação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, de modo a mensurar as condutas responsivas dos Estados e sua adequação³².

Quanto aos diálogos horizontais, estes podem se dar entre ordenamentos jurídicos nacionais do mesmo sistema regional de proteção de direitos humanos, e entre os próprios sistemas de proteção, considerando-se as jurisprudências mais sólidas já mencionadas. Nesse sentido, o presente artigo traz, principalmente, a utilização por parte da Corte ADHP de presentes interamericanos, principalmente por consolidação e anterioridade. Sempre é necessário se atentar, todavia, sobre o direcionamento do diálogo e suas limitações, se este é realmente um troca, ou se se resume apenas a monólogos.

O sistema africano de proteção aos direitos humanos, o mais novo e incipiente dos três, iniciou-se de modo semelhante ao do sistema interamericano, tendo o continente africano sido marcado por ditaduras, como a de Macias Nguema, Bokassa, Idi Amin e o regime do apartheid na África do Sul, de modo que as demandas por sua criação se deram no sentido de promover os direitos humanos e superar esses traumas em um início conturbado marcado pela ingerência internacional e pressões do ocidente³³. Mesmo assim, o sistema africano se desenvolveu pelas próprias pernas, iniciando-se no âmago da Organização da Unidade Africana (OUA) em 1963, marcada pela época por fenômenos como o Movimento Não-Alinhado, e pela busca do fortalecimento da soberania regional, que possuía um “mandato indireto”, por assim dizer sobre a matéria de direitos humanos, até a entrada em vigor da Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos em 1986, adotada na Assembleia da OUA em 1981. Com a Carta Africana, o sistema começa a ganhar mais solidez, contudo, a Comissão Africana somente iniciará seus trabalhos em 1995 após ser estruturada. Nesse ínterim, a OUA deixou de existir e foi substituída pela União Africana em 2002, dando maior ênfase a questões democráticas, fortalecimento da cooperação política e integração de seus membros, bem como a proteção dos direitos humanos. A Corte Africana, por sua vez, somente surgirá por meio de um protocolo adotado em 1998, sendo estruturada em 1998, entrando em vigor em 2004, com a primeira eleição do corpo de juízes em 2006, abrindo seus trabalhos na Etiópia e tendo sua sede transferida para a Tanzânia em 2007³⁴.

²⁹ FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Democracies in danger: are judicial dialogues means to refrain setbacks in Latin America?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 228, 2020.

³⁰ “Whether vertical or horizontal, dialogues presuppose a genuine exchange between the interlocutors. Without this confluence of ideas, the conversations are one-sided. This attribute of dialogues can be named as reciprocity”. FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Democracies in danger: are judicial dialogues means to refrain setbacks in Latin America?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 230, 2020.

³¹ FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Democracies in danger: are judicial dialogues means to refrain setbacks in Latin America?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, p. 236, 2020.

³² SOLEY, Ximena; STEININGER, Silvia *apud* NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 103-124, jan./jun. 2012.

³³ DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. *International Organization*, Cambridge, v. 40, n. 03, p. 599-642, jun. 1986. p. 636

³⁴ UNIÃO AFRICANA. *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 1981*. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_legalinstru

Sua adoção não foi realizada sem debates e polêmicas, tendo em vista a resistência dos Estados africanos em aceitarem a atuação de um órgão judicial dentro do sistema regional, haja vista o histórico africano e a ingerência internacional sobre o continente, o que levou muitos a defenderem que a Comissão Africana era o suficiente e que mecanismos de solução adversariais não estavam de acordo com as práticas e a tradição africana³⁵.

O papel da Comissão e da Corte Africanas é estruturado de modo similar ao de suas contrapartes interamericanas: a Comissão atua promovendo o conteúdo de direitos humanos por meio de campanhas e também pesquisas, realizando solução de controvérsias e aproximação por meio de mecanismos não adversariais, elabora relatórios e monitora a situação dos direitos humanos no continente e, quando instada a se manifestar, interpreta o conteúdo da Carta Africana, apreciando comunicados por parte de Organizações Não-Governamentais e Estados³⁶. Já à Corte cabe realizar a interpretação da Carta de Banjul de modo a complementar a atuação da Comissão, apresentando competências consultiva e contenciosa, estando aptos a levar casos à ela Estados, a própria Comissão, de modo similar à sua contraparte interamericana, e, havendo a declaração expressa de conformidade por parte dos Estados-membros com o artigo 34 (6) do Protocolo que estabeleceu a Corte Africana, há a possibilidade de indivíduos e ONGs levarem casos diretamente ao órgão judicial³⁷, fenômeno que recentemente tem sido polêmico, pela retirada de quatro dos dez Estados nos últimos 4 anos dentre aqueles que haviam ratificado essa possibilidade, do universo de 31 Estados que ratificaram o protocolo que estabeleceu a Corte.

No que tange ao processo de diálogo, o sistema africano se destaca por conta da Carta Africana, que possui, em seus elementos, particular atenção à utilização das fontes do direito internacional, em seus artigos 60 e 61, que declaram que a Comissão levará em conta, para a interpretação e aplicação do direito, além de várias provisões regionais em matéria de direitos humanos, a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal de Direitos Humanos e também instrumentos de agências especializadas no interior das Nações Unidas. Ademais, como medidas subsidiárias anunciadas como meios auxiliares, princípios gerais de direito, outras convenções gerais e especiais, costumes geralmente aceitos como direito e precedentes legais e doutrinários, o que amplia muito as fontes possíveis para a aplicação do direito internacional³⁸. Essa abertura do sistema africano por mais fontes já estava presente desde sua estruturação, conforme lembra Piovesan³⁹, considerando-se que observadores africanos são constantemente enviados para Estrasburgo e San José a fim de estudarem os trabalhos dos outros sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. Esses encontros foram ampliados com a fundação da Corte e com compromissos e memorandos de entendimento entre os juízes dos três sistemas de proteção, que serão analisados posteriormente.

Para além da própria abertura ao diálogo, tal como é percebido pela interpretação de princípios como o *pro personae*, o sistema africano possui, em sua Carta, a disposição de aplicação integrada dos direitos humanos, sua indissociabilidade e também a tônica voltada para a coletividade⁴⁰. A Carta Africana é o único instrumento de direitos humanos que fala em deveres dos indivíduos, família, sociedade e Estado, na busca

ments/detail?id=49. Acesso em: 11 fev. 2021.

³⁵ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. The African Regional Human Rights System. In: GOMEZ, Felipe; DE FEYTER, Koen. *International Protection Of Human Rights: Achievements And Challenges*. Bilbao: University Of Deusto, 2006. p. 509-543. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356505. Acesso em: 10 fev. 2021.

³⁶ HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. The African Regional Human Rights System. In: GOMEZ, Felipe; DE FEYTER, Koen. *International Protection Of Human Rights: Achievements And Challenges*. Bilbao: University Of Deusto, 2006. p. 509-543. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356505. Acesso em: 10 fev. 2021.

³⁷ UNIÃO AFRICANA. *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 1981*. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_legalinstruments/detail?id=49. Acesso em: 11 fev. 2021.

³⁸ UNIÃO AFRICANA. *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 1981*. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_legalinstruments/detail?id=49. Acesso em: 11 fev. 2021.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

⁴⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

por harmonização e convivência mútua, dispondo sobre a necessidade de se adequar o exercício dos direitos e liberdades de cada um ao exercício alheio, conforme os artigos 27 e 28 da Carta⁴¹.

A Comissão e a Corte Africanas parecem órgãos dotados de uma ferramenta poderosa e abertos ao diálogo e ao aprendizado mútuo com os demais sistemas de proteção de direitos humanos. Em seu início, contudo, a resistência às atividades desempenhadas pela Comissão a levaram a se referir e construir a própria jurisprudência, adaptando-a à própria cultura até começar a se engajar em comunicações e diálogos transjudiciais⁴². Ademais, a Carta Africana também possui ferramentas denominadas *clawback clauses* que permitem a restrição de direitos se visarem resguardar outros direitos ou em conformidade com termos como lei e ordem pública, conforme é possível verificar nos artigos 9, 11 e 12 da Carta⁴³.

Nesse ínterim, mapeando a atuação dos casos julgados pela Corte Africana e dos avanços particulares oriundos da integração entre a Corte e a Comissão, é possível apontar que a tônica do direito dos povos, a amplitude e a integração entre os direitos econômicos, sociais e culturais e ambientais (DESCA), trazida pela Carta Africana e seu relacionamento fértil com os demais sistemas de proteção dos direitos humanos, são os principais elementos com que trabalha: no rol de casos importantes trazidos pela Comissão, se verifica a tônica e dimensão coletiva dos direitos humanos e dos povos ao realizar interpretações amplas e a trazer elementos para conceitos como direito ao desenvolvimento, direito dos povos, comunidades indígenas e ao integrá-los com outros DESCA. No que tange à Corte, a imensa maioria dos casos que têm analisado dizem respeito à petições individuais trazidas por ONGs ou cidadãos dos países que reconheceram sua competência, em temas caros a esses mesmos países, como temas de acesso à justiça, direito a um julgamento justo (*fair trial*), relatórios de violações de direitos humanos promovidas no interior de instituições nacionais, e desafios oriundos de ser um único sistema, jovem, operando em um continente em que uma imensa variedade de sistemas de governança existem, desde regimes autoritários, a democracias em graus mais bem-estabelecidos. Neste sentido, são muitos os Estados que ainda possuem desafios profundos em suas governanças, como violações maciças de direitos humanos em situações de conflito armado, crises humanitárias, instabilidade política, uso indiscriminado de sequestro e terrorismo, detenções arbitrárias, uso de tortura e assassinato em contextos de crimes políticos e restrições de acesso à informação⁴⁴. Mesmo diante desses desafios, há exemplos importantes no desenvolvimento do direito internacional e do diálogo judicial que merecem menção, ainda que nem todos estejam na jurisprudência da Corte.

Este é o caso de *Social and Economic Rights Action Center (Serac); Center for Economic and Social Rights (CESR) vs. Nigéria*, via Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos em 2001), em que foi acusado que o governo da Nigéria, por meio do uso de militares, estava intervindo juntamente à Companhia Petrolífera da Shell, como sua acionista majoritária, na exploração de jazidas junto ao delta do rio Níger, o que ocasionou inúmeros problemas de saúde por conta da degradação da qualidade das águas e do meio ambiente, em especial às comunidades aborígenes Ogoni. A Comissão atuou julgando as violações dos direitos à saúde, ao desenvolvimento familiar e a um meio ambiente adequado para o desenvolvimento como um todo, concluindo que a Nigéria, ao facilitar a exploração da região, não agiu com o zelo necessário, falhando em garantir os direitos básicos às populações vizinhas⁴⁵. O diálogo no caso supramencionado foi realizado tanto

⁴¹ UNIÃO AFRICANA. *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos*. 1981. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_legalinstruments/detail?id=49. Acesso em: 11 fev. 2021.

⁴² INMAN, Derek M. K. *The Cross-Fertilization of Human Rights Norms and Indigenous People in Africa: From Endorois and Beyond*. *The International Indigenous Policy Journal*, Bruxelas, p. 1-26. out. 2014. Disponível em: <http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1181&context=iipj>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁴³ UNIÃO AFRICANA. *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos*. 1981. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_legalinstruments/detail?id=49. Acesso em: 11 fev. 2021.

⁴⁴ DALY, Tom Gerald; WIEBUSCH, Micha. *The African Court on Human and Peoples' Rights: mapping resistance against a young court*. *International Journal Of Law In Context*, Cambridge, v. 14, n. 2, p. 294-313, 29 maio 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1017/s1744552318000083>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁴⁵ UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 155/96: *Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigéria*. Disponível em: <https://www.achpr.org/public/Document/file/>

com a jurisprudência da Corte Europeia (X e Y v. Países Baixos⁴⁶), como a Corte Interamericana (Velásquez Rodríguez v. Honduras⁴⁷), e o caso repercutiu até nos sistemas vizinhos com sua menção pelo Tribunal de Estrasburgo no caso Konstantin Markin v. Rússia⁴⁸. No que pode ser descrito como um desdobramento da mesma jurisprudência, a Comissão abordou o Quênia no caso *Centre for Minority Rights Development (Quênia) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) vs. Quênia (Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, 2009)*⁴⁹, em que a comunidade dos Endorois, que viviam nos arredores do lago Bogoria, tiveram reconhecidos seus direitos à propriedade comunal e em que a própria Comissão abordou e definiu o direito ao desenvolvimento, por meio do exercício do diálogo com os casos Saramaka v. Suriname⁵⁰ e Comunidade Moiwana v. Suriname⁵¹. Por fim, em um último desdobramento, a Comissão encaminhou para a Corte Africana o caso *African Commission on Human and People's Rights v. Republic of Kenya (application 006/2012)*⁵², em que uma comunidade tradicional, os Ogiek, foram desalojados de seus lares nos arredores da floresta Mau, sem que fosse levado em conta os vínculos especiais desses povos com o meio ambiente. O caso Ogiek contou com inúmeras referências à jurisprudência da Comissão e referências tímidas a casos de outros sistemas, por ter sido uma das pouquíssimas vezes em que a Comissão se posicionou para recomendar um caso à Corte, preferindo o órgão judicial a referência reflexa aos casos referenciados nas recomendações sobre os Endorois e Ogoni.

Por fim, é preciso mencionar que a disposição da Corte Africana, para se engajar em diálogos e seu trabalho anterior ao se reunir e buscar as *best practices*, não deixou de gerar frutos, com a assinatura de um memorando de entendimento entre os Presidentes dos três tribunais regionais de direitos humanos em 2018, durante o evento de comemoração dos 40 anos da CIDH, a Declaração de San José, a qual determinou a criação do Fórum Permanente de Diálogo Interinstitucional, cujos objetivos são fortalecer o diálogo por meio do desenvolvimento e da ampliação do acesso à jurisprudência internacional e superar os desafios e ameaças aos direitos humanos e sua validade pelo trabalho em conjunto⁵³. Em 2019, na cidade de Kampala, Uganda, foi realizado o primeiro encontro do Fórum Permanente, ocasião que deu origem a outro memorando de entendimento, reafirmando o anterior e as relações cordiais entre as cortes, trazendo novos objetivos de fomento aos direitos humanos, como a busca por realizações de cursos em conjunto entre as cortes, a ampliação do intercâmbio de pessoal, a divulgação em plataformas virtuais de matéria temática sobre os direitos humanos e, por fim, a publicação de anuários conjuntos contendo os principais casos e julgamentos

English/achpr30_155_96_eng.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

⁴⁶ Foi citada a obrigação do Estado em garantir que os direitos daquela população em questão não sejam violados por outros agentes particulares, não podendo se omitir. CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso X e Y v. Países Baixos*. 29 de junho de 2004. Disponível em: <https://archive.crin.org/en/library/legal-database/x-and-y-v-netherlands.html>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras. Reparaciones e Custas*. 21.07.1989. Série C No. 01.

⁴⁸ Caso citado como forma de a corte exercer seu papel por meio da apreciação da razoabilidade estatal em se garantir a proteção e se esta é ou não efetiva. CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Konstantin Markin v. Rússia. Julgamento de Mérito*. 22/03/2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%22konstantin%20markin%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-109868%22%5D%7D>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁴⁹ UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 276/03 *Centre for Minority Rights for Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia*. Disponível em: https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr46_276_03_eng.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo Saramaka v. Suriname*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing.. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Moiwana v. Suriname*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_ing.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵² UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. *Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos v. Quênia*. Disponível em: <https://www.african-court.org/en/images/Cases/Judgment/Application%20006-2012%20-%20African%20Commission%20on%20Human%20and%20Peoples%E2%80%99%20Rights%20v.%20the%20Republic%20of%20Kenya.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵³ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Declaración de San José*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/Declaracion_SJ/declaracionsj_spa.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021. Tradução livre.

em linguagem acessível às “cortes irmãs” contendo comentários e esclarecimentos⁵⁴.

Esses mecanismos em fóruns são mais uma ferramenta de organização jurisprudencial e operacionalização de pessoal para aprimoramento do que garantias propriamente ditas e certezas da atividade do diálogo conforme visto no capítulo anterior. A independência judicial e o senso de autonomia ainda são características que marcam a informalidade no diálogo, especialmente se examinarmos como este se opera em outros órgãos judiciais fora dos regimes de direitos humanos, contudo, a tentativa de dar contornos formais a essas atividades, através de mecanismos de fomento e a criação de uma ferramenta contendo os casos considerados pelos respectivos corpos jurídicos como “mais importantes” de cada corte são passos importantes na direção de um direito internacional mais acessível, além de tentativas de se minimizar a imprevisibilidade pela aproximação mútua, e, dado o prestígio e importância dos sistemas de proteção, é possível que essa tendência se fortaleça e “migre” para outras áreas.

Contudo, mesmo com elementos tão ricos, o diálogo, mesmo o realizado dentro de casos considerados importantes nestes fóruns, pode se ver ameaçado, particularmente, no sistema africano. Na próxima sessão, a jurisprudência de uma série de casos da corte africana será comentado, e, para além das características do tribunal, será abordada a “crise” pela qual a corte passa, com seu esvaziamento, bem como um breve comentário de paralelos entre o órgão judicial africano e os demais.

4 Diálogos de uma corte em extinção? Considerações sobre o Caso Lucien Ikili Rashidi c. República Unida da Tanzânia e outros

A Corte Africana tem passado pelo que pode se chamar de uma crise em sua atuação: conforme afirmado anteriormente, em relação aos 31 países que ratificaram seu protocolo, que conta com 55 assinaturas, apenas 10 deles haviam aderido ao mecanismo de petições individuais. Consequentemente, a maioria dos casos que a Corte apreciava vêm de indivíduos ou ONGs desses países, considerando-se que, ao contrário de sua contraparte interamericana, a Comissão Africana encaminha poucos casos para sua Corte, com apenas 3 deles tendo sido frutos da atuação da Comissão⁵⁵. Contudo, recentemente, começando em 2016, parece estar ocorrendo um movimento para esvaziar a competência material da Corte Africana, através da denúncia do trecho do protocolo que instituiu a Corte e que permite sua competência para apreciação de petições individuais e por intermédio de ONGs. O primeiro Estado a fazer essa denúncia foi Ruanda, logo após o caso *Ingabire Victoire Umubozza v. Republic of Rwanda* polêmico por envolver o julgamento do genocídio de 1994, o Estado ruandês alegou, como justificativa, que a Corte Africana não poderia servir como “palco” para fugitivos condenados nos julgamentos de genocídio. Em 2019, foi a vez da Tanzânia se retirar da competência individual da Corte, o que foi um duro golpe, tendo em vista que a sede da Corte Africana é em Arusha, sua capital. Os motivos alegados pela Tanzânia para motivar sua saída foram a incompatibilidade de sua Constituição com os julgamentos da Corte, o que, muito provavelmente, envolvem tanto o grande número de casos contra a Tanzânia, tanto pendentes como já julgados, como os recentes envolvendo a pena de morte no país, especialmente, o caso *Ally Rajabu and Others v. United Republic of Tanzania*.

Seguindo os movimentos da Tanzânia e Ruanda, em abril de 2020, a República do Benim se retirou da Corte Africana, depois de diversas polêmicas envolvendo os dois casos *Ghaby Kodeih v. Benim*, em um deles a Corte decidiu não ser possível transferência de propriedade do aplicante em pendendo decisão de mérito pela própria Corte e, no segundo caso, a Corte determinou que a demolição de um hotel de propriedade dos

⁵⁴ UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. *Kampala Declaration*. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/kampala-declaration-october-2019/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵⁵ DE SILVA, Nicole; PLAGIS, Misha. *A Court in Crisis: African States' Increasing Resistance to Africa's Human Rights Court*. 19.05.2020. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2020/05/19/a-court-in-crisis-african-states-increasing-resistance-to-africas-human-rights-court/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

aplicantes também deveria aguardar a decisão de mérito, o que a colocou em colisão com a decisão dada pela Corte de Apelação de Cotonou⁵⁶. Também houve rugas entre Benim e a Corte quando esta julgou o caso *Sebastien Ajavon v. Benim*, em que o aplicante, além de empresário, era candidato à presidência, porém foi condenado por tráfico de drogas e exilou-se na França, buscando a jurisdição da Corte Africana que condenou o Benim por violações de seus direitos durante o julgamento pelos delitos. Em suas justificações, o Estado citou supostas violações da competência da Corte, prejuízos de natureza econômica e insegurança jurídica⁵⁷. Por fim, a Costa do Marfim se retirou alegando que as intervenções da Corte podem causar desequilíbrios na ordem interna do Estado, o que foi logo após o julgamento do caso *Soro & Others v. Côte d'Ivoire*, em que a Corte determinou a retirada de um mandato de prisão expedido para o aplicante, um político com ambições presidenciais, por lavagem de dinheiro.

A saída de diversos países de uma vez tem levantado suspeitas sobre se a Corte Africana será reformada, considerando-se a pendência do Protocolo de Malabo, que dispõe sobre sua fusão com a Corte de Justiça Africana e a disposição de competência em matéria penal para o novo órgão jurídico, ou se será abandonada, a exemplo do esvaziamento do Tribunal da Comunidade para o Desenvolvimento da África Austral⁵⁸. Esse risco de extinção chega em um momento sensível para a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos, tendo em vista que esta começa a se inserir no cenário internacional, recebendo citações de outros órgãos jurídicos importantes, com a devida deferência⁵⁹, ao passo que desenvolve uma jurisprudência sólida em casos sensíveis. Aponta-se que essa crise, porém, não é sentida apenas no interior do sistema africano: as contrapartes europeia e interamericana recentemente têm sofrido problemas em razão dos desdobramentos da arena internacional em tempos recentes, como a saída da Venezuela da Corte Interamericana, e os abalos na União Europeia com o fenômeno do Brexit⁶⁰, o que sugere que o diálogo pode ser um caminho para que a Corte Africana se posicione durante esse panorama.

Dentre a jurisprudência de destaque que a Corte Africana começa a amearhar, a título de ilustração, antes do caso principal, é preciso mencionar o caso *Ally Rajabu and Others v. United Republic of Tanzania*⁶¹, em que os aplicantes argumentavam que, ao serem sentenciados à morte, constituía uma violação ao direito à vida contido no artigo 4º da Carta Africana, além de argumentarem que a morte por enforcamento também violava seu direito à dignidade. O raciocínio aplicado pela Corte Africana foi perspicaz: a discricionariedade judicial faz parte do devido processo legal, contudo, em casos de homicídio, a aplicação prática da pena de morte no sistema penal tanzaniano é automática, portanto, sem dar lugar à discricionariedade.

A Corte, ao enfrentar esse tema desafiador, agiu por meio do diálogo mencionando os casos *Hilaire, Constantin & Benjamin v. Trinidad e Tobago*, *Boyce & Joseph v. Barbados*, ambos da Corte Interamericana, para determinar que aqueles Estados que adotam a pena de morte precisam se comprometer com medidas

⁵⁶ CENTER FOR HUMAN RIGHTS, UNIVERSITY OF PRETORIA. *Press Statement*: centre for human rights expresses concern about the withdrawal of direct individual access to the african court by benin and côte d'ivoire. 05.05.2021. Disponível em: <https://www.chr.up.ac.za/press-statements/2073-centre-for-human-rights-expresses-concern-about-the-withdrawal-of-direct-individual-access-to-the-african-court-by-benin-and-cote-d-ivoire>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵⁷ CENTER FOR HUMAN RIGHTS, UNIVERSITY OF PRETORIA. *Press Statement*: centre for human rights expresses concern about the withdrawal of direct individual access to the african court by benin and côte d'ivoire. 05.05.2021. Disponível em: <https://www.chr.up.ac.za/press-statements/2073-centre-for-human-rights-expresses-concern-about-the-withdrawal-of-direct-individual-access-to-the-african-court-by-benin-and-cote-d-ivoire>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁵⁸ MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts. *International Journal Of Law In Context*, Cambridge, v. 14, n. 2, p. 197-220, 29 maio 2018.

⁵⁹ Especialmente em matéria de direito dos povos indígenas. PAPAIOANNOU, Maria. Harmonization Of International Human Rights Law Through Judicial Dialogue: The Indigenous Rights' Paradigm. *Cambridge Journal Of International And Comparative Law*. [s.l.], p. 1037-1059, 2014. 129 UNIÃO AFRICANA. *Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos*. Disponível em: <http://www.african-court.org/en/index.php/12-homepage1/1-welcome-to-the-african-court>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁶⁰ POSNER, Eric A. Liberal Internationalism and the Populist Backlash. *Ssrn Electronic Journal*, [s.l.], p. 1-17, 2017.

⁶¹ CADHP. *Ally Rajabu e Outros C. República Unida da Tanzânia*. Processo nº 007/2015. Acórdão (Mérito e Reparação) de 18 mar 2016. Disponível em: <https://pt.african-court.org/index.php/56-pending-cases-details/873-app-no-007-2015-ally-rajabu-and-others-v-united-republic-of-tanzania-details>. Acesso em: 06 fev. 2021.

judiciais para fortalecer o devido processo legal. O enfrentamento pela via indireta torna o discurso da Corte mais “palatável” ao não atacar diretamente o debate quanto à pena de morte em si, mas os meios que levam a ela, o mesmo método empregado pela Corte Interamericana nos casos supracitados.

No que tange à natureza degradante da pena de morte por enforcamento, a Corte Africana citou a jurisprudência da Corte Europeia no caso *Jabari v. Turquia*, por conta de elementos como a dor extrema oriunda de acidentes na aplicação da pena, e a exposição do apenado neste estado. Por fim, a Corte não se limitou, apenas, a julgar o caso, mas a sugerir ferramentas para readequação ou reforma por parte do Estado da Tanzânia, *Loayza Mayo v. Peru*, da Corte Interamericana, no que tange à maior independência judicial e consideração casuística.

No caso *Lucien Ikili Rashidi C. República Unida da Tanzânia*⁶², que cuida especialmente de direitos de livre circulação, dignidade e garantia processual em tempo razoável, ilustram bem um caso em que houve diálogo da Corte ADHP, em relação com outros tribunais, a respeito de robustez de teses proferidas e de critérios internacionais *versus distinguishing*. O autor foi detido e preso em 2006, apesar de residir legalmente na Tanzânia, foi submetido à inspeção anal efetuada na presença dos seus dois filhos, e teve uma demora injustificada de sete anos da corte local proferir sentença acerca de sua permanência ilegal na Tanzânia.

Ao embasar sua decisão, a Corte ADHP não apenas cita suas próprias decisões anteriores, para demonstrar a unicidade de seu entendimento, como traz limitações importantes para medidas restritivas em complexos penitenciários fundamentadas pelo *corpus iuris* interamericano: i) análise de mérito da Comissão Interamericana; ii) jurisprudência proveniente da competência contenciosa da Corte IDH.

Quanto à CIDH, faz o paralelo da inspeção vaginal sofrida pela Senhora X — e por sua filha Y — e a anal sofrida pelo sr. Lucien, para trazer limites à prática. Ainda que considere a importância de medidas restritivas quando há ameaça à segurança, entende que a inspeção vaginal é mais que uma medida restritiva, mas sim uma invasão ao corpo. Traz, portanto, 4 critérios, para utilizá-la, apenas, em situações muito específicas: 1) deve ser absolutamente necessária para se alcançar o objetivo de segurança no caso particular; 2) não deve existir uma opção alternativa; 3) deve ser decidida por mandado judicial; e 4) deve ser efetuada por um profissional de saúde competente⁶³.

Nesse caso, a CIDH versa sobre como, de modo geral, direitos humanos devem ser sempre limitados da forma mais estrita possível⁶⁴, trazendo entendimento da Corte IDH em Opinião Consultiva, na qual afirma que termos jurídicos indeterminados como “ordem pública” e “bem estar geral” não devem servir como justificativa discricionária para negar um direito:

In this respect the Court wishes to emphasize that “public order” or “general welfare” may under no circumstances be invoked as a means of denying a right guaranteed by the Convention or to impair or deprive it of its true content (See Article 29(a) of the Convention). Those concepts, when they are invoked as a ground for limiting human rights, must be subjected to an interpretation that is strictly limited to the “just demands” of “a democratic society,” which takes account of the need to balance the competing interests involved and the need to preserve the object and purpose of the Convention⁶⁵.

⁶² CORTE ADHP. *Lucien Ikili Rashidi C. República Unida da Tanzânia*. Processo n.º 009/2015 Acórdão (Mérito e reparação) de 28 de março de 2019. Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5fc/f4c/6da/5fcf4c6da852e116179208.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁶³ CIDH. *Senhora X c. Argentina* (Mérito) Processo 10.506, Acórdão de 15 de outubro de 1996, Relatório n.º 38/96, §§ 71-74. apud CORTE ADHP. *Lucien Ikili Rashidi C. República Unida da Tanzânia*. Processo n.º 009/2015 Acórdão (Mérito e reparação) de 28 de março de 2019. Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5fc/f4c/6da/5fcf4c6da852e116179208.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁶⁴ CIDH. *Senhora X c. Argentina* (Mérito) Processo 10.506, Acórdão de 15 de outubro de 1996, Relatório n.º 38/96, §§ 71-74. apud CORTE ADHP. *Lucien Ikili Rashidi C. República Unida da Tanzânia*. Processo n.º 009/2015 Acórdão (Mérito e reparação) de 28 de março de 2019. Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5fc/f4c/6da/5fcf4c6da852e116179208.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁶⁵ CORTE IDH. *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism* (Article 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985. Series A No. 5, para. 67.

Esse caso também foi mencionado em diversos documentos posteriores, como o Relatório sobre a condição da mulher nas Américas, de outubro de 1998; Relatório da Comissão sobre a Colômbia, Relatório sobre a República Dominicana, ambos de 1999; Relatório da Comissão sobre a situação dos direitos humanos no Peru, no ano 2000; Relatório sobre Terrorismo e Direitos Humanos, de 2002, dentre outros⁶⁶.

Ao analisar a violação do art. 4 da Carta Africana⁶⁷, acerca da integridade física do sr. Lucien, a Corte ADHP traz dispositivos e decisões dos sistemas europeu, universal e interamericano. Apesar de constar apenas como nota de rodapé, a menção ao caso *Prisão de Miguel Castro-Castro v. Peru*⁶⁸ é de extrema importância, uma vez que trata especificamente da inspeção íntima.

Uma das detentas foi submetida à inspeção vaginal por diversas pessoas encapuzadas, o faziam de forma brusca⁶⁹. A Convenção de Belém do Pará reconhece as revistas íntimas usando violência uma violação de direitos da mulher, configurando violência sexual⁷⁰.

O trecho mencionado na decisão afirma que, no caso de inspeção dessa natureza, além de reconhecimento de violência sexual — e, portanto, de sua integridade física, também configura tortura:

312. Con base en lo anterior, y tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, este Tribunal concluye que los actos de violencia sexual a que fue sometida una interna bajo supuesta “inspección” vaginal dactilar (supra párr. 309) constituyeron una violación sexual que por sus efectos constituye tortura. Por lo tanto, el Estado es responsable por la violación del derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.2 de la Convención Americana, así como por la violación de los artículos 1, 6 y 8 de la referida Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en perjuicio de la interna indicada en el Anexo 2 de víctimas de la presente Sentencia que para estos efectos forma parte de la misma⁷¹.

Outro precedente, ainda que não mencionado, mas de extrema importância, são os Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas que afirmam que revistas vaginais ou anais invasivas deveriam ser proibidas por lei⁷². Mesmo assim, na prática, “prisoneiras/os das Américas passam por revistas íntimas como uma ‘prática padrão para garantir a segurança’ na prisão. Familiares que não passam por revistas íntimas antes de poderem visitar familiares presas/os afirmam que a prática quase sempre serve para humilhar e controlar”⁷³, e não pelo suposto pretexto de segurança pública.

Já no que tange às reparações, a Corte ADHP também utiliza precedentes da Corte IDH — dentre outros órgãos de DIDH — para fixar as medidas. Ao considerar indenizações insuficientes, afirma que o “objetivo de restituição geralmente aceite é pôr fim às violações em curso e restaurar o Autor num estado anterior ao das violações. [...] As medidas ordenadas para esse efeito compreendem, por exemplo, a restituição do patrimônio ou a anulação das sentenças”⁷⁴.

⁶⁶ ALVES, H. N. Revista invasiva (ou revista íntima) e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 21, n. 2, p. 317-332, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.23083>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁶⁷ Artigo 4º A pessoa humana é inviolável. Todo ser humano tem direito ao respeito da sua vida e à integridade física e moral da sua pessoa. Ninguém pode ser arbitrariamente privado desse direito.

⁶⁸ CORTE IDH. *Caso Presidio Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. 25.11.2006. Série C n° 160.

⁶⁹ CORTE IDH. *Caso Presidio Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. 25.11.2006. Série C n° 160, §197.50.

⁷⁰ CORTE IDH. *Caso Presidio Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. 25.11.2006. Série C n° 160, §260, y).

⁷¹ CORTE IDH. *Caso Presidio Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. 25.11.2006. Série C n° 160, § 312.

⁷² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*, Organização dos Estados Americanos, Princípio XXI (aprovada no 131º período ordinário de sessões, março de 2008). Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/RESOLUCION%201-08%20ESP%20FINAL.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁷³ CERNEKA, Heidi. *Revistas corporais invasivas de familiares que visitam prisões são uma violação de direitos humanos e uma prática generalizada nas Américas*. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - IITC, 2018. Disponível em: <http://itc.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Revistas-corporais-invasivas-e-violacao-de-direitos-humanos.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

⁷⁴ CORTE ADHP. *Lucien Ikili Rashidi C. República Unida da Tanzânia*. Processo n.º 009/2015 Acórdão (Mérito e reparação) de 28 de março de 2019, p. 35-36. Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5fc/f4c/6da/5fcf4c6da852e116179208.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

Sustentando essa premissa, menciona o caso *Loayza-Tamayo c. Peru*⁷⁵, no qual deixa claro que as reparações que a Corte IDH determina é um termo genérico que cobre vários meios pelo qual o Estado deve agir. O Estado pode reparar a responsabilidade internacional em que incorreu, como *restitutio in integrum*, pagamento de indenização, satisfação, garantias de não repetição, dentre outros⁷⁶. Assim, desde seu primeiro caso⁷⁷, a corte tem entendimento de que as violações de direitos humanos ensejam o direito do autor à reparação das consequências da violação e à indenização patrimonial e não patrimonial, incluindo danos morais⁷⁸.

Do mesmo modo, partindo de próprio precedente — *Armand Guehi c. República Unida da Tanzânia* — para dizer que garantias de não repetição procuram resolver violações sistêmicas e estruturais em vez de reparar danos individuais, todavia, há casos individuais quando a violação não cessa ou tem probabilidades de voltar a ocorrer, de modo que estas garantias poderão ser estruturais. Nesse contexto é que se menciona o caso *Crianças de Rua (Villagrán-Morales et al.) c. Guatemala*⁷⁹. Assim, além da investigação dos fatos e sanção dos responsáveis, o Estado também tem a obrigação de combater a impunidade, já que esta propicia a repetição crônica de violação de direitos humanos e falta de defesas das vítimas e seus familiares⁸⁰.

Entretanto, o Tribunal, no mesmo caso, apresentou discordâncias com a prática de instrumentos de direitos humanos semelhantes, ao fazer um procedimento de *distinguishing* acerca do prazo razoável, tido como razoável na aceção o n.º 6 do art.º 56º da Carta Africana⁸¹ para apresentação do caso à Comissão Africana, e considerando o contexto. A CADHP afirmou — sendo posteriormente ratificado pela Corte ADHP:

seguindo a prática de instrumentos de direitos humanos semelhantes, como a Comissão e o Tribunal Inter-Americanos e o Tribunal Europeu, seis meses parecem ser a norma. Não obstante, cada caso deve ser tratado por mérito próprio. Quando houver uma razão boa e convincente para que um Queixoso não possa apresentar a sua queixa a tempo, a Comissão pode examinar a queixa para garantir a equidade e a justiça⁸².

Em outro caso, *Ally Rajabu e outros c. República Unida da Tanzânia*⁸³, versando acerca da pena compulsória de morte, em casos de crimes de assassinato, a Corte ADHP interpreta o direito à vida segundo diversos parâmetros. Dentre eles, utiliza não apenas precedentes da Corte IDH para definir conteúdos de extrema importância quanto à proteção de direitos humanos, como é o direito à vida, mas também menciona, expressamente, o artigo referente à Convenção Americana de Direitos Humanos.

The Court also notes that, in interpreting Article 4 of the American Convention on Human Rights, the Inter-American Court of Human Rights has put greater emphasis on due process by holding in the matter of *Hilaire, Constantine & Benjamin v. Trinidad & Tobago*⁸⁴ that some limitations apply to states that have not abolished the death penalty. These limitations include that “... application is subject to certain procedural requirements” to be strictly observed”, and “... certain considerations involving the person of the defendant ...”. The Court concluded that by “automatically and generically mandating the

⁷⁵ CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Mérito. 17.09.1997. Série C n.º 33.

⁷⁶ CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Mérito. 17.09.1997. Série C n.º 33, § 85.

⁷⁷ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparaciones e Custas. 21.07.1989. Série C No. 7.

⁷⁸ CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Mérito. 17.09.1997. Série C n.º 33, § 26.

⁷⁹ CORTE IDH. *Caso Meninos de Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Reparaciones e Custas. 26.05.2001. Série C n.º 77.

⁸⁰ CORTE IDH. *Caso Meninos de Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Reparaciones e Custas. 26.05.2001. Série C n.º 77, § 100.

⁸¹ Artigo 56º. As comunicações referidas no artigo 55º [individuais], recebidas na Comissão e relativas aos direitos humanos e dos povos, devem necessariamente, para ser examinadas, preencher as condições seguintes: 6. Ser introduzidas num prazo razoável, a partir do esgotamento dos recursos internos ou da data marcada pela Comissão para abertura do prazo da admissibilidade perante a própria Comissão.

⁸² CORTE ADHP. *Lucien Ikili Rashidi C. República Unida da Tanzânia*. Processo n.º 009/2015 Acórdão (Mérito e reparação) de 28 de março de 2019, p. 14-15. Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5fc/f4c/6da/5fcf4c6da852e116179208.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁸³ CADHP. *Ally Rajabu e Outros C. República Unida da Tanzânia*. Processo n.º 007/2015. Acórdão (Mérito e Reparação) de 18 mar. 2016. Disponível em: <https://pt.african-court.org/index.php/56-pending-cases-details/873-app-no-007-2015-ally-rajabu-and-others-v-united-republic-of-tanzania-details>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁸⁴ CORTE IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparaciones e Custas. 21.06.2002. Série C n.º 94.

death penalty for murder, the Respondent's law is arbitrary in terms of Article 4(1)⁸⁵ of the American Convention⁸⁶.

O caso mencionado, além de tratar de pena compulsória de morte por crimes de assassinato — o que demonstrar a precisão com a qual a Corte ADHP escolhe seus precedentes —, versa acerca do *non-compliance* do Estado de Trinidad e Tobago.

Assim, a Corte considera que a execução ocorrida constituiu uma privação arbitrária do direito à vida, o que se agrava considerando-se que a vítima estava amparada por medidas provisórias ordenadas pela própria Corte IDH, de modo que a execução deveria ser suspensa até a resolução do caso pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁸⁷.

Outra questão que merece ser ressaltada acerca do amadurecimento do Sistema Africano é sua forma de acesso das vítimas de violações de direitos humanos a ele. Assim, preliminarmente, ressalta-se a dupla função da CADHP, de promoção — visitas *in loco*, pesquisas, relatórios, formular princípios, dentre outros —, e de proteção, esta materializada por meio de relatórios dos Estados e comunicações interestatais e individuais⁸⁸.

Embora a Carta Africana não preveja expressamente a possibilidade de comunicações individuais perante a Comissão, esta se dá perante uma interpretação dinâmica e ampliada da categoria “outras comunicações”, mencionada no artigo 55 da Carta⁸⁹, que a competência é aceita⁹⁰. Já no artigo seguinte artigo, já mencionado, são previstos os requisitos de admissibilidade dessas comunicações.

Entretanto, o procedimento difere quanto ao da Corte ADHP, uma vez que é previsto, expressamente, no Protocolo Adicional à Carta Africana a possibilidade de demandas individuais, com duas condições: i) o reconhecimento pelo Estado da competência da Corte Africana para tal, pois se trata de cláusula facultativa prevista no artigo 34, n.º 6⁹¹; ii) o reconhecimento deve ser anterior ao recebimento das demandas individuais pela Corte⁹².

Ainda que seja uma limitação no acesso à Corte por indivíduos e ONGs — essa via é muito enfraquecida pelo fato de poucos signatários a autorizarem —, fora uma maneira de conseguir que o Protocolo conseguisse as assinaturas necessárias para sua ratificação⁹³. Submetendo o direito de petição individual das

⁸⁵ Atr. 4.1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

⁸⁶ CADHP. *Ally Rajabu e Outros C. República Unida da Tanzânia*. Processo n.º 007/2015. Acórdão (Mérito e Reparação) de 18 de março de 2016, p. 32. Disponível em: <https://pt.african-court.org/index.php/56-pending-cases-details/873-app-no-007-2015-ally-rajabu-and-others-v-united-republic-of-tanzania-details>. Acesso em: 06 fev. 2021.

⁸⁷ CORTE IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. 21.06.2002. Série C n.º 94, § 192.

⁸⁸ NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 103-124, jan./jun. 2012. p. 107.

⁸⁹ II- Das outras comunicações. Artigo 55º. 1. Antes de cada sessão, o secretário da Comissão estabelece a lista das comunicações que não emanam dos Estados Partes na presente Carta e comunica-a aos membros da Comissão, os quais podem querer tomar conhecimento das correspondentes comunicações e submetê-las à Comissão. 2.A Comissão apreciará essas comunicações a pedido da maioria absoluta dos seus membros

⁹⁰ UMOZURIKE, U. O. 2007. *apud* NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 103-124, jan./jun. 2012. p. 108.

⁹¹ 6. At the time of the ratification of this Protocol or any time thereafter, the State shall make a declaration accepting the competence of the Court to receive cases under article 5 (3) of this Protocol. The Court shall not receive any petition under article 5 (3) involving a State Party which has not made such a declaration.

⁹² NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 103-124, jan./jun. 2012. p. 108.

⁹³ MUTUA, Makau. The African Human Rights Court: A twolegged stool? In: HUMAN rights quarterly: the Johns Hopkins University. [S.l: s.n], 1999. p. 6. NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 103-124, jan./jun. 2012. p. 112.

vítimas ao arbítrio de cada Estado, muitas vezes a impunidade se mantém, uma vez que o ente que tem que autorizar a petição é o mesmo que violou direitos e será julgado para repará-los⁹⁴.

O objetivo de criação da Corte para um sistema africano “com mais dentes”, também, acaba se esvaziando, pois, mesmo com força imperativa para compelir os Estados à proteção de direitos humanos⁹⁵, esta também necessita do reconhecimento de sua competência especificamente neste sentido.

A situação impõe um questionamento. Em paralelo, atualmente, no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, a vítima detém *locus standi in judicio*, assegurando sua participação direta na condução do processo, no entanto, ainda é necessário que a CIDH apresente o caso à Corte após tentativa de solução amistosa — conforme art. 61 CADH. Assim, considerando-se que não seja possível aferir que a institucionalidade de um sistema implica melhores perspectivas em termos de vigência dos direitos humanos na prática⁹⁶, qual modelo seria o mais efetivo?

Ao se retirar um órgão quase judicial como mediador entre vítima e corte, pode-se aumentar o contato de ambos, ao mesmo tempo que poderá reduzir a aderência dos Estados perante o tratado que reconhece essa possibilidade. O inverso é verdadeiro. Essa questão se coloca como uma dúvida primordial ao pensar os direitos da vítima no processo regional de proteção de direitos humanos.

5 Considerações finais

Ainda que o diálogo entre as Cortes se mostre profícuo, principalmente no que tange à Corte Africana, a análise crítica ainda é de extrema necessidade, analisando as maneiras em que as relações dialógicas contribuem para o direito internacional, estabelecendo precedentes e *standards* normativos.

Outra questão a ser considerada, ainda mais anterior que a mencionada, é de qual a abrangência e mudança prática na ampliação dos direitos humanos dessas decisões dialógicas, quando se vê um esvaziamento da competência contenciosa da Corte ADHP. Este, seja por critérios procedimentais — como a necessidade de ratificação dos dispositivos e, ainda, da manifestação expressa de aceite quanto às petições individuais —, seja pelo contexto sociopolítico — a ausência de um histórico tão similar como o latino-americano para gerar uma aderência maior à ideia de regionalismo, e a existência de regimes muito diferentes no continente africano, incluindo ditaduras —, pode retirar a força de uma jurisprudência tão promissora.

Por isso, o diálogo em si não basta, sem ser adjetivado. Reciprocidade, deferência, participação popular, ideia de unicidade regional são características necessárias para que cortes possam desenvolver e efetivar todo o seu potencial transformador. Há iniciativas nesse sentido que começaram recentemente, como os fóruns, em que há uma troca muito frutífera e organização de jurisprudência para facilitar estudos e citações recíprocas. O caso Lucien Ikili Rashidi C. República Unida da Tanzânia é um grande exemplo desse diálogo de muitas mãos, e de seu potencial. Ao mesmo tempo, quando a Corte ADHP começa a, nesses 10 anos de funcionamento, citar sua própria jurisprudência em conjunto com a Interamericana e Europeia, enfrenta graves obstáculos políticos.

O impacto que o direito internacional sofreu nos últimos anos, além de extinguir essa Corte ADHP por meio de desmonte, esvaziamento, remodelação para competência penal, e as renúncias recentes dos protocolos, vem ameaçando o diálogo que já vem sendo construído, bem como o próprio desenvolvimento do

⁹⁴ KEMBABAZI, Lydia Winyi. *A critique of accessibility to the African Court of Human and Peoples' Rights*. Budapeste: Central European University, 2013. p. 40-42.

⁹⁵ HARRINGTON, Julia. The African Court on Human and People's Rights. In: EVANS, Malcom; MURRAY, Rachel (ed.). *The African charter on human and peoples' rights: the system in practice — 1986-2000*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 334.

⁹⁶ MUÑOZ, Alejandro Anaya. Regimes internacionais de direitos humanos. *SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 25, 2017. Disponível em: <https://sur.conectas.org/regimes-internacionais-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 06 fev. 2021.

direito internacional. Para reverter essa situação, é necessário que o diálogo se expanda e atinja, diretamente, a sociedade civil, que já deveria possuir um papel muito mais participativo nessa dinâmica

Referências

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz. The Asymmetric Judicial Dialogue Between the ICJ and the IACtHR: an empirical analysis. *Journal Of International Dispute Settlement*, [S.L.], v. 11, n. 1, p. 1-19, 27 nov. 2019. Oxford University Press (OUP). <http://dx.doi.org/10.1093/jnlids/idz015>. Acesso em: 05 fev. 2021.

ALVES, H. N. Revista invasiva (ou revista íntima) e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, v. 21, n. 2, p. 317-332, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.18593/ejll.23083>. Acesso em: 06 fev. 2021.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. O Alcance do Consentimento como Fundamento da Autoridade da Sentença da Corte Internacional de Justiça. *Vii Anuário Brasileiro de Direito Internacional*, Belo Horizonte, v. 2, n. 13, p. 145-170, jul. 2012.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun, 2010.

CADHP. *Ally Rajabu e Outros C. República Unida da Tanzânia*. Processo nº 007/2015. Acórdão (Mérito e Reparação) de 18 de março de 2016. Disponível em: <https://pt.african-court.org/index.php/56-pending-cases-details/873-app-no-007-2015-ally-rajabu-and-others-v-united-republic-of-tanzania-details>. Acesso em: 06 fev. 2021.

CENTER FOR HUMAN RIGHTS, UNIVERSITY OF PRETORIA. *Press Statement: centre for human rights expresses concern about the withdrawal of direct individual access to the african court by benin and côte d'ivoire*. 05.05.2021. Disponível em: <https://www.chr.up.ac.za/press-statements/2073-centre-for-human-rights-expresses-concern-about-the-withdrawal-of-direct-individual-access-to-the-african-court-by-benin-and-cote-d-ivoire>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CERNEKA, Heidi. *Revistas corporais invasivas de familiares que visitam prisões são uma violação de direitos humanos e uma prática generalizada nas Américas*. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania - IITC, 2018. Disponível em: <http://itc.org.br/wp-content/uploads/2019/09/Revistas-corporais-invasivas-e-violacao-de-direitos-humanos.pdf> Acesso em: 10 fev. 2021.

CIDH. *Princípios e Boas Práticas para a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas*, Organização dos Estados Americanos, Princípio XXI, aprovada no 131º período ordinário de sessões, março de 2008. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/RESOLUCION%201-08%20ESP%20FINAL.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CIDH. *Senhora X c. Argentina* (Mérito) Processo 10.506, Acórdão de 15 de Outubro de 1996, Relatório n.º 38/96, §§ 71-74. apud CORTE ADHP. *Lucien Ikili Rashidi C. República Unida da Tanzânia*. Processo nº 009/2015 Acórdão (Mérito e reparação) de 28 de março de 2019. Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5fc/f4c/6da/5fcf4c6da852e116179208.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. Corte Europeia de Direitos Humanos. *Caso X e Y v. Países Baixos*. 29 de Junho de 2004. Disponível em: <https://archive.crin.org/en/library/legal-database/x-and-y-v-netherlands.html>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CORTE ADHP. *Lucien Ikili Rashidi C. República Unida da Tanzânia*. Processo nº 009/2015 Acórdão (Mérito

e reparação) de 28 de março de 2019. Disponível em: <https://www.african-court.org/cpmt/storage/app/uploads/public/5fc/f4c/6da/5fcf4c6da852e116179208.pdf>. Acesso em: 06 fev. 2021.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Konstantin Markin v. Rússia. Julgamento de Mérito*. 22/03/2012. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22%3A%22konstantin%20markin%22%2C%22itemid%22%3A%22001-109868%22%7D>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CORTE IDH. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. 21.06.2002. Série C no 94.

CORTE IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. 17.09.1997. Série C no 33.

CORTE IDH. *Caso Meninos de Rua (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Reparações e Custas. 26.05.2001. Série C no 77.

CORTE IDH. *Caso Presídio Miguel Castro Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. 25.11.2006. Série C no 160.

CORTE IDH. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Reparações e Custas. 21.07.1989. Série C No. 7

CORTE IDH. *Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism (Article 13 and 29 American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-5/85 of November 13, 1985*. Series A No. 5, para. 67.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso do Povo Saramaka v. Suriname*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_ing. Acesso em: 10 fev. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Moimana v. Suriname*. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_145_ing.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). Separated Opinion Judge Cançado Trindade*. Disponível em: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20110704-ORD-01-01-EN.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening). Separated Opinion Judge Cançado Trindade*. Disponível em: <https://icj-cij.org/public/files/case-related/143/143-20110704-ORD-01-01-EN.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Whaling in the Antarctic (Australia v. Japan: New Zealand Intervening)*. Disponível em: https://www.dipublico.org/cij/doc/208_e.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

DALY, Tom Gerald; WIEBUSCH, Micha. The African Court on Human and Peoples' Rights: mapping resistance against a young court. *International Journal Of Law In Context*, Cambridge, v. 14, n. 2, p. 294-313, 29 maio 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1017/s1744552318000083>. Acesso em: 10 fev. 2021.

DE SILVA, Nicole; PLAGIS, Misha. *A Court in Crisis: African States' Increasing Resistance to Africa's Human Rights Court*. 19.05.2020. Disponível em: <http://opiniojuris.org/2020/05/19/a-court-in-crisis-african-states-increasing-resistance-to-africas-human-rights-court/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

DONNELLY, Jack. International human rights: a regime analysis. *International Organization*, Cambridge, v. 40, n. 03, p. 599-642, jun. 1986.

FACHIN, Melina Girardi; NOWAK, Bruna. Democracies in danger: are judicial dialogues means to refrain setbacks in Latin America?. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 2, 2020.

FACHIN, Melina; ROBL FILHO, Ilton; TOMIO, Fabrício. The Inter-American and European contexts of human rights protection: a brief comparative analysis of regional courts' decisions. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 61, n. 3, p. 81-82, set/dez, 2016. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/48742>. Acesso em: 06 fev. 2021.

FREIRE, Paulo; GADOTTI, Moacir. “Dez anos depois”. In: FREIRE, Paulo; GADOTTI, Moacir; GUIMARÃES, Sérgio. *Pedagogia: diálogo e conflito*. São Paulo: Cortez, 1995. Disponível em: http://acervo.paulofreire.org:8080/xmlui/bitstream/handle/7891/2741/FPF_PTPF_24_009.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 06 fev. 2021.

HARRINGTON, Julia. The African Court on Human and People’s Rights. In: EVANS, Malcom; MURRAY, Rachel (ed.). *The African charter on human and peoples’ rights: the system in practice — 1986-2000*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

HEYNS, Christof; KILLANDER, Magnus. The African Regional Human Rights System. In: GOMEZ, Felipe; DE FEYTER, Koen. *International Protection Of Human Rights: Achievements And Challenges*. Bilbao: University Of Deusto, 2006. p. 509-543. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1356505. Acesso em: 10 fev. 2021.

INMAN, Derek M. K. The Cross-Fertilization of Human Rights Norms and Indigenous People in Africa: From Endorois and Beyond. *The International Indigenous Policy Journal*, Bruxelas, p. 1-26. out. 2014. Disponível em: <http://ir.lib.uwo.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=1181&context=iipj>. Acesso em: 10 fev. 2021.

KEMBABAZI, Lydia Winyi. *A critique of accessibility to the African Court of Human and Peoples’ Rights*. Budapest: Central European University, 2013.

KOSKENNIEMI, Martti. *Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law: Report of the Study Group of the International Law Commission 58th Session*. 2006. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G06/610/77/PDF/G0661077.pdf?OpenElement>. Acesso em: 05 fev. 2021.

MADSEN, Mikael Rask; CEBULAK, Pola; WIEBUSCH, Micha. Backlash against international courts: explaining the forms and patterns of resistance to international courts. *International Journal Of Law In Context*, Cambridge, v. 14, n. 2, p. 197-220, 29 maio 2018.

MUÑOZ, Alejandro Anaya. Regimes internacionais de direitos humanos. *SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 25, 2017. Disponível em: <https://sur.conectas.org/regimes-internacionais-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 06 fev. 2021.

NASCIMENTO, Marília Aguiar Ribeiro do. O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 1, p. 103-124, jan./jun. 2012

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Declaración de San José*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/Declaracion_SJ/declaracionsj_spa.pdf. Acesso em: 10 fev. 2021.

PAPAIIOANNOU, Maria. Harmonization Of International Human Rights Law Through Judicial Dialogue: The Indigenous Rights’ Paradigm. *Cambridge Journal Of International And Comparative Law*. [s.l.], p. 1037-1059, 2014.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2007.

POSNER, Eric A. Liberal Internationalism and the Populist Backlash. *Ssrn Electronic Journal*, [s.l.], p. 1-17, 2017.

ROMANO, Cesare P. R. Deciphering the Grammar of International Jurisprudential Dialogue. *New York University Journal Of International Law And Politics*, [s.l.], v. 41, n. 4, p.755-787, 2009. p. 768. Disponível em: <http://cesareromano.com/wp-content/uploads/2015/05/Romano-Deciphering-Grammar-of-the-Jurisprudential-International-Dialogue.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. *Yale Human Rights And Development Journal*, [s.l.], v. 1, n. 1, p. 85-106, jan. 1998, p. 11. Disponível em: http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol1/iss1/4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 08 fev. 2021.

SLAUGHTER, Anne-marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, [s.l.], v. 44, n. 1, p. 191-220, 2003. p. 201. Disponível em: <https://scholar.princeton.edu/sites/default/files/slaughter/files/globalcourts>. Acesso em: 08 fev. 2021.

TEUBNER, Gunther; FISCHER-LESCANO, Andreas. Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law. *Michigan Journal Of International Law*, [s.L.], v. 25, n. 4, p. 999-1046, 2004. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1282&context=mjil>. Acesso em: 05 fev. 2021.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. *The Interpretation Of International Law By Domestic Courts*, [S.L.], p. 72-95, 1 jan. 2016. Oxford University Press. <http://dx.doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 05 fev. 2021.

UNIÃO AFRICANA. *Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. 1981*. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_legalinstruments/detail?id=49. Acesso em: 11 fev. 2021.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. *155/96: Social and Economic Rights Action Center (SERAC) and Center for Economic and Social Rights (CESR) v. Nigeria*. Disponível em: https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr30_155_96_eng.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

UNIÃO AFRICANA. Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos. *276/03 Centre for Minority Rights for Development (Kenya) e Minority Rights Group (em nome do Endorois Welfare Council) v. Quênia*. Disponível em: https://www.achpr.org/public/Document/file/English/achpr46_276_03_eng.pdf. Acesso em: 11 fev. 2021.

UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. *Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos v. Quênia*. Disponível em: <https://www.african-court.org/en/images/Cases/Judgment/Application%20006-2012%20-%20African%20Commission%20on%20Human%20and%20Peoples%E2%80%99%20Rights%20v.%20the%20Republic%20of%20Kenya..pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

UNIÃO AFRICANA. *Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos*. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/welcome-to-the-african-court>. Acesso em: 10 fev. 2021.

UNIÃO AFRICANA. Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. *Kampala Declaration*. Disponível em: <https://www.african-court.org/wpafc/kampala-declaration-october-2019/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

VARELLA, Marcelo. *Internacionalização do direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. 2013. 501 f. Tese (Doutorado) Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2263949. Acesso em: 11 fev. 2021

VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. On the Functions of International Courts: An Appraisal in Light of Their Burgeoning Public Authority. *Leiden Journal Of International Law*, Cambridge, v. 26, n. 01, p. 49-72, fev. 2013.

II. PARTE ESPECIAL

6. POVOS INDÍGENAS E TRANSFORMAÇÃO

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL

Hermeneutics of the human right to cultural identity in inter-american jurisprudence, a comparative analysis in the light of the ICCAL

Juan Jorge Faundes

Paloma Buendía Molina

VOLUME 11 • Nº 2 • AGO • 2021

**CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA**

Hermenéuticas del derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia interamericana, un análisis comparado a la luz del ICCAL*

Hermeneutics of the human right to cultural identity in inter-american jurisprudence, a comparative analysis in the light of the ICCAL

Juan Jorge Faundes**

Paloma Buendía Molina***

Resumen

Este trabajo busca demostrar, primero, que existe un derecho común latinoamericano que comprende el derecho humano a la identidad cultural, en la perspectiva del *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL). Segundo que, siguiendo el enfoque del ICCAL, al integrar una diversidad de fuentes, el derecho humano a la identidad cultural puede ser comprendido bajo diversos alcances normativos y ampara distintos titulares del derecho, lo cual tendrá consecuencias concretas en la hermenéutica de las sentencias nacionales de competencia constitucional que dialoguen con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Para ello, el trabajo presenta sintéticamente el ICCAL como marco teórico normativo que comprende el derecho humano a la identidad cultural; estudia el derecho fundamental a la identidad cultural, sus fuentes, alcances diversos y titulares, conforme se ha desarrollado progresivamente bajo la jurisprudencia de la Corte IDH; finalmente, revisa tres sentencias de tribunales superiores con competencia constitucional de Argentina, Chile y Brasil. Se concluye que el diálogo entre cortes internacionales y aquellas nacionales con competencia constitucional, puede contribuir a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurando su derecho humano a la identidad cultural, como presupuesto democrático. Metodológicamente se utiliza revisión bibliográfica, análisis de jurisprudencia y el método de derecho comparado.

Palabras clave: Derecho identidad cultural – Corte IDH – derecho a la vida – DESC – diálogo judicial

Abstract

This article seeks to demonstrate, first, that there is a common Latin American law that includes the human right to cultural identity, in the perspective of the *Ius Constitutionale Commune in Latin America* (ICCAL). Secondly, following the ICCAL approach, by integrating a diversity of sources, the hu-

* Recibido em: 31/05/2021.

Aprovado em: 24/09/2021.

Este artículo se enmarca en el Proyecto FONDECYT Regular 2021 “Proyectos de inversión en nuevas energías renovables y sus efectos sobre comunidades indígenas: estudio de la Nueva Institucionalidad Ambiental y sus brechas en perspectiva de justicia ambiental”, N°1210706.

** Académico Docente Investigador - ADI Facultad de Derecho, Sede Temuco Instituto de Investigaciones en Derecho Claustro Doctorado en Derecho Universidad Autónoma de Chile Doctor en procesos sociales y políticos en América Latina. E-mail: juanjorgef@gmail.com

*** Graduada en derecho. Máster en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por el Instituto de Derechos Humanos, Universidad de Valencia. Tesista, Doctorado en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia. E-mail: pabuenmo@alumni.uv.es

man right to cultural identity can be understood under different normative scopes and protects different right holders, which will have concrete consequences in the hermeneutics of national judgments of constitutional competence that dialogue with the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R.). To this end, this paper synthetically presents ICCAL as a normative theoretical framework that comprises the human right to cultural identity; studies the fundamental right to cultural identity, its sources, diverse scopes and holders, as it has progressively developed under the jurisprudence of the IACHR Court; finally, reviews three judgments of superior courts with constitutional competence in Argentina, Chile and Brazil, seeking to identify whether or not this right has been taken up and, if so, with what scope and with respect to which holders. We concludes that the dialogue between international courts and national courts with constitutional competence, can contribute to the protection of the human rights of indigenous peoples and other vulnerable groups, ensuring their human right to cultural identity, as a democratic presupposition. Methodologically, a bibliographic review, jurisprudence analysis and the comparative law method were used.

Keywords: Cultural Identity Law - IACHR - right to life - social right - judicial dialogue

1 Introducción

Este trabajo presenta el derecho humano a la identidad cultural a la luz del *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL) y su perspectiva dialógica entre las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y las sentencias de tribunales nacionales de competencia constitucional, para determinar cómo puede contribuir a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y otros grupos vulnerables, asegurando su derecho humano a la identidad cultural, como presupuesto democrático.

En este marco, nuestra hipótesis plantea que, primero, en la perspectiva del *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL), existe un derecho común latinoamericano que comprende el derecho humano a la identidad cultural. Segundo, como consecuencia de ello, bajo el enfoque del ICCAL y siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH, la justificación hermenéutica del derecho humano a la identidad cultural integra una diversidad de fuentes de distinta naturaleza. Luego, tercero, el derecho humano a la identidad cultural puede ser comprendido bajo diversos alcances normativos y ampara distintos titulares del derecho. En particular, sostendremos que las fuentes referentes al derecho humano a la identidad cultural, lo justifican primariamente desde el derecho a la igualdad y no discriminación y luego: (i) lo vinculan, tanto con el derecho a la vida (en un sentido de sobrevivencia colectiva), interrelacionado con el derecho de propiedad, bajo la interpretación evolutiva que la Corte IDH hace para el amparo de los derechos de los pueblos indígenas; y, al mismo tiempo, (ii) se le comprende como derecho social (DESC), considerando sus correlativas obligaciones progresivas de cumplimiento efectivo, de alcance prestacional¹. Cuarto, estas dos perspectivas tendrán correlativas consecuencias en la hermenéutica de las sentencias nacionales de competencia constitucional y en el diálogo que puedan establecer (o no) con la jurisprudencia de la Corte IDH, para la protección de los derechos humanos de grupos vulnerables como los pueblos indígenas, asegurando su derecho humano a la identidad cultural, como presupuesto democrático.

Para demostrar nuestro planteamiento, en este trabajo: (i) se revisa sintéticamente el ICCAL como marco teórico normativo que comprende el derecho humano a la identidad cultural; (ii) se define el derecho fundamental a la identidad cultural; (iii) se presenta su fundamentación desde sus fuentes y conforme se ha

¹ En este aspecto nuestro estudio es solo descriptivo, en cuanto evidencia dos hermenéuticas diversas en la jurisprudencia interamericana sobre el derecho humano a la identidad cultural, teniendo claro los distintos efectos que pueden emanar de una y otra lectura. En especial, no abordamos aquí la debatida cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales. Entre muchos otros v. AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Derechos económicos, sociales y culturales en el Orden Constitucional Chileno*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2012. TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose do direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

desarrollado progresivamente bajo la jurisprudencia de la Corte IDH; (iv) desde el marco descrito, se estudian, tres sentencias de tribunales superiores con competencia constitucional (de Argentina, Chile y Brasil), buscando identificar si se ha (o no) recogido este derecho y, en su caso, con qué alcance.

Metodológicamente se utiliza revisión bibliográfica, análisis de jurisprudencia y el método de derecho comparado, en la perspectiva dialógica propuesta por el mismo ICCAL.

Se concluye, primero, que un constitucionalismo transformador, bajo la perspectiva del ICCAL que propone un diálogo entre cortes internacionales y aquellas cortes nacionales con competencia constitucional, requiere un análisis caso a caso, diferenciando fuentes y efectos en concreto, ya que la idea de un “derecho común latinoamericano” no es estática ni cerrada. Corresponde a una hermenéutica abierta, dinámica, en que las fuentes y sus efectos, se articulan y reorganizan, generando marcos de protección en diversas dimensiones normativas, generalmente complementarias, y múltiples efectos, integrando, según las circunstancias, tanto derechos como el derecho a la vida (en el sentido colectivo de la sobrevivencia indígena como pueblos o colectivos humanos), en interrelación con el derecho a la propiedad (propiedad comunal) y la protección ambiental de los territorios en que habitan, entre otros aspectos. Segundo, que el derecho humano a la identidad cultural, comprendido a la luz del ICCAL, como un derecho común latinoamericano, constituye un “derecho matriz” de los derechos de los pueblos indígenas y un “filtro hermenéutico” en la labor jurisdiccional, contribuyendo así a la protección de los derechos humanos de grupos vulnerables como los pueblos indígenas y otros grupos tribales, lo cual, a su vez, fortalece la democracia en América Latina.

2 El *ius constitutionale commune* como marco del derecho humano a la identidad cultural

2.1 El ICCAL una nueva comprensión constitucional interamericana:

El *Ius Constitutionale Commune* es una propuesta teórica y normativa enmarcada en el constitucionalismo transformador². Se presenta como un proyecto que tiene por objetivo principal el cumplimiento de las promesas centrales de las constituciones latinoamericanas, en relación a la protección y garantía de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho³. En particular busca ser un método aplicable por los estados que, al otorgar fuerza normativa a los preceptos constitucionales, contribuya a proteger las conquistas democráticas ya alcanzadas y los estándares consolidados en materia de derechos humanos⁴. Asume que los sistemas constitucionales latinoamericanos se insertan en una historia compartida de pobreza, desigualdad, exclusión, inseguridad, violencia y corrupción en cuyo origen la debilidad institucional es una causa relevante. Ello redundaría en violaciones de derechos humanos que afectan la democracia y el Estado de Derecho. En este sentido, postula que para construir una verdadera democracia constitucional se deben superar tales deficiencias. Y, en este complejo escenario, se presenta una preocupación aún mayor hacia los denominados grupos vulnerables⁵.

² KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, p. 150, jan. 1998. p. 150.

³ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune na América Latina* tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p.253-285, 2019. p. 275-276.

⁵ Entendemos por grupos vulnerables o minoritarios, indistintamente, a las colectividades de individuos que cumplen las siguientes condiciones: (i) participan de formas de vida usualmente diversas al patrón social y/o cultural dominante y, como resultado, son estigmatizados; (ii) tienen un status al de los demás ciudadanos con respecto al ejercicio de sus derechos (por lo general de facto), siendo objeto de prácticas discriminatorias; (iii) presentan dificultades que sus demandas sean consideradas por medio de la rep-

El ICCAL plantea que el modelo de Estado constitucional permite racionalizar el poder e impone al Estado el respeto de la dignidad humana como un límite claro e innegociable.

Por otra parte, el ICCAL considera que las nuevas constituciones latinoamericanas, de un lado, pretenden avanzar en materia de derechos mediante transformaciones sociales profundas y de otro abundan las estructuras concentradas de poder que bloquean dichas transformaciones. Por ello plantea que se hace necesario un avance progresivo en los desafíos de democratización y cambio estructural, encaminado a un progresivo avance democrático y de fortalecimiento del Estado de Derecho.

En este marco, el ICCAL apuesta por una supra estatalidad, un diálogo pluralista entre ordenes nacionales e internacionales y una activa actuación de los operadores de justicia, específicamente de tribunales con competencia constitucional, en el conjunto de ideas que permiten la construcción de un cuerpo común o *corpus iuris* latinoamericano de los derechos humanos, como construcción regional de estándares en la materia siguiendo la jurisprudencia de la Corte IDH. Tales estándares son desarrollados a partir de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) vinculada con el resto de instrumentos interamericanos, en articulación con las garantías aseguradas en las constituciones nacionales, junto a las interpretaciones y entendimientos que ha ido desarrollando progresivamente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH). Asimismo, el ICCAL prevé la ampliación de la jurisdicción constitucional, en un esfuerzo de empoderar las cortes con competencia constitucional y concretar estos estándares de derechos humanos, como base democrática y del Estado de Derecho. En consecuencia, la jurisprudencia interamericana dialoga con las decisiones de las cortes nacionales con competencia constitucional, como un entramado interconectado, conforme las cláusulas constitucionales de apertura del ordenamiento jurídico interno al Derecho Internacional de los derechos humanos⁶.

2.2 Un “derecho común interamericano de los derechos humanos” a partir de la concepción de un “*corpus iuris*” de la Corte IDH (multiplicidad de fuentes / amplitud de efectos):

El concepto de *corpus iuris* de derechos humanos que ha planteado la Corte IDH y que está en el núcleo de la propuesta del ICCAL, se ha descrito en el sentido que los sistemas de protección de derechos humanos constituyen un solo cuerpo jurídico articulado de garantía de estos derechos⁷. Se funda en la interacción o vínculo de retroalimentación nacional e internacional para la protección de los derechos humanos, configurando una suerte de nuevo orden público, resguardado bajo un proceso jurisdiccional de protección integral de carácter nacional e internacional. Este *corpus iuris* debe operar límite y marco normativo imperativo fijado mediante estándares internacionales, bajo el cual el respectivo sistema nacional debe guiar su conducta y cuyo incumplimiento compromete la responsabilidad internacional del Estado. De esta forma, la normativa internacional e interna de protección de los derechos humanos, opera como un solo orden jurídico consti-

representación política (Legislativo y Ejecutivo); (iv) como consecuencia de los factores indicados, demandan acciones de protección específicas para su defensa y procurar su igualdad material. Grupos vulnerables y (demográfica o culturalmente) minoritarios, son asumidos bajo el mismo enfoque dado que se enfrentan a problemas similares y exigen acciones equivalentes para la protección y promoción de sus derechos. MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Povos Indígenas e proteção da natureza: a caminho de um “giro hermenêutico ecocêntrico”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 222-251, 2020. p. 226

⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9 n. 2. p. 253-254, 2019. Sobre la idea del diálogo judicial interamericano v. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Diálogo judicial y control convencionalidad: aportes de la Corte Interamericana en la construcción de un IUS Constitutionale Commune Para América Latina (ICCAL). En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional transnacional*. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional. México: Editorial Porrúa, IMDPC. 2016. p. 277-294.

⁷ FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte IDH. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 635-666, 2020. p. 655-658. v. *Caso Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs Argentina* (2020) v. párr. 198.

tuido por “normas que no pueden ser modificadas por la voluntad unilateral de los estados”⁸.

Entonces, bajo lo que se ha llamado una *hermenéutica abierta*⁹, se trata de un enfoque que extiende la interpretación de los derechos humanos, expandiendo el alcance de la CADH, articulándola con todo tipo de fuentes internacionales (vinculantes y no vinculantes), tales como: otros tratados internacionales de derechos humanos, decisiones de la CIDH y jurisprudencia de la Corte IDH, recomendaciones, observaciones y declaraciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), informes y recomendaciones de diversos organismos especializados. Incluso, genéricamente, hace referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al Sistema Africano de derechos Humanos¹⁰, otros instrumentos y se citan constituciones latinoamericanas o decisiones constitucionales comparadas¹¹. De esta manera, la Corte, interrelaciona las fuentes principales del Derecho Internacional, invoca convenciones y Derecho Internacional consuetudinario, recurre a las fuentes complementarias, incluso instrumentos no vinculantes, para configurar y delimitar el contenido de las obligaciones contenidas en la CADH. Asimismo, la Corte IDH, bajo su doctrina de intérprete auténtica de la CADH, declara que estos estándares deben ser seguidos de forma obligatoria por los estados que han ratificado la CADH, bajo control de convencionalidad¹²¹³.

En síntesis, bajo el objetivo final de la Corte de asegurar la protección más favorable a la persona, dejando en un segundo plano la ortodoxia formal de las fuentes del Derecho Internacional, impulsa una hermenéutica garantista y abierta a la interrelación de las fuentes internacionales, de otros sistemas regionales, más allá de que sean directamente vinculantes o no¹⁴.

Nuestro estudio considera diversos trabajos que afirman la existencia de un derecho común interameri-

⁸ NASH, Claudio. *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica*. Tendencias jurisprudenciales. Tesis (Doctorado). Universidad de Chile, Santiago, 2008. p. 311-312.

⁹ MORALES, Mariela. El estado abierto como objetivo del *ius constitutionale commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: BOGDANDY, Armin von, FIX-FIERRO, Héctor, MORALES, Mariela (ed.). *Ius constitutionale commune en América Latina*. Rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014. p. 265-299.

¹⁰ v. CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*. (2020), párr. 244 (nota 241).

¹¹ CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*. (2020), párr. 206 (nota 195).

¹² Entre otros, sobre “Control de convencionalidad” v. ALBANESE, Susana (coord.). El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2008. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. En: CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro. *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*. México: UNAM-IJ, 2011. p. 339-429. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte IDH y los tribunales nacionales. En: UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro; MORALES, Mariela. *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI, 2017, p. 155-174. HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años de Almonacid Arellano vs. Chile*. Santiago: DER Ediciones, 2017. VARELLA, Marcelo; MONEBHUURUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019. p. 47-209. FERREIRA, Rafael Fonseca; ANADON, Celine Barreto. O diálogo hermenêutico e a pergunta adequada à aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil: caminhos para o processo de internacionalização da constituição. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12, n. 2, p. 175-192, 2015. VOLPINI, Carla Ribeiro; WANDERLEY JUNIOR, Silva Bruno. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12 n. 2, p. 611-629, 2015. LEGALE, Siddharta. La Constitución Interamericana: Los 50 Años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: COMITÉ Jurídico Interamericano Curso de Derecho Internacional XLVI 2019. Rio de Janeiro, Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos. 2019. p. 121-169.

¹³ Corte IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*. (2020), párrs. 202 (nota 191), párr. 208. v.

¹⁴ En el mismo sentido BURGORGUE-LARSEN, Laurence, se refiere al “Recurso a la «interpretación abierta»”. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional. En: MAUÉS, Antonio Moreira, MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 22-31.

cano relativo a los pueblos indígenas y otros grupos tradicionales¹⁵. En particular que abordan la protección del derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y otros grupos tradicionales, como categoría autónoma y o desde el concepto de derecho a la “vida digna”¹⁶ o del derecho “a la integridad personal”¹⁷. Asimismo, que sostienen: (i) la especial titularidad como sujetos de derechos colectivos de los pueblos indígenas asociados a sus derechos territoriales y a los recursos naturales; y (ii) el “reconocimiento de la diversidad cultural y de los derechos económicos, sociales y culturales que le son asociados” en relación con los “recursos naturales necesarios tanto para su subsistencia y supervivencia física como cultural”¹⁸.

3 El derecho humano a la identidad cultural: una definición

Podemos definir el derecho humano a la identidad cultural como el derecho de todo colectivo étnico-cultural y de sus integrantes a conservar su propia cultura, su patrimonio cultural tangible o intangible, su memoria histórica y su presente y a ser reconocidos como diferente en sus relaciones con otros grupos de la sociedad. Este derecho comprende el derecho a que se respeten sus conocimientos, creencias, artes, moral, religión, normas y prácticas; y el derecho de sus miembros a pertenecer a una cultura, a no ser forzado a pertenecer a una cultura diferente o a no ser asimilado por aquella¹⁹.

Se trata de un derecho de naturaleza colectiva y o individual, dado que su titularidad pertenece a pueblos indígenas, sus comunidades u otros grupos culturales y a sus respectivos integrantes. En relación con las obligaciones del Estado, por una parte, considera el respeto, valor y protección de la identidad y cultura de un grupo, inclusiva de todos los bienes materiales e inmateriales que la componen, frente al mismo Estado o a terceros; por otra, exige que los derechos sean interpretados a la luz de la propia identidad cultural, la cosmovisión o universo existencial de estos grupos.

Como veremos, el derecho humano a la identidad cultural se configura desde fuentes de Derecho Internacional general, regional y de aquellas referentes a minorías u otros grupos vulnerables y sus derechos culturales. En el ámbito interamericano su desarrollo progresivo obedece en gran medida a los esfuerzos de la Corte IDH.

¹⁵ ESTUPIÑAN, Rosmelin; IBÁÑEZ, Juana María. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales*. París: Universidad de París. Grupo de Estudios en Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona. 2014. p. 325-326. MORALES, Mariela. La vulnerabilidad como principio transnacional. Aportes de la CORTE IDH a la luz del IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE democrático. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional transnacional*. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional. México: Editorial Porrúa, IMDPC, 2016. p. 295-334. p. 323-326.

¹⁶ CALDERÓN, Jorge. Avances, aproximaciones y desafíos emergentes en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: BOGDANDY, Armin von; MORALES, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (ed.). *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina*. México: UNAM, MPI, CORTE IDH, 2016. p. 105-107.

¹⁷ BÁEZ, N. Lima. La protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas a través del derecho a la integridad personal. *Revista electrónica métodos*, n. 1, p. 23-45, 2011.

¹⁸ AGUILAR, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. En: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES-ANZIONATTI, Mariela, 2010 (coord.). *La justicia constitucional y su internacionalización*. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? México: UNAM, MPI, IIADC. 2010. Tomo II. p. 3-84. p. 16-20.

¹⁹ FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 28. También v. DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba. *Pluralismo jurídico*. Derecho humano a la identidad cultural y globalización. Pamplona: CIVITAS, Thomson Reuters, 2014. p. 48-49. RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, n. 3, p. 43-69, 2006.

4 Justificación del el derecho humano a la identidad cultural desde sus fuentes²⁰.

La Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 22 dispone que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a obtener... la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad” y en su artículo 27 agrega que toda persona “tiene derecho de participar libremente en la vida cultural de la comunidad...”. Luego, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDCP), en armonía con la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 1 prescribe que los pueblos “establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural”. Asimismo, en el artículo 15, N°1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a [a] Participar en la vida cultural...”. Por su parte, el artículo 27 del PIDCP prescribe que:

En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma²¹.

En este marco, organismos especializados de derechos humanos fundamentan los derechos culturales de minorías incluyendo en ellas a los pueblos indígenas y tribales en el artículo 1 común del PIDCP y del PIDESC, en el artículo 27 del PIDCP y en el artículo 15 del PIDESC²². Estos instrumentos de derechos humanos, en su conjunto y considerando su respectiva naturaleza y alcance normativo, permiten plantear una primera configuración del derecho humano a la identidad cultural en el marco del Derecho Internacional General.

De esta forma, el derecho humano a la identidad cultural se ha ido configurando como derecho estrechamente relacionado con derechos como la libre determinación de los pueblos, la igualdad y no discriminación, entre otros, que contienen un mandato de protección al Estado de los pueblos y grupos minoritarios que lo integran, generando una nueva comprensión más compleja del principio de igualdad centrada en el valor de la diferencia y la diversidad cultural como valor de las sociedades democráticas (bajo el reconocimiento de la diversidad sexual, jurídica, cultural, étnica, religiosa, etc.) que ha desplazado la idea de la mera igualdad formal antes preponderante.

Entonces, a partir de las fuentes descritas, podemos observar tres enfoques utilizados para justificar el derecho humano a la identidad cultural en el Derecho Internacional. El primero, basal y genérico, de protección de la identidad étnica y cultural, en el marco del derecho a la no discriminación de las minorías. Y otros dos que ya refieren expresamente a un “derecho a la identidad cultural”. En estas otras dos perspectivas se centrará nuestro estudio: (i) como un derecho humano autónomo que en su visión más intensa se vincula con el derecho a la vida (en sentido de la sobrevivencia de los pueblos indígenas y otros grupos

²⁰ Para el estudio del desarrollo progresivo del derecho humano a la identidad cultural en las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos v. OLIVARES, Alberto. El Derecho a la identidad cultural. En: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2019. p. 175-190. FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 635-666, 2020.

²¹ Este artículo, en su génesis no fue ideado para la protección de grupos o minorías, sin embargo, hoy se asocia a los de derechos de los pueblos indígenas. AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM, 2013. p. 453-454.

²² ONU: Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR), Observación general N° 21, Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), párr. 36. Fecha 21 Diciembre 2009, E/C.12/GC/21, disponible en esta dirección: <https://www.refworld.org/es/docid/4ed35beb2.html> [Accesado el 27 Mayo 2021].

tradicionales); (ii) como derechos social y cultural (DESC), integrante del “derecho a la participación en la vida cultural”.

Así, en el primer marco general, vinculado a la no discriminación, para la justificación del derecho humano a la identidad cultural, encontramos la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969) artículo 1 y 5 y complementariamente la “Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales” (1978) que en su artículo 5 señala que “deben respetar el derecho de todos los grupos humanos a la identidad cultural y al desarrollo de su propia vida cultural en el marco nacional e internacional... a cada grupo el decidir con toda libertad si desea mantener y, llegado el caso, adaptar o enriquecer los valores que considere esenciales para su identidad”.

Conjuntamente también están los instrumentos que consideran en específico la protección de derechos culturales y la identidad cultural, tales como: la “Convención sobre la protección del patrimonio mundial, cultural y natural” (1972), la “Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial” (2003) y la “Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales” (2005).

La “Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial” (2003) dispone la obligación de respetar el “patrimonio cultural inmaterial de las comunidades, grupos e individuos...” (artículo 1. b.), asegurando la protección del derecho fundamental a la identidad cultural. La “Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales” (2005) reiteró la comprensión de la UNESCO sobre la diversidad cultural como “*patrimonio común de la humanidad*” que:

... sólo puede ser protegida y promovida mediante la salvaguardia de los derechos humanos [...] la diversidad cultural, tal y como prospera en un marco de democracia, tolerancia, justicia social y respeto mutuo entre los pueblos y las culturas, es indispensable para la paz y la seguridad en el plano local, nacional e internacional [...] que la cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y el espacio y que esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades... de los pueblos y sociedades que forman la humanidad...²³.

En el mismo sentido, sobre la relación entre protección de la diversidad cultural y los derechos humanos, se pueden destacar dos de sus principios rectores: (i) el “**Principio de respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales**”, conforme el cual sólo se podrá proteger y promover la diversidad cultural si se garantizan los restantes derechos humanos y las libertades fundamentales (artículo 2.1.); el “**Principio de igual dignidad y respeto de todas las culturas**”, que contempla la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales y la igual dignidad de todas las culturas y el respeto de ellas, “comprendidas las culturas de las personas pertenecientes a minorías y las de los pueblos autóctonos” (artículo 2.3.). Asimismo, la “Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas” (1992) y la “Declaración Universal de la Unesco sobre la identidad cultural” (2001), han sido centrales en la consolidación del contenido de las Convenciones de la UNESCO que les sucedieron. La Declaración de 1992 significó un tránsito desde el reconocimiento genérico de la diversidad cultural por parte del Estado, hacia el reconocimiento del derecho a la identidad cultural, propiamente tal, como un derecho humano asegurado por el Derecho Internacional de los derechos humanos²⁴. Esta Declaración establece el deber del Estado de protección de la identidad cultural de las minorías y de fomentar las condiciones para la promoción de este derecho, lo que pasará ser parte del contenido normativo del derecho humano a la identidad cultural en los instrumentos posteriores. Finalmente, otros instrumentos concurrentes son: la “Declaración de los Principios de la Cooperación Cultural Internacional” (1966); la “Recomendación sobre el Intercambio Internacional de Bienes Culturales” (1976); y la “Recomendación sobre la Salvaguardia de la Cultura Tradicional y Popular” (1989). Estas fuentes, principales y auxiliares.

En el caso del SIDH, la Carta de la OEA, como instrumento base regional y el “Protocolo Adicional de

²³ Extracto Preámbulo de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales de 2005.

²⁴ DEL CARPIO, Columba. *Pluralismo Jurídico, derecho humano a la identidad cultural y globalización*. Navarra: CIVITAS, Thomson Reuters, 2014. p. 70.

la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” o “Protocolo de San Salvador” (1988), aseguran los derechos económicos sociales y culturales, más el derecho al medio ambiente sano para los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, interconectados con el derecho a la identidad cultural y otros derechos. En este sentido señala que los Estados partes:

“... reconocen el derecho de toda persona a: participar en la vida cultural y artística de la comunidad” (artículo 14.1.a);

“... los Estados partes en el presente Protocolo deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio de este derecho” (artículo 14.2).

Entonces, en el ámbito regional, el artículo 14 del Protocolo constituye una fuente del derecho humano a la identidad cultural al reconocer el derecho de toda persona a participar en la vida cultural de la comunidad, junto a la obligación específica de los estados de adoptar las medidas necesarias para asegurar el pleno ejercicio del derecho.

También debe contemplarse como fuente del derecho humano a la identidad cultural la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 que dispone que “Toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad...” (Artículo XIII). Esta declaración bajo la hermenéutica de la Corte IDH constituye un instrumento básico enlazada a la Carta de la OEA y la CADH.

Por otra parte, el derecho humano a la identidad cultural se configura desde los tratados que aseguran el derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y otros grupos (tribales y o afrodescendientes), como el Convenio 169 OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, de la Organización Internacional del Trabajo de 1989 (Convenio 169 de la OIT) y el artículo 8 j del Convenio sobre Diversidad Biológica (1992). El Convenio 169 de la OIT fundamenta y protege el derecho humano a la identidad cultural al establecer la obligación de respeto y garantía de “su integridad” (artículo 2.1), considerando la promoción de la plena “efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones” (artículo 2.2b). También señala que “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados” (artículo 4.1) y que “deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente” (artículo 5 a)). Asimismo, conforme al artículo 7.1 vincula el derecho a la libre determinación con el derecho humano a la identidad cultural, mientras en los artículos 8, 9 y 10, entre otros, desarrolla un conjunto de disposiciones que se articulan con las diversas dimensiones del derecho humano a la identidad cultural, en base al reconocimiento de las costumbres, prácticas, instituciones, derecho consuetudinario y sistemas propios de solución de conflictos de los pueblos indígenas. Por último, en el artículo 13.1 del Convenio 169 de la OIT establece que en la aplicación de este tratado internacional los gobiernos “deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios [y] en particular, los aspectos colectivos de esa relación” (artículo 13.1.).

En estrecha vinculación con el marco precedente, el Convenio sobre Diversidad Biológica (1992) resguarda “los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica” (artículo 8.j)) Esta disposición protege la dimensión socio cultural del medio natural (y el concepto de “patrimonio natural” de los Convenios de la UNESCO). Luego, respecto al objeto de nuestro estudio, está centrado en la protección de los conocimientos tradicionales indígenas que integran su patrimonio e identidad cultural.

Conjuntamente, en 2007 se aprobó la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DNUDPI) que recoge y protege diversas expresiones y alcances del derecho a la identi-

dad cultural. Por ejemplo, asegura el derecho a la identidad como un derecho humano de naturaleza colectiva, expresando que la identidad se forja en el sentido de pertenencia que se tiene a un grupo humano, del que como individuo se siente parte y que se sustenta en el comportamiento de un colectivo o comunidad humana. La DNUDPI ampara el derecho a la identidad cultural cuando dispone, entre otros pasajes, que “Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate” (art. 9); y cuando señala que “Los pueblos indígenas tienen derecho a practicar y revitalizar sus tradiciones y costumbres culturales. Ello incluye el derecho a mantener, proteger y desarrollar las manifestaciones pasadas, presentes y futuras de sus culturas, como lugares arqueológicos e históricos, objetos, diseños, ceremonias, tecnologías, artes visuales e interpretativas y literaturas” (art. 11.1) y que “Los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad o pertenencia conforme a sus costumbres y tradiciones”. Como correlato, en el ámbito regional americano, la OEA en 2016 aprobó la “Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas” (DADPI), que considera el derecho a la identidad cultural como un valor transversal (artículos XIII a XIX).

Finalmente, la CADH, como instrumento base del SIDH, no considera de forma textual el derecho a la identidad cultural. Pero ha sido la Corte IDH la que ha establecido que la Convención Americana ampara el derecho humano a la identidad cultural de los pueblos indígenas, sus comunidades, otros grupos minoritarios tradicionales y sus respectivos integrantes²⁵. Por esta razón estudiaremos la CADH directamente desde la perspectiva desarrollada por la Corte IDH en su jurisprudencia.

5 El derecho humano a la identidad cultural en la jurisprudencia de la corte IDH²⁶

5.1 Dos hermenéuticas para un derecho:

La Corte IDH no ha fundamentado el derecho humano a la identidad cultural de manera uniforme. A lo menos, lo ha reconocido bajo dos líneas de argumentación. Por una parte, la Corte lo ha entendido como derecho de naturaleza colectiva que sustenta la sobrevivencia de los pueblos indígenas, conforme los artículos 1.1, 2, 29.b, 63, 21, 24, 3, 4, 5, 11, 12, 23, 13, 16, 17, de la CADH, invocando adicionalmente el Convenio N°169 de la OIT. Por otra, lo comprende como un derecho de carácter social y de desarrollo progresivo (DESC), a la luz del artículo 26 de la CADH, en relación a los artículos 1.1 y 2, 21 y 24 de la misma Convención. Así, vinculando la CADH con un conjunto de otros instrumentos de diversa naturaleza como los previamente sintetizados, en particular el Protocolo de San Salvador, ha establecido que la CADH reconoce el derecho a la participación en la vida cultural y, dentro de él, el derecho a la identidad cultural²⁷.

La argumentación de la Corte relativa al derecho humano a la identidad cultural, en primer término, para los dos enfoques descritos, tiene como base una hermenéutica extensiva, evolutiva y sistemática de la

²⁵ Entre otros v. CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, sentencia de 6 de febrero de 2020, fondo, reparaciones y costas, párr. 231, Nota 233.

²⁶ En este trabajo no abordamos la extensa jurisprudencia de la Corte IDH en torno al desarrollo evolutivo del Derecho Humano a la identidad cultural, solo nos centramos en el debate planteado sobre las dos hermenéuticas que surgen de sus decisiones. Sobre el estudio de tal jurisprudencia v. FAUNDES, Juan Jorge; VALLEJOS, Liz. *El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Em: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 107-144. También v. supra notas 17-18.

²⁷ CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, sentencia de 6 de febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas), párr. 231, Nota 233.

CADH que se basa en el artículo 1, que contempla la “Obligación de Respetar los Derechos” y el artículo 2, que asegura el “Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno”, en relación al artículo 29 b), que fundamenta la interpretación evolutiva²⁸, y el artículo 63, que contempla la obligación de reparación.

Luego, considerado este derecho como presupuesto de la sobrevivencia colectiva, el principal argumento (presente en la mayor parte de las decisiones de la Corte recaídas sobre derechos de los pueblos indígenas y otros grupos tribales), es desarrollado a partir de los efectos extensivos otorgados a la protección de la propiedad (artículo 21 CADH), más una interpretación también amplia y compleja del derecho a la igualdad y la no discriminación (artículo 24 CADH). Conjuntamente, la Corte IDH ha vinculado la protección de las tierras indígenas y sus recursos naturales (artículo 21) con los derechos a la vida (artículo 4 CADH) y a la integridad personal (artículo 5 CADH).

Mientras, desde el enfoque relativo a los derechos sociales, la Corte IDH ha formulado una fundamentación en base al artículo 26 de la CADH²⁹ para amparar un conjunto de derechos, interdependientes, de carácter económico, social y cultural, y al medio ambiente (DESCA), tales como: el derecho humano al medio ambiente sano, el derecho humano al agua y saneamiento, el derecho a la alimentación adecuada y el propio derecho humano a la identidad cultural (considerándolo como integrante del derecho a la participación en la vida cultural). La Corte IDH para aplicar el artículo 26 de la CADH y reconocer los derechos en referencia, relacionó esta disposición con las obligaciones que emanan del Protocolo de San Salvador y un conjunto de instrumentos de Derecho Internacional de diversa naturaleza³⁰, fijando, asimismo, el estándar de cumplimiento sobre la base del principio de la efectividad de las medidas. En particular, la Corte IDH relacionó el artículo 26 de la CADH con los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta de la OEA, considerando, entre otros aspectos, la obligación dispuesta en ellos de alcanzar el “desarrollo integral [...] de sus pueblos”³¹.

Como hemos anunciado, a la luz de las fuentes sintetizadas, la jurisprudencia de la Corte IDH desarrolla el derecho humano a la identidad cultural desde otras dos grandes dimensiones: (i) como derecho humano autónomo, vinculado a la vida, la integridad personal y la propiedad, entre otros; y (ii) como integrante del derecho a la participación en la vida cultural (DESC o DESCA).

5.2 Fundamentación desde los derechos a la vida, la propiedad y la no discriminación:

En los casos de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay (2005 y 2006), de la Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay (2006) y el Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (2010), los demandantes afirmaron que su derecho de propiedad que no había sido garantizado por el Estado de Paraguay. Señalaron que, pese a que en cada caso se encontraba su solicitud de reivindicación territorial en tramitación (desde 1993, 1991 y 1990, respectivamente), no había sido resuelta satisfactoriamente. Ello generó la imposibilidad estas comunidades y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio, lo que las mantenía en estado de vulnerabilidad alimenticia, médica y sanitaria, amenazando de forma continua su supervivencia y la propia integridad de sus integrantes.³²

²⁸ FAUNDES, Juan Jorge. Interpretación evolutiva de los derechos humanos. En: ÁLVAREZ, Mario Ledesma, CIPPITANI, Roberto (coord.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma □ Perugia □ México: ISEG, 2013. p. 325-332.

²⁹ CADH Cap. III Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art 26. Desarrollo Progresivo:

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos “[...]”.

³⁰ La Corte IDH refiere así a un “*corpus iuris* internacional”. *Caso Asociación Lhaka Honbat (nuestra tierra) vs Argentina* (2020) v. párr.198.

³¹ CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*, sentencia de 6 de febrero de 2020 (fondo, reparaciones y costas), párrs. 195, 2020.

³² CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 junio 2005. párr.2.

Dijo la Corte en su sentencia de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay* (fondo 2005):

“Al analizar el contenido y alcance del artículo 21 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta... la significación especial de la propiedad comunal de las tierras ancestrales para los pueblos indígenas, inclusive para preservar su identidad cultural y transmitirla a las generaciones futuras”³³.

“Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”³⁴.

Asimismo, en el Caso de la Comunidad *indígena Yakye Axa vs. Paraguay* (fondo 2005)³⁵, la Corte IDH expresó que, para garantizar efectivamente los derechos a las comunidades indígenas, “los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural”³⁶. En este sentido declaró que “la cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo” que se conforma “a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran... porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural”³⁷. Agregó que el Estado:

“... ha lesionado el profundo vínculo que existe entre la identidad de la Comunidad y de sus miembros y su tierra ancestral. El Estado ha insistido en negar la identidad de la Comunidad *Yakye Axa* y sus miembros, y lo ha hecho tratando de diluirla... El Estado ha negado también la historia y la memoria de la Comunidad, así como el esencial sentido que para su cosmogonía y la de sus miembros tiene la relación con su tierra ancestral y su territorio. De esta forma, el Estado paraguayo ha vulnerado el derecho de la Comunidad *Yakye Axa* y de sus miembros a tener una identidad y una cosmogonía propias y, en esa medida, ha violado en perjuicio de los miembros de la Comunidad su derecho a la vida.”³⁸

“... Las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural”³⁹

Después del caso de la *Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay* (Fondo 2005) la Corte IDH mantuvo su doctrina en términos prácticamente idénticos⁴⁰.

En relación con el amplio significado y la interconexión entre la tierra y la cultura de los pueblos indígenas, sus comunidades e integrantes, dijo la Corte IDH ya en 2006, en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay* que para los pueblos indígenas la tierra tiene una “significación especial”, por lo que “toda denegación al goce o ejercicio de los derechos territoriales” acarrea el menoscabo de valores relevantes y el peligro consecuente “de perder o sufrir daños irreparables en su vida e identidad y en el patrimonio cultural por transmitirse a las futuras generaciones”⁴¹.

Así, bajo este enfoque se asegura un derecho humano a la identidad cultural centrado en el reconoci-

³³ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 17 junio 2005. párr. 124.

³⁴ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005, párr. 147.

³⁵ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005, párr. 51.

³⁶ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005, párr. 51.

³⁷ CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005, párr. 135.

³⁸ CORTE IDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005, párr. 158 k.

³⁹ CORTE IDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005, párr. 167.

⁴⁰ CORTE IDH. *Caso comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005, párr. 135; *Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005. párr. 118; *Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de 24 agosto 2010, fondo, reparaciones y costas. párr. 174. *Caso del Pueblo de Saramaka vs. Surinam* (2007), sentencia de 28 de noviembre de 2007, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. párr. 120; *Caso Pueblos Kalina y Lokono vs. Surinam*, fondo reparaciones y costas (2015) párr.. 130, *Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, sentencia de 24 agosto 2010, fondo, reparaciones y costas. párrs. 171,172, 174, 175, 176, 177, 179, 182 de ítem VI: Derecho a la propiedad comunitaria, garantías judiciales y protección judicial (artículos 21.1, 8.1 y 25.1 CADH), pág. 44-46.

⁴¹ CORTE IDH. *Caso comunidad indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, 17 de junio de 2005. párr. 222.

miento y la protección de las manifestaciones culturales como “**formas de vida**”, cultura, lengua, etc. de los pueblos y sus culturas, cuya vulneración supone un riesgo a su sobrevivencia colectiva. Por tanto, señaló que el derecho a la identidad cultural debe ser resguardado por medio de medidas efectivas que el Estado deberá garantizar a los miembros de la Comunidad para que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional, conforme a su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas”⁴².

5.3 Fundamentación como derecho social y cultural (DESC) a la luz del 26 de la CADH:

En el caso de las Comunidades indígenas miembros de la Asociación *Lbaka Honbat* (nuestra tierra) vs. Argentina (2020)⁴³, las Comunidades de los pueblos indígenas *Wichí (Mataco)*, *Iyjuwaja (Chorote)*, *Komlek (Toba)*, *Nimackle (Chulupí)* y *Tapy'y (Tapiete)* de la “Asociación *Lbaka Honbat*” que habitan al sur del río Pilcomayo, en el Chaco semi árido de la Provincia de Salta, Argentina, denunciaron la construcción del Puente Internacional sobre el Río Pilcomayo y un conjunto de otras vías y edificaciones instalados en su territorio. Asimismo, que en los últimos 60 años sufrieron la interferencia en sus tierras y en su forma de vida por las acciones de agricultores “criollos” y sus animales, con quienes disputan los espacios necesarios para su sobrevivencia.

Señaló la Corte que el “**derecho a participar en la vida cultural... incluye el derecho a la identidad cultural**” a la luz de la Carta de la OEA que establece (artículos 30, 45 f., 47 y 48) que contiene el compromiso de los Estados para que sus pueblos alcancen un desarrollo integral que abarca el campo, la cultura, y la incorporación y creciente participación de los sectores marginales de la población y en la vida cultural a fin de lograr la plena integración de la comunidad nacional; para estimular la cultura y preservar y enriquecer el patrimonio cultural de los pueblos americanos”⁴⁴. Asimismo, dijo que su decisión considera “el derecho a ‘participar en la vida cultural’ en un aspecto específico, que es el derecho a la ‘identidad cultural’”, en especial relación con la “la afectación a los rasgos culturales propios o identitarios, a la cultura como ‘modo de vida’”. Agregó que la noción de “identidad cultural” está contenida en el Convenio 169 de la OIT, en la DADPI y que puede entenderse incorporada en la DNUDPI y que sido utilizada por la Corte en favor de comunidades indígenas. Luego que “la ‘identidad cultural’ es un ‘derecho humano fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática”⁴⁵.

En relación a la articulación de las fuentes internacionales que configuran el derecho humano a la identidad cultural, afirmó la Corte que:

“... las normas indicadas deben entenderse y aplicarse de forma armónica con otros compromisos internacionales de los Estados, tales como los que surgen, por ejemplo, del artículo 15 del [PIDESC] y del artículo 27 del [PDCP] o del Convenio 169. Por ello, no corresponde entender que tales normas mandan políticas estatales que propendan a la asimilación de grupos minoritarios, o con pautas culturales propias, a una cultura que se pretenda mayoritaria o dominante. Por el contrario, los mandatos de procurar un desarrollo ‘integral’, ‘incorporar’ y acrecentar la ‘participación’ de sectores poblacionales para su ‘plena integración’, estimular la cultura y ‘preservar y enriquecer’ el patrimonio cultural, deben entenderse en el marco del respeto a la propia vida cultural de los diversos grupos, tales como comunidades indígenas. Por lo tanto, la ‘participación’, ‘integración’ o ‘incorporación’ en la ‘vida cultural’ deben procurarse sin perjuicio de la diversidad cultural, y entenderse de modo respetuoso de la misma y de los derechos de los distintos grupos y las personas que los integran”⁴⁶.

⁴² CORTE IDH. *Caso del Pueblo Xucuro vs. Brasil*, sentencia de 5 febrero de 2018. párr. 188.

⁴³ CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lbaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 6 de febrero de 2020.

⁴⁴ CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la Asociación Lbaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas., párr. 231., sentencia de 6 de febrero de 2020.

⁴⁵ CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lbaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas., párr. 231 (Nota 233), sentencia de 6 de febrero de 2020.

⁴⁶ CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lbaka Honbat (nuestra tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas. párr. 231 (Nota 234). sentencia de 6 de febrero de 2020.

En cuanto al contenido del derecho humano a la identidad cultural dijo la Corte que:

“... el derecho de las personas a disfrutar de su propia cultura [puede] guardar relación con modos de vida estrechamente asociados al territorio y al uso de sus recursos... como es el caso de los miembros de comunidades indígenas. El derecho a la identidad cultural, puede manifestarse, entonces, de diversas formas; en el caso de los pueblos indígenas se observa, sin perjuicio de otros aspectos, en ‘un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres [...] el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas está vinculado con la protección y acceso a los recursos naturales que se encuentran en sus territorios... el bienestar físico, espiritual y cultural de las comunidades indígenas está íntimamente ligado con la calidad del medio ambiente en que desarrollan sus vidas’⁴⁷.

“... ‘el vínculo de los miembros de una comunidad con sus territorios’ resulta ‘fundamental e inescindible para su supervivencia alimentaria y cultural’⁴⁸.

No obstante afirmación precedente que destaca el valor de la “supervivencia alimentaria y cultural”, la sentencia del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020) fundamenta el derecho humano a la identidad cultural como un derecho social y cultural, en tanto afirma que **el derecho a la identidad cultural está contenido en el derecho a la participación en la vida cultural**⁴⁹. De esta forma, ocurre un “desplazamiento” de la hermenéutica precedente centrada en la protección de tierras y recursos naturales (21 CADH), la igualdad y no discriminación (24 CADH), en relación a las obligaciones de respeto de los derechos y de adecuación normativa (1.1 y 2 CADH), que sostienen su vinculación con el derecho a la vida en sentido colectivo. En particular, la Corte IDH recurrió al artículo 26 de la CADH (en relación a los artículos 1.1. y 2 de la CADH), que establece la obligación de desarrollo progresivo de los DESC por parte del Estado. Luego, dentro de dichos DESC, en base a un conjunto de fuentes internacionales de diversa naturaleza, invocó el “derecho a la participación en la vida cultural” como marco del derecho a la identidad cultural. También, en este caso, la Corte desarrolló el contenido material del derecho humano a la identidad cultural, afirmando su interdependencia con otros derechos como el derecho humano al agua, a la alimentación adecuada, a la vivienda adecuada, al medio ambiente y a la participación (vinculada a la consulta⁵⁰)⁵¹.

Finalmente, en relación a los alcances de las obligaciones progresivas de cumplimiento, en la sentencia del caso *Lhaka Honhat vs. Argentina* (2020), la Corte consideró que el artículo 26 de la CADH está comprendido en el deber genérico de respetar y garantizar los derechos (artículos 1.1 y 2 de la CADH). Ergo, la obligación de garantía, en relación a la obligación de desarrollo progresivo (artículo 26) implica el deber positivo de adoptar medidas eficaces (jurídicas, políticas o administrativas) para proteger los derechos humanos y de establecer procedimientos judiciales y/o administrativos para investigar y sancionar eventuales violaciones, sea por el Estado o privados⁵².

⁴⁷ CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, párr. 251 sentencia de 6 de febrero de 2020.

⁴⁸ Caso comunidades indígenas miembros de la *Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, párr. 252. sentencia de 6 de febrero de 2020.

⁴⁹ CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (2020), párr. 231 (Nota 233). v. FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte IDH. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 635-666, 2020. p. 655-658.

⁵⁰ CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, párr. 254., sentencia de 6 de febrero de 2020. CORTE IDH, *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (2020), párr. 209.

⁵¹ También planteó una extensa fundamentación del derecho humano al medio ambiente, en interrelación con el derecho humano a la identidad cultural pero tal estudio escapa a la capacidad de extensión de este trabajo. v. FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte IDH. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina” (2020). *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 635-666, 2020. p. 655-658.

⁵² CORTE IDH. *Caso comunidades indígenas miembros de la asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina* (2020), párr. 287-289.

5. 4 Derecho a la identidad cultural como *filtro hermenéutico* para la Corte IDH:

La comprensión del derecho humano a la identidad cultural introduce una hermenéutica que se extiende a otros derechos. En este sentido, el derecho funciona, al mismo tiempo, como un contenido sustantivo que debe garantizarse y como lo que llamamos un *filtro hermenéutico*⁵³. Se trata de que el derecho humano a la identidad cultural *irradie* hacia las diversas categorías de derechos humanos que amparan los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito doméstico, recomprendiendo derechos, ampliando su entendimiento, dotando de contenido o delimitándolo. En consecuencia, bajo esta perspectiva interpretativa el derecho humano a la identidad cultural incluso puede alcanzar el contenido de los dispositivos constitucionales que, a la luz de la labor jurisdiccional, *dialogan* con los derechos asegurados en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

En lo concreto este mandato exige la comprensión de los comportamientos a la luz de los significados y visión del mundo propio de la comunidad tradicional, desplazando la interpretación conforme la cultura dominante a la cual mayoritariamente pertenece el intérprete judicial⁵⁴. Al respecto dijo la Corte IDH que:

“... al interpretar y aplicar su normativa interna, los Estados deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural.”⁵⁵.

Al efecto, la Corte afirmó un deber hermenéutico general, conforme el cual el derecho fundamental a la identidad cultural es un marco de “interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y por los ordenamientos jurídicos internos”⁵⁶. Entonces, este deber de *filtraje* del derecho humano a la identidad cultural determina, entre otros elementos, que: (i) los derechos de los pueblos indígenas deben ser comprendidos a la luz de la cosmovisión indígena y de los elementos inmateriales de sus vivencias; (ii) se deben asegurar las tierras y territorios indígenas en que viven como imprescindibles para su existencia y para la preservación de su cultura –material e inmaterialmente–; (iii) se trata de un *deber de diligencia* que recae en el Estado que le impone garantizar que los pueblos indígenas, otros grupos tradicionales y sus integrantes vivan de acuerdo con su identidad cultural, como presupuesto de su propia sobrevivencia.

⁵³ Recogemos los conceptos de “*Filtraje Constitucional*” y “*Filragem Constitucional*” y la idea de la eficacia irradiante de los derechos fundamentales. v. Barroso, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo. Sao Paulo: Saraiva Jur, 2019. p. 517. SCHIER, Paulo Ricardo. *Filragem Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010. p. 64-75.

⁵⁴ FAUNDES, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 635-666, 2020. MELLO, Patricia Perrone Campos; ACCIOLY, Clara Lacerda. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenéutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. En: Rossito, Flávia Donini *et al.* *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339.

⁵⁵ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio 2005, párr. 51.

⁵⁶ CORTE IDH. *Caso del Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador*, sentencia de 12 junio 2012. párr. 213.

6 Estudio de casos

6.1 Sentencia Corte Suprema Justicia Nacional Argentina: Acción declarativa de inconstitucionalidad Asociación *Lhaka Honhat* contra Salta Provincia y otros solicitud y acción declarativa de certeza, 2005⁵⁷.

Como ya sintetizamos al introducir la sentencia de la Corte IDH recaída en el caso, las Comunidades de la “Asociación *Lhaka Honhat*” que habitan al sur del río Pilcomayo, en el Chaco semi árido de la Provincia de Salta, Argentina, denunciaron la construcción de una mega obra vial y la interferencia en sus tierras y en su forma de vida por las acciones de agricultores “criollos” y sus animales con quienes disputan los espacios necesarios para su sobrevivencia.

Atendiendo a la Constitución Nacional de Argentina y a la recepción de los derechos indígenas contenidos en ella estos se condensan de *forma austera*⁵⁸ en un único precepto, el artículo 75 inciso N°17⁵⁹ que fue introducido en el año 1994. Las actuaciones de la Asociación *Lhaka Honhat* se vienen sucediendo desde años anteriores en los que se iniciaban sus primeras estrategias de defensa jurídica. Posteriormente se presentaron las primeras acciones judiciales por la responsabilidad del Estado Argentino, llevando sus reivindicaciones hasta la CIDH, posteriormente a la Corte IDH en el año 2012.

La Asociación *Lhaka Honhat* accionó por la afectación de sus derechos mediante diversos recursos de amparo y acciones declarativas de inconstitucionalidad conocidas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (CSJN) Primero en el año 1995 solicitó el amparo constitucional para la suspensión de las obras relativas al puente internacional, recurso que fue desestimado por la CSJN⁶⁰. Posteriormente, en el año 2000 las comunidades representadas por la Asociación interpusieron un nuevo recurso de amparo ante la CSJN, pero la CSJN desestimó la acción nuevamente. Más tarde, en 2005 la Asociación *Lhaka Honhat* presentó una *acción declarativa de inconstitucionalidad*⁶¹, también desestimada por la CSJN. Revisaremos los argumentos de esta última decisión de la Corte Suprema Argentina.

La ley provincial 7352 de 2005 convocaba a una consulta popular vinculante a los pobladores de del departamento, consultando sobre su voluntad de entregar las tierras correspondientes a aquellos lotes a sus actuales ocupantes, aborígenes y criollos. Así se sometía el derecho de propiedad comunitaria de los pueblos indígenas que habitan desde tiempos inmemoriales esas tierras, a la voluntad de sus actuales ocupantes. Precisamente, aquellos criollos y pobladores de la zona (no indígenas) contra quienes las comunidades reclaman. La comunidad manifestó que esta ley trasgredía directamente la Constitución Nacional (arts. 14,16, 17, 31 y 75 inc. 17), la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (arts. 2° y 17°), la Decla-

⁵⁷ CSNJ. A. 1596, XLI. Acción declarativa de inconstitucionalidad, *Asociación Lhaka Honhat contra Provincia de Salta y otros*. Acción declarativa de certeza, sentencia de 27 de septiembre de 2005.

⁵⁸ ZIMERMAN, Silvina. *Estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho indígena a la tierra y al territorio: un estudio sobre su contenido normativo y sobre el desarrollo de pautas para la creación de garantías de protección*. 2014. Tesis (Doctoral). Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014. p. 161.

⁵⁹ Art. 75 N°17:

“Corresponde al Congreso: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas argentinos. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería Jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan...

Asegurar su participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones”.

⁶⁰ Recursos de Amparo presentados por la Asociación Lhaka Honhat contra el Poder Ejecutivo de la Provincia de Salta (i) para la suspensión inmediata de las obras relativas al puente internacional en el año 1995 (Resolución de 10/12/1997); (ii) contra el Decreto 461/99 y la Resolución 423/99 en el año 2000.

⁶¹ CSJN, A. 1596. XLI. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat c/ Salta, Provincia de y otro s/ acción declarativa de certeza., 27 de septiembre de 2005. La Asociación actuó por derecho propio y de los miembros que la componen, requiriendo la declaración de inconstitucionalidad de la ley provincial 7352, promulgada por el decreto 1492/05.

ración Universal de los Derechos Humanos (arts. 17 y 25), la Declaración Americana de los Derechos del Hombre (arts. XI y XXIII), el PIDESC (arts. 11 y 12), la CADH (arts. 1 y 21) y el Convenio 169 de la OIT (arts. 3, 4,5, 6, 8, 13, 14, 17, 30 y 35). Alegó que la ley dictada contrariaba actos propios de reconocimiento de posesión de las tierras cuestionadas⁶² y vulneraba de los compromisos asumidos por la Provincia y el Estado Nacional ante la CIDH en el marco de un “*proceso de solución amistosa*” que se venía realizando con estas comunidades indígenas desde el año 2000⁶³. A su vez, los peticionarios reclamaron la responsabilidad internacional del Estado Nacional habida cuenta de la violación de tratados internacionales, por los efectos que la ley local indicada les generaba y por omisión del Estado al no haber adoptado las medidas oportunas para garantizar los derechos de las comunidades indígenas y tratar de evitar su violación inminente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 75, N°17, de la Constitución Nacional.

La CSJN señaló que:

“.. que no se advierte cuáles han sido las omisiones que se imputan al Estado Nacional en orden a la previsión constitucional contenida en el art.75 inc. 17 de la Constitución Nacional [...] tampoco se observa con claridad la responsabilidad internacional que podría acarrear al Estado el dictado de la ley provincial en el marco del ‘proceso de solución amistosa ante la [CIDH]’”.

Para justificar la desestimación de la acción, el alto Tribunal, en particular, considera entre sus argumentos que la cuestión no es de índole federal y que por tanto el Estado Nacional quedaría apartado como parte sustancial del proceso, ya que entiende que ésta es de índole local y competencia de poderes provinciales. Instruyendo a los peticionarios el agotar las vías ordinarias de orden provincial y acudir al tribunal mediante vía de *recurso extraordinario* del (art. 14 de la Ley N°48). Explica —desde su perspectiva— que tanto el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional tiene su correlato en el art. 15 de la Provincia de Salta en que esta Provincia federal reconoce un extenso estatuto de derechos a los pueblos indígenas.

Para la CSJN el conflicto normativo reclamado pertenece al ámbito local y, por tanto, requiere para su solución la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico provincial, sin perjuicio de la eventual cuestión federal en los términos del art. 75. N°17 de la Constitución Nacional que podría habilitar la instancia extraordinaria ante la Corte Suprema.

Más allá de la cuestión de las jurisdicciones domésticas formulada, con el argumento formal de la incompetencia, el alto Tribunal argentino deniega el amparo a los derechos de las comunidades indígenas que están fundados en el conjunto de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos de los pueblos indígenas ratificados por Argentina y en la propia Constitución Federal, los que fueron vulnerados por las autoridades provinciales, incluso contra el texto expreso de la Constitución provincial.

Así, es relevante considerar en el caso que la decisión CSJN, no solo rechaza la acción conforme la cuestión de competencia federal y local que indica, generando los efectos internos propios de dicha decisión. La CSJN, al mismo tiempo, se desentiende de las normas que conforman un *corpus iuris* de derechos humanos a la luz de CADH (en relación a un conjunto de otros instrumentos de derecho internacional de los derechos humanos, universales y regionales, invocado por los accionantes de amparo), aplicables al caso concreto. En consecuencia, el Estado Argentino en su conjunto incurre en responsabilidad internacional por la violación de sus propios compromisos en materia de Derecho Internacional⁶⁴.

Por otra parte, una comprensión del caso, armónica con los derechos de las comunidades *Lakha Honbat*, en especial a la luz de la CADH y bajo la concepción de un Derecho Común Interamericano de los derechos humanos, incluso de los derechos de los pueblos indígenas, se expresa en el voto razonado del Magistrado

⁶² Decretos Provinciales N°2609/91, 18/93 y 3097/95.

⁶³ Obligación emanada de la Ley N° 24.071 de compromisos asumidos formalmente por la provincia y el Estado de Argentina con la CADH (año 2000).

⁶⁴ Argentina ratificó la CADH (14.8.1984), aprobada mediante la ley 23054 (Boletín Oficial, 27.3.1984). En 1994 se introdujo la reforma constitucional, al artículo 75 N°22 que estableció también que ciertos tratados sobre derechos humanos —entre ellos la CADH— “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional”.

Carlos S. Fayt quien expresó que:

“.. se persigue la declaración de inconstitucionalidad de la convocatoria al electorado a expresar su voluntad en comicios, de cuyo resultado eventualmente podría surgir una vulneración de los derechos constitucionales **de un sector de por sí vulnerable**”⁶⁵.

“[...] que es deber de los Estados ‘tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural...’, criterio rector para ‘valorar el alcance y contenido de los arts. de la Convención Americana (caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005)’”.

Por último, este voto disidente indica que el Gobierno de la Provincia de Salta debe “abstenerse de realizar la consulta popular prevista en la ley impugnada, así como de todo acto que conduzca a su realización” y en el marco del art. 75 inc. 17 y 22 de la Constitución Nacional, se ordene al Estado Nacional que “adopte las medidas necesarias a los fines de evitar que la consulta popular se realice”⁶⁶.

La decisión de mayoría de la CSJN no acoge el enfoque del *Ius Constitutionale Commune*, en relación a un *corpus iuris* latino americano, desconociendo en lo concreto la interrelación existente entre el derecho de propiedad comunitaria, la forma de vida de los pueblos indígenas y el derecho humano a la identidad cultural de los pueblos indígenas, del modo que ese derecho se ha venido reconocido por la Corte IDH en su jurisprudencia y el deber correlativo del Estado.

6.2 Corte Suprema de Chile, sentencia que ordena cumplir en el ámbito nacional la decisión de la Corte IDH del caso “Segundo Aniceto Norín Catrimán y otros (Lonkos, dirigentes y activistas del pueblo indígena Mapuche) respecto de la República de Chile (2014)”⁶⁷

Esta sentencia ordena cumplir la sentencia de la Corte IDH⁶⁸ que conoció el caso de un grupo de líderes y autoridades del Pueblo Mapuche (Chile) que alegaron la violación de los derechos asegurados en los artículos 8.1, 8.2, 8.2.f, 8.2.h, 9, 13, 23 y 24 de la CADH, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 de la misma Convención debido a su procesamiento y condena por presuntos delitos terroristas⁶⁹. Los demandantes sostuvieron (junto a la denuncia de por una tramitación irregular que afectó gravemente el debido proceso) que que la aplicación de la Ley chilena que sanciona conductas terroristas (Ley N°18.314) se basó en su identidad racial y no en las conductas por las que fueron acusados y condenados. En consecuencia, que había existido un acto de discriminación en su contra basado en criterio de raza⁷⁰. Al respecto, resolvió la Corte IDH que en este caso los tribunales nacionales no consideraron que las víctimas tenían la condición de miembros de un pueblo indígena “y, en particular, la posición de autoridades tradicionales que ocupaban...”. Asimismo, que:

“Los Estados, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en el artículo 7 de la [CSDH], en relación con el artículo 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la

⁶⁵ Voto disidente del Ministro Dr. D. CARLOS S. FAYT. A. 1596, XLI. Acción declarativa de inconstitucionalidad Asociación *Lhaka Honhat* contra Salta Provincia y otros solicitud y acción declarativa de certeza. CSNJ, 2005, párr. 2°.

⁶⁶ Voto disidente del Ministro DR. D. E. RAUL ZAFFARONI (A.1596. XLI Acción declarativa de inconstitucionalidad Asociación *Lhaka Honhat* contra Salta Provincia y otros solicitud y acción declarativa de certeza. CSNJ, 2005, párr. 2.

⁶⁷ Corte Suprema de Chile, Rol AD-1386-2014, sentencia, Pleno, 16 de mayo de 2019.

⁶⁸ CORTE IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) *Vs.* Chile, 29 mayo 2014 (Fondo, reparaciones y costas).

⁶⁹ El Estado de Chile, realizó la declaración de reconocimiento de *pleno derecho* de la competencia de la Corte IDH, el 21 de agosto de 1990, conjuntamente con la ratificación de la CADH.

⁷⁰ Se trató de un conjunto de causas penales, de juicios diferentes que llevaron a cuatro peticiones iniciales ante la CIDH y que ella denunció como un solo caso a la Corte. En uno de los casos denunciados, el longko Pascual Pichun de Temulemu, el longko Aniceto Norin de Didaico y Patricia Troncoso (integrante no indígena del movimiento) fueron condenados en 2003 a 5 años y un día de presidio por los delitos de “amenaza terrorista”.

población en general y que conforman su identidad cultural”⁷¹.

En cuanto al fondo del caso, dispuso la Corte Interamericana que las sentencias condenatorias chilenas impugnadas de 2004⁷² se fundaron en una ley de dudoso origen violando principios como el de legalidad y derecho a la presunción de inocencia, arrojando la imposición de penas accesorias que contravinieron en restricciones indebidas y desproporcionadas al derecho de pensamiento y expresión y al ejercicio de derechos políticos, sobre la base de estereotipos y prejuicios, violando el principio de igualdad y no discriminación, configurando “violaciones al derecho de la defensa protegido en el artículo 8.2.f de la Convención”⁷³.

En cumplimiento de la sentencia de la Corte IDH referida, la Corte Suprema de Chile ordenó dejar sin efecto las condenas de 2004. Así, para la Corte Suprema de Chile, en su sentencia de 2019:

“... la actuación en el orden interno del Estado de Chile...y las referidas decisiones condenatorias [perdieron] sus efectos... su subsistencia supone la permanencia de actuaciones que han sido declaradas por el tribunal internacional competente como conductas lesivas de las garantías fundamentales. En virtud de lo anterior esta Corte Suprema resolvió declarar que los fallos condenatorios citados han perdido los efectos que les son propios”⁷⁴.

Luego, invocando el artículo 5º inc. 2º de la Constitución chilena, expresa que el ejercicio de la soberanía interna del Estado se encuentra limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que los órganos del Estado tienen el deber de respetarlos y promoverlos. Así –continúa– que el ordenamiento jurídico interno “reconoce que los derechos humanos están por sobre todo poder del Estado, constituyendo una categoría especial de derechos subjetivos que cuentan con protección nacional [constitucional] e internacional”⁷⁵. En consecuencia, que bajo la competencia que el propio Estado le ha otorgado a la Corte IDH y conforme el artículo 63 de la CADH, cuando la Corte determine que ha existido violación de un derecho o libertad protegidos por la CADH, “dispondrá que ‘se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados’ y ‘que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos...’”⁷⁶.

Así, conforme la obligación de interpretar los tratados de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin (a la luz de la Convención de Viena de Derechos de los Tratados), en armonía con la obligación del artículo 29 de la CADH (interpretación evolutiva), de “dar a sus disposiciones el alcance que asegure el grado máximo de protección de los derechos que reconoce” y “mediante el control de convencionalidad, los jueces nacionales forman parte del sistema interamericano en la protección estándares de cumplimiento y garantía de tales derechos”, establecidos por la Corte⁷⁷. En particular, expresa que:

“... En dicha labor de paráfrasis, de obediencia y acatamiento a los estándares mínimos que el Estado suscriptor se obligó a observar, los Jueces deben utilizar el *Corpus Iuris Interamericano* y la jurisprudencia de la Corte, y los métodos interpretación de derechos *Pro Homine*, de Progresividad, y Proporcionalidad, los cuales amplían su potestad jurisdiccional.”⁷⁸.

De esta forma, podemos identificar en la decisión de la Corte Suprema de Chile un diálogo con la Corte IDH, sobre la base del reconocimiento de la existencia de un derecho común latinoamericano de los derechos humanos –que la Corte Interamericana ha establecido como inclusivo de los derechos de los pueblos

⁷¹ CORTE IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) *Vs.* Chile, 29 mayo 2014 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 37.

⁷² Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Angol de 27 de septiembre de 2003 y de 22 de agosto de 2004 y por la Corte de Apelaciones de Concepción con fecha 4 de junio de 2004.

⁷³ CORTE IDH. Caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) *Vs.* Chile, 29 mayo 2014 (Fondo, reparaciones y costas), párr. 421.

⁷⁴ Corte Suprema de Chile, Rol AD-1386-2014, sentencia, Pleno, 16 de mayo de 2019, párr. 5º.

⁷⁵ Corte Suprema de Chile, Rol AD-1386-2014, sentencia, Pleno, 16 de mayo de 2019, párr. 6

⁷⁶ Corte Suprema de Chile, Rol AD-1386-2014, sentencia, Pleno, 16 de mayo de 2019, párr. 7.

⁷⁷ Corte Suprema de Chile, Rol AD-1386-2014, sentencia, Pleno, 16 de mayo de 2019, párrs. 8-9.

⁷⁸ Corte Suprema de Chile, Rol AD-1386-2014, sentencia, Pleno, 16 de mayo de 2019, párr. 19.

indígenas, según vimos—, lo cual, a su vez se enmarca en el enfoque del ICCAL que venimos siguiendo.

En particular, al Corte Suprema plantea cómo, por una parte, los derechos asegurados en la CADH juegan papel primordial en el control del arbitrio estatal, en un diálogo que describe expresando que estos derechos se yerguen como una potente restricción al ejercicio totalitario del poder estatal” y que, asimismo, el Estado de Derecho Democrático constituye un régimen de libertades personales, y su respectiva, protección, “que son consustanciales con los resguardos de los Derechos Humanos que se contienen en la Convención Americana”⁷⁹. Así, releva, tanto el rol de las sentencias interamericanas en la construcción de los mayores estándares de protección de los derechos asegurados en la CADH, como las decisiones del juez nacional, “la misión práctica de supervigilar el cumplimiento de las

Normas de la Convención Americana de Derechos Humanos”. Y, en particular, que identifica dos funciones específicas en el juez nacional: una, “de orden represivo” que “impone a los magistrados del foro la exigencia de no aplicar las normas internas que sean contrarias” a la CADH; la otra, “de naturaleza constructiva” que “requiere que se interprete el derecho local en concordancia con la Convención y en armonía con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”⁸⁰.

Finalmente, si enlazamos las consideraciones precedentes que surgen de la sentencia de la Corte Suprema revisada que da cumplimiento a la respectiva decisión de la Corte IDH (ella, a su vez, que ordena dejar sin efecto las sentencias condenatorias de fuero local), con nuestro objeto de estudio, el derecho humano a la identidad cultural, podríamos afirmar que:

- En este caso es la sentencia de la Corte IDH la que reconoce el derecho humano a la identidad cultural, establece sus estándares y declara la violación respecto de las víctimas demandantes ante la referida Corte Interamericana.
- La sentencia nacional de la Corte Suprema chilena establece un *continuo hermenéutico* desde la CADH — en conformidad a los estándares evolutivos desarrollados por la Corte Interamericana—y la obligación de derecho interno.
- La sentencia nacional, además, recepciona la CADH entendiéndola como articuladora de un derecho común de los derechos humanos (*corpus iuris*).
- La CADH (en general y por cierto respecto del derecho humano a la identidad cultural) que impone a los jueces nacionales, como la Corte Suprema, un doble imperativo: (i) obligación de cumplimiento, respeto y garantía; (ii) obligación hermenéutica de cumplimiento conforme el sentido de la CADH alcanzado a la luz de la jurisprudencia de la Corte IDH.

La comprensión de la obligación internacional interamericana que la Corte Suprema de Chile expone en el caso, configura una forma de diálogo hermenéutico, armónica con la perspectiva del ICCAL, que impone el respeto y protección del derecho humano a la identidad cultural de los pueblos indígenas en el ordenamiento jurídico chileno, a la luz de las hermenéuticas de este derecho que hemos establecido en este trabajo.

6.3 Sentencia Supremo Tribunal Federal de Brasil “ADPF 709”:

La ADPF 709⁸¹ es una acción de control de constitucionalidad presentada directamente al Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF) por la *Articulação dos Povos Indígenas do Brasil* juntamente con diversos partidos políticos brasileños, en que se invoca violación al derecho de los pueblos indígenas a la vida y a la salud

⁷⁹ Corte Suprema de Chile, Rol AD-1386-2014, sentencia, Pleno, 16 de mayo de 2019, párr. 20.

⁸⁰ Corte Suprema de Chile, Rol AD-1386-2014, sentencia, Pleno, 16 de mayo de 2019, párr. 21.

⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 05 de agosto de 2020.

frente a la pandemia por COVID-19. Los postulantes afirman que tales pueblos presentan condiciones de vulnerabilidad epidemiológica más grave que la mayoría de los brasileños al COVID, en razón de su menor exposición a enfermedades infectocontagiosas, su modo de vida comunitario y su residencia en locales con difícil acceso a servicios de salud. Afirman, además, que el gobierno no estaría adoptando medidas adecuadas a su protección y requieren:

(i) **En relación a los Pueblos Indígenas Aislados y a Pueblos Indígenas de Reciente Contacto (PIIRCs)**⁸², la instalación de barreras sanitarias que impidan el acceso de terceros a sus áreas y la instalación de una Sala de Situación, compuesta por representantes indígenas, técnicos de salud y representantes del gobierno, para hacer el seguimiento de la pandemia, actualizar, proponer y adoptar las medidas sanitarias que se muestren necesarias, de acuerdo con su avance⁸³.

(ii) **Respecto a los Pueblos Indígenas que viven en tierras indígenas pendientes de homologación**⁸⁴ y a los pueblos indígenas urbanos, atención especializada de salud por el servicio especial de salud indígena. Afirman que el gobierno federal solo presta tales servicios a los pueblos que viven en tierras demarcadas, bajo el argumento de que, no estando sus tierras homologadas no estaría plenamente demostrada su condición indígena y, por lo tanto, el derecho de acceso al servicio especializado. Sobre indígenas urbanos, clarifican que muchos no hablan la lengua y tienen necesidades y dificultades especiales que les impide acceder al Servicio Único de Salud (SUS), que presta servicios públicos de salud a los brasileños en general⁸⁵.

(iii) **En cuanto a todos los Pueblos Indígenas, en general**, postulan la elaboración de un Plan General de Enfrentamiento a la COVID para Pueblos Indígenas, que contemple los múltiples ejes necesarios a tal fin, como: (iii.a) acceso al agua potable y alimentación, (iii.b) asistencia de salud, testeo de contagio, aislamiento y tratamiento y (iii.c) acceso a beneficios asistenciales⁸⁶.

(iv) En relación a los pueblos Indígenas cuyas tierras son objeto de invasión por la minería y otras actividades ilegales, la retirada de los invasores, que ofrecen riesgo de contagio⁸⁷.

El STF concedió en parte las medidas cautelares pertinentes a estos requerimientos. Sobre los Pueblos Indígenas Aislados y Pueblos Indígenas de Reciente Contacto (PIIRCs) (i), clarificó que el respeto a su aislamiento voluntario y, por lo tanto, a su identidad cultural, tiene como base su derecho a la autodeterminación, a sus instituciones, costumbres y al control sobre su propio desarrollo, conforme los artículos 2, 5 y 7 del Convenio N°169 de la OIT⁸⁸. Expuso, además, basado en las Directrices del Alto Comisariado de la Organización de las Naciones Unidas para enfrentamiento de la pandemia (OACNUDH) y en la Resolución de la CIDH sobre Pandemia y Derechos Humanos en las Américas, que la protección del aislamiento y, por tanto, de la identidad cultural, en el caso de esos pueblos indígenas es la mejor forma de protección de su derecho a la vida y a la salud⁸⁹ porque el no contacto evita el contagio.

⁸² También denominados como pueblos indígenas en “contacto inicial”.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 05 de agosto de 2020, parr. 14-31.

⁸⁴ El proceso de regularización de tierras indígenas depende de una etapa de identificación de los marcos y límites precisos de la tierra, con base en estudios topográficos, seguida de la declaración formal de tales límites por portaría del Ministro de la Justicia, de su homologación por decreto el Presidente de la República y del registro de la tierra en el Registro de Propiedad competente, como bien de la Unión y como tierra indígena. Tierras no homologadas son aquellas en que viven comunidades indígenas, pero cuyos límites aún no fueron reconocidos por acto oficial del Presidente de la República. BRASIL. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973; Decreto n. 1775, de 9 de janeiro de 1996.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 05 de agosto de 2020, parr. 36-47.

⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 05 de agosto de 2020, parr. 36-47.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 05 de agosto de 2020, parr. 33-25.0

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 05 de agosto de 2020, parr. 14-15.

⁸⁹ En este sentido afirmo el STF que:

En lo que se refiere a los Pueblos Indígenas que viven en tierras indígenas pendientes de homologación y a los pueblos indígenas urbanos (ii), el STF observó que la condición de indígena no se vincula al reconocimiento del derecho a la tierra por parte del Estado. El elemento esencial del reconocimiento como pueblo indígena radica en la consciencia de su propia identidad como tal, conforme establece el Convenio N°169 de la OIT, artículos 1°, 2, y 2°, 1.

Con todo, previamente, el Presidente de la República ya había declarado que no demarcaría tierras indígenas en su gobierno⁹⁰. En esas condiciones, se estaba negando a tales pueblos todos sus derechos posibles, ya que se negaba su derecho a la tierra, en violación a la Constitución de 1988 y se usaba ese argumento para negarles todos los demás derechos. Así eran abandonándolos a su propia suerte en medio de la pandemia y, en consecuencia, se colocaba en riesgo su sobrevivencia como pueblo. Lo mismo pasaba con indígenas urbanos, que no pierden la condición de indígenas por vivir en el contexto urbano y tienen derechos al servicio especial de salud siempre que no puedan acceder al SUS.

En el caso de esos pueblos, se identificó que **estaba en riesgo el derecho a la identidad cultural, en relación a la preservación de su sobrevivencia y existencia como pueblo.**

En cuanto a los Pueblos Indígenas en general (iii), el STF determinó que el Gobierno Federal debía elaborar un Plan General de Enfrentamiento al COVID para Pueblos Indígenas (Plan General), con la participación de los representantes de los indígenas. Fueron presentadas cuatro versiones de tal Plan General y resultó homologado (aprobado) condicionalmente la cuarta versión⁹¹. El Plan General garantizó múltiples servicios y prestaciones positivas en materia de salud, acceso al agua, seguridad alimentaria, habitación y beneficios asistenciales, con el fin de garantizar su protección durante la pandemia. Con el desarrollo de vacunas anti-COVID, aseguró a pueblos indígenas que habitan tierras indígenas homologadas o no, así como a indígenas urbanos sin acceso al SUS, el derecho a la vacunación prioritaria⁹².

En relación a la prestación de los “servicios mínimos necesarios a la subsistencia”, como individuos y como pueblos, que están previstos en el Plan General, el sistema brasileño tiende a considerarlos encuadrados en la categoría de “mínimo existencial” y, por lo tanto, relacionados con la preservación de la vida y de la dignidad humana. No obstante, en la medida en que se sobrepasa tal mínimo (de difícil determinación práctica), se consideran derechos sociales de segunda generación, conectados a prestaciones positivas por parte del Estado y, en consecuencia, en este segundo plano, se sujetan más fácilmente a argumentos sobre límites presupuestarios y a la reserva de lo posible⁹³. Bajo tales categorías, que no son perfectamente estancas o delimitables – y **en cuanto al grupo más amplio de indígenas involucrados por la acción** –, se puede decir que **se amparó el derecho a la identidad cultural, en ambas dimensiones: tanto** en la protección

⁹⁰ *Na atual situação, em que há uma pandemia em curso, os povos em isolamento e de contato recente são os mais expostos ao risco de contágio e de extinção. Isso ocorre em razão das condições de vulnerabilidade imunológica e sociocultural já narradas. Por essa razão e de acordo com diretrizes internacionais da ONU e da [CIDH], a medida protetiva mais eficaz a ser tomada em favor de tais povos é assegurar-lhes o isolamento da sociedade envolvente, por meio de barreiras ou cordões sanitários que impeçam...”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 05 de agosto de 2020, parr. 16-17.*

⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 05 de agosto de 2020, parr. 8.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 16 de março de 2020,

⁹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 16 de março de 2020, parr. 13-16.

El derecho al mínimo existencial es comprendido por el derecho brasileño como ligado a los derechos a la vida, dignidad y libertad y, por lo tanto, no sometido a la discreción de los poderes Legislativo y Ejecutivo, diferentemente de lo que pasa con los derechos sociales de modo general, que son realizables de acuerdo con la coyuntura económica y conforme a la “reserva de lo posible”. La reserva de lo posible es comprendida por algunos autores como fáctica (inexistencia de recursos para la realización de derechos) y, por otros, como jurídica (límites democráticos para la realización de derechos, impuestos por decisión del legislador, dada la escasez de recursos y la multiplicidad de demandas). Para el debate, en el derecho brasileño, sobre contenido y límites del mínimo existencial y de la reserva de lo posible, v. SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça*, v. 1, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2007; TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 103-110.

de su **derecho a la vida; como, asimismo, en aquella relativa a derechos sociales, bajo prestaciones positivas de parte del Estado.**

Finalmente, en respecto a **la solicitud desocupación de invasores (iv)**. Primero, el STF tuvo en cuenta el público conocimiento de la existencia de millares de invasores armados en algunas de las tierras en que habitan los indígenas recurrentes. En tal contexto, temía que medidas de expulsión pudieran generar conflictos violentos y riesgos en razón de ello riesgos aún más graves para la vida de los indígenas. Además, la operación implicaría ingresar con centenas de soldados y policía en sus tierras, lo que también generaría mayor riesgo sanitario de contagio. En tal cuadro, el Tribunal concedió una cautelar alternativa (a la pretensión recurrida), determinando la elaboración y ejecución de un Plan de Aislamiento de los Invasores, de modo de impedirles tener contacto con las comunidades afectadas.

Es importante observar que, más allá de la amplitud de las cautelares concedidas, en su implementación y monitoreo se enfrentan dificultades de todos los tipos, tales como: falta de materiales, de personal, de presupuesto, fragilidad de las instituciones de protección a tales pueblos y tal vez de voluntad política⁹⁴. De todas formas, el tribunal sigue buscando monitorear el cumplimiento de sus decisiones.

Así, puede destacarse de este caso que el STF en su argumentación –tanto al identificar el riesgo y al otorgar las medidas cautelares respectivas, como en su función de monitoreo del cumplimiento de estas medidas–, expresa una comprensión del derecho humano a la identidad de los pueblos indígenas que sigue la Constitución de Brasil y dialogando con la misma idea de la Corte IDH. Ahora bien, el derecho humano a la identidad cultural ha operado en diversos sentidos: como factor de riesgo en sí (respecto del derecho a la vida y sobre vivencia de los pueblos indígenas y sus miembros), como fundamento del otorgamiento prestacional de acciones de salud necesarias para la población en riesgo; como factor de adecuación de las propias acciones cautelares y las prestaciones de salud, en particular, a las condiciones sociales y culturales de los pueblos indígenas aislados o en contacto reciente cuyo resguardo ha sido requerido judicialmente.

7 Conclusiones

El enfoque del ICCAL apunta a la consecución de un constitucionalismo transformador y, en ese sentido, propone un diálogo entre cortes internacionales y aquellas cortes nacionales con competencia constitucional. Pero, la revisión de tal proposición, aunque fundada en mínimos comunes o universales de derechos humanos, articulados desde la CADH, dada la diversidad de fuentes normativas y una multiplicidad de campos jurídicos que interactúan, vertical y horizontalmente, requiere un análisis caso a caso, diferenciando fuentes, efectos y titulares en concreto.

La idea de un “derecho común latinoamericano” (*corpus iuris*) no es estática ni cerrada. Por el contrario, se trata de una hermenéutica abierta, dinámica, en que las fuentes y sus efectos, se articulan y reorganizan, generando marcos de protección en diversas dimensiones normativas, generalmente complementarias, y múltiples efectos. Desde esta perspectiva, es posible afirmar la existencia de un derecho humano a la identidad cultural, justificado o emanado desde múltiples fuentes normativas.

Ahora bien, la Corte IDH ha dotado de contenido el derecho humano a la identidad cultural desde las diversas fuentes indicadas, particularmente la CADH (artículos 1, 2 y 63). Así, según las circunstancias respectivas, en concreto, el derecho humano a la identidad cultural comprende, a lo menos, dos dimensiones de naturaleza y alcances jurídicos distintos: (i) una como derecho a la vida (en el sentido colectivo de la sobrevivencia indígena como pueblos o grupos tradicionales), emanada de la protección de los derechos a la

⁹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 24 de maio de 2021, parr. 13-15.

tierra y sus recursos naturales, en relación al derecho a la igualdad y no discriminación, cuya fuente directa es la propia CADH (artículos 21 y 24); (ii) otra, como DESC (artículo 26 CADH), en relación al derecho a la igualdad y no discriminación (artículo 24 CADH), para la protección de las tierras y recursos naturales, pero también de alcance prestacional, que considera las obligaciones correlativas y progresivas de cumplimiento efectivo (caso particularmente relevante en relación a las políticas públicas de salud).

Estas dos dimensiones del derecho humano a la identidad cultural, aunque arrojan compromisos jurídicos de distinta naturaleza y alcance, no son incompatibles y, es más, pueden ser concurrentes, permitiendo elevar los estándares asociados al cumplimiento de estos derechos.

La Corte IDH reconoció el derecho a la identidad cultural respecto de los pueblos indígenas, extendiéndolo luego a otros grupos tradicionales, como los afrodescendientes; y, recientemente, lo ha entendido también como un derecho de carácter universal, en el marco del derecho a la participación en la vida cultural. Al afirmar esta titularidad universal, la Corte desplaza su fundamentación precedente y ahora estima el derecho a la identidad cultural como un derecho integrante del derecho a la participación en la vida cultural (DESC). Luego, parece alejarse de la noción de un derecho autónomo vinculado a la vida. Con todo, en sus argumentos cita latamente los fallos anteriores desarrollados desde el primer enfoque.

El derecho humano a la identidad cultural, comprendido a la luz del ICCAL, se inserta en una hermenéutica dialógica interamericana, entre la Corte IDH y múltiples ordenamientos nacionales, conformando un cuerpo jurídico común, un *corpus iuris* latinoamericano de derechos humanos, incluyente del derecho humano a la identidad cultural estudiado. En este contexto normativo, el derecho a la identidad cultural constituye un *filtro hermenéutico* en la labor jurisdiccional, contribuyendo así a la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y otros grupos tribales. Ahora bien, en la perspectiva indicada, la muestra jurisprudencial revisada, evidencia que los alcances de este diálogo deben examinarse caso a caso, pudiendo presentarse, conforme la propia mirada de la judicatura nacional, en flujos más o menos intensos, conforme los países o, incluso, la oportunidad en que se presente el caso.

En el sentido precedente, examinamos un caso reciente de condena por la Corte IDH (contra Argentina) fundada, entre otros aspectos, en la decisión de la CSJN que no amparó el derecho humano a la identidad cultural, no obstante presentarse en el caso los presupuestos de hecho y normativos para la procedencia del amparo constitucional. Consecuencia de lo mismo, la Corte IDH dictó una sentencia paradigmática que en gran medida aborda la cuestión aquí tratada del derecho humano a la identidad cultural. Con todo, se trata de una sentencia de 2020, que obliga a adoptar medidas efectivas de cumplimiento en un plazo de 6 años, dado lo cual la comunicación entre los órganos jurisdiccionales interamericano y nacional no está cerrada.

En el segundo caso (Chile) de data algo distante (2004-2014), también la judicatura nacional actúa inicialmente en violación del derecho humano a la identidad cultural. Luego, la Corte IDH establece la vulneración del derecho y condena, con expreso reconocimiento del derecho humano a la identidad cultural. Pero, finalmente, es la propia jurisdicción nacional la que, dando cumplimiento a la decisión interamericana, avanza en la perspectiva dialógica haciendo suya la fundamentación de la Corte IDH e involucrando al juez nacional como “órgano interamericano” responsable de la tutela de la CADH, *ergo*, del derecho humano a la identidad cultural. Además, describe su propia función bajo un doble aspecto: (i) de respeto y garantía; y (ii) como hermeneuta interamericano.

Finalmente, en el tercer caso de Brasil (2021), el órgano jurisdiccional nacional, fundado en las obligaciones constitucionales, expresa una argumentación que dialoga armónicamente con los estándares interamericanos. Incluso, desarrolla una comprensión del derecho humano a la identidad cultural que expresa la comprensión amplia de este derecho, en su sentido más robusto asociado al derecho a la vida (como sobrevivencia de los pueblos indígenas y otros grupos tradicionales), pero también como DESC, vinculado a la obligación de satisfacer las acciones prestacionales de salud requeridas, con adecuación a las condiciones sociales y culturales propias de los pueblos afectados.

Así, hemos podido observar que el diálogo judicial en torno a un derecho común interamericano de derechos humanos, debiera entenderse de forma dúctil a la multiplicidad de escenarios sociales, culturales y normativos en que se requiere el amparo de los respectivos derechos humanos, en la medida que la acción e interacción jurisdiccional —internacional y *nacional(es)*—, a la luz de tal derecho común, *logra/n* su objetivo tutelar de los grupos vulnerables y, así, efectivamente se constituyen en un pilar de la democracia en América Latina, al asegurar la diversidad como elemento constitutivo de ella. Y, del mismo modo, se refuerza la concepción del Estado de Derecho como soporte de la democracia, pero como un orden normativo esencialmente tutelar de los derechos humanos.

Referencias

AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Derechos económicos, sociales y culturales en el Orden Constitucional Chileno*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2012.

AGUILAR, Gonzalo. Emergencia de un derecho constitucional común en materia de pueblos indígenas. En: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, MORALES-ANZIONATI, Mariela. (coord.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, MPI, IIADC. 2010. p. 3-84.

ALBANESE, Susana (coord.). *El control de convencionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ediar, 2008.

AYLWIN, José; MEZA-LOPEHANDÍA, Matías; YAÑEZ, Nancy. *Los pueblos indígenas y el derecho*. Santiago: LOM, 2013.

BÁEZ, N. Lima. La protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas a través del derecho a la integridad personal. *Revista electrónica métodos*, n. 1, p. 23-45, 2011.

Barroso, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção de novo modelo*. Sao Paulo: Saraiva, 2019.

BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, maio/ago. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 709*. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, j. 05 de agosto de 2020

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. La Corte Interamericana de los Derechos Humanos como Tribunal constitucional. Em: MAUÉS, Antonio Moreira, MAGALHÃES, Breno Baía (org.). *O controle de convencionalidade na América Latina: experiências comparadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 1-35.

CALDERÓN, Jorge. Avances, aproximaciones y desafíos emergentes en el reconocimiento de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y tribales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: BOGDANDY, Armin von; MORALES, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Edts.). *Construcción de un ius constitutionale commune en América Latina*. México: UNAM, MPI, Corte IDH, 2016. pp. 95-113.

CORTE IDH. *Caso Comunidad indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*, sentencia de 24 agosto 2010. (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*, Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE IDH. *Caso de la Comunidad Indígena Sawboyamaxa Vs. Paraguay*, sentencia de 29 de marzo 2006. (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE IDH. *Caso del Pueblo Xucuro Vs. Brasil*, sentencia de 5 de febrero de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE IDH. *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, sentencia de 12 junio 2012 (Fondo y Reparaciones).

CORTE IDH. *Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam*, sentencia de 28 de noviembre de 2007 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE ARGENTINA –CSJN–. A. 1596, XLI. Acción declarativa de inconstitucionalidad, Asociación *Lhaka Honhat* contra Provincia de Salta y otros. Acción declarativa de certeza, sentencia de 27 de septiembre de 2005.

DEL CARPIO RODRÍGUEZ, Columba. *Pluralismo jurídico*. Derecho humano a la identidad cultural y globalización. Pamplona: CIVITAS, Thomson Reuters, 2014.

ESTUPIÑAN, Rosmelin; IBÁÑEZ, Juana María. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de pueblos indígenas y tribales*. París: Universidad de París. Grupo de Estudios en Derecho Internacional y Latinoamericano de la Sorbona. 2014.

FAUNDES, Juan Jorge, RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020.

Faundes, Juan Jorge. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas: un derecho matriz y filtro hermenéutico para las constituciones de América Latina: la justificación. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, Brasília, v. 9 n. 2, 2019.

FAUNDES, Juan Jorge. Interpretación evolutiva de los derechos humanos. En: ÁLVAREZ, Mario; CIPPITANI, Roberto (coord.). *Diccionario Analítico de Derechos Humanos e Integración Jurídica*. Roma, Perugia, México: ISEG. 2013. p. 325-332.

FAUNDES, Juan Jorge; CARMONA, Cristobal; SILVA, Pedro Pablo. La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Hermenéutica del derecho al medio ambiente sano, a la identidad cultural y a la consulta, a la luz de la sentencia “Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2, p. 635-666, 2020.

FAUNDES, Juan Jorge; VALLEJOS, Liz. El derecho fundamental a la identidad cultural de los pueblos indígenas, titulares, naturaleza, contenido y alcances, desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: FAUNDES Juan Jorge; RAMÍREZ Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 107-144.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Control de convencionalidad y buenas prácticas: sobre el diálogo judicial entre la Corte IDH y los tribunales nacionales. En: UGARTEMENDIA, Juan Ignacio; SAIZ, Alejandro; MORALES, Mariela. *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE*. Oñati: IVAP, MPI. 2017, p. 155-174.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Diálogo judicial y control convencionalidad: aportes de la Corte Interamericana en la construcción de un IUS Constitutionale Commune Para América Latina (ICCAL). En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional transnacional*. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional. México: Editorial Porrúa, IMDPC. 2016. p. 277-294.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad el nuevo paradigma para el juez mexicano. En: CARBONELL, Miguel, SALAZAR, Pedro. *Derechos Humanos: Un nuevo modelo constitucional*. México: UNAM-IIJ, 2011. p. 339-429.

HENRÍQUEZ, Miriam; MORALES, Mariela. *El control de convencionalidad: un balance comparado a 10 Años*

- de Almonacid Arellano vs. Chile. Santiago: DER Ediciones. 2017.
- KLARE, Karl E. Legal culture and transformative constitutionalism. *South African Journal on Human Rights*, v. 14, n. 1, p. 146-188, p. 150, jan. 1998.
- LEGALE, Siddharta. La Constitución Interamericana: Los 50 Años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: COMITÉ Jurídico Interamericano Curso de Derecho Internacional XLVI 2019. Rio de Janeiro: Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos. 2019.
- MELLO, Patricia Perrone Campos. Constitucionalismo, Transformação e Resiliência Democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira Políticas Públicas*, Brasília, v. 9 n. 2. 2019.
- MELLO, Patricia Perrone Campos; ACCIOLY, Clara Lacerda. El derecho fundamental a la identidad cultural y el constitucionalismo en red en la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil. En: FAUNDES, Juan Jorge; RAMÍREZ, Silvina (ed.). *Derecho fundamental a la identidad cultural, abordajes plurales desde América Latina*. Santiago: RIL, Universidad Autónoma de Chile, 2020. p. 197-230.
- MELLO, Patricia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Constitucionalismo em rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra. En: Rossito, Flávia Donini et. al. *Quilombolas e outros povos tradicionais*. Curitiba: CEPEDIS, 2020. p. 317-339.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; FAUNDES, Juan Jorge. Povos Indígenas e proteção da natureza: a caminho de um “giro hermenêutico ecocêntrico”. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 222-251, 2020.
- MORALES, Mariela. El estado abierto como objetivo del ius constitutionale commune. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: BOGDANDY, Armin von, FIX-FIERRO, Héctor, MORALES, Mariela (ed.). *Ius constitutionale commune en América Latina*. Rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, MPI, IIDC, 2014. p. 265-299.
- MORALES, Mariela. La vulnerabilidad como principio transnacional. Aportes de la CORTE IDH a la luz del IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE democrático. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.). *Derecho procesal constitucional transnacional*. Interacción entre el derecho nacional y el derecho internacional. México: Editorial Porrúa, IMDPC, 2016. p. 295-334.
- NASH, Claudio. *La Concepción de Derechos Fundamentales en Latinoamérica*. Tendencias jurisprudenciales. Tesis (Doctorado). Universidad de Chile, Santiago, 2008.
- OLIVARES, Alberto. El Derecho a la identidad cultural. En: AGUILAR, Gonzalo (coord.). *Nuevos derechos para una nueva Constitución*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2019. p. 175-190.
- RUIZ CHIRIBOGA, Oswaldo. El derecho a la identidad cultural de los pueblos indígenas y las minorías nacionales: una mirada desde el sistema interamericano. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 5, n. 3, p. 43-69, 2006.
- SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. *Revista de Direitos Fundamentais & Justiça*, v.1, n.1, p. 171-213, out./dez. 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.
- SCHIER, P. *Filragem Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.
- TORRES, Ricardo Lobo. A metamorfose do direitos sociais em mínimo existencial. In: SARLET, Ingo

Wolfgang (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direitos constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VARELLA, Marcelo; MONEBHUURUN, Nitish; GONTIJO, André Pires. *Proteção internacional dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

VOLPINI, Carla Ribeiro; WANDERLEY JUNIOR, Silva Bruno. A responsabilidade internacional do Brasil em face do controle de convencionalidade em sede de direitos humanos: conflito de interpretação entre a jurisdição da Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal quanto a Lei de anistia. *Brazilian Journal of International Law*, v. 12 n. 2, p. 611-629. 2015.

ZIMERMAN, Silvina. *Estándares internacionales de derechos humanos sobre el derecho indígena a la tierra y al territorio: un estudio sobre su contenido normativo y sobre el desarrollo de pautas para la creación de garantías de protección*. 2014. Tesis (Doctoral). Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2014.



REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

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

Ius Constitutionale Commune and Brazilian indigenous law:
the impacts of the decision of the Xucuru people versus Brazil case on jurisprudence and national public administration

Flavianne Fernanda Bitencourt
Nóbrega

Maria Eduarda Matos de Paffer

Anne Heloise Barbosa do
Nascimento

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

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*

Ius Constitutionale Commune and Brazilian indigenous law: the impacts of the decision of the Xucuru people versus Brazil case on jurisprudence and national public administration

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega**

Maria Eduarda Matos de Paffer***

Anne Heloise Barbosa do Nascimento****

* Recebido em: 31/05/2021.
Aprovado em: 24/09/2021.

** Professora de Teoria Política e do Estado da Faculdade de Direito do Recife – UFPE e Professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPE. Coordenadora do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais credenciado no CNPq. Coordenadora do Programa de Extensão “Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (aSIDH)”. Pós-Doutorado no Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – Hamburg. Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na Bucerius Law School – Hamburg – Alemanha. Mestre em Ciência Política e Mestre em Direito pela UFPE. E-mail: flavianne@gmail.com.

*** Advogada. Bacharela em direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduanda em Direito Internacional pela Escola Brasileira de Direito. Pesquisadora de direitos Humanos. E-mail: mariaeduardapaffer@gmail.com.

**** Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE. Bolsista voluntária do Projeto de Iniciação Científica (PIBIC/UFPE/CNPq) intitulado “Monitoramento do caso Povo Xukuru versus Brazil, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: seus impactos na jurisprudência e nas ações administrativas do Estado brasileiro”, orientado pela professora Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega. Colaboradora externa do Programa de Extensão “Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (aSIDH)”. E-mail: heloiseanne@live.com.

Resumo

O presente artigo objetiva avaliar os impactos concretamente causados na jurisprudência brasileira pela sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 05 de fevereiro de 2018, que condenou o Brasil pela violação dos direitos indígenas no caso do Povo Xukuru do Orurubá, localizado na cidade de Pesqueira, estado de Pernambuco. Por ter efeito vinculante, havia certa expectativa de que a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) impactasse as decisões dos tribunais locais, como fonte doutrinária e jurisprudencial na questão territorial indígena. Para averiguar a eficácia da sentença da Corte IDH, foi realizada pesquisa documental de atos judiciais e petições que utilizaram esse inédito precedente internacional do caso *Povo Xukuru vs Brasil* no direito interno brasileiro, desde 2018. Nesse contexto, foram mapeadas as ações de órgãos estatais e também as petições do próprio povo Xukuru, replicando a decisão da Corte, em processos nacionais de desintrusão. Assim, foi analisado o impacto do precedente em três âmbitos do direito nacional: no direito administrativo que, atualmente, rege a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), nas litigâncias judiciais relativas à desintrusão de não indígenas nos territórios ancestrais e nos processos demarcatórios. Ao fim, conclui-se que tal precedente é subaproveitado pelo judiciário e que a utilização desse caso por parte dos atores institucionais e pela comunidade jurídica pode representar o início da pavimentação *Ius Constitutionale Commune* latino-americano no Brasil, dessa maneira, auxiliando a construção de uma cultura de direitos humanos no país.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Povo Xukuru; desintrusão; direitos humanos; direito internacional.

Abstract

This paper aims to assess the concrete impacts on Brazilian jurisprudence caused by the ruling of the Inter-American Court of Human Rights on February 5, 2018, which condemned Brazil for violating indigenous rights in the case of the Xukuru people of Orurubá, located in the city of Pesqueira, state of Pernambuco. Because it had binding effect, there was a certain expectation that the ruling of the Inter-American Court of Human Rights (IACHR Court) would impact the decisions of local courts, as a doctrinal and jurisprudential source on the indigenous territorial issue. To ascertain the effectiveness of the ruling of the Inter-American Court of Human Rights, a documentary survey of judicial and petitory acts that used this unprecedented international precedent of the Povo Xukuru vs Brasil case in Brazilian domestic law, since 2018, was conducted. In this context, the actions of state agencies and also the petitions of the Xukuru people themselves were mapped, replicating the decision of the Court, in national disintrusion processes. In this way, the actions of state agencies and also the petitions of the Xukuru people themselves were mapped, replicating the decision of the Court, in national disintrusion processes. Thus, the impact of the precedent was analyzed in three areas of national law: in the administrative law that currently governs the National Foundation of the Indian (FUNAI) in legal proceedings concerning the removal of non-indigenous people from their ancestral territories and in demarcation processes. At last, it is concluded that such precedent is underutilized by the judiciary and that the use of this case by institutional actors and the legal community may represent the beginning of the paving *Ius Constitutionale Commune LatinoAmerican* in Brazil, thus assisting in the construction of a human rights culture in the country.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; Xukuru People; disintrusion; human rights; international law.

1 Introdução

Este artigo objetiva investigar o impacto da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) do caso do povo Xukuru de Orurubá¹ *versus* Brasil na jurisprudência brasileira, avaliando-se o grau de eficácia dessa implementação local no sistema de justiça para o avanço da proteção dos direitos indígenas no país. Essa foi a primeira condenação do Estado em matéria de direitos indígenas, quando, em 05 de fevereiro de 2018, o Brasil foi responsabilizado pelas violações aos direitos à garantia judicial em prazo razoável, à proteção judicial, bem como à propriedade coletiva. A penalização por todas essas transgressões foi fundamentada, respectivamente, no artigo 8, 25 e 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH).

A Constituição Federal de 1988 trouxe uma mudança paradigmática aos direitos dos povos indígenas, reconhecendo seus costumes, tradições, organização social, estruturação política e de poder; bem como o direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, fornecendo-lhes, então, instrumentos jurídicos para

¹ A Corte IDH registra o caso Povo Xukuru escrevendo esta palavra “C”, porém a grafia mais correta do vocábulo é escrita com a letra “K”. Nesse sentido: “Os Xukuru do Orurubá, habitantes em Pesqueira e Poção afirmam ter escolhido a autodenominação “Xukuru do Orurubá”, para não serem confundidos pelos não índios (leia-se a imprensa e a sociedade em geral) com outro povo indígena, os Xukuru-Kariri a maioria habitando no Município de Palmeira dos Índios/AL e também em Paulo Afonso/BA e Caldas/MG. Em 2003, após conflitos internos provocado inicialmente por um grupo dissidente resultando em violências na Aldeia Vila de Cimbres, famílias indígenas expulsas do território Xukuru do Orurubá, se autoproclamaram “Xukuru de Cimbres” e atualmente são reconhecidas como um povo indígena habitando na área urbana de Pesqueira e em um território que compreende parte da zona rural dos municípios vizinhos de Pesqueira, Alagoinha, Venturosa e Pedra”. SILVA, Edson. Índios: desafios das pesquisas as reflexões históricas. In: MARIA NETA, Francisca; PEIXOTO, José Adelson Lopes (org). *Ecos do silêncio: o saber e o fazer da pesquisa*. Recife: Libertas, 2018. p. 29-46. e NÓBREGA, Flavianne. *Democratizando o acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: estratégias para promoção local dos direitos humanos*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2021.

defesa dos direitos e interesses dos povos tradicionais. Todavia, até a decisão da Corte IDH no caso do povo Xukuru em 2018, o sistema jurídico nacional sempre se manteve distante da aplicação dos precedentes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ao direito de propriedade coletiva dos povos tradicionais².

Por se tratar da primeira decisão da Corte IDH em matéria indígena contra o Brasil, esse precedente do caso Xukuru potencialmente pode sinalizar a abertura da jurisprudência nacional para a construção do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) no tema. Essa linha de pesquisa, fomentada por Armin von Bogdandy e Mariela Morales, do Instituto Max Planck de Direito Internacional e Direito Público Comparado de Heidelberg, tem, entre suas metas, “superar a exclusão social à luz da tríade Direitos Humanos, Democracia e Estado de Direito”³. É importante mencionar que a base jurídica para tal linha de racionalidade está fincada no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em virtude de sua especialidade, seu potencial transformador e a força vinculante de todos os seus julgados para os países que estão sob a sua jurisdição.

No que diz respeito ao caso indígena brasileiro do povo Xukuru, julgado na Corte IDH, a primeira Corte Constitucional da América Latina a efetivamente citá-lo expressamente, em 2018, como precedente foi a Corte Constitucional Colombiana⁴, confirmando a tradição constitucional colombiana de abertura aos precedentes interamericanos; e não o Supremo Tribunal Federal brasileiro⁵. Esse dado evidencia a tímida mobilização do sistema de justiça pátrio para incorporar a decisão vinculante da Corte IDH no tema, sendo um retrato no tempo importante para se perceber os desafios de se pensar em um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Um dos fatores que dificultam essa reflexão é a escassez de variados estudos sobre a repercussão e aplicação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em casos concretos brasileiros, especialmente do direito indígena relativos à demarcação do seu território ancestral.

Em razão dessa constatação, o objetivo deste trabalho foi levantar dados para que se pudesse ter uma compreensão mais fidedigna dos impactos do caso Povo Xukuru no direito indígena brasileiro. Para tanto, adotou-se uma metodologia baseada na pesquisa documental de petições e atos decisórios que mencionam a sentença paradigma estudada. No primeiro momento, foi realizado contato direto com povo indígena Xukuru, que assumiu o protagonismo, de peticionar em processos domésticos⁶, que dizem respeito à de-

² Em relação a esse dado, é importante destacar que, em 08 de fevereiro de 2018, dois dias depois da decisão do caso Xukuru, o Supremo Tribunal Federal no Brasil utilizou precedente da Corte IDH sobre direito de propriedade coletiva para tratar de uma disputa relativa a um território quilombola na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.239/DF. Desse modo, é afirmado no acórdão que: “dadas a belicosidade das questões fundiárias e a dificuldade de as comunidades remanescentes dos quilombolas reagirem jurídica e tempestivamente às lesões possessórias, a existência em si de um marco temporal tende a chancelar os efeitos de posses ilegais e muitas vezes violentas. Vê-se, assim, que a delimitação das terras quilombolas não devem ser prisioneira do passado nem refém do anacronismo de datas. Como já ressaltado, a proteção conferida pela norma constitucional volta-se para o futuro, pretende criar condições para preservação da cultura e da identidade afro-brasileira ligada aos quilombos (CRFB, arts. 215 e 216), contribuindo para incluir e afirmar uma minoria *atual* historicamente marginalizada. Isso significa “*ampliar o campo de aplicação das normas jurídicas que se referem direta ou indiretamente a quilombos, para reconhecer e proteger realidades atuais e não apenas a memória do passado*”. Importante notar também que o conceito de propriedade coletiva dentro do contexto quilombola envolve um aspecto formal. Na mencionada situação, o Decreto n.º 4.887/2003 determina como titulares desses territórios os próprios membros dessas comunidades, diferentemente das terras indígenas as quais são propriedades da União com usufruto dos nativos, conforme dispõe o art. 231 da Carta Magna vigente. Sobre o território quilombola, há precedentes na Corte IDH como: “*Case of the Moivana Community v. Suriname*” e “*Comunidad Garifuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*”.

³ VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 14, p. 244-291, 2019.

⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-153/19*. Luis Hernando Tandioy Chasoy contra la Agencia Nacional de Tierras (ANT). Bogotá, 3 abr 2019. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-153-19.htm#_ftnref127.

⁵ Como mencionado anteriormente, a decisão de 8 de fevereiro de 2018 no STF sobre direito dos quilombolas na ADIN de n.º 3.239/DF que cita os precedentes precedentes na Corte IDH “*Case of the Moivana Community v. Suriname*” e “*Comunidad Garifuna Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*”, mas não cita a decisão do caso do povo Xukuru *versus* Brasil. Posicionamento futuro do STF serão analisados nos tópicos seguintes.

⁶ XUKURU, Guilherme; XUKURU, Cacique Marcos. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o caso do Povo Xukuru: entre implementação e impacto*. [Minicurso]. Recife: Universidade Federal de Pernambuco - PROExC, 10 maio 2019.

sintrusão de seu território ancestral, reclamando a aplicação da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (a exemplo da ação rescisória que questiona na justiça federal a decisão favorável à propriedade privada dos latifundiários Didier dentro do território indígena demarcado). Foi observada a replicação da decisão da Corte IDH pelo povo indígena como instrumento de luta por direitos violados, apesar de ainda não se ter o posicionamento dos tribunais da aplicação do precedente. No segundo momento, para desenvolver o objeto deste artigo, foi realizada a pesquisa documental, com base no acervo disponível de órgãos públicos, como os pareceres e peças vestibulares de Ações Cíveis Públicas (ACP), ajuizadas pelo Ministério Público Federal (MPF).

Privilegiaram-se as petições iniciais e demais manifestações do MPF, em virtude da maior acessibilidade a esses documentos, bem como pelo fato de este se constituir em uma instituição de Estado, o que também sinaliza um possível rumo do Brasil aos ideais de direitos humanos, democracia⁷ e Estado de Direito, preceitos do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

Ao todo foram encontrados 09 documentos jurídicos⁸, dos quais 4 são atos ministeriais, 4 são atos de cunho efetivamente decisório, e 1 é uma decisão que defere um pedido de *amicus curiae*. Assim, o tema de cada item desse acervo serviu como capítulo para este trabalho. Desse modo, a primeira parte desta produção diz respeito à sentença da Corte IDH agindo como garantidora de recursos para a FUNAI (1 ato decisório), a segunda é dedicada aos processos que tratam das desintrusões de terceiros nos territórios originários (1 ato petitorio e 2 decisórios), a terceira parte traz a análise das questões relativas ao processo demarcatório de terras indígenas (1 ato petitorio e 2 pareceres ministeriais) e a quarta examina o caso do Povo Xukuru na Corte IDH funcionando como baliza para os atos administrativos do governo federal (1 ato decisório).

Por fim, analisa-se o grau de eficácia do precedente internacional discutido dentro da jurisprudência brasileira, por meio do conceito de eficácia da professora Carina Calabria, a qual avalia o grau de mudança que uma sentença prolatada pelo mencionado Tribunal Internacional causou dentro de um país. Considerando-se o propósito do presente artigo, é necessário informar que esta professora avalia como grau limitado de eficácia o precedente que “se revela insuficiente para evitar novas violações; se existe uma situação de bloqueio institucional crítico que impede o cumprimento da medida de reparação; se o Estado tem tido um posicionamento passivo diante de cenários de impasse e vagariedade”⁹.

Já como grau mediano de eficácia, a autora classifica aqueles casos em que

algum dos órgãos do governo ou cortes de qualquer nível começaram a exercer, mesmo que esporadicamente, controle de convencionalidade; [...] se houve aumento de litigação fundamentada na decisão da Corte; se estimulou-se ação de indivíduos, organizações e movimentos sociais fundamentada

⁷ As pluralidades de formas de vida, comportamento, crenças e ações demandam um sistema democrático apto a dialogar com os atores que representam essa diversidade de indivíduos e coletividades em constante compartilhamento dos espaços na Amazônia, no Brasil e na América Latina. Isso exige uma participação democrática ativa das multiplicidades de organizações sociais solidárias entre si. Nesse contexto, é imprescindível procedimentos decisórios que não se limitem a institucionalizar maiorias ou meras regras formais⁵. É necessária postura democrática material interessada em certa democracia radical em seu aspecto integrador e valorativo da diversidade, comprometida com as nuances complexas da América Latina. BENEVIDES JÚNIOR, Acursio Ypiranga; MENEZES, Rafael da Silva. Democracia deliberativa e consulta prévia na Amazônia: direito como mediador democrático em conflito indígena e mineração de potássio em Autazes, Amazonas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 254-274, 2020.

⁸ O baixo número de atos jurídicos encontrados reflete a baixa repercussão desse precedente internacional. De acordo com Gabriela Navarro, essa condenação do Brasil na Corte IDH não teve, na sociedade brasileira, o impacto que se esperava. Assim: “*first, the decision was followed by the absence of official manifestation from the government or its ministries. Contrary to other cases*103, the Ministry of Foreign Affairs did not issue any press release and, when asked by the press to comment on the decision, the government did not provide an answer. The media coverage in the national sphere was also faint. Four of the six most read newspapers in the country did not announce the judgement at all (Folha de São Paulo, Super Notícia, Zero Hora and Extra). The newspaper Globo published a very brief article and the newspaper Estadão contacted one of the victims’ representatives. A more detailed report of the decision, including its factual background and interviews with the victims, were published in Portuguese only by foreign newspapers: the Spanish El País and the Portuguese Diário de Notícias.” NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. The judgment of the case Xucuru People v. Brazil: InterAmerican Court of Human Rights between consolidation and setbacks. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 2, p. 204-223, 2019.

⁹ CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, 2017.

na decisão da Corte; se foram fortalecidos instituições, procedimentos legais, atores e normas de direitos humanos¹⁰.

Visto isso, com grau elevado de eficácia, são classificados os precedentes cujas

ações executadas garantem formalmente a não repetição de violações similares àquelas do caso; se as ações executadas levaram à mitigação de violações similares na prática; se órgãos do governo e sobretudo cortes começaram a exercer, de maneira sistemática, o devido controle de convencionalidade¹¹.

Todas essas correlações, entre os precedentes encontrados e os níveis de eficácia, são feitas no quadro de nº 1, momento em que se discute os resultados da pesquisa.

Sendo assim, o diferencial da pesquisa está no levantamento de dados concretos sobre as repercussões internas do caso do Povo Xukuru na Corte IDH e como a reunião, e a sistematização desse material pode ser de imenso valor para a inserção do Brasil no *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, em virtude de o Estado brasileiro, ainda, oferecer resistência na hora de aplicar, em âmbito nacional, os precedentes derivados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

2 O impacto da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no processo interno do Povo Xukuru de Ororubá

Os problemas relacionados à terra do Povo Indígena Xukuru, localizada no estado de Pernambuco, levaram o caso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Tais descontentamentos tiveram como origem a demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no procedimento administrativo de demarcação deste território tradicional, e a demora de 20 anos na desintração total, iniciada em 2001 e pendente até os dias atuais. Ainda, existe a demora em resolver ações civis iniciadas por pessoas não indígenas com reivindicações sobre parte do território tradicional dos Xukuru. Essa demora do Estado em dar um desfecho para o procedimento administrativo de demarcação e desintração do território indígena e aos processos judiciais correlacionados gera uma tensão social.

Diante desses fatos, os representantes legais do Povo Indígena Xukuru apresentaram à Secretaria da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 16 de outubro de 2002, denúncia contra o Brasil, contendo a alegação que o Estado não garantiu o seu direito à propriedade coletiva, em virtude da demora no processo de demarcação de seu território ancestral e da ineficácia da proteção judicial destinada a garantir esse direito, bem como da falta de recursos judiciais eficazes e rápidos, resultando na violação dos artigos 21 (propriedade coletiva), 8 (garantia judicial) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Como resposta, a Comissão IDH emitiu o Relatório de Admissibilidade nº. 98/09, em 29 de outubro de 2009, que determinava que os fatos alegados poderiam ensejar violações dos direitos estabelecidos nos artigos 8, 21, 25, 1.1 e 2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e, assim como nos artigos XVIII (direito à justiça) e XXIII (direito de propriedade), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem.

Ao analisar o caso, a Comissão concluiu que o Estado era responsável internacionalmente: pela violação do direito à propriedade, consagrado no artigo XXIII da Declaração Americana e no artigo 21 da Convenção Americana, bem como do direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5o da Convenção

¹⁰ CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, 2017.

¹¹ CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, 2017.

Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento, em detrimento do Povo Indígena Xukuru e seus membros; pela violação dos direitos às garantias e a proteções judiciais consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento.

No momento em que foi proferida a sentença do “Caso do Povo Indígena Xukuru e seus membros vs. Brasil”, havia, ainda, a instabilidade devido à presença de antigos ocupantes não indígenas. Tais pessoas não haviam recebido a indenização pela desapropriação. Em fevereiro de 2018, a situação relatada era de muitas lacunas quanto ao cumprimento das devidas indenizações. Segundo a sentença:

o procedimento de pagamento de indenizações por benfeitorias de boa-fé teve início em 2001, e o último pagamento foi efetuado em 2013, concluindo a indenização de 523 ocupantes não indígenas. Das 101 terras restantes, 19 pertenciam aos próprios indígenas, restando, então, 82 áreas que eram propriedade de não indígenas. Dessas 82 áreas, 75 foram ocupadas pelos Xukuru entre 1992 e 2012. Até a data de emissão da presente Sentença, 45 ex-ocupantes não indígenas não haviam recebido sua indenização e, segundo o Estado, estão em comunicação com as autoridades para receber os respectivos pagamentos por benfeitorias de boa-fé¹².

Em dezembro de 2018, o Cacique Marquinhos, com o intuito de impulsionar o cumprimento da Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), foi a uma reunião com os agentes do Ministério dos Direitos Humanos (MDH), tendo como pauta a “eficácia na garantia da terra indígena, a continuidade do processo de desintração e, em especial, o pagamento de indenização por dano imaterial”¹³.

A demarcação das terras indígenas Xukuru foi iniciada em 1989, marcada por um contexto de insegurança e criminalização do povo indígena, resultando na morte de várias lideranças Xukurus. Mesmo sendo papel do Estado, garantir o uso, gozo e o direito à posse pacífica do território indígena, muitas são as problemáticas que envolvem o exercício efetivo dos direitos originários sobre as terras e sua titularidade. Processos pendentes na justiça local dificultam até hoje a desintração do território indígena.

Ainda se faz substancial ressaltar que o Povo Xukuru também apresentou, autonomamente, uma petição com o conteúdo da decisão internacional da Corte Interamericana sobre do caso Xukuru *versus* Brasil nos autos do processo (REsp n.º 646933 / PE 2003/0230169-3), que visava a reconsideração da sentença que desfavoreceu o Povo Xukuru em seus interesses referentes a seu território tradicional (aldeia Caípe), embasada na tese do marco temporal. Porém, até hoje, não ocorreram mudanças nessa decisão em questão.

Em meio a tantos retrocessos de direitos já conferidos na lei, é preciso sublinhar que o governo brasileiro depositou, no início de fevereiro de 2020, na conta da Associação Xukuru, que representa quase 12 mil pessoas de 24 aldeias, uma indenização de US\$ 1 milhão (R\$ 4,34 milhões) estipulada pela sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse depósito, feito de forma direta ao Povo Xukuru, é uma inovação jurídica na experiência brasileira, em acordo, aprovado pelo governo brasileiro e pelo povo Xukuru perante a Corte Interamericana, para a associação indígena do Povo Xukuru receber diretamente o valor da indenização, dispensando o processo de depósito em fundo, que exigiria demorado processo legislativo. Isso demonstra, mais uma vez, o protagonismo do Povo Xukuru na busca de caminhos para implementação das decisões da Corte. Todavia, no que diz respeito aos processos de desintração do território do povo Xukuru, que ainda tramitam na justiça brasileira, ainda não se verificaram avanços com a aplicação do precedente da Corte Interamericana.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso do Pueblo indígena Xukuru y sus miembros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C, n. 346.

¹³ BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *MDH realiza ações voltadas ao povo indígena Xukuru, de Pernambuco*. 2018. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/dezembro/mdh-realiza-acoes-voltadas-ao-povo-indigena-xukuru-de-pernambuco>. Acesso em: 11 jun. 2019.

3 O precedente internacional do caso Xukuru agindo na garantia de recursos para a FUNAI

Em relação ao tema, tem-se uma decisão, em primeira instância, de Ação Civil Pública (ACP), julgada pela 1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Estado do Amazonas, em 03 de janeiro de 2019. Ajuizada pelo MPF, a ACP possuía pedido de tutela de urgência e visava à condenação da FUNAI e da União na adoção de medidas necessárias para que as bases das Frentes de Proteção Etnoambiental (FPE) da FUNAI, no Estado do Amazonas, passassem a gozar dos recursos humanos e materiais mínimos para o efetivo cumprimento de suas finalidades.

Dentre elas está a de coordenar e implementar as políticas de proteção aos grupos indígenas em isolamento voluntário e de recente contato. Porém, em vários lugares, as FPEs contam com poucos ou nenhum servidor público, alguns indígenas contratados e poucos recursos materiais¹⁴.

De acordo com o ato decisório, o MPF trouxe de antemão o sistema interamericano para fundamentar suas pretensões. Desse modo:

incontestemente, assim, a probabilidade do direito afirmado, a qual é corroborada pelo posicionamento já firmado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em casos de intervenção em terras indígenas, e que vem sendo objeto de discussão nos tribunais brasileiros. Por sua vez, o perigo de dano e risco ao resultado útil do processo reside na continuação de crimes ambientais no interior das terras indígenas, possíveis confrontos entre indígenas, mortes e doenças causadas por causas imunológicas e conflitos diretos, o que expõe a perigo de dano irreversível à sobrevivência física e cultural daquelas comunidades, além dos narrados prejuízos ambientais potenciais¹⁵.

Visto isso, a Magistrada utiliza o Direito Internacional dos Direitos Humanos para fundamentar a sua decisão. Para ela,

o tema é tão sensível à comunidade internacional que o Secretário-Geral da ONU vem alertando os países, inclusive o Brasil, sobre os riscos que o abandono dos povos indígenas pode causar. A migração forçada e o genocídio são riscos reais e podem e devem ser evitados pelo estado brasileiro¹⁶.

Pois, afirma:

em todos as hipóteses em que o Estado Brasileiro descumpriu o dever de proteger os povos indígenas, houve condenação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, merecendo destaque a recente condenação pela omissão em face do Povo Indígena Xukuru. Nesse mesmo contexto de omissões já constatado pela CIDH, a petição inicial narra um gravíssimo quadro de abandono da missão institucional da FUNAI em relação aos índios em isolamento histórico e voluntário, o que os empurrará para a perda de sua identidade, de sua cultura e tradição. A União é partícipe essencial do quadro, na medida em que retira recursos da FUNAI para aplicação em propaganda e publicidade institucional, conforme provas que acompanham a exordial. No caso julgado pela CIDH, mencionado no item anterior, o Estado Brasileiro foi condenado a [...] adotar, com a brevidade possível, as medidas necessárias, inclusive as medidas legislativas, administrativas ou de outra natureza, indispensáveis à realização do saneamento efetivo do território ancestral do Povo Indígena Xucuru, de acordo com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes. Consequentemente, garantir aos membros do povo que possam continuar vivendo de maneira pacífica seu modo de vida tradicional, conforme sua identidade cultural, estrutura social, sistema econômico, costumes, crenças e tradições particulares.¹⁷

¹⁴ Por exemplo, "no Estado do Amazonas, a FUNAI possui 6 FPE, que contam com apenas 42 servidores, número aquém do necessário, já que, segundo dados da própria fundação, seriam necessários ao menos 96 servidores, além dos funcionários terceirizados". BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. *Ação Civil Pública n.º 1004249-82.2018.4.01.3200*. 01ª Vara Federal. Manaus: 03 jan. 2019.

¹⁵ BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. *Ação Civil Pública n.º 1004249-82.2018.4.01.3200*. 01ª Vara Federal. Manaus: 03 jan. 2019.

¹⁶ BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. *Ação Civil Pública n.º 1004249-82.2018.4.01.3200*. 01ª Vara Federal. Manaus: 03 jan. 2019.

¹⁷ BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. *Ação Civil Pública n.º 1004249-82.2018.4.01.3200*. 01ª Vara Federal. Manaus:

Apesar de fazer um coerente uso de uma decisão da Corte IDH para embasar seus argumentos, é necessário destacar que a julgadora comete um equívoco: a sentença do caso povo Xukuru foi a primeira a condenar o Estado brasileiro em matéria relativa a direitos de povos indígenas ou povos originários. Essa decisão possui um caráter inédito e, por isso, é um divisor de águas no que tange ao direito indígena nacional.

Em seguida, a juíza arremata, dizendo que os “deveres e obrigações internacionais pertencem ao Estado e se direcionam a todos os níveis de governo: federal, estadual e municipal; e a todas as esferas de Poderes: executivo, judiciário e legislativo”¹⁸. Por fim, concede a tutela de urgência requerida ao MPF, bem como os demais pedidos com o objetivo de fazer com que a União e a FUNAI adotem as medidas necessárias para que as bases das Frentes de Proteção Etnoambiental no Estado do Amazonas passem a gozar dos recursos humanos e materiais mínimos para o efetivo cumprimento de suas finalidades¹⁹.

4 As lides relativas às desintrações de não indígenas: o caso Xukuru assegurando aos indígenas o direito à propriedade coletiva

A desintração do território indígena deve ocorrer após a fase de homologação, de modo que esta é realizada com a retirada dos habitantes não indígenas da terra demarcada. No caso relativo ao Povo indígena Xukuru, a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que:

a Corte julga pertinente fazer uma distinção entre a ponderação de direitos que, às vezes, será necessária durante um processo de reconhecimento, demarcação e titulação dos direitos territoriais dos povos interessados, e o processo de desintração. Este último normalmente exigirá que os direitos de propriedade coletiva já tenham sido definidos. Nesse sentido, a Corte constata que no Brasil a ponderação anteriormente descrita não é necessária, atendendo à Constituição Federal e sua interpretação por parte do Supremo Tribunal Federal, a qual confere preeminência ao direito à propriedade coletiva sobre o direito à propriedade privada, quando se estabelece a posse histórica e os laços tradicionais do povo indígena ou tradicional com o território, ou seja, os direitos dos povos indígenas ou originários prevalecem frente a terceiros de boa-fé e ocupantes não indígenas. Além disso, o Estado afirmou que tem o dever constitucional de proteger as terras indígenas²⁰.

Nessa sentença paradigmática, o Estado brasileiro foi condenado por violação ao direito de propriedade coletiva. Esse direito, conforme explicitado na citação acima, está previsto no art. 231 da Constituição Federal pátria, o qual diz que são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Nesse sentido, a procuradoria da república no município de Juína, Mato Grosso, órgão vinculado ao Ministério Público Federal, entrou com uma ação civil pública, datada de 27 de agosto de 2019, em nome da comunidade indígena *Kawainete*, também conhecida como *Kayabi/Kaiabi*. Esse povo originário foi alvo das políticas indigenistas do então Serviço de Proteção para Índios (SPI), criado durante a década de 1910, o qual tinha como escopo “aglutinar índios dispersos”²¹ nas áreas que passou a reservar para essa etnia.

De acordo com Mura e Almeida, esse esforço possuía o intuito de ordenar a colonização e fazer progre-

03 jan. 2019.

¹⁸ BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. *Ação Civil Pública n.º 1004249-82.2018.4.01.3200*. 01ª Vara Federal. Manaus: 03 jan. 2019.

¹⁹ BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. *Ação Civil Pública n.º 1004249-82.2018.4.01.3200*. 01ª Vara Federal. Manaus: 03 jan. 2019.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso do Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C, n. 346.

²¹ ALMEIDA, Rubem F. Thomaz de; MURA, Fábio. *Levantamento situacional sobre o Posto Indígena Dourados – Mato Grosso do Sul*. Dourados: MPF, 2003.

dir o então inóspito Mato Grosso, corroborando para a implantação de empresas do setor agropecuário²².

Ainda de acordo com o Antropólogo Fábio Mura, o objetivo do SPI era tirar os nativos de seu território ancestral, para que assim começasse o processo de aldeamento²³. Desse modo, pode-se afirmar que o SPI reservava aos indígenas algumas áreas ainda não tituladas a particulares, sendo eles posteriormente transferidos para lá. Após, os territórios originários passariam a servir à especulação e à exploração econômica.

O caso dos *kawaiwete* se insere nesse contexto e faz conexão intrínseca à empreitada seringueira de Getúlio Vargas em sua Marcha para o Oeste. Nesse contexto, apesar da vigorosa resistência indígena:

as regiões por estes habitadas, quais sejam, dos Rios Andinos, dos Peixes e Teles Pires, retalharam-se em glebas que viraram fazendas, as quais se verificam ainda atualmente, fazendo com que os *Kaiabi* se dividissem em três grupos, sendo sua grande maioria realocada no Parque Indígena do Xingu²⁴.

Na ação civil pública do MPF, se discute sobre os indígenas remanescentes na região do Rio dos Peixes, na área denominada Terra Indígena Bateleão. Os “fazendeiros, seringueiros de borracha e colonos acabaram por tomar grande parte das terras da margem superior do rio, realocando-os, o que influenciou diretamente na forma de subsistência e produção agropastoril do Povo *Kaiabi*.”²⁵

A Terra indígena mencionada se encontra devidamente demarcada por meio da portaria de n.º 2.136 de 14/12/2007, publicada no Diário Oficial da União, de 17 de julho de 2003 e, no Diário Oficial do Estado de Mato Grosso, de 13 de agosto de 2003, ambos os instrumentos declaram a posse permanente dos *Kayabi* na Terra Indígena Batelão.

Desse modo, os imóveis inseridos nesse território possuem titularidade nula. Essa constatação coloca a União Federal em mora, visto que essa nulidade já deveria ter sido decretada na época da demarcação. Entretanto, também será necessário que os portadores de títulos de boa-fé sejam indenizados, em virtude do artigo 37, §6, da Constituição Federal, já que “transferiu a terceiros, por intermédio do Decreto n. 9081 de 03 de novembro de 1911, terras tradicionalmente ocupadas por indígenas como se bens dominiais fossem”²⁶.

Nesse caso, a sentença da Corte IDH, relativa ao caso Xukuru, se apresenta na petição inicial de ACP no tópico “2.8 – Da Tutela Internacional de Direitos Humanos Aplicada ao Povo Indígena Kaiabi e à Terra Batelão”²⁷. Dessa forma, a condenação do Brasil, perante a Corte IDH, é destacada, dando ênfase à violação ao art. 21 da CADH.

²² ALMEIDA, Rubem F. Thomaz de; MURA, Fábio. *Levantamento situacional sobre o Posto Indígena Dourados – Mato Grosso do Sul*. Dourados: MPF, 2003.

²³ “O aldeamento de ‘índios dispersos’ ou ‘sem residência fixa’ era compreendido, dentro dessa visão, como procedimento apropriado. As terras reservadas pelo Estado — as ‘aldeias’ — e que depois se tornariam os Postos Indígenas, eram entendidos como o lugar onde pudessem tornar-se produtivos e para onde pudessem, ‘voltar depois da jornada diária, como um ‘trabalhador nacional’ (Idem). Havia, assim, a suposição de que os índios assentados ‘evoluiriam’ até a ‘assimilação’ total à ‘civilização’. A ‘aldeia’ como concebida pelo SPI não era ‘um lugar ocupado por índios’, seu habitat ou lugar de assentamento tradicional, mas sim uma área escolhida por funcionários (Relatório de Inspetoria 1924) que podia ou não coincidir com a ocupação dos índios. A ‘aldeia’ concebida pela política indigenista oficial constituiu-se, assim, numa unidade administrativa, sob controle de funcionários de governo. Os critérios para sua escolha (cf. Idem) eram: qualidade da terra, salubridade da região e vias de comunicação, e, como dito, o lugar era definido por funcionários sem consulta aos índios”. ALMEIDA, Rubem F. Thomaz de; MURA, Fábio. *Levantamento situacional sobre o Posto Indígena Dourados – Mato Grosso do Sul*. Dourados: MPF, 2003.

²⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Juína/MT. *Ação Civil Pública*. Juína: Ministério Público Federal, 27 ago. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/Documentos%20para%20link/acp-kawaiwete.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2019.

²⁵ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Juína/MT. *Ação Civil Pública*. Juína: Ministério Público Federal, 27 ago. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/Documentos%20para%20link/acp-kawaiwete.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2019.

²⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Juína/MT. *Ação Civil Pública*. Juína: Ministério Público Federal, 27 ago. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/Documentos%20para%20link/acp-kawaiwete.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2019.

²⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Juína/MT. *Ação Civil Pública*. Juína: Ministério Público Federal, 27 ago. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/Documentos%20para%20link/acp-kawaiwete.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2019.

Ao comentar essa jurisprudência, os membros do MPF salientaram que, nesse julgamento histórico, “reiterou-se o entendimento sobre a importância da terra para os povos indígenas, tal como exposto também pela Corte em outras oportunidades, as quais versavam sobre a questão de direito indígena às suas terras”²⁸.

Além disso, ressaltou-se que a Corte lembrou de “pontos indispensáveis para assegurar o respeito da propriedade comunitária das terras indígenas”. Nesse sentido, o MPF destacou essa parte da sentença internacional:

1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras têm efeitos equivalentes aos do título de pleno domínio concedido pelo Estado; 2) a posse tradicional confere aos indígenas o direito de exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro; 3) os membros dos povos indígenas que, por causas alheias a sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre elas, apesar da falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente transferidas a terceiros de boa-fé; 4) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas; 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas²⁹.

Ao fim, nenhum pedido foi feito com base na sentença da Corte IDH relativa ao caso do Povo Xukuru, ou dos outros elementos citados correspondentes ao Direito Internacional dos Direitos Humanos. Entende-se que a criação de uma jurisprudência sólida, precedentes judiciais propriamente ditos, a respeito da matéria, fica dificultosa em razão de posturas como essa.

A seu turno, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região também já fez uso dessa decisão da Corte para fundamentar um acórdão relativo a uma apelação acerca de uma ação declaratória de inexistência de posse tradicional, impetrada pela Associação dos Produtores de Soja do Mato Grosso do Sul (APROSOJA) contra a Fundação Nacional do Índio (FUNAI). Nesse caso, a parte autora pretendia que fosse declarada:

previamente à efetiva realização de qualquer procedimento demarcatório, a imunidade, frente a eventual demarcação, no Município de Naviraí/MS, de terras com ocupação por não-índios na data da promulgação da Constituição da República de 1988, bem como que seja reconhecida a impossibilidade de ampliação de área de reservas situadas naquela localidade³⁰.

De acordo com a relatora, que foi seguida pelos seus pares, o pedido autoral pretendia restringir, *a priori*:

a amplitude de eventuais processos demarcatórios, obstando seu prosseguimento desde a fase de estudo, identificação e delimitação das áreas que constituam possíveis terras de tradicional ocupação indígena. Tal pretensão não possui qualquer respaldo no ordenamento jurídico, consubstanciando incabível restrição à efetividade do comando constitucional de demarcação das terras indígenas pela União (art. 231, da Constituição da República; e art. 67, do ADCT)³¹.

Ao fim, entendeu-se que o pedido conduz à ausência de interesse processual e de legitimidade ativa *ad causam*. Essa última se deu em razão da recorrente postular em nome próprio, “pela tutela de interesses individuais alheios não compreendidos por suas finalidades institucionais ou pela atividade econômica de seus associados”³². De acordo com a relatora:

a tutela pleiteada visa à defesa da propriedade dos detentores de títulos legitimadores de posse sobre as áreas submetidas a estudos antropológicos e demarcatórios, de modo a obstar procedimentos

²⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Juína/MT. *Ação Civil Pública*. Juína: Ministério Público Federal, 27 ago. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/Documentos%20para%20link/acp-kawaiwete.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2019.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso do Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C, n. 346.

³⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação cível n.º 0001220-18.2012.4.03.6006/MS*. Relatora: Juíza Convocada Adriana Taricco. São Paulo: 19 set. 2019.

³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação cível n.º 0001220-18.2012.4.03.6006/MS*. Relatora: Juíza Convocada Adriana Taricco. São Paulo: 19 set. 2019.

³² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação cível n.º 0001220-18.2012.4.03.6006/MS*. Relatora: Juíza Convocada Adriana Taricco. São Paulo: 19 set. 2019.

administrativos de demarcação de terras indígenas. Em sentido amplo, a matéria versada na lide abrange eventuais direitos de todos os cidadãos detentores de posse ou de títulos de propriedade sobre terras abarcadas por processos administrativos demarcatórios, não se restringindo aos associados da Apelante ou à atividade econômica por eles desenvolvida³³.

A matéria foi julgada por meio de tópicos, quais eram: direito intertemporal, direito originário sobre as terras tradicionalmente ocupadas, marco temporal, esbulho renitente, processo administrativo demarcatório, ausência de legitimidade ativa *ad causam* e de interesse processual. O caso do Povo Xukuru foi utilizado no tópico sobre o esbulho renitente.

Segundo essa doutrina, se for demonstrado que a ausência de ocupação indígena, dentro do marco temporal estabelecido pelo STF³⁴, até a data de promulgação da Constituição Federal vigente – 05 de outubro de 1988, “tenha se dado por força de atos de extrusão e remoção compulsória (renitente esbulho), promovidos por parte de não índios, restará preservado o reconhecimento da ocupação tradicional indígena. Preserva-se, assim, a tutela dos direitos dos índios às suas terras.”³⁵

Além disso, também há os casos de renitente esbulho em sentido estrito, conforme foi delineado pelo STF em alguns julgados que vieram após o *leading case* Raposa Serra do Sol, como nos casos “Terra *Guyrá-roka*” (RMS n.º 29.087, DJe 14/10/2014) e “Terra Indígena Limão Verde” (ARE n.º 803.462-Agr-MS, DJe 12/02/2015).

Nessas jurisprudências, o renitente esbulho é concebido de acordo com o reconhecimento da expulsão de indígenas de modo a excepcionar a necessidade de ocupação de terra no marco temporal. Exige-se

a verificação, em cada caso, de ao menos um dos seguintes fatores: circunstâncias de fato que demonstrem a existência de controvérsia possessória judicializada; ou, em caso contrário, a presença de efetivo conflito possessório que perdure até a data da promulgação da Constituição da República de 1988³⁶.

Segundo a relatora, a observância de tais parâmetros é imperiosa, em virtude da necessidade de se resguardarem os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança e da isonomia (artigos 926 e 927, § 4º, ambos do Código de Processo Civil). Nesse momento, é introduzida a jurisprudência da Corte IDH:

cumprir, por fim, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui precedentes no mesmo sentido, apontando, à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos — internalizada pelo Decreto n.º 678/92 —, que, se restar caracterizada a expulsão de indígenas e o impedimento de acesso a suas terras, por força de renitente esbulho, é imperioso que se assegure o direito daquela comunidade tradicional à recuperação do local de ocupação (Corte IDH, *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, sentença de 29 de março de 2006). É relevante notar, ademais, que a violação do direito à propriedade coletiva e à garantia e proteção judicial de comunidades indígenas já acarretou a condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH, *Povo Indígena Xucuru e Seus Membros vs. Brasil*, sentença de 5 de fevereiro de 2018), impondo-se a observância de tais direitos também em função das obrigações assumidas pelo Estado brasileiro no plano internacional³⁷.

³³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação cível n.º 0001220-18.2012.4.03.6006/MS*. Relatora: Juíza Convocada Adriana Taricco. São Paulo: 19 set. 2019.

³⁴ De acordo com o Ministro Carlos Ayres Britto, “afinal, se, à época do seu descobrimento, o Brasil foi por inteiro das populações indígenas, o fato é que o processo de colonização se deu também pela miscigenação racial e retração de tais populações aborígenes. Retração que deve ser contemporaneamente espontânea, pois ali onde a reocupação das terras indígenas, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, somente não ocorreu por efeito do renitente esbulho por parte dos não-índios, é claro que o caso já não será de perda da tradicionalidade da posse nativa. Será de violação aos direitos originários que assistem aos índios, reparável tanto pela via administrativa quanto jurisdicional. Para isso é que servem as regras constitucionais da inalienabilidade e da indisponibilidade das terras indígenas, bem assim a imprescritibilidade dos direitos sobre elas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3.388/RR*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília: 03 abr. 2009.

³⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação cível n.º 0001220-18.2012.4.03.6006/MS*. Relatora: Juíza Convocada Adriana Taricco. São Paulo: 19 set. 2019.

³⁶ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação cível n.º 0001220-18.2012.4.03.6006/MS*. Relatora: Juíza Convocada Adriana Taricco. São Paulo: 19 set. 2019.

³⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação cível n.º 0001220-18.2012.4.03.6006/MS*. Relatora: Juíza Convocada Adriana Taricco. São Paulo: 19 set. 2019.

Portanto, vislumbra-se que esse acórdão não fala sobre a desintrusão em si de um território, mas sim sobre uma tentativa de obstar um processo formal de demarcação que não havia nem sido iniciado. Nesse sentido, a jurisprudência da Corte IDH, estudada neste artigo, veio para corroborar o argumento decisório sobre o renitente esbulho, em sentido estrito, e suas circunstâncias de aplicação, de modo a atribuir segurança jurídica para indígenas e não-indígenas.

Na verdade, foi feito um controle de convencionalidade³⁸ de forma sintética, apenas servindo como reforço argumentativo, visto que, provavelmente, este não deve ter sido requerido no recurso de apelação e nem nas contrarrazões apresentadas pela FUNAI. Ainda assim, seu uso revela que os órgãos decisórios pátrios estão a par das orientações dos Tribunais Internacionais, o que não deixa de ser um saldo positivo para o direito brasileiro.

É preciso pontuar que, com advento da Carta Constitucional de 1988, instauraram-se novos preceitos constitucionais, e, com isso, assegurou-se à população indígena o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, estruturação política e de poder, bem como ao direito originário às terras tradicionalmente ocupadas, fornecendo-lhes, então, instrumentos jurídicos para defesa dos direitos e interesses dos povos tradicionais. Pela primeira vez, reconhecem-se aos indígenas no Brasil o direito à diferença; isto é: de serem indígenas e de permanecerem como tal indefinidamente. Esse entendimento consta no *caput* do artigo 231 da Constituição Federal brasileira: “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

Consoante, o Poder Judiciário brasileiro vem se adequando, paulatinamente, às inovações constitucionais relacionadas aos direitos indígenas. Consoante a isso, vale ressaltar que o Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/Santa Catarina teve sua repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em 21 de fevereiro de 2019³⁹.

Nesse caso, os indígenas da comunidade *Xokleng* são recorrentes e questionam o deferimento de uma ação de reintegração de posse em favor da Fundação de Amparo Tecnológico ao Meio Ambiente (FATMA), que diz respeito ao seu território ancestral, área administrativamente declarada como de tradicional ocupação, localizada em parte da Reserva Biológica do Sassafrás, estado de Santa Catarina.

No acórdão que decidiu sobre a repercussão geral do caso, não se faz menção a qualquer precedente do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, nem aos critérios e conceitos por ele adotados. Porém, durante todo o ano de 2020, a Corte Suprema brasileira recebeu e aceitou diversos pedidos de integração à lide como *amicus curiae*, os quais fornecerão ao STF suas perspectivas sobre o caso. Entre os aceitos estão a Comunidade Indígena Xukuru do Ororubá⁴⁰ e o Projeto de Extensão Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco (ASIDH/FDR-UFPE), os quais instarão a Corte Suprema do país a se manifestar sobre a Sentença relativa ao caso do Povo Xukuru.

Esse julgamento é bastante aguardado em virtude do forte protagonismo indígena, visto que os povos originários estarão presentes expondo seus pontos de vista sem intermediários, tanto no polo ativo da de-

³⁸ De acordo Valério Mazzuoli, “que os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil são também (assim como a Constituição) paradigma de controle da produção normativa doméstica. É o que se denomina de controle de convencionalidade das leis, o qual pode se dar tanto na via de ação (controle concentrado) quanto pela via de exceção (controle difuso), como veremos logo mais”. Assim, “para que haja o controle pela via de ação (controle concentrado) devem os tratados de direitos humanos ser aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição (ou seja, devem ser equivalentes às emendas constitucionais), e para que haja o controle pela via de exceção (controle difuso) basta sejam esses tratados ratificados e estarem em vigor no plano interno, pois, por força do art. 5.º, § 2.º, da mesma Carta, já têm eles status de norma constitucional”. MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina*. Relator: Min Edson Fachin. Brasília: 21 fev. 2019.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Despacho. Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina*. Relator: Min Edson Fachin. Brasília: 20 jan. 2020.

manda, tanto na qualidade de *amicus curiae*, acerca da possibilidade de afastamento da tese do marco temporal, assim consagrando o conceito de propriedade coletiva, além da ratificação da inserção das decisões de tribunais internacionais, cuja competência o Brasil tenha aceitado, no bloco de constitucionalidade.

Ainda sobre esse caso, a Procuradoria Geral da República (PGR) se manifestou sobre o já deferido, conforme mencionado, pedido de repercussão geral. Ao dar seu parecer, a PGR diz que o recurso interposto está fncado na transgressão ao regramento estabelecido pelo art. 231 da Lei Maior, ante a concessão de proteção possessória a terceiro sobre área de terras reconhecida como de ocupação tradicional indígena⁴¹.

Em relação a isso, essa instituição entende que o recurso deve ser provido, em virtude da “compreensão externada pela Corte Regional contrariar a disciplina dedicada ao tema pelo art. 231 da Constituição da República, divergindo, ademais, do tratamento jurídico historicamente conferido à posse indígena no Brasil”. Desse modo, argumenta:

a Constituição reconhece, assim, que a posse dos índios sobre suas terras não se relaciona a uma questão física de mera apreensão de um bem, e nem se identifica com a noção de propriedade privada. No modelo atual, mais do que em qualquer outro, a posse a ser garantida aos indígenas há de ser aquela voltada à sua sobrevivência física e à preservação de sua identidade cultural, devendo abranger todo o espaço físico necessário para tanto⁴².

No capítulo de n.º 4 da peça, intitulado de “Proteção internacional das terras indígenas. Sistemas global e regional. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diálogo das Cortes. Possibilidade de responsabilização internacional do Brasil”⁴³, a PGR fala sobre o caso Povo Xukuru, julgado pela Corte IDH.

Primeiramente, porém, fala-se um pouco sobre a noção de propriedade coletiva trazida pelo art. 21 da CADH. Para a PGR, a Constituição Federal de 1988 difere do tratado internacional mencionado, visto que a Lei Maior brasileira “se utiliza da posse e do usufruto exclusivo como instrumentos de garantia do direito à terra das populações indígenas”⁴⁴.

A PGR também ressalta que, em relação ao limite temporal para a recuperação de terras tradicionais, a Corte IDH entende que não há uma data específica para a comprovação da ocupação, diferentemente do que acontece aqui no Brasil, em que a Corte Suprema fixou a data de 05 de outubro de 1988 para tal, quando incidiu no caso Raposa Serra do Sol.

Ao fim do capítulo, a PGR cita o caso Povo Xukuru para ilustrar a importância do Estado e do judiciário brasileiro observarem a relevância e a aplicabilidade dos tratados internacionais assinados, ratificados e

assumidos quanto à proteção desses direitos, e a interpretação que lhes é conferida pelos órgãos internacionais competentes, sob pena de persistência de situações de inconveniência capazes de expor o Estado a novas ações de responsabilização internacional⁴⁵.

⁴¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Manifestação no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC*. Brasília: Ministério Público Federal, 03 set. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgtr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2019.

⁴² BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Manifestação no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC*. Brasília: Ministério Público Federal, 03 set. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgtr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2019.

⁴³ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Manifestação no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC*. Brasília: Ministério Público Federal, 03 set. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgtr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2019.

⁴⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Manifestação no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC*. Brasília: Ministério Público Federal, 03 set. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgtr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2019.

⁴⁵ Em sua sentença, a Corte IDH, dentre outros pontos, declarou a responsabilidade do Estado brasileiro pela violação das garantias da duração razoável do processo e da proteção judicial à propriedade coletiva da terra, e condenou o Estado brasileiro a pagar indenização compensatória coletiva em benefício da comunidade indígena. Na oportunidade, também determinou ao Brasil a adoção de medidas imediatas, efetivas e de ofício para garantir o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre o seu território. Exigiu, ademais, que o Estado conclua o processo de desintração do território indígena Xucuru com extrema diligência, efetue os pagamentos de eventuais indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remova qualquer tipo de obstáculo

Por fim, a Procuradoria Geral da República deu parecer pelo provimento parcial do Recurso Extraordinário, quanto à alegada ofensa ao art. 231, *caput* e parágrafos da Constituição Federal. Além disso, propôs uma tese de repercussão geral:

a proteção da posse permanente dos povos indígenas sobre suas terras de ocupação tradicional independe da conclusão de processo administrativo demarcatório e não se sujeita a um marco temporal de ocupação preestabelecido. O art. 231 da Constituição Federal reconhece aos índios direitos originários sobre essas terras, cuja identificação e delimitação deve ser feita por meio de estudo antropológico, o qual é capaz, por si só, de atestar a tradicionalidade da ocupação segundo os parâmetros constitucionalmente fixados, e de evidenciar a nulidade de quaisquer atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse dessas áreas⁴⁶.

5 O processo administrativo demarcatório: o caso Xukuru como garantidor dos territórios tradicionais

A demarcação da terra indígena é um procedimento que oficializa a posse do território para a comunidade originária. Nesse sentido, deve-se buscar “os vínculos que os indígenas têm com a terra, como os costumes e tradições necessários à sua sobrevivência e não apenas a posse, no sentido de habitação”⁴⁷.

Sobre os atos processuais relativos a matéria, tem-se a petição de Ação Civil Pública proposta pelo 1º Ofício do MPF de Santarém, estado do Pará, datada de 29 de maio de 2018, em face da União e da FUNAI com o objetivo de “sanar injustificada e reiterada omissão dos réus em adotar medidas administrativas necessárias à identificação e à delimitação do território do povo indígena *Munduruku*, no município de Santarém/PA” por meio da realização de estudos técnicos de “natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e fundiário”⁴⁸.

De acordo com essa ACP, o único modo de sanar essa omissão é impor aos réus a obrigação de fazer relativa à

elaboração e apreciação de Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID) referente ao Povo indígena *Munduruku* do Planalto Santareno, nos termos do artigo 231 da Constituição Federal, e artigo 2º e parágrafos do Decreto n.º 1.775/1996⁴⁹.

Essa comunidade indígena pleiteou de modo formal a demarcação de suas terras em 22 de agosto de 2008, há mais de dez anos. Porém até hoje consta no processo demarcatório que o território foi apenas reivindicado, sendo este o status da demarcação quando da proposição da ACP. Desse modo, pode-se afirmar que a FUNAI e a União não cumpriram com sua obrigação constitucionalmente atribuída de dar início ao processo demarcatório, visto que este começa com a etapa de estudos sobre a terra e seus ocupantes.

ou interferência sobre o território em questão, em prazo não superior a dezoito meses. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Manifestação no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC*. Brasília: Ministério Público Federal, 03 set. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2019.

⁴⁶ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Manifestação no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC*. Brasília: Ministério Público Federal, 03 set. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2019.

⁴⁷ CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

⁴⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Santarém - 1º ofício do MPF de Santarém. *Ação Civil Pública*. Santarém: Ministério Público Federal, 29 maio 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acao_mpf_identificacao_delimitacao_territorio_munduruku_planalto_santareno_pa_maio_2018.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁴⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Santarém - 1º ofício do MPF de Santarém. *Ação Civil Pública*. Santarém: Ministério Público Federal, 29 maio 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acao_mpf_identificacao_delimitacao_territorio_munduruku_planalto_santareno_pa_maio_2018.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

Em virtude de negligência por parte da FUNAI, o Povo *Munduruku* realizou a “autodemarkação” de seu território, procedimento informal que visou identificar a

extensão geográfica da área reivindicada como tradicionalmente ocupada, com o objetivo de estreitar laços identitários, aprofundar o conhecimento territorial, e sobretudo pressionar o órgão indigenista a impulsionar o processo administrativo de demarcação⁵⁰.

Esse procedimento, de caráter informal, e eminentemente político, foi criticado por autoridades governamentais e pelos donos de propriedades da região⁵¹. De acordo com o INCRA, havia “sobreposição parcial da área em questão com comunidades quilombolas em estudo. Estas comunidades são: *Murumuru*, *Murumurutuba* e *Tiningu*.”⁵². Ainda sobre o assunto, o Centro Nacional de Perícias desse órgão destacou que os mencionados territórios quilombolas já haviam passado por estudos antropológicos, enquanto o território indígena ainda não tinha nenhum relatório nessa área⁵³.

A seu turno, os indígenas apontam como alguns dos principais impactos ao seu território originário, em grande parte associados a expansão do monocultivo da soja: a destruição de sítios arqueológicos; o assoreamento do Igarapé do Açaizal e do Igarapé Ipaupixuna; a contaminação do Igarapé do Açaizal por agrotóxicos; a morte e contaminação de animais por agrotóxicos; cercamento das áreas da aldeia, com a grilagem, comercialização de terras e expansão da soja; assédio para compra de terras; ameaças e intimidações; desmatamento de áreas de floresta primária, ameaçando atividades extrativas dos indígenas, e desrespeito ao direito de passagem⁵⁴.

No capítulo de número 4 da petição inicial da ACP, o Ministério Público Federal começa a discorrer sobre a responsabilidade internacional do Estado brasileiro. Nessa parte que o MPF faz uso do art. 21 da

⁵⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Santarém - 1º ofício do MPF de Santarém. *Ação Civil Pública*. Santarém: Ministério Público Federal, 29 maio 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acao_mpf_identificacao_delimitacao_territorio_munduruku_planalto_santareno_pa_maio_2018.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁵¹ Entre 2015 e 2018, o processo administrativo de demarcação permaneceu sem qualquer movimentação, e o conflito entre indígenas e produtores rurais vem se acirrando desde então, como foi possível constatar em reunião realizada na Aldeia Açaizal no dia 26 de janeiro de 2018: Ao chegarmos no barracão da aldeia Açaizal, presenciamos um clima de tensão entre os indígenas e os produtores rurais da localidade, que compareceram em grande número, representados por seu Procurador e pelo Presidente do Sindicato Rural de Santarém, Adriano Maraschin, um dos produtores rurais que possuem título dentro do território autodemarkado pelos indígenas. Os produtores rurais levaram um cinegrafista. Os indígenas não admitiam a filmagem, nem a presença dos produtores no local. Os ânimos estavam exaltados a ponto de não haver condições para iniciar a reunião. O Procurador do SIRSAN chegou a dirigir uma ofensa racial aos indígenas, tendo afirmado “eu reconheço vocês como cidadãos brasileiros, mas indígenas vocês vão ter que me provar!”, e prosseguiu questionando, rindo ironicamente, “isso lá é índio?”. Quanto a estes fatos, registre-se que este Procurador determinou a instauração de Notícia de Fato Criminal vinculada à 2ª CCR, com o objetivo de apurar ocorrência do crime de racismo. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Santarém - 1º ofício do MPF de Santarém. *Ação Civil Pública*. Santarém: Ministério Público Federal, 29 maio 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acao_mpf_identificacao_delimitacao_territorio_munduruku_planalto_santareno_pa_maio_2018.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁵² BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Santarém - 1º ofício do MPF de Santarém. *Ação Civil Pública*. Santarém: Ministério Público Federal, 29 maio 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acao_mpf_identificacao_delimitacao_territorio_munduruku_planalto_santareno_pa_maio_2018.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁵³ Conquanto se tenha chegado a consenso em dois dos três casos de conflito entre indígenas e quilombolas, a perícia antropológica elaborada pelo Centro Nacional de Perícias deste órgão destaca que: “enquanto os territórios quilombolas já tinham sido objeto de relatórios antropológicos pelo INCRA, o território indígena ainda não havia passado da etapa inicial de apreciação de sua demanda fundiária pela Funai. A carência de estudos no âmbito de um Grupo Técnico para a identificação territorial indígena certamente tornava mais fragilizados os acordos e as decisões obtidas nas tratativas”. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Santarém - 1º ofício do MPF de Santarém. *Ação Civil Pública*. Santarém: Ministério Público Federal, 29 maio 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acao_mpf_identificacao_delimitacao_territorio_munduruku_planalto_santareno_pa_maio_2018.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁵⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Santarém - 1º ofício do MPF de Santarém. *Ação Civil Pública*. Santarém: Ministério Público Federal, 29 maio 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acao_mpf_identificacao_delimitacao_territorio_munduruku_planalto_santareno_pa_maio_2018.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

Convenção Americana de Direitos Humanos, argumentando sobre a propriedade coletiva das terras indígenas, conceito cunhado na jurisprudência da Corte IDH.

Sobre o assunto, ao longo do tempo, esse tribunal passou a entender que o reconhecimento oficial não é constitutivo das terras indígenas, apesar do Estado não estar isento de reconhecer e delimitar o território, sendo a delimitação necessária para assegurar os direitos territoriais e oferecer segurança jurídica. Sendo assim, para a Corte IDH o não reconhecimento cria “um clima de insegurança permanente”⁵⁵, ao não garantir a plena ciência da extensão geográfica do território ancestral e, conseqüentemente, fazer com que os indígenas não tenham assegurado o pleno e exclusivo uso de seus recursos naturais”, o que também prejudica terceiros⁵⁶.

Por fim, a condenação do Brasil pela Corte IDH, no caso Povo Xukuru, é utilizada para reforçar

a obrigatoriedade do Estado brasileiro em identificar, reconhecer, delimitar, demarcar e homologar as terras indígenas, inclusive sob a pena de responsabilização internacional no caso de omissão ou mora, de modo a garantir condições reais, efetivas e pacíficas para o usufruto exclusivo dos recursos naturais⁵⁷.

Além disso, a petição expõe que esse tribunal também enfatizou, em sua sentença, que “a mora na demarcação e desintrusão contribuíram de maneira fundamental para o agravamento e tensionamento dos conflitos entre indígenas e não indígenas”⁵⁸.

Portanto, o caso do Povo *Munduruku* e o caso do Povo Xukuru são similares em diversos aspectos: ambos não conseguiram a demarcação de seu território pela via administrativa, e o pleito não foi levado ao judiciário. Em ambos os casos, o Estado deveria ter efetivado as desintrusões e não o fez, abrindo, assim, margem para diversos conflitos que levaram até a morte de lideranças populares.

Desse modo, é correto afirmar que o Ministério Público Federal cumpre o seu papel trazendo o controle de convencionalidade para o debate na aplicação do direito interno, em virtude das sentenças da Corte IDH serem *leading cases*, um norte que deve guiar as decisões do judiciário dos países signatários da CADH, bem como suas políticas públicas.

Recentemente, as partes chegaram a um acordo, o Termo de Mediação, feito pela FUNAI e pelo MPF em audiência, que foi homologado pelo juízo competente. Infelizmente, a decisão da Corte IDH não é citada em nenhum ato decisório relativo a esse processo. Atualmente, estão sendo discutidas questões orçamentárias para a realização de uma segunda viagem que o grupo técnico precisa fazer para a comunidade indígena com o escopo de finalizar a fase de estudos do processo demarcatório.

Já em um processo relativo a uma tutela antecipada, ajuizada pelo município de Itacarambi – Minas Gerais contra a União Federal e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), é pleiteada a suspensão de um processo administrativo da Funai, de identificação e revisão da Terra Indígena *Xacriabá*.

Até 1960, essa terra indígena era reconhecida pelo poder público. Porém, com a intervenção da empresa Ruralminas, essas terras foram declaradas devolutas e foram utilizadas em projetos de colonização. Dessa época até 1980, membros da comunidade passaram a procurar a FUNAI com o objetivo de terem seus

⁵⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni V.s. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

⁵⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni V.s. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

⁵⁷ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Santarém - 1º ofício do MPF de Santarém. *Ação Civil Pública*. Santarém: Ministério Público Federal, 29 maio 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-impressao/documentos/2018/acao_mpf_identificacao_delimitacao_territorio_munduruku_planalto_santareno_pa_maio_2018.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

⁵⁸ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Santarém - 1º ofício do MPF de Santarém. *Ação Civil Pública*. Santarém: Ministério Público Federal, 29 maio 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-impressao/documentos/2018/acao_mpf_identificacao_delimitacao_territorio_munduruku_planalto_santareno_pa_maio_2018.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

direitos territoriais reconhecidos. Em virtude disso, foram vítimas de violência e, até mesmo, assassinatos⁵⁹.

Também, na década de 1980, parte do território foi demarcado, entretanto, houve indevidas exclusões de parcelas significativas dos indígenas *Xakribá*, como no caso da aldeia *Rancharia*, “uma das maiores aldeias existentes na época, que era conhecida e frequentemente citada no processo de demarcação, sendo assistida pelo Posto Indígena (PIN) *Xakriabá* desde o início dos anos de 1970”⁶⁰.

Em razão disso, em 2003, o antropólogo-coordenador do GT *Xakribá/Rancharia* reconheceu a existência da ocupação tradicional indígena em áreas excluídas da demarcação, assim tendo admitido o erro na proposta de limites territoriais. Desse modo, em 2006, a FUNAI enviou outro profissional no local que ratificou o erro e confirmou a necessidade da realização de novos estudos de identificação, assim tendo início o procedimento administrativo objeto da presente demanda.

Porém, em 2010, essa fundação pública noticiou, após ser intimada pelo MPF, “a inviabilidade de conclusão dos trabalhos em oito meses, dada a complexidade do procedimento previsto no Decreto n.º 1.775/96”. Por sua vez, o município, autor do litígio judicial, lista entre suas alegações, “suposto vício formal no processo administrativo, ao argumento, pasme-se, da atuação do MPF e do Poder Judiciário voltada a enfrentar a excessiva morosidade do processo demarcatório da Terra Indígena”⁶¹.

No seu parecer sobre o caso, o MPF argumenta que o direito à razoável duração do processo e os meios que possam garantir a celeridade de tramitação estão previstos na Constituição Federal de 1988. Além disso, também é pontuado que a jurisprudência dominante dá aval ao poder judiciário para fiscalizar o poder público, suprindo eventuais omissões no que tange à implementação de políticas públicas e garantias constitucionais, sendo este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça⁶².

É nessa esteira que o Caso Povo Xukuru é trazido na manifestação. O MPF aponta que uma das razões da condenação do Estado brasileiro foi a demora excessiva no processo de demarcação e de efetiva ocupação do território. Desse modo, destaca o seguinte trecho da sentença proferida pela Corte IDH:

o prazo razoável e a efetividade dos processos administrativos. A jurisprudência deste Tribunal salientou em outros casos que os povos indígenas e tribais têm direito a que existam mecanismos administrativos efetivos e expeditos para proteger, garantir e promover seus direitos sobre os territórios indígenas, mediante os quais se possam levar a cabo os processos de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de sua propriedade territorial. Os procedimentos mencionados devem cumprir as regras do devido processo legal consagradas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana.⁶³

É preciso destacar que o Ministério Público Federal se manifesta pela total improcedência dos pedidos formulados pelo Município de Itacarambi na petição inicial. Em relação à última decisão constante do pro-

⁵⁹ Em 1987, importante liderança indígena, Rosalino Gomes de Oliveira, assim como outros três Xacriabás, foram assassinados por pistoleiros contratados por fazendeiros da região. BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais. *PR-MG-MANIFESTAÇÃO-13712/2019*. Processo n.º: 0010917-73.2015.4.01.340. Belo Horizonte: Ministério Público Federal, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/PR-MG-MANIFESTACAO-13712-2019.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁶⁰ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais. *PR-MG-MANIFESTAÇÃO-13712/2019*. Processo n.º: 0010917-73.2015.4.01.340. Belo Horizonte: Ministério Público Federal, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/PR-MG-MANIFESTACAO-13712-2019.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁶¹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais. *PR-MG-MANIFESTAÇÃO-13712/2019*. Processo n.º: 0010917-73.2015.4.01.340. Belo Horizonte: Ministério Público Federal, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/PR-MG-MANIFESTACAO-13712-2019.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁶² No que tange à suposta invasão judicial na esfera discricionária da Administração Pública e à não observância dos prazos legais e razoáveis para conclusão do processo demarcatório, entende-se que é possível a intervenção judicial em casos de demora excessiva na conclusão de procedimento demarcatório de terras indígenas, como na hipótese dos autos. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº 1.524.045/RS*. Relator: Herman Benjamin. Brasília: 01 set. 2016.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso do Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C, n. 346.

cesso, esta apenas foca em questões processuais, sem mencionar o retro mencionado julgado da Corte IDH.

O processo demarcatório soma-se à Nota Técnica de n.º 02/2018 do Ministério Público Federal, datada de 19 de fevereiro de 2018, feita com o intuito de rebater o Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU da Advocacia Geral da União, o qual fixou para todos os processos demarcatórios as salvaguardas institucionais estabelecidas pelo Supremo Tribunal Federal no caso Raposa Serra do Sol (Pet. 3388/RR), inclusive a vigente tese do marco temporal. Vale lembrar que esse parecer do órgão de representação jurídica federal travou vários processos de demarcação em fase avançada, bem como pedidos de revisão. Sobre o caso Xukuru, o MPF destaca:

ainda nesta semana, comprovando a gravidade da permanência de tal situação, foi publicada a primeira condenação do Brasil perante a corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Xucuru Vs. Brasil. Na oportunidade, entre outros pontos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos declarou o Brasil responsável pela violação da garantia da duração razoável do processo, à proteção judicial à propriedade coletiva da terra e condenou o Estado brasileiro à obrigação de pagar 1 milhão de dólares à comunidade⁶⁴.

Em decisão datada de 07 de maio de 2020, o Ministro Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, concedeu a tutela provisória incidental para suspender todos os efeitos do Parecer n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU até o final julgamento de mérito do já mencionado RE 1.017.36/SC (Tema 1.031), relativo às terras do Povo *Xokleng*, processo dotado de repercussão geral e que vai rediscutir a questão do marco temporal nas terras indígenas dentro do direito brasileiro. Há uma expectativa de que com o julgamento do mérito e provimento deste recurso a Corte Suprema brasileira finalmente realize o controle de convencionalidade no que tange à sentença do caso do Povo Xukuru.

6 Baliza contra os atos administrativos do Governo Federal: o caso do Povo Xukuru como barreira para retrocessos

A Suprema Corte brasileira usou o precedente internacional em comento no Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.062/Distrito Federal, datada de 01 de agosto de 2019. Nesse processo discutiram-se alguns tópicos relativos à MP n.º 870/2019, editada pelo Poder Executivo, a qual fazia uma série de mudanças dentro da administração do governo federal. Dentre elas, estava o deslocamento da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), a quem compete demarcar as terras indígenas, do Ministério da Justiça para o Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos. Além disso, seria retirada de sua competência a realização do processo demarcatório. Essa atividade, de acordo com a nova norma, seria de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA).

Sobre a competência para a demarcação dos territórios indígenas, a Corte IDH na sentença do caso Xukuru, reiterou a sua jurisprudência acerca da necessidade da existência de mecanismos administrativos que garantam e formalizem o direito à propriedade coletiva. Desse modo:

a jurisprudência deste Tribunal salientou em outros casos que os povos indígenas e tribais têm direito a que existam mecanismos administrativos efetivos e expeditos para proteger, garantir e promover seus direitos sobre os territórios indígenas, mediante os quais se possam levar a cabo os processos de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de sua propriedade territorial. Os procedimentos mencionados devem cumprir as regras do devido processo legal consagradas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana⁶⁵.

⁶⁴ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Nota técnica nº 02 / 2018-6CCR*. Brasília: Ministério Público Federal, 19 fev. 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2018/nt02_2018.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso do Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C, n. 346.

Com base nessa posição estabelecida pela Corte IDH, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Edson Fachin, fundamentou seu voto contra essas alterações realizadas pela MP n.º 870/2019, as quais seriam lesivas aos direitos indígenas, em virtude da falta de alinhamento entre os objetivos e competências das entidades administrativas mencionadas. De acordo com o seu voto,

esses objetivos [do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA], deve-se admitir, apresentam potencial de coartar as obrigações do Estado brasileiro relativamente aos direitos dos povos indígenas. O reconhecimento e a demarcação de suas terras [...] são obrigações inadiáveis do Estado. Elas devem ser cumpridas em conjunto com os povos indígenas em um processo, como estabelece a Declaração de Direitos dos Povos Indígenas, “equitativo, independente, imparcial, aberto e transparente, em que nele se reconheçam devidamente as leis, tradições, costumes e sistemas de usufruto da terra dos povos indígenas”. A finalidade desse procedimento é precisamente a de “reconhecer e adjudicar os direitos dos povos indígenas em relação às suas terras, territórios e recursos, compreendidos aqueles que tradicionalmente tenham possuído, ocupado, ou utilizado de outra forma”, assegurando-se, por evidente, a participação dos povos no processo. Se as referências à imparcialidade e à equidade constantes da Declaração não fossem suficientes para o reconhecer que se aplicam ao processo de demarcação as mesmas garantias do processo judicial, a própria Corte Interamericana, numa relevante decisão tomada contra o Estado Brasileiro (Caso do Povo Indígena Xucuru e seus Membros v. Brasil, Sentença de 5 de fevereiro de 2018), advertiu que os processos administrativos de demarcação “devem cumprir as regras do devido processo legal consagradas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana” (parágrafo 130). Noutras palavras, apenas autoridade que for independente e imparcial atende às exigências constitucionais para realizar a demarcação de territórios indígenas. No âmbito da competência exclusiva do Poder Executivo para demarcar as terras indígenas, não há como se alocar para o mesmo órgão administrativo as competências para regularizar áreas rurais e demarcar terras indígenas. A especificidade dos direitos dos povos indígenas está a reclamar solução própria, específica e constitucionalmente urgente⁶⁶.

Desse modo, o Ministro da Corte Suprema brasileira utilizou a condenação do Brasil na Corte IDH no caso do Povo Xucuru como reforço argumentativo, assim ratificando a sua importância. Para além disso, usou seus padrões para a justificação do ato decisório, assim mais uma vez firmando a sua inserção dentro do bloco de constitucionalidade, tornando os seus padrões exigíveis. Sobre o julgamento da MP 870/2019, a Corte Suprema formou maioria para suspender a nova norma, subsistindo o tratamento normativo anterior, com vinculação da FUNAI ao Ministério da Justiça, por unanimidade de votos.

Em relação a esse caso, é importante salientar que, em 28 de maio de 2019, o Senado Federal aprovou a MP n.º 870/2019, rejeitando as partes do texto relativas à demarcação das terras indígenas e a estruturação da FUNAI fora do Ministério da Justiça, sem alterações na redação feita pela Câmara dos Deputados. Essa decisão do Congresso Nacional foi muito comemorada pelos povos indígenas brasileiros, em virtude de o Poder Legislativo dificilmente apoiá-los em suas causas⁶⁷.

7 Discussão de resultados: a sentença da Corte IDH foi eficaz?

O acervo deste estudo se constituiu de 9 documentos jurídicos encontrados e aqui trabalhados, dos quais 4 são atos ministeriais, 4 são atos de cunho efetivamente decisório, e 1 é uma decisão que defere um pedido de *amicus curiae*. De forma simples e resumida, é possível visualizar o que foi feito na seguinte tabela, produzida pelas autoras deste estudo:

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.062/Distrito Federal*. Relator: Min Roberto Barroso. Brasília: 01 ago. 2019.

⁶⁷ CIMI. *Senado aprova MP 870 e devolve demarcações à Funai e o órgão ao Ministério da Justiça*. 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/05/senado-aprova-mp-870-devolve-atribuicoes-funai-orgao-ministerio-da-justica/>. Acesso em: 20 maio 2021.

Quadro 1 - Eficácia do precedente do caso xukuru, julgado pela corte idh em 2018, para a formação da jurisprudência brasileira

ATO	ÓRGÃO/ORGANIZAÇÕES	DATA	DIREITOS	GRAU DE EFICÁCIA
Ministerial (Nota Técnica nº 02/2018)	Procuradoria Geral da República.	19/02/2018	Processo Demarcatório (contra-argumenta o parecer da AGU)	Mediano
Ministerial (Ação Civil Pública)	1º ofício do MPF de Santarém	29/05/2018	Processo Demarcatório (<i>Povo Mundurucu</i>)	Mediano
Judicial	1ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Amazonas	03/01/2019	Recursos para a FUNAI (Frentes de Proteção Etnoambiental)	Mediano
Ministerial (Parecer)	Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais	12/06/2019	Processo Demarcatório (Povo Xacribá)	Mediano
Judicial (acórdão)	Supremo Tribunal Federal	01/08/2019	Baliza aos atos do governo federal (MP nº 870/2019 – propõe a FUNAI no Ministério da Mulher e dos Direitos Humanos)	Mediano
Ministerial (Ação Civil Pública)	2º Ofício da Procuradoria da República em Juína/MT	27/08/2019	Propriedade Coletiva (Povo <i>Kawaweté</i>)	Mediano
Ministerial (Parecer)	Procuradoria-Geral da República	03/09/2019	Propriedade Coletiva (Povo <i>Xokleng</i>)	Mediano
Judicial (acórdão)	Tribunal Regional da 3ª Região	19/09/2019	Propriedade Coletiva (disputa judicial entre a APROSOJA e FUNAI)	Mediano
Judicial (decisão monocrática)	Supremo Tribunal Federal	20/01/2020	<i>Amicus Curiae</i> (decisão admite o Povo Xukuru como tal)	Mediano

ATO	ÓRGÃO/ORGANIZAÇÕES	DATA	DIREITOS	GRAU DE EFICÁCIA
Judicial (decisão monocrática)	Supremo Tribunal Federal	07/05/2020	Processo Demarcatório (Suspende o parecer da AGU)	X

Fonte: as autoras.

De acordo com o quadro acima, infere-se que a sentença da Corte IDH, a qual condenou o Brasil no caso do Povo Xukuru, teve grau mediano de eficácia em relação aos atos judiciais e ministeriais apontados. De acordo com Carina Calabria, um precedente internacional adquire tal característica

se algum dos órgãos do governo ou cortes de qualquer nível começaram a exercer, mesmo que esporadicamente, controle de convencionalidade; [...] se houve aumento de litigação fundamentada na decisão da Corte; se estimulou-se ação de indivíduos, organizações e movimentos sociais fundamentada na decisão da Corte; se foram fortalecidos instituições, procedimentos legais, atores e normas de direitos humanos⁶⁸.

Dessa forma, como foi visto, na maioria das decisões judiciais e atos ministeriais, o precedente referente ao caso do Povo Xukuru é utilizado apenas como reforço argumentativo, o que resulta em um controle de convencionalidade um tanto quanto insipiente. Sendo assim, até o presente momento, não é possível verificar mudanças concretas no direito indígena brasileiro causadas pela sentença advinda da Corte IDH.

Sobre a decisão do STF, datada do dia 07 de maio de 2020, que suspendeu o parecer da Advocacia Geral da União n.º 001/2017/GAB/CGU/AGU, por meio de uma medida cautelar requerida incidentalmente ao Recurso Extraordinário n.º 1.017.365/Santa Catarina, relativo ao território indígena Xokleng, o Min. Edson Fachin, relator do caso, não faz uso dos precedentes da Corte IDH, porém menciona a importância da Convenção n.º 169 a respeito do direito de consulta dos povos originários, a qual integra o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Nesse contexto, percebe-se que, ao não citar o precedente internacional do caso Povo Xukuru, o Supremo Tribunal Federal perdeu a oportunidade de realizar o controle de convencionalidade tão imprescindível para a dignidade dos povos indígenas frente a esses instrumentos normativos que insistem em extirpar seus direitos. Porém, em virtude de esta ser uma medida cautelar, ainda haverá tempo para tal controle ser realizado quando da decisão de mérito, a qual irá contar com a incidência de vários *amicus curiae* que instarão a Corte Suprema a se manifestar sobre o assunto, dentre eles o Povo Indígena Xukuru do Ororubá.

A ausência desse importante precedente nessa decisão denota uma falta de técnica latente sobre como empregar esse instrumento de direito internacional dos direitos humanos por parte da comunidade jurídica. Pois os profissionais do Direito, de modo geral, não conjugam o direito constitucional interno com o direito internacional, e, quando o fazem, utilizam os precedentes internacionais apenas para fins argumentativos, e não petitórios. Em outras palavras, em nenhum dos atos processuais explanados, pede-se ou defere-se algo tendo como base expressa a decisão da Corte IDH. A partir do exposto, ressalta-se que esse instrumento ainda não atingiu um de seus propósitos no âmbito interno, qual seja, a uniformização de jurisprudência. Sobre o assunto, já foi determinado no caso *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*:

la Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y

⁶⁸ CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, 2017.

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 American⁶⁹.

De acordo com Armin Von Bogdandy, o potencial inovador das decisões judiciais deve ser acompanhado por políticas adequadas. Por exemplo, desde o reconhecimento pela doutrina do controle de convencionalidade, o México implementou, energeticamente, um programa de capacitação de juízes. Mas, o acompanhamento do qual se fala aqui requer também a atenção do público em geral, uma reforma na formação dos profissionais em direito, assim como uma academia crítica, mas, ao mesmo tempo, construtiva alinhada com o *Ius Constitutionale Commune em América Latina*, visto que o enfoque desta doutrina é a realização das promessas centrais das constituições estatais, as quais também incluem os Tratados Internacionais de Direitos Humanos, que estão englobados em seus blocos de constitucionalidade.

Nesse sentido, o conceito daquela teoria aponta para a transformação da realidade política e social da América Latina com o intuito de criar as condições sociais e políticas necessárias para a efetiva concretização da Democracia, do Estado de Direito e dos Direitos Humanos⁷⁰. A lei comum referenciada (*Ius Commune*) tem relação com a nova abertura dos ordenamentos jurídicos estatais latino-americanos desde um extrato comum de direito internacional público, sobretudo desde a Convenção Americana. Ainda, conforme é ensinado por Bogdandy, o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina não é um fenômeno uniforme nos Estados da região, em virtude das diferenças existentes entre seus ordenamentos jurídicos, porém é necessário pontuar que esta doutrina tem um núcleo comum: o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Em razão disso, mais do que nunca, “os direitos constitucionais estatais e o direito internacional público se encontram em uma relação de fortalecimento mútuo, [uma vez que] são chamados a efetivar as garantias e promessas do, assim chamado, “bloco de constitucionalidade”⁷¹. Pode-se compreender essa teoria como “o conjunto de normas a que se reconhece hierarquia constitucional num dado ordenamento. Tais normas, ainda que não figurem no documento constitucional, podem ser tomadas como parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade”⁷².

Dessa forma, enquanto esse controle verifica a compatibilidade de uma lei ou ato normativo primário com o texto constitucional, o controle de convencionalidade diz respeito a um “processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Estado”⁷³. Portanto, ambos os controles são de extrema importância para a materialização do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, visto que possuem o poder de alinhar a região sob os mesmos ideais.

Sendo assim, as três teorias, bloco de constitucionalidade, controle de convencionalidade e *Ius Constitutionale Commune*, apesar de serem diferentes, com aplicações distintas, possuem certas interseções entre si, de modo que todas são imprescindíveis para a evolução do constitucionalismo latino-americano, no que tange ao progresso do desenvolvimento social no continente.

⁶⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

⁷⁰ ANTONIAZZI, Mariela; VON BOGDANDY, Armin; FIX FIERRO, Héctor Morales. *Ius Constitutionale Commune em América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. México: UNAM, 2014.

⁷¹ VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador*. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 14, p. 244-291, 2019.

⁷² SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

⁷³ MAZZUOLI, V. O. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018. p. 235.

8 Considerações finais

Diante do exposto, depreende-se que apesar da sentença da Corte Interamericana que condenou o Estado brasileiro no caso do Povo Xukuru e seus membros ser paradigmática e inédita, após três anos de sua publicação, esta, ainda, não foi capaz de criar uma jurisprudência sólida em território nacional, assim não correspondendo aos anseios *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, o qual enxerga os tribunais como um possível motor de inovações transformadoras.

Ainda assim, apesar de pouco citada e do poder judiciário ainda não ter feito de modo satisfatório o controle de convencionalidade, é necessário destacar o quão variadas são as áreas que a sentença incidiu até agora. Neste estudo, foi destacado os casos em que o uso do precedente internacional garantiu recursos para a FUNAI, sacramentou o conceito de propriedade coletiva, ratificou a importância do processo demarcatório dos territórios originários e, ainda, serviu como barreira aos retrocessos perpetrados pelo governo federal.

Em suma, entende-se que o caso do Povo Xukuru é um precedente da Corte IDH capaz de atuar nas mais variadas áreas do direito indígena, fato que o faz possuir um grande potencial emancipador. A utilização desse caso por parte dos atores institucionais e pela comunidade jurídica pode representar o início da pavimentação *Ius Constitutionale Commune* latino-americano no Brasil, dessa maneira auxiliando a construção de uma cultura de direitos humanos no país.

Referências

- ALMEIDA, Rubem F. Thomaz de; MURA, Fábio. *Levantamento situacional sobre o Posto Indígena Dourados – Mato Grosso do Sul*. Dourados: MPF, 2003.
- ANTONIAZZI, Mariela; VON BOGDANDY, Armin; FIX FIERRO, Héctor Morales. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. México: UNAM, 2014.
- BENEVIDES JÚNIOR, Acursio Ypiranga; MENEZES, Rafael da Silva. Democracia deliberativa e consulta prévia na Amazônia: direito como mediador democrático em conflito indígena e mineração de potássio em Autazes, Amazonas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 3, p. 254-274, 2020.
- BICALHO, Poliene Soares dos Santos. *Protagonismo indígena no Brasil: movimento, cidadania e direitos (1970-2009)*. 2010. Tese (Doutorado em História) – Universidade de Brasília, Brasília, 2010.
- BRASIL. Fundação Nacional do Índio. *Terra Indígena: o que é?*. 2014. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-24-32>. Acesso em: 06 mar. 2020.
- BRASIL. Fundação Nacional do Índio. *Terras Indígenas*. 2014. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/terras-indigenas>. Acesso em: 06 mar. 2020.
- BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. *MDH realiza ações voltadas ao povo indígena Xukuru, de Pernambuco*. 2018. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/dezembro/mdh-realiza-acoes-voltadas-ao-povo-indigena-xukuru-de-pernambuco>. Acesso em: 11 jun. 2019.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Estado de Minas Gerais. *PR-MG-MANIFESTAÇÃO-13712/2019*. Processo n.º: 0010917-73.2015.4.01.340. Belo Horizonte: Ministério Público Federal, 12 jun. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/docs/PR-MG-MANIFESTACAO-13712-2019.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.
- BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Juína/MT. *Ação Civil Pública*. Juína: Ministério Público Federal, 27 ago. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/mt/sala-de-imprensa/Documentos%20para%20link/acpkawaiwete.pdf>. Acesso em: 23 dez. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria da República no Município de Santarém - 1º ofício do MPF de Santarém. *Ação Civil Pública*. Santarém: Ministério Público Federal, 29 maio 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/acao_mpf_identificacao_delimitacao_territorio_munduruku_planalto_santareno_pa_maio_2018.pdf. Acesso em: 23 dez. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Manifestação no Recurso Extraordinário 1.017.365/SC*. Brasília: Ministério Público Federal, 03 set. 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/RE%201017365-Tema-1031-parecer%20-%20posse%20indigena%20-MARCO%20TEMPORAL.pdf>. Acesso em: 25 dez. 2019.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Nota técnica nº 02 / 2018-6CCR*. Brasília: Ministério Público Federal, 19 fev. 2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/publicacoes/nota-tecnica/2018/nt02_2018.pdf. Acesso em: 20 ago. 2019.

BRASIL. Seção Judiciária do Estado do Amazonas. *Ação Civil Pública n.º 1004249-82.2018.4.01.3200*. 01ª Vara Federal. Manaus: 03 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *RESP nº 1.524.045/RS*. Relator: Herman Benjamin. Brasília: 01 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.239/Distrito Federal*. Relator: Min. Cezar Peluso, Ministra Redatora do Acórdão: Rosa Weber, data do julgamento: 08 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.062/Distrito Federal*. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília: 01 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Despacho. *Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília: 20 jan. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pet 3.388/RR*. Relator: Min. Carlos Ayres Britto. Brasília: 03 abr. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 1.017.365 Santa Catarina*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília: 21 fev. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação cível n.º 0001220-18.2012.4.03.6006/MS*. Relatora: Juíza Convocada Adriana Taricco. São Paulo: 19 set. 2019.

CALABRIA, Carina. Alterações normativas, transformações sociojurídicas: analisando a eficácia da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Direito e Práxis*, v. 8, n. 2, p. 1286-1355, 2017.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. Terra Indígena: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. *História*, São Paulo, v. 35, p. 104-105, 2016.

CIMI. *Povo Xukuru recebe indenização do governo após sentença da CIDH que condenou o Estado por violações de direitos humanos*. 2020. Disponível em: <https://cimi.org.br/2020/02/povo-xukuru-recebe-indenizacao-do-governo-federal-como-sentenca-da-cidh-que-condenou-o-estado-por-violacoes-de-direitos-humanos/>. Acesso em: 31 maio 2021.

CIMI. *Senado aprova MP 870 e devolve demarcações à Funai e o órgão ao Ministério da Justiça*. 2019. Disponível em: <https://cimi.org.br/2019/05/senado-aprova-mp-870-devolve-atribuicoes-funai-orgao-ministerio-da-justica/>. Acesso em: 20 maio 2021.

COLOMBIA. Corte Constitucional Colombiana. *Sentencia T-153/19*. Luis Hernando Tandioy Chasoy contra la Agencia Nacional de Tierras (ANT). Bogotá, 3 abr 2019. Disponível em: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/t-153-19.htm#_ftnref127.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Serie C No. 154.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Corte IDH. *Caso do Pueblo indígena Xucuru y sus miembros vs. Brasil*. Sentença de 5 de fevereiro de 2018. Série C, n. 346.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. *Terras indígenas no Brasil*. 2021. Disponível em: <https://terrasindigenas.org.br/pt-br/>. Acesso em: 20 maio 2021.

MAZZUOLI, V. O. *Curso de direitos humanos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NAVARRO, Gabriela Cristina Braga. The judgment of the case Xucuru People v. Brazil: InterAmerican Court of Human Rights between consolidation and setbacks. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 2, p. 204-223, 2019.

NÓBREGA, Flavianne. *Democratizando o acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos: estratégias para promoção local dos direitos humanos*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 2021.

SANTOS, Mirian Andrade; TREVISAM, Elisaide; VILAR, Julia Patrícia Ulisses. O princípio da dignidade humana e a demarcação de terra indígena. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 11. Santa Cruz do Sul, 2014. *Anais...* São Paulo: UNISC, 2014. p. 01-17.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SILVA, Edson. Índios: desafios das pesquisas as reflexões históricas. In: MARIA NETA, Francisca; PEIXOTO, José Adelson Lopes (org.). *Ecos do silêncio: o saber e o fazer da pesquisa*. Recife: Libertas, 2018. p. 29-46.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador. *Revista Culturas Jurídicas*, Niterói, v. 6, n. 14, p. 244-291, 2019.

XUKURU, Guilherme; XUKURU, Cacique Marcos. *O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o caso do Povo Xukuru: entre implementação e impacto*. [Mínicurso]. Recife: Universidade Federal de Pernambuco - PROExC, 10 maio 2019.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Os precedentes da Corte Interamericana de direitos humanos sobre terras indígenas e a adoção da teoria do indigenato

The precedents of the Inter-American court of human rights on indigenous lands and the adoption of the theory of indigenate

Eduardo Augusto Salomão Cambi

Elisângela Padilha

Pedro Gustavo Mantoan Rorato

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

Os precedentes da Corte Interamericana de direitos humanos sobre terras indígenas e a adoção da teoria do indigenato*

The precedents of the Inter-American Court of human rights on indigenous lands and the adoption of the theory of indigenate

Eduardo Augusto Salomão Cambi**

Elisângela Padilha***

Pedro Gustavo Mantoan Rorato ****

Resumo

Com base no julgamento do Caso Povo Indígena *Xukuru Vs. Brasil*, realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo a *Teoria do Indigenato*, busca-se o diálogo entre as jurisdições internacional e interna, bem como o controle de convencionalidade, para mostrar a superação da aplicação da *Teoria do Fato Indígena*, como meio de potencializar os direitos humanos dos povos indígenas no Brasil. Trata-se de pesquisa qualitativa, com a utilização do método hipotético-dedutivo.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade; Direitos humanos; Povos indígenas; Teoria do Indigenato; Caso Povo Indígena *Xukuru Vs.*; Brasil.

Abstract

From the perspective of the judgment of the *Xukuru Vs. Brazil Indigenous People Case*, carried out by the Inter-American Court of Human Rights, recognizing the Theory of Indigenate, the dialogue between international and domestic jurisdictions is sought, as well as the control of conventionality, to show the overcoming the application of the Theory of Indigenous Fact, as a means of enhancing the human rights of Indian people in Brazil. This is a qualitative research using/with the use the hypothetical-deductive method.

Keywords: Conventionality control; Human rights; Indigenous people; Theory of Indigenato; Case *Xukuru people Vs.*; Brazil.

1 Introdução

Os direitos territoriais dos povos indígenas sofrem constantes ameaças e violações decorrentes de interesses econômicos do agronegócio, da mineração, de madeireiros e, sobretudo, da morosidade na demarcação dessas terras. Nesse contexto, este artigo analisa os precedentes da Corte Interame-

* Recebido em: 20/06/2021.
Aprovado em: 06/10/2021.

** Pós-doutor pela Univesità degli studi di Pavia. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça. Coordenador da Escola Superior do Ministério Público do Paraná. Membro da Academia Paranaense de Letras Jurídicas.
E-mail: eduardocambi@hotmail.com

*** Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Pós-graduada em Direito Civil e Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Ourinhos-SP/Projuris – UNIFIO. Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Ourinhos – SP (UNIFIO). Professora do Centro Universitário de Ourinhos – SP (UNIFIO).
E-mail: padilha.lm@gmail.com

**** Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Ourinhos – SP (UNIFIO).
E-mail: gustavogorato@gmail.com

ricana de Direitos Humanos sobre terras indígenas, sobretudo a respeito do reconhecimento da *Teoria do Indigenato* (CIDH) em confronto com a *Teoria do Fato Indígena* (reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, também conhecida como *Marco Temporal*). A *Teoria do Indigenato* parte da ideia de reconhecimento das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas, ou seja, de um direito inato. Por sua vez, a *Teoria do Fato Indígena* sustenta a tese do marco temporal, ou seja, terras indígenas são aquelas por eles ocupadas na data da promulgação da Constituição Federal.

Em 16 de março de 2016, a Comissão Interamericana submeteu à Corte Interamericana de Direitos Humanos o Caso do Povo Indígena *Xukuru* e seus membros contra o Brasil. Dentre as alegações, destaca-se a violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena *Xukuru*, em consequência: a) da demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; b) da demora na desintração total dessas terras e territórios, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente esse direito; c) violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, em consequência do descumprimento do prazo razoável no processo administrativo respectivo, bem como da demora em resolver ações civis iniciadas por pessoas não indígenas com relação à parte das terras e territórios ancestrais do Povo Indígena *Xukuru*.

Por conseguinte, no dia 5 de fevereiro de 2018, a Corte Interamericana, por unanimidade, declarou que o Brasil é responsável pela violação do direito à garantia judicial de prazo razoável, pela violação do direito à proteção judicial, bem como do direito à propriedade coletiva, embora o Brasil não tenha sido responsabilizado pela violação do direito à integridade pessoal em detrimento do Povo Indígena *Xukuru*. Ocorre que, ao decidir o caso, a partir de uma interpretação evolutiva dos tratados, a Corte reconheceu o direito de propriedade coletiva do Povo *Xukuru*, aplicando-se ao caso a *Teoria do Indigenato*, que propõe que os povos indígenas têm o direito congênito, imemorial à terra. No entanto, de forma diferente, vinha decidindo o Supremo Tribunal Federal, nos casos de demarcação de terras indígenas, pois, no Caso Raposa Serra do Sol, por exemplo, aplicou a *Teoria do Fato Indígena (Marco Temporal)*, em que as terras indígenas no Brasil seriam aquelas que os indígenas estavam na posse ao tempo da promulgação da Constituição, ou seja, em 5 de outubro de 1988.

Assim, apresenta-se a problemática do presente estudo: é possível falar em superação da *Teoria do Fato Indígena*? Qual será a influência da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) no ordenamento jurídico interno, em especial, na jurisprudência do STF? Apresenta-se a hipótese de que, independentemente da posição hierárquica (constitucional ou supralegal), as normas garantidoras dos direitos humanos, previstas no Pacto de São José da Costa Rica, ocupam, no direito interno, os tribunais brasileiros, especialmente o STF. Devem observar não somente o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também a interpretação realizada pela Corte IDH em suas decisões, sujeitando-se, consequentemente, ao *controle de convencionalidade*.

Apesar de a Constituição impor deveres de proteção ao Estado brasileiro na concretização de direitos territoriais indígenas, o cenário de omissão ainda é alarmante, quer seja pela exploração de recursos hídricos e minerais, quer seja pela expansão do agronegócio nas terras indígenas, combinados com a violência contra esses povos que só vem aumentando. Se, por um lado, a Constituição Federal constitui importante instrumento de proteção dos direitos indígenas, por outro lado, a jurisprudência brasileira ainda restringe seus direitos em razão da aplicação da *Teoria do Fato Indígena*. Por essa razão a relevância do presente estudo, pois é preciso avançar nos debates de modo a ampliar a proteção dos direitos humanos dos povos indígenas diante dos conflitos territoriais existentes.

Nesse contexto, o presente estudo tem por objetivo pesquisar o dever de o Supremo Tribunal Federal observar a interpretação realizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos envolvendo demarcação de terras indígenas a partir do precedente firmado no Caso do Povo *Xukuru* *Vs.* Brasil. Para tanto, foi realizada breve contextualização histórica da questão indígena no Brasil. A seguir foi estudado o Caso do Povo *Xukuru*, em que houve a condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana. Por fim,

foram estudadas as novas concepções do direito indígena ao solo e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de pesquisa qualitativa, com a utilização do método hipotético-dedutivo.

2 Antecedentes da exclusão: da colonização

O presente capítulo trata das profusas transformações pelas quais passou a política indigenista ao longo da história do Brasil, em três momentos distintos: período colonial, período imperial e o período republicano.

Para melhor explanação histórica, considerando-se que a “exclusão” não foi causa da colonização, convém trazer importantes distinções conceituais entre “invenção”, “descobrimento”, “conquista” e “colonização”, figuras propostas por Dussel. O autor descreve o “mundo” de Colombo e como o “interpretava”. As ilhas, as plantas, os animais e os índios (da “Índia”, asiáticos portanto) eram uma espécie de experiência estética ainda não explorada”. Isto é o que chama de “invenção” do “ser asiático” da América. Logo, esse “ser asiático” somente existiu no imaginário dos europeus renascentistas. Figura posterior à “invenção” é o “descobrimento”. “Descobrir é constatar a existência de terras continentais habitadas por humanos ao oeste do Atlântico até então totalmente desconhecidas pelo europeu”. Uma vez reconhecidos geograficamente os territórios através de mapas, climas, topografia, flora ou fauna, passaram-se à “conquista”, ou seja, à dominação das pessoas, dos povos, dos índios: era necessário pacificá-los. A conquista é um processo militar, prático, violento pelo qual o Outro é sujeitado, subsumido, alienado, coisificado, instrumento, oprimido, encomendado. Por fim, a “colonização” da vida cotidiana do índio e do escravo africano é uma figura econômico-política, assim considerada como o primeiro processo europeu de modernização, de civilização, de alienação, de domesticação daquelas pessoas. O colonizador é aquele que mata o varão índio violentamente ou o reduz à servidão, e se deita com a índia (mesmo na presença do varão índio), se amanceba com elas.¹

Sendo assim, a América pré-colombiana tinha de 35 a 40 milhões de indígenas, sendo que no final do século XX não chegam a constituir 6% da população.² Por sua vez, no Brasil, estima-se que a população indígena em 1500 era de 3 milhões de habitantes, os quais compunham mais de mil povos diferentes, em rica diversidade étnica e cultural. Todavia, pelo censo demográfico do IBGE de 2010, contabilizaram-se apenas 896,9 mil indígenas, divididos em 305 etnias, isto é, menos de 30% do número total de indígenas da época da descoberta.³

Em razão da forma da colonização europeia, o número de povos indígenas diminuiu drasticamente. Essa redução está associada às diversas formas de agressões às comunidades indígenas pelos colonizadores, tais como a violência cultural e a física propriamente dita, além das doenças e epidemias trazidas pelos colonos, que acabaram por quase dizimar a população nativa.

A ocupação dos colonizadores, desde seu início, teve por bases os princípios e diretrizes regidas por um direito alienígena, não reconhecendo a existência de um direito próprio indígena. Essa negação, consolidada na marginalização e no descaso pelas práticas costumeiras do direito indígena, tinha como propósito implementar, gradativamente, o projeto expansionista europeu, marcado pela segregação e discricionariedade com relação à população nativa.⁴ Nota-se que houve grande destruição da diversidade cultural indígena

¹ DUSSEL, Enrique. *O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993. p. 27-52.

² DUSSEL, Enrique. *Oito ensaios sobre cultura latino-americana e libertação*. São Paulo: Paulinas, 1997. p. 19.

³ OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. *Genocídio no Brasil: mais de 70% da população indígena foi morta*. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/genocidio-brasil-mais-de-70-da-populacao-indigena-foi-morta/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

⁴ OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. *Genocídio no Brasil: mais de 70% da população indígena foi morta*. Disponível em:

introduzida pelo universalismo ocidental decorrente do eurocentrismo. Essa visão de mundo simbolizou a dominação do Imperialismo europeu contra os indígenas, pois tentava a todo custo uniformizar e padronizar suas culturas, crenças, assim como o próprio direito europeu nos demais continentes.

Verifica-se, assim, que esse vácuo legislativo deu margem a um etnocídio assistido⁵, haja vista os meios utilizados para integralizar os aborígenes, desvencilhando-os de suas mais primitivas tradições, pretendeu assimilá-los à cultura tida como evoluída e civilizada. Embora, em meados do século XIX, surgiram os primeiros documentos que tentaram regularizar a questão indígena no país, tal legislação serviu apenas para deixar os indígenas ainda mais vulneráveis e suscetíveis aos interesses alheios.

Se os direitos humanos são baseados nos valores das sociedades ocidentais, constata-se a perpetuação da crença de que essas sociedades seriam mais evoluídas e civilizadas. Logo, aos povos indígenas, invisíveis aos olhos de um Estado em formação e vistos como uma ameaça ao Estado unitário, homogêneo e controlador, somente lhes restava a civilização. Diante de uma prática integracionista, os povos indígenas tiveram dificuldade em manter seu modo de vida tradicional, visto que a proposta era integrá-los de forma individualizada, o que desconstituía sua organização social, seus usos e costumes coletivos.⁶

No início do período Republicano (1889), as orientações indigenistas ficaram a cargo do Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, que tinham por intuito a sedentarização indígena e transformar os indígenas que habitavam em áreas mais longínquas em trabalhadores nacionais, de modo que viabilizassem o desenvolvimento econômico dessas áreas. Entretanto, a expansão da fronteira econômica e a execução de empreendimentos, como ferrovias e estradas, encontravam em certos grupos indígenas hostis obstáculos à concretização do projeto civilizatório brasileiro.⁷

Esse período também foi responsável por intensificar os conflitos existentes entre indígenas e não indígenas, liquidando-se as últimas possibilidades de sobrevivência de diversos grupos tribais tidos como autônomos e independentes entre si⁸. Diante da omissão governamental na proteção dos indígenas e das lacunas legislativas em meio aos clamores sociais no sentido de pôr fim aos atos de violência, surgiu a figura de Marechal Rondon, militar positivista, designado para auxiliar o major Gomes Carneiro nas instalações de linhas telegráficas rumo ao interior do país, que ficou nacionalmente conhecida como a Comissão Rondon.⁹

A feição prática de uma nova política indigenista se assentou na experiência pessoal de Rondon, que tinha o objetivo de corresponder às expectativas do planejamento estatal; ou seja, a missão de desbravar e conquistar áreas que se encontravam distantes do centro metropolitano do país, criando e controlando territórios com a finalidade de ampliar o poder governamental do Estado Nacional. Buscou-se pacificar os

<https://observatorio3setor.org.br/noticias/genocidio-brasil-mais-de-70-da-populacao-indigena-foi-morta/>. Acesso em: 19 jun. 2021.

⁵ Sobre as principais diferenças entre *etnocídio* e *genocídio*, “Foi principalmente a partir da experiência americana que etnólogos, em particular o francês Robert Jaulin – autor de *La paix blanche: introduction à l’ethnocide* (1970) — cunharam o conceito de etnocídio. É primeiramente à realidade indígena da América do Sul que se refere essa ideia afirma Clastres, para complementar que é justamente nesse terreno que é possível pesquisar a diferença entre genocídio e etnocídio, pois as populações indígenas americanas ainda seriam vítimas dos dois tipos de criminalidade. Ambos os conceitos e seus respectivos casos tratam sempre da morte, mas de mortes diferentes: enquanto genocídio se refere ao extermínio e destruição física de uma minoria racial, etnocídio é a opressão cultural com efeitos longamente adiados que quer a destruição da cultura de uma minoria racial. Em suma, Clastres afirma que o genocídio assassina os povos em seu corpo, o etnocídio os mata em seu espírito”. CLASTRES, 2004, p. 56 apud DE SOUZA, Fábio Feltrin; GARCEZ, João Pedro. O passado de “marcados”: trauma e etnocídio Yanomami. *Gavagai - Revista Interdisciplinar de Humanidades*, v. 5, n. 2, p. 29-48, 19 set. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uffs.edu.br/index.php/GAVAGAI/article/view/11082>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁶ CURI, Melissa Volpato. Direito dos povos indígenas: das teorias antropológicas evolucionistas à formação do Estado-Nação. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 17, n. 112 jun./set. 2015, p. 341-364. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1117#siteNav>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁷ ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 152.

⁸ RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. São Paulo: Vozes, 1989. p. 7.

⁹ CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues. *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: UNESP, p. 2018. p. 108-112.

conflitos surgidos entre grupos indígenas e o exército durante a expansão telegráfica. Marechal Rondon foi fiel aos métodos persuasórios, utilizando a diretiva “morrer, se preciso for, matar, nunca”.¹⁰

Com a finalidade de dar efetividade real a esses princípios, foi então criado, em 20 de julho de 1910 pelo Decreto n.º 8.072, o Serviço de Proteção aos Índios (SPI) e Localização de Trabalhadores Nacionais. O caráter protetor do SPI era exercido por meio de ações dos Postos Indígenas que contribuíram para a implementação de uma política indígena assimilacionista.¹¹ No entanto, em decorrência da avalanche de denúncias que assolavam o SPI, houve a necessidade de se criar um órgão, com novas perspectivas acerca da política indigenista brasileira.

Em 1967, foi criada, por meio da Lei n.º 5.371, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), que substituiu o Serviço de Proteção aos Índios (SPI), “visando proteger as populações indígenas, sobretudo, mediante a demarcação de suas terras e a gestão de suas terras”. Porém, em razão de sua omissão e negligência para com os povos indígenas, a FUNAI passou a receber inúmeras críticas, deixando a ingerência de terceiros predominar sobre os interesses dos selvícolas. Na tentativa de conter a enxurrada de críticas, o governo federal se comprometeu a elaborar uma nova legislação para os indígenas

Em 1973, foi elaborada a Lei n.º 6001 (Estatuto do Índio), vigente ainda hoje. No entanto, ao adotar uma legislação assimilacionista, tal Estatuto tinha por finalidade fazer com que os índios, paulatinamente, abandonassem essa condição, desde que fossem monitorados e planejado pelo Estado o seu processo evolutivo.¹²

No tocante às terras indígenas, o Estatuto deu grande passo ao romper com as velhas práticas de descimento no período colonial e imperial, bem como abandonou as experiências nos Postos Indígenas adotados nos primeiros anos de República, visto que reconheceu a importância da terra para o povo indígena. Nesse sentido, tornou-se possível que os vivessem em comunidades indígenas, conservando sua identidade, além de perpetuarem suas tradições.

Por outro lado, em relação à capacidade civil indígena, o Estatuto representa um retrocesso, enquanto submete o indígena à tutela do Estado, sob a justificativa de cuidar deles, mantendo-os sob total controle. Com efeito, o Estatuto está em descompasso com a Constituição Federal de 1988, cujo art. 231, *caput*, de forma ampla, reconheceu aos indígenas “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”.

2.1 Direitos indígenas e as constituições brasileiras

A Constituição Outorgada de 1824 do Império e a Constituição de 1891 do período republicano nada mencionarem acerca dos direitos indígenas, as demais Constituições da era republicana, ressalvada a de 1988, buscaram incorporar os indígenas à comunhão nacional, mediante uma agressiva política indigenista assimilacionista.

A busca incessante de integrar o povo indígena à comunhão nacional era promovida pelo capitalismo em ascensão, que tornaria o indígena um cidadão “proveitoso”, ao utilizar sua mão de obra barata na exploração e expansão da produção. Assim, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, os indígenas saíram da invisibilidade política e jurídica, e apoderaram-se do direito de conservarem suas identidades, à medida que o ordenamento jurídico passou a reconhecer a singularidade cultural desses povos, quer por suas crenças, costumes, tradições, organizações sociais e línguas. Em outras palavras, a “nova Constituição” fora

¹⁰ BÓAS, Orlando Villas. *História e causas*. São Paulo: FTD, 2006. p. 170.

¹¹ ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. UNESCO. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006. p. 46.

¹² ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”*: o direito à diferença. UNESCO. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006. p. 46.

inspirada por valores multiculturais e pluralistas, indissociáveis do princípio da dignidade humana, tendo consagrado a diversidade étnica-cultural, assegurado direitos e garantias a todos os cidadãos, inclusive, aos povos indígenas, além de ter rompido com a vertente de assimilação e integração dos povos indígenas à comunhão nacional.¹³

Logo, é indiscutível que a Constituição Federal de 1988 representa um marco na história dos direitos indígenas, enquanto foram reconhecidos como sujeitos de direito. Concedeu-lhes o direito de ser indígena, com seus costumes, religiões e habitat, de forma a preconizar o respeito às diferenças étnicas e culturais, com base na dignidade da pessoa humana. Por outro lado, com a promulgação da atual Constituição, verifica-se a necessidade de rever a legislação, especialmente no que concerne ao descompasso existente entre a Constituição e o Estatuto do Índio, em relação à sua capacidade de autodeterminação.

Como os direitos humanos dos indígenas foram proclamados pela Constituição Federal de 1988¹⁴, é imprescindível a valoração da diversidade cultural brasileira, de modo que seja preservada a singularidade cultural indígena. O direito à diferença e proteção dos costumes indígenas constitui condição à realização da dignidade humana desses povos e um triunfo do multiculturalismo.¹⁵

Portanto, os povos indígenas, ao exercerem seus direitos, devem estar livres de todas as formas de discriminações, sendo imprescindível o reconhecimento da diversidade cultural para que isso não ocorra. Dessa forma, consagra-se a interação de grupos étnicos distintos e coexistentes em um mesmo Estado-Nação sem, contudo, modificarem suas culturas e tradições.

2.2 A teoria do Indigenato (CIDH): como um direito originário de ocupação tradicional imemorial indígena em oposição a tese do FATO INDÍGENA (STF)

Cabe analisar a *Teoria do Indigenato*¹⁶, sobre o reconhecimento jurídico da posse indígena sobre as terras que tradicionalmente ocupam, conforme seus usos, costumes e tradições, aplicada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no Caso Povo *Xukuru Vs. Brasil*, em contraste com a *Teoria do Fato Indígena (Marco Temporal)* desenvolvida no julgamento do Caso Raposa Serra do Sol pelo Supremo Tribunal Federal.¹⁷

A Lei de Terras de 1850 consolidou o instituto do indigenato¹⁸, ao determinar que fossem reservadas terras para a colonização dos indígenas, entre aquelas terras devolutas que seriam transferidas para o patrimônio privado, a título oneroso¹⁹. Entretanto, os imóveis que seriam reservados à colonização dos indígenas não gozavam do título de propriedade privada. Com isso, invasores e grileiros, ocupando terras indígenas, “pretendiam destes a exibição do registro de suas posses”²⁰

¹³ ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 198-200.

¹⁴ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 17.

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

¹⁶ Segundo o constitucionalista José Afonso da Silva, o termo indigenato se refere a “relação dos índios com suas terras, reconhecimento de seus direitos originários sobre elas”. Informa o autor que este instituto jurídico de origem luso-brasileiro foi utilizado já nos primeiros tempos da colônia, quando da publicação do Alvará de 1º de abril de 1680, onde se “firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares, seriam sempre reservados o direito dos índios, primários e naturais senhores delas”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 858.

¹⁷ STF Supremo Tribunal Federal. *Caso Raposa Serra do Sol*, 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/pet3388ma.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

¹⁸ “Na prática, a lei de terras reduzia o direito indígena aos territórios dos aldeamentos. O reconhecimento jurídico previsto nas cartas régias deu origem ao *instituto do indigenato*, ou seja, reconhecendo o direito por nascimento aos índios às terras que ocupam ou ocuparam” AMADO, Luiz Henrique Eloy. *TERRA INDÍGENA E legislação indigenista no Brasil*. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/cadec/article/view/3411/2668>. Acesso em: 20 jun. 2021.

¹⁹ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 125.

²⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 859.

Sendo assim, mesmo que negassem a terra para os indígenas que detinham moradia habitual, ou estavam aldeados nela, jamais poderiam ser posseiros posteriores, pois as terras seriam devolutas, não podendo ser confundidas com uma posse sujeita à legitimação em virtude do direito à reserva estipulado no referido alvará. Porém, como fazer para os indígenas regressarem às suas terras de ocupação primária, quando fossem esbulhados pelos invasores? A Teoria do Indigenato foi utilizada para a proteção da posse territorial indígena. Isso porque haveria um título congênito, ou seja, que “independe de legitimação, ao passo que a ocupação representaria um título adquirido pendente de reconhecimento”. Por isso, atos de violência e espoliações “não têm o condão de afastar o reconhecimento da tradicionalidade da posse, face à persistência necessária para configurar a continuidade da posse esbulhada”.²¹

Portanto, “há de se esclarecer que o Indigenato apenas proclama o reconhecimento do direito de posse dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam”, visto que, no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no âmbito constitucional, aos índios nunca foram reconhecidos o direito de propriedade sobre suas terras, mas tão somente a posse delas.²² “Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos indígenas sobre suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato”²³

A Constituição de 1988 avançou no que concerne ao direito territorial indígena, reconhecendo, nos termos do artigo 231, os direitos originários e a posse permanente sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Desse modo, é relevante compreender a expressão *direitos originários* contida no *caput* do artigo 231 da Constituição Federal de 1988, e qual é sua relação com as terras tradicionalmente ocupadas. Assim, os direitos originários estão ligados a uma ocupação tradicional, “que por sua vez, decorrem pelo menos duas interpretações, que se distinguem pela ocupação física e pela ocupação não física”²⁴. A primeira está atrelada ao marco temporal, com base na realidade fática de 5 de outubro de 1988. Sendo assim, seriam reconhecidos e protegidos os direitos territoriais indígenas, desde que estivessem presentes nessas terras na data mencionada. A segunda ocupação favorece as terras indígenas à luz da legislação existente, o que demonstra que essa garantia persiste apesar dos genocídios e espoliações vivenciados pelos povos indígenas ao longo dos anos.

Nesse contexto, com base no instituto do indigenato, reconhecido pela legislação brasileira desde a era colonial, que “se justifica a nulidade de todos os títulos existentes sobre as terras indígenas e a consequente retirada dos não-indígenas da região após a demarcação”.²⁵ “Impende de tal interpretação que as terras indígenas são assim reputadas em face do passado (originariedade ou indigenato), do presente e futuro (ocupação permanente) e de sua utilização tradicional pelos grupos tribais. Sem embargo dessas considerações, passa-se à análise de cada uma das características”²⁶

A ocupação não física, também conhecida como imemorialidade da ocupação, mostra-se extremamente relevante, porque desvela o verdadeiro sentido e magnitude da terra para os povos indígenas, que, mesmo ausentes de seus territórios, permanecem ao longo do tempo a ela vinculados de alguma outra forma, ou seja, ainda que pela memória.²⁷

As terras que os indígenas tradicionalmente ocupam têm, pois, como fundamento um direito originário advindo da *Teoria do Indigenato*. Tal instituto não visa garantir aos indígenas a integralidade de terras que

²¹ GOMES, Daniela. *O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 149.

²² FEIJÓ, Juliane Holder da Camara Silva. *O direito indigenista no Brasil: transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f7dec841b2dd050>. Acesso em: 14 fev. 2021.

²³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 858.

²⁴ GOMES, Daniela. *O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 162.

²⁵ FEIJÓ, Juliane Holder da Camara Silva. *O direito indigenista no Brasil: transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f7dec841b2dd050>. Acesso em: 14 fev. 2021.

²⁶ MONTANARI JUNIOR, Isaías. Impacto do PPTAL na demarcação de terras indígenas na Amazônia legal. *Textos & Debates*, Boa Vista, n. 22, p. 119-143, jul./dez. 2012. p. 125.

²⁷ ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018. p. 191-196.

compõem o atual território brasileiro, mas sim aquelas áreas de terras que ainda ocupam, visto que são eles os possuidores originários dessas terras. Assim, com a sua institucionalização, pretende-se impedir que não indígenas tentem usurpar ou fazer uso de maneira sorrateira das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas.

2.2 1 O Caso Raposa Serra do Sol e a teoria do Fato Indígena (marco temporal)

No julgamento do Caso Raposa Serra do Sol, em 2009, foi aplicada a *Teoria do Fato Indígena (Marco Temporal)*, ou seja, foi adotada a data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) como referencial para averiguar a ocupação tradicional indígena. Consequentemente, somente se considera terra indígena aquela materialmente ocupada quando do advento da Constituição, isto é, a data da promulgação da vigente Constituição é o marco temporal único e insubstituível para aferir se determinada terra é ou não tradicionalmente ocupada por indígenas.²⁸ A única exceção a essa regra seria a hipótese em que, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a ocupação indígena não ocorresse por efeito de renitente esbulho por parte de não indígenas. Conforme consta no acórdão, “a tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios”.

Desse modo, o Supremo Tribunal Federal conferiu interpretação restritiva ao instituto do *esbulho renitente*, como controvérsia possessória persistente, comprovada por circunstâncias de fato ou judicializada. Utilizou, também, o marco temporal de 5 de outubro de 1988 para estabelecer a necessidade de resistência física dos indígenas à data da promulgação da Constituição como pressuposto à caracterização do esbulho renitente. Sobre a inconstitucionalidade da *Teoria do Fato Indígena* aplicada pelo Supremo Tribunal Federal, a doutrina reforça a necessidade de tutela do Estado no cumprimento das normas constitucionais e dos documentos internacionais assinados pelo Brasil:

é evidente que os povos indígenas, por meio da análise dos fatos histórico-jurídicos, sofrem com o esbulho e com a invasão de suas terras, tendo o STF desconsiderado os estudos antropológicos e as análises periciais da própria FUNAI ao objetivar o marco temporal para a promulgação da Magna Carta de 1988. [...] o marco temporal como tese judicial discricionária, sem o devido amparo legal nas legislações interna e internacional, revela incongruências que violam os direitos que representam a luta de séculos de povos minoritários, partindo de uma Corte Suprema que não somente é guardiã da Constituição, mas que representa o dever do Judiciário brasileiro perante o reconhecimento jurídico e político das heterogêneas identidades étnico-culturais existentes no Brasil.²⁹

Em análise ao caso Raposa Serra do Sol, verifica-se que as demarcações de terras indígenas continuam em desconformidade com a Constituição, eis que a Corte, ao aplicar a *Teoria do Fato Indígena*, simplesmente desconsiderou todo um contexto histórico de lutas, violência e expulsão que os indígenas sofreram.

A tese do Marco Temporal contribui para o enfraquecimento da efetividade dos direitos indígenas contrariando todo um processo de lutas e reconhecimento de uma minoria que busca o reconhecimento do direito as suas terras como um direito essencial para a sobrevivência e permanência de sua cultura no presente e futuro. Sua existência dependerá disso. E é exatamente esta a luta dos povos indígenas: permanecer em suas terras e resistir à opressão sofrida durante séculos.³⁰

²⁸ BRITO, Rodrigo Clemente de. Análise Constitucional e convencional do marco temporal de demarcação terras indígenas no Brasil, p. 293. In: ALCANTÁRA, Gustavo Kenner; TINÓCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal Brasília: ANPR, 2018. p. 265-299.

²⁹ BRABO, Waldir; BENTES, Natalia. A inconstitucionalidade do marco temporal estabelecido sobre terras indígenas pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis -SC, v. 26, n. 10, p. 123-143, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5324>. Acesso em: 20 jun. 2021.

³⁰ DAN, Vivian Lara Caceres; ASSIS, Flávia Benedita Sousa de. A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas. *Teoria Jurídica Contemporânea – PPGD/UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 263-285, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/25496/21533>.

Portanto, a adoção da *Teoria do Fato Indígena* é resultado de uma interpretação restritiva de direitos que limita e nega direitos fundamentais indígenas, reconhecidos e consolidados pela Constituição Federal e pela exegese do art. 21 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A interpretação adotada no Caso Raposa Terra do Sol mitiga a trajetória dos povos indígenas, na luta pelo reconhecimento do direito à diferença e pelo restabelecimento de seus territórios. Depreende-se que a leitura restritiva feita pelo STF, ao contrário do entendimento adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Povo Indígena *Xukuru* *Vs.* Brasil, está embasada em uma perspectiva assimilacionista que revela uma visão eurocêntrica acerca dos povos indígenas.

3 Caso povo *Xukuru* na Corte Interamericana de direitos humanos versus Supremo Tribunal Federal

Em 16 de março de 2016, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte o Caso do Povo Indígena *Xukuru* e seus membros contra o Brasil alegando violação do direito à propriedade coletiva e à integridade pessoal do Povo Indígena *Xukuru*, em consequência: da demora de mais de 16 anos, entre 1989 e 2005, no processo administrativo de reconhecimento, titulação, demarcação e delimitação de suas terras e territórios ancestrais; e da demora na desintração total dessas terras e territórios, para que o referido povo indígena pudesse exercer pacificamente esse direito, dentre outras alegações. Dentre os atos de hostilidade praticados contra o Povo *Xukuru*, é preciso registrar a morte do Cacique Xicão, assassinado em 21 de maio de 1998.

Na contestação, o Brasil alegou a incompetência *ratione temporis* quanto a fatos anteriores à data de reconhecimento da jurisdição da Corte e quanto a fatos anteriores à adesão do Estado à Convenção. O Brasil também sustentou falta de esgotamento dos recursos internos (um dos requisitos de admissibilidade da petição que a Comissão analisa). Porém, a Corte se pronunciou no sentido de que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana em 10 de dezembro de 1998, e, em sua declaração, salientou que o Tribunal teria competência a respeito de fatos posteriores a esse reconhecimento.³¹ Foi decidido, com base no Princípio de Irretroatividade, que os fatos ocorridos antes que o Brasil reconhecesse a competência contenciosa da Corte encontram-se fora da competência do Tribunal.¹ A Corte ainda considerou improcedente a exceção preliminar de falta de esgotamento de recursos internos, porque o Brasil não citou de forma precisa e específica os recursos internos pendentes de esgotamento ou que estavam em curso.

Em síntese, no mérito, a Corte declarou, por unanimidade, que:

[...] 8. O Estado deve garantir, de maneira imediata e efetiva, o direito de propriedade coletiva do Povo Indígena Xucuru sobre seu território, de modo que não sofram nenhuma invasão, interferência ou dano, por parte de terceiros ou agentes do Estado que possam depreciar a existência, o valor, o uso ou o gozo de seu território, nos termos do parágrafo 193 da presente Sentença. 9. O Estado deve concluir o processo de desintração do território indígena Xucuru, com extrema diligência, efetuar os pagamentos das indenizações por benfeitorias de boa-fé pendentes e remover qualquer tipo de obstáculo ou interferência sobre o território em questão, de modo a garantir o domínio pleno e efetivo do povo Xucuru sobre seu território, em prazo não superior a 18 meses, nos termos dos parágrafos 194 a 196 da presente Sentença. 10. O Estado deve proceder às publicações indicadas no parágrafo 199 da Sentença,

Acesso em: 20 jun. 2021.

³¹ O reconhecimento de competência feito pelo Brasil, em 10 de dezembro de 1998, destaca que “[o] Governo da República Federativa do Brasil declara que reconhece, por tempo indeterminado, como obrigatória e de pleno direito, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos, em conformidade com o artigo 62 da referida Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a esta Declaração”. Cf. Informação geral do Tratado: Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Brasil, reconhecimento de competência. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-32.html>. Acesso em: 5 jan. 2018.

nos termos nela dispostos. 11. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 212³² e 216 da presente Sentença, a título de custas e indenizações por dano imaterial, nos termos dos parágrafos 217 a 219 da presente Sentença.³³

Infelizmente, embora a Corte tenha reconhecido a existência de tensão e violência com relação ao Povo *Xukuru* nos períodos mencionados, entendeu-se que faltaram elementos para a condenação. Todavia, ponto crucial da sentença diz respeito à interpretação evolutiva dos direitos humanos realizada pela Corte ao tratar do direito de propriedade previsto no art. 21 da Convenção Americana:

[...] o artigo 21 da Convenção Americana protege o estreito vínculo que os povos indígenas mantêm com suas terras bem como com seus recursos naturais e com os elementos incorporais que neles se originam. *Entre os povos indígenas e tribais existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade.* Essas noções do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente correspondem à concepção clássica de propriedade, mas a Corte estabeleceu que merecem igual proteção do artigo 21 da Convenção Americana. *Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a afirmar que só existe uma forma de usar os bens, e deles dispor, o que, por sua vez, significaria tornar ilusória a proteção desses coletivos por meio dessa disposição. Ao se desconhecer o direito ancestral dos membros das comunidades indígenas sobre seus territórios, se poderia afetar outros direitos básicos, como o direito à identidade cultural e à própria sobrevivência das comunidades indígenas e seus membros.* (grifos nossos).

A Corte ainda afirmou que, segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Estado tem a obrigação negativa de respeito; isto é, tem o dever de se abster de praticar atos que violem os direitos e as liberdades fundamentais reconhecidas na Convenção. O Estado tem também a obrigação positiva, que implica a obrigação de organizar todo o aparato governamental de modo a proporcionar o exercício dos direitos humanos. Sobre a titulação dos territórios indígenas, a Corte assim de manifestou:

também é importante destacar que *a titulação de um território indígena no Brasil reveste caráter declaratório, e não constitutivo, do direito.* Esse ato facilita a proteção do território e, por conseguinte, constitui etapa importante de garantia do direito à propriedade coletiva. Nas palavras do perito proposto pelo Estado, Carlos Frederico Marés de Souza Filho, “quando uma terra é ocupada por um povo indígena, o Poder Público tem a obrigação de protegê-la, fazer respeitar seus bens e demarcá-la [...] Isso quer dizer que a terra não necessita estar demarcada para ser protegida, mas que ela deve ser demarcada como obrigação do Estado brasileiro. A demarcação é direito e garantia do próprio povo que a ocupa tradicionalmente”. A demarcação, portanto, seria um ato de proteção, e não de criação do direito de propriedade coletiva no Brasil, o qual é considerado originário dos povos indígenas e tribais.³⁴ (grifo nosso).

No mesmo sentido, a Corte Interamericana de Direitos Humanos firmou vários precedentes quanto a proteção coletiva das terras indígenas, como nos casos da *Comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua* (2001), *Caso da comunidade indígena Yákye Axa contra o Paraguai* (2005) e o *Caso da comunidade indígena Xákmok Kásek v. Paraguai*³⁵. Com efeito, ao reconhecer o direito de propriedade coletiva, a Corte Interameri-

³² 212. A Corte fixa, de maneira justa, o montante de US\$1.000.000,00 (um milhão de dólares dos Estados Unidos da América) para a constituição do referido fundo. O destino desse fundo deverá ser acordado com os membros do Povo Indígena *Xukuru*, quanto a qualquer medida que considerem pertinente para o benefício do território indígena e seus integrantes. A constituição do fundo em questão caberá ao Estado — em consulta com os integrantes do povo *Xukuru* —, em um período não superior a 18 meses a partir da notificação da presente Sentença.

³³ CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Povo Xucuru e seus Membros vs. Brasil*, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

³⁴ CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso Povo Xucuru e seus Membros vs. Brasil*, 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf. Acesso em: 20 jun. 2021.

³⁵ “Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001), em que a Corte reconheceu os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras. Em outro caso da comunidade indígena Yákye Axa contra o Paraguai (2005), a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas

cana reconhece a *Teoria do Indigenato*, que propõe que o direito à propriedade das terras indígenas é um direito congênito e imemorial. Isto porque os povos indígenas possuem relação espiritual com a terra. Os indígenas têm o direito originário às terras, ou seja, um direito que antecede a criação do próprio Estado.

Os direitos fundamentais, que antes tinham por objetivo proteger o indivíduo frente ao Estado, com a ratificação da Convenção Americana, possibilitam uma proteção mais ampla e efetiva dos direitos humanos, ao permitir o controle de convencionalidade da legislação brasileira. Por sua vez, o controle de convencionalidade internacional é um mecanismo de proteção processual transnacional que é exercido pela Corte nas hipóteses nas quais o direito interno brasileiro seja incompatível com o Pacto, com o objetivo de garantir a supremacia da citada Convenção, mediante um exame de confrontação normativo. A dita obrigação de respeito e garantia, portanto, ultrapassa as fronteiras e autoridades nacionais, bem como as legislações dos Estados-partes, que devem aplicar, sem dúvida, ainda que como consequência a revogação de normas internas³⁶.

Com as transformações no universo de formações sociais, impõe-se que os direitos humanos sejam interpretados de modo a permitir as novas necessidades e anseios para atingir seus escopos protetivos. É por meio da interpretação judicial e do diálogo entre as jurisdições interna e internacional, portanto, que se procede à adequação dos tratados de direitos humanos ao direito interno.

A Convenção de Viena, que regula a interpretação dos tratados internacionais, prevê em seu artigo 31.1, que “um tratado deve ser interpretado de boa-fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. Já o artigo 29, b, do Pacto de São José proíbe interpretações que limitem o “gozo ou o exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Estado Parte” ou em outra convenção ou tratado. Com fundamento nestes dois diplomas, a Corte Interamericana de Direitos Humanos justifica a interpretação evolutiva dos direitos humanos previstos no Pacto, buscando potencializar sua proteção, “tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como aquelas estabelecidas pela Convenção de Viena sobre Direito dos tratados.”³⁷

A Corte Interamericana, ao decidir sobre o direito à propriedade coletiva das terras pelos indígenas, fez uma interpretação evolutiva do art. 21 da Convenção, abrindo espaço para uma proteção mais efetiva deste direito fundamental. Segundo a Corte, os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento. Logo, por meio de uma interpretação evolutiva, a Corte IDH utilizou o direito à propriedade como fundamento para o reconhecimento de vários outros direitos. Vale dizer, para a Corte, os indígenas exercem o direito de propriedade de forma coletiva e não individual, ou seja, a terra para esses povos é importante, não apenas

a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações. No caso da comunidade indígena Xákmok Kásek v. Paraguai, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (artigos 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo artigo 21 da Convenção (concernente ao direito à propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros” PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. *Revista brasileira de direito constitucional*, v. 19, p. 78-79, 2012.

³⁶ AMARAL, Sergio; MARTINS, Fladimir. O controle de convencionalidade no Brasil: um breve ensaio sobre o tema na perspectiva da proteção global dos direitos humanos. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, n. 29, p. 283-317, 2018. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1342>. Acesso em: 19 jun. 2021).

³⁷ LINS JÚNIOR, George Sarmiento; LACERDA, Danilo Moura. O direito de propriedade na convenção americana de direitos humanos e a superação da condição do marco temporal da posse indígena criada pelo STF, no caso “raposa serra do sol”. *Direito & Paz*, São Paulo, ano IX, n. 37, p. 253-272, 2º Semestre, 2017.

do ponto de vista da subsistência e do desenvolvimento econômico, mas também para preservação de sua cultura, práticas espirituais; enfim, a relação que o indígena tem com a sua propriedade não é a mesma que os brancos têm com a terra.

Após a decisão da Corte Interamericana, aplicando a *Teoria do Indigenato* (no Caso Povo *Xukuru*), indaga-se: é possível falar em superação da *Teoria do Fato Indígena* aplicada pelo STF (no Caso Raposa Serra do Sol)? Qual será a influência da decisão da Corte IDH no ordenamento jurídico interno, em especial, no STF, para fins de controle de convencionalidade? Entende-se que não basta que o direito interno seja compatível com a Constituição Federal, pois é preciso que também esteja em conformidade com a ordem jurídica internacional. A incompatibilidade do direito interno com a Constituição Federal enseja o chamado *controle de constitucionalidade*. Por sua vez, a análise de compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado é realizada por meio de *controle de convencionalidade* que deve ser exercido pelos órgãos da justiça nacional. Sobre o tema:

os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil — independentemente de aprovação com *quorum* qualificado — têm nível de normas constitucionais e servem de paradigma ao controle de constitucionalidade/convencionalidade, sendo a única diferença a de que os tratados aprovados pela maioria qualificada do § 3o do art. 5º da Constituição servirão de paradigma ao controle concentrado (para além, evidentemente, do difuso), enquanto que os demais (tratados de direitos humanos não internalizados com aprovação congressional qualificada) apenas servirão de padrão interpretativo ao controle difuso (via de exceção ou defesa) de constitucionalidade/convencionalidade.³⁸

A Convenção Americana de Direitos Humanos prevê as chamadas *cláusulas de diálogo*, com a contida no art. 29, “c”, que possibilitam a intercomunicação e a retroalimentação entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, garantindo tanto o *diálogo das fontes* quanto o *constitucionalismo dialógico*.³⁹ Logo, desde que o Brasil ratificou a Convenção Americana e reconheceu a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos para interpretar e aplicar a Convenção, independentemente da discussão sobre a hierarquia dos tratados, o Brasil tem o dever de aplicar o Pacto de São José da Costa Rica e, caso não o faça, deve assumir o ônus argumentativo de demonstrar que o direito interno é mais eficiente para a proteção dos direitos humanos que o direito internacional.

Se o Estado brasileiro pretende uma proteção séria e efetiva dos direitos humanos, a jurisdição interna deve exercer o controle de convencionalidade e realizar o diálogo com a Corte Interamericana. Aliás, o controle de convencionalidade tem de se tornar uma prática constante, não apenas do Supremo Tribunal Federal, mas também em qualquer outro órgão do sistema de justiça, além dos Poderes Legislativo e Executivo.⁴⁰

Além disso, o Estado signatário, por força da exegese da regra contida no art. 69 do Pacto de São José da Costa Rica⁴¹, deve observar e respeitar não apenas o texto da norma prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, mas sobretudo a evolução da interpretação realizada pela Corte em suas decisões, ainda que não a parte condenada por descumprimento dos direitos humanos. Os precedentes da Corte IDH são *standards* interpretativos que se aplicam a todos os Estados que integram o sistema interamericano de Direitos Humanos.⁴² (MAC-GREGOR, 2013).

³⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 46, n. 181, p. 113-139, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em: 13 fev. 2021.

³⁹ GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto. (coord.) *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*. Avellaneda: Siglo Veintiuno Ediciones Argentina S.A., 2014. p. 122.

⁴⁰ CAMBI, Eduardo; PORTO, Leticia de Andrade. *Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 97-106.

⁴¹ “A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Parte na Convenção”.

⁴² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Disponível em: <http://www.corteidh>.

4 Considerações Finais

No dia 5 de fevereiro de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por unanimidade, declarou que o Brasil é responsável pela violação de direitos do Povo indígena *Xukuru*. Dentre as violações, destaca-se o desrespeito à garantia judicial de prazo razoável e à propriedade coletiva. Utilizando-se de uma interpretação evolutiva dos tratados, a Corte, segundo sua linha de precedentes em relação ao reconhecimento do direito à propriedade coletiva das terras dos indígenas — como nos casos da *Comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua* (2001), da *comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai* (2005) e o da *comunidade indígena Xákmok Kásek v. Paraguai* (2010) —, aplicou a *Teoria do Indigenato*, que estabelece que os povos indígenas têm o direito congênito, imemorial à terra.

O Supremo Tribunal Federal havia firmado entendimento diverso, pois, ao julgar anteriormente o Caso Raposa Serra do Sol, aplicou a *Teoria do Fato Indígena*, onde as terras indígenas no Brasil seriam aquelas que os indígenas estavam na posse ao tempo da promulgação da Constituição, ou seja, em 5 de outubro de 1988.

Independentemente da posição hierárquica (constitucional ou supralegal) que as normas garantidoras dos direitos humanos previstos no Pacto de São José da Costa Rica ocupem no direito interno, os tribunais brasileiros, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, devem observar os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tendo o ônus argumentativo de refutá-los na hipótese da sua não aplicação aos casos concretos.⁴³ O entendimento da Corte IDH é o de que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos e sua interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida do momento, adaptando-se aos novos anseios da sociedade.

O Estado brasileiro, mesmo após a condenação pela Corte IDH no Caso Povo Indígena *Xukuru*, continua se omitindo na efetiva concretização de direitos territoriais indígenas. Destaca-se um cenário alarmante assinalado pela exploração de recursos hídricos e minerais, pela expansão do agronegócio nas terras indígenas, combinados com atos de violência contra esses povos que só vem crescendo.

Tal cenário se agravou com a pandemia da Covid-19, como reconheceu tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, nas Resoluções 01 e 04 de 2020 e no caso Povos Indígenas Guajajara e Awá da Terra indígena Araribóia, quando foi concedida medida cautelar para que o Brasil adotasse “as medidas necessárias para proteger os direitos à saúde, vida e integridade pessoal dos membros dos Povos Indígenas Guajajara e Awá da Terra Indígena Araribóia, implementando, com base em uma perspectiva culturalmente adequada, medidas de prevenção quanto à disseminação de Covid-19, assim como lhes proporcionando uma atenção médica adequada em condições de disponibilidade, acessibilidade e qualidade, conforme os parâmetros internacionais aplicáveis”.⁴⁴ Essa situação de vulnerabilidade dos povos indígenas brasileiros também foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 709 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.622, que versam sobre a omissão estatal em adotar medidas sanitárias de controle à Covid-19 junto às comunidades indígenas.

Nesse contexto, aos litígios que envolvam terras indígenas pendentes de julgamento na jurisdição brasileira, deve ser considerada a aplicação da *Teoria do Indigenato* na linha dos precedentes estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Afinal, se o Brasil ratificou a Convenção Interamericana de Direitos Humanos e reconheceu a competência da Corte, cabe aos órgãos do sistema de justiça, mas também o Poder Público de um modo mais amplo, assegurar a aplicação do art. 21 do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a garantir a dignidade dos povos indígenas, por meio do direito à propriedade coletiva, com o objetivo de possibilitar a sua subsistência, desenvolvimento econômico e preservação de sua cultura e de

or.cr/tablas/r31255.pdf. Acesso em: 6 jan. 2019.

⁴³ CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 216-228.

⁴⁴ CIDH, 2021.

suas práticas espirituais. Portanto, tanto o diálogo entre as jurisdições internas e internacional quanto o controle de convencionalidade são atitudes institucionais necessárias à máxima efetivação dos direitos humanos dos povos indígenas.

Referências

- AMADO, Luiz Henrique Eloy. *TERRA INDÍGENA E legislação indigenista no Brasil*. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/cadec/article/view/3411/2668>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- AMARAL, Sergio; MARTINS, Fladimir. O controle de convencionalidade no Brasil: um breve ensaio sobre o tema na perspectiva da proteção global dos direitos humanos. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, n. 29, p. 283-317, 2018. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1342>. Acesso em: 19 jun. 2021.
- ARAÚJO JUNIOR, Julio José. *Direitos territoriais indígenas: Uma Interpretação Intercultural*. Rio de Janeiro: Processo, 2018.
- ARAÚJO, Ana Valéria. *Povos Indígenas e a Lei dos “Branços”: o direito à diferença*. UNESCO. Brasília: Ministério da Educação, Secretaria da Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. LACED/Museu Nacional, 2006.
- BÔAS, Orlando Villas. *História e causas*. São Paulo: FTD, 2006.
- BRABO, Waldir; BENTES, Natalia. A inconstitucionalidade do marco temporal estabelecido sobre terras indígenas pelo Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis -SC, v. 26, n. 10, p. 123-143, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/5324>. Acesso em: 20 jun. 2021.
- BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- BRITO, Rodrigo Clemente de. Análise Constitucional e convencional do marco temporal de demarcação terras indígenas no Brasil. In: ALCANTÁRA, Gustavo Kenner; TINÓCO, Livia Nascimento; MAIA, Luciano Mariz (org.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Associação Nacional dos Procuradores da República. 6ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal Brasília: ANPR, 2018. p. 265-299.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo jurisdicário. 3. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Lucas Paulo de. *O direito a favor da esperança: o uso dos precedentes judiciais para a efetivação da dignidade da pessoa humana*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- CAMBI, Eduardo; PORTO, Letícia de Andrade. *Ministério Público resolutivo e proteção dos direitos humanos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *A CIDH adota medidas cautelares em favor de membros dos povos indígenas Guajajara e Avá da Terra Indígena Araribóia no Brasil*. 13 jan. 2021. <http://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2021/009.asp>. Acesso em: 2 fev. 2021.
- CUNHA, Manoela Carneiro. *Índios no Brasil: história, direitos e cidadania*. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
- CUNHA, Manuela Carneiro da; BARBOSA, Samuel Rodrigues. *Direitos dos povos indígenas em disputa*. São Paulo: UNESP, 2018.
- CURI, Melissa Volpato. *Direito dos povos indígenas: das teorias antropológicas evolucionistas à formação*

do Estado-Nação. *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, v. 17, n. 112, p. 341-364, jun./set. 2015. Disponível em: <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1117#siteNav>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DAN, Vivian Lara Caceres; ASSIS, Flávia Benedita Sousa de. A tese do marco temporal nas decisões do Supremo Tribunal Federal e a controvérsia possessória acerca dos direitos territoriais indígenas. *Teoria Jurídica Contemporânea – PPGD/UFRJ*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 263-285, jul./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/article/download/25496/21533>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DE SOUZA, Fábio Feltrin; GARCEZ, João Pedro. O passado de “marcados”: trauma e etnocídio Yanomami. *Gavagai - Revista Interdisciplinar de Humanidades*, v. 5, n. 2, p. 29-48, set. 2019. Disponível em: <https://periodicos.uffs.edu.br/index.php/GAVAGAI/article/view/11082>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DUSSEL, Enrique. *O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Conferências de Frankfurt. Tradução de Jaime A. Clasen. Petrópolis: Vozes, 1993.

DUSSEL, Enrique. *Oito ensaios sobre cultura latino-americana e libertação*. São Paulo: Paulinas, 1997.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1995.

FEIJÓ, Juliane Holder da Camara Silva. *O direito indigenista no Brasil: transformações e inovações a partir da Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=9f7dec841b2dd050>. Acesso em: 14 fev. 2021.

GARGARELLA, Roberto. El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos. In: GARGARELLA, Roberto. (coord.) *Por una justicia dialógica. El poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Avellaneda: Siglo Veintiuno Ediciones Argentina S.A., 2014.

GOMES, Daniela. *O Direito Indígena ao Solo: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LINS JÚNIOR, George Sarmento; LACERDA, Danilo Moura. O direito de propriedade na convenção americana de direitos humanos e a superação da condição do marco temporal da posse indígena criada pelo STF, no caso “raposa serra do sol”. *Direito & Paz*, São Paulo, ano IX, n. 37, p. 253-272, 2º Semestre, 2017.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Eficacia de la sentencia interamericana y la coza juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) y indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso Gelman vs. Uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 618-671, 2013. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31255.pdf>. Acesso em: 6 jan. 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 46 n. 181 p. 113-139, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>. Acesso em: 13 fev. 2021.

MONTANARI JUNIOR, Isaias. Impacto do PPTAL na demarcação de terras indígenas na Amazônia legal. *Textos & Debates*, Boa Vista, n. 22, p. 119-143, jul./dez. 2012. Disponível em: <https://revista.ufrb.br/texto-sedebates/article/download/1608/1138>. Acesso em: 19 jun. 2021.

OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. *Genocídio no Brasil: mais de 70% da população indígena foi morta*. Disponível em: <https://observatorio3setor.org.br/noticias/genocidio-brasil-mais-de-70-da-populacao-indigena-foi-morta/>. Acesso em: 16 fev. 2021.

PEREIRA, Deborah Duprat Macedo de Brito. *O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade*. Disponível em: file:///C:/Users/Elis%C3%A2ngela%20Padilha/Downloads/o_direito_sob_o_marco_d_a_pluriethnicidade_multiculturalidade.pdf. Acesso em: 28 maio 2019.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogos entre jurisdições. *Revista brasileira de direito constitucional*, v. 19, 2012.

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização*. São Paulo: Vozes, 1989.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2018.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

7. GRUPOS VULNERÁVEIS E TRANSFORMAÇÃO

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Ius Constitutionale Commune na América Latina: a Corte Interamericana de Derechos Humanos como instrumento de fixação de standards protetivos aos direitos dos grupos vulneráveis e seus reflexos na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Ius Constitutionale Commune in Latin America: The Inter-American Court of Human rights as a tool to set protection standards for the rights of vulnerable groups and its reflection in The Federal Supreme Court's Case Law

Mônia Clarissa Hennig Leal

Eliziane Fardin de Vargas

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

Ius Constitutionale 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*

Ius Constitutionale Commune in Latin America: The Inter-American Court of Human rights as a tool to set protection standards for the rights of vulnerable groups and its reflection in The Federal Supreme Court's Case Law

Mônia Clarissa Hennig Leal**

Eliziane Fardin de Vargas***

Resumo

O artigo tem como objetivo analisar se o Supremo Tribunal Federal, em relação a casos envolvendo grupos vulneráveis, tem incorporado os padrões protetivos fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, trilhando, assim, caminho em direção ao reconhecimento do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano. Diante disso, tem-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: a partir da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo grupos vulneráveis, é possível afirmar que o mais alto tribunal brasileiro utiliza ou faz referência aos *standards* protetivos fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema? Para tanto, utiliza-se o método de abordagem dedutivo e o método de procedimento analítico, tendo como objetivos específicos, inicialmente, conceituar a teoria do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano e abordar a perspectiva transformadora do direito público para a região. Em seguida, explorar os principais fatores que ocasionam a vulnerabilidade de grupos e de pessoas na América Latina e averiguar as promessas que o ICCAL se propõe a realizar para reduzir a desigualdade. Ao final, pretende-se analisar as decisões do Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo grupos vulneráveis, a fim de verificar se há utilização ou referências aos padrões protetivos fixados pela Corte IDH. Conclusivamente, percebe-se que seu posicionamento vem evoluindo, pois, cada vez mais, são realizadas menções aos precedentes da Corte IDH, indo, portanto, ao encontro do projeto de consolidação do ICCAL.

Palavras-chave: *Ius Constitutionale Commune* latino-americano; grupos vulneráveis; Supremo Tribunal Federal; Corte Interamericana de Direitos Humanos; *standards* protetivos.

* Recebido em 30/05/2021
Aprovado em 24/09/2021

** Com Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. E-mail: moniah@unisc.br

*** Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Integrante do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq e coordenado pela Pós-doutora Mônia Clarissa Hennig Leal. Lattes: <lattes.cnpq.br/7125626353321424>. E-mail: elizianefvargas@mx2.unisc.br.

ABSTRACT

The article aims at analyzing whether the Federal Supreme Court, in relation to cases involving vulnerable groups, has been incorporating the protection patterns set by the Inter-American Court of Human Rights, treading, that way, a path towards the recognition of the Latin American *Ius Constitutionale Commune*. In this context, the research problem is the following questioning: from the analysis of the decisions made by the Federal Supreme Court in cases involving vulnerable groups, is it possible to state that the highest Brazilian court uses or refers to the protection standards set by the Inter-American Court of Human Rights about the theme? For this purpose, the deductive approach method and the analytical procedure method will be used, aiming specifically, at first, to conceptualize the Latin American *Ius Constitutionale Commune*'s theory and to approach the transforming perspective of the public right for the region. Next, to explore the main factors that cause the vulnerability of groups and people in Latin America and to ascertain the promises that the Latin American *Ius Constitutionale Commune* proposes to accomplish in order to reduce inequality. Finally, it is intended to analyze the decisions of the Federal Supreme Court in cases involving vulnerable groups, to verify if they use or refer to the protection patterns set by the Inter-American Court of Human Rights. In conclusion, it is noticed that their positioning is evolving, because, increasingly, there are mentions to the Inter-American Court of Human Rights' precedents, meeting, therefore, the Latin American *Ius Constitutionale Commune*'s consolidation project.

Keywords: Latin American *Ius Constitutionale Commune*; vulnerable groups; Federal Supreme Court; Inter-American Court of Human Rights; protection standards.

1 Introdução

O projeto do *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano tem como um de seus principais objetivos a transformação da realidade da região, pois, em razão dos elevados índices de desigualdade que assolam a América Latina, as condições de vulnerabilidade das pessoas são exasperadas, o que dificulta ainda mais o pleno acesso e fruição dos direitos humanos e fundamentais por esses grupos.

Assim, para que ocorra uma expansão na proteção dos direitos humanos, bem como para que a articulação em direção a um direito comum para a região logre êxito, torna-se essencial que sejam garantidos padrões mínimos de proteção aos direitos humanos – fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – e que sejam adotados nas decisões internas dos Estados, principalmente em relação aos casos envolvendo grupos vulneráveis, os quais estão expostos, com maior grau de lesividade, a situações de inaccessibilidade e afronta aos seus direitos.

Diante disso, através do presente estudo, busca-se responder ao seguinte problema de pesquisa: a partir da análise das decisões do Supremo Tribunal Federal em casos envolvendo grupos vulneráveis, é possível afirmar que o mais alto tribunal brasileiro utiliza ou faz referência aos *standards* protetivos fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre o tema? A análise proposta justifica-se em razão da elevada importância que tem a incorporação e o reconhecimento, por parte dos Estados, dos *standards* protetivos desenvolvidos pela Corte IDH para a proteção dos direitos humanos dos grupos vulneráveis, a fim de gerar, com isso, a consolidação de um direito comum para a América Latina.

A fim de responder ao problema de pesquisa proposto, inicialmente, tem-se como objetivo específico traçar o conceito de *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano e expor a perspectiva transformadora para o direito público da região. Em seguida, busca-se demonstrar quais os principais fatores que desencadearam essa vulnerabilidade na América Latina, explorando as promessas que o ICCAL traz no sentido de desenvolver uma busca pela superação dos elevados índices de desigualdade. Para, por fim, analisar se nas

decisões do Supremo Tribunal Federal que envolvem grupos vulneráveis¹ há uma incorporação ou menção aos precedentes desenvolvidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para o adequado desenvolvimento da pesquisa, utiliza-se do método de abordagem dedutivo, partindo-se de uma perspectiva geral para uma particular, a partir de uma análise bibliográfica conceitual sobre ICCAL, seguida de um exame jurisprudencial de decisões em que o Supremo Tribunal Federal utilizou os precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tem-se como método procedimental o método analítico, por meio do qual busca-se analisar a existência da incorporação dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal no tocante aos grupos vulneráveis. E como técnica de pesquisa, utiliza-se da documentação indireta, servindo-se dos aportes doutrinários como embasamento para a análise jurisprudencial a ser desenvolvida.

2 *Ius Constitutionale Commune*: um mandado transformador para a América Latina

O presente tópico necessita ser iniciado com as seguintes indagações: o que é o constitucionalismo transformador e qual sua relação com o *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano (ICCAL)? Quais são os objetivos e contribuições do ICCAL para a região?

O constitucionalismo transformador é um projeto que possui o escopo de efetivar o cumprimento das promessas elencadas nas Constituições, especialmente em relação à garantia dos direitos humanos, do Estado de Direito e da democracia, contribuindo para a consolidação desses institutos nas regiões em que esses são subdesenvolvidos, auxiliando, assim, na evolução das instituições e das relações de poder.² Daí Bogdandy³ afirmar que esse movimento é constituído pelo influxo de interpretar e aplicar as normas constitucionais, a fim de propiciar uma profunda alteração social destinada a cumprir com determinados objetivos constitucionalmente traçados.

O *Ius Constitutionale Commune* compreende o desenvolvimento do constitucionalismo transformador no contexto latino-americano, atuando com base nas experiências particulares da região e almejando transformações tanto da realidade política quanto social, para, nesses campos, estimular o desenvolvimento das condições indispensáveis à concretização dessa tríade.⁴

Nesse sentido, Pamplona⁵ igualmente sustenta que uma das pretensões do ICCAL é a consolidação do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos, investindo, para criar condições para tanto, na

¹ A seleção das decisões analisadas realizou-se através da busca no site do Supremo Tribunal Federal por decisões nas quais o Supremo Tribunal Federal tenha feito menção aos parâmetros protetivos fixados pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos em relação a casos envolvendo grupos vulneráveis, restringindo a análise àquelas decisões proferidas entre os anos de 2018 a 2020 e em sede de controle concentrado de constitucionalidade. Para tanto, realizou-se a filtragem através das palavras-chave: “grupos vulneráveis”, “minorias”, “Corte Interamericana de Direitos Humanos”, “Pacto de San José da Costa Rica” e “Convenção Americana de Direitos Humanos”. Através da busca foram localizadas um total de 34 decisões, dentre essas, para melhor limitar a pesquisa, optou-se pela análise de pelo menos 1 e no máximo 2 decisões emblemáticas para cada ano pesquisado, sendo selecionadas as seguintes decisões: Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275/DF (2018), Recurso Extraordinário com Repercussão Geral n. 494.601/RS (2019), Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF (2019), Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/DF (2020) e Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543/DF (2020).

² MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, avance y resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 01-32, 2020. p. 03.

³ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisprudencial extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019. p. 232.

⁴ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 6, n. 14, p. 244-291, mai./ago. 2019. p. 249.

⁵ PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para a América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 286-301, 2019. p. 293.

transformação da realidade política e social da região.

Para Mello⁶, o *Ius Constitutionale Commune* expressa um bloco de direito comum latino-americano, o qual elenca um constructo de normas e padrões em matéria de direitos humanos, democracia e Estado de Direito para a região,⁷ permanecendo, esses parâmetros, longe da esfera de alcance e influência tanto da política ordinária quanto das estruturas internas de poder.

É justamente nessa perspectiva de fixação de padrões mínimos em matéria de direitos humanos que reside, por sua vez, uma das mais valiosas contribuições do ICCAL para a proteção dos direitos humanos; isso porque, em razão das diferentes respostas que os Estados têm em relação às violações dentro de seus sistemas internos – tendo em vista que alguns possuem respostas melhores do que outros – o ICCAL, ao dar incentivo para o desenvolvimento de *standards* mínimos para região, atua como um verdadeiro guia capaz de nortear a interpretação das normas nacionais.⁸

Sendo assim, o *Ius Constitutionale Commune* tem como objetivos a consolidação do Estado de Direito, a promoção dos direitos humanos e o fortalecimento da democracia⁹, possuindo como características positivas “a combinação do direito nacional e internacional público, a orientação metodológica a partir de princípios, a centralidade dos direitos e a estratégia de perseguir transformações de maneira incremental”.¹⁰

Nesse sentido, Bogdandy¹¹ assevera que o ICCAL possui 3 objetivos principais, sendo eles: “avanzar en el respeto de los principios de los derechos humanos, del Estado de Derecho, y de la democracia, desarrollar el Estado abierto y construir instituciones internacionales eficaces y legítimas”. O autor ainda aposta no pluralismo normativo, na inclusão e no diálogo como conceitos-chave para que se possa explicar o ICCAL e para que, através desses elementos, se chegue aos objetivos almejados pelo projeto de um direito comum.¹²

Para atingir esse propósito, o ICCAL alinha-se a três fatores que auxiliam no seu desenvolvimento, sendo eles: a) a *supranacionalidade* – que compreende a proteção aos direitos humanos por intermédio tanto de um sistema regional de proteção, assim como pela interação entre a ordem jurídica interna e o sistema internacional,¹³ fenômeno esse que decorre da existências de cláusulas constitucionais de abertura¹⁴ que

⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: Ius Constitutionale Commune, avance y resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 01-32, 2020. p. 05.

⁷ Nesse diapasão: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; VARGAS, Eliziane Fardin de. O Ius Constitutionale Commune e sua conformação na Corte Interamericana de Derechos Humanos: alguns aspectos teóricos. *Revista Videre*, Dourados, v.12, n. 25, p. 10-35, set/dez. 2020. p. 31.

⁸ PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para a América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 286-301, 2019. p. 295.

⁹ JARAMILLO, Leonardo García. Ius Constitutionale Commune em América Latina, de Armin Von Bogdandy, Héctor Fix y Mariela Morales Antoniazzi. *Revista Co-berencia*, v. 13, n. 24, p. 293-298, 2016. p. 294.

¹⁰ BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar transformador para um constitucionalismo transformador. *Revista Culturas Jurídicas*. v. 6, n. 14, p. 244-291, maiO/ago. 2019. p. 246.

¹¹ BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune Latinoamericano. Uma aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 01-24. p. 06.

¹² BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune Latinoamericano. Uma aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 01-24. p. 13.

¹³ Bogdandy ressalta que “Os direitos constitucionais estatais e o direito internacional público se encontram em uma relação de fortalecimento mútuo, são chamados a efetivar as garantias e promessas do, assim chamado, “bloco de constitucionalidade””. BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar transformador para um constitucionalismo transformador. *Revista Culturas Jurídicas*. v. 6, n. 14, p. 244-291, maio/ago., 2019. p. 251.

¹⁴ Em relação a essa abertura constitucional necessária para a expansão dos objetivos do ICCAL na região da América Latina, assevera Piovesan que “encontramos las constituciones latinoamericanas con cláusulas constitucionales abiertas, con especial énfasis en la jerarquía de los tratados de derechos humanos, y su incorporación automática, así como reglas de interpretación basadas en principio pro persona. En efecto, las Constituciones latinoamericanas establecen cláusulas constitucionales abiertas, que permiten la integración entre el orden constitucional y el orden internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos, ampliando y expandiendo el bloque de constitucionalidad”. PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales;

possibilitam essa relação entre ordens jurídicas; b) *o pluralismo dialógico*¹⁵ – que se propõe, através do diálogo, tanto vertical quanto horizontal,¹⁶ e por meio da interrelação de diversos atores e fontes, a definir o conteúdo dos direitos humanos; e, c) *a atuação judicial* – visto que essa se torna elemento chave para a incorporação do ICCAL, pois, ao atribuir ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos o encargo de, dialogicamente, construir padrões de cumprimento aos direitos humanos, delega-se ao Poder Judiciário dos Estados o dever de incorporar tais *standards* protetivos por meio do exercício do controle de convencionalidade.¹⁷

Percebe-se que o constitucionalismo transformador busca, por intermédio da supraestatalidade, do pluralismo dialógico dos ordenamentos internacionais e nacionais e da atuação judicial, a superação da fatídica realidade de violações e desigualdades que atingem a região, sendo que é a partir desse bloco de ideias que a atuação do *Ius Constitutionale Commune* é articulada, para que se chegue ao desenvolvimento de padrões comuns em matéria de direitos humanos.¹⁸

Bogdandy¹⁹ destaca que tais mudanças não podem e nem devem ser estruturadas e implementadas exclusivamente pela atuação dos tribunais, tendo em vista que mudanças estruturais dessa dimensão requerem uma atuação conjunta entre diversos segmentos da sociedade, tribunais e da vontade política. Isso evidencia, por sua vez, a abrangência de sua concepção, caracterizando-se como um movimento que tem sua base numa concepção transformadora do Direito, porém avança no sentido de abarcar também a esfera pública e a própria sociedade civil enquanto atores relevantes na conformação e consolidação do Estado de Direito e dos direitos humanos.

Embora o *Ius Constitutionale Commune* tenha como núcleo de sua atuação a garantia, em âmbito regional, das principais promessas presentes nas cartas constitucionais dos Estados,²⁰ a teoria tem como seu principal fundamento jurídico a Convenção Americana de Direitos Humanos e os parâmetros desenvolvidos pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos humanos.²¹

Esse destaque conferido à atuação do órgão jurisdicional interamericano decorre do fato de que uma das premissas que constitui o projeto do ICCAL é que, para a transformação da democracia e para o avanço dos princípios democráticos na América Latina, são valiosas e necessárias as contribuições das estruturas internacionais, e, mais especificamente, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como agente capaz de estabelecer padrões mínimos de proteção aos direitos humanos através de sua atuação contenciosa e consultiva, de modo que o ICCAL aposta na Corte IDH como um importante “agent of governance that

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 181-206. p. 195.

¹⁵ De acordo com Bogdandy, o pluralismo dialógico é tanto um objetivo quanto um meio utilizado para se chegar na concretização do ICCAL. BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar transformador para um constitucionalismo transformador*. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 6, n. 14, p. 244-291, maio/ago. 2019. p. 272.

¹⁶ O pluralismo dialógico pode ocorrer tanto na perspectiva vertical quanto na horizontal. Sendo que o pluralismo dialógico vertical compreende que as cortes nacionais concedam especial consideração em relação as decisões da Corte Interamericana de Direito Humanos quando forem proferir suas decisões. Enquanto o pluralismo dialógico horizontal é formado pela ideia de interação das cortes nacionais dos países que integram a região para, por intermédio do direito comparado, estes países possam estabelecer uma troca de informações em relação aos temas que são chamados a julgar. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *El papel del Juez Transformador en Brasil: Ius Constitutionale Commune, Avance y Resiliencia*. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 01-32, 2020. p. 06-07.

¹⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *El papel del Juez Transformador en Brasil: Ius Constitutionale Commune, Avance y Resiliencia*. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 01-32, 2020. p. 05-06-07-08.

¹⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; 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. 25, p. 10-35, set/dez. 2020. p. 13.

¹⁹ BOGDANDY, Armin von. *O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário*. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019. p. 232.

²⁰ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar transformador para um constitucionalismo transformador*. *Revista Culturas Jurídicas*. v. 6, n. 14, p. 244-291, mai./ago. 2019. p. 255.

²¹ JARAMILLO, Leonardo García. *Ius Constitutionale Commune em América Latina*, de Armin Von Bogdandy, Héctor Fix y Mariela Morales Antoniazzi. *Revista Co-herencia*, v. 13, n. 24, p. 293-298, 2016. p. 295.

builds standards and principles that constitute a sort of *ius constitutionale commune* for Latin America, that is, a material constitution that is binding for the region”.²²

Diante disso, as instituições que integram o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos recebem da Convenção Americana de Direitos Humanos um mandato para desenvolver o constitucionalismo transformador na latino-américa. Sendo assim, esse mandato torna-se o principal fundamento jurídico para a construção de uma jurisprudência em matéria de direitos humanos – a qual se constitui num *Ius Constitutionale Commune*, ou seja, passa a ser tida como um direito comum que surte efeitos concretos na vivência das pessoas daquela região, sendo especialmente direcionada a responder aos seus problemas específicos, principalmente aqueles interligados com a situação de violência, exclusão social e de enfraquecimento das instituições.²³

Com isso, o ICCAL aposta em uma atuação dialogada entre sociedade civil, Estados e a Corte IDH,²⁴ atribuindo ao Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos a tarefa de definir e fixar padrões regionais de proteção e cumprimento aos direitos humanos,²⁵ que, por sua vez, delega ao Poder Judiciário dos Estados o dever de incorporar estes *standards*²⁶ por intermédio do controle de convencionalidade²⁷:

En este sentido, habiéndose afirmado un precedente por la Corte IDH, se espera que cada país lo tenga en cuenta al evaluar los casos que le son sometidos, con el fin de aplicar la norma convencional con el significado que le ha asignado la Corte. Em el espacio doméstico, corresponde a los jueces y a las cortes ejercer, de forma difusa, el control de convencionalidad. Al hacerlo, evalúan la compatibilidad de las normas y decisiones domésticas con los tratados sobre derechos humanos y con los precedentes de la Corte IDH, de modo a adecuarlas. Este control contribuye a elevar los niveles de protección en el orden doméstico. Puede y debe ser ejercido de oficio, de forma similar a lo que ocurre con el control difuso de la constitucionalidad de las normas, e implica la inaplicabilidad o la nulidad del acto contrario a la CADH o, incluso, su interpretación conforme, si es suficiente para que sea compatible con la Convención.²⁸

Essa vinculação dos Estados-partes em seguir os posicionamentos da Corte IDH decorre do fato de que estes, no pleno exercício de sua soberania, ao reconhecerem a competência da Corte IDH (artigo 62.1 da CADH), assumem o compromisso de cumprir as decisões proferidas no âmbito do Sistema Interamericano (artigo 68.1 da CADH) e reconhecem que as mesmas são definitivas e irrecorríveis (artigo 67 da CADH),

²² ZUÑIGA, Natália Torres. The Image of The Inter-American Court of Human Rights as an Agent of Democratic Transformation: A Tool of Self-Validation. *Araucaria*, v. 23, n. 46, p. 483-504, 2021. p. 488.

²³ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisprudencial extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019. p. 233.

²⁴ “No ICCAL, o pluralismo jurídico se manifesta em quatro níveis: entre o sistema regional interamericano e outros sistemas regionais ou internacionais; entre o sistema regional e os nacionais; entre sistemas nacionais; e entre esses sistemas e a sociedade civil, dimensão capaz de emprestar ao pluralismo multinível crescente legitimidade social”. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. p. 304.

²⁵ Diante da abertura para uma especial recepção dos tratados internacionais sobre direitos humanos elencada em algumas Constituições Latino-Americanas, a Corte IDH – tendo como inspiração a Comissão IDH, organizações não governamentais e forças nacionais – “passou a interpretar as disposições da Convenção de uma maneira evolutiva, desenvolvendo uma forma específica de constitucionalismo transformador, uma forma latino-americana. O constitucionalismo transformador, ou seja, a compreensão do direito constitucional como um instrumento de mudança profunda pode ser encontrada em vários países”. BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisprudencial extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019. p. 234.

²⁶ Rodolfo Arango menciona que a jurisdição constitucional constitui um dos pilares do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, já que “La jurisdicción constitucional es garantía esencial para la vigencia de los derechos fundamentales y de la democracia cuando su diseño institucional es afortunado”. ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del *Ius Constitutionale Commune* em América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 49-63. p. 59-60.

²⁷ MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, Avance y Resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, 2020. p. 01-32. p. 07-08.

²⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, Avance y Resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, 2020. p. 01-32. p. 07-08.

permanecendo na obrigação de cumprir seus deveres convencionais conforme elencado nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.²⁹

Diante dessa vinculação, o ICCAL defende a ideia desenvolvida pela própria Corte IDH de que suas decisões têm efeitos erga omnes e de que seus posicionamentos expressam a última palavra sobre a proteção dos direitos humanos na região. Portanto, é possível que ela desenvolva, por meio de sua atuação, a função de criadora de uma cultura pautada na democracia, graças à natureza de suas decisões e pelo exercício de sua função de intérprete final do *Ius Constitutionale Commune*.³⁰

Sendo assim, a Corte Interamericana de Direitos Humanos executa um papel fundamental para o desenvolvimento do *Ius Constitutionale Commune*, uma vez que suas decisões trazem uma dupla vinculação aos Estados-partes:³¹ suas sentenças comportam tanto um efeito subjetivo (*res judicata*), que atinge de maneira mais direta e imediata as partes integrantes do litígio ao cumprimento da decisão proferida pela Corte IDH, quanto um efeito objetivo (*res interpretata*), o qual vincula os demais Estados-parte da Convenção Americana a observar sua interpretação.³²

Portanto, não apenas as decisões emitidas pela Corte IDH, mas também o controle de convencionalidade – desde o seu desenvolvimento com o Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* (2006)³³ – têm papel de destaque no que diz respeito à consolidação do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Nesse viés, as Cortes nacionais, ao buscarem a consonância de suas decisões internas aos precedentes fixados no âmbito regional, exercendo o controle de convencionalidade, chegam cada vez mais perto de um corpo comum de direito interamericano, objetivo primordial do ICCAL.³⁴

Percebe-se, portanto, que a Corte Interamericana de Direitos Humanos executa “dois papéis essenciais que determinam tanto a formação do ICCAL quanto a sua implementação prática: a harmonização do pluralismo jurídico latino-americano e o impulsionamento de transformações estruturais e sociais”.³⁵

²⁹ ANTONIAZZI, Mariela Morales. El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. UNAM, MPI, IIDC, México, 2014. p. 265-299. p. 276-277.

³⁰ ZUÑIGA, Natália Torres. The Image of The Inter-American Court of Human Rights as an Agent of Democratic Transformation: A Tool of Self-Validation. *Araucaria*, v. 23, n. 46, p. 483-504, 2021. p. 488.

³¹ Sobre os efeitos das decisões da Corte IDH: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso *gelman vs. uruguay*). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 641-694, 2013.; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; 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. 25, p. 10-35, set/dez. 2020. p. 15.

³² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-285, 2019. p. 258.

³³ “na decisão do Caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, a Corte Interamericana preconizou que o controle de convencionalidade – para que seja devidamente executado – incumbe aos juízes que não apenas atentem para os conteúdos positivados na Convenção Americana, como também nas legítimas interpretações proferidas pela Corte, devido ao seu caráter vinculante e da eficácia “erga omnes” da “*res interpretata*”, sendo que, no âmbito interno dos Estados, o controle de convencionalidade é constituído pelo auto-reconhecimento dos juízes nacionais como juízes interamericanos...”. LEAL, Mônia Clarissa Hennig; 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. 25, p. 10-35, set/dez. 2020. p. 25.

³⁴ Sobre o controle de convencionalidade, Piovesan salienta que o controle de convencionalidade é executado tanto pela Corte Interamericana (controle de convencionalidade concentrado) – quando essa tem a última palavra em relação a interpretação da Convenção americana –, quanto pelos Estados (controle de convencionalidade difuso) – quando esses passam a incorporar os princípios, as normas e o entendimento jurisprudencial desenvolvido pela Corte IDH em âmbito nacional. PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 181-206. p.198-199.

³⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. p. 314.

Tais contribuições significam, por sua vez, um importante avanço em relação à construção de um *Ius Constitutionale Commune* atento à proteção daquelas pessoas integrantes de grupos vulneráveis. Sendo assim, no tópico seguinte, passa-se a analisar os entraves que o *Ius Constitutionale Commune Latino-Americano* encontra para a proteção dos grupos vulneráveis em uma das regiões mais desiguais e violentas do mundo e como a Corte Interamericana vem colaborando na fixação de standards protetivos aos direitos humanos das pessoas que integram esses grupos.

2 Os grupos vulneráveis no contexto latino-americano: um desafio aos *Ius Constitutionale Commune*

A América Latina apresenta como um de seus traços marcantes um elevado grau de desigualdade e exclusão social, além de ser marcado por democracias ainda em fase de consolidação.³⁶ Assim, na entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 1978 – um dos principais fundamentos do ICCAL³⁷ – a região estava exposta, em sua grande parte, a regimes ditatoriais.³⁸ Diante desse cenário, o Sistema Interamericano emerge como uma importante ferramenta de afirmação e proteção aos direitos humanos, quando as instituições nacionais se demonstram omissas ou débeis, e ainda

Permitió la desestabilización de los regímenes dictatoriales; exigió justicia y el fin de la impunidad en las transiciones democráticas; y ahora demanda el fortalecimiento de las instituciones democráticas con el necesario combate a las violaciones de derechos humanos así como protección a los grupos más vulnerables.³⁹

É por ocasião do processo de democratização que as Constituições nacionais do final do Século XX e do início do Século XXI optaram pela permeabilidade constitucional, a fim de possibilitar que fossem incorporados ao direito constitucional interno dos Estados, como padrões mínimos norteadores de sua atuação em matéria de direitos humanos, as garantias asseguradas pelo direito internacional convencional dos direitos humanos.⁴⁰

Face a esse cenário, o *Ius Constitutionale Commune* parte da concepção de que a América Latina possui uma identificação histórica e cultural compartilhada e que os problemas que assolam a região são, de certa maneira, semelhantes, o que possibilita pensar na elaboração de um projeto comum para o progresso do direito constitucional na região.⁴¹ Essas semelhanças entre os países que integram a América Latina decorrem, principalmente, do fato de se tratarem de países submetidos à colonização portuguesa e espanhola, marcados por extensos períodos de regimes autoritários. Não raras vezes, possuem altas taxas de desigualdade,

³⁶ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 181-206. p. 183.

³⁷ Nesse sentido: JARAMILLO, Leonardo García. Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*. In: BOGDANDY, A. V. et al (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. 1 ed., México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 577-605. p. 596. “El fundamento jurídico del ICCAL es principalmente la Convención Americana de Derechos Humanos, y su desarrollo jurisprudencial por parte de la Corte, así como doctrinas judiciales que han surgido en la región en respuesta a los desafíos que la realidad impone al derecho.”

³⁸ Conforme afirma Piovesan, o fim das ditaduras militares ocorreu, em países como o Brasil, Argentina, Chile e Uruguai, na década de 1980. PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 181-206. p. 183.

³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 181-206. p. 184.

⁴⁰ ANTONIAZZI, Mariela Morales. El Estado abierto como objetivo del *Ius Constitutionale Commune*. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*. UNAM, MPI, IIDC, México, 2014. p. 265-299. p. 266.

⁴¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, Avance y Resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 01-32, 2020. p. 04.

violência,⁴² exclusão social, dificuldade no acesso a serviços públicos essenciais e, geralmente, apresentam elevados índices de acumulação de riqueza, hiperpresidencialismo, baixa institucionalidade e corrupção.⁴³

Assim, os Estados buscam superar esses défices, sendo que os compromissos assumidos com o Sistema Interamericano impulsionam-nos em direção a um projeto de direito comum para a América Latina, que compreende uma “interação sistêmica que encontra na Corte Interamericana um vértice a partir do qual são designadas obrigações, reconhecidos avanços e dificuldades, construídos padrões de proteção e ressaltadas identidades particulares”, sendo que, através disso, busca-se o objetivo central do ICCAL, ou seja, a superação do principal problema que atinge a sociedade da América Latina, a exclusão.⁴⁴

A inclusão – sendo um dos conceitos chaves do ICCAL, como mencionado anteriormente – adquire certa prioridade na agenda de desenvolvimento desse novo direito público, já que ela remete à ideia de uma sociedade mais pacífica, pois, com essa nova percepção, almeja-se a integração de todos os indivíduos aos sistemas sociais de saúde, educação, de trabalho e ao sistema político.⁴⁵

Com isso, a formulação de um conjunto de normas influenciadas pelas normas constitucionais nacionais, pela jurisprudência regional e pelos tratados internacionais e regionais de direitos humanos almeja erradicar a constante presença da exclusão social “nas sociedades latino-americanas decorrente de baixos índices de desenvolvimento socioeconômico e ambiental, e também práticas endêmicas de corrupção e uma tendência política ao populismo”.⁴⁶

Piovesan⁴⁷ aponta como entraves a serem superados pelo *Ius Constitutionale Commune* latino-americano em direitos humanos e para a sua consolidação: o desenvolvimento de uma cultura jurídica conduzida pelos novos padrões jurídicos e a reinvenção do Direito Público; o robustecimento do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos e o progresso na consolidação e proteção dos direitos humanos, do Estado de Direito e da democracia na região.

Porém, por mais que haja entraves a sua consolidação, há de se ressaltar que a Corte IDH já vem fixando importantes *standards* protetivos em relação aos grupos vulnerabilizados, padrões esses que, dada a eficácia *erga omnes* de suas sentenças, contribuem, significativamente, para o desenvolvimento de uma ampliação na proteção dessas pessoas. Desse modo, nota-se que a Corte Interamericana, em meio a constantes instabilidades de avanços e retrocessos da região, aparece como “um vértice canalizador dos diálogos judiciais necessários tanto à fixação de *standards* comuns como impulsionador das transformações estruturais necessárias à efetivação dos direitos humanos”.⁴⁸

⁴² Em relação aos elevados índices de violência que assolam a região da América Latina consultar: PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 181-206. p. 182-183.

⁴³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, Avance y Resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 01-32, 2020. p. 04.

⁴⁴ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. p. 302-304.

⁴⁵ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericano. Uma aclaración conceptual*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 01-24. p. 15.

⁴⁶ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. p. 305-306.

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 181-206. p. 201-202-205.

⁴⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. p. 322.

Pode-se mencionar como exemplo de casos em que a Corte IDH já desenvolveu padrões mínimos e importantes ao resguardo dos direitos humanos de grupos vulneráveis: Caso Comunidade Indígena “*Mayagna Awas Tingni vs. Nicarágua*” (2001) e Comunidade indígena *Xákmok Kásek vs. Paraguai*, a respeito do direito à propriedade e a especial proteção dos povos indígenas; Caso “*Villagrán Morales vs. Guatemala*” (1999), acerca dos direitos das crianças; Caso “*González e outras vs. México*” (2009), sobre a violência e discriminação das mulheres; e ainda, o Caso “*Atala Riffo e filhas vs. Chile*” (2012), que tratou da temática da discriminação por orientação sexual.⁴⁹

Diante desses padrões fixados pela Corte IDH, é possível perceber a preocupação em desenvolver *standards* mínimos de proteção em relação a grupos vulneráveis, pois reconhece que, diante da situação de vulneração à qual essa parcela da sociedade está submetida, estão mais suscetíveis a experimentarem situações de afronta ou negação ao pleno gozo de seus direitos humanos.⁵⁰

Porém, deve-se salientar que, diante da realidade social e cultural multifacetada que compõe as sociedades latino-americanas, o *Ius Constitutionale Commune* deve permanecer atento à preservação de espaços hábeis para o desenvolvimento e exercício da diversidade dos povos da região, visto que “A jurisprudência da Corte Interamericana depende, primeiramente, do pluralismo social, já que muitas de suas sentenças paradigmáticas são frutos do litígio estratégico de grupos da sociedade civil”.⁵¹

Conforme preconizam Olsen e Kozicki⁵², já é possível apreciar algumas mudanças impulsionadas pelo ICCAL enquanto projeto político e social direcionado à inclusão, sendo possível mencionar, como exemplos, no contexto brasileiro, a elaboração de legislação específica para proteção de mulheres em situação de violência doméstica (Lei Maria da Penha), em razão das recomendações advindas da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e a criação da Comissão da Verdade, responsável pela averiguação dos atos cometidos durante o período de regime militar, recomendação proveniente da sentença do Caso “*Gomens Lund vs. Brasil*” (2010) emitida pela Corte IDH.

Contudo, pode-se afirmar que o Sistema Interamericano de proteção aos Direitos Humanos possui aptidão para promover significativas contribuições na consolidação de um *Ius Constitutionale Commune* latinoamericano “contribuyendo al fortalecimiento de los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en la región más desigual y violenta del mundo”.⁵³

Porém, há de se ressaltar que não apenas o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

⁴⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 181-206. p. 188-189-190-191.

⁵⁰ Essa imprescindibilidade de padrões mínimos de proteção aos direitos humanos de grupos vulneráveis é fundamental, principalmente quando se está diante de situações de discriminação interseccionada, a qual é compreendida como a experiência discriminatória ocasionada pela intersecção de dois ou mais critérios identitários (critérios proibidos de discriminação). Em relação ao tema, vale ressaltar que, segundo preconiza Silva, que “o conceito de discriminação interseccional, no nível das identidades intersectadas, propõe ferramentas capazes de descortinar invisibilidades em circunstâncias de discriminação, assim como de mostrar novas e originais formas de discriminação. Quando interseccional significa a visualização das discriminações, baseadas em mais de um motivo, permite demonstrar como se operam as experiências vivenciadas em múltiplas experiências e identidades. O olhar da interseccionalidade demonstra que as opressões não podem ser analisadas separadamente, pois elas se reforçam quando contextualizadas. Com a interseccionalidade, desestabilizou-se o trato monolítico que era dado às opressões, oportunizando-se soluções mais concretas para as discriminações se existentes dentro das estruturas de subordinação”. SILVA, Rodrigo da. *Discriminação múltipla como discriminação interseccional: as conquistas do feminismo negro e o direito da antidiscriminação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 82.

⁵¹ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar transformador para um constitucionalismo transformador*. *Revista Culturas Jurídicas*. v. 6, n. 14, p. 244-291, mai./ago. 2019. p. 273.

⁵² OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. p. 307.

⁵³ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 181-206. p. 206.

– através da atuação da Corte e da Comissão – é responsável pela propagação desses padrões em direitos humanos para a região. Como visto anteriormente, “el constitucionalismo transformador reconoce al Poder Judicial um papel central en la construcción e implementación de um *Ius Constitutionale Commune* en América Latina”.^{54 55}

Assim, é sobre o papel desenvolvido pelo Supremo Tribunal Federal para o desenvolvimento do ICCAL no Brasil que se passará, no próximo tópico, a analisar se, na sua jurisprudência, é possível perceber uma incorporação dos padrões desenvolvidos pela Corte IDH em casos envolvendo grupos vulneráveis e se nesse sentido é possível sustentar que a jurisdição constitucional brasileira vem auxiliando na concretização do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano.

3 Há um reconhecimento e incorporação dos standards protetivos aos direitos humanos dos grupos vulneráveis fixados pela Corte IDH pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal?

Conforme já visto, tem-se como uma das condições de possibilidade para o desenvolvimento do ICCAL a confluência entre os ordenamentos jurídicos internos dos Estados e o Sistema Regional de Proteção aos Direitos Humanos.⁵⁶ Para isso, é imprescindível a previsão das cláusulas constitucionais de abertura, que propiciem o desenvolvimento dos múltiplos diálogos entre jurisdições, bem como é crucial que se tenha uma ampla receptividade e aplicação dos parâmetros mínimos fixados pelo Sistema Regional de Proteção aos Direitos Humanos por parte dos Estados em suas decisões internas. Essa troca de experiências é capaz de desenvolver a conformação de padrões comuns em direitos humanos e a disseminação e concretização dos *standards* já fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nas jurisdições constitucionais internas dos Estados através do controle de convencionalidade.

Com isso, no Brasil – Estado-parte ao qual será dado especial enfoque nesse momento – nota-se a presença de tais cláusulas de abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico nacional,⁵⁷ tendo em vista que a Constituição Federal de 1988 prevê, no parágrafo 2º de seu artigo 5º, que os direitos nela elencados não excluem o reconhecimento dos demais direitos e princípios presentes nos tratados internacionais ratificados pelo país.⁵⁸

⁵⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, Avance y Resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 01-32, 2020. p. 07.

⁵⁵ A fim de contrapor eventuais críticas em relação ao papel de destaque que o Poder Judiciário desempenha para a implementação desse projeto de direito comum interamericano importa trazer os apontamentos de Olsen e Koziicki, nos quais as autoras defendem que: “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. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019. p. 306.

⁵⁶ Nesse sentido: BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum*. Uma aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 01-24. p. 07-08-09.

⁵⁷ Diante de controvérsias acerca do *status* dos tratados dentro do ordenamento jurídico brasileiro incluiu-se, a fim de resolver o impasse, através da Emenda Constitucional de 08 de dezembro de 2004, o § 3.º ao art. 5.º da Constituição Federal, o qual estabeleceu “que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos serão equivalentes às emendas constitucionais, uma vez aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos seus respectivos membros (que é exatamente o quórum para a aprovação de uma emenda constitucional)”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle Jurisdiccional de Convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁵⁸ MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: *Ius Constitutionale Commune*, Avance y Resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 01-32, 2020. p. 19.

Ressalta-se que o Brasil está atrelado ao *corpus iuris* interamericano⁵⁹ e que reconheceu a competência da Corte IDH para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (Decreto n. 4.463), vinculando-se com isso não apenas ao disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também às legítimas interpretações da CADH proferidas através das decisões da Corte IDH e aos posicionamentos adotados por ela no exercício de sua função consultiva.⁶⁰

Diante disso, percebe-se a existência de certa permeabilidade na ordem jurídica constitucional brasileira, porém constata-se uma relutância por parte do Supremo Tribunal Federal no que condiz ao desenvolvimento de diálogos com a Corte IDH e a incorporação de seus padrões protetivos.

Segundo Barcellos,⁶¹ por mais que se reconheça que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, por vezes, encontram obstáculos para o seu adequado cumprimento, na maioria dos países da região essas decisões são tidas como extremamente relevantes, tanto do ponto de vista jurídico quanto social, sendo levadas em consideração pelo Poder Judiciário local. No Brasil, porém, alguns posicionamentos do Supremo Tribunal Federal ainda evidenciam certo desconhecimento ou indiferença quanto ao teor das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Nesse sentido, Mello⁶² preconiza que no Brasil não há uma tradição em adotar os posicionamentos da Corte IDH, afirmando que:

no existe una cultura asentada de consulta a la jurisprudência interamericana, a diferencia de lo que sucede en otras cortes latinoamericanas, donde los precedentes interamericanos son un elemento clave en la toma de decisiones sobre los derechos fundamentales. Hay resistencia a atribuir una eficacia más relevante a la *ratio decidendi* de las decisiones de la Corte IDH. Se resiste, inclusive, al cumplimiento de decisiones dictadas en casos de los cuales el propio país formaba parte, como el *Caso Gomes Lund v. Brasil*.

Nesse viés, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal adota uma postura um tanto quanto relutante à abertura para influências da jurisprudência da Corte IDH em âmbito nacional, sendo que, conforme observa Leal:

o diálogo judicial entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH ainda é incipiente, sendo que o número de casos em que há menção expressa de sua jurisprudência ainda é deveras diminuto, embora se possa perceber, ao longo do tempo, uma certa tendência de avanço, ao se passar de uma lógica de uso de citações indiretas (por meio de obras doutrinárias) a citação direta de decisões da Corte IDH.⁶³

Há também os casos em que o Supremo Tribunal Federal utiliza dos precedentes da Corte Interamericana como meros argumentos de reforço, não se valendo desses precedentes para fundamentar a *ratio decidendi* de seus votos, apenas utilizando-os para reafirmar sua particular posição. Nesse sentido, Leal atesta que:

O uso das decisões da Corte IDH ainda se dá, contudo, na maioria dos casos, apenas em termos de reforço argumentativo, não se evidenciando, na maioria dos casos, a incorporação de uma prática de efetivo controle de convencionalidade (antes pelo contrário, a lógica de prevalência da Constituição é,

⁵⁹ Segundo Leal, o *corpus iuris* interamericano de direitos humanos é constituído pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pelos tratados internacionais sobre direito humanos da OAE, bem como pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 363.

⁶⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 363.

⁶¹ BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019. p. 175.

⁶² MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: Ius Constitutionale Commune, Avance y Resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 01-32, 2020. p. 21.

⁶³ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 373.

ainda, frequentemente reiterada, desconsiderando-se o caráter vinculante dos conteúdos do corpus iuris interamericana e sua interpretação dada pela Corte IDH).⁶⁴

Diante disso, Leal⁶⁵ divide as decisões do Supremo Tribunal Federal em cinco espécies: I) decisões que demonstram total desconhecimento do teor da jurisprudência da Corte IDH por parte do STF; II) decisões na quais o STF utiliza a jurisprudência da Corte IDH apenas como um artifício de reforço argumentativo; III) decisões em que o STF adequadamente segue a jurisprudência da Corte IDH, aplicando, embora indiretamente, o controle de convencionalidade; IV) decisões que se valem do disposto na jurisprudência da Corte IDH justamente para ir de encontro ao seu posicionamento (diálogo neutralizador); V) decisões que deturpam a jurisprudência da Corte IDH.⁶⁶

A respeito da espécie de decisão “II” do STF, ou seja, aquelas que desconsideram a jurisprudência da Corte IDH – ou que, por mais que mencionem os padrões por ela desenvolvidos, sua menção funciona mais como argumento de reforço do que como um efetivo controle de convencionalidade – Leal⁶⁷ menciona o exemplo do Habeas Corpus que decidiu a respeito da (im)possibilidade de execução provisória da pena após decisão de segunda instância, ocasião na qual a jurisprudência da Corte IDH foi citada de maneira indireta através de artigos científicos utilizados apenas para fundamentar e reforçar o entendimento a favor da condenação em segunda instância.

Referindo-se à espécie de decisão “III”, integradas por aquelas ocasiões em que o Supremo Tribunal Federal realiza um controle de convencionalidade, ainda que de forma não expressa, essa situação pode ser vislumbrada tanto no voto do Ministro Ricardo Lewandowski no caso da “Lei de Anistia” – quando fundamenta sua posição através do entendimento fixado pela jurisprudência da Corte IDH – quanto no voto da Ministra Carmen Lúcia, no caso da biografias não-autorizadas, quando adotou a noção de liberdade de expressão desenvolvida pela Corte IDH para justificar seus posicionamento, realizando, assim, um controle de convencionalidade.⁶⁸

Para exemplificar a espécie de decisão “IV”, que compreende aquelas situações em que o STF faz menção à jurisprudência da Corte IDH justamente para ir de encontro ao seu posicionamento (diálogo neutralizador), destaca-se a construção dos Ministros Celso de Mello e Eros Roberto Grau na ADPF 153/DF sobre a “Lei de Anistia”, quando se manifestaram de maneira contrária ao entendimento da Corte IDH, assim como, nessa mesma linha, foi o posicionamento do Ministro Luís Roberto Barroso na decisão sobre o “foro privilegiado”, ocasião na qual defendeu a prevalência da Constituição Federal de 1988 sobre os tratados.⁶⁹

Já quanto à modalidade de decisão “V”, ou seja, aquelas que, além de operarem sob a lógica de um diálogo “neutralizador”, ainda se valem das decisões da Corte IDH de maneira deturpada, Leal⁷⁰ traz o exemplo

⁶⁴ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 373.

⁶⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 366.

⁶⁶ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 370.

⁶⁷ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 366-367.

⁶⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 368.

⁶⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 368.

⁷⁰ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre

do posicionamento adotado pelo Ministro Luiz Edson Fachin no caso que discutia a execução provisória da pena, em que mencionou condenações do Brasil pela Corte IDH para afirmar que tais decisões se baseavam na ineficiência do país em punir os delitos, o que aponta para um desvirtuamento da interpretação desenvolvida acerca do *corpus iuris* interamericano por parte do Ministro do STF, já que a jurisprudência interamericana aponta, claramente, no sentido de necessária observância do “devido processo legal”.⁷¹

Diante do exposto, foca-se, a partir desse ponto, na análise das decisões envolvendo grupos vulneráveis, as quais formam importantes contribuições à promoção de transformações, tendo o potencial de incorporar os mandados transformados do ICCAL ao contexto da jurisdição brasileira.

No caso do julgamento do Recurso Extraordinário n. 494.601 – que reconheceu ser constitucional a previsão da Lei n. 12.131/2004, que dispõe acerca da possibilidade de sacralização de animais em cultos de matriz africana – o mais alto tribunal brasileiro argumentou utilizando o Pacto de San José; porém, nessa ocasião, percebe-se que a menção foi realizada como mero argumento de reforço, enquadrando-se, assim, na espécie número II da classificação supramencionada.⁷²

É possível perceber a característica de argumento de reforço no trecho do voto do Ministro Luiz Fux, no qual afirma que:

E, aqui, citaria - *apenas de exemplo*, como direito ao preceito alimentar religioso - a Convenção Europeia de Direitos Humanos, o Pacto São José da Costa Rica, inclusive documentos internos do Brasil no sentido de permitir, tal como já previa lições da própria Bíblia, a possibilidade de o abate compor a liturgia de um determinado culto.⁷³

Como exemplo de decisão em que o Supremo Tribunal Federal utilizou de parâmetros fixados pela Corte IDH através de sua competência consultiva, pode-se mencionar o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26,⁷⁴ na qual os ministros do STF reiteradamente mencionaram⁷⁵, em trechos da decisão, o disposto no precedente emitido pela Corte IDH através da Opinião Consultiva n. 24/2017, sobre Identidade de Gênero, Igualdade e Não-Discriminação de Casais do Mesmo Sexo, sem, contudo, adotar como fundamento principal da decisão o precedente interamericano sobre o assunto, ao passo que a decisão concedeu interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição Federal.⁷⁶

Em contraponto a esses posicionamentos, merece destaque o caso da ADI 4.275/DF⁷⁷ – decisão a partir da qual firmou-se o entendimento de que é permitida a alteração do prenome e gênero das pessoas transexuais, diretamente no registro civil de pessoas naturais, independentemente de realização de cirurgia de transgenitalização – devido as suas ricas contribuições ao tema, visto que essa é uma das poucas decisões

Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 370.

⁷¹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 370-371.

⁷² LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 366.

⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Recurso Extraordinário n. 494601/RS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 28 de março de 2019. p. 68, grifo nosso.

⁷⁴ Na ocasião do julgamento da ADO n. 26 o Supremo Tribunal Federal decidiu que enquanto não sobrevinha do Congresso Nacional lei que disponha sobre a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas será aplicada, nesses casos, a Lei nº 7.716, de 08/01/1989, que trata dos crimes decorrentes de preconceito de raça ou de cor. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF. Relator: Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019.

⁷⁵ Contabilizou-se um total de 04 referências feitas a O.C n. 24/2017 em todo o acórdão.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF. Relator: Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. p. 10.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 1º de março de 2018.

em que é possível contemplar a existência de um diálogo entre Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH⁷⁸, constatando-se uma colaboração indireta para a fixação do *Ius Constitutionale Commune Latino-americano* em âmbito nacional, pois, além de o acórdão ter fixado o reconhecimento da interpretação conforme ao disposto no Pacto de San José da Costa Rica,⁷⁹ igualmente atentou para as contribuições ao tema presentes na Opinião Consultiva n. 24/17,⁸⁰ que foram utilizados como um dos principais fundamentos, valendo-se, além disso, do precedente contencioso desenvolvido anteriormente pela Corte IDH, especialmente no Caso “Atala Riffo e Cirañas vs. Chile” (2012).⁸¹

Destaca-se que a decisão da ADI 4.275/DF, assim como a decisão levantada por Leal⁸² sobre os direitos dos povos Quilombolas, julgada no ano de 2018 pelo STF, são exemplos de decisões proferidas pelo mais alto tribunal brasileiro em que é adotada a jurisprudência da Corte IDH, realizando-se, embora não de forma expressa, um controle de convencionalidade por parte do STF.

Em igual sentido foi a construção feita na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.543/DF, que declarou a inconstitucionalidade das normas que previam critérios de restrição desproporcionais para a doação sanguínea por homossexuais. O teor dessa decisão mencionou, de maneira extensa, o caráter materialmente constitucional da Convenção Americana sobre Direitos Humanos diante da abertura constante no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal⁸³ e o voto do Ministro Relator – seguido pela maioria dos pares – fundamentou a decisão afirmando que os dispositivos analisados:

e) *afrontam* a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, os quais, em razão do § 2º do art. 5º, da CRFB, por serem tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, possuem natureza materialmente constitucional. Vale dizer, em que pese não estarem sediados no texto da Constituição da República de 1988 os direitos previstos nesses tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos a ela se incorporam quando o Brasil torna-se parte destes.⁸⁴

Diante do entendimento, fixado no julgamento da ADI 5.543/DF, de que a Convenção Americana é dotada de materialidade constitucional, é possível vislumbrar que o STF, ainda que não o faça de forma

⁷⁸ Para ver mais sobre o tema do diálogo recomenda-se: LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais. *Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXIV, p. 497-518, 2018.

⁷⁹ “Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, vencidos, em parte, os Ministros Marco Aurélio e, em menor extensão, os Ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, em *julgar procedente a ação para dar interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao art. 58 da Lei 6.015/73*, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275*. Relator: Min. Marco Aurélio, 1º de março de 2018. p. 02-03, grifo nosso.

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 1º de março de 2018. p. 25-37.

⁸¹ “Nessa perspectiva de análise do problema jurídico no direito comparado e internacional público, imprescindível identificar e demonstrar a interpretação jurídica firmada pela Corte Interamericana de Direitos humanos, uma vez que o Brasil se submete à jurisdição desta Corte Regional, devendo sempre observar (e exercer) o controle jurisdicional de convencionalidade. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso Atala Riffo e Cirañas vs. Chile, cuja sentença foi proferida em 24.02.2012, deliberara sobre a questão da orientação sexual e o direito de guarda de crianças. A argumentação subjacente ao caso circunscreveu-se à controvérsia da responsabilidade internacional do Estado por tratamento discriminatório e interferência arbitrária na vida privada e familiar.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 1º de março de 2018. p. 73-77.

⁸² LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 368.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543/DF*. Relator: Min. Edson Fachin, Brasília, 08 de maio de 2020. p. 46.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543/DF*. Relator: Min. Edson Fachin, 08 de maio de 2020. p. 56, grifo nosso.

sistemática, reconhece o dever de incorporar os precedentes emanados do *corpus iuris* interamericano, assim como assente que sua atuação permanece vinculada a diversas fontes de direito interno e externo, sendo de sua incumbência o dever de compatibilização de tais normas.⁸⁵

Essa tendência à evolução jurisprudencial também pode ser contemplada, em decisão mais recente, de 05 de agosto de 2020, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635, na qual o mais alto tribunal brasileiro foi invocado a apreciar o pedido de suspensão das operações policiais em comunidades enquanto perdurar a pandemia de COVID-19, tendo como um dos principais fundamentos do pedido a mora no cumprimento das determinações impostas pela Corte IDH na sentença do Caso “*Favela Nova Brasília vs. Brasil*” (2017),⁸⁶ determinações essas que previam o dever do Estado brasileiro em promover políticas públicas de redução da letalidade policial e o controle das violações de direitos humanos nas favelas do Rio de Janeiro.⁸⁷

Na ação, o Ministro Relator Luiz Edson Fachin, ao deferir a medida incidental pleiteada na ADPF 635, demonstrou preocupar-se em atender o disposto na sentença da Corte IDH, reconhecendo a importância de se observar o dever da adoção de medidas de não-repetição:

Registre-se que o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Favela Nova Brasília*, não apenas pela violação às regras mínimas de uso da força, mas também por não prever protocolos para o uso da força, seja para atestar a necessidade do emprego, seja para fiscalizá-lo.[...] Se, como atesta a decisão da Corte Interamericana, os protocolos de emprego da força já eram precários, em uma situação de pandemia, com as pessoas passando a maior parte do tempo em suas casas, eles se tornam, acaso existentes, de utilidade questionável. Operações policiais realizadas em locais de grande aglomeração ficam ainda mais arriscadas e fragilizam a já baixa accountability que deveria pautar a atuação de todos os agentes públicos. Os fatos recentes tornam ainda mais preocupantes as notícias trazidas sobre a atuação armada do Estado nas comunidades do Rio de Janeiro. Essa preocupação decorre da ilegítima quebra de expectativa de que, com a decisão da Corte Interamericana, novas mortes não viessem a ocorrer. Como se sabe, uma das consequências que emerge do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado é a garantia de não-repetição (*Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones. Sentença de 1º de julho de 2011. Serie C No. 227. Par. 145*). Assim, é justo que se espere que, a partir da condenação do Estado brasileiro, medidas concretas sejam adotadas para evitar que os lamentáveis episódios de Nova Brasília não se repitam.⁸⁸

Percebe-se, nessa linha, que o STF, além de reconhecer sua vinculação aos precedentes da Corte IDH,

⁸⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes? In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. 359-377. p. 372.

⁸⁶ Em síntese, na decisão do Caso “*Favela Nova Brasília vs. Brasil*” (2017) o Brasil foi condenado pela violação das garantias judiciais de devida diligência, observância do prazo razoável e da imparcialidade na condução das investigações das incursões policiais realizadas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro na Favela Nova Brasília em 18 de outubro de 1994 e 08 de maio de 1995. Na decisão, além da previsão do dever do Estado brasileiro fornecer reparações pecuniárias as vítimas, ficou estabelecido que no prazo de um ano, contado a partir da comunicação da sentença, o Estado brasileiro deveria adotar medidas necessárias para que, no Estado do Rio de Janeiro, fossem desenvolvidas metas e políticas para a redução da letalidade policial. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil* sentença de 16 de fevereiro de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas). San Jose da Costa Rica, 2017. p. 89.

⁸⁷ “EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA INCIDENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS NAS COMUNIDADES DO RIO DE JANEIRO DURANTE A PANDEMIA MUNDIAL. MORA DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DE DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA.CONTEXTO FÁTICO EM QUE OS MORADORES PERMANECEM MAIS TEMPO EM CASA. RELATOS DE OPERAÇÕES QUE REPETEM O PADRÃO DE VIOLAÇÃO JÁ RECONHECIDO PELA CORTE INTERAMERICANA. PERICULUM IN MORA. CONCESSÃO DA MEDIDA. 1. A mora no cumprimento de determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é fundamento que empresa plausibilidade à tese segundo a qual o Estado do Rio de Janeiro falha em promover políticas públicas de redução da letalidade policial.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ*. Relator: Min. Luiz Edson Fachin, 05 de agosto de 2020. p. 02.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 635/RJ*. Relator: Min. Luiz Edson Fachin. Brasília, 05 de agosto de 2020. p. 29-30.

está igualmente atento ao disposto nos deveres de não-repetição dispostos nas medidas explicitadas pela condenação que o Brasil já sofreu anteriormente em relação aos excessos em ações policiais dentro das favelas brasileiras.

Portanto, denota-se, através da análise das decisões, que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal tem evoluído no sentido de reconhecer a fundamentalidade do exercício do controle de convencionalidade e adequar suas decisões aos precedentes do *Corpus Iuris* Interamericano.

Vislumbra-se que os padrões de proteção fixados pela Corte IDH em relação à orientação sexual no Caso “*Atala Rizzo e Cirañas vs. Chile*” (2012) e na Opinião Consultiva n. 24/2017 foram empregados pelo Supremo Tribunal Federal para fundamentar a proteção do direito à identidade de gênero discutido na ADI 4275. Por ocasião do julgamento da ADI 5543, por sua vez, ao reconhecer que a restrição à doação sanguínea por homossexuais masculinos afronta a proteção estabelecida na Convenção Americana de Direitos Humanos, no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e na Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, o mais alto tribunal brasileiro igualmente atuou no sentido de proteger os direitos das minorias sexuais através dos padrões interamericanos. Já no tocante à proteção das pessoas que vivem em situação de vulneração nas favelas brasileiras durante a crise de Covid-19, situação discutida na ADPF 635, o disposto na sentença da Corte IDH no Caso “*Favela Nova Brasília vs. Brasil*” (2017), no sentido de corrigir os excessos e reduzir a letalidade policial em operações dentro das favelas brasileiras, operou como fundamento empregado pelo STF a fim de impedir que ocorram ações policiais nas comunidades enquanto perdurar a situação pandêmica.

Em vista disso, o Supremo Tribunal Federal, apesar que ainda de forma tímida, demonstra tomar rumo em direção à solidificação do *Ius Constitutionale* Latino-Americano, contribuindo para o desenvolvimento do projeto de direito comum para a região, com vistas a uma proteção mais ampla e efetiva aos grupos vulneráveis latino-americanos, seja a partir das menções, cada vez mais recorrentes em suas decisões, dos *standards* protetivos já fixados em matéria de direitos humanos pelo Sistema Interamericano, assim como através do efetivo exercício do controle de convencionalidade, buscando fundamentar suas decisões nos precedentes estabelecidos pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

4 Considerações finais

Através da análise realizada no primeiro tópico desse estudo, pode-se vislumbrar mais nitidamente o conceito de *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano como sendo parte integrante do projeto de um constitucionalismo transformador para a região, compreendendo como um de seus objetivos a busca pela efetivação das promessas previstas nas Constituições latino-americanas e a promoção e consolidação do Estado de Direito, da Democracia e o resguardo aos direitos humanos e fundamentais.

Para isso, o ICCAL conta com a valiosa contribuição da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o desenvolvimento desses padrões de direito comum, bem como com a atuação conjunta dos tribunais internos dos Estados-partes na disseminação e aplicação desses *standards* protetivos, expandindo a proteção dos direitos humanos na América Latina, especialmente em relação aos grupos vulneráveis, já que esses são constantemente expostos a possíveis situações de afronta a seus direitos.

Diante dos desafios específicos que a região enfrenta – em razão de, por um longo período, ter estado submetida a regimes autoritários, bem como por ostentar elevados índices de violência, desigualdade, corrupção, baixa institucionalidade e falta de acesso aos serviços públicos básicos – e diante da identidade similar que possui, é que o projeto de direito comum é pensado a fim de sanar os défices que agravam a situação de vulnerabilidade de determinados grupos ou pessoas. Sendo assim, o ICCAL pode ser compreendido como um agente transformador da desigualdade social da região e importante colaborador na difícil tarefa

de ampliação do resguardo aos grupos vulneráveis no contexto da América Latina.

Contudo, respondendo ao problema de pesquisa proposto, é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal tem, vagarosamente, incorporado os padrões protetivos fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação a casos envolvendo grupos vulneráveis, como foi possível contemplar nas decisões: da ADI 4.275, ao mencionar a Opinião Consultiva n. 24/2017, o Caso “*Atala Riffo e Cirañas vs. Chile*” (2012) e reconhecer a interpretação conforme a Convenção Americana de Direitos Humanos ao art. 58 da Lei 6.015/73, concedendo o direito de retificação do nome de pessoas transgênero; no caso da ADI 5.543, ao ser reconhecido o direito a doação de sangue por homossexuais, através do entendimento de que tal restrição afronta a proteção prevista Convenção Americana de Direitos Humanos, no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e na Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância; e no caso da ADPF 635, que, valendo-se da obrigação que tem o Estado brasileiro em reduzir a letalidade policial nas operações em favelas imposta pela sentença da Corte IDH no Caso “*Favela Nova Brasília vs. Brasil*” (2017), vedou sua ocorrência durante a crise pandêmica de Covid-19.

Embora esse reconhecimento e incorporação dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos ainda ocorra de maneira tímida, através das decisões analisadas, percebe-se que o mais alto tribunal brasileiro tem, de maneira cada vez mais frequente, adotado uma postura atenta aos *standards* fixados no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, realizado em seus acórdãos menções cada vez mais robustas à Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, às Opiniões Consultivas emitidas pela Corte IDH, bem como ao reconhecimento do dever do exercício do controle de convencionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal.

Referências

ANTONIAZZI, Mariela Morales. El Estado abierto como objetivo del Ius Constitutionale Commune. Aproximación desde el impacto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Coord.). *Ius Constitutionale Commune em América Latina*: rasgos, potencialidades y desafíos. UNAM, MPI, IIDC, México, 2014. p. 265-299.

ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del Ius Constitutionale Commune em América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 49-63.

BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. Constituição e pluralismo jurídico: a posição particular do Brasil no contexto latino-americano. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 170-183, 2019.

BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Uma aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 01-24.

BOGDANDY, Armin Von. Ius Constitutionale Commune na América Latina: um olhar para um constitucionalismo transformador. *Revista Culturas Jurídicas*, v. 6, n. 14, p. 244-291, maio/ago. 2019.

BOGDANDY, Armin Von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 232-252, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5543/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 08 de maio de 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/deta>

lhe.asp?incidente=4996495>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 1º de março de 2018. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 26/DF*. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 13 de junho de 2019. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>>. Acesso em: 25 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 494601/RJ*. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 28 de março de 2019. Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751390246>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Referendo em Tutela Provisória Incidental na Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 635/DF*. Relator: Min. Edson Fachin. Brasília, 05 de agosto de 2020. Disponível em:<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5816502>>. Acesso em: 26 abr. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil*: sentença de 16 de fevereiro de 2017 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2017. Disponível em:<https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_por.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso gelman vs. uruguay). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 11, n. 2, p. 641-694, 2013.

JARAMILLO, Leonardo García. Desafíos de la interamericanización del derecho: la contribución del *Ius Constitutionale Commune*. In: BOGDANDY, A. V. et al (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina*. Textos básicos para su comprensión. 1 ed., México: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 577-605.

JARAMILLO, Leonardo García. *Ius Constitutionale Commune em América Latina*, de Armin Von Bogdandy, Héctor Fix y Mariela Morales Antoniazzi. *Revista Co-berencia*, v. 13, n. 24, p. 293-298, 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019. p. 359-377.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; MORAES, Maria Valentina de. A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos fundamentais. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXIV, p. 497-518, 2018.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; 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. 25, p. 10-35, set/dez. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Controle Jurisdicional de Convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer?. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 253-284, ago. 2019.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. El papel del Juez Transformador en Brasil: Ius Constitutionale Commune, Avance y Resiliencia. *Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL)*, n. 2020-05, p. 01-32, 2020.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.

PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para a América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 286-301, 2019.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en derechos humanos e impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (Coord.). *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México: Editorial Porrúa, 2013. p. 181-206.

SILVA, Rodrigo da. *Discriminação múltipla como discriminação interseccional: as conquistas do feminismo negro e o direito da antidiscriminação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

ZUÑIGA, Natália Torres. The Image of The Inter-American Court of Human Rights as an Agent of Democratic Transformation: A Tool of Self-Validation. *Araucaria*, v. 23, n. 46, p. 483-504, 2021.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A eficácia da norma que
ousou falar seu nome: os
Princípios de Yogyakarta como
potência densificadora do lus
Constitutionale Commune na
América Latina**

**The efficiency of the rule
that dared to say its name:
the Principles of Yogyakarta
as a densifying power of lus
Constitutionale Commune in Latin
America**

Tiago Benício Trentini

Luiz Magno Bastos Jr

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

A eficácia da norma que ousou falar seu nome: os Princípios de Yogyakarta como potência densificadora do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina

The efficiency of the rule that dared to say its name: the Principles of Yogyakarta as a densifying power of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America

Tiago Benício Trentini**

Luiz Magno Bastos Jr***

Resumo

O artigo pretende defender que tais enunciados (os Princípios de Yogyakarta), por força discursiva de pronunciamentos vinculantes emanados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de sua introjção em processos nacionais de densificação dos direitos das pessoas LGBTI, passam a integrar esse insurgente ICCAL e, como tal, a gramática dos direitos humanos na América Latina, de forma que, definitivamente, já não possam mais ser ignorados pelas autoridades nacionais. A fim de pavimentar o caminho para a construção das premissas sinalizadas neste artigo, buscou-se conjugar um duplo esforço metodológico: o primeiro, de cunho acentuadamente dedutivo, por meio do qual se construíram as bases do fundamento ético-normativo adotado (pela conjugação da concepção identitária de Axel Honneth as bases do direito antidiscriminatório de Adilson Moreira); o segundo, de caráter predominantemente indutivo, por meio do qual buscou-se inferir das decisões da Corte Interamericana, das leis identitárias e decisões nacionais os fragmentos aptos a identificar a presença dos Princípios de Yogyakarta, conferindo-lhe força jurídica irradiante no contexto do IACCL. O potencial inovador do presente artigo consiste em revelar como é possível conferir eficácia normativa a Princípios que, originariamente, eram desprovidos de caráter vinculante. Sua legitimação material decorre da racionalidade dialógica que conferiu voz à percepção de grupos vulnerabilizados sobre sua própria condição existencial, conferindo potência à luta emancipatória de sujeitos coletivos por reconhecimento e por igual proteção do Estado.

Palavras-chave: *Ius Constitutionale Commune*; constitucionalismo transformador; Princípios de Yogyakarta; Sistema Interamericano de Direitos Humanos; LGBTI.

* Recebido em 31/05/2020
Aprovado em 07/10/2020

** Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Brasília - UnB (Sociedade, Conflito e Movimentos Sociais); Especialista em Filosofia e Direitos Humanos pela PUC/PR; Especialista em Direito Homoafetivo e de Gênero pela UNISANTA; Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI. Membro pesquisador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UNIVALI) nas áreas de direitos humanos, direito emergentes nas temáticas das diversidades sexuais e identitárias. Membro do grupo de pesquisa registrado junto ao CNPq – O Direito Achado na Rua (UnB). Advogado.
E-mail: tiagobrentini@gmail.com.

*** Pós-doutor em Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos e Pluralismo Jurídico da Universidade McGill (Canadá). Doutor e Mestre em Direito, Estado e Sociedade pela Universidade Federal de Santa Catarina. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará. Professor de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Direito Eleitoral da Universidade do Vale do Itajaí. Coordenador do Observatório do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UNIVALI). Membro fundador da ABRADep e da ACADE. Advogado publicista (direito eleitoral e administrativo). Sócio do escritório Menezes Niebhur.
E-mail: lmagno@univali.br e lmagno@mnadvocacia.com.br.

Abstract

This text aims to defend that the Yogyakarta Principles as discursive power of pronouncements from the Interamerican Humans Rights Court densifies LGBTI's people rights and composes an insurgent LAICC (Latin America Ius Constitutionale Commune). This way, the process of the human rights in Latin America can't be ignored by local authorities anymore. As a strategy to consolidate a way to built the premises we searched for a double effort: first, the deductive nature adopted as an ethical normative as the identity conception of Axel Honnet and the basis of the anti-discrimination rights; second, the inductive character used to reduce the decisions from Interamerican Court, the identity laws and national decisions as fragments to recognize the presence of the Yogyakarta principles. This grants a radiant judicial power to the LAICC. The innovative potential of this article is to reveal the possibility of a normative efficiency vinculated to principles that were not originally provided as a binding character. Its material legitimation comes from a dialogic rationality that authorized the existential condition of vulnerable groups. Finally, it potentializes the emancipatory fight of collective subjects demanding for recognition and for equal protection from the Estate.

Keywords: Ius Constitutionale Commune; transformative constitutionalism; The Yogyakarta Principles; Interamerican System of Human Rights; LGBTI.

1 Introdução

O relevo social, político e cultural latino-americano exige especial atenção. De acordo com o estudo *Global Study on Homicide 2019*, realizado pela *United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC*¹, a América é o lugar mais violento do mundo. Com um número de 17,2 assassinatos a cada 100 mil habitantes, a América lidera esses desastrosos números, enquanto na África este número é de 13, na Europa de 3, na Oceania de 2,8 e na Ásia de 2,3 assassinatos por 100 mil habitantes. O continente americano é a única região no globo em que esses números crescem desde o ano de 1990. Apesar de a América Latina e do Caribe terem alcançado a meta de reduzir pela metade a porcentagem de pessoas que vive com menos de 1,25 dólar por dia entre 1990 e 2015², a região ainda ocupa a posição de mais desigual do mundo, onde cinco entre os dez países mais desiguais estão. Não por coincidência, é onde está a maioria dos países mais perigosos para se viver: El Salvador com 62,1, Venezuela com 56,8, Honduras com 41,7, Brasil com 30,5 homicídios a cada 100 mil habitantes.

Posicionar a sociedade, para que esteja em contato com outras expressões identitárias e sexuais, a não ser as hegemonicamente impostas, ganha ainda mais relevância nesse cenário. Por esse motivo, a interseção da violência contra a população LGBTI³ é necessária. Segundo a Comissão Interamericana de Direitos

¹ Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/global-study-on-homicide.html>. Acesso em: 22 mar. 2021.

² Disponível em: https://www.cepal.org/sites/default/files/infographic/files/15-00878_odm_fichas_web_espanol-1.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

³ LGBTI: Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros e Intersexuais. O acrônimo escolhido neste artigo está alinhado com a perspectiva de representatividade de todas as pessoas que possuem vivências sexuais e identitárias dissidentes em relação ao modelo binário cisheteronormativo hegemônico. Porém, é mister registrar o aumento do uso da sigla LGBTQIA+, que acreditamos ser o mais acertado dada a perspectiva mais representativa politicamente do movimento. LGBTQIA+ – sigla para Lésbicas, Gays, Travestis e Transexuais, *Queers*, Intersexuais, Assexuais. O símbolo de positivo registra a perspectiva da representatividade de tantas quantas identidades existem e que o movimento continua aberto para novas lutas por reconhecimento. Para este texto, a sigla utilizada é a que o SIDH tem utilizado por meio de seus órgãos. Contudo, como a própria Corte afirma na OC 24/17 que “a terminologia relacionada a estes grupos humanos não é fixa e evolui rapidamente, e que existem outras formulações diversas que incluem pessoas Assexuadas, *Queers*, Travestis, Transsexuais, entre outros. Além disso, diferentes termos podem ser usados em diferentes culturas para descrever pessoas do mesmo sexo que fazem sexo e que se autoidentificam ou exibem identidades de gênero não binárias [...] esta sigla será utilizada de forma indistinta, sem que isso implique ignorar outras expressões de expressão de gênero, identidade de

Humanos, por meio de sua *Relatoría sobre los derechos de las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersex*, em um período de 15 meses — entre janeiro do ano de 2013 e março de 2014 — foram registrados 770 atos de violência contra a população LGBTI, incluindo 594 homicídios⁴. De acordo com a oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, as organizações da sociedade civil podem fornecer números mais fidedignos, pois algumas vítimas não se sentem seguras em demandarem suas questões⁵. Nesse entendimento, e de forma mais atualizada, a *Red Regional de Información sobre Violencias LGBTI en América Latina y el Caribe*, por meio de seu observatório *SinViolencia LGBTI*, na publicação *El Prejuicio no conoce Fronteras*⁶ (relatório sobre homicídios de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexos entre os meses de janeiro de 2014 e junho de 2019) aponta que, nesse período de 5 anos, foram registrados, em nove países da América Latina e Caribe, mais de 1.300 pessoas LGBTIs assassinadas, no Brasil estimam outras 1.600 pessoas.

É nesse contexto latino americano, extremamente desafiador e diverso, de elevada desigualdade e violência, onde sociedades pós-coloniais lutam para consolidarem suas democracias e garantias aos direitos humanos frente a heranças de regimes autoritários ditatoriais, que os esforços do Sistema Interamericano de Direitos Humanos — dentro da perspectiva do reconhecimento dos direitos LGBTI — apresentam organicidade e potência densificadora em favor da proposta de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (*ICCAL*), que, por seu alcance transformador e estabilizador, angaria relevância para as vivências do Sul global⁷.

A abertura do sistema interamericano em absorver as características e especificidades das lutas por reconhecimento de direitos e por justiça, na região latino-americana, consolida sua organicidade, que é marcada

pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana [...] [que] gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social). De um lado, despontam Constituições latino-americanas com cláusulas constitucionais abertas, com destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona*⁸.

gênero ou orientação sexual”. OC 24/17, par. 32.v. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seria_24_por.pdf.

⁴ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Violência contra pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans e Intersexo nas Américas*. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/docs/pdf/ViolenciaPessoasLGBTI.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁵ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. *Informe del Experto Independiente sobre la protección contra la violencia y la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género*. A/HRC/41/45. p. 24. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G19/138/30/PDF/G1913830.pdf?OpenElement>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁶ Observatório formado por 10 organizações defensoras dos direitos humanos das pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e intersexo, dentre elas a brasileira ANTRA – Associação Nacional de Travestis e Transexuais. Com apoio da Diakonia e da Fundação FORD. Disponível em: https://sinviolencia.lgbt/wp-content/uploads/2019/08/Informe_Prejuicios_compressed.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁷ O conceito de Sul Global é amplo e ainda discutido por vários nomes. Nos aproximamos da perspectiva que Boaventura de Sousa Santos apresenta na obra “Epistemologias do Sul”, da qual é organizador. O Sul Global revela-se como um espaço político de permanente disputa por forças progressistas e regressistas. “Designamos a diversidade epistemológica do mundo por epistemologias do Sul. O Sul é aqui concebido metaforicamente como um campo de desafios epistêmicos, que procuram reparar os danos e impactos historicamente causados pelo capitalismo na sua relação colonial com o mundo. Essa concepção do Sul sobrepõe-se, em parte, com o Sul geográfico, o conjunto de países e regiões do mundo que foram submetidos ao colonialismo europeu e que, com exceção da Austrália e da Nova Zelândia, não atingiram níveis de desenvolvimento econômico semelhantes ao do Norte Global (Europa e América do Norte)”. (SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.). “Uma epistemologia do Sul assenta em três orientações: aprender que existe o Sul; aprender a ir para o Sul; aprender a partir do Sul e com o Sul”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nova Iorque: Routledge, 1995. p. 508.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios*. *Rev. Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo>.

A perspectiva do *ICCAL*, talvez, exija um maior espaço argumentativo para seu melhor entendimento, porém, é preciso estabilizar, minimamente, esse conceito diante da necessidade que o presente texto impõe. Desde o ano de 2004, em que o Colóquio Iberoamericano foi estreado pelo Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público, uma das temáticas mais recorrentes e discutidas tem sido a da proposta de um constitucionalismo transformador na América Latina, que se traduz no esforço de superação de uma profunda exclusão social, utilizando-se de uma ferramenta condensada nas perspectivas dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito. Esse espaço tem proporcionado esforços dialéticos comparativos e internacionalistas, o que gera inovações para o campo, “*este enfoque jurídico holístico se conoce cada vez más como Ius Constitutionale Commune en América Latina (ICCAL)*”⁹.

Mas em que medida os dispositivos extraídos das respostas oferecidas na perspectiva do reconhecimento dos direitos LGBTI, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), são capazes de fundamentar uma eficácia normativa aos Princípios de Yogyakarta e, dessa forma, auxiliar a densificação da proposta de um *ICCAL*?

A emergência de um arcabouço normativo (mais), protetivo em matéria de reconhecimento da população LGBTI, é potencializada nesse cenário de dores e desigualdades acentuadas e pode revelar possibilidades transformadoras: a construção dialógica de um direito constitucional comum é um exemplo.

Nesse esforço, os Princípios de Yogyakarta¹⁰ conferem um olhar atento e plural para as normas internacionais de direitos humanos que devem ser cumpridas por todos os Estados signatários do sistema. A possibilidade de conferência de uma eficácia normativa desses princípios pode ser analisada com base no prisma de quatro principais elementos: a) os reflexos da construção de um direito antidiscriminatório; b) o impacto do exercício de uma hermenêutica principiológica capaz de densificar os documentos de direitos humanos no âmbito internacional e c) pela ressonância de uma instrumentalização discursiva em documentos técnicos por parte dos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A cooptação de elementos fundadores de uma eficácia normativa aos Princípios de Yogyakarta proporciona ressonâncias pavimentadoras de um *Ius Constitutionale Commune*, o que se revela como resposta de direção possível para garantias de conquistas.

Esses elementos estão presentes em produções normativas em âmbitos domésticos, nos moldes das leis identitárias da Argentina¹¹, da Bolívia¹², do Chile¹³, do Uruguai¹⁴ e do PL Brasileiro¹⁵, em documentos (de caráter vinculante) apresentados no âmbito do Sistema ONU a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos¹⁶, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis¹⁷ e Políticos, do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁸, do relatório A/HCR/19/41¹⁹, e nas respostas produzidas

php?script=sci_arttext&pid=S217989662017000201356&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 apr. 2021.

⁹ VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 138.

¹⁰ Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹¹ Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-26743-197860/normas-modifican>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹² Disponível em: <https://sistemas.mre.gov.br/kitweb/datafiles/SantaCruz/pt-br/file/bolivia%20-%20ley%20807%20-%20ley%20de%20identidad%20de%20g%C3%A9nero%20-%202022%20mai%2016.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹³ Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1126480>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁴ Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19684-2018>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁵ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁶ Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁷ Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pacto-internacional-sobre-direitos-civis-e-politicos>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁸ Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁹ Disponível em: <https://undocs.org/A/HRC/19/41>. Acesso em: 05 abr. 2021.

pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos como na Opinião Consultiva 24/17²⁰ e no caso *Duque vs Colômbia*²¹.

O presente texto busca fundamentar uma reflexão que possa irrigar propostas de não redução do alcance do fenômeno jurídico apenas às normas positivadas, legitimando as porosidades de um pensamento pluralista. O potencial inovador do presente artigo consiste em revelar como as raízes de uma possível eficácia normativa dos Princípios de Yogyakarta podem nutrir-se, diretamente, de uma racionalidade dialógica extraída de um imperativo ético, decorrente da perspectiva de um direito antidiscriminatório, que considera a percepção de grupos vulnerabilizados, legitimando a luta emancipatória de sujeitos coletivos pelo reconhecimento de direitos. Outros fatores de inovação são a utilização expressa de dispositivos contidos no documento dos Princípios de Yogyakarta, em respostas produzidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cristalização de diretrizes, contidas em documentos (ainda que não de forma expressa), no âmbito do Sistema Internacional dos Direitos Humanos, e as positavações dos princípios em âmbitos domésticos, um assunto ainda pouco enfrentado nas discussões acadêmicas na perspectiva do reconhecimento LGBTI.

O artigo procura, também, realçar, por meio de um caráter propositivo, a argumentação pavimentadora de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina e sua importância, que, assentado nos contextos de desigualdades sociais, políticas e culturais da região e pela busca contínua de uma cultura jurídica inflada por novos paradigmas jurídicos que se ancoram na prevalência da dignidade humana em um sistema multinível visa à consolidação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito. Por fim, o potencial crítico ancora-se no pensamento de um constitucionalismo transformador que angaria energia na gramática social e política que a luta por reconhecimento de direitos LGBTI proporciona.

2 Os Princípios de Yogyakarta: uma perspectiva plural sobre as normas internacionais de direitos humanos

A proposta originou-se no ano de 2005, quando a Alta Comissária para os Direitos Humanos, Louise Arbour, expressou sua preocupação em relação ao que ela chamou de “inconsistência na abordagem da lei e da prática” a respeito da temática: “*that although the principles of universality and non-discrimination apply to the grounds of sexual orientation and gender identity, there is a need for a more comprehensive articulation of these rights in international law*”. A intenção era de que o documento dos Princípios pudesse absorver uma função tripartite de promover um mapeamento das experiências de violações dos direitos humanos vividas por pessoas de diversas orientações sexuais e identidades de gênero, de aplicação do direito internacional dos direitos humanos a tais condições da maneira mais articulada e precisa possível e, finalmente, definir, com algum detalhe, a natureza da obrigação dos Estados para a implementação efetiva de cada uma das obrigações de direitos humanos. Então, com o objetivo de promover essa compreensão mais consistente e coesa sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos nas questões que envolvessem a temática de orientações sexuais e identidades de gênero²² e, dessa forma, procurar garantir os direitos humanos de todas as pessoas

²⁰ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC 24-17 de 24 de noviembre de 2017*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

²¹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

²² Para este texto, foram adotados os conceitos de orientação sexual e identidade de gênero, expressos no documento dos Princípios de Yogyakarta, p. 7: “compreendemos orientação sexual como uma referência à capacidade de cada pessoa de ter uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; Compreendemos identidade de gênero a profundamente sentida experiência interna e individual do gênero de cada pessoa, que pode ou não corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo o senso pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive vestimenta, modo de falar e maneirismos”.

sem discriminação, reafirmando as obrigações dos Estados, é que uma comissão internacional, formada por 29 especialistas em direitos humanos (17 destes mulheres) de 25 países, oriundos de todos os continentes do globo, juntamente a uma coalizão de organizações não governamentais de direitos humanos, se reuniram em um Seminário Internacional na Universidade de Gadjah Mada, na cidade de Yogyakarta (por isso o nome do documento), na Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006 para finalizar e aprovar o texto²³.

They included one former UN High Commissioner for Human Rights (Mary Robinson, also a former head of state), 13 current or former UN human rights special mechanism office holders or treaty body members, two serving judges of domestic courts and a number of academics and activists²⁴.

Alguns arremates políticos, em relação ao sistema ONU, deram à proposta do documento de Yogyakarta ainda mais fundamento na argumentação de sua eficácia normativa. E, nesse sentido, dois deles possuem importância de registro. Primeiramente, no ano de 2001, alguns Estados-membros da Comissão dos Direitos Humanos fizeram oposição à inclusão de números e informações sobre assassinatos de membros de minorias sexuais, pela Relatora Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias em seu relatório, e forçaram a exclusão de dispositivos que possibilitariam a referência da temática na resolução que renovava seu mandato. A moção de censura ao Relator Especial sobre Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias, foi votada e vencida na sessão da Comissão do ano seguinte e, desde então, continua a ser autorizado uma preocupação com os casos LGBTI. Segundo, mesmo com a possibilidade de concessão de “status consultivo” a organizações não governamentais para permitir que participem de trabalhos no sistema ONU, prevista na Carta das Nações Unidas, sintomaticamente não havia nenhuma organização LGBTI credenciada. Essa prática discriminatória velada foi criticada pela Representante Especial do Secretário-Geral dos Defensores dos Direitos Humanos e pela Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Louise Arbour. Em dezembro de 2006, o Conselho Econômico e Social deu início aos primeiros credenciamentos dessas organizações²⁵.

O escopo da proposta foi o desenvolvimento de um documento que acoplasse um conjunto de princípios jurídicos internacionais, sobre a temática da orientação sexual e identidade de gênero, à legislação internacional de direitos humanos já existente e admitida pelos Estados que são signatários. Dessa forma, adensando normas jurídicas internacionais vinculantes. Em outras palavras, a proposta do documento não foi de “criar” novos direitos, mas sim de construir uma declaração plural sobre o que o direito internacional dos direitos humanos diz sobre a temática LGBTI, tendo como base os princípios da igualdade e da não discriminação.

Os Princípios de Yogyakarta tratam de um amplo espectro de normas de direitos humanos e de sua aplicação a questões de orientação sexual e identidade de gênero. Os Princípios afirmam a obrigação primária dos Estados de implementarem os direitos humanos. Cada princípio é acompanhado de detalhadas recomendações aos Estados²⁶.

Por não se tratar de documento produzido pelos Estados, a natureza jurídica dos Princípios de Yogyakarta frequentemente é tensionada. A primeira tentativa de inserção do documento no sistema das Nações Unidas contou com sua apresentação no Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Genebra, no ano de 2007²⁷, sem aprovação. A segunda foi a apresentação do documento no Terceiro Comitê

²³ O’FLAHERTY, Michael; FISCHER, John. Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, Oxford, v. 8, n. 2, p. 207-248, jan. 2008.

²⁴ O’FLAHERTY, Michael; FISCHER, John. Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, Oxford, v. 8, n. 2, p. 207-248, jan. 2008. p. 233.

²⁵ SANDERS, Douglas. *International: the role of the Yogyakarta Principles*. aug. 2008. Disponível em: <https://outrightinternational.org/content/international-role-yogyakarta-principles>. Acesso em: 22 maio 2021.

²⁶ PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. jul. 2007. p. 7. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

²⁷ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

da Assembleia Geral das Nações Unidas no dia 07 de novembro de 2007 em Nova York (em matéria social, cultural e humanitária), porém recebeu o apoio, apenas, de países ocidentais e latino-americanos, além de ONGs. De importante registro é o fato do documento dos Princípios de Yogyakarta terem sido traduzidos para as seis línguas oficiais da ONU, e de que, no Brasil, no mesmo ano, foram organizados quatro seminários de lançamento nas cidades de Porto Alegre, Nova Iguaçu, Rio de Janeiro e São Paulo²⁸.

The Principles were celebrated as a crucial tool for sexual minorities, but without official sponsorship from sovereign states or a multilateral organization they were effectively nonbinding and did not technically affect international law. In light of these limitations, it was not immediately clear what impact—if any—the Principles would have on policymaking and the lives of sexual minorities²⁹.

Trataremos, ainda nesse artigo, de forma um pouco mais aprofundada, como os Princípios podem ser investidos de uma eficácia normativa da qual, frente à atual recepção, exige grande esforço para afastá-los de propostas garantidoras de direitos da população LGBTI, “*after only two years, activists and policymakers in local, national, and international forums consistently invoke the Yogyakarta Principles as an authoritative document on the rights of sexual minorities worldwide*”³⁰.

Na primeira versão do documento, foram adotados 29 princípios. Passados dez anos de sua publicação, entre os dias 18 e 20 de setembro de 2017, em Genebra, na Suíça, uma nova comissão de *experts*, também oriundos de todos os continentes, adicionou outros 9 princípios e 111 recomendações. Esse novo documento ficou conhecido como *The Yogyakarta Principles plus 10*³¹. O novo documento, sem dúvida, inaugurou uma nova era no que tange à temática das minorias sexuais em relação às produções normativas internacionais, trazendo propostas inovadoras, inclusive, para seus próprios dispositivos anteriores, a exemplo do alargamento da perspectiva do direito ao reconhecimento perante a lei presente no princípio 3 pelo princípio 31³².

The updated YP+10 issued in 2017 are more forward-looking and reflect novelties in international law rather than the accepted status quo. One novelty is Principle 31, which challenges the idea that gender is a static and binary legal category that states must record as part of personal status registrations, a view that was still taken for granted in the original Principles³³.

As duas versões dos Princípios de Yogyakarta guardam, em suas propostas, perspectivas que — apesar de tratarem da mesma temática — possibilitam o registro do que podemos chamar de uma primeira e de uma segunda onda de reconhecimento. Se o impacto conceitual inovador do primeiro documento tensionou

²⁸ SANDERS, Douglas. *International: the role of the Yogyakarta Principles*. aug. 2008. Disponível em: <https://outrightinternational.org/content/international-role-yogyakarta-principles>. Acesso em: 22 maio 2021.

²⁹ THORESON, Ryan Richard. Queering human rights: The Yogyakarta Principles and the norm that dare not speak its name. *Journal of Human Rights*, n. 8, p. 323-339, 2009. p. 323-324.

³⁰ THORESON, Ryan Richard. Queering human rights: The Yogyakarta Principles and the norm that dare not speak its name. *Journal of Human Rights*, n. 8, p. 323-339, 2009. p. 324.

³¹ THE YOGYAKARTA principles plus 10: additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles. Geneva, nov. 2017. Disponível em: http://yogykartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

³² Princípio 3 – toda pessoa tem o direito de ser reconhecida, em qualquer lugar, como pessoa perante a lei. As pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas devem gozar de capacidade jurídica em todos os aspectos da vida. A orientação sexual e identidade de gênero autodefinidas por cada pessoa constituem parte essencial de sua personalidade e um dos aspectos mais básicos de sua autodeterminação, dignidade e liberdade. Nenhuma pessoa deverá ser forçada a se submeter a procedimentos médicos, inclusive cirurgia de mudança de sexo, esterilização ou terapia hormonal, como requisito para o reconhecimento legal de sua identidade de gênero. Nenhum status, como casamento ou status parental, pode ser invocado para evitar o reconhecimento legal da identidade de gênero de uma pessoa. Nenhuma pessoa deve ser submetida a pressões para esconder, reprimir ou negar sua orientação sexual ou identidade de gênero.

Princípio 31 – *everyone has the right to legal recognition without reference to, or requiring assignment or disclosure of, sex, gender, sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to obtain identity documents, including birth certificates, regardless of sexual orientation, gender identity, gender expression or sex characteristics. Everyone has the right to change gendered information in such documents while gendered information is included in them.*

³³ HOLZER, Lena. Smashing the Binary?: a new era of legal gender registration in the Yogyakarta Principles Plus 10. *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, v. 1, n. 1, p. 98-133, 2020.

espaços decisórios, o segundo documento alargou ainda mais essas perspectivas: a norma que ousou em dizer seu nome³⁴, agora ousa em escolher dizer (ou não) sua identidade. A análise da conexão entre os princípios 3 e 31 evidencia que a década que os separou trouxe uma prospecção de reconhecimento ainda mais abrangente. Em um primeiro momento, no cenário internacional, buscou-se o reconhecimento da existência dessas pessoas perante a lei e o direito de autodefinição quanto a sua orientação sexual e identidade de gênero (princípio 3), fundamentando-os na esfera da intimidade e nos constructos da dignidade e da liberdade, porém ainda a respeito de uma racionalidade binária (feminino *versus* masculino) que silenciou (talvez de forma estratégica) outras vivências identitárias dissidentes a esse modelo, a exemplo dos intersexuais e não binários, e ainda sem — de forma expressa — trazer a possibilidade de retificação da condição identitária nos registros públicos. Já em um segundo momento, o esforço foi de alargamento desse direito a um reconhecimento legal (princípio 31), possibilitando o alcance de outras condições e vivências, projetando, dessa forma, a garantia de direitos e a visibilidade dessas pessoas, baseadas no Princípio da Autodeterminação.

Ao tensionar os limites do princípio 3, cria-se uma possibilidade de perfectibilização do reconhecimento buscado na afirmação de que toda pessoa tem o direito a um reconhecimento legal sem referência ou exigência de marcadores identitários ou sexuais, o que abre caminho para a desconstrução desse modelo binário hegemônico excludente (por exemplo o gênero neutro ou a exclusão dos marcadores de gênero) e, de forma expressa, garante o direito de toda pessoa de retificar seus registros públicos utilizando mecanismos rápidos — de forma a compatibilizá-los com suas reais identidades e vivências — enquanto esses marcadores forem exigidos. Experiências ao redor do globo auxiliam a pavimentação dessa perspectiva, como a Declaração de Malta que traz “*in the future, as with race or religion, sex or gender should not be a category on birth certificates or identification documents for anybody*”³⁵. Alguns Estados adotam respostas lastreadas no princípio 31, em uma perspectiva de exceções — enquanto o horizonte da abolição de marcadores sexuais e identitários (nos registros públicos) ainda se mostra desafiador. É o caso da Argentina, em 2018 (seis anos após promulgada sua lei identitária), um adulto recebeu a primeira certidão de nascimento sem gênero, fundamentada na lei de identidade Argentina 26.743/12³⁶. Outro exemplo de possível exceção ao tradicional registro público foi possível na Alemanha, com a alteração da lei de *status* pessoal em 2018, pessoas *intersex* que obtiverem atestado médico sobre sua condição podem subtrair seus marcadores de gênero em seu registro civil, além da possibilidade de solicitarem o registro utilizando a categoria “divers” ou “diverso” (em uma tradução livre). Outras decisões alemãs já entenderam que a mesma lei possibilita que pessoas trans usufruam da mesma possibilidade³⁷. Apesar de certa carga patologizante, são respostas que abrem caminhos para horizontes de reconhecimento mais alargados. Outros exemplos vêm de alguns membros da União Europeia que garantem à pessoa recém nascida, identificada como intersex, a possibilidade de registrar seus marcadores identitários em momento posterior, de acordo com a Agência para Direitos Fundamentais da União Europeia, alguns Estados não determinam esse lapso temporal, como Áustria e Países Baixos (o que novamente cria espaço para uma futura abolição de marcadores sexuais e identitários), outros países como a França fixam um período de até 3 anos após o nascimento³⁸. Já em Malta, os genitores ou responsáveis legais podem postergar o registro do gênero do recém-nascido até que a pessoa complete 18 anos de idade³⁹. Na América Latina, além da já citada Argentina, o Uruguai desponta como, talvez, o Estado possuidor da norma identitária (lei 19.684 de 2018) mais completa e moderna da região: “art.1 – [...] *Este derecho incluye el*

³⁴ Alusão ao epigrama de Oscar Wilde: “*the love that dare not speak its name*” e até então ao silêncio da garantia expressa do direito ao reconhecimento legal das pessoas LGBTI.

³⁵ MALTA Declaration: Third International Intersex Forum, 2013. Disponível em: <https://oieurope.org/malta-declaration/>. Acesso em: 23 maio 2021.

³⁶ Disponível em: <https://www.politicallore.com/argentina-issued-first-gender-neutral-birth-certificate/18119>. Acesso em: 22 maio 2021.

³⁷ Disponível em: http://www.bverfg.de/e/rs20171010_1bvr201916en.html. Acesso em: 22 maio 2021.

³⁸ Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-focus-04-intersex_en.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

³⁹ Disponível em: <https://legislation.mt/cli/cap/540/eng/pdf>. Acesso em: 22 maio 2021.

de ser identificado de forma que se reconozca plenamente la identidad de género propia y la consonancia entre esta identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos identificatorios de la persona”. Outras respostas estatais estão sendo dadas via judiciário em seus âmbitos domésticos, como recentemente no Brasil, a decisão da magistrada que reconheceu o direito de a pessoa declarar que seu gênero é neutro em seu registro público⁴⁰.

Apesar das críticas de algumas alas dos movimentos feministas que entendem que a exclusão ou abolição de marcadores sexuais ou identitários nos registros civis poderiam ter um efeito negativo ao movimento político de reconhecimento das identidades femininas, “*the Principles attempt to make sex a defunct legal category (as) we are moving towards a society where sex does not exist, especially for women and girls, and to destroy the gains made in past decades by the feminist movement*”⁴¹, movimentos de revisão dessas necessidades pelo globo são importantes, como afirma a Agência da União Europeia para Direitos Fundamentais (FRA) “*Gender markers in identity documents and birth registries should be reviewed to better protect intersex people*”⁴².

Para uma melhor análise da profundidade do dispositivo contido no princípio 31, é possível valer-se das teorias *queer*⁴³ e, pontualmente, nesse caso, a proposta teórica da filósofa política Judith Butler parece encontrar confortável espaço. Butler posiciona a categoria gênero como potência desestabilizadora do conceito binário de “sexo” e, nesse esforço, desenvolve o conceito do que chama de performatividade, que introjeta no debate a ideia de que gênero em nossas sociedades modernas, na verdade, são performances absorvidas, desempenhos que apenas existem por força de modelos normalizados (e normatizados), implodindo a perspectiva estável e inata da binariedade⁴⁴. Em direção do mesmo tensionamento, “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”⁴⁵. Nesse sentido, a palavra gênero se insurge como uma potente categoria analítica que procura desestabilizar a imposição de um determinismo biológico sobre o que é ser “mulher” e “homem”.

Outra perspectiva guardada pela inovação que os Princípios de Yogyakarta trazem, em especial o princípio 31, é a da decolonialidade⁴⁶. Entender o que Beauvoir propõe com o “tornar-se mulher” é tensionar um modelo binário imposto, trata-se de uma virada decolonial. A compreensão hegemônica a respeito do binarismo cisheteronormativo⁴⁷, que cria hierarquias de gênero, foi impressa nas colônias pelas metrópoles. Por exemplo, nos povos originários da América Latina, as identidades de gênero e a diversidade sexual eram muito mais fluídas⁴⁸, sendo ortopedicamente engessadas por meio dos processos de colonização. Daí a necessidade e importância de compreender o conceito de gênero como uma categoria analítica decolonial.

⁴⁰ Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/nem-homem-nem-mulher-pessoa-obtem-direito-de-registrar-que-o-seu-genero-e-neutro?inheritRedirect=true>. Acesso em: 22 maio 2021.

⁴¹ HOLLOWAY, Geoff. *The Yogyakarta Principles & the Women's Human Rights Campaign*. 2020.

⁴² Disponível em: https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2015-focus-04-intersex_en.pdf. Acesso em: 22 maio 2021.

⁴³ A expressão Teoria *Queer* surge na década de 90 do século XX, pela primeira vez, por meio do artigo “*Queer Theory: Lesbian and Gay Sexualities*”, publicado na revista “*diferences*” de autoria de Teresa de Lauretis. A expressão teve como referencial teórico os estudos de Foucault e Derrida, além de Judith Butler. Traz a perspectiva questionadora, transformadora e radicalizadora para uma minoria marginalizada por sociedades heteronormativas. Ser *queer* é tensionar a ambiguidade, a multiplicidade e a fluidez das identidades sexuais e de gênero, mas, além disso, também sugere novas formas de pensar a cultura.

⁴⁴ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

⁴⁵ BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. v. 2.

⁴⁶ O termo decolonial refere-se à intenção de superar o momento colonial pelo momento pós-colonial, é de provocar um posicionamento contínuo de transgredir e insurgir. O decolonial implica, portanto, uma luta contínua. Por sua vez, a expressão “decolonial” não pode ser confundida com “descolonização”. Em termos históricos e temporais, essa última indica uma superação do colonialismo. (Catherine Walsh, 2009, p. 15-16). O termo foi cunhado pelo grupo Modernidade/Colonialidade nos anos 2000 e que pretende inserir a América Latina de uma forma mais radical e posicionada no debate pós-colonial.

⁴⁷ O Conceito que tensiona as normas sociais e políticas que buscam exercer poder suficiente para subalternizar outras vivências ou identidades de gênero. Nesse sentido dizer que uma sociedade é cisheteronormativa significa dizer que, nesta sociedade, o padrão social aceito de forma hegemônica é o padrão binário homem *versus* mulher, feminino *versus* masculino e que admite como inteligível apenas a heterossexualidade. Esta sociedade lançará mão de todas as formas de produção de poder para resguardar sua intenção de dominação.

⁴⁸ FERNANDES, Estevão Rafael. *Decolonizando sexualidades: enquadramentos coloniais e homossexualidade indígena no Brasil e nos Estados Unidos*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

Performar um estudo decolonial passa por entender, diferente do que se convencionou chamar de pós-colonialismo, que tal forma de realizar estudos está ligada à história da América Latina. Isso significa que, nesse contexto, fala-se em continuidade das relações coloniais de poder — a colonialidade do poder — “através das categorias de gênero, raça e classe” e que não vivemos um momento pós experiência do colonialismo: a colonialidade é e continua a ser presente na relação entre os países, entre países e sujeitos, e entre os sujeitos, colonialidade que é “de poder, saber, ser, natureza e linguagem, sendo também constitutivas dessas”⁴⁹.

A potência da palavra gênero, enquanto categoria analítica decolonial, desagua também no conceito de direitos humanos como um projeto de sociedade. Diz Herrera Flores:

creio, sinceramente, que chegou o momento de redefinir uma categoria tão importante para compreender os desafios com os quais se depara a humanidade em início do século XXI. Neste sentido, nós definimos os direitos humanos como ‘processos de luta pela dignidade’, ou seja, o conjunto de práticas sociais, institucionais, econômicas, políticas e culturais levadas a cabo pelos movimentos e grupos sociais em sua luta por um acesso igualitário e não hierarquizado a priori aos bens que fazem digna a vida que vivemos⁵⁰.

Mesmo diante dos desafios e das críticas, é fato que o documento dos Princípios de Yogyakarta representa grande avanço no que tange à garantia dos direitos humanos da população LGBTI. Este pode com segurança ser descrito como “*the most authoritative statement’ of international human rights law obligations for States ‘in promoting and protecting the rights of persons of diverse sexual orientations and gender identities’*”⁵¹.

3 A inafastável contribuição dos Princípios de Yogyakarta: dispositivos catalizadores para uma eficácia normativa

Os Princípios de Yogyakarta são um lembrete oportuno de que a subalternização e a vulnerabilização dos corpos de pessoas lésbicas, gays, bissexuais, transexuais, travestis, intersexuais, *queers* e tantas outras vivências sexuais e identitárias viola o direito internacional dos direitos humanos, bem como os padrões comuns de humanidade que definem todos nós. Sua potência nasce de seu fundamento humano e de sua fluidez, que alcança vários espaços de produção normativa, e, em um movimento dialógico, sedimenta sua carga contributiva, o que torna sua carga plural, especializada e protetiva, inafastável — pois existe um valor significativo em articular de forma sistemática a legislação internacional de direitos humanos em favor destas pessoas. Esse processo dialógico pode ser analisado sob os efeitos de três perspectivas: a) da construção de um direito antidiscriminatório; b) do exercício de uma hermenêutica principiológica do oprimido e c) de uma produção normativa discursiva.

3.1 O Direito antidiscriminatório e as leis identitárias

As leis identitárias, assim conhecidas por tratarem das questões das expressões e identidades de gênero, na América Latina, podem exemplificar como a proposta de um direito antidiscriminatório pode se calcificar em diplomas normativos. Ao identificarem essas omissões, essas normas propõem transformações inclusivas e plurais que se irradiam por todo o tecido social na produção de igualdades.

As decisões judiciais sobre a aplicação dessas normas a variadas situações de exclusão, a reflexão teórica

⁴⁹ LUGONES, Maria. Rumo a um feminismo decolonial. *Revista de Estudos Feministas*, v. 22, n. 3, p. 935-954, 2014. p. 940.

⁵⁰ FLORES, Joaquim Herrera. A reinvenção dos direitos humanos. Entrevista concedida a José Geraldo de Sousa Junior. *Constituição & Democracia: Observatório da Constituição e da Democracia*, Brasília, n. 23, jun. 2008.

⁵¹ CARPENTER, Morgan. Intersex human rights, sexual orientation, gender identity, sex characteristics and the Yogyakarta Principles plus 10. *Culture Health & Sexuality*, jul. 2020.

sobre processos responsáveis pela subordinação, a elaboração de novas perspectivas de interpretação da igualdade e a criação de mecanismos institucionais e políticas públicas destinadas à proteção de minorias e grupos vulneráveis são elementos que formam um campo jurídico que tem sido chamado de Direito Antidiscriminatório⁵².

A construção de um direito antidiscriminatório deve atravessar a urgência da luta contra a discriminação negativa por orientações sexuais, identidades e expressões de gênero, sob pena de cair nas armadilhas das LGBTQIAfobias e, dessa forma, não cumprir com sua natureza que se amálgama em um dos elementos medulares de textos convencionais e constitucionais: a redução das desigualdades. Uma sociedade será tão democrática quanto forem os seus compromissos com a busca de garantias de proteções individuais, dos direitos sociais, das inclusões. Nesse esforço, o sistema jurídico assume importante protagonismo, pois é fato que a “luta pelo tratamento igualitário para os membros desse grupo não é um mero tipo de identitarismo [...]”. Ela é uma luta de expansão da democracia, um sistema político que pretende expandir os sentidos e as formas de proteção da igualdade⁵³.

Como já apresentado, os lugares de fala latino-americanos são marcados por profundas e variadas desigualdades, o que potencializa ainda mais a necessidade e a emergência de constructos antidiscriminatórios que podem se valer de “tratados internacionais, textos constitucionais [...] legislação especial [...] decisões de tribunais nacionais e internacionais⁵⁴” como suas fontes.

Nesse esforço, os Princípios de Yogyakarta assumem grande importância ao desenharem um parâmetro que é estratégico na luta por reconhecimento do movimento LGTI: o de uma cidadania identitária. Este é um parâmetro medular para o exercício de uma produção normativa nas esferas legislativas e de aplicação nas esferas judiciais, de um direito antidiscriminatório, aperfeiçoando o funcionamento do sistema no contexto das diversidades. É o que se pode extrair do texto preambular do referido documento:

NOTANDO que a legislação internacional de direitos humanos impõe uma proibição absoluta à discriminação relacionada ao gozo pleno de todos os direitos humanos, civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, que o respeito pelos direitos sexuais, orientação sexual e identidade de gênero é parte essencial da igualdade entre homem e mulher e que os Estados devem adotar medidas que busquem eliminar preconceitos e costumes, baseados na ideia de inferioridade ou superioridade de um determinado sexo, ou baseados em papéis estereotipados de homens e mulheres, e notando ainda mais que a comunidade internacional reconheceu o direito de as pessoas decidirem livre e responsavelmente sobre questões relacionadas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, sem que estejam submetidas à coerção, discriminação ou violência; RECONHECENDO que há um valor significativo em articular de forma sistemática a legislação internacional de direitos humanos como sendo aplicável à vida e à experiência de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas⁵⁵.

Esses reflexos positivos podem ser facilmente percebidos quando analisados os exemplos de leis identitárias na região da América Latina. Em uma ordem progressiva de amplitude de dispositivos reconhecidos, podem-se extrair das leis da Bolívia, Chile, Argentina e Uruguai incidências principiológicas oriundas do documento de Yogyakarta.

⁵² MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 50.

⁵³ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 634.

⁵⁴ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 63.

⁵⁵ Princípios de Yogyakarta, 2007, preâmbulo.

Artigos com incidência principiológica				
Dispositivo dos Princípios de Yogyakarta	Bolívia - Lei 807/16	Chile - Lei 21.120/18	Argentina - Lei 26.743/12	Uruguai - Lei 19.684/18
Art. 1 - DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS	5	4	1	1 e 3
Art. 2 - DIREITO À IGUALDADE E A NÃO-DISCRIMINAÇÃO	5 e 6	4 e 5	12 e 13	2
Art. 3 - DIREITO AO RECONHECIMENTO PERANTE A LEI	1	1 e 2	1 e 3	5, 6 e 9
Art. 6 - DIREITO À PRIVACIDADE	6	5	9	6
Art. 12 - DIREITO AO TRABALHO		23		12 e 13
Art. 13 - DIREITO À SEGURIDADE SOCIAL E A OUTRAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO SOCIAL		23		2 e 7
Art. 15 - DIREITO À HABITAÇÃO ADEQUADA				22
Art. 16 - DIREITO À EDUCAÇÃO				15 e 16
Art. 17 - DIREITO AO PADRÃO MAIS ALTO ALCANÇÁVEL DE SAÚDE			11	19
Art. 18 - PROTEÇÃO CONTRA ABUSOS MÉDICOS				20
Art. 26 - DIREITO DE PARTICIPAR DA VIDA CULTURAL				18
Art. 29 - RESPONSABILIZAÇÃO ("ACCOUNTABILITY")	4 e 12	25		7 e 10

Fonte: produção própria.

Uma análise mais aprofundada que alcance fundamentos mais subjetivos, inclusive, é necessária. O limite de espaço no presente texto não permite tal exercício, porém, mesmo não sendo o foco de esforço, é necessário, minimamente, demonstrar esse panorama para uma melhor visão da dinâmica dessa gramática. É possível perceber reflexos do documento de Yogyakarta na construção de alguns dispositivos nas leis identitárias existentes na região da América Latina. Outrossim é o convencimento de que diplomas mais recentes tendem a abarcar (de forma objetiva) mais dispositivos principiológicos (por exemplo nos casos do Chile e do Uruguai). A lei uruguaia parece estar mais conectada a uma proposta de reconhecimento pleno, e à frente da realidade latino-americana. Porém, apesar de a norma argentina conter, objetivamente, menos dispositivos em relação às normas bolivianas e chilenas, ela traz, em seu bojo, um conteúdo material mais moderno e avançado, como o uso de uma racionalidade não binária (que não traz a obrigatoriedade de marcadores conformados com os conceitos de masculino e feminino), de uma perspectiva não patologizante (que não exige nenhum documento médico ou psiquiátrico para a possibilidade de adequação dos registros públicos), de um procedimento mais acessível quanto à não exigência da interferência de advogados e na concessão do benefício da gratuidade para o procedimento.

Cabe às instituições jurídicas garantir que práticas sociais não operem como um instrumento para a reprodução de estereótipos que negam a humanidade de membros de minorias sexuais. O comprometimento com a eliminação de castas sociais é um dos propósitos centrais do princípio da igualdade, o que mostra a relevância a consideração desse princípio constitucional nessa matéria, requisito para a construção de uma cidadania igualitária em nossa sociedade⁵⁶.

Outros exemplos que calcificam ressonâncias principiológicas do documento de Yogyakarta podem ser visualizados em importantes posicionamentos pela Suprema Corte brasileira nos julgamentos da ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO 26)⁵⁷ e do mandado de injunção (MI 4733)⁵⁸ que decidiu que, até que o país edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo (Lei 7.716/89)⁵⁹ já prevista no ordenamento doméstico brasileiro.

⁵⁶ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 636.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO 26/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 4733/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

⁵⁹ BRASIL. *Lei n. 7.716 de 5 de janeiro de 1989*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm. Acesso em: 29 maio 2021.

[...] **É preciso também não desconhecer**, na abordagem jurisdicional do tema ora em exame, a **existência dos Princípios de Yogyakarta**, notadamente daqueles que reconhecem a inter-relacionalidade e indivisibilidade de todos os aspectos da identidade humana, inclusive aqueles relativos à orientação sexual e à identidade de gênero. **Essa importante Carta de Princípios**, fruto de conferência realizada, na Indonésia, em novembro de 2006, sob a coordenação da Comissão Internacional de Juristas e do Serviço Internacional de Direitos Humanos, fez consignar as seguintes considerações: “INTRODUÇÃO AOS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis e inter-relacionados. **A orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa e não devem ser motivo de discriminação ou abuso**[...].⁶⁰

Nesse mesmo julgamento, **foram invocados os “Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero”**, conhecidos como “Princípios de Yogyakarta”, que têm plena incidência no presente caso.⁶¹

A partir dessa decisão, ainda no âmbito internacional, o reconhecimento de que a orientação sexual é discriminação atentatória consta de uma série de decisões e precedentes internacionais, como, por exemplo, o Comentário Geral n. 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que observou que **“os Estados devem garantir que a orientação sexual de uma pessoa não é uma barreira para a realização dos direitos desta Convenção”** (E/C.12/GC/28, par. 32). No mesmo Comentário, o Comitê indica que os Princípios de Yogyakarta devem ser utilizados como fontes para as definições de “orientação sexual” e “identidade de gênero”. Assim, no Princípio 2, **a Declaração de Yogyakarta dispõe que “a discriminação com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais”**.⁶²

Outras decisões recentes, também no âmbito doméstico brasileiro, a exemplo da justiça do Estado do Rio de Janeiro, de São Paulo e do Estado de Santa Catarina, garantiram à parte autora o direito de, no momento da retificação de nome e “sexo⁶³”, em seus registros públicos, constasse um marcador identitário mais próximo de suas vivências identitárias. No caso de Santa Catarina, a justiça concedeu o direito à pessoa autora de utilizar o marcador “gênero neutro”⁶⁴. No caso da cidade de São Paulo, foi garantido o uso do marcador “não binário” e, no caso do Rio de Janeiro, o uso de “sexo não especificado”⁶⁵. Todas essas decisões, sob os fundamentos dos princípios do direito à autodeterminação, dignidade, igualdade, da privacidade, da não patologização, se justificam na busca de espelhar, minimamente, nos documentos públicos a realidade vivida pelas pessoas.

Exemplos de cristalizações de uma proposta de um direito antidiscriminatório que contribuem, em alto grau, com a cristalização de uma eficácia normativa, aqui defendida. Porém, para além dessa dimensão, é

⁶⁰ Trecho do voto do relator – Ministro Celso de Mello no julgamento da ADO 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. (grifo nosso).

⁶¹ Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADO 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoRL.pdf>. (grifo nosso).

⁶² Trecho do voto do Ministro Relator Edson Fachin no julgamento da MI 4733. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. (grifo nosso).

⁶³ Existe muita confusão a respeito do que a lei de registros públicos brasileira (Lei 6.015/73) identifica como “sexo”. Em nenhum outro diploma normativo se faz distinção entre sexo e gênero, muito menos documentos que definam as categorias de marcadores para sexo a lei oferece, ficando à mercê da construção cultural e da práxis a obrigatoriedade registral binária entre as categorias de homem *versus* mulher, feminino *versus* masculino.

⁶⁴ Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/nem-homem-nem-mulher-pessoa-obtem-direito-de-registrar-que-o-seu-genero-e-neutro?inheritRedirect=true>. Acesso em: 25 maio 2021.

⁶⁵ Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10690-Justica-autoriza-genero-nao-especificado-em-registro-civil>. Acesso em: 27 maio 2021.

inafastável a consolidação de um imperativo ético que nasce das perspectivas de lutas por uma sociedade que precisa entender que não basta mais não admitir qualquer nível de discriminação, é preciso ser antidiscriminatória e se afastar de mecanismos reprodutores de violências históricas, aproximando-se de produções de reconhecimento com resultados de autorespeito e de autoestima das pessoas e sujeitos coletivos, saturando a proposta dos Princípios de Yogyakarta com o objetivo atuando e produzindo integridade social e dignidade.

3.2 A hermenêutica do oprimido e a densificação das normas internacionais

É possível o exercício de uma hermenêutica capaz de densificar normas internacionais de direitos humanos? E na possibilidade, é admissível admitir perspectivas elaboradas apenas por membros que, na maioria das vezes, interpretam normas com base em experiências sociais hegemônicas e subalternizantes? Se, de fato as propostas dos princípios de igualdade, dignidade e não discriminação são um compromisso internacional a serem buscadas, a escuta polifônica e o olhar diverso para as minorias sexuais e identitárias espoliadas e vulnerabilizadas não podem ser desconsideradas.

un importante desarrollo que ha tenido impacto en el derecho internacional en materia de identidad y expresión de género se encuentra en los Principios de Yogyakarta¹⁷, emitidos en el año 2007 y actualizados mediante la aprobación de los Principios de Yogyakarta+10, en 2017 [...] Si bien estos principios **no constituyen un instrumento internacional de carácter vinculante, interpretan las obligaciones estatales ya consagradas en tratados internacionales de carácter vinculante**, a la luz del principio de no discriminación, cuando esta se basa en la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género o características sexuales. (Estos principios reflejan las doctrinas de los publicistas de mayor competencia, constituyen un medio auxiliar para la determinación de las reglas del derecho internacional)⁶⁶.

Em certa medida, os Princípios de Yogyakarta apresentam interpretações e aplicações especializadas acerca de normas internacionais de direitos humanos, um exercício hermenêutico que acopla o documento aos fundamentos de normas vinculantes. O documento oferece uma perspectiva protetiva, afirmando que a orientação sexual e a identidade de gênero⁶⁷ são essenciais para o cumprimento das promessas de igualdade, de não discriminação e de dignidade em prerrogativas de fruição de direitos por todas as pessoas.

O Princípio da Igualdade, de maneira geral, é o parâmetro central do constitucionalismo moderno e grande parte da doutrina posiciona-se na direção de um entendimento da igualdade como caráter procedimental também. Em outras palavras, “mais do que um princípio jurídico, a igualdade opera nessa perspectiva como um critério para a averiguação de normas que violam o requisito do tratamento igualitário entre pessoas”⁶⁸, que teoricamente são iguais e merecem tratamento igualitário. Porém, como lembra Boaventura, “as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza”⁶⁹.

Uma hermenêutica principiológica que não leve em consideração os lugares de fala⁷⁰ de grupos vulne-

⁶⁶ CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁶⁷ Adotaremos, na perspectiva deste trabalho, os conceitos trazidos pelos Princípios de Yogyakarta, que compreendem “orientação sexual como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas; e “identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.

⁶⁸ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 280.

⁶⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 56.

⁷⁰ O conceito de lugar de fala nasce da Teoria do Ponto de vista Feminino, porém são várias as autoras e estudiosas que compõem

rabilizados a quem, em última análise, os princípios estão endereçados pode cumprir com os compromissos normativos? A experiência social de minorias pode estar apartada de uma valoração normativa no processo de interpretação jurídica? A busca pela promessa convencional de emancipação de grupos precarizados⁷¹ constitui um compromisso.

A proposta trazida por Adilson José Moreira, de uma “hermenêutica do oprimido”, oferece possibilidades contributivas nessa discussão quando revela a potência das análises interpretativas de normas, sob o olhar de participantes de grupos minoritários e vulnerabilizados.

Esses autores e essas autoras afirmam que perspectivas tradicionais da igualdade contribuem para a reprodução da opressão porque desconsideram a existência e as consequências das formas de marginalização que membros de grupos sociais minoritários sofrem. Essa crítica está associada ao fato de que essas perspectivas interpretativas são elaboradas e empregadas por membros dos grupos dominantes, motivos pelo qual muitos interpretam normas jurídicas a partir da experiência social que eles possuem. [...] Eles afirmam que a experiência social de grupos marginalizados deve ter um valor normativo no processo de interpretação jurídica⁷².

As porosidades que os Princípios de Yogyakarta apresentam são capazes de recepcionar “uma postura hermenêutica sensível às demandas de igualdade elaboradas por grupos oprimidos”, pois possuem aberturas capazes de incluir reflexões sobre movimentos interpretativos que considerem a historicidade dos processos de espoliação e vulnerabilização a que a população LGBTI é submetida. O que possibilita o alinhamento de uma dimensão política das normas internacionais de direitos humanos às lutas por reconhecimento dessa população e a consideração de “que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”, o que inclui a pluralidade das vivências identitárias e sexuais por meio de uma “hermenêutica do oprimido [que] está especialmente interessada em examinar os meios a partir dos quais normas e discursos jurídicos operam para promover a institucionalização de certas identidades como requisito para o acesso a direitos”⁷³.

É imperativo o comprometimento com os contextos sociais, culturais e políticos em que grupos minoritários são inseridos e, nesse sentido, uma hermenêutica deve nutrir-se de perspectivas protetivas e emancipatórias, absorvendo critérios que transbordam a racionalidade procedimental (que é necessária) e acionam critérios substantivos, sob pena de não alcançarem os fatos das vivências e das dores reais.

Uma hermenêutica do oprimido não pode ignorar o fato de que o processo de interpretação jurídica tem também uma dimensão política. [...] A hermenêutica do oprimido parte do pressuposto de que o intérprete não fala de um lugar de plena neutralidade. [...] O intérprete fala de um lugar social atravessado por manifestações ideológicas e também por relações de poder, o que o faz perceber o funcionamento das relações sociais a partir de certa perspectiva. [...] A hermenêutica do oprimido está especialmente

esse conceito pensando lugar de fala a partir da psicanálise, analisando, por exemplo, obras de Michel Foucault, de estudos de Linda Alcoof e de Gayatri Spivak (em especial em seu emblemático artigo “Pode o subalterno falar?”). Djamila Ribeiro adensa este conceito a partir dos pensamentos destas autoras e autores, mas, em especial, de nomes como de Patrícia Hill Collins e Grada Kilomba. Lugar de fala não se trata de experiências individuais, necessariamente, mas de pensar as condições sociais que permitem ou não que esses grupos acessem espaços de cidadania. É pensar como o lugar nas relações de poder ocupado por certos grupos limita a participação. Não poder acessar certos espaços sociais implica na não produção de epistemologias desses grupos e, conseqüentemente, na imposição do silêncio à estas pessoas. O conceito questiona as epistemologias dominantes e, nesse movimento, evidencia os saberes produzidos pelos grupos colonizados e subalternizados e, assim, desestabiliza a existência de um sistema de poder que invisibiliza e invalida vivências e saberes de grupos marginalizados. Essencialmente, refere-se à potência que uma pessoa possui para falar sobre a sua situação social enquanto pertencente a um grupo minoritário, ao lugar social de prática discursiva associada às experiências sociais específica e, em geral, relacionada a algum tipo de opressão ou espoliação. RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?*. Belo Horizonte: Letramento; Justificando, 2017. p. 54.

⁷¹ O conceito de vidas precárias é desenvolvido no livro de Judith Butler que leva o mesmo nome, que inaugura um alargamento das discussões teóricas da autora, após a obra anterior *Bodies That Matter* (2020). O tensionamento central é: o que conta como uma vida? Questiona os processos de humanização e de desumanização que traçam linhas que definem quais vidas serão consideradas vivíveis e quais mortes não poderão ter seus prantos publicizados. Reflete sobre a insensibilidade ao sofrimento humano. BUTLER, Judith. *Vida precária: os poderes do luto e da violência*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

⁷² MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 299.

⁷³ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 310, inserção nossa.

interessada em examinar os meios a partir dos quais normas e discursos jurídicos operam para promover a institucionalização de certas identidades como requisito para o acesso a direitos⁷⁴.

É importante e fundamental que se considerem pressupostos jurídicos capazes de pacificar a proposta de uma hermenêutica voltada aos esforços protetivos e alinhada com o constructo dos direitos humanos. Uma hermenêutica emancipadora encontra guarida jurídica nos princípios da igualdade, da liberdade, da não discriminação e da dignidade humana. O que contribui para a busca pela efetivação de um compromisso normativo do sistema internacional de direitos humanos, na luta por reconhecimentos e emancipações em vistas de sociedades mais igualitárias e plurais.

3.3 A produção discursiva do SIDH: os documentos técnicos

Os órgãos competentes para os assuntos relativos aos compromissos assumidos pelos Estados, no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), e conseqüentemente, os revestidos de autoridade suficiente para o que nomearemos aqui de produção discursiva, são a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos⁷⁵, considerados, também, os mais altos órgãos dentro do sistema. Para uma análise a respeito do alcance dos efeitos de uma produção discursiva por meio dos documentos técnicos forjados dentro do SIDH, fundamentais ao objetivo deste artigo, é mister que se estabilize, minimamente, a competência e as funções do órgão gerador, nesse caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Preliminarmente, é importante mencionar que a Corte se compõe de sete juízes oriundos dos Estados membros, eleitos dentre juristas da mais alta autoridade moral e de reconhecida competência em matéria de direitos humanos⁷⁶. A CIDH possui competência tanto consultiva quanto jurisdicional, isso significa dizer que ela é investida da faculdade para aplicar e de ser intérprete última das disposições contidas na Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷⁷, por tratar-se do mais alto órgão e por possuir essa dupla funcionalidade, “*tiene la facultad inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (Kompetenz-Kompetenz)*”⁷⁸. Em outras palavras, ela possui poder para legislar sobre sua própria competência. Para a análise desse primeiro documento, importa registrar, também, que sua função consultiva permite interpretar qualquer dispositivo convencional e sua autoridade lhe outorga a legitimidade de emitir as conhecidas Opiniões Consultivas (OC), produzidas a partir de provocação realizadas pelos Estados membros⁷⁹.

Ademais, é potente que se traga para o debate aqui pretendido a característica dinâmica dos tratados de direitos humanos que a Corte tem feito questão de introjetar em suas interpretações e aplicações.

[...] la Corte ha reiteradamente señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación dispuestas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸⁰.

Com o objetivo de expor como os Princípios de Yogyakarta podem amparar efeitos discursivos produ-

⁷⁴ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020. p. 309-310.

⁷⁵ Conforme art. 33 da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>.

⁷⁶ Conforme art. 52 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>.

⁷⁷ Conforme art. 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>.

⁷⁸ Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017, par. 15. Previsão no art. 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>.

⁷⁹ Conforme art. 64.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>.

⁸⁰ Opinião Consultiva OC-24/17 de 24 de novembro de 2017, par. 58. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021.

zidos pela CIDH, será apresentado um exemplo de cada uma das duas funções exercidas pela Corte: OC 24/17 (função consultiva) e o caso Duque *versus* Colômbia (função jurisdicional).

3.3.1 Opinião Consultiva (OC) n.º 24 de novembro de 2017⁸¹

Em maio de 2016, o Estado da Costa Rica, com fundamento no art. 64.1⁸² da Convenção Americana (que permite aos Estados solicitarem à Corte opiniões consultivas não apenas a respeito da Convenção, mas também de qualquer outro tratado de direitos humanos no âmbito dos Estados americanos), apresentou uma solicitação de opinião consultiva sobre a interpretação e o alcance dos artigos 11.2⁸³, 18⁸⁴ e 24⁸⁵ da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em relação ao artigo 1⁸⁶ do próprio instrumento. O objetivo do Estado da Costa Rica com essa solicitação era que a Corte se pronunciasse a respeito de diversos questionamentos⁸⁷, dos quais, em razão dos propósitos deste trabalho, destaca-se o primeiro deles, formulado nos seguintes termos:

tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?⁸⁸

A intenção costarrriquenha em consultar a Corte a respeito da possibilidade de retificação do nome de pessoas transexuais e seus reflexos abriu a possibilidade de uma definição importante dentro do universo de reconhecimento das pessoas LGBTI. Em outros termos, diante do questionamento, a Corte teve a oportunidade de desenvolver um entendimento a respeito do direito à orientação sexual e à identidade de gênero, percorrendo e fundamentando seu posicionamento em alguns dispositivos contidos na Convenção, além de

⁸¹ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁸² Artigo 64 – 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. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁸³ Artigo 11. 2 – proteção da honra e da dignidade — ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁸⁴ Artigo 18. Direito ao nome – toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esses direitos, mediante nomes fictícios, se for necessário. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁸⁵ Artigo 24. Igualdade perante a lei – Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁸⁶ Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos – 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. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁸⁷ Os questionamentos apresentados pelo Estado da Costa Rica à Corte Interamericana de Direitos Humanos, foram: 1. “*Tomando en cuenta que la identidad de género es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en los numerales 11.2 y 18 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado deba reconocer y facilitar el cambio de nombre de las personas, de acuerdo con la identidad de género de cada una?*”; 2. “*En caso que la respuesta a la anterior consulta fuera afirmativa, ¿se podría considerar contrario a la CADH que la persona interesada en modificar su nombre de pila solamente pueda acudir a un proceso jurisdiccional sin que exista un procedimiento para ello en vía administrativa?*”; 3. “*¿Podría entenderse que el artículo 54 del Código Civil de Costa Rica, debe ser interpretado, de acuerdo con la CADH, en el sentido de que las personas que deseen cambiar su nombre de pila a partir de su identidad de género no están obligadas a someterse al proceso jurisdiccional allí contemplado, sino que el Estado debe proveerles un trámite administrativo gratuito, rápido y accesible para ejercer ese derecho humano?*”; 4. “*Tomando en cuenta que la no discriminación por motivos de orientación sexual es una categoría protegida por los artículos 1 y 24 de la CADH, además de lo establecido en el numeral 11.2 de la Convención ¿contempla esa protección y la CADH que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de un vínculo entre personas del mismo sexo?*”, y 5. “*En caso que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿es necesaria la existencia de una figura jurídica que regule los vínculos entre personas del mismo sexo, para que el Estado reconozca todos los derechos patrimoniales que se derivan de esta relación?*”.

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Parecer Consultivo OC 24-17 de 24 de novembro de 2017, par.3.4. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

definir conceitos a serem utilizados no alcance do SIDH.

A secretaria da Corte recebeu observações escritas de nove Estados membros da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, de sete organismos estatais, de 47 associações internacionais, nacionais, instituições acadêmicas e de organizações não governamentais e, ainda, de 26 pessoas da sociedade civil. Nota-se a grande movimentação gerada pela interpelação e o alto nível de publicização da temática. Importa, também, registrar que os Princípios de Yogyakarta são mencionados vinte vezes durante todo o inteiro teor do documento da OC 24/17.

Liminarmente, na oportunidade da OC-24/17, dois pontos nevrálgicos para a discussão de temas sobre minorias sexuais e identitárias são instados e definidos pela Corte Interamericana, que como mais alto órgão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e, por meio do exercício de uma hermenêutica principiológica, transplanta os conceitos de orientação sexual, de identidade e de expressão de gênero do documento de Yogyakarta, registrando em notas referenciais, de forma expressa, o que significa dizer que, de forma discursiva, a Corte introjeta os conceitos de Yogyakarta ao SIDH, sedimentando-os a partir deste momento⁸⁹. Complementando o esforço discursivo de cristalização dos dispositivos principiológicos de Yogyakarta no SIDH, a Corte afirma, de forma expressa, que tais princípios representam obrigações por parte dos Estados.

Asimismo, es posible inferir que el derecho al reconocimiento de la identidad de género implica necesariamente el derecho a que los datos de los registros y en los documentos de identidad correspondan a la identidad sexual y de género asumida por las personas transgénero. **En ese sentido, los principios de Yogyakarta plantean la obligación** a cargo de los Estados de adoptar las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias “para respetar plenamente y reconocer legalmente el derecho de cada persona a la identidad de género que ella defina para sí”, así como para que “existan procedimientos mediante los cuales todos los documentos de identidad emitidos por el Estado que indican el género o el sexo de una persona — incluyendo certificados de nacimiento, pasaportes, registros electorales y otros documentos— reflejen la identidad de género profunda que la persona define por y para sí”⁹⁰.

A Corte ainda afirma que a orientação sexual e a identidade de gênero constituem aspectos fundamentais ao direito à autodeterminação, ao direito de liberdade e à dignidade, e que todo ser humano tem o direito de desfrutar de todos seus direitos independente de orientação sexual ou identidade de gênero e faz, de forma expressa, em nota referencial ao documento de Yogyakarta: “*mutatis mutandis, Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, Principios de Yogyakarta, 2007. Principio 6*”⁹¹.

Con relación a la identidad de género y sexual, lo anterior implica que las personas en su diversidad de orientaciones sexuales, identidades y expresiones de género deben poder disfrutar de su capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. Ello por cuanto la orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Sin embargo, el derecho a la personalidad jurídica no se reduce únicamente a la capacidad de la persona humana a ingresar al tráfico jurídico y ser titular de derechos y obligaciones sino que comprende, además, la posibilidad de que todo ser humano posea, por el simple hecho de existir e independientemente de su condición, determinados atributos que constituyen la esencia de su personalidad jurídica e individualidad como sujeto de derecho. Por tanto, existe una relación estrecha entre por un lado el reconocimiento de la personalidad jurídica y, por otro, los atributos jurídicos inherentes a la persona humana que la distinguen, identifican y singularizan⁹².

⁸⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, notas 45/46/49/56/57. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, par. 112, grifo nosso. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

⁹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, nota 240. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

⁹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, par. 104. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

A Corte reitera, de modo discursivo, que os Princípios de Yogyakarta possuem aplicação no direito internacional com relação à orientação sexual ou identidade de gênero e fundamenta seu posicionamento no dispositivo contido no princípio 13⁹³ do documento de Yogyakarta.

Aunado a lo anterior, es preciso considerar que la presente opinión consultiva tiene como objeto interpretar los derechos a la igualdad y no discriminación de personas LGBTI en relación con las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos establecidos en la Convención Americana. Conforme a la interpretación sistemática contemplada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen”¹³⁸. Este Tribunal estima que, en aplicación de estas normas, debe tomar en consideración la normativa internacional sobre personas LGBTI al momento de especificar el contenido y alcance de las obligaciones asumidas por los Estados bajo la Convención Americana, en particular al precisar las medidas que deben adoptar los Estados. En virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, otras convenciones relevantes en que sean parte los Estados americanos a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de la disposición citada. En adición, la Corte considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema adoptados a nivel internacional⁹⁴.

Outro potente argumento que fundamenta o desenvolvimento de uma produção normativa discursiva por meio de documentos técnicos, a exemplo da OC 24/17, está amparado no art. 29 da Convenção Americana, o conhecido Princípio *pro Persona*, que veda qualquer interpretação aos dispositivos contidos em documentos com natureza protetiva e garantidora dos direitos humanos.

Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29, entre las que alberga el principio *pro persona*, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza⁹⁵.

Por fim, é interessante registrar que ressonâncias dos Princípios de Yogyakarta são sentidos em produções judiciais em âmbitos domésticos, a exemplo do julgamento pela Corte Suprema do Estado brasileiro da ação de inconstitucionalidade por omissão (ADO 26) e do mandado de injunção (MI 4733), que decidiu que, até que o país edite lei específica, as condutas homofóbicas e transfóbicas se enquadram na tipificação da Lei do Racismo já prevista no ordenamento doméstico brasileiro. Em seus votos, os ministros registram, de forma expressa, a contribuição fundamental para a decisão dos dispositivos de Yogyakarta. No MI 4733, o ministro relator Edson Fachin menciona desde o comentário geral do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, passando pela OC – 24/17, como também os Princípios de Yogyakarta no auxílio da fundamentação da tese, que sagrou vencedora, decisória quanto à homotransfobia no Brasil.

[...] ainda no âmbito internacional, o reconhecimento de que a orientação sexual é discriminação atentatória consta de uma série de decisões e precedentes internacionais, como, por exemplo, o Comentário Geral n. 20 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que observou que “os Estados devem garantir que a orientação sexual de uma pessoa não é uma barreira para a realização dos direitos desta Convenção” (E/C.12/GC/28, par. 32). No mesmo Comentário, o Comitê indica que os Princípios de Yogyakarta devem ser utilizados como fontes para as definições de “orientação sexual” e “identidade de gênero”. Assim, no Princípio 2, a Declaração de Yogyakarta dispõe que “a discriminação

⁹³ Princípio 13 – “Direito à seguridade social e a outras medidas de proteção social”. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, par. 59. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

⁹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017, par. 57. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf. Acesso em: 20 maio 2021.

com base na orientação sexual ou identidade de gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivo ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante a lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais”. No âmbito regional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos publicou a decisão na Opinião Consultiva OC-24/17, já referida nesta manifestação, na qual assentou, de forma bastante sensível, que toda pessoa tem o direito de ser reconhecida como única e distinta das demais. Afirmou, ainda, que “consolidar a individualidade da pessoa frente ao Estado e à sociedade implica possuir a legítima autoridade para definir a exteriorização de suas convicções mais íntimas” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, OC-24/17, de 24 de novembro de 2017, para. 91, tradução livre)⁹⁶.

Na apreciação das teses dos no julgamento da ADO 26, o ministro relator Celso de Mello fez menção expressa ao documento de Yogyakarta, frisando a importância daquele julgamento para a garantia dos direitos fundamentais para esta população tão precarizada.

É por isso mesmo, Senhor Presidente, que este julgamento assume importância fundamental no processo de ampliação e de consolidação dos direitos fundamentais das pessoas e constitui momento culminante na efetivação do dogma – segundo proclama a Introdução aos Princípios de YOGYAKARTA (2006) – de que todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos, pois todos os direitos humanos são universais, interdependentes, indivisíveis, inextinguíveis e inter-relacionados, sendo certo, presente esse contexto, que a orientação sexual e a identidade de gênero são essenciais à dignidade e à humanidade de cada pessoa, não devendo constituir motivo de discriminação ou abuso⁹⁷.

3.3.2 Caso Duque Vs. Colômbia⁹⁸

A Corte, em um esforço de contribuição protetivo aos direitos humanos na região interamericana, em exercício da aplicação da jurisdição convencional, tem utilizado os princípios de Yogyakarta em sua jurisprudência, ao exemplo do Caso Duque *vs.* Colômbia, sentenciado em fevereiro de 2016, em que a vítima Ángel Alberto Duque foi obstaculizada o direito de receber uma pensão em razão da morte de seu companheiro, por serem um casal homoafetivo, como assinala o informe de admissão da Comissão:

la presunta víctima habría sido víctima de discriminación con base en su orientación sexual en razón de que la alegada diferencia de trato no podría considerarse idónea porque el concepto de familia referido por el Estado sería limitado y estereotipado, excluyendo supuestamente de manera arbitraria formas diversas de familia como las formadas por parejas del mismo sexo. Adicionalmente, la Comisión constató que el Estado no habría proveído a la presunta víctima de un recurso efectivo frente a la supuesta violación y que, por el contrario, las autoridades judiciales que conocieron el caso habrían perpetuado con sus decisiones los perjuicios y la estigmatización de las personas y parejas del mismo sexo. Finalmente, concluyó que, debido a los múltiples factores de vulnerabilidad en que se encontraría el señor Duque, incluyendo su orientación sexual, ser portador de VIH, y su condición económica, la presunta víctima también se habría visto afectada en su derecho a la integridad personal.⁹⁹

Em suas considerações, a Corte desenvolve sua decisão a partir do direito à igualdade e ao direito de não discriminação, fundamentando seu posicionamento diante do caso concreto nos Princípios de Yogyakarta, de forma especial em seu princípio de número 13. Em sua decisão, a Corte, utilizando como arcabouço argumentativo o documento de Yogyakarta, reafirma que todas as pessoas têm o direito à seguridade social e que esse direito é um dever do Estado que deve adotar medidas para que nenhuma construção discriminatória possa obstaculizar seu exercício.

⁹⁶ Trecho do voto do ministro Relator Edson Fachin no julgamento do MI 4733. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁹⁷ Trecho do voto do ministro Relator Celso de Mello no julgamento da ADO 26. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

⁹⁸ Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021.

⁹⁹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

Por otra parte, **los Principios de Yogyakarta** sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, **establecen** en el Principio N° 13 que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a otras medidas de protección social, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género. Por lo tanto, los Estados deberán adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de asegurar el acceso, en igualdad de condiciones y sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, a la seguridad social y a otras medidas de protección social, incluyendo beneficios laborales, licencia por maternidad o paternidad, beneficios por desempleo, seguro, cuidados o beneficios de salud (incluso para modificaciones del cuerpo relacionadas con la identidad de género), otros seguros sociales, beneficios familiares, beneficios funerarios, pensiones y beneficios relativos a la pérdida de apoyo para cónyuges o parejas como resultado de enfermedad o muerte.¹⁰⁰.

Nesse sentido, parece inegável que, no exercício do mais alto órgão do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em fundamentar suas considerações na resolução do caso, menciona, de forma expressa, a tecnologia protetiva contida no princípio 13 do documento de Yogyakarta. Assim, ratifica o conteúdo da norma principiológica prevista no documento (apesar de dois votos dissidentes criticarem o documento) e, dessa forma, desempenha uma função discursiva que posiciona como inafastável a importante contribuição do documento de Yogyakarta no que tange ao reconhecimento da população LGBTI, quando afirma que o documento “estabelece” pertinente e necessária matéria para sua posição diante do caso concreto.

4 IACCL como cristalização cultural de experiências compartilhadas

A ideia de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina é pensada com base na perspectiva de possibilidades dialógicas em se tratando de produções normativas e discursivas. As já mencionadas aberturas constitucionais, em relação a um direito internacional (aspecto positivo), e as perspectivas oriundas de produções decisórias vinculadoras (aspecto discursivo), encontram energia de potência transformadora na “proposta do comum”. Os “direitos constitucionais estatais e o direito internacional público encontram-se em uma relação de fortalecimento mútuo, conclamados a assegurar as garantias e promessas do assim chamado bloco de constitucionalidade”¹⁰¹.

A proposta do Iccal¹⁰² está essencialmente comprometida com a busca de uma transformação social e política na América Latina, criando dispositivos corretivos de possíveis fissuras no estado de direito e densificadores dos direitos humanos. Nesse sentido, o sistema interamericano de direitos humanos e a participação da sociedade civil assumem importante função para a pavimentação de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano.

4.1 A Consolidação de um *corpus iuris*

Apesar de serem desprovidos de caráter vinculante objetivo internacional, é possível afirmar que os Princípios de Yogyakarta possuem uma inafastável eficácia normativa, dada sua potente contribuição na interpretação e aplicação de normas principiológicas do Sistema Internacional de Direitos Humanos e a contínua incorporação de seus reflexos em vários espaços de produção normativa por vários órgãos pertencentes ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

¹⁰⁰ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁰¹ VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 269, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/20564/PDIxibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 out. 2021.

¹⁰² *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

Como apresentado acima, o comprometimento com a defesa da construção de um direito antidiscriminatório, o esforço para que se desestabilize a hegemonia dos tradicionais lugares de fala por meio de uma hermenêutica do oprimido e a prática de incorporação do documento de Yogyakarta são elementos estruturantes de uma eficácia normativa.

Os princípios de Yogyakarta foram expressamente reconhecidos pela Corte (à exemplo dos documentos técnicos OC – 24/17 e caso Duque *versus* Colômbia), bem como têm sido reconhecidos em diferentes contextos normativos (à exemplo das leis identitárias, decisões judiciais em âmbitos domésticos) como parâmetro hermenêutico que permite compreender o alcance das obrigações internacionais em matéria de direitos humanos sob a perspectiva das pessoas LGBTI.

Nesse sentido, a característica de uma eficácia normativa revela-se como importante tecnologia que em presta aos Princípios de Yogyakarta a possibilidade de se constituírem como vetor na busca pela consolidação de um bloco de convencionalidade, ao menos no que alcança os direitos e garantias LGBTI.

A construção de um bloco de convencionalidade encontra guarida e possibilidade dialógica nas tecnologias dos textos constitucionais latino-americanos. Exemplo desse tipo de dispositivo são as conhecidas cláusulas abertas “que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos”¹⁰³. Dessa forma, em um processo multinível, facilitam um movimento de constitucionalização do direito internacional e de internacionalização do direito constitucional, que, nesse esforço, contribuem para a consolidação de um *corpus iuris* latino-americano.

4.2 O processo legislativo como espaço de luta necessário

O conceito de reconhecimento incorpora robusta envergadura teórica na oferta de uma teoria da justiça, que, vinculada à metodologia da teoria crítica, pode oferecer uma melhor análise desses espaços de luta. A Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth¹⁰⁴ apresenta-se como um referencial teórico robusto no que pese a análise da complexa engrenagem da dinâmica social, procurando não apenas apontar uma resposta para a “gramática moral dos conflitos sociais”, mas também de oferecer uma proposta para a sociedade¹⁰⁵. Para a Teoria do Reconhecimento em Honneth, existem três esferas onde níveis do reconhecimento são gerados: o amor, o direito e a solidariedade. A “luta pelo reconhecimento” nasce das motivações morais oriundas dos conflitos sociais que criam corpo no tensionamento diante das formas de reconhecimento descritas pelo autor, seja no âmbito privado (amor/amizade), nas relações normativas (direito) ou mesmo na esfera da solidariedade social. Para o presente artigo, nos deteremos às esferas do direito e da solidariedade.

A esfera de reconhecimento do direito é dinâmica e evolui (ou deveria) com o passar dos tempos. O sujeito passa a ter consciência do limite da gerência do Estado, de suas capacidades jurídicas e da posse de seus direitos como ser, o que alavanca o sentimento de autorrespeito, que é a consequência desejada desta esfera de reconhecimento. A última esfera geradora de reconhecimento trazida pelo autor é a da solidariedade, que procura espaço na aceitação recíproca entre as pessoas. Esse reconhecimento depende, diretamente, dos valores que essa sociedade legítima, o que sustentará a capacidade de aceitação de seus respectivos sujeitos. A perspectiva social evidencia a progressão (ou não) das formas de reconhecimento e, nesse sentido, contemporaneamente, o reconhecimento intersubjetivo de identidades ocupa espaço de destaque; a autoestima é o reflexo esperado dessa esfera.

O desrespeito, gerador das tensões sociais, segundo Axel Honneth, opera sua inteligência na ruptura das

¹⁰³ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios*. *Rev. Direito Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217989662017000201356&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 apr. 2021.

¹⁰⁴ HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.

¹⁰⁵ SCHINCARIOL, Rafael Luiz Feliciano da Costa. *Justiça de transição e reconhecimento: análise do caso brasileiro*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

esferas de produção de reconhecimento e seus produtos: o direito *versus* o autorrespeito e a solidariedade *versus* a autoestima. O desrespeito interrompe a autorrelação entre eles. Onde há o desrespeito não existe reconhecimento. A luta pelo reconhecimento eclode no momento em que estas autorrelações são levadas à exaustão em suas plasticidades. A motivação moral para a busca desse reconhecimento nasce com o desrespeito praticado. Os exercícios de desrespeitos culminam nos surgimentos de tensões sociais, por meio das motivações morais causadas pelos diversos não reconhecimentos e, por isso, a luta pela tão desejada mudança social acontece.

Mecanismos reprodutores de desrespeitos podem ser extraídos do silêncio discriminatório de órgãos legislativos a exemplo do processo do projeto de lei identitária brasileira. O projeto de lei n.º 5002 de 2013¹⁰⁶, apelidado como lei João W. Nery em referência ao primeiro homem trans a realizar cirurgia de readequação sexual no Brasil (ainda durante a ditadura militar e de forma clandestina) e que, de forma secreta, conseguiu retificar seus documentos. Na época, o resultado provocou a perda de vários direitos, inclusive o reconhecimento de seu diploma de psicólogo¹⁰⁷. Desde o ano de 2013, esse projeto tramitava nas esferas legislativas do Estado, sem nunca ser votado. A última ação legislativa, registrada no sítio da Câmara dos Deputados, é a que arquiva o PL “nos termos do artigo 105¹⁰⁸ do Regimento Interno da Câmara dos Deputados” no dia 31/01/2019¹⁰⁹. Este pode ser considerado um dos exemplos possíveis, que reafirma a tese de que estes são espaços de lutas necessárias e estratégicas em relação à temática das diversidades sexuais e identitárias.

Os movimentos sociais, principalmente os que se originaram no final do século passado, como o movimento LGBTI, retomaram a discussão a respeito do reconhecimento. Nesse esforço, espaços produtores de normatividades, a exemplo dos legislativos, angariam grande importância estratégica no desafio das garantias de densificações de direitos ao reconhecimento. A esfera do direito parece assumir grande responsabilidade nessa gramática, seja nas possibilidades legislativas, seja nas decisórias.

O reconhecimento legislativo em países latino-americanos, a exemplo das leis identitárias já apresentadas, oferecem importantes parâmetros a serem seguidos, como a introjção em seus textos de racionalidades não binárias (como na Argentina e no Uruguai que não definem marcadores sexuais ou de gênero) ou corrigidos como condições patologizantes, em que se exigem avaliações médicas ou psicológicas como condicionantes (Bolívia). É possível também aferir certo nível de progressão dessas normas entre o documento dos Princípios de Yogyakarta e sua versão adicional Princípios de Yogyakarta *plus* 10, à luz do reconhecimento perante a lei: os modelos dos casos boliviano e chileno se coadunam melhor com o princípio 3, enquanto o modelo argentino e, em especial o uruguaio, encontram perspectiva no princípio 31.

4.3 Remoção de institutos e instrumentos de reprodução de violência estrutural

Os Princípios de Yogyakarta se apresentam como matriz hermenêutica, que “exige” das autoridades nacionais e dos intérpretes que essa perspectiva seja incorporada a uma produção normativa geradora de um maior alcance dos direitos das pessoas LGBTI. Essa “exigência” se constitui em uma tríade: (a) porque representa a perspectiva das pessoas em condição de vulnerabilização (imperativo ético de um direito antidiscriminatório e do exercício de uma hermenêutica do oprimido); (b) porque a Corte Interamericana os reconhece como instrumento técnico a ser considerado na definição do alcance da proteção dos direitos das

¹⁰⁶ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 05 abr. 2021.

¹⁰⁷ NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois*. São Paulo: Leya, 2011.

¹⁰⁸ Regimento Interno da Câmara dos Deputados – “art.105: Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em Tramitação”. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/regimento-interno-da-camara-dos-deputados/arquivos-1/RICD%20atualizado%20ate%20RCD%2021-2021.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

¹⁰⁹ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>. Acesso em: 30 maio 2021.

pessoas LGBTI e (c) porque as diferentes leis identitárias, aprovadas e a prática judicial dos países latino-americanos, valem-se desses parâmetros para a compreensão desse sentido e alcance.

Os princípios pressupõem que as autoridades nacionais adotem não somente medidas voltadas à remoção de práticas discriminatórias e de proteção contra a violência, mas também a adoção de medidas ativas voltadas à remoção dos óbices legais e institucionais que impedem o exercício de um reconhecimento pleno, a exemplo de medidas que atualizem, da melhor forma possível, as tradicionais leis de registros públicos e, mais ainda, a adoção de ações positivas voltadas à inclusão e à visibilização dessas pessoas, como a criação de leis identitárias. Propostas de resistência e de reação frente a todo tipo de violência que a população LGBTI é submetida encontram fundamentos nas ressonâncias do documento de Yogyakarta e na consolidação de um *Ius Constitutionale Commune*, permitindo também o engajamento de diferentes atores sociais. Nesse sentido, alternativas que contribuem para o pensar de um “direito que nasce na rua¹¹⁰” e encontra potência emancipatória no olhar para as (e pelas) vivências e dores de pessoas que historicamente foram alijadas de suas condições de cidadania e autonomia são estratégicas. São exemplos dessas alternativas: a formação (em diversidades) de profissionais do direito, a composição plural de um sistema de justiça que se pretende democrático e de fácil acesso e um ensino jurídico crítico. Todos pautados em um grande projeto de educação em e para os direitos humanos.

Esse panorama se torna ainda mais urgente nos Estados que ainda se silenciam diante desse cenário, de forma discriminatória e perpetuadora de violências, por meio de espaços legislativos que se paralisam (até o momento vários Estados latino-americanos não possuem nenhuma lei identitária) diante da violência estrutural que acomete as pessoas LGBTI. Mais ainda quando se experimenta e se revisita um momento de fortalecimento do discurso conservador de eliminação “dos outros, do outro”¹¹¹.

5 Considerações finais

A luta pelo reconhecimento de direitos da população LGBTI emerge como importante movimento catalizador para uma cultura normativa mais protetiva e emancipadora. Em um contexto de grandes violências e desigualdades, como o latino-americano, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos se fortalece como relevante instrumento na busca de garantias e proteções dos direitos humanos nessa endêmica gramática sócio-política, em especial dessas minorias.

Os Princípios de Yogyakarta, de fato, despontam como uma poderosa ferramenta de maximização de possibilidades no avanço protetivo e no combate de retrocessos nos diferentes espaços de reconhecimento dos direitos de pessoas LGBTI. O exercício de sedimentação de uma inafastável eficácia normativa desses princípios (extraída de um imperativo ético decorrente da perspectiva de um direito antidiscriminatório, da utilização expressa de dispositivos contidos no documento de Yogyakarta em documentos técnicos produzidos pela Corte IDH, da cristalização de diretrizes contidas no documento, por meio de uma hermenêutica engajada, no âmbito do SIDH e das introjeções principiológicas em âmbitos domésticos) reafirma a função estratégica dos Princípios de Yogyakarta no auxílio da pavimentação de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

¹¹⁰ SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (coord). *O direito achado na rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 27.

¹¹¹ O “Outro” é uma categoria subalternizada e dominada. Para Simone de Beauvoir, em sua obra “O segundo sexo”, de 1949, a categoria de mulher é definida por meio de uma relação de submissão com a categoria do homem. A construção da categoria do “outro beauvoiriano” parte da análise da dialética do senhor e do escravo de Hegel. Para Beauvoir, no exercício interpretativo do conceito do “em si” sartreano, a mulher se constitui como categoria “do outro”, pois é vista como objeto. Se para Simone de Beauvoir, a mulher é o “Outro”, por não ter reciprocidade do olhar do homem, para Grada Kilomba em “Memórias da Plantação” (2019), a mulher negra é o “Outro do Outro”. RIBEIRO, Djamilia. *Lugar de fala*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. p. 37.

Na perspectiva de um constitucionalismo transformador, a contribuição de um ICCal¹¹² se constitui como central para a proteção de direitos de minorias sexuais e identitárias, que, ainda, estão sujeitos a flutuações políticas, principalmente nos âmbitos domésticos da região.

Esta é a potência transformadora e estabilizadora de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, justificado pelos contextos sociais, políticos e culturais da região, emerge como uma importante ferramenta na densificação de uma cultura normativa oxigenada por novos paradigmas jurídicos. Estes, ancorados na prevalência dos preceitos da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação, consolidam, por meio de uma perspectiva multinível, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos como potente sistema reparador de fissuras sociais e fortalecedor da democracia e do Estado de Direito.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. *Manual de direito internacional público*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: a experiência vivida*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019. v. 2.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADO 26/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMCM.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MI 4733/DF*. Ação direta de inconstitucionalidade. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MI4733mEF.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

BUTLER, Judith. *Vida precária: os poderes do luto e da violência*. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

CARPENTER, Morgan. Intersex human rights, sexual orientation, gender identity, sex characteristics and the Yogyakarta Principles plus 10. *Culture Health & Sexuality*, jul. 2020.

CIDH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Informe sobre Personas Trans y de Género Diverso y sus derechos económicos, sociales, culturales y ambientales*. 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PersonasTransDESCA-es.pdf>. Acesso em: 20 maio 2021.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque vs. Colombia*. Sentencia de 26 de febrero de 2016. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017*. Solicitada por la República de Costa Rica. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf. Acesso em: 05 abr. 2021.

FERNANDES, Estevão Rafael. *Decolonizando sexualidades: enquadramentos coloniais e homossexualidade indígena no Brasil e nos Estados Unidos*. 2015. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

FLORES, Joaquim Herrera. A reinvenção dos direitos humanos. Entrevista concedida a José Geraldo de

¹¹² *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

- Sousa Junior. *Constituição & Democracia: Observatório da Constituição e da Democracia*, Brasília, n. 23, jun. 2008.
- FRA. The European Union Agency for Fundamental Rights. *The fundamental rights situation of intersex people*: FRA Focus. 2015.
- HOLLOWAY, Geoff. *The Yogyakarta Principles & the Women's Human Rights Campaign*. 2020.
- HOLZER, Lena. Smashing the Binary?: a new era of legal gender registration in the Yogyakarta Principles Plus 10. *International Journal of Gender, Sexuality and Law*, v. 1, n. 1, p. 98-133, 2020.
- HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Ed. 34, 2003.
- LUGONES, Maria. Rumo a um feminismo decolonial. *Revista de Estudos Feministas*, v. 22, n. 3, p. 935-954, 2014.
- MALTA Declaration: Third International Intersex Forum, 2013. Disponível em: <https://oiieurope.org/malta-declaration/>. Acesso em: 23 maio 2021.
- MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Editora Contracorrente, 2020.
- NERY, João W. *Viagem solitária: memórias de um transexual 30 anos depois*. São Paulo: Leya, 2011.
- O'FLAHERTY, Michael; FISCHER, John. Sexual orientation, gender identity and International Human Rights Law: contextualising the Yogyakarta Principles. *Human Rights Law Review*, Oxford, v. 8, n. 2, p. 207-248, jan. 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Rev. Direito Praxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S217989662017000201356&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 04 apr. 2021.
- PRINCÍPIOS de Yogyakarta: princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. jul. 2007. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/gays/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.
- RIBEIRO, Djamila. *O que é lugar de fala?*. Belo Horizonte: Letramento; Justificando, 2017.
- SANDERS, Douglas. *International: the role of the Yogyakarta Principles*. aug. 2008. Disponível em: <https://outrightinternational.org/content/international-role-yogyakarta-principles>. Acesso em: 22 maio 2021.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*. Nova Iorque: Routledge, 1995.
- SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. *Epistemologias do Sul*. Coimbra: Edições Almedina, 2009.
- SCHINCARIOL, Rafael Luiz Feliciano da Costa. *Justiça de transição e reconhecimento: análise do caso brasileiro*. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.
- SOUSA JUNIOR, José Geraldo de (coord). *O direito achado na rua: concepção e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- THE YOGYAKARTA Principles on the application of international human rights law in relation to sexual orientation and gender identity. Yogyakarta, nov. 2006. Disponível em: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2016/08/principles_en.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

THE YOGYAKARTA principles plus 10: additional principles and state obligations on the application of international human rights law in relation to sexual orientation, gender identity, gender expression and sex characteristics to complement the Yogyakarta principles. Geneva, nov. 2017. Disponível em: http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2017/11/A5_yogyakartaWEB-2.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

THORESON, Ryan Richard. Queering human rights: The Yogyakarta Principles and the norm that dare not speak its name. *Journal of Human Rights*, n. 8, p. 323-339, 2009.

UNITED NATIONS. Human Rights Council. *Discriminatory laws and practices and acts of violence against individuals based on their sexual orientation and gender identity*: report of the United Nations High Commissioner for Human Rights. Nineteenth session. nov. 2011.

VON BOGDANDY, Armin. Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, n. 269, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://dspace/xmlui/bitstream/item/20564/PDIexibepdf.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 out. 2021.

VON BOGDANDY, Armin; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune em América Latina*: textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

**A Corte Interamericana de
direitos humanos e a proteção
dos direitos LGBTI:** construindo
um *Ius Constitutionale Commune*
baseado na diversidade

**The Inter-American Court of
human rights and the protection
of lgbti rights:** building an *Ius
Constitutionale Commune* based
on diversity

João Pedro Rodrigues Nascimento

Tiago Fuchs Marino

Luciani Coimbra de Carvalho

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

A Corte Interamericana de direitos humanos e a proteção dos direitos LGBTI: construindo um *Ius Constitutionale Commune* baseado na diversidade*

The Inter-American Court of human rights and the protection of lgbti rights: building an *Ius Constitutionale Commune* based on diversity

João Pedro Rodrigues Nascimento**

Tiago Fuchs Marino***

Luciani Coimbra de Carvalho****

Resumo

Os principais avanços relacionados ao reconhecimento dos direitos da população LGBTI, no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, decorrem da evolução jurisprudencial dos organismos internacionais, considerando-se a ausência de disposição dos Estados para a adoção de tratados e convenções sobre a temática. Nesse contexto, o presente artigo enfrenta a seguinte problemática: como a Corte Interamericana de Direitos Humanos pode promover a efetivação dos direitos LGBTI? Por conseguinte, o objetivo geral é analisar de que forma a referida corte, que detém ampla jurisdição sobre os países da América Latina, contribui para a consolidação de um constitucionalismo regional comprometido com a igualdade, a diversidade e a proibição da discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero das pessoas. A pesquisa adota o método dedutivo e é realizada de forma descritiva e exploratória, mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial. Ao final, conclui-se que a Corte de San José vem apresentando relevantes parâmetros para a proteção daqueles indivíduos violentados apenas em razão de expressarem sexualidades ou identidades dissidentes do padrão heteronormativo social dominante, colaborando para um processo de mudança paradigmática dos padrões heterossexual e cisonormativo hegemônicos nas sociedades latino-americanas.

Palavras-chave: Direitos humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos; LGBTI; Orientação sexual; Identidade de gênero.

Abstract

The main advances related to the recognition of rights of the LGBTI population, within the scope of International Human Rights Law, result from the jurisprudential evolution of international organizations, considering the Sta-

* Recebido em 22/03/2021
Aprovado em 07/10/2021

** Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes. Especialização em andamento em Gestão em Segurança Pública pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Advogado. E-mail: joaopedro.rnasc@gmail.com.

*** Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direitos Difusos e Processo Coletivo pela Escola de Direito do Ministério Público. Assessor jurídico no Ministério Público Federal. E-mail: tiagomarino@icloud.co.

**** Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Associada da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Editora da Revista Direito UFMS. Presidente do Conselho de Curadores da Fundação de Apoio à Pesquisa, ao Ensino e à Cultura. E-mail: lucianicoimbra@hotmail.com.

tes lack of willingness to adopt treaties and conventions on the subject. In this context, the present article faces the following problem: how can the Inter-American Court of Human Rights promote the realization of LGBTI rights? Therefore, the general objective is to analyze how this Court, which has a wide jurisdiction over the countries of Latin America, contributes to the consolidation of a regional constitutionalism committed to equality, diversity and the prohibition of discrimination based on sexual orientation and gender identity. The research adopts the deductive method and is developed in a descriptive and exploratory way, through bibliographic and jurisprudential review. In the end, it concludes that the San José Court has been establishing relevant standards for the protection of those individuals that are vilified by expressing sexualities or identities dissenting from the dominant social heteronormative pattern, collaborating for a process of paradigmatic change of hegemonic heterosexual and cisnormative patterns in Latin American societies.

Keywords: Human rights; Inter-American Court of Human Rights; LGBTI; Sexual orientation; Gender identity.

1 Introdução

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), construída com base nos pilares da democracia, da liberdade pessoal e da justiça social, bem como do respeito aos direitos da pessoa humana, determina que os direitos e liberdades nela reconhecidos devem ser garantidos a todos, 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.

Em que pese não se encontre mencionada expressamente, a proibição da discriminação, em razão das orientações sexuais e identidades de gênero diversas da heterossexualidade e da cisgeneridade, já foi reconhecida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), considerando o compromisso com a construção de sociedades livres, justas e solidárias, nas quais se mostra possível a livre manifestação da sexualidade e do gênero, enquanto elementos intrínsecos à dignidade humana.

Tal reconhecimento se deu com base na jurisprudência evolutiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) — intérprete autêntica dos dispositivos da CADH e incumbida, por conseguinte, de delimitar o alcance das obrigações assumidas internacionalmente pelos Estados que, de acordo com sua soberania, decidiram se submeter a sua jurisdição.

No exercício de suas funções contenciosas e consultivas, a Corte IDH assume um potencial transformador na tutela de grupos historicamente excluídos. Isso porque seus precedentes, revestidos do que se convencionou chamar de efeito de “norma convencional interpretada”, reproduzem valiosos parâmetros de efetivação e proteção dos direitos humanos, os quais devem ser observados por todos os integrantes do SIDH — sob pena de ulterior responsabilização internacional — e passam a constituir um amplo bloco de *ius constitutionale commune latino-americano*.

As pessoas que ostentam práticas sexuais e de identidades de gênero diversas do padrão heteronormativo social conviveram, durante séculos, com a violência e a repressão moral. A formação dos movimentos sociais LGBTI¹, que reúne em si as pessoas lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexo, é ainda muito recente na história americana.

Por outro lado, pensar as diferentes possibilidades de configuração entre o sexo, o gênero e a orientação sexual é exercício de resistência contra os modelos hegemônicos que pretendem definir, categoricamente, o

¹ Utiliza-se, no presente trabalho, o termo “LGBTI” em razão de ser o acrônimo adotado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos quando da interpretação dos direitos referentes à orientação sexual e à identidade de gênero. Nada obstante, os autores não ignoram a visibilidade e a (r)existência de outras expressões de gênero e sexualidade.

que seria o certo e o natural para a sexualidade.

Considerando-se o caráter emancipador das análises sobre o direito à pluralidade sexual e de gênero, bem como o potencial transformador da Corte Interamericana na garantia de direitos à população LGBTI no âmbito regional, o presente trabalho tem por mote central a seguinte pergunta: como a Corte IDH contribui para o reconhecimento e proteção dos direitos LGBTI no âmbito regional interamericano?

Nesse sentido, o objetivo geral da pesquisa é analisar de que forma a Corte IDH, que detém ampla jurisdição sobre os países da América Latina, pode contribuir para a consolidação de um constitucionalismo regional comprometido com a igualdade, diversidade e proibição da discriminação baseada na orientação sexual e identidade de gênero das pessoas.

Para atingir tal desiderato, propõe-se, em um primeiro momento, compreender os principais conceitos referentes à pluralidade sexual e de gênero, destacando os diferentes processos históricos de submissão e marginalização das sexualidades dissidentes do padrão heteronormativo. Posteriormente, volta-se o trabalho para o exame do potencial transformador da Corte de San José na tutela dos direitos humanos e na formação de um *ius constitutionale commune* latino-americano, para então identificar os parâmetros de proteção, estabelecidos pelo aludido tribunal, acerca dos direitos LGBTI.

Para tanto, a pesquisa adota o método dedutivo e é realizada de forma descritiva e exploratória, mediante revisão bibliográfica e jurisprudencial, com base na revisão de livros, artigos, periódicos, casos jurisprudenciais e documentos de organizações especializadas sobre a problemática proposta.

No que tange à revisão jurisprudencial, a pesquisa toma por universo as decisões já exaradas pela Corte Interamericana e por amostra útil os casos nos quais se discute diretamente os direitos à livre orientação sexual e identidade de gênero. Assim, efetuada busca extensa no website da Corte IDH², a partir dos parâmetros mencionados, são identificados quatro precedentes no âmbito contencioso: caso *Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012); caso *Duque v. Colômbia* (2016); caso *Flor Freire v. Equador* (2016); e caso *Azul Rojas Marín e outra v. Peru* (2020). No âmbito da jurisdição consultiva, aponta-se a Opinião Consultiva n.º 24/2017.

A técnica utilizada para o tratamento dos dados é a análise de conteúdo³, identificando-se os elementos centrais dos julgados que contribuem para a construção de um arcabouço jurisprudencial protetivo das liberdades sexuais e de gênero na América Latina.

2 A sexualidade entre a compulsoriedade e o direito: breves notas sobre a orientação sexual e a identidade de gênero

Ao se refletir sobre a sexualidade, é comum concebê-la como algo natural, íntimo e relacionado unicamente à esfera privada de cada indivíduo. Além disso, é habitual pensar a relação entre o sexo biológico, o gênero social e o desejo sexual como elementos intrinsecamente relacionados a partir de uma única combinação possível: a heterossexual e a cisnormativa⁴.

É dizer, espera-se que o corpo biologicamente masculino se apresente socialmente por meio dos elementos culturais relacionados ao homem e nutra desejo direcionado unicamente ao sexo oposto (consequentemente, exprimindo também a oposição do gênero). Essas relações, por sua vez, têm por finalidade precípua a procriação e a formação de uma família que obedeça às determinações culturais prévias daquela sociedade.

² A pesquisa realizada no sítio eletrônico teve por base a ferramenta “Digesto Themis” de arquivo jurisprudencial da Corte IDH, o banco de dados de sentenças disponível no aludido ambiente virtual e o documento “Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N.º 19: Derechos de las personas LGTBP”.

³ Cf. BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. 5. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.

⁴ O prefixo “cis” designa todas as pessoas cuja identidade de gênero corresponde ao sexo atribuído ao nascimento.

Nada obstante, apesar das expectativas, no campo da sexualidade, convive-se com uma enorme diversidade e com inúmeras combinações possíveis de sexo, gênero, desejo e comportamentos, as quais não se resumem àquilo tido como “normal”, “natural” ou “certo”.⁵ Ou seja, há várias formas de compreender a sexualidade humana, seja em relação à identidade de gênero⁶ ou à orientação sexual⁷. As inter-relações entre sexo biológico⁸, gênero⁹ e papéis de gênero¹⁰, nada mais representam que convenções sociais e relações de poder aplicadas sobre os corpos individuais, que podem variar com base na influência de elementos não diretamente ligados à sexualidade, como a raça e a classe social.¹¹

Além disso, percebe-se que a sexualidade, longe de ser apenas um aspecto individual¹², possui reflexos profundamente políticos. De fato, a família, a escola, a religião, a ciência, a lei, o governo, o trabalho, os meios de comunicação e de produção cultural, oferecem instruções cotidianas e executam normas acerca do que é o sexo e de como se deve vivenciá-lo em sociedade. Trata-se de “prescrições sociais, que geralmente são transmitidas e justificadas em nome de uma ordem universal e imutável [que] acaba por encobrir o fato de que tais regras, supostamente em concordância com a ‘verdade’ profunda do sexo, são construções sociais”.¹³

Historicamente, a repressão moral e a tentativa de restrição da sexualidade a partir da utilização de dispositivos sociais de poder foram características das sociedades ocidentais, que em geral construíram um moralismo baseado na monogamia, na função procriativa da sexualidade e na desqualificação geral do prazer sexual.

A religião cristã foi essencial para a sedimentação e difusão desse intento pelo mundo, a partir da construção de um saber moral sobre o sexo, que definia o natural e o contranatural. Desse modo, a normalização moral das condutas sexuais implementada pela Igreja, fortalecida pela cooperação com as monarquias

⁵ FACCHINI, Regina. Sexualidade, sociedade e diferenças: refletindo sobre a discriminação e a violência contra LGBT no Brasil. In: PASSAMANI, G. R. (Contra) Pontos: ensaios de gênero, sexualidade e diversidade sexual. O combate à homofobia. Campo Grande: UFMS, v. 1. 176, p., 2012, p. 24.

⁶ Conforme os Princípios de Yogyakarta, trata-se de experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos.

⁷ “Refere-se ao sexo das pessoas que o sujeito elege para se relacionar afetivamente e sexualmente. Importante frisar que não se trata de uma opção sexual, visto que o indivíduo não escolhe deliberadamente por qual sexo sentirá atração afetiva e sexual” (FACHIN, Edson Luiz. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 1, p. 36-60, jul./set. 2014, p. 46).

⁸ Sexo biológico pode ser definido como o “conjunto de características fisiológicas, nas quais se encontram as informações cromossômicas, os órgãos genitais e os caracteres secundários capazes de diferenciar machos e fêmeas” (FACHIN, Edson Luiz. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 1, jul. – set. 2014, p. 36-60. p. 45).

⁹ “O gênero é igualmente utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. O seu uso rejeita explicitamente as explicações biológicas [...] gênero se torna, aliás, uma maneira de indicar as construções sociais [...] É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e das mulheres” (SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 71-99, jul./dez. 1995. p. 73).

¹⁰ Papéis de gênero são as “construções culturais atribuídas socialmente ao gênero masculino e ao gênero feminino enquanto tais. Representam o leque de simbolismos atribuídos enquanto corretos para determinado gênero” (SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 71-99, jul./dez. 1995. p. 72-73).

¹¹ FRY, Peter. Da hierarquia à igualdade: a construção histórica da homossexualidade no Brasil. In: FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 87-115.

¹² Conforme aponta Juliana Cesário Alvim Gomes, “aprofundando o olhar para o Estado, análises feministas denunciam que a tradicional cisão entre esferas pública e privada tem sido responsável por blindar a esfera doméstica dos influxos liberais de liberdade e igualdade e por ocultar as opressões que ocorrem nessa esfera” (GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, 2016, pp. 652-676. p. 657). Desse modo, percebe-se que as tentativas de restrição da sexualidade à esfera privada têm por finalidades a manutenção das desigualdades estruturais heterocisnormativas e a contenção das liberdades individuais.

¹³ FACCHINI, Regina. Sexualidade, sociedade e diferenças: refletindo sobre a discriminação e a violência contra LGBT no Brasil. In: PASSAMANI, G. R. (Contra) Pontos: ensaios de gênero, sexualidade e diversidade sexual. O combate à homofobia. Campo Grande: UFMS, v. 1. 176p., p. 24, 2012, p. 18.

feudais em desenvolvimento do século XI, foi fator fundamental para a punição mais eficaz e rigorosa do Estado às práticas sodomíticas.¹⁴ O pecado *contra natura*, como era chamado por ir contra as leis da natureza da procriação, é, então, misturado ao conceito de crime, sendo aquele que o comete sujeito às mais cruéis punições terrenas e divinas.¹⁵

Nesse sentido, João Silvério Trevisan¹⁶ aponta que:

na Europa dos séculos XVI, XVII e XVIII, não apenas Espanha, Portugal, França e Itália, católicas, mas também a Inglaterra, Suíça e Holanda, protestantes, puniam com severidade a sodomia. Seus praticantes eram condenados a punições capazes de desafiar as imaginações mais sádicas, variando historicamente desde multas, prisão, confisco de bens, banimento da cidade ou do país, trabalho forçado (nas galés ou não), passando por marca com ferro em brasa, execração e açoite público até a castração, amputação das orelhas, morte na forca, morte por fogueira, empalamento e afogamento. Entre as vítimas, podiam-se contar tanto nobres, eclesiásticos, universitários e marinheiros, quanto simples camponeses, servos e artesãos.

A partir do século XVIII, passa-se à “colocação do sexo em discurso”, isto é, à formulação de técnicas de poder para a promoção de uma ciência da sexualidade, que selecionava, descrevia minuciosamente e, ao mesmo tempo, interditava as sexualidades em tabus irrevogáveis, diferenciando as entendidas como normais daquelas dissidentes.¹⁷ Como afirma Michel Foucault¹⁸:

sobre o sexo, os discursos — discursos específicos, diferentes tanto pela forma como pelo objeto — não cessaram de proliferar: uma fermentação discursiva que se acelerou a partir do século XVIII. Não penso tanto, aqui, na multiplicação provável dos discursos “ilícitos”, discursos de infração que denominam o sexo cruamente por insulto ou zombaria aos novos pudores; o cerceamento das regras de decência provocou, provavelmente, como contra efeito, uma valorização do discurso indecente. Mas o essencial é a multiplicação dos discursos sobre o sexo no próprio campo do exercício do poder: incitação institucional a falar do sexo e a falar dele cada vez mais; obstinação das instâncias do poder a ouvir falar e a fazê-lo falar ele próprio sob a forma da articulação explícita e do detalhe infinitamente acumulado.

Na passagem do século XIX para o XX, houve uma mudança nos mecanismos de poder e controle dos corpos: “a tecnologia do sexo, basicamente, vai se ordenar, a partir desse momento, em torno da instituição médica, da exigência de normalidade e, ao invés da questão da morte e do castigo eterno, do problema da vida e da doença”.¹⁹

Assim, se até então as relações homoeróticas eram tratadas majoritariamente com base na ótica da teologia moral, por meio do pecado sodomítico, passa-se, a partir desse período, para o domínio da medicina e de uma ciência que exercerá forte controle sobre os supostos aspectos biológicos e psicológicos dos chamados desviados sexuais. O que antes era visto como uma perversão pecaminosa da moral passa a ser encarado como um transtorno patológico.

¹⁴ É o que afirmam Prettes e Vianna, que destacam, ainda: “Segundo a tradição cristã, sodomitas seriam os praticantes de atos sexuais contra a natureza humana. Todo e qualquer ato sexual que não tivesse como fim a procriação era tido por sodomia, sendo um pecado frente a Deus” (PRETTES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudio; ABREU, João Francisco. (Org.). Iniciação Científica: Destaques 2007. Belo Horizonte: PUC MINAS, 2008, v. 1, p. 313-393. p. 317).

¹⁵ Em Portugal, a mais antiga dentre as compilações jurídicas portuguesas, as Ordenações Afonsinas, editadas no reinado de D. Afonso V entre 1438 e 1481, e que tiveram como fonte o Direito Romano e Canônico, já previam em seu livro V, título XVII, a pena contra o delito da sodomia. A punição para tal crime, “pecado mais torpe, sujo e desonesto, que fez Deus lançar o dilúvio sobre a terra”, deveria ser a fogueira, para que “pelo fogo feito em pó, não se tenha memória de seu corpo e de sua sepultura”. Conforme se denota do trecho assinalado, as punições reais (Direito) eram intimamente ligadas às concepções cristãs (Igreja), sendo então a sodomia apontada como a causa dos mais diversos fenômenos naturais, que, por terem suas razões ainda desconhecidas, eram associados à suposta ira de Deus.

¹⁶ TREVISAN, João Silvério. Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018. p. 132.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.

¹⁸ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019. p. 20.

¹⁹ FOUCAULT, Michel. História da sexualidade I: a vontade de saber. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019. p. 127.

Com o gradual afastamento entre Estado e Igreja, substituiu-se a visão do “pecado nefando” pelo tratamento médico-legal das diferentes orientações sexuais e identidades de gênero, visando a enfoques mais rigorosos e menos subjetivos. Abandonando os métodos da inquisição, adota-se nesse período o controle moral e sexual em nome da ciência, a qual supostamente teria uma aura de neutralidade.²⁰

Dessa forma, nota-se a configuração histórica de repressões à livre expressão das pluralidades sexuais em detrimento da adequação a configurações “corretas” ou “naturais” da sexualidade. Esses limites de análise discursiva pressupõem e definem por antecipação as possibilidades de configuração sexual, a partir de matriz discursiva hegemônica, que privilegia estruturas binárias e essencialmente masculinas como limites de uma suposta racionalidade. A questão, longe de ser meramente subjetiva, é estrutural, podendo ser verificada não somente nas interrelações hierarquizadas entre os sujeitos dominantes e dominados, mas também na organização social, que se produz a partir da lógica sexista heteronormativa.²¹

Institui-se, assim, a heterossexualidade compulsória²², que permeia todos os substratos sociais e implica no cerceamento das liberdades sexuais, bem como na regulação das identidades, corpos e desejos ditos “desviantes”. Nesse sentido, aqueles que possuem sexualidades não adequadas aos estritos padrões culturais dominantes, nos quais há a manutenção de relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo, com base na heterossexualidade e na cisgeneridade, são alçados ao domínio do ininteligível²³ ou das identidades que não podem existir, “precisamente por não se conformarem às normas da inteligibilidade cultural”.²⁴

Conforme expõe Facchini²⁵, é possível notar ainda hoje processos de classificação e de hierarquização que estabelecem um padrão “normal” da sexualidade, à custa da estigmatização e degradação da diversidade sexual. A violência direcionada a esses corpos diversificados encontra fundamento na necessidade de punir aqueles que — com suas identidades, expressões, comportamentos e corpos —, teoricamente, divergem da binariedade tradicional do gênero e dos papéis sociais a cada um deles atribuído.

A partir da segunda metade do século XX, inaugura-se, mundialmente, uma nova modalidade de relação entre os ordenamentos jurídicos e a sexualidade, abrindo espaço para a concretização dos princípios básicos da liberdade, da igualdade, da não discriminação e do respeito à dignidade humana na esfera da sexualidade.²⁶

²⁰ TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

²¹ GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 652-676, 2016.

²² “Uso o termo matriz heterossexual [...] para designar a grade de inteligibilidade cultural por meio da qual os corpos, gêneros e desejos são naturalizados. [...] ‘heterossexualidade compulsória’ para caracterizar o modelo discursivo/epistemológico hegemônico de inteligibilidade do gênero, o qual presume que, para os corpos serem coerentes e fazerem sentido (masculino expressa macho, feminino expressa fêmea), é necessário haver um sexo estável, expresso por um gênero estável, que é definido oposicional e hierarquicamente por meio da prática compulsória da heterossexualidade” (BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2019, p. 258). No mesmo sentido, “tal conceito descreve a crença socialmente construída de que há apenas dois gêneros, dos quais decorrem características de feminilidade e masculinidade que, por sua vez, desempenham papéis específicos, distintos e complementares, em que cada qual deve corresponder a certas características, aparência e comportamento para ser considerado ‘normal’, como, por exemplo, a orientação sexual para (o dito) ‘sexo oposto’ e a expectativa de que o gênero psíquico deve corresponder ao físico. Está claro, assim, seu caráter disciplinador” (CAMPOS, Ligia Fabris. *Direitos de pessoas trans em perspectiva comparada: o papel do conceito de dano no Brasil e na Alemanha*. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 476-495, 2016. p. 479).

²³ “Gêneros “inteligíveis” são aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. Em outras palavras, os espectros de descontinuidade e incoerência, eles próprios só concebíveis em relação a normas existentes de continuidade e coerência, são constantemente proibidos e produzidos pelas próprias leis que buscam estabelecer linhas causais ou expressivas de ligação entre o sexo biológico, o gênero culturalmente constituído e a “expressão” ou “efeito” de ambos na manifestação do desejo sexual por meio da prática sexual” (BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2019. p. 43-44).

²⁴ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 18. ed. Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2019. p. 44.

²⁵ FACCHINI, Regina. Sexualidade, sociedade e diferenças: refletindo sobre a discriminação e a violência contra LGBT no Brasil. In: PASSAMANI, G. R. (Contra) Pontos: ensaios de gênero, sexualidade e diversidade sexual. O combate à homofobia. 1. ed. Campo Grande - MS: Editora UFMS, 2012. v. 1. 176p.

²⁶ RIOS, Roger Raupp. Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos direitos sexuais no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v.

A garantia do livre exercício da sexualidade passou a ser entendida como integrante das “três gerações de direitos porque está relacionada com os postulados fundamentais da liberdade individual, da igualdade social e da solidariedade humana”.²⁷

Ressalta-se que a atuação organizada dos movimentos sociais, voltados à libertação sexual, foi essencial para iniciar tais mudanças paradigmáticas, como a revolta de *Stonewall*, ocorrida nos Estados Unidos em 1969, episódio considerado marco inicial do movimento americano para a garantia de direitos civis LGBT.²⁸ Assim, nesse período, é possível verificar o início do debate acerca da necessidade de inclusão de direitos que primem pelo respeito à diversidade, com base no direito à diferença, em detrimento dos padrões identitários homogeneizantes.²⁹ Há uma apropriação da linguagem do direito enquanto instrumento de atuação desses movimentos para a concretização das garantias constitucionais.³⁰

Além disso, no âmbito americano, a interpretação sistemática da CADH, especialmente dos direitos à integridade, à liberdade, à proteção da honra e da dignidade, bem como à igualdade, exige o respeito às livres orientações sexuais e identidades de gênero, já que, segundo o próprio instrumento pactuado, o pleno exercício dos direitos e liberdades nele consagrados devem ser observados 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, incluindo-se, embora não expressamente, aquela motivada por orientação sexual e/ou identidade de gênero.

A violação dos direitos humanos, previstos na Convenção Americana em razão da orientação sexual ou da identidade de gênero, podem desafiar respostas concretas do SIDH, tanto no âmbito da Comissão quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, servindo ao duplo propósito de (i) promover e encorajar avanços relacionados aos direitos LGBTI no plano interno de cada Estado parte e (ii) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção dos direitos humanos.³¹

Igualmente, o combate pelo SIDH às violências motivadas pela orientação sexual e identidade de gênero, reconhecendo-as como históricas, estruturais e presentes no dia a dia de pessoas que expressam sexualidades dissidentes, “podem avançar para a crítica mais contundente da heteronormatividade e para a denúncia do heterossexismo presente nas Américas”.³²

52, 2015, p. 331-353.

²⁷ DIAS, Maria Berenice de. *A família homoafetiva*. 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/cod2_647\)28_familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/cod2_647)28_familia_homoafetiva.pdf). Acesso em: 15 nov. 2020.

²⁸ Na América do Norte da década de 1960, eram latentes o preconceito e estigmatização contra gays, lésbicas e travestis. O aparato policial realizava uma verdadeira caça aos homossexuais, prendendo-os e espancando-os, com a chancela estatal. Conhecido como um point gay, o bar *Stonewall Inn*, em Nova Iorque, era um ponto de encontro frequente para a população LGBT. Na madrugada de 28 de junho de 1969, a polícia invadiu o local, dando voz de prisão a todos, de uma forma extremamente violenta. Revoltados, os frequentadores do bar reagiram, acuando os policiais dentro do estabelecimento e a insubordinação ganhou força. Nos dias que se seguiram, diversas marchas, onde se ouviam os gritos de “gay pride” e “gay power”, respectivamente, orgulho gay e poder gay, foram realizadas, dando início ao movimento do orgulho LGBT (GORISH, Patrícia Cristina Vasques de Souza. *O reconhecimento dos direitos LGBT como direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Universidade Católica de Santos, 2013.). O evento marcou o moderno movimento homossexual em todo o mundo e, hoje, o dia 28 de junho é considerado o Dia Internacional do Orgulho Gay.

²⁹ VERONESE, Osmar. Angelin, Rosângela. Ser diferente é normal e constitucional: sobre o direito à diferença no Brasil. *Revista Direito Público (RDP)*, Brasília, v. 17, n. 93, p. 292-314, mai./jun. 2020.

³⁰ A despeito da atuação concreta dos movimentos sociais junto ao Poder Judiciário para a garantia de direitos, é necessário pontuar a crítica feita por Juliana Cesário Alvim Gomes no sentido de que a gama de legitimados para participar do processo constitucional e jurisdicional é muito restrita, estando ainda se desenvolvendo um espaço plural e democrático de diálogo social e de um processo deliberativo aberto e constante a todos. Nessa senda, os autores apostam na utilização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como um mecanismo para a facilitação do debate democrático plurinacional, permitindo um maior acesso de todos às instâncias deliberativas dos direitos humanos, bem como a homogeneização das garantias de direitos à população LGBT na América (GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso*: cidadãos, movimentos sociais e o significado da constituição. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020).

³¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

³² RIOS, Roger Raupp. RESADORI, Alice Hertzog. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SCHAFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTIII: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito e Práx.*, Rio

3 o potencial transformador da Corte Interamericana de direitos humanos e a formação de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina

Nas últimas décadas, os organismos internacionais têm assumido cada vez maior protagonismo na defesa dos direitos humanos e, ainda que movidos sob a lógica da subsidiariedade e complementariedade, desafiam o clássico conceito de soberania estatal por meio da afirmação de parâmetros avançados de proteção desses direitos, construídos a partir da análise de emblemáticos litígios estratégicos, da concessão de medidas reparatórias abrangentes e de diálogos intersistêmicos que resultam em um generoso corpus juris internacional pautado na tutela da dignidade humana.

O processo de expansão da proteção internacional dos direitos humanos resulta da premissa de que tais direitos são inerentes à própria condição humana e antecedem a todas as formas de organização política, daí por que sua proteção não deve se esgotar na ação estatal. Desde a Declaração Universal de 1948, houve a multiplicação dos tratados e instrumentos de direitos humanos, sendo conquistada, por conseguinte, a capacidade processual dos indivíduos para acesso às múltiplas instâncias internacionais.³³

Diante disso, os Estados deixaram de ser os únicos atores do Direito Internacional. Este, por sua vez, passou a incorporar elementos atinentes ao constitucionalismo, como princípios do Estado de Direito, o sistema de freios e contrapesos (checks and balances) e a proteção da dignidade humana, o que permitiu a criação de um complexo aparato de tutela multinível dos direitos humanos.³⁴

Nesse panorama, foram engendrados mecanismos supranacionais incumbidos de detectar e responsabilizar eventuais violações a esses direitos, bem como fixar reparações ou sanções cabíveis para os Estados. Quanto ao âmbito geográfico de atuação, tem-se, atualmente, o sistema global, que compreende os órgãos da estrutura da Organização das Nações Unidas (ONU), e os sistemas regionais: o europeu, o interamericano e o africano.³⁵

O mecanismo interamericano se inspirou no antecedente modelo europeu e previu, além de uma comissão encarregada de investigar as violações, também um tribunal especial para julgar os litígios daí decorrentes: a Corte IDH, cuja jurisdição apenas é obrigatória para os Estados-partes que a aceitam expressamente, conforme o procedimento específico estabelecido na CADH.³⁶

Segundo Piovesan³⁷, o SIDH consagra um “constitucionalismo regional transformador” em matéria de direitos humanos no contexto latino-americano, tendo em vista seu gradativo empoderamento na proteção desses direitos, a emergência de constituições estatais que apresentam cláusulas de abertura ao Direito Internacional dos Direitos Humanos e o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e justiça — que, organizada por meio de um transnational network, tem iniciado exitosos litígios estratégicos perante o mecanismo regional.

Com efeito, após uma atuação voltada à desestabilização dos regimes ditatoriais e à justiça transicional, o SIDH avançou para o fortalecimento das instituições democráticas dos Estados, com o necessário combate

de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017. p. 1570.

³³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Rev. Bras. Polít. Int.*, Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, jun. 1997. p. 167.

³⁴ CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. The role of human rights in the process of constitutionalization of international law. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 25, n. 1, p. 235-252, jan. /abr. 2020. p. 241.

³⁵ RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 40.

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 373.

³⁷ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano*. In: BOGDANDY, Armin von. ANTONIAZZI, Mariela Morales. PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 75-95.

a todos os tipos de violações de direitos humanos e a proteção dos grupos vulneráveis.³⁸

A Corte IDH tem incorporado um discurso semelhante ao das tradicionais cortes constitucionais: ela atua como legislador negativo ao declarar a incompatibilidade de uma norma nacional com o direito interamericano; seus pronunciamentos são revestidos do efeito de “coisa interpretada” e estabelecem parâmetros de interpretação e aplicação das normas convencionais a serem observados por todas as autoridades domésticas dos Estados que reconhecerem sua competência. Por fim, ela oferece proteção direta aos indivíduos por meio do direito de petição e da concessão de medidas provisórias.³⁹

Sem embargo, tal constatação não confere ao tribunal interamericano superioridade hierárquica na relação com os tribunais constitucionais internos. Trata-se, na verdade, de exemplo de pluralismo constitucional⁴⁰, em que as distintas jurisdições (doméstica e internacional) dialogam entre si de modo heterárquico, pautadas pelos princípios da subsidiariedade, complementariedade, margem de apreciação e efeito útil.⁴¹

Nesse contexto, a Corte de San José contribui para a formação de um *ius constitutionale commune* latino-americano, vocacionado à efetivação das promessas emancipatórias insculpidas nas constituições estatais e que tem como um de seus traços distintivos a valorização do princípio da igualdade, compreendido não apenas como mera proibição da discriminação, mas também sob o aspecto do reconhecimento⁴² e da redistribuição.⁴³

Ao analisar a responsabilidade internacional dos Estados, a Corte IDH faz uso do denominado “controle de convencionalidade” — termo que apareceu, pela primeira vez, no voto concorrente do juiz Sergio García Ramírez, apresentado no julgamento do caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala* (2003)⁴⁴ e que foi incorporado pelo Plenário do tribunal no precedente *Almonacid Arellano e outros v. Chile* (2006)⁴⁵:

³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano*. In: BOGDANDY, Armin von. ANTONIAZZI, Mariela Morales. PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 75.

³⁹ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latino-americana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2015. p. 121-123.

⁴⁰ Acerca do tema, explica Walker: “Constitutional pluralism recognises that in the post-Westphalian world there exists a range of different constitutional sites and processes configured in a heterarchical rather than a hierarchical 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” (WALKER, Neil. *The Idea of Constitutional Pluralism*. *The Modern Law Review*, Londres, v. 65, n. 3, p. 317-359, 2002. p. 337). Em sentido semelhante, Fachin discorre sobre o constitucionalismo multinível, caracterizado pela emergência de um novo espaço público, que corresponde a uma rede complexa e integrada por diferentes instituições e sistemas jurídicos e que se opõe a qualquer forma de hierarquia, estruturando-se em torno do princípio *pro persona*, isto é, da maximização da proteção do indivíduo (FACHIN, Melina Girardi. *Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos*. *Revista Ibérica do Direito*, Porto, a. 1, v. 1, n. 1, p. 66-82, jan./abr. 2020).

⁴¹ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latino-americana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2015. p. 123.

⁴² Fraser assinala a existência de duas formas de injustiça em um contexto de conflitos “pós-socialistas”: a primeira, de caráter econômico, que demanda medidas redistributivas; e a segunda, de natureza cultural e relativa à dominação de um grupo social (submissão a padrões associados a outra cultura, alheios ou hostis a sua própria), seu ocultamento (invisibilização decorrente de práticas autorizadas pela própria cultura) ou seu desrespeito (difamação ou desqualificação em representações culturais estereotipadas nas interações da vida cotidiana), cuja solução compreende medidas de “reconhecimento”, como a revalorização de identidades desrespeitadas e a transformação abrangente dos padrões sociais de representação, interpretação e comunicação (FRASER, Nancy. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”*. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 231-239, 2006. p. 231).

⁴³ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: aclaración conceptual*. In: BOGDANDY, Armin von. MORALES ANTONIAZZI, Mariela. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.

⁴⁴ CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2003 (mérito, reparações e custas).

⁴⁵ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.⁴⁶

A técnica do controle de convencionalidade é desenvolvida mediante aplicação do princípio *pro persona*, haja vista a regra interpretativa contida no artigo 29 da CADH, a qual impede que as disposições convencionais sejam interpretadas de modo a limitar o exercício de direitos reconhecidos internamente pelo Estado ou garantidos por outros instrumentos internacionais. Logo, a deliberação sobre a (in)compatibilidade entre normas nacionais e interamericanas não se dá por uma lógica formal-hierárquica, mas por um processo substancial que faz prevalecer a norma ou interpretação de direitos humanos mais favorável ao indivíduo.⁴⁷

Na sentença de mérito do caso *Gelman v. Uruguai* (2011)⁴⁸, a Corte Interamericana esclareceu que o exercício do controle de convencionalidade “é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário”⁴⁹. Ainda, ao proferir resolução de supervisão de cumprimento daquela sentença no ano de 2013⁵⁰, o tribunal assentou que a obrigação dos Estados concernente ao dito controle possui duas manifestações: a primeira, quando existe uma sentença internacional com caráter de coisa julgada que foi proferida contra o próprio Estado⁵¹; e a segunda, por sua vez, quando mesmo não tendo participado do processo internacional em que foi estabelecida determinada jurisprudência, o Estado deve realizá-lo simplesmente por ser parte da CADH, levando em conta “o próprio tratado e, conforme o caso, os precedentes e diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana”⁵².

Assim, a interpretação do alcance das obrigações estatais, estabelecida pela Corte IDH no exercício de tal controle, ostenta eficácia vinculante e deve ser observada por todos os Estados que reconheceram sua jurisdição, mesmo que não tenham protagonizado a demanda específica em que foi firmada determinada diretriz jurisprudencial. Tal eficácia restringe-se à delimitação do sentido das normas convencionais e ao entendimento geral daqueles preceitos, sendo atribuída tanto às sentenças de casos contenciosos como às opiniões consultivas e resoluções sobre medidas provisórias e cumprimento de sentença.⁵³

Em outras palavras, há um efeito irradiador obrigatório da jurisprudência interamericana, considerado extremamente promissor em virtude: da abrangência do discurso constitucional da Corte IDH; da relativa homogeneidade dos países integrantes do SIDH, que permite o estabelecimento de um *standard* mínimo regional de proteção de direitos; da prerrogativa de solicitar opiniões consultivas concedida aos Estados partes, que viabiliza pronunciamentos do alcance das normas convencionais de forma abstrata e geral pelo tribunal; da previsão do artigo 69 da CADH de transmissão formal das sentenças interamericanas a todos os Estados contratantes; e da atual estrutura de processamento bifásica.⁵⁴

⁴⁶ CORTE IDH, Caso *Almonacid Arellano e outros v. Chile*, § 124.

⁴⁷ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes: por uma abertura crítica do direito brasileiro ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Org.). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. São Paulo: Leya, 2013. p. 200-230.

⁴⁸ CORTE IDH. Caso *Gelman v. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações).

⁴⁹ CORTE IDH, Caso *Gelman v. Uruguai* (2011), § 239.

⁵⁰ CORTE IDH. Caso *Gelman v. Uruguai*. Resolução de 20 de março de 2013 (supervisão de cumprimento de sentença).

⁵¹ CORTE IDH, Caso *Gelman v. Uruguai* (2013), § 68.

⁵² CORTE IDH, Caso *Gelman v. Uruguai* (2013), § 69.

⁵³ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011. p. 139.

⁵⁴ MARINO, Tiago Fuchs. CARVALHO, Luciani Coimbra de. A doutrina da res interpretata no sistema interamericano de direitos humanos: diferenciais, potencialidades e desafios. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, a. 8, n. 16, p. 75-94, jul./dez. 2020.

Nesse cenário, a Corte Interamericana surge como um “vértice canalizador de diálogos” entre os sistemas jurídicos doméstico e internacional, promovendo a fixação de padrões comuns e o impulsionamento de transformações estruturais para a efetivação dos direitos humanos. Por meio de sua jurisprudência consistente, ela provoca os Estados inseridos no sistema a adotar medidas concretas na revisão de suas estruturas, o que demanda desses Estados “seu reconhecimento como integrantes de um projeto comum em que cada grupo social, cada direito, cada esforço tem importância, de modo que as transformações sociais necessárias para a efetivação dos direitos se realizem em um ambiente de boa-fé política e relações dialógicas”.⁵⁵

Fácil notar, portanto, o potencial transformador da atuação do multicitado tribunal na disseminação de padrões interpretativos que são capazes de reorientar as atividades jurisdicionais, legislativas e administrativas dos Estados que compõem o SIDH. Por derradeiro, na seção seguinte será analisada como essa atuação tem contemplado a realização dos direitos da comunidade LGBTI.

4 Os parâmetros de proteção dos direitos LGBTI estabelecidos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

O artigo 1 da CADH outorgou aos Estados que ratificaram a Convenção o dever de respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos, sem nenhuma discriminação 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.

Em que pese a preocupação com a igualdade formal e o extenso catálogo de direitos civis e políticos consagrado naquele tratado, não se pode perder de vista que, até mesmo em razão de seu contexto histórico e caráter geral e universalizante, seu conteúdo não se atentou à proteção especial de certos grupos vulneráveis, notadamente a população LGBTI. Aliás, seguindo a mesma lógica do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP) da ONU, a redação do artigo 17.2 da Convenção reconhece o direito “do homem e da mulher” de contrair casamento e fundar família — cuja interpretação literal, nem é preciso dizer, revela uma compreensão heteronormativa e excludente da união matrimonial.

Apesar disso, no ano de 2013 foi aprovada pela Assembleia Ordinária da Organização dos Estados Americanos (OEA) a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância. Trata-se de convenção pioneira nas Américas, que precede eventual tratado do sistema universal⁵⁶ com conteúdo equivalente e promove avanço significativo sobre a matéria, uma vez que seu conceito de discriminação abrange fatores e condições existenciais ignorados por outros instrumentos internacionais,⁵⁷ como é o caso da orientação sexual e da identidade de gênero. Até o momento, dos doze Estados que assinaram a dita convenção, apenas dois (Uruguai e México) promoveram a ratificação⁵⁸.

Destaca-se que havia pretensão inicial, no âmbito da OEA, de se elaborar uma convenção única e geral de antidiscriminação. Entretanto, o grupo de trabalho encarregado da redação decidiu dividir o projeto original em dois textos, o que ensejou a aprovação paralela da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância, diante da percepção de que alguns Estados não

⁵⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes. KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialógica do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.

⁵⁶ Apesar da ausência de tratado no sistema universal, oportuno mencionar os Princípios de Yogyakarta, elaborados em 2006 por especialistas independentes em direitos humanos e que constantemente têm sido utilizados pelos *treaty bodies* da ONU como vetor interpretativo das normas do direito internacional. Gozam, nesse sentido, de *status* de *soft law*.

⁵⁷ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 363.

⁵⁸ Informação disponível no *site* da OEA: <http://www.oas.org/en/sla/dil/inter_american_treaties_A-69_discrimination_intolerance_signatories.asp>. Acesso em 08 set 2020.

aceitariam ratificar um documento que abarcasse temas relativos à diversidade sexual.⁵⁹

A despeito da demora — ou mesmo ausência de interesse⁶⁰ — dos Estados na ratificação da Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, a Corte IDH tem empreendido significativos esforços para o reconhecimento e tutela dos direitos das pessoas LGBTI, considerando todas suas peculiaridades, com base em interpretação evolutiva da CADH, que é entendida como um instrumento vivo⁶¹ por aquela corte.

A afirmação de direitos LGBTI no SIDH tem se consolidado como mecanismo para a efetivação da igualdade, em seu sentido de proibição da discriminação. Seu fundamento, conforme definiu a Corte IDH no julgamento do caso *Duque v. Colômbia* (2016), que será adiante explorado, se depreende diretamente da unidade da natureza do gênero humano, sendo inseparável da dignidade essencial de cada pessoa. Além disso, a Corte IDH já destacou que a falta de consenso entre os Estados sobre os fundamentos dos direitos LGBTI não é alegação válida para a ausência de proteção antidiscriminatória desses grupos sociais.⁶²

Relevante adicionar, sobre esse aspecto, que os maiores avanços na proteção dos direitos relacionados à diversidade sexual têm se operado na arena jurisprudencial dos órgãos internacionais, diante da ausência de consenso entre os Estados para a elaboração e ratificação de tratados ligados à temática. O desafio que se coloca, conseqüentemente, é otimizar e densificar a força catalizadora dessa jurisprudência, tendo por ponto de partida a convergência de que a igualdade e a proibição da discriminação constituem cláusula aberta a abarcar os critérios da orientação sexual e da identidade de gênero.⁶³

O primeiro precedente da Corte IDH a respeito do tema refere-se ao caso *Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012)⁶⁴, que versou sobre a responsabilização internacional do Estado Chileno por decisão judicial discriminatória que impediu uma mulher, em razão de sua orientação sexual, de exercer a custódia de suas três filhas menores de idade: M., R. e V. Em síntese, após longo processo judicial, a Corte Suprema de Justiça do Chile concedeu a guarda das referidas crianças ao genitor, ante o argumento de que a decisão da vítima em residir com sua companheira afetiva exporia as menores a um estado de vulnerabilidade em seu meio social, retirando-lhes o direito de se desenvolver em família estruturada segundo o modelo “tradicional”.

Ao apreciar o caso submetido pela CIDH, a Corte IDH asseverou que a compreensão de “orientação sexual de uma pessoa [...] se encontra vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e de escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência”,⁶⁵ bem como que a orientação sexual e a identidade de gênero são categorias abrangidas pelo preceito de proibição de discriminação da CADH, porquanto se enquadram na expressão “qualquer outra condição social” do artigo 1.1. Nesse sentido, concluiu que:

⁵⁹ RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 363.

⁶⁰ A falta de disposição dos Estados Americanos em promover o reconhecimento normativo dos direitos das pessoas LGBTI também pode ser observada no contexto constitucional doméstico. Em análise específica sobre os processos constituintes no Brasil e na Colômbia, Lelis et al. apontam alguns fatores determinantes para tanto: a falta de representatividade LGBTI nas Assembleias Constituintes, o desconhecimento da matéria pelos constituintes e a prevalência de discursos contrários à posituação desses direitos embasados em argumentos de moralidade, em sua maioria ligados a tradições religiosas (LELIS, Rafael Carrano. ALMEIDA, Marcos Felipe Lopes de. ROSA, Waleska Marcy. Quem conta como nação? A exclusão de temáticas LGBTI nas assembleias constituintes de Brasil e Colômbia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 84-112, 2019).

⁶¹ No julgamento do Caso *Massacre de Mapiripán v. Colômbia* (2005), afirmou-se que: “la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales” (§ 106). O entendimento foi reiterado nos precedentes analisados pela presente pesquisa.

⁶² RIOS, Roger Raupp. RESADORI, Alice Hertzog. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SCHAFFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTI: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017. p. 1566.

⁶³ PIOVESAN, Flávia. KAMIMURA, Akemi. Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero. *Anuario de Derecho Público Udp*, p.173-190, 2017. p. 188.

⁶⁴ CORTE IDH. *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012 (mérito, reparações e custas).

⁶⁵ CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 136.

levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 supra), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.⁶⁶

Ademais, consignou-se que eventual falta de consenso entre os países sobre o respeito aos direitos das minorias sexuais⁶⁷ “não pode ser considerado argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes os direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias têm sofrido”;⁶⁸ e que, para comprovar a diferenciação de tratamento em uma decisão estatal, “não é necessário que a totalidade dessa decisão esteja baseada ‘fundamental e unicamente’ na orientação sexual da pessoa, pois basta constatar que de maneira explícita ou implícita se levou em conta, até certo grau, a orientação sexual”.⁶⁹

No que se refere, especificamente, à deliberação sobre a concessão da guarda, o tribunal regional advertiu que não é aceitável a utilização de fundamentos estereotipados baseados na orientação sexual dos genitores.⁷⁰ Quanto à alegação da Corte Chilena de que as menores enfrentariam suposta discriminação social em razão do arranjo familiar de sua mãe, ponderou-se que, embora muitas sociedades possam ser intolerantes para com a diversidade racial, sexual ou nacional, o Estado não pode invocar tal circunstância para perpetuar tratamentos discriminatórios.⁷¹ Também foi esclarecido que a CADH não incorpora um modelo “tradicional” e fechado de família e que a vida familiar não se limita ao matrimônio.⁷²

A Corte IDH enfatizou que o artigo 11 da CADH inclui a proteção da vida privada — a qual compreende, entre outros aspectos, “a vida sexual e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos, ou seja, [...] inclui a forma pela qual o indivíduo se vê a si mesmo, e como e quando decide projetar isso em relação aos demais”.⁷³ Segundo os juízes interamericanos, tal dispositivo, associado ao direito à proteção da família, impede ingerências arbitrárias do Estado sobre o núcleo familiar.⁷⁴

Posteriormente, a Corte analisou o caso *Duque v. Colômbia* (2016)⁷⁵, relativo à recusa discriminatória na concessão de pensão para indivíduo após a morte de seu companheiro, que fora motivada pelo fato de o casal ser homoafetivo. Em suas alegações apresentadas perante o tribunal interamericano, o Estado demandado reconheceu a existência de um fato ilícito internacional, porém aduziu que seus efeitos teriam cessado após decisão proferida pela Corte Constitucional Colombiana, que estendera a proteção dos direitos de pensão aos casais de mesmo sexo.

⁶⁶ CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 91.

⁶⁷ Em que pese os argumentos positivos no que tange ao reconhecimento dos direitos LGBTI pela Corte IDH no presente julgamento, necessário problematizar a utilização do termo “minorias sexuais” por aquele órgão julgador para delimitar todos aqueles que expressam sexualidades e identidades que não condizem com o padrão heteronormativo, uma vez que “tal designação, ao ser endereçada a certo grupo, traz embutidos certos esquemas classificatórios que enfraquecem a legitimidade e a efetividade do direito à diferença” (RIOS, Roger Raupp. RESADORI, Alice Hertzog. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SCHAFFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTI: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017. p. 1571).

⁶⁸ CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 92.

⁶⁹ CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 94.

⁷⁰ CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 111.

⁷¹ CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 119.

⁷² CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 142.

⁷³ CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), § 162.

⁷⁴ CORTE IDH, *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), §§ 169 e 170.

⁷⁵ CORTE IDH. *Caso Duque v. Colômbia*. Sentença de 26 de fevereiro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

Após ressaltar que o Princípio Fundamental da Igualdade e Não discriminação evoluiu para o *status de ius cogen* no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos⁷⁶ e reiterar sua posição sobre a proibição de discriminação por motivo de orientação sexual e identidade de gênero prevista na CADH,⁷⁷ a Corte de San José pontuou que, apesar da decisão proferida pelo tribunal constitucional doméstico, a normativa interna que vigeu anteriormente, ao não autorizar o pagamento de pensões a casais de mesmo sexo, constituiu ilícito internacional e afetou a vítima.⁷⁸

Por conseguinte, deliberou-se que a violação aos direitos da vítima não fora reparada integralmente. “Os pagamentos retroativos, que poderia vir a receber, não seriam equivalentes aos que teria recebido no caso de não ter sido tratado diferentemente, de forma discriminatória”.⁷⁹ Ao final, reconheceu-se a violação do direito à igualdade perante a lei e estipulou-se, entre outras medidas reparatorias, que fosse assegurado o trâmite prioritário da eventual solicitação de pensão de sobrevivência da vítima e concedida a respectiva indenização.

Outro precedente relevante é o caso *Flor Freire v. Equador* (2016)⁸⁰, que versou sobre a dispensa de agente militar da Força Terrestre Equatoriana em razão de norma regulamentar que sancionava, de modo discriminatório, a prática de atos sexuais entre pessoas do mesmo sexo.

De modo geral, a Corte IDH reafirmou sua compreensão acerca da orientação sexual enquanto elemento intrinsecamente associado à liberdade e à autodeterminação das pessoas.⁸¹ Por derradeiro, afirmou que os Estados integrantes do SIDH são obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou alterar situações discriminatórias em prejuízo de determinados grupos, inclusive quanto às condutas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, promovam tais situações.⁸² Demais disso, salientou que a proibição de discriminação envolve tanto a orientação sexual real como a aparente ou “por percepção”, em conformidade com o *corpus juris* internacional.⁸³

Em relação ao caso concreto analisado, o tribunal identificou uma diferenciação, no Regulamento de Disciplina Militar do Estado Equatoriano, entre as condutas definidas como “prática de atos sexuais ilegítimos” e “prática de atos de homossexualidade”. Essa diferenciação seria de dupla natureza: quanto à sanção, a primeira resultaria em prisão de dez dias ou suspensão, ao passo que a segunda ensejaria a dispensa oficial; e, quanto ao alcance da conduta, a primeira sancionaria atos praticados apenas nas repartições militares e a segunda abrangeria até mesmo atos fora do serviço.⁸⁴

Sendo assim, a Corte IDH sustentou que a diferença na regulação disciplinar evidenciaria uma discriminação com base na orientação sexual, levando à exclusão da participação de pessoas homossexuais das Forças Armadas⁸⁵ — postura rechaçada por instrumentos internacionais, órgãos de proteção dos direitos humanos e pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos,⁸⁶ além da legislação e jurisprudência de países da região.⁸⁷ Concluiu, igualmente, que a proibição de discriminação pautada na orientação sexual se estende a todas as esferas do desenvolvimento pessoal das pessoas submetidas à jurisdição de um Estado parte da CADH.⁸⁸

⁷⁶ CORTE IDH, Caso Duque *v.* Colômbia (2016), § 90.

⁷⁷ CORTE IDH, Caso Duque *v.* Colômbia (2016), § 104.

⁷⁸ CORTE IDH, Caso Duque *v.* Colômbia (2016), § 124.

⁷⁹ CORTE IDH, Caso Duque *v.* Colômbia (2016), § 136.

⁸⁰ CORTE IDH. Caso Flor Freire *v.* Equador. Sentença de 31 de agosto de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

⁸¹ CORTE IDH, Caso Flor Freire *v.* Equador (2016), § 103.

⁸² CORTE IDH, Caso Flor Freire *v.* Equador (2016), § 110.

⁸³ CORTE IDH, Caso Flor Freire *v.* Equador (2016), § 122.

⁸⁴ CORTE IDH, Caso Flor Freire *v.* Equador (2016), § 117.

⁸⁵ CORTE IDH, Caso Flor Freire *v.* Equador (2016), § 127.

⁸⁶ CORTE IDH, Caso Flor Freire *v.* Equador (2016), § 128.

⁸⁷ CORTE IDH, Caso Flor Freire *v.* Equador (2016), §§ 131 e 132.

⁸⁸ CORTE IDH, Caso Flor Freire *v.* Equador (2016), § 136.

Além de assegurar medidas reparatórias específicas à vítima, a Corte impôs ao Estado condenado o dever de desenvolver programas de capacitação de caráter contínuo e permanente aos membros das Forças Armadas acerca da proibição de discriminação por orientação sexual.

O mais recente precedente exarado pela Corte IDH, no âmbito contencioso, foi o caso *Azul Rojas Marín e outra vs. Peru* (2020)⁸⁹, que se referiu à prisão ilegal e tortura da senhora Azul Rojas Marín em razão de sua orientação sexual, à ausência de investigação adequada sobre os fatos, bem como à violação do direito à integridade pessoal da mãe de Azul Rojas Marín, considerando-se as violações sexuais de que foi vítima sua filha e ausência de investigação adequada.

Em um primeiro momento, a Corte IDH chamou atenção para a invisibilização dos casos de violência contra pessoas LGBTI no Peru, bem como apontou a natureza estrutural do fenômeno naquele país. Com base em pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Estatística e Informática do Peru, o órgão regional destacou que 62,7% das pessoas LGBTI entrevistadas afirmaram já terem sido vítimas de violência ou discriminação, 17,7% sofreram violência sexual, inclusive perpetrada por agentes estatais, como servidores da polícia nacional⁹⁰.

Ainda antes de adentrar à questão de fundo, o tribunal apontou que pessoas LGBTI seriam historicamente vítimas de discriminação estrutural, estigmatização, diversas formas de violência e violações aos seus direitos fundamentais e que a jurisprudência interamericana já havia estabelecido que a orientação sexual e a identidade ou expressão de gênero de cada pessoa são categorias protegidas pela CADH e, em consequência, o Estado não poderia atuar em desfavor de uma pessoa com base em tais motivos⁹¹.

No mérito, o tribunal concluiu que o Estado privou a vítima de liberdade indevidamente, em violação às normas internas e internacionais, porquanto esta teria sido abordada por agentes estatais e levada contra sua vontade para as dependências policiais, sob o suposto argumento de averiguação de identidade, ocasião em que sofreu violações sexuais e psicológicas motivadas por sua orientação sexual.⁹²

A sentença destacou, ainda, que as detenções realizadas por razões discriminatórias são manifestamente irrazoáveis e, portanto, arbitrárias. Assim, sendo atestado o caráter discriminatório da privação de liberdade, sequer seria necessário examinar a finalidade, necessidade ou proporcionalidade da detenção para reconhecer sua arbitrariedade.⁹³ Além disso, ressaltou que os atos de tortura perpetrados durante a detenção ilegal se classificariam como crimes de ódio, pois, além de atingirem a integridade pessoal da senhora Azul Rojas Marín, também transmitiram uma mensagem a todas as pessoas LGBTI, isto é, uma ameaça à liberdade e dignidade deste grupo social.^{94,95}

A Corte IDH condenou o Estado do Peru pela violação aos artigos 1.1, 2, 5.1, 5.2, 7.1, 7.2, 7.3 e 7.4, 8.1 e 25.1, todos da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana contra a Tortura, determinando como medidas reparatórias, dentre outras, a realização de um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional, a adoção de um protocolo de investi-

⁸⁹ CORTE IDH. Caso *Azul Rojas Marín e outra v. Peru*. Sentença de 12 de março de 2020 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

⁹⁰ CORTE IDH, Caso *Azul Rojas Marín* (2020), § 47.

⁹¹ CORTE IDH, Caso *Azul Rojas Marín* (2020), § 90.

⁹² CORTE IDH, Caso *Azul Rojas Marín* (2020), § 128.

⁹³ CORTE IDH, Caso *Azul Rojas Marín* (2020), § 129.

⁹⁴ CORTE IDH, Caso *Azul Rojas Marín* (2020), § 165.

⁹⁵ A relação entre o sistema de justiça criminal e a proteção dos direitos das pessoas LGBTI constitui questão de extrema relevância na atualidade, notadamente se considerados os desafios do sistema carcerário brasileiro. Em pesquisa sobre o tema, Andrade et al. retratam uma série de problemas graves relacionados ao respeito da sexualidade e identidade de gênero no contexto prisional e da segurança pública, concluindo que “negar a identidade do apenado LGBT é retirar-lhe a cidadania e condená-lo duplamente; porque além da privação da liberdade física, pune-se com o preconceito dentro do sistema carcerário e com a vulnerabilidade ante as situações de violência e redução dos direitos humanos” (ANDRADE, Mariana Dionísio de. CARTAXO, Marina Andrade. CORREIA, Daniel Camurça. Representações sociais no sistema de justiça criminal: proteção normativa e políticas públicas para o apenado LGBTI. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, 2018, p. 494-513).

gação e ação penal para os casos de violência contra pessoas LGBTI, a criação de um plano de capacitação e sensibilização dos agentes de segurança pública acerca dos direitos LGBTI, a eliminação de disposições discriminatórias previstas em planos de segurança pública nacionais, além do pagamento de danos morais e materiais à vítima.

Ao analisar o cenário de proteção das pessoas LGBTI já oferecido pelo SIDH⁹⁶ em casos contenciosos, Rios *et al.* admitem os inúmeros avanços promovidos sobre a matéria em âmbito regional, mas vislumbram a possibilidade de um progresso ainda maior com base na adoção de uma abordagem crítica e contundente da heteronormatividade e de denúncia ao heterossexismo no continente americano, notadamente mediante o abandono de assertivas complacentes com a naturalização de papéis de gênero e com a pretensa normalidade da heterossexualidade.⁹⁷

Um passo importante para atingir essa finalidade se deu com a Opinião Consultiva OC 24/17⁹⁸, editada em 24 de novembro de 2017 após solicitação da Costa Rica. O documento contemplou uma interpretação do alcance de dispositivos da CADH relacionada às obrigações estatais atinentes à mudança de nome, identidade de gênero e aos direitos derivados do vínculo estabelecido entre casais do mesmo sexo. Com base na doutrina da norma convencional interpretada, a Corte IDH frisou que o pronunciamento em questão constituiria fonte legítima a todos os órgãos dos Estados Membros da OEA, inclusive para aqueles que não aderiram à CADH, servindo como “um guia a ser usado para resolver as questões relacionadas ao respeito e garantia dos direitos humanos no âmbito da proteção de pessoas LGBTI e, portanto, evitar possíveis violações aos direitos humanos”.⁹⁹

Mais uma vez, o tribunal interamericano reconheceu que são categorias protegidas pela Convenção a orientação sexual e a identidade de gênero,¹⁰⁰ destacando que a discriminação produzida quanto a esta última “também deve ser entendida em relação à identidade percebida de forma externa, independentemente de esta percepção corresponder à realidade ou não”, de maneira a contemplar “toda expressão de gênero”.¹⁰¹

A Corte reconheceu o direito à identidade como “o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa na sociedade e que, nesse sentido, inclui vários direitos de acordo com o sujeito de direitos em questão e as circunstâncias”¹⁰², ao tempo em que sublinhou sua relação com a dignidade humana, o direito à vida privada, o princípio da autonomia da pessoa e a liberdade de expressão e sua consequente proteção pela CADH. E prosseguiu:

a partir da natureza humana complexa que leva cada pessoa a desenvolver sua própria personalidade com base na visão particular que eles têm sobre si mesmos, um caráter preeminente deve ser dado ao sexo psicossocial frente ao morfológico, a fim de respeitar plenamente os direitos da identidade sexual e de gênero, sendo aspectos que, em maior medida, definem a visão que a pessoa tem de si própria e a sua projeção ante a sociedade.¹⁰³

Por essas razões, declarou-se que a aceitação da identidade de gênero pelo Estado é pressuposto para a garantia do pleno exercício de direitos pela população *trans*.¹⁰⁴ Associando tal premissa à personalidade jurídica e ao direito ao nome, foi realçado que o direito de reconhecimento da identidade de gênero implica que

⁹⁶ Ressalva-se que a análise crítica dos mencionados autores envolveu não apenas julgados da Corte IDH, mas também precedentes da CIDH – que não fazem parte do objeto da presente pesquisa.

⁹⁷ RIOS, Roger Raupp. RESADORI, Alice Hertzog. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SCHAFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017. p. 1570.

⁹⁸ CORTE IDH. Opinião Consultiva OC-24/17. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. 24 de novembro de 2017.

⁹⁹ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 27.

¹⁰⁰ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 78.

¹⁰¹ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 79.

¹⁰² CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 91.

¹⁰³ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 95.

¹⁰⁴ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 98.

os dados dos registros e documentos de identidade correspondam à identidade sexual e de gênero assumida pelas pessoas transgêneros.¹⁰⁵ Logo, segundo o tribunal, o procedimento de mudança de nome, adequação da imagem e retificação à menção do sexo ou gênero corresponde a um direito protegido pela CADH e deve ser assegurado e regulado pelos Estados.¹⁰⁶

Foram estabelecidos parâmetros importantes para tal procedimento, independentemente de sua natureza administrativa ou judicial, a saber:

a) deve estar focado na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) deve estar baseado unicamente no consentimento livre e informado do solicitante, sem que se exijam requisitos como as certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis ou patologizantes; c) deve ser confidencial. Além disso, mudanças, correções ou adequações nos registros e em documentos de identidade não devem fazer menção às mudanças que decorreram da alteração para se adequar à identidade de gênero; d) devem ser expeditos, e na medida do possível, gratuitos; e e) não devem exigir a certificação de operações cirúrgicas e/ou hormonais. Dado que a Corte observa que os procedimentos de natureza materialmente administrativos ou cartoriais são os que melhor se ajustam e se adequam a estes requisitos, os Estados podem fornecer paralelamente um canal administrativo, que possibilite a escolha da pessoa.¹⁰⁷

Por outro lado, a Corte observou que, inobstante a interpretação literal do artigo 17.2, não houve discussão sobre a inclusão dos casais do mesmo sexo durante os trabalhos preparatórios para a adoção da CADH em virtude do momento histórico,¹⁰⁸ ressaltando que uma interpretação restritiva do conceito de “família” não seria compatível com o objeto e finalidade da Convenção.¹⁰⁹ Registrou, portanto, que “é obrigação dos Estados reconhecer estes vínculos familiares [dos casais homoafetivos] e protegê-los de acordo com a Convenção”.¹¹⁰

O tribunal estabeleceu que os casais de mesmo sexo ostentam todos os direitos derivados do vínculo familiar, o que transcende as questões relativas unicamente a direitos patrimoniais e permeia todos os direitos humanos reconhecidos internacionalmente e aqueles atribuídos pelo ordenamento interno de cada Estado aos vínculos de casais heterossexuais.¹¹¹

Como se não bastasse, a Corte estimou que a criação de instituição jurídica diversa para designar o vínculo matrimonial solene entre pessoas do mesmo sexo revelaria um sinal de subestimação, pois “existiria o matrimônio para quem, de acordo com o estereótipo da heteronormatividade, fossem considerados ‘normais’, enquanto outra instituição de idêntico efeito, mas com outro nome, se indicaria para aqueles que fossem considerados ‘anormais’”.¹¹²

Nessa conjectura de ideias, o órgão regional instou os Estados a promover as reformas legislativas, administrativas e judiciais necessárias para estender o direito de acesso à instituição matrimonial aos casais homoafetivos, advertindo que, enquanto tais reformas não forem promovidas, devem lhe ser garantidos todos os direitos pertinentes às uniões constituídas por pessoas heterossexuais.¹¹³

Dessa forma, considerando-se os parâmetros firmados nos precedentes interamericanos na última década, há expectativa da plena consolidação de um constitucionalismo regional comprometido com o princípio da igualdade e, mais do que isso, com a valorização da diversidade.

Sob essa perspectiva, as diretrizes irradiadas pela jurisprudência da Corte de San José permitem o reco-

¹⁰⁵ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 112.

¹⁰⁶ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 116.

¹⁰⁷ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 160.

¹⁰⁸ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 186.

¹⁰⁹ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 188.

¹¹⁰ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 191.

¹¹¹ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 199.

¹¹² CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 224.

¹¹³ CORTE IDH, Opinião Consultiva OC-24/17, § 228.

nhecimento e a ampliação dos deveres dos Estados relacionados à proibição da discriminação fundada em orientação sexual e identidade de gênero, que consubstanciam adequações nos campos da legislação, políticas públicas, atividade administrativa e acesso à justiça, sob pena de condenação pelo SIDH. Ao mesmo tempo, tais diretrizes servem para fins de uniformização da matéria no âmbito regional mediante a consolidação de um *ius commune* e contribuem para a progressiva superação, nas estruturas sociais, do padrão de heterocisnormatividade.

5 Considerações finais

A análise dos casos já enfrentados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos relacionados à temática dos direitos LGBTI demonstra uma mudança de paradigma internacional no que se refere à livre orientação sexual e identidade de gênero ao interpretar adequadamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos para proteger os direitos daqueles indivíduos violentados em razão de expressarem sexualidades ou identidades dissidentes do padrão heteronormativo social dominante.

Por outro lado, necessário destacar também o potencial emancipador, progressista e libertário das decisões examinadas, ao reconhecer os direitos humanos de grupo socialmente estigmatizado, identificar a livre orientação sexual e a identidade de gênero como elementos intrinsecamente relacionados à preservação da dignidade humana, bem como contribuir para a mudança paradigmática dos padrões heterossexual e cisnormativo hegemônicos nas sociedades latino-americanas.

A utilização do SIDH enquanto mecanismo para a efetivação do *ius constitutionale commune* na América Latina, a partir da construção de interpretações vinculantes a todos os Estados Partes dos preceitos de direitos humanos insculpidos na Carta de San José da Costa Rica, mostra-se de vital importância para o reconhecimento das sexualidades e identidades não hegemônicas e para a salvaguarda dos direitos humanos da população LGBTI.

Nessa senda, os casos *Atala Riffo e Crianças v. Chile* (2012), *Duque v. Colômbia* (2016), *Flor Freire v. Equador* (2016) e *Azul Rojas Marín e outra v. Peru* (2020) representam não só construções jurisprudenciais relevantes no cenário da proteção internacional dos direitos humanos, mas, principalmente, movimentos voltados à concretização dos direitos à vida, integridade, liberdade, vida privada, bem como à proteção da honra e dignidade de pessoas LGBTI no continente americano.

Por sua vez, a Opinião Consultiva n.º 24/2017, emitida pela Corte IDH, na qual definiu-se que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pelo Pacto de San José e, por esta razão, é proscribida pela Convenção qualquer norma, ato ou prática discriminatória baseada na orientação sexual ou na identidade de gênero das pessoas, representa também valiosa contribuição para os direitos da população LGBTI no SIDH.

Dessa forma, percebe-se que os Estados não podem se utilizar de disposições do direito interno e dos sistemas de Justiça como subterfúgios para privilegiar uma posição moral heterossexual e cisnormativa, provocando a conformação compulsória ou então a invisibilização de sujeitos dissidentes de sexo e gênero. É dever de uma República Democrática a proteção de todos os indivíduos sem discriminações de qualquer natureza, bem como a adoção de políticas voltadas à garantia da liberdade no aspecto da sexualidade e manifestação de gênero.

A universalidade dos direitos humanos deve ser compreendida a partir dos pilares da igualdade e da diferença, abraçando a pluralidade de sexualidades e a diversidade de gênero ao tempo em que garante a todos os direitos inerentes à dignidade, sendo indispensável o respeito e a proteção estatal à convivência harmônica e ao desenvolvimento plural, digno e livre das diversas expressões de gênero e da sexualidade.

Referências

- ANDRADE, Mariana Dionísio de. CARTAXO, Marina Andrade. CORREIA, Daniel Camurça. Representações sociais no sistema de justiça criminal: proteção normativa e políticas públicas para o apenado LGBTI. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 8, n. 1, p. 494-513, 2018.
- ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Del diálogo interjudicial a la constitucionalización del derecho internacional: la red judicial latino-americana como prueba y motor del constitucionalismo multinível*. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional e Relações Internacionais) – Universidade Complutense de Madrid, Instituto Universitario de Investigación Ortega e Gasset, Madrid, 2015.
- BARDIN, Laurence. *Análise de Conteúdo*. 5. ed. Lisboa: Edições 70, 2010.
- BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune en América Latina: aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin von. MORALES ANTONIAZZI, Mariela. MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. 287p.
- CALIXTO, Angela Jank. CARVALHO, Luciani Coimbra de. The role of human rights in the process of constitutionalization of international law. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 25, n. 1, p. 235-252, jan./abr. 2020.
- CAMPOS, Ligia Fabris. Direitos de pessoas trans em perspectiva comparada: o papel do conceito de dano no Brasil e na Alemanha. *Revista Direito e Práxis*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 476-495, 2016.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI. *Rev. Bras. Polít. Int.*, Brasília, v. 40, n. 1, p. 167-177, jun. 1997.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS. *Princípios de Yogyakarta – Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero*. Yogyakarta, 2006.
- CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes: por uma abertura crítica do direito brasileiro ao Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. In: COELHO, Marcus Vinícius Furtado (Org.). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. São Paulo: Leya, 2013. p. 200-230.
- CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).
- CORTE IDH. *Caso Atala Riffo e Crianças v. Chile*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012 (mérito, reparações e custas).
- CORTE IDH. *Caso Azul Rojas Marín e outra v. Peru*. Sentença de 12 de março de 2020 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).
- CORTE IDH. *Caso Duque v. Colômbia*. Sentença de 26 de fevereiro de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).
- CORTE IDH. *Caso Flor Freire v. Equador*. Sentença de 31 de agosto de 2016 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas).

- CORTE IDH. *Caso “Massacre de Mapiripán” v. Colômbia*. Sentença de 15 de setembro de 2005.
- CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Sentença de 25 de novembro de 2003 (mérito, reparações e custas).
- CORTE IDH. *Caso Gelman v. Uruguai*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011 (mérito e reparações).
- CORTE IDH. *Caso Gelman v. Uruguai*. Resolução de 20 de março de 2013 (supervisão de cumprimento de sentença).
- CORTE IDH. *Opinião Consultiva OC-24/17*. Identidade de gênero, igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo. 24 de novembro de 2017.
- DIAS, Maria Berenice de. *A família homoafetiva*. 2010. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_647\)28_familia_homoafetiva.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_647)28_familia_homoafetiva.pdf). Acesso em: 15 nov. 2020.
- FACCHINI, Regina. Movimento homossexual no Brasil: recompondo um histórico. *Cadernos Arquivo Edgard Leuenroth (UNICAMP)*, v. 10, n. 18/19, p. 79-123, 2003.
- FACCHINI, Regina. Sexualidade, sociedade e diferenças: refletindo sobre a discriminação e a violência contra LGBT no Brasil. In: PASSAMANI, G. R. *(Contra) Pontos: ensaios de gênero, sexualidade e diversidade sexual. O combate à homofobia*. Campo Grande - MS: UFMS, 2012. v. 1. 176p.
- FACHIN, Edson Luiz. O corpo do registro no registro do corpo: mudança de nome e sexo sem cirurgia de redesignação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, p. 36-60, jul./set. 2014.
- FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, Porto, a. 1, v. 1, n. 1, p. 66-82, jan./abr. 2020.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: a vontade de saber*. 9. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2019.
- FRASER, Nancy. Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça numa era “pós-socialista”. *Cadernos de Campo*, São Paulo, v. 15, n. 14/15, p. 231-239, 2006.
- FRY, Peter. Da hierarquia à igualdade: a construção histórica da homossexualidade no Brasil. In: FRY, Peter. *Para inglês ver: identidade e política na cultura brasileira*. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p. 87-115.
- GOMES, Juliana Cesario Alvim. O Supremo Tribunal Federal em uma perspectiva de gênero: mérito, acesso, representatividade e discurso. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 7, n. 15, p. 652-676, 2016.
- GOMES, Juliana Cesario Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da constituição*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- GORISH, Patrícia Cristina Vasques de Souza. *O reconhecimento dos direitos LGBT como direitos humanos*. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional). Universidade Católica de Santos, 2013.
- LELIS, Rafael Carrano. ALMEIDA, Marcos Felipe Lopes de. ROSA, Waleska Marcy. Quem conta como nação? A exclusão de temáticas LGBTI nas assembleias constituintes de Brasil e Colômbia. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 84-112, 2019.
- MARINO, Tiago Fuchs. CARVALHO, Luciani Coimbra de. A doutrina da res interpretata no sistema interamericano de direitos humanos: diferenciais, potencialidades e desafios. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, Ijuí, a. 8, n. 16, p. 75-94, jul./dez. 2020.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José da Costa Rica, 1969.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana Contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância*. Antigua Guatemala, 2013.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo Regional Transformador: o impacto do Sistema Interamericano. In: BOGDANDY, Armin von. ANTONIAZZI, Mariela Morales. PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 75-95.

PIOVESAN, Flávia. KAMIMURA, Akemi. Proteção internacional à diversidade sexual e combate à violência e discriminação baseadas a orientação sexual e identidade de gênero. *Anuario de Derecho Público Udp*, p.173-190, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

PORTUGAL. *Ordenações Filipinas*. 1792. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/21800>. Acesso em 15.05.2020.

PRETTES, Érika Aparecida; VIANNA, Túlio. História da criminalização da homossexualidade no Brasil: da sodomia ao homossexualismo. In: LOBATO, Wolney; SABINO, Cláudio; ABREU, João Francisco. (Org.). *Iniciação Científica: Destaques 2007*. 1ed. Belo Horizonte: Editora PUC MINAS, 2008, v. 1, p. 313-393.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIOS, Roger Raupp. Perspectivas e tensões no desenvolvimento dos direitos sexuais no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, v. 52, p. 331-353, 2015.

RIOS, Roger Raupp. RESADORI, Alice Hertzog. LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. SCHAFER, Gilberto. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a discriminação contra pessoas LGBTTI: panorama, potencialidade e limites. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1545-1576, 2017.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Revista Educação e Realidade*. Porto Alegre, v. 20, n. 1, p. 71-99, jul./dez. 1995.

TREVISAN, João Silvério. *Devassos no paraíso: a homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2018.

VAINFAS, Ronaldo. *Trópico dos pecados: moral, sexualidade e inquisição no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

VERONESE, Osmar. Angelin, Rosângela. Ser diferente é normal e constitucional: sobre o direito à diferença no Brasil. *Revista Direito Público (RDP)*, Brasília, v. 17, n. 93, p. 292-314, mai./jun. 2020.

WALKER, Neil. The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*, Londres, v. 65, n. 3, p. 317-359, 2002.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

La violencia intrafamiliar en contextos de covid-19: realidades del amparo institucional a sujetos de especial protección en escenarios de emergência

Domestic violence in contexts of covid-19: realities of institutional protection for subjects of special protection in emergency scenarios

Víctor Julián Moreno Mosquera

John Fernando Restrepo Tamayo

Olga Cecilia Restrepo-Yepes

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

La violencia intrafamiliar en contextos de covid-19: realidades del amparo institucional a sujetos de especial protección en escenarios de emergencia

Domestic violence in contexts of covid-19: realities of institutional protection for subjects of special protection in emergency scenarios

Víctor Julián Moreno Mosquera**

John Fernando Restrepo Tamayo***

Olga Cecilia Restrepo-Yepes****

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar la protección real y efectiva del Estado a las víctimas de violencia intrafamiliar como sujetos de especial protección: mujeres y menores de edad, en contextos de pandemia, tratando de evidenciar la problemática suscitada desde el confinamiento, las medidas de protección tomadas por Estado, y su revisión de control de constitucionalidad, para luego establecer la efectividad de las medidas adoptadas. Esta es una investigación de corte cualitativo con un enfoque hermenéutico, que tiene como propósito describir, comprender e interpretar la realidad, los grupos sociales y los individuos, en el contexto de procesos sociales – violencia intrafamiliar, medidas de aislamiento, pandemia del Covid-19, medidas institucionales de atención – mediante la interpretación de los fenómenos singulares: teorías, normas jurídicas, decisiones judiciales, decisiones institucionales. Se concluye que si bien las medidas legislativas adoptadas para conjurar la crisis podrían ser un no solo para solucionar el problema propuesto, sino también para corregir los problemas de antaño que acompañan a la institucionalidad, soluciones que van más allá de un planteamiento formalista sin efectividad clara, puesto que no incluye la asignación presupuestal y de capacidades necesaria para atender la crisis.

Palabras clave: Violencia intrafamiliar; Violencia doméstica; Covid-19; Sujetos de especial protección; Derechos Humanos.

Abstract

The objective of this work is to analyze the real and effective protection of the State to the victims of intrafamily violence as subjects of special protection: women and minors, in pandemic contexts, trying to show the problems raised from the confinement, the measures of protection taken

* Recibido em 29/05/2021

Aprovado em 06/10/2021

Este artículo de investigación es derivado de la investigación doctoral, denominada Orden jurídico familiar corregido a partir del constitucionalismo colombiano contemporáneo. Proyecto financiado por la Institución Universitaria de Envigado (Colombia).

** Abogado, Especialista en derecho de familia. Magister en Estudios Políticos, actualmente candidato a Doctor en Derecho. Docente de Tiempo completo de la Institución Universitaria de Envigado. Líder del grupo de investigación Auditorio Constitucional, avalado por la IUE.

E-mail: vjmoreno@correo.iue.edu.co

*** Abogado y politólogo. Magister en filosofía política. Doctor en derecho. Profesor de Teoría del Estado y de Derecho Constitucional. Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanas de la Universidad de Medellín.

E-mail: jfrestrepo@udemellin.edu.co

**** Colombiana. Abogada de la Universidad de Medellín, especialista en Derecho Constitucional de la Universidad del Rosario, magíster en Derecho de la Universidad de los Andes y doctora en Derecho de la Universidad de Medellín. Universidad de Medellín. Docente e Investigadora de la Universidad de Medellín. Grupo de Investigaciones Jurídicas. Línea de investigación: Derecho y sociedad.

E-mail: ocrestrepo@udem.edu.co

by the State, and its review of constitutionality control, to later establish the effectiveness of the measures adopted. This is a qualitative research with a hermeneutical approach, which aims to describe, understand and interpret reality, social groups and individuals, in the context of social processes – family violence, isolation measures, Covid-19 pandemic, institutional care measures –, through the interpretation of singular phenomena: theories, legal norms, judicial decisions, institutional decisions. It is concluded that although the legislative measures adopted to avert the crisis could be a not only to solve the proposed problem, but also to correct the problems of yesteryear that accompany the institutionality, solutions that go beyond a formalistic approach without clear effectiveness, since it does not include the budget and capacity allocation necessary to deal with the crisis.

Keywords: Intrafamily violence; Domestic violence; Covid-19; Victim protection; State protection.

1 Introducción

En Colombia el Presidente de la República, dentro de la declaratoria de estado de emergencia económica, social y ecológica emitida en virtud de la actual crisis por la pandemia del coronavirus Covid-19, expidió el Decreto Legislativo 460 de 22 de marzo del 2020 por medio del cual dictó medidas que buscaban garantizar la prestación del servicio de las comisarías de familia (en adelante CF). Este decreto legislativo tiene por finalidad flexibilizar la atención prestada a los y las usuarias de las CF y determinar mecanismos óptimos de atención a las víctimas a través del uso de medios tecnológicos, que permitan la prestación del servicio sin la aglomeración de personas en las dependencias de las comisarías, sin que ello afecte la prestación continua y efectiva de las actuaciones tanto administrativas como jurisdiccionales que están a su cargo. El decreto busca que se siga prestando un servicio público esencial, bajo medidas de bioseguridad que garanticen evitar o disminuir cualquier tipo de contagio, con el fin de contrarrestar uno de los efectos adversos del confinamiento social, como es el aumento significativo de los índices de violencia intrafamiliar (en adelante VIF), lo cual acarrea una reacción institucional que busca garantizar los derechos fundamentales amenazados por la emergencia.

El Observatorio Colombiano de Mujeres de la Consejería Presidencial para la Equidad de la Mujer presentó el *Informe de seguimiento de violencias en el contexto de medidas de aislamiento preventivo por coronavirus en Colombia*¹, estudio que evidenció cómo desde el inicio del aislamiento obligatorio se reportaron 710 casos de VIF, lo que significó un aumento del 79 % de casos de violencia en comparación con el año 2019. Estos datos mostraron los efectos colaterales adversos que generaron, y siguen generando, el confinamiento y el aislamiento social como medidas aplicadas para evitar la propagación del virus Covid-19.

Si bien es cierto, la violencia doméstica (en adelante VD) contra las mujeres y la población infantil y adolescente es un fenómeno social multicausal que devela la relación disfuncional entre los roles de poder y la falta de comunicación asertiva dentro de la vida privada familiar, no es menos cierto que las restricciones a la libertad de locomoción, el miedo y la ansiedad, entre otros efectos sociales, culturales y económicos, provocados por el Covid-19, han propiciado el caldo de cultivo necesario para exacerbar y potenciar los vectores del maltrato en las poblaciones más vulnerables. Se suma a lo anterior la falta de un aparato estatal sólido para responder a los desafíos de la violencia institucional que invisibiliza y normaliza las diversas expresiones del maltrato infantil o de género. De lo dicho, se destaca la precaria situación de las mujeres en contextos domésticos, pues su esfuerzo para tener un lugar en lo público y lo social, al margen de su rol como madre/compañera/esposa, se ve entorpecido por las circunstancias de control estatal para evitar la

¹ COLOMBIA. *Vicepresidencia y CPEM fortalecen línea de atención 155 ante incremento en reportes de violencia intrafamiliar*. 2020. Disponible en: <https://mlr.vicepresidencia.gov.co/Paginas/prensa/2020/Vicepresidencia-y-CPEM-fortalecen-linea-de-atencion-155-ante-incremento-en-reportes-de-violencia-intrafamiliar.aspx> Acceso en: 14 mar. 2021.

propagación del Covid-19. El regreso físico al ámbito doméstico facilita la escalada de la violencia legitimada por la tradición conservadora, representada en el padre/marido que considera a las mujeres, por derecho natural, pertenecientes al ámbito privado y que se resiste a aceptar los roles determinantes que desempeñan en espacios públicos. Esto significa la afectación del desarrollo integral femenino a causa de las expresiones de dominación masculina, que se ven mimetizadas por el confinamiento obligatorio. Este daño colateral de la pandemia se suma a la habitual exclusión y discriminación institucional a que han sido sometidas las mujeres, cosificadas por la cultura machista que privilegia la visión clásica de mundo².

De otro lado, en lo tocante a la afectación de los niños, niñas y adolescentes, la situación es igualmente preocupante, así lo muestran las cifras de maltrato infantil en Colombia que, entre otras cosas, no están unificadas pues, entre enero y julio del 2020, Medicina Legal reportó 3.014 casos, mientras que la Policía de Infancia tiene un registro de poco más del doble: 7.018. Por su parte, la ONG *Save the Children* indica que se han reportado, al menos, 55 mil casos de violencia contra la niñez, entre 2015 y 2020. Ahora, frente a la violencia contra las mujeres en los territorios, en el área metropolitana, exceptuando Medellín, se han presentado 1.474 casos de VIF de género y 328 delitos sexuales contra mujeres, de los cuales el 67 % han sido contra niñas y adolescentes³. La visión estructural de las dinámicas tradicionales que naturalizan el poder del marido/padre, ubican a la prole y la mujer en una posición de inferioridad que debe ser protegida bajo los criterios de corrección hermenéutica por parte de los jueces constitucionales.

En un Estado social de derecho, como el colombiano, las instituciones están prestas a garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución Política, y en este orden de ideas, estas entidades no solo deben cumplir con este mandato en épocas de normalidad sino también en contextos de emergencia, por lo que la obligación de garantizar las prerrogativas de las personas en contextos familiares, en particular los sujetos en condición de vulnerabilidad y de especial protección constitucional, debe estar materializada en medidas efectivas y eficaces que contrarresten el alto grado de exposición al riesgo de vulneración de sus garantías en el ámbito doméstico. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hizo un llamado a los Estados para que en las respuestas a la crisis para combatir la violencia sexual y doméstica se haga desde la perspectiva de género. Considera la Comisión la necesidad de adecuar medidas legislativas y políticas que den cuenta de una respuesta acertada a la crisis en el aumento, considerable y en ascenso, de discriminación y vulneración de los derechos de mujeres y niñas en contextos de pandemia⁴.

De acuerdo con lo anterior, el presente escrito tiene como objeto establecer la protección real y efectiva del Estado a las víctimas de VIF en contextos de pandemia, tratando de evidenciar la problemática suscitada desde el confinamiento, las medidas del Gobierno Nacional a través del Decreto Legislativo 460 de 2020 y la revisión que hace la Corte Constitucional de esta reglamentación, para luego establecer la efectividad de las medidas adoptadas y, con esto, la atención real de la problemática.

Para el logro de los objetivos propuestos, el diseño metodológico abordado fue, en primer lugar, realizar el estado de la cuestión con un rastreo en bases de datos académicas y científicas –Scopus, Science Direct, Google Scholar y Ebscohost–, sobre los estudios publicados en el último año sobre VIF en contextos de Covid-19. En segundo lugar, se evaluaron las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para la atención de la VD, en la cual se consideraron como fuentes primarias el Decreto Legislativo 460 de 22 de marzo del 2020 y la Sentencia C-179 de 2020 de la Corte Constitucional. En tercer lugar, se evaluaron los impactos que produjeron las medidas adoptadas por la reglamentación a través de la descripción de los problemas de las CF antes y después del decreto; para ello se trabajó con fuentes primarias y secundarias, con artículos

² ESPINO, Diana; AGUILERA, Rafael. *Democracia, derechos humanos y violencia de género*. México: Editorial Fontamara, 2011.

³ AGUIRRE FERNÁNDEZ, Richard. Maltrato infantil, sin un sistema único de registro. *El Colombiano*, 2020. Disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/maltrato-infantil-sin-un-sistema-unico-de-registro-KP13941597/> Acceso en: 14 mar. 2021.

⁴ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La CIDH hace un llamado a los Estados a incorporar la perspectiva de género en la respuesta a la pandemia del COVID-19 y a combatir la violencia sexual e intrafamiliar en este contexto*. 2020. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/074.asp> Acceso en: 14 mar. 2021.

publicados en el año 2020 y con dos derechos de petición que se elevaron ante la Alcaldía de Medellín y la Secretaría de Seguridad y Convivencia Ciudadana del municipio de Envigado, ambos entes municipales relevantes en el departamento de Antioquia, para evidenciar cuáles son las poblaciones más vulnerables en materia de violencia intrafamiliar y para conocer la implementación de las medidas nacionales en el ámbito territorial de orden municipal. La investigación es de corte cualitativo con un enfoque hermenéutico, que tiene como propósito describir, comprender e interpretar la realidad, los grupos vulnerables y de especial atención como lo son las mujeres y los menores de edad, en el contexto de los procesos sociales –VIF, medidas de aislamiento, pandemia del Covid-19, medidas institucionales de atención–, mediante la interpretación de los fenómenos singulares: teorías, normas jurídicas, decisiones judiciales y decisiones institucionales. Con la técnica documental se procura el estudio metódico, sistemático y ordenado de datos contenidos en documentos, con el objetivo de ser contextualizados, clasificados, categorizados y analizados.

2 El aumento en la VIF, especialmente en las mujeres, como efecto colateral de las medidas de aislamiento preventivo por la pandemia

Una de las medidas tomadas por los gobiernos en el mundo para frenar la expansión de la pandemia Covid-19, fue la implementación de medidas de aislamiento social. Bajo la consigna, “quédate en casa” los Estados buscaron disminuir la transmisión del virus para proteger el sistema de salud y aminorar los impactos negativos por un exceso de su demanda ante la contingencia. Estas disposiciones anunciadas han logrado en gran medida los efectos deseados, pero profundizó un viejo y complejo problema social como lo es la VIF o la VD, la cual se manifiesta cuando una persona “maltrate física o psicológicamente a cualquier miembro del núcleo familiar”, tal como lo señala la Ley 1959 de 2019 en el artículo 1⁵ o cuando una persona, dentro del contexto familiar, sea víctima “de daño físico, psíquico, o daño a su integridad sexual, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión por parte de otro miembro del grupo familiar”, de acuerdo con la Ley 294 de 1996⁶. Ante este panorama, se afirma categóricamente que las medidas sociales y de salud pública del Covid-19 han exacerbado “las condiciones que se sabe que son factores de riesgo de la VD”⁷. Las personas socialmente aisladas tienen un mayor riesgo de padecer VIF, no solo porque el aumento de control coercitivo por parte del agresor se torna más fuerte, sino también porque son limitadas las estructuras de apoyo social de la víctima, lo que implica el aumento del estrés y, por ende, le da más control de la situación al perpetrador. Esta combinación de factores puede conducir a una VD mucho más agresiva, constante y letal⁸.

⁵ En Colombia se reglamentó el delito de violencia intrafamiliar en el Código Penal (Ley 599 de 2000) y en el Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), con una pena de prisión de cuatro a ocho años. Con la sanción de la Ley 1959 de 2019, se extendió el delito, incluso a sujetos familiares que no convivan bajo el mismo techo o que, no existiendo vínculo familiar, sean encargados del cuidado de uno o varios miembros de una familia en su domicilio, residencia o cualquier lugar en el que se realice la conducta. De igual forma, esta ley aclara que “en esta misma pena quedará sometido quien, no siendo miembro del núcleo familiar, sea encargado del cuidado de uno o varios miembros de una familia y realice alguna de las conductas anteriormente señaladas”. CONOZCA la ley que modifica y adiciona el delito de violencia intrafamiliar. *Ambito Jurídico*, 2019. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/penal/conozca-la-ley-que-modifica-y-adiciona-el-delito-de-violencia-intrafamiliar> Acceso en: 14 mar. 2021.

⁶ Las referencias legales de orden familiar sobre este tema son las siguientes: Ley 294 de 1996, modificada por la Ley 575 de 2000 y la ley 1257 de 2008, reglamentado parcialmente por el Decreto 4799 de 2011.

⁷ FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

⁸ STOIANOVA, Tatiana; OSTROVSKA, Liudmyla; TRIPULSKYIR, Grygorii. Covid-19: pandemic of domestic violence. *Ius Humani. Law Journal*, v. 9, n. 2, p. 111-136, 2020; FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020; KHAN, Shehzad *et al.* Radiological assessment of domestic violence during covid-19 lockdown, in-depth study on pakistani population. *Pakistan Journal of Radiology*, v. 30, n. 4, p. 240-245, 2020; RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de Covid-19. *Gaceta Sanitaria*, n. 1859, p. 1-6, 2020; MOREIRA, Diana; PINTO DA COSTA, Mariana. The impact of the Covid-19 pandemic in the precipitation of intimate partner violence. *International Journal of law and Psychiatry*, n. 71, p. 1-6, 2020.

Los defensores de las víctimas de violencia doméstica dicen que, para las víctimas, el distanciamiento social y el aislamiento en medio de la pandemia de coronavirus puede ponerlas en un riesgo aún mayor [...], Jessica Brayden, quien dirige la agencia de prevención de la violencia doméstica *Respond, Inc.* en Somerville, Massachusetts, dijo que ella y otros defensores temen que la pandemia esté poniendo a las víctimas en mayor peligro. El mensaje de quedarse en casa, junto con el estrés financiero, la pérdida del trabajo y los niños que se quedan en casa y no van a la escuela, puede atrapar a las víctimas y desencadenar a los abusadores⁹.

Si bien las características particulares de la pandemia por Covid-19, como el aumento significativo en el tiempo impuesto en la cuarentena para el confinamiento preventivo y la evolución del virus, ha obligado a nuevas etapas de encierro obligatorio, esto ha propiciado que el aislamiento social esté más cargado de ansiedad y por ende los espacios privados sean mucho más propensos a la VIF. Dentro de las causas asociadas al aislamiento social con factores estresantes que potencializan la VD están: i) los impactos económicos de la pandemia, por los que un gran número de personas o han perdido sus trabajos o han visto disminuidos significativamente sus ingresos. Ambos elementos, desempleo y bajos recursos son factores de riesgo de VD, “en aproximadamente un tercio de los casos de violencia doméstica, los factores económicos hacen que la víctima dependa económicamente del abusador”¹⁰. De igual forma, en tiempos de normalidad, las comunidades que tienen un nivel económico y social bajo han mostrado tasas altas de VD; luego, la pandemia ha profundizado esta problemática exponiendo a las víctimas a un mayor grado de indefensión frente a sus agresores¹¹, ii) el estrés y el aislamiento social ha incidido en el aumento del abuso de sustancias psicoactivas, factor de riesgo para la VIF. Diferentes estudios citados¹² evidenciaron que el 53,3 % de los agresores de VD abusaban de sustancias¹³, iii) el aumento en el número de enfermedades mentales: depresión, ansiedad, estrés postraumático, bien sea padecidas por el agresor, incrementando así, la brutalidad en la agresión contra niños y mujeres, bien sea el generado a las víctimas¹⁴.

Así como la pandemia ha generado el aislamiento social en el que se está separado de las redes familiares y amigos cercanos, también ocurre el aislamiento funcional, que consiste en que los sistemas de apoyo y ayuda a las víctimas de VD ya no son óptimos o confiables. La pandemia ha evidenciado cómo los refugios para las víctimas o los servicios públicos de respuesta para su protección o están por encima de su propia capacidad o no prestan ningún tipo de servicios. Estos factores reducen el acceso a los recursos para la atención de la VIF¹⁵.

Dentro del núcleo familiar, las víctimas habituales de VD son aquellos que están en condición de subor-

⁹ “Domestic violence advocates say for victims, social distancing and isolation amid the coronavirus pandemic can put them at even greater risk [...] Jessica Brayden, who heads the domestic violence prevention agency Respond, Inc. in Somerville, Massachusetts, said she and other advocates fear the pandemic is putting victims in more danger. The message to stay home, coupled with financial stress, job loss, and kids staying home from school, can trap victims and trigger abusers”. FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

¹⁰ “In about one-third of DV case, economic factors render the victim financially dependent on the abuser”. FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

¹¹ FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

¹² STOIANOVA, Tatiana; OSTROVSKA, Liudmyla; TRIPULSKYIR, Grygorii. Covid-19: pandemic of domestic violence. *Ius Humani. Law Journal*, v. 9, n. 2, p. 111-136, 2020.

¹³ FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

¹⁴ KHAN, Shehzad *et al.* Radiological assessment of domestic violence during covid-19 lockdown, in-depth study on pakistani population. *Pakistan Journal of Radiology*, v. 30, n. 4, p. 240-245, 2020.

¹⁵ FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020; STOIANOVA, Tatiana; OSTROVSKA, Liudmyla; TRIPULSKYIR, Grygorii. Covid-19: pandemic of domestic violence. *Ius Humani. Law Journal*, v. 9, n. 2, p. 111-136, 2020; RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de Covid-19. *Gaceta Sanitaria*, n. 1859, p. 1-6, 2020.

dinación o indefensión frente al agresor. Como lo han señalado varias investigaciones, las víctimas son por lo general niños, niñas, adolescentes, adultos mayores y mujeres¹⁶. El grupo de mujeres es uno de los más afectados, y en contextos de pandemia, su vulnerabilidad se ha vuelto mucho mayor. Países como China, Colombia, México, Australia, Chipre, Estados Unidos, Francia, España, entre otros más, muestran un incremento desmesurado de las cifras desde el inicio del aislamiento social, con tendencia al aumento:

En febrero, los casos de violencia de género denunciados en una sola comisaría de policía de China se han triplicado en comparación con el mismo periodo del año pasado. A medida que más países han ido aplicando medidas de contención, se ha ido informando de incrementos preocupantes. Las líneas de ayuda han registrado un aumento del 91 % en Colombia, el 60 % en México, el 40 % en Australia, el 30 % en Chipre y el 20 % en los Estados Unidos. En España, las llamadas al 016 (teléfono de información y de asesoramiento en violencia de género) han aumentado un 10,5 % y las consultas *on-line* un 182,93 % con respecto al mes de marzo del año anterior. En Francia, las intervenciones policiales por violencia en el hogar han aumentado un 30 % en una semana¹⁷.

Por su parte, la Agencia de Salud Sexual y Reproductiva de las Naciones Unidas (UNFPA) predijo que ante la prolongación del aislamiento social se prevén 31 millones de casos más de violencia por razones de género y por cada tres meses más de confinamiento se proyecta que haya 15 millones adicionales¹⁸. La situación es principalmente preocupante cuando las denuncias por violencia de género disminuyen, toda vez que la convivencia directa y constante con el maltratador¹⁹, la preocupación por contagio por coronavirus por parte de las víctimas, el difícil acceso de estas con sus acompañantes a los servicios de atención o la escasez económica impide la búsqueda oportuna de ayuda²⁰. Unido a esto, las víctimas que ya se encontraban en situación de abuso pierden el sistema de apoyo, refugios u hogares de protección para víctimas de VD²¹. Las barreras tradicionales que impiden una medida eficaz de protección contra la violencia de género –tiempo, recursos, falta de capacitación al personal de la salud, entre otros– se agudizan por el exceso de carga al sistema sanitario que proviene por la atención a la pandemia²².

Múltiples son las soluciones planteadas para atender y prevenir la VD en contextos de pandemia. El aislamiento social y funcional impone nuevos retos de atención que deben ser contundentes y acordes con la emergencia de salud pública generada por la VIF²³. Dentro de las medidas propuestas y citadas por parte de

¹⁶ FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020; KHAN, Shehzad *et al.* Radiological assessment of domestic violence during covid-19 lockdown, in-depth study on pakistani population. *Pakistan Journal of Radiology*, v. 30, n. 4, p. 240-245, 2020.

¹⁷ RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de Covid-19. *Gaceta Sanitaria*, n. 1859, p. 1-6, 2020.

¹⁸ AGENCIA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LAS NACIONES UNIDAS. *Nuevas proyecciones del UNFPA predicen consecuencias catastróficas para la salud de las mujeres en el marco de la propagación de la pandemia de Covid-19*. 2020. Disponible en: <https://www.unfpa.org/es/press/nuevas-proyecciones-del-unfpa-predicen-consecuencias-catastr%C3%B3ficas-para-la-salud-de-las> Acceso en: 14 mar. 2021.

¹⁹ RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de Covid-19. *Gaceta Sanitaria*, n. 1859, p. 1-6, 2020; MOREIRA, Diana; PINTO DA COSTA, Mariana. The impact of the Covid-19 pandemic in the precipitation of intimate partner violence. *International Journal of law and Psychiatry*, n. 71, p. 1-6, 2020.

²⁰ FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

²¹ FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

²² MOREIRA, Diana; PINTO DA COSTA, Mariana. The impact of the Covid-19 pandemic in the precipitation of intimate partner violence. *International Journal of law and Psychiatry*, n. 71, p. 1-6, 2020; FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020;

²³ La CIDH hizo un llamado a los Estados para que fortalecieran sus respuestas a la VIF en el contexto de aislamiento social, para lo cual instó a fortalecer y ejecutar “mecanismos alternativos de denuncia, la ampliación de la oferta de refugios para víctimas de violencia doméstica y el fortalecimiento de la capacidad de agentes de seguridad y actores de justicia [...]”. COMISIÓN INTER-AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La CIDH hace un llamado a los Estados a incorporar la perspectiva de género en la respuesta a la pandemia del COVID-19 y a combatir la violencia sexual e intrafamiliar en este contexto*. 2020. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/074.asp> Acceso en: 14 mar. 2021.

la literatura, están desde las i) ayudas de emergencia, ii) educación y prevención y iii) decisiones legislativas y económicas que concreten tales medidas y se impongan como obligatorias.

En relación con las ayudas de emergencia, se citan las siguientes: i) centros especiales u hogares de acogida para víctimas de VD hasta por veinticuatro horas donde se les preste ayuda psicológica, jurídica y social constantes y gratuita²⁴, ii) acompañamiento psicológico inmediato que puede ser presencial o no presencial²⁵, iii) activación de alertas tempranas o de emergencia a través del uso de la tecnología “mensaje de alerta por mensajería instantánea con geolocalización que recibirán las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado”²⁶, iv) líneas de atención a las víctimas o servicio de emergencia, medio que ha servido como primer indicador y medidor del incremento de la VD en tiempo de pandemia²⁷, v) crear espacios públicos que sean seguros para las víctimas durante la pandemia²⁸. Estas ayudas de emergencia deben ser prestadas con estrictos protocolos de bioseguridad, situación que puede ser contraproducente puesto que muchas veces disuade a las víctimas de optar por ayuda contra la VD y prefieren protegerse contra el coronavirus. Además, la presencia constante del agresor o la falta de acceso a sistemas tecnológicos por falta de recursos económicos, se suman a una realidad que complican aún más las soluciones a esta problemática²⁹.

Como medidas direccionadas para educar sobre la VIF y prevenirla en contextos de pandemia, se cuenta con: i) campañas institucionales contra la VD dirigida a la protección de las víctimas. Esto genera una responsabilidad social para que se denuncie y apoye a las mujeres que lo requiera³⁰. Los medios de comunicación, como las redes sociales, juegan una importante posición respecto a la promoción de la prevención de la VIF como #AntiDomesticViolenceDuringEpidemic, tendencia en redes sociales chinas Sina Weibo³¹, ii) divulgar guías de atención, para ser socializadas entre la comunidad en general y en especial entre el personal médico y de salud. En estas informan, desde las capacidades disponibles, centros de atención hasta el procedimiento necesario para que la víctima pueda denunciar y protegerse de su agresor³².

Por último, y de gran trascendencia, son las decisiones legislativas y económicas tomadas por los Estados que ayuden, no solo a brindar alivio ante los embates económicos propiciados por el aislamiento social³³, sino también, ayudas económicas óptimas que logren la prevención y la respuesta a la VD³⁴.

Estas medidas de atención expuestas enfrentan varios problemas, entre ellos: i) el progresivo desmantelamiento de políticas sociales contra la VD provocado por los recortes de tipo financiero y fiscal dirigidos

²⁴ RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de Covid-19. *Gaceta Sanitaria*, n. 1859, p. 1-6, 2020; MOREIRA, Diana; PINTO DA COSTA, Mariana. The impact of the Covid-19 pandemic in the precipitation of intimate partner violence. *International Journal of Law and Psychiatry*, n. 71, p. 1-6, 2020; STOIANOVA, Tatiana; OSTROVSKA, Liudmyla; TRIPULSKYIR, Grygorii. Covid-19: pandemic of domestic violence. *Ius Humani. Law Journal*, v. 9, n. 2, p. 111-136, 2020.

²⁵ RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de Covid-19. *Gaceta Sanitaria*, n. 1859, p. 1-6, 2020.

²⁶ RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de Covid-19. *Gaceta Sanitaria*, n. 1859, p. 1-6, 2020.

²⁷ FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

²⁸ KHAN, Shehzad *et al.* Radiological assessment of domestic violence during covid-19 lockdown, in-depth study on pakistani population. *Pakistan Journal of Radiology*, v. 30, n. 4, p. 240-245, 2020.

²⁹ MOREIRA, Diana; PINTO DA COSTA, Mariana. The impact of the Covid-19 pandemic in the precipitation of intimate partner violence. *International Journal of Law and Psychiatry*, n. 71, p. 1-6, 2020.

³⁰ KHAN, Shehzad *et al.* Radiological assessment of domestic violence during covid-19 lockdown, in-depth study on pakistani population. *Pakistan Journal of Radiology*, v. 30, n. 4, p. 240-245, 2020.

³¹ FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

³² RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de Covid-19. *Gaceta Sanitaria*, n. 1859, p. 1-6, 2020.

³³ STOIANOVA, Tatiana; OSTROVSKA, Liudmyla; TRIPULSKYIR, Grygorii. Covid-19: pandemic of domestic violence. *Ius Humani. Law Journal*, v. 9, n. 2, p. 111-136, 2020.

³⁴ FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

a enfrentar la pandemia en lo que respecta a la atención de los enfermos, ii) legislaciones o decretos del Ejecutivo que implementan medidas, pero no incluyen fondos adicionales para su implementación, iii) los sistemas sanitarios saturados y compelidos a atender la enfermedad y sus implicaciones, esta circunstancia pone en segundo plano los indicadores de riesgo y seguimiento de casos de VD, lo cual dificulta enormemente la atención de víctimas antiguas y nuevas de VIF³⁵.

3 Medidas para atender la violencia intrafamiliar en contextos de pandemia: entre los decretos legislativos y las revisiones constitucionales

Algunas de las medidas tomadas por los Estados para enfrentar la VD en contextos de pandemia por Covid-19 se han dado a través de normas y reglamentos expedidos en la declaratoria del estado de emergencia económica, social y ecológica. Estas medidas buscan no solo prestar una ayuda inmediata o de emergencia ante la agresión y en contra de los agresores, sino además lograr una disminución de las conductas constitutivas de la VIF a través de campañas educativas y de prevención.

En este orden de ideas, en Colombia se expidió el Decreto Legislativo 460 de 22 de marzo del 2020 por el Presidente de la República en el que buscaba garantizar la prestación del servicio público a cargo de las CF, dentro del estado de emergencia, con el fin de atender oportuna y eficazmente a las víctimas “frente a la protección en casos de violencias en el contexto familiar y la adopción de medidas de urgencia para la protección integral de niñas, niños y adolescentes” (artículo 1). Las CF tienen la competencia sobre los asuntos relacionados con la VIF donde estos entes, con funciones administrativas y jurisdiccionales, son los encargados de recibir la denuncia del hecho violento y la toma de medidas de protección inmediata de la víctima con el fin de que se termine la violencia o que esta se evite, si fuera inminente. El Decreto compuesto por cinco artículos, divide su actuar en dos líneas de atención contra la VD: i) medidas de emergencia y ii) medidas educativas y de prevención.

Las medidas de emergencia se centran en un extenso artículo uno, en el cual se establecen tres acciones pertinentes para lograr que se concreten tales disposiciones: i) atención prioritaria presencial, ii) procedimientos administrativos de atención y iii) atención prioritaria virtual o telefónica, para la prestación del servicio de acuerdo con las medidas de seguridad estimadas con miras a evitar contagios o propagación del Covid-19 (tabla 1).

³⁵ RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de Covid-19. *Gaceta Sanitaria*, n. 1859, p. 1-6, 2020.

Tabla 1 - Medidas de emergencia para atender a las víctimas de VIF

MEDIDAS DE EMERGENCIA PARA ATENDER A LAS VÍCTIMAS DE VIF	
Acciones	Decreto 460 de 2020
1 Atención prioritaria presencial	<p>Priorizar las funciones de policía judicial frente a actos urgente que atenten contra la vida e integridad física de las víctimas, capturas en flagrancias e inspección de cadáveres (Literal a).</p> <p>Ofrecer medios de transporte para el traslado de niñas, niños, adolescentes (NNA) y personas mayores víctimas de VIF a lugares de protección (Literal b).</p> <p>Adoptar turnos y horarios flexibles de labor en las CF que reduzcan la concentración de trabajadores y usuarios, sin que afecte la prestación del servicio (Literal h).</p> <p>Atención prioritaria, personalizada y presencial para la atención de riesgo de feminicidio, violencia y acoso sexual, violencia psicológica y física, de amenazas o hechos de violencia en general contra NNA, adultos mayores y personas en situación de discapacidad, incumplimiento de las medidas de protección y amenazas contra los derechos en general (Literal i).</p> <p>Adaptar espacios aislados de atención para NNA y adultos mayores cuando se debe hacer la atención presencial (Literal m).</p> <p>Apoyo en atención psicosocial y de acogida coordinada con organismos no gubernamentales, sociales, internacionales y de cooperación en los territorios (Literal p).</p> <p>Adelantar monitoreos constantes en casos de violencia ya denunciados y con órdenes de alejamiento (Literal q).</p>
2 Procedimientos administrativos y jurisdiccionales de atención	<p>Disponer de espacios adecuados de protección y de cumplimiento de medidas de aislamiento ante el riesgo de agresión o violencia en el hogar de NNA y adultos mayores (Literal j).</p> <p>Adoptar medidas en las CF para que únicamente ingresen las personas usuarias del servicio, salvo en los casos que sea necesario el acompañante (Literal k).</p> <p>Cuando no se cuente con medios tecnológicos apropiados se autoriza la suspensión de las audiencias de conciliación extrajudicial, salvo cuando sea por asuntos relacionados con custodia, visitas y alimentos de NNA, como de adultos mayores, estas audiencias serán presenciales En caso de fracaso de conciliación de esta audiencia, se autoriza a los procuradores judiciales para que tomen medidas provisionales sobre estos asuntos (artículo 2).</p>

MEDIDAS DE EMERGENCIA PARA ATENDER A LAS VÍCTIMAS DE VIF	
Acciones	Decreto 460 de 2020
3 Atención prioritaria virtual o telefónica en atención a las medidas de seguridad por Covid-19	<p>Disponer inmediatamente de medios telefónicos y virtuales en las CF para la recepción de denuncias de VIF y maltrato infantil, articular rutas interinstitucionales de atención integral a las víctimas (Literal d), atención psicosocial y asesoría jurídica permanente a usuarios, (Literal c), para reducir la atención presencial.</p> <p>Disponer de mecanismos óptimos de notificación y citación por medios virtuales o telefónico de las CF (Literal e).</p> <p>Coordinar el trabajo remoto o por telepresencia para la prestación del servicio en las CF, cuando fuere posible, lo cual no excluye el presencial por gravedad de la situación (Literal g).</p> <p>Privilegiar audiencias y sesión virtuales (Literal f).</p> <p>Garantizar condiciones de bioseguridad que eviten el contagio o la propagación de este en las instalaciones de las CF (Literal i).</p>

Fuente: elaboración propia a partir del Decreto 460 de 2020.

Las medidas educativas y de prevención se concentran en dos tipos: i) de prestación del servicio en la CF y ii) de información para la prevención de la VIF (tabla 2).

Tabla 2 - Medidas educativas y de prevención de la VIF

MEDIDAS EDUCATIVAS Y DE PREVENCIÓN DE LA VIF	
Acciones	Decreto 460 de 2020
1 De prestación del servicio en la CF	<ul style="list-style-type: none"> Generar estrategias para informar a la ciudadanía sobre los servicios de las CF, así como de los medios telefónicos y virtuales de atención dispuestos. El medio utilizado para la difusión de la comunicación serán las emisoras comunitarias (artículo 1, Literal n).
2 De información para la prevención de la VIF	<ul style="list-style-type: none"> Desarrollar campañas de prevención y atención en materia de VIF y delitos sexuales utilizando las emisoras comunitarias (artículo 1, Literal o). Se implementarán campañas de prevención de la VIF que se presente en ocasión al aislamiento preventivo generado por el Covid-19. Estas campañas estarán a cargo de diferentes organismos del Estado tanto nacionales como territoriales (artículo 4).

Fuente: elaboración propia a partir del Decreto 460 de 2020.

El Decreto 460 de 2020 cumple con lo dispuesto por la normativa que impone el estado de emergencia económica, social y ecológica³⁶, donde se establece, en su parte considerativa, la necesidad: i) de que normas de orden legal sean flexibilizadas con el objeto de cumplir la obligación de la atención personalizada a los usuarios; ii) la suspensión de términos legales en actuaciones jurisdiccionales y administrativas y iii) habilitar actuaciones judiciales y administrativas mediante la utilización de medios tecnológicos con el fin de garantizar la prestación del servicio público en medio de la pandemia.

Como requisito formal de revisión constitucional del Decreto 460, la Corte Constitucional colombiana efectuó control automático a través de la Sentencia C-179 de 2020. En esta sentencia señaló lo siguiente:

³⁶ COLOMBIA. Decreto 417 de 17 de marzo de 2020. Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20417%20DEL%2017%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf> Acceso en: 14 mar. 2021.

- Que desde un juicio de validez sustancial, las medidas adoptadas por el decreto cumplen las exigencias materiales de constitucionalidad, puesto que dentro del marco del Estado social de derecho, la búsqueda de la prevención y protección de las víctimas por VIF es legítima, máxime que con las medidas de aislamiento social preventivo y obligatorio las tasas de VD aumentaron drásticamente, de acuerdo con las cifras de diferentes autoridades. En este orden de ideas, la Corte resaltó la importancia social de la función de las CF como órgano institucional garante de la vida digna libre de violencia en la familia y a la vez de actuar para la prevención, la investigación y posterior sanción de la VIF.
- Que la relación entre las medidas adoptadas por el decreto para atender y prevenir la VF y las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia, es manifiesta y por ende cumple por completo el juicio de conexidad desde un punto de vista interno, pues las medidas se vinculan con la parte motiva del decreto; y desde el punto vista externo, el nexo material entre las medidas de aislamiento para evitar el contagio y la propagación del Covid-19 y el aumento exponencial de la VD es evidente, luego estos factores de riesgo deben ser atendidos oportuna y eficazmente por el Estado y la sociedad.
- De acuerdo con lo dispuesto por el Decreto 460, este no suspende o inaplica ley o disposición normativa alguna, por lo tanto, se supera el juicio de incompatibilidad.
- Ante las circunstancias inusuales generadas por la pandemia y el aumento comprobado de la VIF consecuencia de las medidas de aislamiento, la reglamentación de la prestación ininterrumpida del servicio público de las CF, entre lo presencial y lo virtual, cumplen perfectamente con el juicio de necesidad, y propenden por evitar el contagio y la propagación del Covid-19.
- Respecto al juicio de motivación suficiente del decreto, encuentra la Corte que este está plenamente motivado y justificado por el Ejecutivo, y que las medidas adoptadas en esta disposición no violan ningún núcleo esencial de los derechos fundamentales, ni trasgreden derechos intangibles o perturba las ramas del poder público, superando así, el juicio de no arbitrariedad y de intangibilidad. De igual forma, no se introducen en el decreto categorías sospechosas de trato diferenciado, por lo cumple con el juicio de no discriminación. Al no encontrar la Corte violación de los mandatos expresos en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad, el decreto cumple el juicio de no contradicción específica.
- Dos aspectos fueron cuestionados por la Corte, condicionando para su efecto la constitucionalidad, en el primero, y declarando la inexequibilidad, en el segundo.
- Respecto a los numerales n y o del artículo 1, la Corte establece que se vulnera la igualdad de trato y de proporcionalidad al establecer como único medio de difusión de la información a las emisoras comunitarias. Luego, dicha difusión gratuita también debe hacerse a cargo de todas las radiodifusoras públicas, ampliando así la disposición a estas.
- De cara a la facultad jurisdiccional atribuida a los procuradores judiciales en familia, encontró la Corte que no se cumple con el juicio de conexidad interna, dado que es una función exclusiva de los jueces y defensores de familia adscritos al ICBF. En este sentido, el Ejecutivo excedió la función reglamentaria del decreto que busca la regulación de la prestación ininterrumpida del servicio público de las CF, y no atribuirle funciones impropias a un organismo de control.

4 Los problemas que enfrenta la protección de las víctimas de VIF en contextos de pandemia a través de la institucionalidad: entre lo real y lo reglado

La protección de las víctimas de VIF en contextos de Covid-19 atraviesa un número significativo de obstáculos, algunos definidos desde la misma complejidad de la pandemia y otros advertidos de tiempo atrás en momentos de normalidad y que se agudizaron en el estado de emergencia. La reglamentación del Decreto 460 de 2020 por parte del Estado colombiano para proteger a las víctimas de VIF es un intento institucional de garantizar los derechos de estas víctimas, pero deficiencias estructurales, financieras, de cobertura de los servicios entre otros, muestran un panorama poco alentador. A continuación, se abordarán en primer lugar, los principales problemas que atraviesan las CF antes de la pandemia por Covid-19, con el fin de ofrecer un panorama de las múltiples deficiencias reportadas por investigaciones e informes de organismos de control. En segundo lugar, se advertirá sobre la atención de la VIF a través de las CF durante la pandemia por Covid-19, con la implementación del decreto reglamentario.

4.1 Las comisarías de familia en Colombia: problemas mayores antes de la pandemia por Covid-19

La evaluación de las CF en Colombia ha evidenciado deficiencias en aspectos tan importantes como su funcionamiento, organización, infraestructura, recurso humano, atención a los usuarios, sistema de información, procesos de divulgación y prevención, entre otros limitantes. Muchos de estos problemas vienen dados desde la misma consagración legal y sus posteriores modificaciones legislativas que lograron desnaturalizar la figura al otorgar competencias judiciales a su labor estrictamente administrativa³⁷. Estos cambios normativos no solo perjudicaron a las víctimas de VIF, puesto que “quitó rigor al trámite judicial, y lo volvió un simple acto administrativo”³⁸, sino también, creó una dependencia económica de los municipios, lo que determinó la inexistencia de estas entidades en muchos lugares del país³⁹.

De igual forma, los múltiples deberes asignados a los funcionarios de las CF, en especial a las comisarías y comisarios, no fueron proporcionales a la capacidad y conformación de estas entidades. Sumado a esto, la asignación de funciones adicionales de las CF por parte de las administraciones municipales dispuso un uso inadecuado e irracional de las mismas⁴⁰, desbordando la posibilidad de centrar su trabajo al objeto por las que fueron creadas, atender la VIF⁴¹.

Respecto a la infraestructura, organización y atención integral por parte de las CF, los informes presenta-

³⁷ NIÑO CONTRERAS, María Isabel. Estado del arte de la violencia intrafamiliar en Colombia: estudios sociojurídicos. *Revista de Derecho Público*, n. 33, p. 1-29, 2014.

³⁸ GÓMEZ LÓPEZ, Claudia; MURAD, Rocío; CALDERÓN, María Cristina. *Historias de violencia, roles, prácticas y discursos legitimadores: violencia contra las mujeres en Colombia 2000-2010*. 2013. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INV/7%20-%20VIOLENCIA%20CONTRA%20LAS%20MUJERES%20EN%20COLOMBIA.pdf> Acceso en: 14 mar. 2021.

³⁹ NIÑO CONTRERAS, María Isabel. Estado del arte de la violencia intrafamiliar en Colombia: estudios sociojurídicos. *Revista de Derecho Público*, n. 33, p. 1-29, 2014.

⁴⁰ Sobre este punto, la Viceministra de justicia en entrevista dada al periódico *El Espectador* señaló que “parte del problema de las comisarías es que la ley deja abierta la posibilidad de que los alcaldes establezcan otras funciones que ellos consideren. Entonces, hay municipios –y no son pocos– en los que, por ejemplo, tienen funciones de inspección de trabajo o tienen funciones de inspector de tránsito, incluso de inspector de policía. A veces son los mismos que hacen el control interno dentro del municipio. Los municipios que son muy pobres no tienen recursos para tantos funcionarios y tratan de optimizar el presupuesto medio de los comisarios, pero eso trae un problema y es que no se pueden concentrar en lo importante”. LAS COMISARÍAS de familia tienen que estar funcionando: viceministra de Justicia. *El Espectador*, 2020. Disponible en: <https://www.elespectador.com/coronavirus/las-comisarias-de-familia-tienen-que-estar-funcionando-viceministra-de-justicia-articulo-912621/> Acceso en: 14 mar. 2021.

⁴¹ COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación de Colombia. Comisarías de Familia. *Línea de base nacional*. 2011. Disponible en: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Procurando%206%20ene%2012-12\(2\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Procurando%206%20ene%2012-12(2).pdf) Acceso en: 14 mar. 2021.

dos por la Procuraduría General de la Nación no son nada alentadores. En las conclusiones de la evaluación realizada por este organismo de control en el 2011 se advierte la “inexistencia de la infraestructura adecuada, la ausencia del equipo interdisciplinario y condiciones *sine qua non* para garantizar una atención integral, digna, para evitar la revictimización”⁴², afirmación que se ratifica en el informe realizado por esta misma entidad ocho años después⁴³. Para autores como Vásquez Alfaro, Alarcón Palacio y Amaís Macías⁴⁴, las fallas del funcionamiento de las CF también se evidencian en el recurso humano de la figura del o la comisaria de familia –inadecuadas condiciones de trabajo, contratación por fuera de un sistema de carrera administrativa que evite el nombramiento de personas que no tengan el perfil requerido– y en la falta de un equipo interdisciplinario. Ambas situaciones, influenciadas por las bajas retribuciones salariales de estos cargos. Además, la salud mental de los funcionarios y funcionarias de las CF es preocupante, la falta de programas de atención en salud mental para los empleados ha desencadenado una alta prevalencia del síndrome de *burnout*, lo cual se constituye en un obstáculo para la atención de las víctimas⁴⁵.

La eficacia de las CF se ha visto cuestionada en aspectos como i) la respuesta en la atención de las víctimas: si bien se presentan las denuncias y se ordenan las medidas de protección y cauciones a las víctimas, estas acciones y medidas no responden a una verdadera atención puesto que no se da la interrupción de la violencia ejercida por el agresor, lo que constituye un proceso de revictimización⁴⁶. Además, las dificultades para seguir acompañando los hechos denunciados y el número de casos registrados exceden la capacidad de estas entidades⁴⁷, ii) limitación en la atención interdisciplinaria de la VIF pues las CF entienden mayormente su atención desde una óptica más legal que psicológica. Esta falta de atención multidisciplinaria hace que la lectura de las denuncias sea parcializada pues al agresor y a la víctima se los ubica en un conflicto entre pares iguales, equiparando estrategias neutrales de solución posible y desconociendo en muchas ocasiones asuntos tan relevantes como la perspectiva de género, donde se evidencia una relación de poder y subordinación entre el agresor y la víctima, lo cual limita la atención del problema y su solución⁴⁸.

Si bien usuarios y usuarias de las CF han afirmado que este organismo es un espacio donde son escuchados y reciben apoyo, advierten que los procesos administrativos son lentos y la atención es deficitaria, pues deben entrar a una postergada lista de espera, derivada de una agenda oficial que tiene pocas citas disponibles. De igual forma, advierten que los procesos de divulgación de la información sobre prevención

⁴² COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación de Colombia. Comisarías de Familia. *Línea de base nacional*. 2011. Disponible en: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Procurando%20ene%2012-12\(2\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Procurando%20ene%2012-12(2).pdf) Acceso en: 14 mar. 2021.

⁴³ Dice el informe de 2019 que “la justicia familiar, desde el rol que le corresponde a las comisarías de familia, se encuentra aún lejos de cumplir las premisas de eficiencia y de atención en condiciones de dignidad, así como del ideal de una pronta y cumplida justicia. Una de las principales causas del problema es la organización y funcionamiento de estas entidades”. COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación de Colombia. Segunda vigilancia superior a las comisarías de familia. *Seguimiento Línea de base 2010*. 2019. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Segunda%20Vigilancia%20Procuraduria%20-%20PDF%20Final.pdf> Acceso en: 14 mar. 2021; NIÑO CONTRERAS, María Isabel. Estado del arte de la violencia intrafamiliar en Colombia: estudios sociojurídicos. *Revista de Derecho Público*, n. 33, p. 1-29, 2014.

⁴⁴ VÁSQUEZ ALFARO, Mónica; ALARCÓN PALACIO, Yadira; AMARÍS MACÍAS, María. Violencia intrafamiliar: efectividad de la ley en el barrio Las Flores de la ciudad de Barranquilla. *Revista de Derecho*, v. 29, p. 178-210, 2008.

⁴⁵ Se entiende como el síndrome de *burnout*. “El síndrome *burnout* o de desgaste profesional es un problema social y de salud pública. Se trata de un trastorno adaptativo crónico asociado al inadecuado afrontamiento de las demandas psicológicas del trabajo, que daña la calidad de vida de la persona que lo padece y disminuye la calidad asistencial” MINGOTE, Adán. Síndrome Burnout o síndrome de desgaste profesional. *FMC*, v. 5, n. 8, p. 493-503, 1998. En el estudio denominado *Burnout y calidad de vida profesional en operadores de justicia que atienden violencia familiar*, concluyó que “los operadores de justicia en violencia familiar tienen alto porcentaje de desgaste laboral y que, a mayor percepción de calidad de vida profesional, menor presencia de *burnout*, lo que abogaría a favor de la implementación de políticas de mejora en clima laboral y disminución de carga procesal”. MUÑOZ, Agueda *et al.* Burnout y calidad de vida profesional en operadores de justicia que atienden violencia familiar. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, v. 37, n. 3, 2020.

⁴⁶ CASTILLO VARGAS, Elizabeth. *Feminicidio: mujeres que mueren por violencia intrafamiliar en Colombia: estudio de casos en cinco ciudades del país*. Bogotá: Profamilia Social y IPPPF, 2008.

⁴⁷ NIÑO CONTRERAS, María Isabel. Estado del arte de la violencia intrafamiliar en Colombia: estudios sociojurídicos. *Revista de Derecho Público*, n. 33, p. 1-29, 2014.

⁴⁸ PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN DE COLOMBIA, 2019, p. 107; NIÑO CONTRERAS, María Isabel. Estado del arte de la violencia intrafamiliar en Colombia: estudios sociojurídicos. *Revista de Derecho Público*, n. 33, p. 1-29, 2014.

de la VIF, los derechos que asisten a las víctimas y las estrategias legales disponibles para estas, no se dan de forma asertiva por la falta de difusión de la información. Además, existe una falta de articulación con otras entidades del Estado, como la Fiscalía General de la Nación, que atienden de forma simultánea a víctimas de VIF. Detención, registro de casos, protocolos de atención son disímiles en ambas instituciones estatales, se necesita la homogenización de los procedimientos y de los datos generados por tales violaciones, en aras de mejorar el servicio ofrecido a las víctimas⁴⁹. Es importante aclarar que la atención integral de la VIF en el ámbito territorial requiere la intervención intersectorial de, al menos, diez entidades⁵⁰, antes que no están presentes en todos los municipios lo cual limita y dificulta atender de manera integral a las víctimas y garantizar así sus derechos, “aunado a la regular articulación interinstitucional con la cual no se logra un trabajo conjunto eficiente”. Ante este panorama, no existe un sistema de información estadístico idóneo que permita conocer, en tiempo real e histórico, la gestión de las CF⁵¹, lo cual dificulta procesos de autoevaluación y mejora en el servicio prestado.

La lectura de la situación de las CF en Colombia no es nada alentadora, la descripción de sus vacíos, inconsistencias, faltantes y desmejoras reclaman una gran presencia institucional que logre darle el empuje necesario y logre fortalecerla para cumplir con “los retos que exige la garantía y el restablecimiento de los derechos de las víctimas de las violencias intrafamiliar y de género”, puesto que si se sigue con la gestión actual y “las condiciones de organización e infraestructura encontradas, desatendiendo la garantía de los derechos de las víctimas de la violencia intrafamiliar”⁵², estas entidades estarán condenadas a desaparecer.

4.2 Las comisarías de familia en Colombia: atención de la VIF durante la pandemia por Covid-19 e identificación de la población más vulnerable en la ciudad de Medellín y Envigado

Con la expedición del Decreto 460 de 2020, el Gobierno Nacional de Colombia buscó proporcionar las herramientas necesarias para atender y prevenir la VD en contextos de pandemia. Si bien el decreto fue calificado como novedoso, este desconoce aspectos tan importantes como la cobertura del servicio y la identificación de posibles agresiones por fuera del núcleo familiar, “no todos los lugares del país cuentan con comisarías de familia, solo se ubican en zonas urbanas y no toda la violencia ocurre al interior (sic) de la familia”⁵³. Unido a esto, muchas CF no estaban funcionando cuando empezaron las medidas de aislamiento preventivo por el coronavirus⁵⁴, situación que motivó la expedición del decreto para promover la prestación

⁴⁹ NIÑO CONTRETERAS, María Isabel. Estado del arte de la violencia intrafamiliar en Colombia: estudios sociojurídicos. *Revista de Derecho Público*, n. 33, p. 1-29, 2014.

⁵⁰ Estas entidades son: Centro Zonal, Comando de Policía, Policía de Infancia, Centro de Salud, Medicina Legal, Juzgado, Fiscalía, Personería, Defensoría y Procuraduría. COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación de Colombia. Segunda vigilancia superior a las comisarías de familia. *Seguimiento Línea de base 2010*. 2019. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Segunda%20Vigilancia%20Procuraduria%20-%20PDF%20Final.pdf> Acceso en: 14 mar. 2021.

⁵¹ COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación de Colombia. Segunda vigilancia superior a las comisarías de familia. *Seguimiento Línea de base 2010*. 2019. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Segunda%20Vigilancia%20Procuraduria%20-%20PDF%20Final.pdf> Acceso en: 14 mar. 2021.

⁵² COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación de Colombia. Segunda vigilancia superior a las comisarías de familia. *Seguimiento Línea de base 2010*. 2019. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Segunda%20Vigilancia%20Procuraduria%20-%20PDF%20Final.pdf> Acceso en: 14 mar. 2021.

⁵³ CHAPARRO MORENO, Liliana; ALFONSO, Heyder. Impactos de la Covid-19 en la violencia contra las mujeres: el caso de Bogotá (Colombia). *Nova*, v. 18, n. 35, p. 115-119, 2020.

⁵⁴ MARTÍNEZ-RESTREPO, Susan et al. *Violencias basadas en género en tiempos de Covid-19*. 2020. Disponible en: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/4012/Repór_Septiembre_2020_Mart%20c3%adnez_y_et_al.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acceso en: 14 mar. 2021; LAS COMISARÍAS de familia tienen que estar funcionando: viceministra de Justicia. *El Espectador*, 2020. Disponible en: <https://www.elespectador.com/coronavirus/las-comisarias-de-familia-tienen-que-estar-funcionando-viceministra-de-justicia-articulo-912621/> Acceso en: 14 mar. 2021. Al respecto los autores exponen sobre el caso colombiano: “se descubrió que 590 comisarías colombianas carecían de servicios básicos de infraestructuras, como internet o un teléfono adicional para recibir llamadas sobre la violencia doméstica, sin mencionar la falta de medicamento o alimentos para víctimas de violencia. Colombia resultó estar completamente desprevenida para enfrentar este fenómeno”. “*But it was soon discovered that 590 Colombian police stations lacked basic infrastructures such as the Internet or an additional phone to receive calls about domestic violence, not to*

ininterrumpida del servicio de las CF en el país⁵⁵. Además, el decreto comenzó a regir desde el 25 de marzo y muchas de las medidas ordenadas están apenas implementándose o esperando a ser ejecutadas⁵⁶.

Se evidencia, entonces, que las deficiencias estructurales que acompañan estas dependencias desde hace largo tiempo se profundizaron con la crisis sanitaria, por lo que sus servicios se siguen prestando de forma restringida, con poco personal capacitado, con atención deshumanizada de las víctimas y su entorno familiar, además de enfrentar una gran precariedad financiera que, en definitiva, mina la autonomía de sus funciones y funcionarios⁵⁷. Tal vez esta precariedad financiera resume la causa de los múltiples problemas para lograr la efectividad de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional para atender la VIF en medio de la pandemia. De acuerdo con información suministrada por la Alcaldía de Medellín⁵⁸, el municipio, uno de los más importantes del país, sigue ejecutando el mismo presupuesto ordenado para el año 2019 dentro del programa *Fortalecimiento de las comisarías de familia en el marco del sistema de justicia cercana al ciudadano* y no se encuentra contemplado específicamente un rubro adicional para la implementación del decreto legislativo en los territorios. En el mismo sentido, conforme a la respuesta dada por la alcaldía de Envigado a través de la Secretaría de Seguridad y Convivencia Ciudadana, segundo municipio más importante del departamento de Antioquia después de Medellín no destinó ningún rubro adicional o específico con el argumento de que la oficina de talento humano suministró los elementos de bioseguridad. En este orden de ideas, las medidas administrativas tomadas poscuarentena muestran que las rutas de atención para atender la VD no serán vistas como prioridad y, por ende, se reducirán las apropiaciones para estos rubros para el año 2021⁵⁹. Y, si bien la falta de presupuesto de las CF afecta drásticamente las funciones a su cargo, las pocas medidas tomadas para atender a las víctimas de VIF —medidas que se sustentan, en su mayoría, en la utilización de medios virtuales—, encuentran más limitaciones que fortalezas. Un país en el que cerca de 23,8 millones de personas no tienen acceso a internet —o bien porque están en zonas apartada del país en las cuales no se cuenta con cobertura o bien porque no tienen la capacidad económica para adquirir el servicio o un computador⁶⁰—, discrimina el acceso del servicio público destinándolo a un grupo de personas específicas que habitan ciertos territorios y ostentan un estatus económico determinado. En definitiva, no es un servicio público de acceso para todos.

Ahora bien, en relación con la población más afectada por VIF en los municipios de Medellín y Envigado, se lograron recolectar los siguientes datos: i) según lo informado por la alcaldía de Medellín durante el

mention already about any medication or food for victims of violence. Colombia turned out to be completely unprepared for the aggravation of this negative phenomenon". STOIANOVA, Tatiana; OSTROVSKA, Liudmyla; TRIPULSKYIR, Grygorii. Covid-19: pandemic of domestic violence. *Ius Humani. Law Journal*, v. 9, n. 2, p. 111-136, 2020.

⁵⁵ MARTÍNEZ-RESTREPO, Susan et al. *Violencias basadas en género en tiempos de Covid-19*. 2020. Disponible en: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/4012/Repor_Septiembre_2020_Mart%c3%adnez_y_et_al.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acceso en: 14 mar. 2021; LAS COMISARÍAS de familia tienen que estar funcionando: viceministra de Justicia. *El Espectador*, 2020. Disponible en: <https://www.elespectador.com/coronavirus/las-comisarias-de-familia-tienen-que-estar-funcionando-viceministra-de-justicia-articulo-912621/> Acceso en: 14 mar. 2021.

⁵⁶ ALCALDÍA DE MEDELLÍN. *Respuesta a derecho de petición vía correo electrónico el día 9 de diciembre de 2020*. Radicado n.º 202030457757. Medellín, Colombia, Alcaldía de Medellín, 2020.

⁵⁷ ESPINOSA-BEJARANO, María del Pilar. Enemigo silente durante la pandemia Covid-19 en Colombia: la violencia contra la mujer. *Salutem Scientia Spiritus*, v. 6, suppl. 1, p. 181-186, 2020; MARTÍNEZ-RESTREPO, Susan et al. *Violencias basadas en género en tiempos de Covid-19*. 2020. Disponible en: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/4012/Repor_Septiembre_2020_Mart%c3%adnez_y_et_al.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acceso en: 14 mar. 2021.

⁵⁸ ALCALDÍA DE MEDELLÍN. *Respuesta a derecho de petición vía correo electrónico el día 9 de diciembre de 2020*. Radicado n.º 202030457757. Medellín, Colombia, Alcaldía de Medellín, 2020.

⁵⁹ En la Alcaldía de Medellín se dispondrá para el próximo año una disminución de los rubros asignados para las CF: “La Unidad de Comisarías de Familia adscrita a la Secretaría de Seguridad y Convivencia tiene asignado el Proyecto “Fortalecimiento de las comisarías de familia en el marco del sistema de justicia cercana al ciudadano” el cual cuenta, para la presente vigencia, con un Presupuesto de \$6.006.168.765 y para la vigencia 2021 contará con un presupuesto de \$4.262.884.700”. ALCALDÍA DE MEDELLÍN. *Respuesta a derecho de petición vía correo electrónico el día 9 de diciembre de 2020*. Radicado n.º 202030457757. Medellín, Colombia, Alcaldía de Medellín, 2020.

⁶⁰ DÍA internacional del internet: ¿Cómo está Colombia en conectividad? *Semana*, 2020. Disponible en: <https://www.semana.com/tecnologia/articulo/cuantas-personas-tienen-acceso-a-internet-en-colombia/672031/> Acceso en: 14 mar. 2021.

año pasado se presentaron 3.952 denuncias por VIF, de las cuales 3.384 correspondieron a mujeres, y entre ellas, 2.547 de mujeres entre los 18 y 55 años de edad⁶¹; de otro lado y ii) conforme los datos suministrados por la Secretaría de Seguridad y Convivencia del municipio de Envigado, durante la anualidad pasada se presentaron 213 denuncias por VIF, de las cuales 164 fueron elevadas por mujeres, y el grupo etario más afectado se ubicó ente los 30 y 60 años de edad⁶².

5 Conclusiones

Las medidas de aislamiento social adoptadas por los Estados, como el colombiano, para enfrentar el contagio y la propagación del Covid-19 han tenido un impacto directo sobre el aumento significativo de la VD o VIF y así, las víctimas no solo están separadas de su círculo de seguridad, amigos y familiares, sino que también experimentan el llamado aislamiento funcional pues estas se sienten separadas de una institucionalidad que las proteja y atienda, en parte porque la atención del Estado está volcada en solucionar, casi exclusivamente, la crisis sanitaria a la que ha llevado la pandemia.

Como un llamado urgente, las agencias internacionales, como la Agencia de Salud Sexual y Reproductiva de las Naciones Unidas (UNFPA) y la CIDH, han pronosticado escenarios complejos donde la VIF en contextos de Covid-19 se torna sistemática, mucho más violenta y carente de garantías institucionales para proteger a sus víctimas, todo esto en un panorama que augura incremento en los casos de coronavirus y por ende nuevos aislamientos sociales para proteger a la población de la pandemia.

Una de las soluciones propuestas para atender la VIF en la pandemia por Covid-19, y por ende garantizar los derechos de las víctimas, ha sido a través de enmiendas legislativas y normativas, que en el caso colombiano se hicieron a través del Decreto Legislativo 460 de marzo de 2020, que centró la atención de las víctimas en la figura de las CF y dividió su atención en dos líneas base: i) medidas de emergencia y ii) medidas educativas y de prevención. Las medidas de emergencia se centraron en: atención prioritaria presencial, procedimientos administrativos de atención y atención prioritaria virtual o telefónica para la prestación del servicio de acuerdo con las medidas de seguridad estimadas para evitar contagios o propagación del Covid-19. Y las medidas educativas y de prevención, que se concentraron en dos tipos: de prestación del servicio en la CF y de información para la prevención de la VIF.

Si bien las CF han sido por muchos años una de las instituciones gubernamentales garantes y protectoras de las víctimas de VIF, sus deficiencias en aspectos como el funcionamiento y organización, así como problemas significativos en la infraestructura, recurso humano, atención a los usuarios, sistema de información, procesos de divulgación y prevención, entre otros, muestran una institución que atraviesa problemas estructurales de fondo, situación que no ha mejorado hasta ahora, en plena crisis sanitaria por el Covid-19 y de salud pública por la VD.

Podría pensarse que el decreto legislativo expedido para conjurar la crisis podría ser un remedio no solo para solucionar el problema de la VIF, sino también para corregir los problemas de antaño que acompañan a las CF, pero este decreto no va más allá de un planteamiento formal sin efectividad clara, puesto que no incluye la asignación de fondos adicionales para implementar lo regulado, no es clara la asignación presupuestal necesaria para atender la crisis. Así se pudo advertir en las respuestas dadas a los derechos de petición por parte de las Alcaldías de Medellín y Envigado, según las cuales, no existió modificación ni adición presupuestal para sus respectivas CF. Lo que sí hace el Estado, en este caso el Ejecutivo, es simplificar y

⁶¹ ALCALDÍA DE MEDELLÍN. *Respuesta a derecho de petición vía correo electrónico el día 9 de diciembre de 2020*. Radicado n.º 202030457757. Medellín, Colombia, Alcaldía de Medellín, 2020.

⁶² SECRETARÍA DE SEGURIDAD Y CONVIVENCIA. *Respuesta a Derecho de petición remitida vía correo electrónico el día 18 de febrero de 2021*. Envigado Colombia: Alcaldía de Envigado. 2021.

flexibilizar procedimientos que sean acordes con los protocolos de bioseguridad en la presencialidad y asistencia remota a través de la virtualidad, virtualidad que parece ser más excluyente y exclusiva en un país con baja conectividad y acceso para toda la población.

Finalmente, quedó evidenciado con los datos recolectados en los municipios de Medellín y Envigado, que la población más vulnerable frente a la VD, en los contextos de pandemia, es la femenina; y esta situación indica que los avances sociales, políticos y jurídicos para prevenir y eliminar la violencia de género intrafamiliar ha recibido un revés importante durante el año 2020, que requiere de la acción efectiva del Estado, materializando las garantías formalmente descritas en los instrumentos legales y jurisprudenciales.

Referencias

AGENCIA DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA DE LAS NACIONES UNIDAS. *Nuevas proyecciones del UNFPA predicen consecuencias catastróficas para la salud de las mujeres en el marco de la propagación de la pandemia de Covid-19*. 2020. Disponible en: <https://www.unfpa.org/es/press/nuevas-proyecciones-del-unfpa-predicen-consecuencias-catastr%C3%B3ficas-para-la-salud-de-las> Acceso en: 14 mar. 2021.

AGUIRRE FERNÁNDEZ, Richard. Maltrato infantil, sin un sistema único de registro. *El Colombiano*, 2020. Disponible en: <https://www.elcolombiano.com/colombia/maltrato-infantil-sin-un-sistema-unico-de-registro-KP13941597/> Acceso en: 14 mar. 2021.

ALCALDÍA DE MEDELLÍN. *Respuesta a derecho de petición vía correo electrónico el día 9 de diciembre de 2020*. Radicado n.º 202030457757. Medellín, Colombia, Alcaldía de Medellín, 2020.

CASTILLO VARGAS, Elizabeth. *Feminicidio: mujeres que mueren por violencia intrafamiliar en Colombia: estudio de casos en cinco ciudades del país*. Bogotá: Profamilia Social y IPPPF, 2008.

CHAPARRO MORENO, Liliana; ALFONSO, Heyder. Impactos de la Covid-19 en la violencia contra las mujeres: el caso de Bogotá (Colombia). *Nova*, v. 18, n. 35, p. 115-119, 2020.

COLOMBIA. *Decreto 417 de 17 de marzo de 2020*. Por el cual se declara un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20417%20DEL%2017%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf> Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. *Decreto 4799 de 20 de diciembre de 2011*. Por el cual se reglamentan parcialmente las leyes 294 de 1996, 575 de 2000 y 1257 de 2008. Disponible en: <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1551034> Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. *Decreto Legislativo 460 de 22 de marzo de 2020*. Por el cual se dictan medidas para garantizar la prestación del servicio a cargo de las comisarias de familia, dentro del Estado de emergencia económica, social y ecológica. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20460%20DEL%2022%20DE%20MARZO%20DE%202020.pdf> Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. *Ley 1257 de 4 de diciembre de 2008*. Por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2008_col_ley1257.pdf Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. *Ley 1959 de 20 de junio de 2019*. Por medio de la cual se modifican y adicionan artículos de la Ley 906 de 2004 en relación con el delito de violencia intrafamiliar. Disponible en: <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201959%20DEL%2020%20DE%20JUNIO%20DE%202019.pdf> Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. *Ley 294 de 16 de julio de 1996*. Por la cual se desarrolla el artículo 42 de la Constitución Política y se dictan normas para prevenir remediar y sancionar la violencia intrafamiliar. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/1996_col_ley294.pdf Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. *Ley 575 de 9 de febrero de 2000*. Por medio de la cual se reforma parcialmente la Ley 294 de 1996. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/1996_col_ley294.pdf Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. *Ley 599 de 24 de julio de 2000*. Por la cual se expide el Código Penal. Disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=6388> Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. *Ley 906 de 31 de agosto de 2004*. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_de_procedimiento_penal_colombia.pdf Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación de Colombia. Comisarías de Familia. *Línea de base nacional*. 2011. Disponible en: [https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Procurando%206%20ene%2012-12\(2\).pdf](https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Procurando%206%20ene%2012-12(2).pdf) Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. Procuraduría General de la Nación de Colombia. Segunda vigilancia superior a las comisarías de familia. *Seguimiento Línea de base 2010*. 2019. Disponible en: <https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Segunda%20Vigilancia%20Procuraduria%20-%20PDF%20Final.pdf> Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. *Sentencia C-179 de 17 de junio de 2020*. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-179-20.htm> Acceso en: 14 mar. 2021.

COLOMBIA. *Vicepresidencia y CPEM fortalecen línea de atención 155 ante incremento en reportes de violencia intrafamiliar*. 2020. Disponible en: <https://mlr.vicepresidencia.gov.co/Paginas/prensa/2020/Vicepresidencia-y-CPEM-fortalecen-linea-de-atencion-155-ante-incremento-en-reportes-de-violencia-intrafamiliar.aspx> Acceso en: 14 mar. 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *La CIDH hace un llamado a los Estados a incorporar la perspectiva de género en la respuesta a la pandemia del COVID-19 y a combatir la violencia sexual e intrafamiliar en este contexto*. 2020. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/074.asp> Acceso en: 14 mar. 2021.

CONOZCA la ley que modifica y adiciona el delito de violencia intrafamiliar. *Ambito Jurídico*, 2019. Disponible en: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/penal/penal/conozca-la-ley-que-modifica-y-adiciona-el-delito-de-violencia-intrafamiliar> Acceso en: 14 mar. 2021.

DÍA internacional del internet: ¿Cómo está Colombia en conectividad? *Semana*, 2020. Disponible en: <https://www.semana.com/tecnologia/articulo/cuantas-personas-tienen-acceso-a-internet-en-colombia/672031/> Acceso en: 14 mar. 2021.

ESPINO, Diana; AGUILERA, Rafael. *Democracia, derechos humanos y violencia de género*. México: Editorial Fontamara, 2011.

ESPINOSA-BEJARANO, María del Pilar. Enemigo silente durante la pandemia Covid-19 en Colombia: la violencia contra la mujer. *Salutem Scientia Spiritus*, v. 6, suppl. 1, p. 181-186, 2020.

FORBES BRIGHT, Candace; BURTON, Christopher; KOSKY, Madison. Considerations of the impacts of COVID-19 on domestic violence in the United States. *Social Sciences & Humanities Open*, v. 2, n. 1, p. 1-5, 2020.

GÓMEZ LÓPEZ, Claudia; MURAD, Rocío; CALDERÓN, María Cristina. *Historias de violencia, roles, prácticas y discursos legitimadores: violencia contra las mujeres en Colombia 2000-2010*. 2013. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/INEC/INV/7%20-%20VIOLEN->

- CIA%20CONTRA%20LAS%20MUJERES%20EN%20COLOMBIA.pdf Acceso en: 14 mar. 2021.
- KHAN, Shehzad *et al.* Radiological assessment of domestic violence during covid-19 lockdown, in-depth study on pakistani population. *Pakistan Journal of Radiology*, v. 30, n. 4, p. 240-245, 2020.
- LAS COMISARÍAS de familia tienen que estar funcionando: viceministra de Justicia. *El Espectador*, 2020. Disponible en: <https://www.elespectador.com/coronavirus/las-comisarias-de-familia-tienen-que-estar-funcionando-viceministra-de-justicia-articulo-912621/> Acceso en: 14 mar. 2021.
- MARTÍNEZ-RESTREPO, Susan *et al.* *Violencias basadas en género en tiempos de Covid-19*. 2020. Disponible en: https://www.repository.fedesarrollo.org.co/bitstream/handle/11445/4012/Repor_Septiembre_2020_Mart%c3%adnez_y_et_al.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acceso en: 14 mar. 2021.
- MINGOTE, Adán. Síndrome Burnout o síndrome de desgaste profesional. *FMC*, v. 5, n. 8, p. 493-503, 1998.
- MOREIRA, Diana; PINTO DA COSTA, Mariana. The impact of the Covid-19 pandemic in the precipitation of intimate partner violence. *International Journal of law and Psychiatry*, n. 71, p. 1-6, 2020.
- MUÑOZ, Agueda *et al.* Burnout y calidad de vida profesional en operadores de justicia que atienden violencia familiar. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, v. 37, n. 3, 2020.
- NIÑO CONTRERAS, María Isabel. Estado del arte de la violencia intrafamiliar en Colombia: estudios sociojurídicos. *Revista de Derecho Público*, n. 33, p. 1-29, 2014.
- RUIZ-PÉREZ, Isabel; PASTOR-MORENO, Guadalupe. Medidas de contención de la violencia de género durante la pandemia de Covid-19. *Gaceta Sanitaria*, n. 1859, p. 1-6, 2020.
- SECRETARÍA DE SEGURIDAD Y CONVIVENCIA. *Respuesta a Derecho de petición remitida vía correo electrónico el día 18 de febrero de 2021*. Envigado Colombia: Alcaldía de Envigado. 2021.
- STOIANOVA, Tatiana; OSTROVSKA, Liudmyla; TRIPULSKYIR, Grygorii. Covid-19: pandemic of domestic violence. *Ius Humanum. Law Journal*, v. 9, n. 2, p. 111-136, 2020.
- VÁSQUEZ ALFARO, Mónica; ALARCÓN PALACIO, Yadira; AMARÍS MACÍAS, María. Violencia intrafamiliar: efectividad de la ley en el barrio Las Flores de la ciudad de Barranquilla. *Revista de Derecho*, v. 29, p. 178-210, 2008.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigma para a construção de parâmetros migratórios latino-americanos

Vélez Loor vs. Panama case of the Inter-American Court of Human Rights as a paradigm for the construction of latin american migratory parameters

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff

Bianca Guimarães Silva

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

O caso Vélez Loor vs. Panamá da Corte Interamericana de Direitos Humanos como paradigma para a construção de parâmetros migratórios latino-americanos*

Vélez Loor vs. Panama case of the Inter-American Court of Human Rights as a paradigm for the construction of latin american migratory parameters

Tatiana de A. F. R. Cardoso Squeff **

Bianca Guimarães Silva***

Resumo

O presente artigo atesta como a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) tem estabelecido parâmetros de proteção dos direitos humanos no continente americano, atestando o seu impacto transformador da realidade latino-americana. Demonstra-se como o caso Vélez Loor versus Panamá, julgado em 2010, definiu doze standards de tratamento às pessoas migrantes desde uma articulação ímpar por parte da Corte de suas regras e da prática estatal, tornando-se um caso-paradigma do Sistema Interamericano. Para tanto, utilizando-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, e seguindo os métodos descritivo e explicativo de análise dos objetivos, o texto será dividido em duas partes. Enquanto a primeira seção volta-se ao debate do cenário socioeconômico da América Latina, e como a atuação da Corte tem impactado a cultura legal da região, na segunda seção, analisam-se as obrigações substanciais e materiais da sentença referente à proteção dos direitos dos migrantes. Por fim, concluiu-se que os parâmetros fixados orientam, atualmente, todos os deslocamentos migratórios na região e contribuem para o fortalecimento da proteção dos grupos vulneráveis nesse plano.

Palavras-chave: Vélez Loor vs. Panamá; Parâmetros migratórios Latino-Americanos; Crimigração; Acesso à justiça; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Abstract

This article attests to how the Inter-American Court of Human Rights (CtIDH) has established parameters for the protection of human rights in the American continent, attesting to its transforming impact on the Latin American reality. Punctually, it is shown how the case of Vélez Loor vs. Panama, adjudged in 2010, defined twelve standards of treatment for migrants from an unparalleled articulation by the Court of its rules and the state practices,

* Recebido em 01/06/2021
Aprovado em 07/10/2021

** Professora permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade federal de Uberlândia (UFU), onde também é professora adjunta na Graduação. Doutora em Direito Internacional pela UFRGS, com período sanduíche junto à University of Ottawa. Mestre em Direito Público pela UNISINOS, com bolsa capes e período de estudos junto à University of Toronto, com fomento DFAIT. Especialista em Relações Internacionais (UFRGS/PPGEEI), em Direito Internacional (UFRGS/PPGD) e em Língua Inglesa (Unilasalle).
E-mail: tatiafrcardoso@gmail.com

*** Mestranda em Direito na Universidade de Brasília (PPGD/UnB). Especialista em Direito Internacional pela Escola Brasileira de Direito. Graduada em Direito pela UFU. Pesquisadora bolsista do Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra/UnB). Membro dos Grupos de Estudos e Pesquisa em Direito Internacional (UFU); Direitos Humanos e (De) colonialidade (UFU); Crítica & Direito Internacional (UnB). Advogada.
E-mail: bianca.obmigra@gmail.com

becoming a paradigm case of the Inter-American System. Therefore, using bibliographic and documentary research techniques and following the descriptive and explanatory methods of objective analysis, the text will be divided into two parts. While the first section turns to the debate on the socio-economic scenario in Latin America and how the Court's actions have impacted the region's legal culture, the second section analyzes the substantial and material obligations of the judgment regarding the protection of the rights of migrants. Finally, it was concluded that the parameters set now guide all migratory movements in the region and contribute to strengthening the protection of vulnerable groups in this part of the world.

Keywords: Vélez Loor vs. Panama; Latin-american migratory standards; Crimmigration; Access to justice. Inter-American Human Rights Court.

1 Introdução

O presente artigo visa atestar a relevância do caso *Vélez Loor versus Panamá*, julgado em 2010 pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante CtIDH), para a definição de parâmetros de direitos humanos relacionados aos direitos dos migrantes no contexto latino-americano. O contexto fático, que deu origem ao peticionamento internacional, trata-se da denúncia de tortura, detenção arbitrária e maus-tratos do equatoriano, Sr. Jesus Tranquilino Vélez Loor. As violações foram realizadas por agentes estatais panamenhos em dois centros penitenciários do Panamá. Além da detenção migratória, indagou-se sobre as violações acerca do acesso à justiça. Demonstrou-se que a vítima não teve oportunidade de se defender, não pode contatar assistência jurídica e consular, tampouco teve garantias processuais. Esse julgamento estabeleceu parâmetros de tratamento aplicáveis aos migrantes em condição migratória regular ou irregular.

A vulnerabilidade da migração indocumentada faz com que esses indivíduos fiquem suscetíveis aos inúmeros mecanismos de violações, sejam eles estatais ou não. Assim, tornam-se vítimas de crimes como sequestro, tráfico de pessoas, contrabando e redes transnacionais de crime organizado, para citar alguns. Eles também podem ser afetados pelas diversas manifestações de racismo, xenofobia e outras formas de discriminação por causa das narrativas de segurança, ordem pública e proteção da mão de obra nacional.

De acordo com a denúncia, o senhor Vélez Loor teve os seus direitos violados por uma série de garantias que foram descumpridas pelo Estado panamenho. Primeiramente, a polícia fronteiriça panamenha afirmou que ele não possuía os documentos válidos para ingressar no país. Desse modo, ele foi preso em 10 de novembro de 2002 e deportado, após 10 meses, em 10 de setembro de 2003. Durante esse período, a vítima foi privada de liberdade em dois centros de detenção diferentes, onde se alegou que esta, também, sofreu maus tratos. Contudo, nenhuma investigação sobre tortura foi iniciada e a vítima tampouco teve os seus direitos de acesso à justiça efetivados. Em virtude disso, peticionou-se à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 10 de fevereiro de 2004 (n.º P-92/04), a qual confirmou as violações de direitos humanos realizadas pelo Estado panamenho. Outrossim, ainda que o Estado tenha tido tempo para informar as medidas adotadas para dar cumprimento às recomendações da Comissão, ele não as adotou, de maneira que o caso foi submetido à apreciação da CtIDH em 8 de outubro de 2009.

Perante a Corte, a CIDH requereu que o Panamá fosse responsabilizado, em desfavor da vítima Vélez Loor, pela violação dos artigos 5 (Direito à Integridade Pessoal), 7 (Liberdade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial), em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), assim como os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura. E, justamente sobre esse caso, perante a CtIDH, esse artigo se debruça, pretendendo-se examinar as considerações desse tribunal sobre os direitos violados. Afinal, as ponderações sobre a detenção migratória e o acesso à justiça, feitas na sentença em comento, configuram-se como padrões jurídicos para a proteção dos direitos humanos dos migrantes e, por isso, justifica-se o seu estudo

qualitativo no presente texto.

Para tanto, utilizando-se das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, e seguindo os métodos descritivo e explicativo de análise dos objetivos, o texto será dividido em duas partes. A primeira abordará o papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos como potencial agente transformador no cenário sociopolítico do continente americano. Na primeira seção desse item, serão demonstrados, brevemente, os antecedentes históricos do tratamento migratório na região latino-americana e os principais desafios. Posteriormente, em síntese, explicar-se-á o caso *Vélez Loor versus Panamá*, de modo a exaltar como essa sentença é um precedente favorável aos direitos humanos, especialmente por estipular doze preceitos básicos a serem garantidos às pessoas migrantes no continente. Ato contínuo, analisam-se, na segunda seção, as principais garantias instituídas pelo caso, isto é, as obrigações substanciais e as procedimentais que dão ensejo a diversos parâmetros de proteção de migrantes no âmbito latino-americano. Desse modo, no primeiro item, debate-se o respeito à garantia à integridade física e à liberdade pessoal violadas por meio da detenção migratória, e, no segundo, item trata-se das especificidades do acesso à justiça e dos *standards* dela derivados.

Almeja-se, com isso, demonstrar que o *corpus iuris* interamericano, isto é, o conjunto normativo do sistema, hoje, contempla igualmente direitos mínimos dos migrantes, os quais não podem ser olvidados, senão obrigatoriamente projetados nas práticas e nas normas domésticas dos Estados-Membros, em uma harmonização da compreensão regional entre os campos interno e o internacional em prol da tutela da dignidade da pessoa humana.

2 A Corte Interamericana de Direitos Humanos como agente transformador no cenário sociopolítico do continente americano

A presente seção busca contextualizar a presença da CtIDH no continente americano e, também, introduzir os fatos da sentença do caso *Vélez Loor vs. Panamá*, centro dos debates a serem realizados neste texto. Assim, primeiramente, identifica-se que a América Latina tende a precarizar as migrações dos sujeitos indocumentados, bem como perpetuar reminiscências coloniais, que impactam o tratamento discriminatório dos migrantes, sobretudo, negros e de baixa renda. Em segundo lugar, evidencia-se o impacto positivo das sentenças proferidas pela Corte, como órgão jurisdicional internacional que busca reparar as vítimas que sofrem de violação de seus direitos mínimos por Estados-Parte da Organização dos Estados Americanos (OEA), onde a CtIDH está situada, com especial relevo para o caso do Sr. *Vélez Loor vs. Panamá*.

2.1 As migrações internacionais entre reminiscências coloniais, discriminação e criminalização

A migração, a partir da América Latina em direção aos Estados Unidos da América (EUA), como é o caso de *Vélez Loor*, insere-se em uma determinada construção histórica segregacionista, a qual categoriza pessoas, conhecimentos e a produção em torno dos traços fenotípicos dos povos colonizados pelos Europeus, atribuindo-lhes papéis secundários no sistema mundial capitalista.¹⁻² Esse modelo, marcado pela

¹ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 121.

² Trata-se do colonialismo, que “[...] foi a consequência do imperialismo europeu que culminou na conquista dos territórios das Américas, da África e de parte da Ásia. Seu intuito foi instaurar e perpetuar o controle sobre os locais descobertos o que implicava a necessidade de subverter as estruturas sociais dos povos originários. Esse foi o início de um tempo que se denominou modernidade, marcado por uma dominação direta e política sobre povos não europeus. Um colonialismo que, rapidamente, evoluiu para a colonialidade das esferas do saber, do ser e do poder dessas sociedades”. ANDRADE, Daphne de E. Vieira; TEODORO, Maria Cecília M. A colonialidade do poder na perspectiva da interseccionalidade de raça e gênero: análise do caso das empregadas domésticas no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 564-585, 2020. p. 568.

memória colonial na qual projetos globais europeus foram impostos e os saberes locais foram obrigados a se acomodar nessa nova realidade³, que não se findou com a saída dos Europeus das Américas, mas que, ao contrário, se expandiu e até hoje subsiste nas relações internacionais por meio da colonialidade do poder^{4,5}, separa o mundo em duas partes: centro e periferia, em que as histórias locais da Europa — e dos demais países hoje que compõe o Norte Global, como os EUA — foram colocadas no centro das narrativas históricas como projetos globais.⁶

Já a América Latina, situada na periferia dessa conjuntura hegemônica infinda, permanece permeada por um cenário de

intensificação da exploração da força de trabalho, expansão do capital internacionalizado e neoliberalismo, ataque aos direitos das diversas populações, [os quais persistem em produzir] novas formas de violação e exclusão social, racismo e discriminação.⁷

Exemplo disso é massiva fuga de pessoas do Sul Global em direção ao Norte em busca de mais oportunidades, que, na verdade, não se transforma em realidade na medida em que eles persistem em ser indivíduos do Sul Global⁸, logo, independentemente do lugar em que estejam, estão, pela sua origem, ainda sujeitos à lógica do “menor salário das raças inferiores pelo mesmo trabalho dos brancos [Europeus], nos atuais centros capitalistas”.⁹ Afinal, “[...] é comum que os sujeitos subalternos dos tempos coloniais, discriminados em relação aos agentes dominadores, ocupem atualmente os lugares de menor poder na pirâmide social”.¹⁰

Os migrantes são atraídos por esse mercado nortista, que busca a mão de obra informal e barata. De acordo com o *World Migration Report 2020*, produzido pela Organização Mundial das Migrações (OIM), em 2019, mais de 26 milhões de latino-americanos tinham migrado e residiam na América do Norte. Ao longo do tempo, esse número aumentou consideravelmente. Em 1990, calculava-se que eram 10 milhões de migrantes; em 2015, eram 25,5 milhões.¹¹ O mesmo relatório afirmou que a emigração da América do Sul é,

³ MIGNOLO, Walter. Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Belo Horizonte: UFMG, 2020. p. 41.

⁴ MIGNOLO, Walter. Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Belo Horizonte: UFMG, 2020. p. 35.

⁵ A colonialidade é um termo utilizado na doutrina decolonial. Este “[...] encontra substância no compromisso de adensar a compreensão de que o processo de colonização ultrapassa os âmbitos econômico e político, penetrando profundamente a existência dos povos colonizados mesmo após ‘o colonialismo’ propriamente dito ter se esgotado em seus territórios. O decolonial seria a contraposição à ‘colonialidade’, enquanto o descolonial seria uma contraposição ao ‘colonialismo’ [...], logo, é utilizado para se referir ao processo histórico de ascensão dos Estados-nação após terem fim as administrações coloniais”. PASSOS, Rute; SANTOS, Letícia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalternidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 142-172, 2020. p. 144.

⁶ MIGNOLO, Walter. Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Belo Horizonte: UFMG, 2020. p. 41.

⁷ IGREJA, Rebecca; RAMPIN, Talita. Acesso à justiça e desigualdades: perspectivas Latino-americanas. In: IGREJA, R; NEGRI, C. (orgs.). *Desigualdades globais e justiça social: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia*. Brasília, DF: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, 2021. p. 214-240.

⁸ Sobre o tema, interessante os apontamentos de Andrade e Teodoro no sentido desde indivíduo não apenas ser taxado como sendo oriundo do Sul pelos habitantes do Norte, senão também sendo considerados uma categoria “secundária” na qual eles mesmos se inserem por almejam se tornar um “sujeito do Norte”: “não obstante a resistência em alguma medida desses povos colonizados, a conjunção de fatores de dominação política — que englobava a produção econômica e cultural — rapidamente toma conta da sociedade em todos os seus vieses. E se transmuta em outro padrão de colonialismo, agora mais complexo, porque insere, na mentalidade dos povos não europeus, o desejo de pertencerem ao outro lado, moldado como moderno e melhor. Esse modelo é o do homem europeu, branco, heterossexual, cristão e burguês, que compõe, no imaginário de outros sujeitos, a expressão máxima do poder”. ANDRADE, Daphne de E. Vieira; TEODORO, Maria Cecília M. A colonialidade do poder na perspectiva da interseccionalidade de raça e gênero: análise do caso das empregadas domésticas no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 564-585, 2020. p. 569.

⁹ QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 120.

¹⁰ ANDRADE, Daphne de E. Vieira; TEODORO, Maria Cecília M. A colonialidade do poder na perspectiva da interseccionalidade de raça e gênero: análise do caso das empregadas domésticas no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 564-585, 2020. p. 570.

¹¹ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *World Migration Report 2020*. Geneva: International Organization

principalmente, relacionada ao trabalho, em razão das crises econômicas, e à instabilidade política dos países de origem.¹² Estima-se que os países da sub-região com os maiores números de emigrantes, em 2019, são Colômbia (1,5 milhão), Brasil (1,5 milhão) e Equador (cerca de 1 milhão) — esse último, inclusive, era o país de origem do Sr. Vélez Loor. O país de destino desses emigrantes é, prioritariamente, os EUA.¹³

O trajeto entre os países de várias localidades do continente americano até os EUA é marcado, sobretudo, pelo cruzamento das fronteiras da América Central. Diversos migrantes são detidos ao tentar atravessar os limites estatais em razão da indocumentação. Esse fenômeno origina a crimigração, que pressupõe a fusão entre o Direito Penal e a migração. Seja em matéria, seja em procedimento, de acordo com Stumpf, “a Lei de Imigração e o sistema de justiça criminal são apenas nominalmente separados”.¹⁴

Um dos principais pontos de convergência entre a lei criminal e a lei migratória é que ambas regulam a relação entre o Estado e o indivíduo. Contudo, elas divergem em certos aspectos. A primeira visa “prevenir e lidar com danos para os indivíduos e sociedade da violência, fraude ou motivo maligno”.¹⁵ A segunda, por sua vez, regula a entrada, saída e permanência dos imigrantes do país. Stumpf¹⁶ define que ambas as políticas, tanto criminal quanto migratória, são sistemas de inclusão e exclusão, que pretendem categorizar as pessoas, sejam em culpados/inocentes, legais/ilegais ou incluídos/excluídos.

O termo crimigração, portanto, surge em três aspectos, isto é, na sobreposição da substância do conteúdo penal e migratório; na aplicação semelhante das duas leis; e, por fim, em seus aspectos processuais.¹⁷ O primeiro aspecto advém, sobretudo, da tendência de exclusão e deportação dos não nacionais. O segundo é marcado pelas consequências criminais da migração, que antes eram apenas violações civis. Nos EUA, tem sido crescente a utilização da detenção como sanção migratória, tal como ocorre com o encarceramento no âmbito penal, o que permite traçar um paralelo entre as regulações procedimentais do direito penal e as políticas migratórias, que se fundem no conceito de crimigração.¹⁸ Ambas as políticas tratam de questões primordiais: a inclusão e a exclusão de indivíduos da sociedade.¹⁹

Esse cenário decorre, em grande medida, da própria invisibilidade do imigrante no que tange à tutela de seus direitos²⁰, a qual foi acentuada pelos atentados terroristas de 11 de setembro, os quais “prejudicaram” sobremaneira a sua imagem perante a sociedade. Se no passado o imigrante indocumentado tendia a des-

for Migration, 2019. p. 95.

¹² INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *World Migration Report 2020*. Geneva: International Organization for Migration, 2019. p. 103.

¹³ INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *World Migration Report 2020*. Geneva: International Organization for Migration, 2019. p. 103.

¹⁴ STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, v. 56, 2006. p. 376.

¹⁵ STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, v. 56, 2006. p. 279.

¹⁶ STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, v. 56, 2006. p. 380.

¹⁷ STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, v. 56, 2006. p. 381.

¹⁸ STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, v. 56, 2006. p. 391.

¹⁹ STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, v. 56, 2006. p. 398.

²⁰ “Grande parte das violações de direitos humanos enfrentadas pela sociedade hoje perpassa o viés de invisibilidade de instrumentos jurídicos nacionais e internacionais para garantir a sua proteção, nos quais é proposta ‘uma falsa semelhança universal (universalismo), que torna os indivíduos como seres iguais, ou seja, com uma mesma dignidade (abstrata)’. Esse contrassenso é observado diante do cenário em que grande parte da população mundial ainda é afetada [...] pelo deslocamento transnacional [...], dentre outras questões de vulnerabilidade e opressão que, coincidentemente ou não, afetam grupos específicos marcados pelo gênero e pela raça, a saber, mulheres em geral, mulheres negras, em particular, e também homens negros”. PASSOS, Rute; SANTOS, Letícia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalternidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 142-172, 2020. p. 146.

partar percepções mais positivas que as dos criminosos, Stumpf²¹ revela que, atualmente, a entrada ilegal no país provoca a percepção de que esses indivíduos estão mais propensos a cometerem atos criminosos, incluindo terrorismo, possibilitando, inclusive, o cometimento de abusos por parte das autoridades²².

Ocorre que esse cenário não restou adstrito aos EUA. Bourbeau²³ avulta a utilização da categoria mimese para identificar as respostas às migrações no globo. Segundo o autor, quando as sociedades se defrontam com situações novas/críticas, as quais exigem a tomada de decisões, elas tendem a importar padrões de comportamento para internalizá-los e responder de forma similar.²⁴ Desse modo, a partir do momento em que o discurso antiterrorista alçou níveis globais, notou-se um enrijecimento das legislações migratórias.

Nesse contexto, atualizou-se a concepção binária para escolher os incluídos e os excluídos²⁵, restando os migrantes indocumentados nessa última categoria. Assim, são eles estigmatizados por não pertencerem ao grupo social, torando-se “uma classe de estranhos sem acesso a direitos ou privilégios”.²⁶ Fraser²⁷ afirma que essa exclusão se reflete, também, no palco das disputas sociais, não sendo os migrantes “titulares de uma justa distribuição e de reconhecimento recíproco”. Essa é justamente a situação do Sr. Vélez Loo, um sujeito do Sul Global, que fora excluído no Panamá quando se descolava em direção aos EUA, demonstrando que a descriminalização migratória concretizaria uma das nuances asseguradas pelo direito de migrar e consolidaria o princípio da dignidade, da ampla defesa e do contraditório nos casos envolvendo migrantes no contexto latino-americano, em oposição diametral à visão trazida e defendida pelo Norte Global²⁸.

Neste artigo, apresenta-se o papel central da CtIDH hoje para a consolidação de direitos tão atuais como o direito à migração segura e regular, pois, quando da falha estatal, cabe a ela assegurar a reparação integral do indivíduo e exigir a adequação da conduta do Estado aos parâmetros interamericanos centrados na pessoa humana em prol da transformação de sua realidade e, quiçá, de outras nações em função do efeito radiante/transversal de suas sentenças. Até mesmo porque, como defende Bogdandy²⁹, “[e]ssa jurisprudência constitui um tipo de *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, um direito comum dos direitos humanos

²¹ STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, v. 56, 2006. p. 295.

Este é o caso do uso da teoria do Direito Penal do Inimigo, por exemplo, a qual torna o terrorista em um sujeito às margens do Estado, não digno de proteção tal como outro criminoso. JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel C. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

²³ BOURBEAU, Philippe. Detention and immigration: practices, crimmigration, and norms. *Migration Studies*, v. 7, n. 1, p. 83-99, 2019. p. 86.

²⁴ BOURBEAU, Philippe. Detention and immigration: practices, crimmigration, and norms. *Migration Studies*, v. 7, n. 1, p. 83-99, 2019. p. 86.

²⁵ Defende-se aqui a ideia de que esse binarismo teria sido atualizado justamente porque ele fora inicialmente introduzido com a modernidade, a qual trouxe consigo o colonialismo, hoje ainda existente através da roupagem da colonialidade. No caso, na virada do século XVI, introduziu-se o que ficou conhecido como a ‘diferença colonial’, em que projetos/visões/epistêmas/seres globais encobriram projetos/visões/epistêmas/seres locais, fazendo brotar a “[...] visão do ‘Outro’ como ‘não ser’, que é todo aquele que não integra o perfil de humanidade ocidental, do homem, branco, cristão, heterossexual, dentre outros marcadores que categorizam a diferença”, que, em nossa visão, também exclui o migrante. PASSOS, Rute; SANTOS, Letícia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalternidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 142-172, 2020.

²⁶ STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, v. 56, 2006. p. 415.

²⁷ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 77, 2009. p. 19.

²⁸ Tratar-se-ia, nesse passo, de uma verdadeira emancipação, rejeitando-se as visões antes tidas/impostas, de modo que seria possível inferir que a sentença da CtIDH seria uma ferramenta de combate ao padrão colonial, refutando, pois, a perpetuação de práticas violadoras. Assim, “[p]erceber que as demandas sociais [...] [relativas] à promoção de direitos humanos [são] constantemente [...] invisibiliz[adas] [e que elas] [...] faz[em] parte do projeto político de [diminuir] [...] novas formas de proteção”, colocando-se contrário às mesmas, pode fazer da CtIDH e suas sentenças também “projeto contra-hegemônico de luta e resistência, confrontando as matrizes dominantes”, para dialogar com: PASSOS, Rute; SANTOS, Letícia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalternidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 142-172, 2020. p. 148.

²⁹ BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurisprudencial extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 232-252, 2019. p. 233.

que tem influência real na vida das pessoas”³⁰.

2.2 O caso Vélez Loor vs. Panamá como precedente favorável aos direitos humanos dos migrantes

A primeira manifestação favorável aos direitos humanos dos migrantes, feita pela CtIDH, foi a Opinião Consultiva n.º 16 de 1999. Nessa oportunidade, estabeleceu-se o direito à comunicação e à assistência consular para imigrantes residentes em países diferentes dos de origem.³¹ Na Opinião Consultiva n.º 18 de 2003, reconheceram-se os direitos dos migrantes indocumentados. Nessa manifestação, a CtIDH admitiu a possibilidade de distinção entre migrantes e/ou nacionais e não nacionais, desde que não existe discriminação entre eles.³² Definiu-se que a regularidade documental não é um pré-requisito para a satisfação do direito de migrar.³³ Assim sendo, embora o caso Vélez Loor vs. Panamá não tenha sido o primeiro caso migratório em que a Corte pode se debruçar³⁴, ele, sem dúvidas, estabeleceu importantes parâmetros de proteção dos direitos humanos dos migrantes.

O caso Vélez Loor vs. Panamá tratou das temáticas de discriminação, tortura, liberdade e condições carcerárias, sobretudo em zonas fronteiriças. Os fatos da controvérsia relacionam-se com a detenção do equatoriano Jesus Tranquilino Vélez Loor no território panamenho e o processamento dos delitos relacionados à sua situação migratória, tendo sido alegada a violação do devido processo legal, o direito de ampla defesa, a garantia de audiência de custódia, a falta de investigação em relação ao tratamento e as condições de sua privação de liberdade.

Tal situação tem como marco temporal a data em que o Sr. Vélez Loor foi detido, em 11 de novembro de 2002, na Província de Darién (Panamá) até aplicação da medida de retirada compulsória, isto é, a sua deportação ao Equador, ocorrida em 10 de setembro de 2003.³⁵ Já o seu início teve como base a sua permanência no Posto Policial Tupiza (Panamá), cujo controle estava a cargo da Polícia Nacional do país. Vélez Loor estava em trânsito e tinha os EUA como destino final. Entretanto, em virtude da sua situação irregular, ele fora transferido ao presídio La Palma (Panamá) — uma instituição que não era adequada para a recepção de migrantes e que sofria com superlotação e diversas deficiências estruturais que limitavam o pleno gozo de seus direitos.³⁶

O Diretor Nacional do Serviço de Migração lhe determinou uma pena de dois anos de prisão por ter infringido a legislação panamenha migratória, pois descobriu-se que o sr. Vélez Loor já havia sido deportado

³⁰ Importante destacar, desde já, que o *Ius Constitutionale Commune* é um fenômeno jurídico que busca o assentamento de “[...] um direito comum não homogêneo, estruturado a partir do núcleo jurídico apontado pela Convenção Americana de Direitos Humanos”, o qual possa servir como um ‘guia hermenêutico’ para a aplicação do Direito à nível doméstico. Não é objetivo do texto explorar a construção deste conceito, mas utilizá-lo como sendo já um fato, cujo desenvolvimento, porém, é sempre contínuo, e que, por isso, também contempla direitos dos migrantes para além do que a Convenção Americana aponta em seu art. 22. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019. p. 304.

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-16/99*. O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. 1º de outubro de 1999. Série A N.º 16.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-18/03*. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. 17 de setembro de 2003. Série A N.º 18.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-18/03*. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. 17 de setembro de 2003. Série A N.º 18.

³⁴ Outros casos contenciosos migratórios julgados pela CtIDH são: *Tibi vs. Equador* (2004), *Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005), *Acosta Calderón vs. Equador* (2005), *Nadege Dorzema vs. República Dominicana* (2012), *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia* (2013) e *Pessoas Dominicanas e Haitianas vs. República Dominicana* (2014).

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

do Panamá em 1996.³⁷ Nesse período em que esteve privado de liberdade, foi transferido ao Centro Penitenciário La Joyita (Panamá), onde foi submetido à tortura e tratamentos desumanos e degradantes por parte dos agentes penitenciários.³⁸ Em setembro de 2003, o Diretor Nacional do Serviço de Migração revogou a sentença e determinou a sua deportação ao Equador.³⁹

Durante os dez meses em que esteve detido, Vélez Loor não teve acesso à assistência técnica legal ou consular, sendo impossibilitado de gozar da ampla defesa, tampouco do contraditório. A prisão também foi realizada sem qualquer controle jurisdicional em relação ao prazo, à razoabilidade do motivo e às condições de privação de liberdade de migrantes em condição documental irregular. Em razão dessas violações, inaugurou-se um processo internacional, almejando a responsabilização do Panamá a reparar, integralmente, Vélez Loor.

Em fevereiro de 2004, a representação jurídica do Sr. Vélez Loor apresentou uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em desfavor do Estado panamenho.⁴⁰ No âmbito da Comissão, ao reconhecer-se a violação dos citados direitos do Sr. equatoriano, recomendou-se a reparação material e morais dos danos sofridos pela vítima; a adequação aos parâmetros interamericanos para prevenir o tratamento desumano nas penitenciárias La Joya-Joyita e La Palma; a prestação de esclarecimentos à Comissão sobre a aplicação do Decreto-Lei n.º 3, que sanciona o ingresso ilegal; e a implementação de medidas de acesso à justiça, como a garantia da competência da autoridade judicial nos processos migratórios, a independência e a imparcialidade do juiz, além do oferecimento de condições para o processamento e investigação das denúncias de tortura.⁴¹ Ainda que tenha notificado o Estado, em abril de 2009, para que adotasse as medidas adequadas em cumprimento às recomendações da Comissão, o Panamá não o fez.⁴² Logo, o caso foi submetido à jurisdição contenciosa da Corte, em outubro de 2009.

Perante a Corte, o Panamá foi acusado de violar os dispositivos da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) em desfavor de Vélez Loor. Os comissionários solicitaram que o Panamá fosse condenado pela violação dos artigos 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) em relação às obrigações 1.1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Requereu-se, também, a responsabilização pelo descumprimento dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (conhecida como Convenção contra a Tortura. Solicitou-se, por fim, a adoção de medidas de reparação e pagamento dos gastos em favor da vítima. Fatos todos refutados pelo Estado, o qual igualmente contestou a denúncia, alegando, em exceções preliminares, que os recursos internos não tinham sido esgotados,⁴³ e a competência da Corte para declarar a violação dos artigos da Convenção contra a Tortura.⁴⁴

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁴³ Em relação à primeira alegação em sede de exceções preliminares, a Corte IDH entendeu que os pressupostos formais e processuais para que se proceda o pedido não foram preenchidos. Esclareceu-se que Estado não especificou ao alegar os recursos internos, que deveriam ser esgotados, tampouco argumentou em relação à disponibilidade, idoneidade e efetividade. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁴⁴ Quanto à segunda exceção preliminar, a Corte sustentou que o Panamá é parte da Convenção contra Tortura e reconheceu a competência do Tribunal. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

Em vista disso, realizou-se audiência pública nos dias 25 e 26 de agosto de 2010 na sede da CtIDH em São José, na Costa Rica. Nessa oportunidade, o Panamá reconheceu, parcialmente, a responsabilidade em relação à detenção e às pretensões de reparações⁴⁵, configurando a violação dos artigos 7.1, 7.3, 7.4 e 7.5 em relação às obrigações do art. 1º da CADH. Destaca-se que o Estado não admitiu a violação quanto às obrigações do art. 2º, segundo o qual o Estado tem o dever de adotar disposições de direito interno para adequar seu ordenamento ao *corpus iuris* interamericano⁴⁶, e tampouco reconheceu os atos de tortura alegados pela vítima.⁴⁷ Desse modo, a Corte julgou a controvérsia a respeito das violações dos demais artigos não reconhecidos pelo Estado na citada audiência.

Assim, os debates centraram-se nas acusações de violação dos artigos 7.2 e 7.5 da CADH⁴⁸, pois Vélez Loor não foi notificado da detenção, tampouco disposto perante autoridade judicial; artigo 7.3⁴⁹, quanto à ordem de detenção de 12 de novembro de 2002 e, posteriormente, 6 de dezembro de 2002; artigo 7.4⁵⁰, quanto ao direito de assistência consular; artigos 7.6 e 25⁵¹, em relação à revisão da legalidade da detenção; artigos 8.2.h⁵² e 25, em razão dos recursos e as garantias judiciais; artigo 8.2.e⁵³, quanto à assistência jurídi-

⁴⁵ Apesar do reconhecimento estatal pelas violações, criticou-se o feito em razão da limitação ao pontuar apenas quais dispositivos foram desrespeitados sem informar quais foram os feitos da denúncia que geraram as violações. Portanto, a Corte entendeu que, por não ter sido claro e específico, o Panamá reconheceu os feitos segundo o marco fático da demanda. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁴⁶ “Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno: 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”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁴⁸ “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal; [...] 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas. [...] 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁴⁹ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal: [...] 3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁵⁰ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal: [...] 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁵¹ Artigo 7. Direito à liberdade pessoal: [...] 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa”; e “Art. 25 Proteção Judicial: 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁵² “Artigo 8. Garantias judiciais: [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁵³ “Artigo 8. Garantias judiciais: [...] 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

ca; artigos 5.1 e 5.2⁵⁴, em relação à falta de cuidado médico e água potável nas penitenciárias panamenses; artigos 5 da CADH, e arts. 1, 6 e 8 da Convenção contra Tortura⁵⁵, pela não condução de investigações das denúncias de tortura; artigo 2, por não harmonizar a legislação interna com os artigos 7, 8 e 25 da CADH⁵⁶; artigos 24 e 1.1⁵⁷, pela violação dos princípios da igualdade e não-discriminação; artigos 2 da CADH e arts. 1, 6 e 8 da Convenção contra Tortura, pela não tipificação do delito de tortura.⁵⁸

Durante a audiência, Vélez Loor declarou que seus direitos foram brutalmente violados ao longo da sua estadia em território panamenho. Relatou que, durante sua apreensão, as polícias locais realizaram disparos de arma de fogo para detê-lo. Também asseverou que em sua estadia no Centro Penitenciário de La Palma, ele fora submetido a agressões físicas pelos agentes penitenciários, da mesma forma como ocorreu também no Centro Penitenciário La Joyita, em que pese mais violentas, remontando, para além de maus tratos, a atos de tortura.

Após a audiência, a Comissão, os representantes legais da vítima e o Estado apresentaram as alegações finais em 30 de setembro de 2010, e a sentença foi proferida em 23 de novembro de 2010. A decisão da CtI-DH reconheceu a responsabilidade internacional do Panamá e o condenou a indenizar o sr. Vélez Loor, em uma quantia monetária para que pudesse realizar tratamento médico e psicológico especializado; também determinou a publicação da sentença em meios de ampla divulgação. O Panamá ainda deverá conduzir as investigações penais com mais diligência e, dentro de um prazo razoável, assim como promover capacitações aos agentes públicos responsáveis pelo processamento e atendimento migratório, tais como o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Polícia Nacional e os profissionais da saúde.⁵⁹

Observa-se que, nesse caso, os debates acerca da justiça foram além dos moldes enquadrados pelo modelo Westfaliano, segundo Fraser⁶⁰, na medida em que ele foge de as concepções da justiça satisfazer-se, ape-

[...] e direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁵⁴ “Artigo 5. Direito à integridade pessoal 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. 2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁵⁵ “Artigo 1. Os Estados Partes obrigam-se a prevenir e a punir a tortura, nos termos desta Convenção”; “Artigo 6. Em conformidade com o disposto no artigo 1, os Estados Partes tomarão medidas efetivas a fim de prevenir e punir a tortura no âmbito de sua jurisdição”; e “Artigo 8. Os Estados Partes assegurarão a qualquer pessoa que denunciar haver sido submetida a tortura, no âmbito de sua jurisdição, o direito de que o caso seja examinado de maneira imparcial”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*. Cartagena, 09 de dezembro de 1985. Disponível em: www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁵⁶ “Artigo 7. Direito à liberdade pessoal 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais”; e Artigo 8. Garantias judiciais 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁵⁷ “Artigo 24. Igualdade perante a lei Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei”; e “Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos: 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”. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁵⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁵⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁶⁰ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 77, 2009. p. 23.

nas, no Estado territorial. Isso porque, as unidades domésticas configuram-se como poderosos mecanismos reprodutores de injustiças, por vezes, não alcançando a todos que estão dentro do Estado-nação.⁶¹

Nesse contexto, proteger os direitos humanos mostra-se, atualmente, uma tarefa que “perpassa as diversas ordens jurídicas em um sistema mundial de múltiplos níveis”, recaindo à CtIDH o papel de guardião de tais direitos caso o Estado não os cumpra, em que pese também seja papel deste revisitar as suas práticas e normas quando o Sistema Regional assim requeira, através do controle de convencionalidade, fazendo convergir e harmonizar as eventuais interpretações díspares sobre certo tema⁶², sempre em prol da tutela efetiva da pessoa humana, tal como o próprio artigo 29 da CADH indica⁶³ e a ideia de “estatalidade aberta” permite⁶⁴.

No caso em comento, foi exatamente isso que CtIDH fez ao reafirmar a aplicação dos dispositivos da CADH a todos os migrantes, independentemente da sua situação migratória, seja ela regular ou irregular⁶⁵, impondo essa visão ao Panamá, de maneira direta, assim como a todos os demais Estados da OEA, forte na sua competência interpretativa do texto convencional⁶⁶. A CtIDH, assim, funcionou como verdadeiro agente de transformação, avançando, como pontuaram Ansolabehe⁶⁷ e Gontijo⁶⁸, em direção à difusão das normas interamericanas e à propagação de justiça social na região, e, logo, apresentando um impacto transformador no contexto latino-americano, para dialogar com Piovesan⁶⁹.

⁶¹ FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 77, 2009. p. 24.

⁶² BORGES, Bruno B.; PIOVESAN, Flávia. O diálogo multinível interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019. p. 6, 8-10.

⁶³ Inclusive, cabe pontuar que esse diálogo não é unilateral, “de cima para baixo”, visto que, se a própria CADH é um *living instrument*, tal como a própria CtIDH apontou no caso entre Villagran-Morales et al. vs. Guatemala de 1999, ela também pode se reinterpretar em prol da proteção do ser humano, se esse fosse o caso. O artigo 29 da CADH também aponta a prevalência da regra “mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima”, como aponta Piovesan. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do Sistema Interamericano. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito da USP: estudos e documentos de trabalho*, São Paulo, v. 36, n. 1, p. 4-22, 2016. p. 15; CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Villagran-Morales et al. v. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C N.º 63. Sobre o artigo 29 da CADH, aliás, interessante as observações de MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo, RT, 2013.

⁶⁴ Refere-se ao movimento oriundo da relativização da soberania, que promove a abertura da ordem jurídica nacional “para o plano internacional, especialmente no tocante à centralidade da dignidade da pessoa humana e o respeito aos direitos humanos”. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019. p. 305.

⁶⁵ MASON, Ashley. Interpretation of the American Convention in Latin America: the impact of the Inter-American Court of Human Rights’ decision in Velez Lloor v. Panama on irregular migrant rights. *Law & Bus. Rev. Am.*, v. 18, 2012. p. 79.

⁶⁶ “A Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade na modalidade concentrada, tendo a última palavra sobre a interpretação da Convenção Americana”. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do Sistema Interamericano. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito da USP: estudos e documentos de trabalho*, São Paulo, v. 36, n. 1, p. 4-22, 2016. p. 16.

⁶⁷ A distribuição de justiça, no caso, é feita mediante a criação de uma cultura legal favorável à utilização dos direitos humanos e aberta às sentenças das cortes internacionais, as quais, promovem a aplicação dos dispositivos internacionais internamente. ANSO-LABEHE, Karina. Difusores y justiceiros: las instituciones judiciales en la política de derechos humanos. *Perfiles latino-americanos*, n. 44, p. 143-169, jul./dez. 2014. p. 147.

⁶⁸ “A Corte Interamericana insere-se na proposta de consolidar, no âmbito do quadro das instituições democráticas dos Estados que compõe o plano interamericano, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, com lastro na respeitabilidade dos direitos humanos essenciais”. GONTIJO, André Pires. O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. Esp., p. 409-423, 2015. p. 412.

⁶⁹ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do Sistema Interamericano. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito da USP: estudos e documentos de trabalho*, São Paulo, v. 36, n. 1, p. 4-22, 2016. p. 5. Destaca-se que o efeito transformador é um movimento global, outrossim, que apresenta na América Latina duas singularidades, como explica Bogdandy: primeiro, ele não se apoia apenas na “constituição nacional, mas também por um regime internacional com duas instituições operativas: a Comissão e a Corte Interamericanas. Segundo esse sistema de dois níveis é complementado por um diálogo horizontal entre instituições nacionais que compartilham essa visão”, as quais buscam efetivar — em todos os níveis — os mandamentos que têm a tutela da pessoa humana como o seu norte. BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurígenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 232-252, 2019. p. 234

Para além de promover a reparação integral, a Corte fomentou o desenvolvimento indireto de uma cultura legal favorável aos direitos humanos dos migrantes⁷⁰ na região por meio de medidas de reabilitação, de satisfação, obrigação de investigar e garantias de não repetição⁷¹, destacando-se, sobretudo, essas últimas as quais abarcaram a adoção de medidas que garantam a separação das pessoas encarceradas por razões migratórias daquelas detidas por delitos penais, a adequação das condições carcerárias nas penitenciárias panamenhas, a capacitação dos funcionários estatais, a adequação da legislação panamenha aos parâmetros da CADH no tocante ao trato migratório e a tipificação adequada do crime de tortura.⁷² Acerca dessas, aliás, é que se debaterá na sequência do texto.

3 Os direitos humanos dos migrantes por meio das garantias interamericanas substanciais e procedimentais

A presente seção examina as garantias substanciais e procedimentais delineadas pela sentença Vélez Loor vs. Panamá da CtIDH, as quais colaboraram sobremaneira para a construção do *corpus iuris* interamericano atinente à temática migratória e que, por força disso, servem como parâmetro para o Estado demandado no caso⁷³, assim como para todos os outros membros da Organização, pois voltadas a um único objetivo comum⁷⁴, qual seja, a garantia plena dos direitos humanos na região.

Afinal, ao analisar a violação aos direitos do migrante no caso em análise, a CtIDH elencou oito fatos determinantes:⁷⁵ 1) a apreensão do Sr. Vélez Loor pela polícia fronteiriça em 11 de novembro de 2002; 2) a ilegalidade da Ordem de Detenção n. 1430 de 12 de novembro de 2002; 3) a inexistência de recursos efetivos para questionar a legalidade da detenção; 4) o procedimento ao qual ele foi submetido perante a Direção Nacional de Migração e Naturalização entre os dias 12 de novembro e 6 de dezembro de 2002; 5) a negativa do direito à informação e de acesso efetivo à assistência consular; 6) a privação de liberdade em decorrência da aplicação do artigo 67 do Decreto Lei 16 de 1960; 7) a notificação da Resolução n. 7306 de 6 de outubro de 2002 e os recursos contra a imposição da pena de dois anos a qual ele foi submetido; e 8) a ilegalidade do lugar de reclusão dos migrantes sancionados em aplicação do Decreto Lei n. 16 de 1960.

Em vista disso, importantes considerações serão abordadas na sequência de modo a compreender quais são as linhas gerais que o caso avulta sobre o tratamento de migrantes para o continente. Pontualmente, no primeiro subitem, serão tratados os temas da detenção migratória e das violações à integridade física e à liberdade pessoal, ou seja, os itens 6 e 8, enquanto que no segundo subitem será debatido o acesso à justiça das pessoas migrantes, em que serão analisados os pontos 1, 2, 3, 4, 5, 7 *supra* destacados.

⁷⁰ ANSOLABEHE, Karina. Difusores y justiceros: las instituciones judiciales en la política de derechos humanos. *Perfiles latino-americanos*, n. 44, p. 143-169, jul./dez. 2014. p. 150.

⁷¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁷² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁷³ Em que pese seja importante verificar a implementação dos *standards* estipulados pela sentença em apreço no Panamá após a sua prolação, ressalta-se que essa constatação não contempla o objeto do presente artigo. Este tem como objetivo destacar o que a sentença da Corte Interamericana prescreveu como sendo um padrão aceitável de tratamento de migrantes no continente, os quais devem ser, forte na sua consideração como parte do *ius commune* interamericano e, logo, no controle de convencionalidade, implementado em todos os países.

⁷⁴ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Ius commune interamericano: brevísimas notas sobre su fundamento, definición y funciones*. In: ROSA, Alexandre Morais da; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno P. (orgs.). *Direito constitucional comum interamericano e os direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 26.

⁷⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

3.1 A detenção migratória e dignidade humana: garantia à integridade física e à liberdade pessoal

A sanção imposta à Vélez Lóor, por sua condição migratória, o vulnerabilizou sobremaneira em dois aspectos: por meio da privação da liberdade em razão da reincidência da entrada irregular no Panamá estabelecida do artigo 67 do Decreto Lei n. 16 de 1960 e, também, pelas condições carcerárias na qual essa sanção foi operacionalizada. Ambos, porém, partem de dois pressupostos fundamentais para a interpretação do art. 7 segundo a CtIDH, quais sejam, a proibição de tratamento discriminatório aos migrantes e obrigação de proteção especial migratória como grupo vulnerável.

O primeiro parâmetro⁷⁶ estabelecido pela CtIDH nesse caso refere-se ao Princípio da Não Discriminação — uma normativa que apresenta a característica de *jus cogens*⁷⁷, cuja observância pelos Estados é obrigatória.⁷⁸ Os atos de discriminação são aqueles que

direta ou indiretamente implicam distinção, exclusão, restrição ou preferência contra um estrangeiro em razão de sua raça, cor, descendência, origem nacional ou étnica, convicções e práticas religiosas.⁷⁹

Segundo Añón, a discriminação pode manifestar-se por ações diretas e desejadas (propósito) ou sem intencionalidade e indiretamente, mas com efeito ou resultado desproporcional à determinado grupo.⁸⁰

Os Estados, portanto, devem eliminar e combater regulações e práticas discriminatórias, bem como estabelecer normas que reconheçam a igualdade de todas as pessoas perante a lei.⁸¹ Mesmo que seja permitida a distinção entre nacionais e não nacionais, esta somente é considerada adequada quando a medida for razoável, objetiva, proporcional e não viole os direitos humanos.⁸² No caso do Sr. Vélez Lóor, como não foram adotadas medidas eficazes de acesso à justiça pela sua condição de migrante, diferentemente do que ocorre com os nacionais,⁸³ considerou-se violado o art. 8.1 e 25 em relação ao artigo 1.1 da CADH.

⁷⁶ Compreendem-se parâmetros como mandamentos normativos originários da interpretação da CtIDH a serem seguidos pelos Estados, os quais denotam o impacto de suas decisões. Sobre o tema, vale relembrar as ponderações de Robles: “*Los casos resueltos por la Corte Interamericana suelen convertirse en casos emblemáticos, y en una fuente de inspiración doctrinaria y jurisprudencial para los tribunales nacionales, ya que tratan sobre cuestiones trascendentes que requieren una solución a la luz de la CADH. En este sentido, las decisiones de la Corte tienen un impacto que va más allá de los límites específicos de cada caso en concreto, ya que la jurisprudencia que se va formando a través de sucesivas interpretaciones influye en los países de la Región a través de reformas legales o jurisprudencia local, que incorporan los estándares fijados por la Corte Interamericana al derecho interno*”. ROBLES, Manuel E. Ventura. Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, n. 56, 2012. p. 143.

⁷⁷ Esse entendimento foi edificado, ainda, pela Opinião Consultiva n. 18, emitida em 17/09/2003, quando determinou, pela primeira vez, que “os Estados não podem tolerar situações discriminatórias, sobretudo em detrimento dos imigrantes, devendo garantir a manifestação do devido processo legal a qualquer pessoa, independentemente de sua qualidade de imigrante, e, além do mais, devem adaptar suas políticas públicas, em especial as migratórias, em consonância com a irradiação do conteúdo material da igualdade e da não discriminação”. GONTIJO, André Pires. O desenvolvimento da Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. Esp., p. 409-423, 2015. p. 420-421.

⁷⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁷⁹ AÑÓN, María José. The fight against discrimination and access to justice: a path to integration. *Migraciones Internacionales*, Tijuana, v. 8, n. 3, 2016. p. 233.

⁸⁰ AÑÓN, María José. The fight against discrimination and access to justice: a path to integration. *Migraciones Internacionales*, Tijuana, v. 8, n. 3, 2016. p. 233.

⁸¹ “[A] Corte Interamericana, por meio da Opinião Consultiva n. 18 de 2003, sedimentou o conteúdo relacionado ao Princípio de Dignidade e da Não Discriminação especialmente sobre a condição jurídica, declarando que os Estados Partes têm o dever de respeitar e assegurar o conteúdo essencial dos direitos humanos e que qualquer tratamento de cunho discriminatório, no que tange ao exercício de tais direitos. Incorrerá na responsabilidade dos Estados”. NOGUEIRA JÚNIOR, Bianor Saraiva; FLÓREZ, Deicy Y. Parra; SANTOS, Ulisses A. Cruz dos. A diversidade cultural segundo o entendimento da Corte Interamericana de Derechos Humanos e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano transformador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 475-491, 2019. p. 480.

⁸² CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁸³ “Faz-se referência à centralidade da notificação sobre o direito de assistência consular e ao requerimento de contar com assistência legal”. CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

O segundo *standard* estabelecido pela sentença diz respeito ao reconhecimento dos migrantes como um grupo em situação vulnerável, notadamente aqueles indocumentados ou em situação migratória irregular. A partir desse reconhecimento, surge a obrigação de proteção especial decorrente das suas vulnerabilidades.⁸⁴ A CtIDH pontuou que os migrantes estão mais expostos aos riscos inerentes à dificuldade de acesso aos recursos públicos e às estruturas de poder, logo, restando também suscetíveis às impunidades e impedimentos normativos que restringem os seus direitos, apontando para a existência de dois tipos de desigualdades, *de jure* e de fato.⁸⁵

A proteção especial supracitada relaciona-se à garantia de dois pontos fundamentais: equilíbrio processual e estrita observância ao devido processo legal, e a dignidade humana na aplicação das políticas migratórias estatais.⁸⁶ Em que pese esses elementos serem analisados detalhadamente no próximo item, cumpre avultá-los enquanto partes de um dos *standards* inaugurais sobre migrações do Sistema Interamericano, qual seja, o Princípio da Não Discriminação, cuja aplicação deve permear toda a trajetória migrante independentemente da situação documental. A CtIDH afirmou, no caso em comento, que os migrantes enfrentam desvantagens em razão da sua particular condição de desigualdade, seja cultural, linguística ou socioeconômica, de modo que, em cumprimento ao princípio da igualdade perante a lei e os tribunais, exige-se a adoção de medidas de compensação voltadas a reduzir as desigualdades reais na defesa dos interesses dos migrantes.⁸⁷

Além disso, o terceiro parâmetro de proteção aos direitos humanos dos migrantes, oriundo do caso Vélez Loor *vs.* Panamá, é a proibição da criminalização do fluxo migratório irregular.⁸⁸ Em que pese o Estado ter a plena capacidade de ponderar sobre quem irá ingressar no seu território, a condição migratória não poderia configurar em um motivo para imputar pena de prisão a um indivíduo. Os Estados apresentam limites no tocante ao seu poder punitivo, destacando-se a proibição à detenção ilegal (art. 7.2) e arbitrária (art. 7.3), a necessidade de motivação e notificação do detido (art. 7.4), a revisão judicial (art. 7.5), a impugnação da legalidade da detenção (art. 7.6) e a proibição de detenção por dívidas (art. 7.7). Todos esses parágrafos do art. 7 da CADH foram violados pelo Estado panamenho no trato do Sr. Vélez Loor.

De fato, Vélez Loor foi inadmitido por não portar a autorização necessária para ingressar no Panamá; outrossim, enquanto aguardava os trâmites migratórios, ele foi privado de liberdade e permaneceu preso em centros de detenção migratória. A sua primeira detenção aconteceu por meio da Ordem de Detenção n. 1430, na qual o direcionava ao Cárcere Público La Palma. Segundo o documento, a Direção Nacional de Migração não possuía celas específicas aos migrantes indocumentados. Posteriormente, a Resolução n. 7306 lhe impôs a sanção de dois anos de reclusão.⁸⁹

Em razão da reincidência da entrada ilegal, foi imposta a pena de dois anos de prisão pela legislação panamenha.⁹⁰ Além de essa legislação possuir notório caráter discriminatório e estigmatizante, ela equipara o migrante em condição irregular a um criminoso. Desse modo, ao realizar o controle de convencionalidade concentrado, a CtIDH averiguou se o artigo que impunha a prisão em razão da irregularidade migratória, no âmbito doméstico, cumpria determinados requisitos, quais sejam: compatibilidade com a Convenção,

⁸⁴ Esse entendimento reafirma a Opinião Consultiva 18/03. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-18/03*. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. 17 de setembro de 2003. Série A N.º 18.

⁸⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁸⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁸⁸ LEÓN, Gisela. Contributions and challenges for the Inter American Court of Human Rights for the protection of migrants' rights: the Case of Velez Loor v. Panama. *Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.*, v. 7, 2014. p. 50.

⁸⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

perseguição de um fim legítimo, idoneidade, necessidade, proporcionalidade e motivação.⁹¹

Em relação aos critérios supracitados, destaca-se que a finalidade legítima e a idoneidade da medida devem estar relacionadas ao comparecimento da pessoa às etapas do procedimento migratório ou a aplicação de uma ordem de deportação — e não a privação de liberdade para fins punitivos.⁹² A CtIDH entendeu que a imposição de uma medida punitiva ao migrante reincidente no ingresso irregular não visava um fim legítimo. Quanto à necessidade, a Corte ressaltou que os Estados deveriam dispor de um catálogo de medidas alternativas, de maneira que as medidas privativas de liberdade apenas poderiam ser impostas para os fins supracitados e pelo menor tempo possível.⁹³ Afinal, a detenção obrigatória aos migrantes indocumentados, como medida central de uma política migratória, é considerada arbitrária, conforme o artigo 7.3 da CADH.⁹⁴

Ato contínuo, o quarto *standard* trazido pela decisão diz respeito à ilegalidade da detenção migratória. Nesse ponto, a Corte utilizou o Princípio *Iura Novit Curia* para responsabilizar o Panamá pela violação do art. 9 da CADH⁹⁵ (forte no fato da comissão não o ter alegado⁹⁶), tecendo que a pena imposta ao Sr. Vélez Loor não coincidia com a legislação interna. Esta impunha que os imigrantes condenados dedicar-se-iam à “*trabajos agrícolas en la Colonia Penal de Coiba, por dos años*”, enquanto a Resolução n. 7306, impunha “*la pena de dos años de prisión en uno de los Centros Penitenciarios del País*”.⁹⁷ Portanto, entendeu a Corte que houve violação do Princípio da Legalidade⁹⁸, o qual não somente impõe limites ao plano doméstico, impedindo arbitrariedades por parte do Poder Judiciário, mas também possibilita invalidar atos atentatórios ao próprio sistema convencional, o qual impõe interpretações dirigidas à preservação — sempre — da dignidade humana⁹⁹. Afinal, não é possível impor-se uma condição mais penosa ao migrante (ou qualquer outra pessoa).

Questão que se atrela, também, à satisfação das condições adequadas da detenção migratória. A partir do momento que o Estado, ente responsável pelos centros de detenção, possui papel de garantidor dos direitos de saúde e bem-estar a todos que estão sob sua custódia, proíbe-se que fatores econômicos escusem os Estados de suas obrigações. No caso do Sr. Vélez Loor, quando questionado sobre as condições carcerárias como a falta de fornecimento de água e a superlotação, e as obrigações que lhe cabem no tocante à investigação de atos de tortura, o Estado panamenho reconheceu parcialmente a sua responsabilidade internacional pela violação dos arts. 5.1 e 5.2 da CADH, mas alegou que as graves deficiências estruturais e de funcionamento dos centros penitenciários nacionais lhe impediam de contornar tais problemas.¹⁰⁰

⁹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁹⁵ Art. 9, CADH. Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquentes será por isso beneficiado. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

⁹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

⁹⁹ SAGUÉS, Néstor Pedro. *El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: concordancias y diferencias con el sistema europeo*. México: UNAM, 2010. p. 414.

¹⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

No tocante à superpopulação carcerária, a qual faz com que o sofrimento do detido exceda os níveis inevitáveis inerentes à própria detenção, a CtIDH destacou que esse contexto, ainda, precariza o desempenho da saúde, descanso, higiene, alimentação e trabalho, além de provocar problemas de convivência e a violência intracarcerária.¹⁰¹ Por essas razões, quinto parâmetro de proteção aos migrantes detidos, trazido pela sentença em comento, diz respeito à proibição do compartilhamento de celas com pessoas privadas de liberdade por delitos penais.¹⁰²

Em razão das vulnerabilidades dos migrantes, tal situação faz com que estes sejam potenciais alvos de tratamentos abusivos por suas condições individuais.¹⁰³ Logo, seria necessário separar os migrantes dos apenados comuns, inclusive, considerando-se as diferentes finalidades das privações de liberdade. Até mesmo porque, enquanto os condenados buscam readaptação social, os migrantes aguardam os procedimentos migratórios ou ordem de saída compulsória.¹⁰⁴ Logo, o período em que os migrantes passam detidos deveria ser o mínimo danoso possível — não só em termos de detenção, as quais, de regra não poderiam ocorrer, mas caso ocorressem, deveriam respeitar a condição de inocência dos migrantes, assim como os seus direitos mínimos nesses estabelecimentos.

Estabeleceu-se, assim, o sexto parâmetro, que diz respeito ao fornecimento de água e assistência médica às pessoas privadas de liberdade, sob pena desta ação configurar em tratamento cruel, desumano e degradante. No caso de Vélez Loor, a vítima denunciou que os serviços básicos de fornecimento de água não foram respeitados no centro penitenciário La Joyita. A ausência de água suficiente e potável, seja para o consumo ou para a higiene pessoal, afeta uma série de necessidades básicas essenciais ao desenvolvimento da vida digna.¹⁰⁵

Em relação à assistência médica, a CtIDH definiu que os detidos devem receber visitas médicas regulares, atenção e tratamento adequado quando requererem, de forma gratuita.¹⁰⁶ Entretanto, os serviços de saúde prestados ao Sr. Vélez Loor não foram oportunos, adequados e completos, visto que não foram especializados, nem tratados.¹⁰⁷ Portanto, diante das situações relatadas e das condições estruturais de violência e abusos policiais nas penitenciárias panamenhas, afirmou-se que a vítima sofreu tratamento cruel, desumano e degradante.¹⁰⁸

Por fim, o sétimo parâmetro relaciona-se às investigações de possíveis atos de tortura. A CtIDH enfatizou a necessidade das inspeções regulares dos centros de detenção em razão do medo de rechaços que as vítimas, ainda sob a custódia do Estado, possuem de denunciar a prática de tais atos contra si.¹⁰⁹ Portanto, estabeleceu-se que a ação estatal de ofício, para investigar atos de tortura, deve ocorrer quando houver denúncia ou quando existirem razões para crer que as referidas condutas tenham ocorrido.¹¹⁰

¹⁰¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁰² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁰³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁰⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁰⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁰⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁰⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁰⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁰⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

Nesse sentido, a sentença em comento avultou que, além das proteções gerais de direitos humanos, os migrantes possuem vulnerabilidades atinentes a sua condição. E, por ostentarem essas particularidades especiais em razão da situação que se encontram, os Estados têm o dever de cumprir obrigações específicas frente a estes.¹¹¹ Todavia, tais obrigações, também, abrangem as garantias de acesso à justiça. Por isso, no próximo item, avulta-se que, no contexto vivido por Vélez Loor, o sistema judicial e administrativo panamenho interagiu com as demais esferas de poder estatal, “submetendo-se igualmente à pressão externa de ideias, ideologias e políticas”, tal como interpretou Lauris¹¹², culminando na negativa de acesso à justiça do migrante.

3.2 A garantia do acesso à justiça por meio do devido processo legal e da ampla defesa

O acesso à justiça é uma garantia datada, ainda, de 1965, a qual se define como um sistema de reivindicação de direitos dotado de duas características básicas, quais sejam: de acessibilidade por todos e de produção de resultados individuais e socialmente justos.¹¹³ Segundo Cappelletti e Garth¹¹⁴, por meio dos estudos do *Florence Project*, o acesso à justiça manifestou-se em três ondas. A primeira diz respeito à assistência judiciária; a segunda, quanto à representação para a defesa de interesses difusos; e a terceira, em relação ao enfoque de acesso à justiça.

Segundo os autores, “a assistência judiciária, no entanto, não pode ser o único enfoque a ser dado na reforma que cogita do acesso à Justiça”.¹¹⁵ Essa perspectiva vai ao encontro do que Igreja e Rampin¹¹⁶ apontam, isto é, que o acesso à justiça não se reduz ao acesso ao poder judicial, tampouco aos mecanismos para ingressar ou mobilizar-se dentro dele. Quando se trata de migrantes, outros aspectos devem ser sanados para que a prestação judiciária seja, de fato, eficaz. É o que Añón¹¹⁷ afirma: as dificuldades de acesso à justiça que afetam as populações vulneráveis também incluem variáveis como a falta de informação, o formalismo das instituições judiciais, o medo e a desconfiança, dentre outras barreiras simbólicas.

Inicialmente, a CtIDH, ao tratar da faculdade dos Estados em estabelecer políticas migratórias, confirmou, outrossim, a obrigação estatal de agir ante às vulnerabilidades dos migrantes indocumentados ou em situação migratória irregular. Afinal, em razão dessas condições, esses indivíduos estão expostos a níveis elevados de desproteção, seja por situações normativas ou fáticas¹¹⁸, os quais fazem com que violações de direitos humanos restem impunes devido à falta de acesso à justiça, ao efeito ilusório dos instrumentos normativos e às condições estruturais que dificultam a integração dos imigrantes à sociedade.¹¹⁹ Portanto, a garantia do acesso à justiça exige que os desequilíbrios processuais existentes sejam sanados pelo Estado para fins de cumprimento dos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

E justamente esse ponto é que restou violado por parte do Estado panamenho no caso de Vélez Loor. As violações de acesso à justiça decorrentes de sua apreensão inicial pela polícia, fruto da Ordem de Deten-

¹¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹¹² LAURIS, Élica. Para uma concepção pós-colonial do direito de acesso à justiça. *Hendu-Revista Latino-americana de Direitos Humanos*, v. 6, n. 1, 2015. p. 11.

¹¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 3.

¹¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 12.

¹¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988. p. 17.

¹¹⁶ IGREJA, Rebecca; RAMPIN, Talita. Acesso à justiça e desigualdades: perspectivas Latino-americanas. In: IGREJA, R; NEGRI, C. (orgs.). *Desigualdades globais e justiça social: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia*. Brasília, DF: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, 2021. p. 214-240.

¹¹⁷ AÑÓN, María José. The fight against discrimination and access to justice: a path to integration. *Migraciones Internacionales*, Tijuana, v. 8, n. 3, 2016. p. 241.

¹¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹¹⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

ção n. 1430; da inexistência de recursos efetivos para questionar a legalidade de tal detenção; do procedimento perante a Direção Nacional de Migração e Naturalização; do violação do direito à informação e do acesso efetivo à assistência consular; e da necessidade de notificação e da existência de recursos em desfavor da Resolução n. 7306 — todos atos remetem à violação da ampla garantia de acesso à justiça.

Assim, prosseguindo-se com a listagem de parâmetros estabelecidos pela decisão da CtIDH no caso Vélez Loor, o oitavo *standard* estabelecido diz respeito à garantia de revisão judicial das detenções migratórias. Ele advém da garantia do artigo 7.5 da CADH, que garante o direito ao devido processo legal, à integridade pessoal e à vida. Esse *standard* adveio do fato de o Sr. Vélez Loor não ter sido posto à disposição de nenhum juiz ou autoridade legalmente autorizada para exercer funções judiciais durante os dez meses que restou detido, de modo que a sua privação de liberdade não gozou de qualquer controle jurisdicional.¹²⁰

Embora o Estado tenha afirmado que a vítima foi apresentada à autoridade migratória competente¹²¹, faz-se necessário verificar se a autoridade possui competência para garantir os direitos do detido, é imparcial e independente, bem como autorizar a adoção de medidas cautelares ou coercitivas.¹²² É imprescindível que o funcionário do Estado possa colocar o migrante em liberdade, caso verifique ilegalidade ou arbitrariedade.¹²³

No caso do Sr. Vélez Loor, ele foi colocado às ordens da autoridade migratória, conforme o ofício N.º ZPF/SDIIP 192-03. Entretanto, a Corte entendeu que esse ato não equivale a, necessariamente, colocar o detido na presença do Direito de Migração. O artigo 7.5 da CADH somente é satisfeito quando o indivíduo comparece pessoalmente perante a autoridade, é ouvido e tem suas explicações valoradas antes da decisão de colocá-lo em liberdade ou manter a detenção.¹²⁴ Segundo Igreja e Rampin¹²⁵, o espaço de audiência implica um espaço de diálogo, sendo necessário, portanto, considerar que “as experiências pessoais vão além do caso apresentado e das motivações imediatas, pois implica um reconhecimento mais amplo das próprias pessoas e dos contextos de onde elas vêm”.

Logo, para o pleno cumprimento da obrigação, o Estado deve realizar a revisão judicial, conforme o devido processo legal, mediante apresentação presencial perante autoridade competente — independente e imparcial - dotada de função jurisdicional ou equivalente — o que não ocorreria no caso em tela. Ademais, imperioso que a revisão judicial seja satisfeita independentemente da natureza da detenção, a fim de coibir medidas ilegais e arbitrárias.¹²⁶ E, como referido *supra*, no caso em apreço, porém, a privação de liberdade pessoal aplicada não se relacionava com nenhum delito penal, tratando-se de uma infração administrativa.¹²⁷

Ato contínuo, o nono *standard* cunhado pela CtIDH trata da necessidade de apresentar as circunstâncias individualizadas, a fundamentação jurídica e determinação de prazos razoáveis nas decisões que estabeleçam detenções migratórias. Estabeleceu-se que apenas a disposição das normas não é suficiente para justificar

¹²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹²¹ “O Decreto Lei 16 de 1960 estabelecia que o estrangeiro será posto às ordens do Diretor do Departamento de Migração do Ministério do Governo e Justiça”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹²² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹²³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹²⁵ IGREJA, Rebecca; RAMPIN, Talita. Acesso à justiça e desigualdades: perspectivas Latino-americanas. In: IGREJA, R; NEGRI, C. (orgs.). *Desigualdades globais e justiça social: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia*. Brasília, DF: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, 2021. p. 214-240.

¹²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

a privação de liberdade. Na oportunidade, o Panamá motivou a decisão de detê-lo em razão da ilegalidade por razões de ordem pública e segurança.¹²⁸ Entretanto, não foi possível identificar a razoabilidade, objetividade e necessidade da medida apenas pelas informações que constam na Ordem de Detenção n. 1430. A decisão panamenha, também, não fixou prazo de duração da medida, sujeitando o Sr. Vélez Loor à duração excessiva da privação de liberdade.

Além da violação do artigo 7.5 da CADH, pela ausência de revisão judicial, a CtIDH pontuou igualmente a violação do art. 7.3, pois o migrante detido não recebeu a notificação da prisão por escrito, tampouco foi fundamentada a Ordem de Detenção n. 1430, o que lhe impediu conhecer exatamente quais eram as justificativas, os prazos e as condições da sua detenção.¹²⁹ A ausência de elementos objetivos na citada Ordem também reflete o desconhecimento da vítima de quais infrações lhes são impostas, o que igualmente denota a arbitrariedade de sua detenção.¹³⁰

O décimo *standard*, assegurado no veredito, foi sobre a necessidade de recursos efetivos para questionar a legalidade da detenção e da decisão sancionatória. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, ao denunciar as violações ao acesso à justiça sofridas pelo Sr. Vélez Loor, afirmou que a desinformação, a falta de controle judicial e ausência de garantias processuais fizeram com que o migrante não tivesse condições materiais para interpor *habeas corpus*, almejando reverter a sua situação, consistindo na violação dos artigos 7.6, 8.2.h e 25 da CADH.¹³¹

A CtIDH foi clara ao dizer que os recursos deveriam cumprir não somente a existência formal, bem como serem efetivos e objetivos.¹³² Além disso, não deveriam existir condições restritivas aos mesmos, como o esgotamento de recursos administrativos prévios para interpor recursos judiciais.¹³³ Ademais, observou-se a necessidade de existirem mecanismos adequados para questionar as decisões condenatórias ou sancionatórias, tal como a Resolução n. 7306, que impôs pena de dois anos ao migrante.¹³⁴ Para que esse direito fosse plenamente cumprido no caso em apreço, teria sido necessário que o tribunal superior do Estado possuísse características jurisdicionais que lhe conferissem competência para revisar o caso concreto.

Em relação aos recursos disponíveis, tem-se que estes devem ser acessíveis e sem maiores complexidades que possam torná-los ilusórios.¹³⁵ Além disso, antes de acessá-los, é importante que o Estado sane os desequilíbrios processuais em razão da vulnerabilidade dos migrantes. Portanto, ressalta-se a importância da assistência jurídica para elaborar a defesa técnica, considerando-se que os não nacionais não conhecem o sistema legal do país em que se encontram.¹³⁶ Tanto em procedimentos administrativos quanto processos judiciais, mostra-se imprescindível que o indivíduo possa se defender ante o poder punitivo munido de representação legal, especialmente nos procedimentos em que possam ser adotadas medidas de deportação,

¹²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

expulsão ou privação de liberdade.¹³⁷

Essa garantia inclui a consultoria e assistência jurídica gratuita para que a defesa técnica legal possa ser elaborada em tempo hábil.¹³⁸ Ressalta-se que a assistência jurídica oferecida pelas Defensorias Públicas, bem como pela sociedade civil, podem ser complementares, mas não substituem a obrigação do Estado de ofertar assistência legal gratuita.¹³⁹ Até mesmo porque, como assinala Añón¹⁴⁰, a assistência e a consultoria são formas distintas de apoio jurídico. A primeira diz respeito à litigância perante o juízo e a segunda trata da orientação por meio de técnicas e linguagens facilmente compreensíveis para explicar o procedimento, o seu conteúdo, as etapas e garantias, bem como a existência de formas alternativas de resolução de conflitos e suas possíveis consequências.¹⁴¹

Desse modo, o décimo parâmetro, conforme avultam Igreja e Rampin¹⁴², enfatiza a diferença entre meramente reconhecer direitos e verdadeiramente promover a justiça. Enquanto o primeiro relaciona-se com o movimento de institucionalização, o segundo diz respeito à “aproximação da justiça com os sujeitos, com a garantia de que o espaço que será acessado trará as condições necessárias para que a interação entre atores traga o reconhecimento [...] da dignidade”.¹⁴³

Por sua vez, o décimo primeiro parâmetro, assinalado pela sentença da CtIDH no caso do Sr. Vélez Lóor, refere-se ao respeito ao devido processo legal. Definiu-se que qualquer autoridade pública, seja ela administrativa, legislativa ou judicial, deve respeitar as garantias de direitos humanos ao proferir decisões que afetem as liberdades fundamentais, como é o caso do migrante neste caso. A regularidade documental não é um pré-requisito para o exercício da defesa de interesses de forma efetiva, bem como em condições de igualdade processual.¹⁴⁴ Nesse ponto, enfatizou-se, por meio da sentença, a necessidade de que o migrante seja considerado como verdadeiro sujeito do processo e não apenas como objeto do mesmo.¹⁴⁵ E, em função de o Panamá não ter assim agido, terminou por violar os arts. 8.1, 8.2.d e 8.2.e da CADH.

O décimo segundo *standard* da CtIDH diz respeito ao direito de informação e acesso efetivo à assistência consular dos migrantes detidos. Conforme supracitado, na Opinião Consultiva n.º 16 de 1999, a CtIDH manifestou-se, exclusivamente, sobre essa temática; porém, no contencioso em comento, a Corte pontuou quais são as obrigações decorrentes desse direito, isto é, 1) o direito de ser informado sobre as garantias consulares à luz da Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963; 2) o direito de ter efetiva comunicação consular; e a 3) assistência consular em si.¹⁴⁶ Ademais, a CtIDH salientou que esse parâmetro igualmente envolve a livre comunicação com os representantes consulares, assim como a visita deles. A as-

¹³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁴⁰ ANÓN, María José. The fight against discrimination and access to justice: a path to integration. *Migraciones Internacionales*, Tijuana, v. 8, n. 3, 2016. p. 245.

¹⁴¹ ANÓN, María José. The fight against discrimination and access to justice: a path to integration. *Migraciones Internacionales*, Tijuana, v. 8, n. 3, 2016. p. 245.

¹⁴² IGREJA, Rebecca; RAMPIN, Talita. Acesso à justiça e desigualdades: perspectivas Latino-americanas. In: IGREJA, R; NEGRI, C. (orgs.). *Desigualdades globais e justiça social: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia*. Brasília, DF: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, 2021. p. 214-240.

¹⁴³ IGREJA, Rebecca; RAMPIN, Talita. Acesso à justiça e desigualdades: perspectivas Latino-americanas. In: IGREJA, R; NEGRI, C. (orgs.). *Desigualdades globais e justiça social: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia*. Brasília, DF: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, 2021. p. 214-240.

¹⁴⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁴⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

¹⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Lóor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.

sistência consular aos migrantes detidos também é considerada como um dos mecanismos do exercício do direito à defesa e do devido processo legal.¹⁴⁷ E, na medida em que o gozo desses direitos foi impossibilitado ao Sr. Vélez Loor, vislumbrou-se a violação dos arts 7.4, 8.1 e 8.2.d da CADH.

Nesse escopo, em relação às obrigações procedimentais, a CtIDH concluiu que os parâmetros de proteção dos direitos humanos dos migrantes quanto ao acesso à justiça relacionam-se ao respeito ao devido processo legal, à revisão judicial, à audiência de custódia, à assistência técnica e consular, assim como à ampla defesa. Isso porque, as autoridades panamenhas, por (i) não comunicarem, de forma escrita e formal, a acusação em desfavor do Sr. Vélez Loor; (ii) não concederem tempo, assistência legal e consular, logo, inibindo todos os meios para preparação da defesa técnica do migrante; (iii) não permitirem o direito de defesa durante a audiência de custódia perante autoridade jurisdicional competente; e (iv) não admitirem o recurso contra a privação de liberdade e a decisão sancionatória a ele conferida, terminaram por não corresponder à cultura jurídica interamericana.

Por isso, se “*en el primero de los niveles de protección [que es] de los jueces nacionales*” os direitos humanos não foram assegurados, competia à “*la piedra angular de la telaraña [que] es la Corte IDH, la cual funde como faro de la función judicial de protección en Latinoamérica*”, como lembra Acosta Alvarado¹⁴⁸, promovendo não somente a reparação integral da vítima, como também o próprio refinamento dos argumentos e interpretações interamericanas em prol da contínua afirmação e assecuração da dignidade humana, almejando, com isso, como pontuaram Borges e Piovesan¹⁴⁹, a convergência entre o interno e o regional/internacional para a formação de pontes de diálogo em prol do respeito do *corpus iuris* interamericano e da contínua¹⁵⁰ construção de um *ius commune* tipicamente latino-americano, forjado ao redor de sua realidade e de seus sujeitos¹⁵¹, o qual coloca a pessoa (e a própria democracia) no centro de sua abordagem e interpretação¹⁵².

4 Considerações finais

A sentença Vélez Loor vs. Panamá de 2010 trouxe contribuições relevantíssimas à parametrização do tratamento migratório no continente americano, construindo importantes bases interpretativas para que se

¹⁴⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218

¹⁴⁸ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme A. *Diálogo entre Cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: OAB, 2015. p. 269.

¹⁴⁹ BORGES, Bruno B.; PIOVESAN, Flávia. O diálogo multinível interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019. p. 15-16.

¹⁵⁰ Até mesmo porque, faz-se necessário também repelir movimentos do próprio Sistema que sejam considerados inadequados à realidade interamericana. Acerca disso, salienta-se o estudo de Silva e Echeverra que refutam a ocorrência de transformações estruturais ao Sistema Interamericano, temendo que estas possam alimentar uma cultura colonizadora, “a ponto de ofuscar seus próprios limites de atuação e gerar sentenças contrárias a própria Convenção Americana”, possivelmente abalando não apenas a sua efetividade e reputação, mas igualmente a “confiança dos Estados membros sobre a conveniência em participar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”. SILVA, Alice Rocha da; ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., p. 391-408, 2015. p. 404.

¹⁵¹ “O trabalho do SIDH não inferioriza ou indica a eliminação de suas estruturas ou formas de interpretação, mas, muito pelo contrário, propõe uma análise e estudo aprofundados das novas formas de interpretação que estão se expandindo pela região da América Latina, apresentando uma visão inovadora que rompe com os antagonismos, dominação e exclusão, estabelecendo formas de comunicação intercultural por meio de novos conceitos”. NOGUEIRA JÚNIOR, Bianor Saraiva; FLÓREZ, Deicy Y. Parra; SANTOS, Ulisses A. Cruz dos. A diversidade cultural segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano transformador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 475-491, 2019. p. 487.

¹⁵² “Direitos humanos e democracia se implicam mutuamente, e a jurisprudência interamericana reforça o marco da legalidade e da legitimidade, de modo que a interdependência entre democracia e direitos humanos define os rumos do *Ius Commune* regional”. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019. p. 307.

dê um passo a mais em direção à transformação das realidades dos Estados latino-americanos de violação dos direitos humanos dos migrantes, para outra situação, de consideração e promoção de seus direitos, verdadeiramente alinhada ao Estado de Direito e aos anseios democráticos que formam o substrato do Sistema Interamericano como um todo.

Por meio dela, fixaram-se doze parâmetros mínimos que não somente deveriam ter sido seguidos pelo Estado do Panamá no caso concreto, mas que agora devem ser transpostos para todos os Estados-Membros da OEA em seus atos e condutas, inclusive, ensejando revisões normativas e procedimentais, caso estas estejam em desacordo ao estipulado pela CtIDH. Afinal, compete a ela não apenas interpretar ao cabo a Convenção Americana, mas também fomentar a transformação dos Estados, indicando o caminho para a tutela efetiva dos direitos humanos — a base do *corpus iuris* interamericano.

Sinteticamente, são os parâmetros assinalados: 1) dever de não discriminação; 2) reconhecimento da vulnerabilidade dos migrantes; 3) proibição da crimigração; 4) ilegalidade da detenção migratória; 5) proibição do compartilhamento de celas entre migrantes e presos comuns; 6) oferecimento de mantimentos vitais básicos e tratamento médico; 7) dever de investigação de casos de tortura; 8) revisão judicial da detenção; 9) individualização, fundamentação e previsão de prazos nas sentenças judiciais; 10) existência de recursos efetivos; 11) respeito ao devido processo legal; 12) direito de informação e assistência consular.

Na constatação de tais parâmetros é que está a dupla-relevância do precedente *Vélez Loor vs. Panamá*, pois ele permite não somente apontar os vetores centrais da política migratória latino-americana, voltada a todo e qualquer deslocamentos humano havido no continente, mas também de visualizar o impacto transformador da CtIDH na região em direção a tutela efetiva dos migrantes na medida que não permite visões retrógradas, nortistas, excludentes e não condizentes com a dignidade humana a serem aplicadas pelos Estados, devendo estes, à luz da abertura de seus ordenamentos em prol do sistema, recepcionar tais preceitos, os quais, por força disso, contribuem sobremaneira para o fortalecimento da proteção dos grupos vulneráveis.

Ademais, todos esses *standards*, em matéria migratória, edificados desde uma articulação ímpar e vanguardista por parte da Corte de suas regras e da prática estatal, mostram-se como verdadeiros exemplos do que se entende por *ius commune* latino-americano — um conjunto normativo que foge da centralidade do Estado e de seus resquícios europeus/do Norte Global, apontando para a tutela dos direitos do ser humano *lato sensu*¹⁵³ — insculpidos na Convenção Americana como o seu eixo central e, logo, que permeia, transversalmente, as ordens jurídicas interna e regional/internacional, permitindo a sua adequação e/ou transformação diante do caso concreto e da dinamicidade social, desde que se tenha a dignidade humana como norte (ou deveríamos dizer ‘como sul?’¹⁵⁴), fortalecendo esse conjunto normativo e a própria ideia de humanização do Direito como um todo no continente americano.

¹⁵³ Em que pese incomum, importa salientar, nessas considerações finais, a compreensão de que o ser humano, enquanto categoria *lato*, a ser protegido nessa região, não restaria limitado ao homem, branco, europeu, patriarca, proprietário, heterossexual e cristão, tal como era o sujeito tutelável desde a visão hegemônica, que tem como ponto de partida as lutas havidas no contexto europeu. Inclusive, ressalva-se que essa visão vai ao encontro do que se defendeu no item 1.1 quando se trouxe a visão do migrante como ser excluído e, logo, sujeito à crimigração, pois considerada uma prática comum do Norte Global. Portanto, dialogando com Passos, Santos e Espinoza, a categoria aqui a ser tutelada é múltipla, englobando todas as outras formas de se existir, antes “invisibilizadas pelas diversas instrumentalizações do colonialismo e da colonialidade como a face oculta da modernidade, em que pessoas [eram] designadas à zona do ‘não se’” dentro da ordem social”. PASSOS, Rute; SANTOS, Letícia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalternidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 142-172, 2020. p. 145.

¹⁵⁴ Nesse ponto toma-se emprestado a ideia do artista plástico uruguaio Joaquim Torres Garcia, que desenhou, em 1943, a “América Invertida” — um mapa onde o Sul encontra-se no topo, acima do Norte.

Referências

- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. *In: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme A. Diálogo entre Cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita*. Brasília: OAB, 2015. p. 253-415.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Ius commune interamericano: brevísimas notas sobre su fundamento, definición y funciones. *In: ROSA, Alexandre Morais da; BASTOS JUNIOR, Luiz Magno P. (orgs.). Direito constitucional comum interamericano e os direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- ANDRADE, Daphne de E. Vieira; TEODORO, Maria Cecília M. A colonialidade do poder na perspectiva da interseccionalidade de raça e gênero: análise do caso das empregadas domésticas no Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 564-585, 2020.
- AÑÓN, María José. The fight against discrimination and access to justice: a path to integration. *Migraciones Internacionales*, Tijuana, v. 8. n. 3, 2016.
- ANSOLABEHE, Karina. Difusores y justiceiros: las instituciones judiciales en la política de derechos humanos. *Perfiles latino-americanos*, n. 44, p. 143-169, jul./dez. 2014.
- BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: legalidade e legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 232-252, 2019.
- BORGES, Bruno B.; PIOVESAN, Flávia. O diálogo multinível interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.
- BOURBEAU, Philippe. Detention and immigration: practices, crimmigration, and norms. *Migration Studies*, v. 7, n. 1, p. 83-99, 2019.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Safe, 1988.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Vélez Looz vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C N.º 218.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Villagran-Morales et al. v. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C N.º 63.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-16/99*. O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal. 1º de outubro de 1999. Série A N.º 16.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Parecer consultivo OC-18/03*. A condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. 17 de setembro de 2003. Série A N.º 18.
- FRASER, Nancy. Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 77, 2009.
- GONTIJO, André Pires. O desenvolvimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. Esp., p. 409-423, 2015.
- IGREJA, Rebecca; RAMPIN, Talita. Acesso à justiça e desigualdades: perspectivas Latino-americanas. *In: IGREJA, R; NEGRI, C. (orgs.). Desigualdades globais e justiça social: interfaces teóricas, acesso à justiça e democracia*. Brasília, DF: Faculdade Latino-Americana de Ciências Sociais, 2021. p. 214-240.
- INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION. *World Migration Report 2020*. Geneva: Inter-

national Organization for Migration, 2019.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel C. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020.

LAURIS, Élida. Para uma concepção pós-colonial do direito de acesso à justiça. *Hendu-Revista Latino-americana de Direitos Humanos*, v. 6, n. 1, 2015.

LEÓN, Gisela. Contributions and challenges for the Inter American Court of Human Rights for the protection of migrants' rights: the Case of Velez Looor v. Panama. *Inter-Am. & Eur. Hum. Rts. J.*, v. 7, 2014.

MASON, Ashley. Interpretation of the American Convention in Latin America: the impact of the Inter-American Court of Human Rights' decision in Velez Looor v. Panama on irregular migrant rights. *Law & Bus. Rev. Am.*, v. 18, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo, RT, 2013.

MIGNOLO, Walter. Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar. Belo Horizonte: UFMG, 2020.

NOGUEIRA JÚNIOR, Bianor Saraiva; FLÓREZ, Deicy Y. Parra; SANTOS, Ulisses A. Cruz dos. A diversidade cultural segundo o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Novo Constitucionalismo Latino-Americano transformador. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 475-491, 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2 p. 302-363, 2019.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 28 maio 2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura*. Cartagena, 09 de dezembro de 1985. Disponível em: www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/a-51.htm Acesso em: 28 maio 2021.

PASSOS, Rute; SANTOS, Letícia Rocha; ESPINOZA, Fran. Direitos humanos, decolonialidade e feminismo decolonial: ferramentas teóricas para a compreensão de raça e gênero nos locais de subalternidade. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 2 p. 142-172, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e constitucionalismo regional transformador: o impacto do Sistema Interamericano. *Cadernos de Pós-Graduação em Direito da USP: estudos e documentos de trabalho*, São Paulo, v. 36, n. 1, p. 4-22, 2016.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais: perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

ROBLES, Manuel E. Ventura. Impacto de las reparaciones ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y aportes a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. *Revista IIDH*, n. 56, 2012.

SAGUÉS, Néstor Pedro. *El "Control de Convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: concordancias y diferencias con el sistema europeo*. México: UNAM, 2010. p. 381-417.

SILVA, Alice Rocha da; ECHEVERRIA, Andrea de Quadros Dantas. Tentativas de contenção do ativismo judicial da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, n. esp., p. 391-408, 2015.

STUMPF, Juliet. The crimmigration crisis: immigrants, crime, and sovereign power. *American University Law Review*, v. 56, 2006.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Direitos humanos e estado de coisas inconstitucional: o transconstitucionalismo latino-americano na ADPF nº 347*

Human rights and unconstitutional state of affairs: Latin American transconstitucionalism in ADPF nº 347

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth

André Giovane de Castro

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

Direitos humanos e estado de coisas inconstitucional: o transconstitucionalismo latino-americano na ADPF nº 347*

Human rights and unconstitutional state of affairs: Latin American transconstitucionalism in ADPF nº 347

Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth**

André Giovane de Castro***

Resumo

Este artigo aborda o estado de coisas inconstitucional como instituto idealizado na Colômbia e inserido no Brasil com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. A escassez de estudos sobre o tema ainda é considerável, mas, sobretudo, na interlocução desta ferramenta com o constitucionalismo latino-americano. Problematiza-se, neste sentido, a contribuição do estado de coisas inconstitucional como recurso transconstitucional ao *Ius Constitutionale Commune* na América Latina com vistas à efetivação dos direitos humanos no âmbito do sistema carcerário brasileiro. Com efeito, o texto estrutura-se em três seções e objetiva, respectivamente, a) discorrer sobre a ADPF nº 347 e a decisão de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional; b) refletir acerca dos desafios e possibilidades da atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) no caso; e c) identificar a contribuição transconstitucional da técnica em comento ao *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Por fim, o estado de coisas inconstitucional é concebido como instrumento transconstitucional hábil na tentativa de enfrentar a violação de direitos humanos em direção ao *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. O método do estudo de caso, a abordagem qualitativa, a técnica exploratória e os procedimentos bibliográfico e documental constituem a metodologia.

Palavras-chave: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347; Corte Constitucional da Colômbia; Direitos humanos; Estado de coisas inconstitucional; *Ius Constitutionale Commune* na América Latina; Transconstitucionalismo.

Abstract

This article addresses the unconstitutional state of affairs as an institute idealized in Colombia and inserted in Brazil with the Claims of Non-compliance with the Fundamental Precept (ADPF) nº 347. The scarcity of studies on the subject is still considerable, but, above all, in the interlocution of this tool with Latin American constitutionalism. We problematize, in this

* Recebido em 28/03/2021

Aprovado em 07/10/2021

** Doutor e Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal e Bacharel em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ). Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos – da UNIJUÍ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIJUÍ. Pesquisador Gaúcho da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS). Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos, certificado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro da Rede Brasileira de Pesquisa Jurídica em Direitos Humanos. Coordenador do Projeto PROCAD/CAPES “Rede de cooperação acadêmica e pesquisa: eficiência, efetividade e economicidade nas políticas de segurança pública com utilização de serviços de monitoração eletrônica e integração de bancos de dados”.

E-mail: madwermuth@gmail.com

*** Doutorando em Direitos Humanos pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), com bolsa da CAPES. Mestre em Direito pela UNIJUÍ. Bacharel em Direito pela UNIJUÍ. Membro do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos, certificado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

E-mail: andre_castro500@hotmail.com

sense, the contribution of the unconstitutional state of affairs as a transconstitutional resource to the *Ius Constitutionale Commune* in Latin America with a view to the realization of human rights within the Brazilian prison system. The text is structured in three sections and aims, respectively, to a) discuss about the ADPF n° 347 and the decision recognizing the unconstitutional state of affairs; b) reflect on the challenges and possibilities of the Federal Supreme Court's (STF) action in the case; and c) identify the transconstitutional contribution of the technique in question to the *Ius Constitutionale Commune* in Latin America. Finally, the unconstitutional state of affairs is conceived as a transconstitutional instrument that can be used in the attempt to confront the violation of human rights in the direction of the *Ius Constitutionale Commune* in Latin America. The case study method, the qualitative approach, the exploratory technique and the bibliographical and documentary procedures constitute the methodology.

Keywords: Claims of Non-compliance with the Fundamental Precept n° 347; Constitutional Court of Colombia; Human rights; Unconstitutional state of affairs; *Ius Constitutionale Commune* in Latin America; Transconstitutionalism.

1 Introdução

A América Latina vivenciou no século XX a instauração de inúmeras ditaduras civil-militares com a afronta aos valores da cidadania, da democracia e dos direitos humanos. Com a redemocratização, o novo constitucionalismo latino-americano exibiu-se como o resultado das mobilizações em face da arbitrariedade dos anos de 1900. Apesar de em 1948 os Estados nacionais terem celebrado a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a vida no interior das fronteiras não se viu totalmente abraçada pelos mandamentos contidos no sobredito texto declarativo internacional. Esse cenário começou a ser alterado no Brasil com a Constituição Federal de 1988. Com ela, o poder Judiciário adquiriu – juntamente com outras instituições – respaldo com vistas a atuar em prol da efetivação do Estado Democrático de Direito. Um dos seus vários dilemas refere-se à violação contínua e sistemática de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro, reconhecido, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), como imerso em um estado de coisas inconstitucional. Trata-se da temática abordada neste estudo.

O instituto do estado de coisas inconstitucional foi criado e desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia (CCC) com a ambição de atuar frente aos casos estruturais com a afronta substancial de direitos humanos, reivindicando, com efeito, uma decisão de natureza, também, estrutural, envolvendo todas as instituições relacionadas ao fato. A referida técnica foi trazida ao Brasil com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e destinada ao reconhecimento da inconstitucionalidade do “estado de coisas” dos estabelecimentos de custódia. A decisão em caráter cautelar foi exarada em 2015, adotando o sobredito método colombiano, e notabiliza – como se pretende evidenciar com este artigo – o tranconstitucionalismo latino-americano, o qual se coaduna com uma perspectiva de *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, pois estabelece um profícuo diálogo com os pronunciamentos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) acerca das prisões nacionais.

O Brasil, nos termos do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Período de Janeiro a Junho de 2020 –, conta com 702.069 reclusos com o perfil caracterizado como homem (97,01%), jovem (41,91%), pardo e negro (66,31%) e acusado ou condenado por delitos relacionados às drogas ou ao patrimônio (71,04%)¹. Com a terceira colocação no *ranking* mundial de segregados, o País desafia, nos autos da ADPF n° 347, o STF a atuar em detrimento das históricas mazelas dos estabelecimentos de custódia e, concomitantemente, a academia a debater sobre o instituto do estado de coisas inconstitucional, concebido,

¹ BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: período de janeiro a junho de 2020*. Brasília: DEPEN, 2021.

a bem da verdade, como objeto incipiente e carente de investigação, essencialmente em virtude de ter sido suscitado, nacionalmente, somente pós-2015. Logo, este estudo, com horizonte no *Ius Constitutionale Commune* na América Latina”, problematiza: em que medida a técnica do estado de coisas inconstitucional, à luz do transconstitucionalismo latino-americano, contribui para a efetivação jurídico-política dos direitos humanos da população prisional no Brasil?

A pesquisa considera, a título de hipótese a ser corroborada ou refutada ao fim desta investigação, a contribuição do estado de coisas inconstitucional, como método decisório no âmbito do poder Judiciário, à defesa dos direitos humanos dos custodiados, embora inúmeros desafios envolvam a sua utilização, tanto de ordem formal como de ordem material. O aludido instituto baseia-se no constitucionalismo latino-americano com atenção à tendência mundial ao oferecimento de resoluções inovadoras aos fenômenos estruturais, na esteira, entre outros casos, da violação de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro. Ao adotar a técnica idealizada na Colômbia, o Brasil utiliza-se do transconstitucionalismo latino-americano e, na mesma direção, oferece, no seio da ADPF nº 347, notadamente com a resolução de mérito, subsídios à formatação do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Aqui, reside, aliás, o motivo deste trabalho acadêmico: a contribuição do estado de coisas inconstitucional como ferramenta transconstitucional ao *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional na ADPF nº 347 constitui-se como paradigmático em relação ao tema da afronta de direitos humanos nos estabelecimentos de custódia. Por isso, considera-se oportuna a utilização do estudo de caso como ferramenta metodológica, pois tem o condão de auxiliar na avaliação de um fenômeno contemporâneo e complexo², como é o caso em estudo, identificado como a decisão introdutória da técnica no Brasil e com vários desafios devido à falta de resolução de mérito até o momento. Além disso, a abordagem qualitativa, a técnica exploratória e os procedimentos bibliográfico e documental compõem a metodologia. Por fim, o texto forma-se de três seções e objetiva, respectivamente: a) discorrer sobre a ADPF nº 347 e a decisão cautelar de reconhecimento do estado de coisas inconstitucional; b) refletir acerca dos desafios e possibilidades da atuação do STF neste caso; e, atendendo à intenção central deste artigo, c) identificar a contribuição transconstitucional da técnica em comentário ao *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

2 A ADPF nº 347 e o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no Brasil

A violação aos mandamentos estatuídos na Constituição Federal de 1988, bem como nas convenções e tratados internacionais de direitos humanos³, em face dos custodiados do sistema carcerário brasileiro encontra-se *sub judice* no Supremo Tribunal Federal (STF). O Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 com o intuito de reconhecer o estado de coisas inconstitucional dos estabelecimentos de custódia no Brasil. A demanda, com arcabouço teórico, normativo e jurisprudencial, reflete os anseios dos encarcerados, considerados como uma das minorias da realidade atual e – por que não dizer – histórica do País. Ao debruçaram-se sobre o caso, os ministros não hesitaram em evidenciar a afronta contínua e sistemática de direitos humanos. Trata-se de decisão, em sede de medida cautelar, exarada em 09 de setembro de 2015. Até o momento, contudo, não houve a resolução de mérito. Esta seção visa, com efeito, a analisar a sobredita ação e, especificamente, o aludido *decisum* liminar.

² YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

³ Os documentos internacionais, entre outros, são: Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966), Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984) e Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos – Regras de Nelson Mandela (2015).

O PSOL imputou a inconstitucionalidade do “estado de coisas” dos estabelecimentos de custódia a uma série de ações e omissões da União, dos Estados-membros e do Distrito Federal e, respectivamente, aos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. O rol de valores constitucionais, assim como de convenções e tratados internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, supostamente violados, além da dignidade da pessoa humana, inscrita no artigo 1º, III, envolve: a proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, III); o impedimento a sanções cruéis (artigo 5º, XLVII, *e*); a necessidade de cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, observando-se a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado (artigo 5º, XLVIII); o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, XLIX); e a presunção de não-culpabilidade (artigo 5º, LVII). Os direitos humanos alusivos ao acesso à justiça, à alimentação, à educação e à saúde foram, também, mencionados⁴. O autor listou oito medidas cautelares – já analisadas – e dez pedidos definitivos – que aguardam julgamento.

No Brasil, o atentado aos direitos humanos direcionados a viabilizar a dignidade dos custodiados não se adstringe a uma ou outra unidade federativa. Cuida-se, segundo o Ministro Marco Aurélio, de um retrato similar nos 26 Estados-membros e no Distrito Federal, o que elucida “a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro”⁵. Esse cenário tem como causa a falta de coordenação entre as instituições, o déficit na elaboração e efetivação de políticas, projetos e programas e a obscuridade na interpretação e aplicação da legislação penal, pois, de um lado, há a inércia e, de outro lado, há a incapacidade das autoridades públicas em assumir a missão de marchar contra as mazelas que, historicamente, subjazem ao espaço privilegiado de – pretense – combate à delinquência, qual seja: o presídio. Trata-se de uma variada rede de insuficiências administrativas, judiciais e legislativas que resultam, por conseguinte, em falhas estruturais. Essas são, a bem da verdade, o fundamento do estado de coisas inconstitucional, como se verá adiante.

O Estado detém o *jus puniendi* e, com efeito, o monopólio sob a custódia dos presos. Logo, é dele a responsabilidade pela situação atual, seja pelo poder Executivo, seja pelo poder Legislativo, seja, inclusive, pelo poder Judiciário. O cenário em tela, na esteira do Ministro Marco Aurélio, se deve, expressivamente, à decretação excessiva de prisões provisórias, as quais cristalizam a “cultura do encarceramento”, cujo fenômeno “agravou a superlotação carcerária e não diminuiu a insegurança social nas cidades e zonas rurais”⁶. Essa denúncia foi avivada, também, pelo Ministro Gilmar Mendes ao assinalar que “nós não temos, no âmbito do Judiciário, sequer a desculpa de dizer que isso é culpa da Administração, porque somos administradores do sistema”⁷. Se o aparelho judicial tem o ofício de julgar e, se for o caso, de punir, é, reflexamente, imbuído do desiderato de fazer efetiva a ordem jurídica, incluídos os direitos humanos, haja vista que a sanção, nos termos do Ministro Edson Fachin, “não pode se revelar como gravame a extirpar a condição humana daquele que a cumpre”⁸.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 24. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 28. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 137. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 58. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf>

A afronta aos direitos humanos não ocasiona efeitos somente individuais, mas, sim, coletivos. A coletividade, direta ou indiretamente, sofre, assim, com a violação do documento constitucional. O Estado Democrático de Direito, a bem da verdade, é vitimado. A inércia dos poderes, das unidades federativas e dos órgãos manifesta, na concepção do Ministro Celso de Mello, o desprezo pela Carta Política, o que é inadmissível, pois “revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República”⁹. A elaboração de um diploma jurídico de *status* constitucional, sem a ambição de torná-lo concreto ou de executá-lo tão só com o intuito de atender aos interesses de conveniência das autoridades, constitui, na visão do Ministro Celso de Mello, um acontecimento extremamente “nocivo, perigoso e ilegítimo”, notadamente em razão de as ações e os discursos de administradores, juízes e legisladores assim fundamentados resultarem na transformação do sistema cívico-democrático em um sentido vão e sonho frustrado¹⁰.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional atende, assim, à realidade do Brasil em suas custódias securitárias. A adoção da referida técnica, de acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, é válida em virtude de a situação nos estabelecimentos de custódia não ser eventual, mas constante¹¹. Para a Ministra Rosa Weber, embora existam exceções no País, são em fração ínfima em relação à totalidade, enfatizando a necessidade de se declarar o “estado caótico e dramático das prisões brasileiras”¹². O excelso dilema localiza-se, consoante o Ministro Luís Roberto Barroso, na insensibilidade nutrida na sociedade e, com efeito, nas instituições em detrimento dos encarcerados, pois os cidadãos livres, embora tenham ciência sobre a situação, “fecham os olhos na crença de que jamais passarão por aquilo”¹³. Logo, não se trata, a teor do Ministro Marco Aurélio, de um assunto “campeão de audiência”, senão, isto sim, “impopular”¹⁴. Por isso, sem direitos humanos, a dignidade, de acordo com a Ministra Cármen Lúcia, encontra-se ausente entre os muros do sistema de justiça penal¹⁵.

A partir das fundamentações acima listadas, o STF apreciou a medida liminar. Das oito cautelares arroladas pelo PSOL, sete concerniam ao poder Judiciário e uma referia-se ao poder Executivo. A concessão ads-

br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf Acesso em: 22 jan. 2021.

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 153. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 28. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 71. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 21. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 153. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

tringiu-se a somente duas, quais sejam: a) a obrigatoriedade de juízes e tribunais realizarem, em até 90 dias, as audiências de custódia, com a condução do preso à autoridade judiciária em até 24 horas, contadas do momento da prisão; b) a liberação, pela União, dos recursos do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) com o desiderato de serem utilizados ao fim intrínseco à sua criação, abstendo-se de novos contingenciamentos. O STF determinou, também, *ex officio*, à União e aos Estados-membros, especialmente a São Paulo, o envio de informações sobre a situação dos estabelecimentos carcerários com o intuito de contribuir à formação de convicção na resolução de mérito da demanda. Já as demais solicitações foram indeferidas com escopo na disciplina legal, na tangência do mérito ou na prejudicialidade da apreciação¹⁶.

O catálogo de medidas cautelares, com ressalva da ordem *ex officio* endereçada pelo STF à União e aos Estados-membros, contempla as atribuições das autoridades judiciais. O então Ministro Teori Zavascki fez, inclusive, menção ao número elevado de pleitos de alçada jurisdicional, o que stampa a ampla área de atuação e, logo, de contribuição do poder Judiciário à amenização do sobredito caos¹⁷. Todas as solicitações liminares afeitas ao poder Judiciário, salvo a atinente às audiências de custódia, foram rejeitadas. Elas concernem, substancialmente, ao encarceramento em massa, seja à decretação da prisão, seja à concessão da liberdade. A recusa às liminares sobre os atos judiciais de decretação, manutenção ou execução da prisão, especialmente a provisória, baseou-se na existência de disposição legal sobre a primazia das medidas diversas à segregação e da necessidade de constar a motivação no *decisum*. Com isso, o STF denuncia, talvez, o uso exacerbado do encarceramento como resposta cautelar, a qual, aliás, deveria ser utilizada somente em casos extremos¹⁸.

A aludida razão de decidir do STF não se coaduna com a técnica do estado de coisas inconstitucional. O instituto visa ao reconhecimento de um “estado de coisas” contrário ao texto constitucional, isto é, de uma facticidade atentatória à abstração dos textos normativos. Assim, sustentar o indeferimento das medidas cautelares em virtude de o emaranhado de leis existentes abarcar a matéria, carecendo de sentido a reivindicação do autor, contrasta com a essência da sobredita ferramenta. A razão é esta: a ilegalidade *sub judice* não é a falta do substrato legal, mas, justamente, o seu descumprimento. Essa assimilação foi suscitada, aliás, pelo Ministro Luiz Fux ao demonstrar a sincronia das solicitações do PSOL com o coração da ADPF, qual seja: “se a lei obriga o juiz a motivar, e ele não motiva, há um estado de coisas inconstitucional”¹⁹. Trata-se, com efeito, de desconhecimento dos ministros sobre a essência do instituto e/ou de defesa da funcionalidade do STF frente à eventual e futura elevação no volume de reclamações decorrentes do seu *decisum*.

Após cinco anos, o retrato do sistema carcerário brasileiro não evidencia alterações substanciais. Um dos motivos, notoriamente, é a falta de resolução definitiva do mérito. Por isso, a demanda, até o momento, notabiliza “uma parcial vitória dos litigantes”²⁰. Os impactos surtidos desde 2015 não foram e não são

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF MC nº 347/DF. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 153. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF MC nº 347/DF. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

¹⁸ GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/32819/23469> Acesso em: 21 dez. 2020.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. ADPF MC nº 347/DF. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 113. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

²⁰ MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-37, 2019. p. 28. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272/76708> Acesso em: 20 dez. 2020.

suficientes ao enfrentamento das falhas estruturais, pois os poderes, as unidades federativas e os órgãos encarregados da segurança pública, com ênfase na prisão, não atualizaram a forma de atuar, senão, isto sim, mantiveram as tradicionais políticas públicas²¹. Esse diagnóstico resulta, significativamente, do fato de que as políticas públicas, consideradas imprescindíveis ao alcance da dignidade, ao não viabilizarem votos dos eleitores, não são rentáveis e, por conseguinte, não encontram arrimo na atuação nem dos administradores nem dos legisladores²². A partir dessa constatação, o pós-*decisum* cautelar revela-se como “uma grande decepção”²³. Trata-se de examinar, na próxima seção, portanto, os desafios e as possibilidades do STF nos autos da ADPF nº 347.

3 Os desafios e as possibilidades de atuação do STF na ADPF nº 347

O poder Judiciário, especialmente o STF, adquire o protagonismo com a declaração do estado de coisas inconstitucional. A sobreposição da máquina judicial, ao ditar ordens a serem cumpridas pelos poderes Executivo e Legislativo, elucida o ativismo judicial. Pode-se sinalizar, também, a judicialização da política. Em que pese o instituto se dirija a responder às mazelas da esfera política baseadas nas arquiteturas administrativa e legislativa, a técnica não se sustenta, necessariamente, na transferência do *locus* de deliberação do campo político ao campo jurídico devido à incumbência do Judiciário de apreciar a infringência, mesmo oriunda das outras instâncias estatais, do diploma constitucional. O foco não está na judicialização da política, embora contorne os seus traços, senão, isto sim, no ativismo judicial dada a ausência de previsão jurídica da figura na ordem jurídica pátria. O estado de coisas inconstitucional, no entanto, não é, *per se*, um ativismo judicial ilegítimo²⁴. Cuida-se, com efeito, do objeto desta seção: examinar a atuação do STF frente à ADPF nº 347.

O ativismo judicial forma-se de cinco dimensões, quais sejam: a) metodológica; b) processual; c) estrutural ou horizontal; d) de direitos; e e) antidialógica. Essa classificação autoriza desvelar as facetas ativistas do instituto do estado de coisas inconstitucional²⁵. Os itens “a”, “b”, “c” e “d” encontram-se, em menor ou maior escala, na técnica decisória trazida da Colômbia – o que será abordado na seção seguinte – à jurisdição constitucional brasileira. Esse diagnóstico, inicialmente, não se constitui como afronta à legislação, pois os supraditos elementos não outorgam ao ativismo judicial uma máscara ilegítima. A mesma constatação não se faz factível, contudo, no tocante ao item “e”, o qual, à diferença dos anteriores, infringe o Estado Democrático de Direito, mormente a separação – ou divisão – dos poderes, haja vista que atribui a primazia ao Judiciário sem, no entanto, ouvir o Executivo e o Legislativo, embora estes sejam, sobretudo, afetados por aquele. Essa leitura atribui validade à ferramenta colombiana, mas com a devida atenção ao relacionamento entre as esferas institucionais²⁶.

A dimensão metodológica do ativismo judicial está contida na declaração do estado de coisas inconstitucional. São duas as razões: a “criatividade em sua formulação” e o intento de “superar omissões caracterizadas como falhas estruturais”²⁷. De um lado, a técnica não possui previsão legal, nem constitucional, nem infraconstitucional, o que a identifica, tanto na Colômbia quanto no Brasil, como uma criação do poder Judiciário. De outro lado, o instituto viabiliza a intensificação e – por que não dizer – a inovação da atuação

²¹ MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-37, 2019. Disponível em: <http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272/76708> Acesso em: 20 dez. 2020.

²² SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 136, p. 267-291, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6185708> Acesso em: 23 dez. 2020.

²³ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 340.

²⁴ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

²⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

²⁶ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

²⁷ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 231.

do tribunal com o desígnio de suprir as mazelas estruturais. A dimensão processual do ativismo judicial compõe, também, a figura. Isso porque a sua assunção na Colômbia se deu nos autos de uma demanda individual, destinada, então, a tutelar os direitos individuais. A sentença, porém, foi dirigida a várias autoridades públicas, transpondo as bordas do litígio e afetando sujeitos, inicialmente, não abrangidos²⁸. A ADPF n° 347, no Brasil, todavia, almeja alcançar a coletividade desde o seu nascedouro.

A dimensão estrutural ou horizontal, considerada como a base do ativismo judicial alusivo ao estado de coisas inconstitucional, está centrada na interferência do poder Judiciário na formulação, na implementação e no monitoramento das políticas públicas. Os tribunais inserem-se na área de domínio dos poderes Executivo e Legislativo, o que ocorre por meio da identificação dos erros, da ineficiência ou da inexistência de medidas vitais à defesa dos direitos humanos, assim como da determinação de elaboração e efetivação de ações administrativas ou normas legislativas, de distribuição do montante orçamentário e do monitoramento do *decisum*²⁹. A dimensão de direitos do ativismo judicial é, ademais, visível, haja vista que a ingerência do Judiciário no Executivo e no Legislativo, consubstanciada nas leis, nas políticas públicas e na alocação orçamentária, tem como culminância o desenrolar de uma pauta de aperfeiçoamento e de consagração dos ideais de dignidade da pessoa humana prevista no texto constitucional³⁰.

A dimensão antidialógica do ativismo judicial, por sua vez, obstaculiza o instituto do estado de coisas inconstitucional. Impera-se a necessidade de impedir a sua conformação, sob pena de deslegitimar a declaração da técnica, seja na ADPF n° 347, seja em futuros casos. O STF não deve assumir, isoladamente, o mister de resolver a violação da Constituição Federal de 1988. Faz-se inevitável, assim, a “construção coordenada” das soluções mediante o diálogo entre os poderes, as unidades federativas e os órgãos³¹. Uma postura assim delineada, menos autoritária e mais democrática, menos soberana e mais cívica, considerando-se a comunhão de contribuições e de esforços ao enfrentamento da inconstitucionalidade do “estado de coisas”, dirige-se a um ativismo judicial dialógico e, logo, legítimo³². Logo, “a perspectiva dialógica permite a promoção democrática” e, com efeito, o próprio instituto, em termos pragmáticos, “atua como um instrumento que destrava as instituições do Estado a fim de facilitar a ação governamental para a estruturação de políticas públicas”³³.

O suposto ativismo judicial inerente à figura do estado de coisas inconstitucional tem suscitado uma série de críticas, especialmente no bojo da ADPF n° 347. O reconhecimento do instituto, baseado no interesse de atender aos ditames constitucionais, tem sido considerado, a bem da verdade, como uma afronta à Carta Política atual. Em síntese: o argumento de defesa da Constituição Federal de 1988 estaria servindo como um estratagema à sua infringência. O exame realizado sobre a decisão, em sede cautelar, atinente ao sistema carcerário brasileiro, trouxe à tona várias manifestações, quais sejam: a um, a falta de seriedade com o cotejo dos pressupostos da técnica com o objeto da demanda; a dois, o risco do poder Judiciário declarar o estado de coisas inconstitucional em muitos casos, o que generalizaria o instituto; a três, o conteúdo da ferramenta estar sustentado em fato e não em norma, diversamente da tradicional aferição de (in)constitucionalidade; a quatro, a intervenção do aparelho judicial nos aparatos políticos; e, a cinco, o temor com os efeitos da decisão do STF.

Os votos dos ministros acerca das liminares da ADPF n° 347 foram sucintos sobre a criação e o desenvolvimento da técnica do estado de coisas inconstitucional. A argumentação não contou com o detalhamento

²⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

²⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

³⁰ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

³¹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 233.

³² CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

³³ KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 175-194, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6518/pdf> Acesso em: 07 mar. 2021. p. 182.

to dos critérios identificadores do instituto no tocante ao cenário do sistema carcerário brasileiro. Trata-se, assim, de um indicador crítico. A falta de cuidado com a acareação dos pressupostos com o episódio em voga torna a decisão inconsistente³⁴. Há outra crítica: a possível vulgarização do método. A figura, identificada como “fluída, genérica e líquida”³⁵, ameaçaria – e não defenderia – os direitos humanos em virtude de o sistema jurídico brasileiro não ter a tradição de sanar os dilemas com sentenças judiciais³⁶. Haveriam muitos “estados de coisas” atentatórios ao texto constitucional no Brasil, viabilizando, com efeito, a utilização irrestrita do método, essencialmente se não observados os seus critérios. A ADPF nº 347 seria, assim, no âmbito de uma epidemia, o “paciente zero”³⁷.

A técnica em comento não se encontra prevista normativamente. Logo, se o clássico controle de constitucionalidade se baseia em normas, distintamente do caso em tela, firmado em fato, o risco de disseminação da ferramenta aumentaria, notadamente devido à realidade no Brasil evidenciar várias situações contrárias à lei³⁸. A crítica abarca, também e sobretudo, a interferência do poder Judiciário nos poderes Executivo e Legislativo. A dicotomia política-direito alicerça o embate. “Aparentemente, a solução sempre é buscada pela via judicial, mas fora do direito, *apelando em algum momento para a discricionariedade dos juízes e/ou o seu olhar político e moral sobre a sociedade*”³⁹. Apesar de, vez ou outra, os casos *sub judice* não se amoldarem às molduras normativas, a resolução não deve estar fundada em soluções *ad hoc*, sob o receio de vulnerar o direito⁴⁰. Faz-se necessário inserir a decisão em uma tessitura maior do ordenamento jurídico, e não com uma solução *sui generis*, com o intuito de defender a ordem jurídica, sem a debilitar, nem a transformar em instrumento à mercê do julgador.

O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional, como culminância das falhas estruturais na elaboração e na execução de políticas públicas, exibindo a omissão do Estado, com alusão às esferas administrativa e legislativa, demandaria a interferência do direito com o fim de retirar a política da inércia. Isso é definido, porém, como um argumento estratégico⁴¹. A ilegalidade aludida não seria, assim, um dilema da política, mas, sim, do direito, em virtude de o sistema de justiça penal contribuir sobremaneira à realidade dos custodiados⁴². Faz-se necessário harmonizar, com efeito, as relações institucionais políticas e jurídicas, sob o risco de se consumir outra crítica, qual seja: a ineficácia ou inefetividade do instituto do estado de coisas inconstitucional. A razão é, a bem da verdade, simples: o monopólio, “no e pelo STF”, a respeito das

³⁴ MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-37, 2019. Disponível em: <http://biblioteca-digital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272/76708> Acesso em: 20 dez. 2020.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um *Habeas Corpus* no Brasil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, set. 2015. p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil> Acesso em: 21 dez. 2020.

³⁶ GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de coisas inconstitucional. *Estadão*, São Paulo, set. 2015. Disponível em: <http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043> Acesso em: 27 dez. 2020.

³⁷ STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um *Habeas Corpus* no Brasil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, set. 2015. p. 1. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil> Acesso em: 21 dez. 2020.

³⁸ STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

³⁹ STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> Acesso em: 21 dez. 2020.

⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> Acesso em: 21 dez. 2020.

⁴¹ GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/32819/23469> Acesso em: 21 dez. 2020.

⁴² GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, 2018. p. 490. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/32819/23469> Acesso em: 21 dez. 2020.

medidas a serem adotadas, arrefece “o poderio político do Executivo e do Legislativo” devido à ausência de incentivos ao fornecimento dos meios de superação ou, minimamente, mitigação do colapso⁴³.

Todas essas críticas, no entanto, são contestadas. Para os defensores da utilização da técnica em comento, o ativismo judicial visaria a enfrentar os bloqueios das instituições, nos três poderes e seus respectivos órgãos, em favor da efetivação dos direitos humanos⁴⁴. Por isso, o STF, a teor do Ministro Edson Fachin, não tem o intuito de transformar o Judiciário em “espaço constituinte permanente”, mas, sim, vivificar o seu ofício de guardião da Constituição Federal de 1988⁴⁵ e, logo, dos direitos humanos⁴⁶. Com efeito, “si el activismo judicial opera en las circunstancias y mediante los mecanismos adecuados, sus efectos, en lugar de ser antidemocráticos, son dinamizadores y promotores de la democracia”⁴⁷. Portanto, os diálogos institucionais mostram-se salutares. Todas as instituições devem ter reservada a sua área de atuação, sem conferir a uma ou outra “a prerrogativa de dar a última palavra”⁴⁸ ou o “direito de errar por último”⁴⁹. Para concluir as reflexões, a leitura do estado de coisas inconstitucional como instituto latino-americano é o conteúdo da última seção.

4 Uma técnica transconstitucional e o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina

A Corte Constitucional da Colômbia (CCC) criou, em 1997, o instituto do estado de coisas inconstitucional com o intuito de arrostar a violação contínua e sistemática de direitos humanos. A técnica foi adotada em inúmeros casos até o momento⁵⁰. Trata-se de um método característico do momento histórico delineado

⁴³ MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-37, 2019. p. 31. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272/76708> Acesso em: 20 dez. 2020. p. 31.

⁴⁴ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

⁴⁵ A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 102, *caput*, confere ao STF a sua guarda BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 26 fev. 2021.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. p. 50. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&text=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2020.

⁴⁷ GRAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010. p. 39.

⁴⁸ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 251.

⁴⁹ CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 251.

⁵⁰ As sentenças firmadas com essa técnica decisória referem-se: a) à filiação e às verbas de docentes (SU-559/1997); b) ao pagamento de pensão (T-068/1998); c) ao sistema carcerário (T-153/1998; T-388/2013; T-762/2015; e T-197/2017); d) ao concurso de notários (SU-250/1998); e) ao salário de professores (T-289/1998); f) ao pagamento de pensão (T-559/1998; T-525/1999; e T-606/1999); g) à proteção aos defensores de direitos humanos (T-590/1998); h) à saúde dos segregados (T-606/1998 e T-607/1998); i) à população deslocada (T-025/2004); e j) às crianças do povo de Wayúu (T-302/2017) COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *SU-250/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/SU250-98.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *SU-559/97*. 1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1997/su559-97.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-025/04*. 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2004/T-025-04.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-068/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-068-98.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-153/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-153-98.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-197/17*. 2017. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-197-17.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-289/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-289-98.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-302/17*. 2017. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-302-17.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-388/13*. 2013. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2013/T-388-13>.

com a Constituição Política de 1991⁵¹ e com o acréscimo funcional e valorativo conferido ao tribunal máximo do País. O referido documento encontra-se em sintonia com os anseios sociais ao viabilizar a transformação normativa, à luz dos direitos humanos, e a edificação de uma instituição destinada a cuidar dos casos sobre a concretização, ou não, dos mandamentos nele estatuídos⁵². A CCC tem assumido, assim, uma atuação intensa em defesa dos sobreditos valores. A partir desse cenário, considerando a sua interlocução latino-americana e a ADPF nº 347, esta seção visa a conceber a técnica oriunda da Colômbia e inserida no Brasil em 2015 como representativa do transconstitucionalismo e do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

Os cidadãos colombianos utilizam-se da abertura constitucional com vistas a buscar a resolução dos dilemas relacionados aos direitos humanos. A ação de tutela situa-se no rol de instrumentos oferecidos à sociedade e contribui “a paliar el déficit crónico de legitimidad que afecta a las instituciones democráticas colombianas, colmando vacíos de poder dejados por la inactividad o indiferencia de las autoridades públicas”⁵³. A ausência de eficiência dos poderes Executivo e Legislativo ocasiona “um vazio de poder”, que deslegitima o Estado e infringe os seus pressupostos, o que acarreta a imprescindibilidade de a CCC exercer a sua atribuição e “suprir o déficit dos poderes do Estado”, haja vista que, se não o fizer, se formará um “estado de coisas” atentatório à Carta Política⁵⁴. Por isso, o poder Judiciário, ao idealizar o estado de coisas inconstitucional na condição de ferramenta a consertar o desconcerto do Estado com os seus cidadãos, assume a tarefa de reestruturar a atuação institucional e retomar ou instaurar a consonância entre o fato e o texto⁵⁵.

A inconstitucionalidade, neste sentido, não está na lei, mas no fato. É a assincronia do fato com a lei a razão de ser deste método. Tem-se, assim, “um determinado ‘estado de coisas’ estruturalmente relevante”, reivindicando “um conjunto de providências, materiais e jurídicas”, com o fim de enfrentar a violação de direitos humanos⁵⁶. Essa afronta aos valores constitucionais, contudo, não se assenta devido à ação ou omissão de um ou outro ente estatal, mas, sim, de vários. Por isso, “a natureza complexa do problema desafia uma atuação judicial diferenciada, sendo insuficiente um agir solitário do Judiciário com medidas tradicionais”, o que exige a adoção/implementação complementar de políticas públicas⁵⁷. Necessita-se, assim, de uma sentença estrutural. Uma decisão dessa natureza (re)ordena o desenho institucional e a criação

htm. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-525/99*. 1999. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1999/T-525-99.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-559/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-559-98.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-590/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-590-98.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-606/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-606-98.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-606/99*. 1999. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1999/T-606-99.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-607/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-607-98.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021; COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-762/15*. 2015. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/T-762-15.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁵¹ COLÔMBIA. [Constitución Política (1991)]. *Constitución Política de 1991*. Bogotá: Sistema Único de Información Normativa, 1991. Disponível em: www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988. Acesso em: 22 jan. 2021.

⁵² CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 217-230, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6050/pdf>. Acesso em: 23 dez. 2020. p. 218.

⁵³ HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 1, n. 1, p. 203-228, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111>. Acesso em: 20 dez. 2020. p. 205.

⁵⁴ PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos*: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 21.

⁵⁵ ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial? In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (coord.). *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 85-118.

⁵⁶ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. ADPF 347 e estado de coisas inconstitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4.532, nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44522>. Acesso em: 22 dez. 2020. p. 1.

⁵⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. ADPF 347 e estado de coisas inconstitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4.532, nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44522>. Acesso em: 22 dez. 2020. p. 1.

e efetivação de políticas públicas destinadas a assegurar os direitos humanos⁵⁸. Logo, os casos estruturais, além de afetarem um número elementar de indivíduos, envolvem várias entidades, somando-se ao rol de demandados da ação⁵⁹.

A América Latina insere-se, assim, em uma tendência mundial consubstanciada na entrega de respostas jurisdicionais inovadoras. Esse mecanismo tem sido chamado de “caso estrutural” ou de “litígio estrutural” e tem como essência “uma intervenção judicial criativa” frente à violação difusa de direitos culturais, econômicos e sociais⁶⁰. O instituto do estado de coisas inconstitucional, embora surja com essa nomenclatura e com as devidas singularidades na Colômbia, inspira-se nas conhecidas “*structural injunctions*”, forjadas nos Estados Unidos da América (EUA)⁶¹. Constata-se, neste sentido, a disseminação não somente local, mas, sim, além das fronteiras, de uma ideia de atendimento do Estado, através do seu poder Judiciário, à defesa dos direitos humanos. Quase duas décadas após a idealização da técnica colombiana, o Brasil inscreve-se neste contexto com a ADPF nº 347, revelando o transconstitucionalismo, definido como o entrelaçamento transversal de ordens jurídicas diversas com o desiderato de aflorar “uma pluralidade de perspectivas para a solução de problemas constitucionais”⁶².

O transconstitucionalismo relaciona dois ou mais estatutos normativos com o intento de encontrar soluções às demandas comuns. Ao desconsiderar um ordenamento como base ou como *ultima ratio*, o transconstitucionalismo conduz-se à formação de “pontes de transição”, ao fomento de “conversações constitucionais” e ao fortalecimento dos laços entre os ditames normativos⁶³. Com efeito, o Estado, não obstante continue a deter relevância, não se conforma mais como “um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais”, senão, isto sim, como “apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas”⁶⁴. Os direitos humanos constituem-se como a área central de exercício do transconstitucionalismo. Isso ocorre em virtude de a inefetividade dos aludidos direitos, tanto na esfera nacional como na esfera internacional, ter ocasionado uma série de dilemas não mais restritos ao Estado nacional, embora examinados em cada País. As demandas conduzidas ao poder Judiciário, neste sentido, ultrapassam fronteiras e desafiam o ferramental normativo⁶⁵.

A técnica do estado de coisas inconstitucional evidencia o transconstitucionalismo⁶⁶. A realidade colom-

⁵⁸ KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 175-194, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6518/pdf> Acesso em: 07 mar. 2021.

⁵⁹ KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 175-194, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6518/pdf> Acesso em: 07 mar. 2021.

⁶⁰ KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. A ADPF 347 e o “estado de coisas inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018. p. 148. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=383&sid=36> Acesso em: 28 dez. 2020.

⁶¹ As “*structural injunctions*” viabilizam sentenças estruturais e afastadas das “receitas do processo tradicional” dada a intenção de “resolver questões coletivas com o emprego de respostas adequadas”, vez ou outra, inclusive, sem menção no *nomos* nacional ou internacional. CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. ADPF 347 e estado de coisas inconstitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4.532, nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44522> Acesso em: 22 dez. 2020. p. 1

⁶² NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 131.

⁶³ NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 201-232, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf> Acesso em: 09 fev. 2021; NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502958> Acesso em: 22 dez. 2020.

⁶⁴ NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014. p. 211. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502958> Acesso em: 22 dez. 2020. p. 211.

⁶⁵ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018. p. 120.

⁶⁶ LOPES, Ana Maria D’Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. O reconhecimento do estado de coisas

biana, contudo, não é a realidade brasileira. Significa dizer: a atuação do STF, não obstante tenha trazido à baila o método criado e desenvolvido no País vizinho, deve observar as idiossincrasias locais⁶⁷. Isso é elementar, aliás, do transconstitucionalismo. Não se trata de somente importar conceitos ou teorias, mas, sim, de considerá-las ao caso *sub judice*, atendo-se à transversalidade reflexiva a fim de inibir “o transplante imediato e acríptico do direito estrangeiro”⁶⁸. Por isso, reitera-se a inevitabilidade de avaliar os critérios do instituto, relacionando-os com a realidade brasileira, tanto fática como normativamente. A experiência da CCC, essencialmente devido às alterações na teorização e funcionalidade do método desde 1997 a 2017, resultantes da constatação de falhas na sua utilização, é fundamental à atuação do STF. Além disso, o transconstitucionalismo ratifica-se na interlocução desse caso com as decisões⁶⁹ e manifestações⁷⁰ do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

A consonância entre os discursos do SIDH e do STF, ao adotar a técnica decisória da CCC, contribui à formação do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Vivificado com os novos e atuais textos constitucionais, o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina relaciona-se com o constitucionalismo transformador, baseado na ambição de tornar concretos os direitos humanos, a democracia e o Estado de Direito mediante a “atribuição de força normativa às normas constitucionais”⁷¹. Ademais, o constitucionalismo transformador notabiliza a existência de “uma história e uma cultura compartilhadas” nos países latino-americanos – por exemplo, o Brasil e a Colômbia –, bem como de “problemas semelhantes que permitem a construção de um projeto comum quanto ao desenvolvimento do direito constitucional” à luz dos seguintes elementos: “(i) supraestatalidade, (ii) pluralismo dialógico entre ordens nacionais e internacionais e (iii) atuação judicial”⁷². Com efeito, o instituto do estado de coisas inconstitucional situa-se neste novo olhar constitucional.

O transconstitucionalismo latino-americano, constatado na técnica em comento, tem o contributo de fomentar o *Ius Constitutionale Commune*. A atuação da CCC é reconhecida mundialmente como “um exemplo

inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro: análise da decisão judicial da MC-ADPF nº 347 a partir da teoria do transconstitucionalismo. *Direitos Fundamentais e Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 285-312, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/103/29> Acesso em: 30 dez. 2020.

⁶⁷ CLÈVE, Clémerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Dilemas na eficácia dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 98, p. 309-332, nov./dez. 2016. Disponível em: https://www.ninc.com.br/img/pesquisa/obraCompleta_20170130175659_82.pdf#page=46 Acesso em: 23 dez. 2020.

⁶⁸ CURSINO, Bruno Barca. O transplante do estado de coisas inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, n. 50, p. 89-121, jul./dez. 2017. p. 109. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/o-transplante-do-estado-de-coisas-inconstitucional-para-o-sistema-juridico-brasileiro-via-adpf> Acesso em: 28 dez. 2020. p. 109.

⁶⁹ A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) receberam inúmeras reclamações de violação de direitos humanos no sistema carcerário brasileiro e, conseqüentemente, emitiram, respectivamente, várias medidas cautelares e medidas provisórias. Entre os casos encaminhados ao SIDH, citam-se: Casa de Detenção José Maria Alves da Silva (Urso Branco), em Porto Velho, Rondônia; Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara, São Paulo; Penitenciária Polinter-Neves, em São Gonçalo, Rio de Janeiro; Departamento da Polícia Judicial, em Vila Velha, Espírito Santo; Prisão Professor Aníbal Bruno, em Recife, Pernambuco; Complexo Penitenciário de Pedrinhas, em São Luís, Maranhão; Presídio Central, em Porto Alegre, Rio Grande do Sul; Complexo Prisional do Curado, em Recife, Pernambuco; Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, em Rio de Janeiro, Rio de Janeiro; Presídio Evaristo de Moraes, em Rio de Janeiro, Rio de Janeiro; e Cadeia Pública Jorge Santana, em Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. As denúncias envolveram, entre outras situações de violação de direitos humanos, conflitos e mortes entre os detentos, riscos de assassinato, tortura, falta de controle do Estado, ausência de assistência médica, superlotação. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Medidas cautelares*: outorgamentos e extensões. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/CIDH/decisiones/MC/cautelares.asp> Acesso em: 08 mar. 2021.

⁷⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Washington: Organização dos Estados Americanos, 2021.

⁷¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 252-283, 2019. p. 255. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6144/pdf> Acesso em: 08 mar. 2021.

⁷² MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 252-283, 2019. p. 255-256. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6144/pdf> Acesso em: 08 mar. 2021.

do *Ius Constitutionale Commune*” em razão, sobretudo, das suas inovações⁷³. Porém, no Brasil, há vários obstáculos à sua materialização. A ausência de “um diálogo sério” com a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CorteIDH) e os tribunais latino-americanos constitui a razão central⁷⁴. Por isso, três desafios são inevitáveis, quais sejam: 1º) incentivar uma cultura jurídica baseada em novos paradigmas e na assunção de um Direito Público de “estatalidade aberta, diálogo jurisdicional e prevalência da dignidade humana em um sistema multinível”; 2º) fortalecer o SIDH à luz dos valores de “universalidade, institucionalidade, independência, sustentabilidade e efetividade”; e, por fim, 3º) “avançar na proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região”⁷⁵.

5 Considerações finais

A América Latina contabiliza várias ocorrências de atentado aos direitos humanos. A criação e o desenvolvimento do instituto do estado de coisas inconstitucional fundamentam-se neste cenário, notadamente na Colômbia e no Brasil, evidenciando situações correlatas e, com efeito, reivindicando soluções semelhantes, observando-se, contudo, as idiosincrasias do caso concreto. Logo, o transconstitucionalismo latino-americano exibe-se como relevante *modus operandi* da jurisdição constitucional em razão de viabilizar a utilização de um instrumento idealizado em um País, mas válido à resolução de demandas em outro Estado. Este trabalho acadêmico objetivou, assim, identificar a contribuição do estado de coisas inconstitucional como técnica transconstitucional ao *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Para isso, o texto estruturou-se em três seções, iniciando com o exame da ADPF nº 347 e a decisão cautelar do STF e continuando com a avaliação dos desafios e das possibilidades do tribunal brasileiro para, finalmente, corroborar a hipótese embrionária do artigo.

O STF, ao constituir-se como a mais alta instituição do poder Judiciário brasileiro, concebido como um dos alicerces da moderna tripartição dos poderes, tem assumido elevada influência na construção institucional e social, na deliberação de assuntos afeitos ao cotidiano dos cidadãos e na tomada de decisões relacionadas aos poderes Executivo e Legislativo. A Constituição Federal de 1988, assimilando e vivificando o constitucionalismo estabelecido na América Latina no culminar do século XX e no florescer deste século XXI, conferiu a sua salvaguarda à cúpula judicial. Como o guardião do *nomos* constitucional, o STF é, também, o guardião dos direitos humanos. Neste sentido, constata-se o ofício do STF de enfrentar as falhas inerentes ao sistema carcerário brasileiro com a adoção de medidas nos autos da ADPF nº 347 à luz da realidade nacional e atento às investidas da CCC, essencialmente considerando os seus erros e as suas vitórias, com o fito de fomentar a interlocução entre os tribunais e, com efeito, oferecer uma atuação mais coerente, consistente e efetiva.

Há, portanto, inúmeros desafios e inúmeras possibilidades. O Brasil tem um dos mais avançados textos constitucionais do mundo, mas não alcança concretizar totalmente as suas ambições. As falhas estruturais alusivas ao sistema carcerário brasileiro não serão arrostadas sem a comunhão de esforços dos poderes, das unidades federativas e dos respectivos órgãos. A atuação do STF necessita estar assentada na seriedade com os ditames constitucionais, com os critérios de adoção deste método, com a emanção de ordens flexíveis,

⁷³ BOGDAND, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594/56160> Acesso em: 08 mar. 2021. p. 30.

⁷⁴ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 252-283, 2019. p. 277. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6144/pdf> Acesso em: 08 mar. 2021.

⁷⁵ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. p. 1380-1383. Disponível em: <https://www.publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28029/20617> Acesso em: 08 mar. 2021.

com a conversa entre todos os atores abarcados e com o monitoramento pós-*decisum*. A experiência da CCC é, à vista disso, relevante. Por fim, a utilização da técnica colombiana no caso brasileiro tem o condão de evidenciar o transconstitucionalismo como mecanismo salutar à defesa dos direitos humanos e – ao coadunarse com as manifestações do SIDH sobre o tema, na luta em favor dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito – contribuir à conformação do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O estado de coisas inconstitucional no constitucionalismo contemporâneo: efetividade da Constituição ou ativismo judicial? In: PRETTO, Renato Siqueira de; KIM, Richard Pae; TERAOKA, Thiago Massao Cortizo (coord.). *Interpretação constitucional no Brasil*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. p. 85-118.

BOGDAND, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594/56160> Acesso em: 08 mar. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 26 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *ADPF MC nº 347/DF*. [...] Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. [...] Relator: Ministro Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308712125&ext=.pdf> Acesso em: 22 jan. 2021.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*: período de janeiro a junho de 2020. Brasília: DEPEN, 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de coisas inconstitucional*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; SANTOS, Ana Borges Coêlho; GRAÇA, Felipe Meneses. A efetividade do estado de coisas inconstitucional em razão dos sistemas de monitoramento: uma análise comparativa entre Colômbia e Brasil. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 217-230, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6050/pdf> Acesso em: 23 dez. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. ADPF 347 e estado de coisas inconstitucional. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 20, n. 4.532, nov. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44522> Acesso em: 22 dez. 2020.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Dilemas na eficácia dos direitos fundamentais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 98, p. 309-332, nov./dez. 2016. Disponível em: https://www.ninc.com.br/img/pesquisa/obracompleta_20170130175659_82.pdf#page=46 Acesso em: 23 dez. 2020.

COLÔMBIA. [Constitución Política (1991)]. *Constitución Política de 1991*. Bogotá: Sistema Único de Información Normativa, 1991. Disponível em: www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988 Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *SU-250/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corte->

constitucional.gov.co/Relatoria/1998/SU250-98.htm Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *SU-559/97*. 1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1997/su559-97.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-025/04*. 2004. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2004/T-025-04.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-068/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-068-98.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-153/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-153-98.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-197/17*. 2017. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-197-17.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-289/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-289-98.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-302/17*. 2017. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2017/T-302-17.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-388/13*. 2013. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2013/T-388-13.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-525/99*. 1999. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1999/T-525-99.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-559/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-559-98.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-590/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-590-98.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-606/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-606-98.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-606/99*. 1999. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1999/T-606-99.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-607/98*. 1998. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1998/T-607-98.htm>. Acesso em: 22 jan. 2021.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. *T-762/15*. 2015. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2015/T-762-15.htm> Acesso em: 22 jan. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Medidas cautelares*: outorgamentos e extensões. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/CIDH/decisiones/MC/cautelares.asp> Acesso em: 08 mar. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Situação dos direitos humanos no Brasil*. Washington: Organização dos Estados Americanos, 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Medidas provisionales*: resoluciones de medidas provisionales. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/medidas_provisionales.cfm Acesso em: 08 mar. 2021.

CURSINO, Bruno Barca. O transplante do estado de coisas inconstitucional para o sistema jurídico brasileiro via ADPF. *Boletim Científico da ESMPU*, Brasília, n. 50, p. 89-121, jul./dez. 2017. Disponível em:

<http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-50-julho-dezembro-2017/o-transplante-do-estado-de-coisas-inconstitucional-para-o-sistema-juridico-brasileiro-via-adpf> Acesso em: 28 dez. 2020.

GIORGI, Raffaele; FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. Estado de coisas inconstitucional. *Estado*, São Paulo, set. 2015. Disponível em: <http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,estado-de-coisas-inconstitucional,10000000043> Acesso em: 27 dez. 2020.

GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as declarações: reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, p. 480-503, 2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/32819/23469> Acesso em: 21 dez. 2020.

GRAVITO, César Rodriguez; FRANCO, Diana Rodriguez. *Cortes y cambio social: como la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2010.

HERNÁNDEZ, Clara Inés Vargas. La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 1, n. 1, p. 203-228, 2003. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82010111> Acesso em: 20 dez. 2020.

KOSAK, Ana Paula; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. O papel do CNJ diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro na perspectiva do ativismo dialógico. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, p. 175-194, 2020. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/view/6518/pdf> Acesso em: 07 mar. 2021.

KOZICKI, Katya; VAN DER BROOKE, Bianca Maruszczak Schneider. A ADPF 347 e o “estado de coisas inconstitucional”: ativismo dialógico e democratização do controle de constitucionalidade no Brasil. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 53, p. 147-181, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://direitostadosociedade.jur.puc-rio.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=383&sid=36> Acesso em: 28 dez. 2020.

LOPES, Ana Maria D’Ávila; FREIRE, Cylviane Maria Cavalcante de Brito Pinheiro. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro: análise da decisão judicial da MC-ADPF nº 347 a partir da teoria do transconstitucionalismo. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 35, p. 285-312, jul./dez. 2016. Disponível em: <http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/view/103/29> Acesso em: 30 dez. 2020.

MAGALHÃES, Breno Baía. O estado de coisas inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 15, n. 2, p. 1-37, 2019. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/80272/76708> Acesso em: 20 dez. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 252-283, 2019. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/6144/pdf> Acesso em: 08 mar. 2021.

NEVES, Marcelo. (Não) solucionando problemas constitucionais: transconstitucionalismo além de colisões. *Lua Nova*, São Paulo, n. 93, p. 201-232, set./dez. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n93/08.pdf> Acesso em: 09 fev. 2021.

NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 201, p. 193-214,

jan./mar. 2014. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/502958> Acesso em: 22 dez. 2020.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/28029/20617> Acesso em: 08 mar. 2021.

PULIDO, Carlos Bernal. *O direito dos direitos: escritos sobre a aplicação dos direitos fundamentais*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 136, p. 267-291, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6185708> Acesso em: 23 dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. Estado de coisas inconstitucional é uma nova forma de ativismo. *Consultor Jurídico*, São Paulo, out. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> Acesso em: 21 dez. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. O que é preciso para (não) se conseguir um *Habeas Corpus* no Brasil. *Consultor Jurídico*, São Paulo, set. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-24/senso-incomum-preciso-nao-obter-hc-brasil> Acesso em: 21 dez. 2020.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 3. ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Trabalho escravo

contemporâneo: as contribuições do diálogo entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Brasil para o fortalecimento da dignidade do trabalhador

Contemporary slave labor: the contributions of the dialogue between the Inter-American Human Rights System and Brazil to strengthen the worker dignity

Emerson Victor Hugo Costa de Sá

Sílvia Maria da Silveira Loureiro

Jamilly Izabela de Brito Silva

VOLUME 11 • Nº 2 • AGO • 2021

**CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR:
IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE NA AMÉRICA LATINA**

Trabalho escravo contemporâneo: as contribuições do diálogo entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Brasil para o fortalecimento da dignidade do trabalhador*

* Recebido em 29/05/2021

Aprovado em 07/10/2021

** Doutorando em Direito na Universidade Federal do Pará (UFPA). Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Especialista em Direito do Estado, pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Auditor Fiscal do Trabalho. Desenvolve atividades de pesquisa no Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos na Amazônia" (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4111352123412110), no Grupo de Pesquisa "Novas formas de trabalho, velhas práticas escravistas" (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5232633034974997) e no Grupo de Pesquisa "Emprego, Subemprego e Políticas Públicas na Amazônia" (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7396298534363392).
E-mail: emersonvictor.sa@gmail.com.

*** Doutora em Direito (área de concentração em Teoria do Estado e Direito Constitucional) pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Atua como professora do Curso de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Escola de Direito da Universidade do Estado do Amazonas (ED/UEA), nas áreas de Direito Constitucional e Direito Internacional. Coordena atividades de pesquisa e extensão na Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da ED/UEA. É graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM), possui especialização em Direito Processual pelo Instituto Superior de Administração e Economia da Amazônia/Fundação Getúlio Vargas e Mestrado em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB).
E-mail: silviamsloureiro@gmail.com.

**** Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Colabora com os trabalhos desenvolvidos pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental (CDHDA-UEA) e participa do Grupo de Pesquisa "Direitos Humanos na Amazônia". É graduada em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas, com Habilitação em Direito Internacional. Possui Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Civil e Direito Processual Civil e em Direito Público, ambas pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas (CIESA). É servidora do Ministério Público do Estado do Amazonas.
E-mail: jamilly.izabela@gmail.com.

Contemporary slave labor: the contributions of the dialogue between the Inter-American Human Rights System and Brazil to strengthen the worker dignity

Emerson Victor Hugo Costa de Sá**

Sílvia Maria da Silveira Loureiro***

Jamilly Izabela de Brito Silva****

Resumo

Trata-se de pesquisa original que estuda como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos contribuiu para a ampliação do conceito legal de trabalho escravo e para a atualização conceitual do termo *escravidão* à luz da interpretação do artigo 6, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Utiliza-se o método de estudo de caso para observar o processo dinâmico de retroalimentação decorrente da interação entre o Sistema Interamericano e o ordenamento jurídico brasileiro. Parte-se do estudo do caso José Pereira, perante a Comissão Interamericana, para a verificação do impacto dos compromissos assumidos na mudança do tipo penal de *redução a condição análoga à de escravo*, pela Lei n. 10.803/2003. Em seguida, no exame do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, a Corte Interamericana constata o cenário de persistente violação de direitos humanos quanto ao trabalho digno. No contexto desse segundo caso, a pesquisa destaca a atualização do conceito de escravidão, que se constitui em norma convencional interpretada, e o diálogo entre a Corte Interamericana e a jurisprudência nacional, em particular do Supremo Tribunal Federal, para a aplicação da norma mais favorável à proteção do ser humano. Por fim, buscam-se, na construção de um *ius constitutionale commune* latino-americano, caminhos de resistência às ofensivas tendentes à redução do conceito brasileiro de trabalho escravo. Conclui-se que o diálogo entre as Cortes interamericana e brasileira, em um processo de interamericanização de dupla via, garante o não retrocesso em direitos humanos e funciona como barreira jurídica de contenção da revisão conceitual inconveniente almejada.

Palavras-chave: Trabalho escravo contemporâneo; Caso José Pereira; Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde; *Ius Constitutionale Commune* latino-americano; Diálogos institucionais.

Abstract

This is an original research that studies how the Inter-American Human Rights System contributed to the expansion of the legal concept of slave labor and to the conceptual update of the term slavery in the light of the interpretation of Article 6 of the American Convention on Human Rights. The case study method is used to observe the dynamic feedback process resulting from the interaction between the Inter-American System and the Brazilian legal system. The study starts with the José Pereira case, before the Inter-American Commission, to verify the impact of the commitments to change the penal type of reduction to a condition analogous to that of a slave, by Law n. 10,803/2003. Then, in Fazenda Brasil Verde Workers Case, the Inter-American Court found the scenario of persistent violation of human rights in relation to decent work. In the context of this second case, the survey highlights the updating of the concept of slavery, which constitutes an interpreted conventional rule and the dialogue between the Inter-American Court and national jurisprudence, particularly the Federal Supreme Court, for the application of the rule more favorable to the protection of human beings. Finally, the construction of a Latin American *Ius Constitutionale Commune* seeks ways of resisting offensives aimed at reducing the Brazilian concept of slave labor. In conclusion, the dialogue between the inter-American and Brazilian courts, in a double-track process of inter-Americanization, guarantees the non-setback in human rights and functions as a legal barrier to contain the desired unconventional conceptual review.

Keywords: Contemporary slave labor; José Pereira case; Brasil Verde Farm workers case; Latin American *Ius Constitutionale Commune*; Institutional dialogs.

1 Introdução

O presente estudo tem como objetivo analisar como os casos brasileiros sobre trabalho escravo contemporâneo — que tramitaram perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos – SIDH — contribuíram para a ampliação do conceito legal dessa prática no Brasil e para a atualização conceitual do termo *escravidão* à luz da interpretação do artigo 6.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH.

Por meio da utilização do método de estudo de caso, será examinado o processo dinâmico de retroalimentação ocorrido com base na interação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o ordenamento jurídico brasileiro, quanto à conceituação do trabalho escravo contemporâneo e as repercussões jurídicas dos desfechos dos casos José Pereira e Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, tanto para o fortalecimento do combate ao trabalho escravo no país quanto para a ampliação e atualização do *corpus juris* interamericano, por força da norma convencional do artigo 6.1 da CADH interpretada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH.

Parte-se do estudo do caso José Pereira, que teve solução amistosa perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, e de como os compromissos assumidos pelo Brasil nesse caso influenciaram a mudança do tipo penal referente à *redução a condição análoga à de escravo*, previsto no artigo 149 do Código Penal, pela Lei n. 10.803/2003. Em seguida, ainda na primeira parte deste estudo, será examinado o Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, julgado em 2016 pela Corte IDH, contextualizando-o no cenário de persistente violação de direitos humanos quanto ao trabalho digno.

A segunda parte deste estudo será dedicada à demonstração de como o Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contribuiu para o fortalecimento do *corpus juris* interamericano em relação ao combate ao trabalho escravo contemporâneo em dois sentidos principais. De um lado, a atualização do conceito de escravidão realizada pela Corte Interamericana, à luz da interpretação do artigo 6 da CADH, proporcionou um ganho para o desenvolvimento jurisprudencial, não somente dos órgãos do SIDH, mas também dos demais

Estados partes da CADH, em virtude da força da norma convencional interpretada, que é fonte de direito e alicerce da construção de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano. De outro lado, o diálogo travado pela Corte Interamericana com a jurisprudência brasileira, e, particularmente, com o Supremo Tribunal Federal, demonstra como o avanço normativo, impulsionado pelo caso José Pereira, viabilizou a ampliação do conceito brasileiro de trabalho escravo em 2003 e serviu como base para a aplicação pelo Tribunal interamericano da norma mais favorável à proteção do ser humano, revelando-se mais uma faceta do caso em prol da construção de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano.

Na última parte, serão postos os desafios enfrentados para a resistência às ofensivas provenientes dos Poderes Executivo e Legislativo para a redução do conceito brasileiro de trabalho escravo contemporâneo, contemplado no artigo 149 do Código Penal, com base na modificação introduzida pela Lei n. 10.803/2003, ensejada pelo caso José Pereira. Nessa etapa, serão expostas quais são essas iniciativas em concreto e como os casos José Pereira e Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde contribuem para formar uma barreira jurídica de contenção do retrocesso normativo almejado.

Em face das investidas revisionistas e reducionistas do conceito de escravidão contemporânea, aposta-se na volta ao diálogo entre as Cortes, em um autêntico processo de interamericanização de dupla via, mas, dessa vez, pela iniciativa do Supremo Tribunal Federal, com base no precedente do Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

2 O trabalho escravo contemporâneo no Brasil perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, onde foi assinada em 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos serve de referência para os Estados aderentes, que se obrigaram a respeitar e assegurar o livre e pleno exercício dos direitos e liberdades ali constantes, sem qualquer discriminação (art. 1.1), e devem adotar as medidas legislativas e de outras naturezas em prol da efetividade da norma. Para assegurar o cumprimento dessas obrigações, o Pacto prevê um aparato de monitoramento e implementação¹, integrado pela CIDH² e pela Corte IDH³, que são órgãos do SIDH.

A atuação do sistema regional quanto ao combate ao trabalho escravo contemporâneo possui o Brasil no centro de dois casos paradigmáticos. O primeiro consiste no Caso José Pereira, resolvido no âmbito da

¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 141-142.

² A competência da CIDH abrange todos os Estados partes da Convenção Americana, relativamente aos direitos ali consubstanciados e alcança os Estados membros da Organização dos Estados Americanos – OEA, quanto aos direitos enumerados na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948. Dentro do conjunto de competências da CIDH, há o exame das comunicações encaminhadas pelos indivíduos, grupos de pessoas ou entidades não governamentais, que transmitam denúncia de violação a direito consagrado pela CADH e tenham como responsável um Estado parte. A atuação da Comissão prescinde de qualquer manifestação expressa ou específica de aceitação da competência, por ser obrigação indissociável ao fato de ser signatário do Pacto. Exceto quanto à injustificada demora processual ou falta de garantia do devido processo legal na legislação doméstica, constitui requisito de admissibilidade da petição o prévio esgotamento dos recursos internos, em razão da regra de subsidiariedade do sistema interamericano. Paralelamente, não deve haver litispendência internacional, que significa a ausência de submissão da demanda a outra instância externa. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 145-147.

³ A Corte IDH consiste em órgão jurisdicional integrante do sistema regional, que exerce competência consultiva e contenciosa. É composta por sete juízes nacionais de Estados membros da OEA, os quais são eleitos a título pessoal pelos Estados partes da Convenção Americana. No desempenho do papel consultivo, a Corte interpreta abstratamente as disposições da CADH e dos tratados de proteção dos direitos humanos exigíveis dos Estados americanos. O prisma contencioso alberga o exercício da função judicante, dado o caráter jurisdicional da solução de controvérsias sobre a interpretação ou aplicação da Convenção. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CIDH, por meio de acordo, em 2003. O segundo corresponde ao Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, julgado pela Corte IDH em 20 de outubro de 2016. Ambos veiculam denúncias de trabalho escravo em fazendas localizadas no Pará, em razão da falta da adequada prestação da tutela jurisdicional, quanto às medidas de prevenção, combate e erradicação do trabalho escravo no território nacional⁴.

O caso perante a CIDH retratou a tentativa de José Pereira em escapar da Fazenda Espírito Santo em 1989, onde trabalhava com um companheiro, chamado de *Paraná*, que foi assassinado na fuga, e outros sessenta empregados, atraídos por falsas promessas de condições laborais dignas e boa remuneração, mas forçados a trabalhar em condições adversas. Consignou-se que o relato não refletia um caso isolado, pois, no biênio imediatamente anterior, a Comissão Pastoral da Terra – CPT teria contabilizado 37 casos de fazendas onde imperava o trabalho em condições de escravidão. As condições de trabalho afetavam, geralmente, os trabalhadores agrícolas sazonais, pessoas recrutadas por meio de promessas fraudulentas, transportadas para fazendas distantes de onde residem, obrigadas a trabalhar em condições desumanas, e retidas contra a vontade, mediante violência ou sistemas de endividamento. Muitas vítimas são agricultores pobres e analfabetos, ou sem-terra, provenientes da Região Nordeste, onde as opções de trabalho são reduzidas⁵.

No desfecho consensual do Caso José Pereira, no âmbito da CIDH, o Brasil assumiu uma série de compromissos atinentes ao combate e à busca da eliminação da prática no cenário nacional. Em 14 de outubro de 2003, celebrou-se uma reunião de trabalho, durante o 118º período ordinário de sessões da Comissão. Nesse evento, as partes apresentaram, formalmente, o acordo de solução amistosa que haviam assinado em Brasília, em 18 de setembro de 2003⁶, e a CIDH o referendou. Nesse ajuste, o Estado brasileiro reconheceu, perante a comunidade internacional, a responsabilidade pelo comportamento omissivo e assumiu os compromissos de julgar e punir os responsáveis, com a determinação da competência federal para julgamento de casos análogos; arcar com as sanções pecuniárias de reparação; promover ações de prevenção; e providenciar modificações legislativas, medidas de fiscalização, penalização e conscientização social acerca do trabalho escravo.

O caso José Pereira viabilizou a mudança de postura do Brasil diante da exploração do labor humano em condições de escravidão, com impacto nos aspectos repressivo e preventivo. Do conjunto de compromissos assumidos pelo Brasil, destaca-se, como elemento central, para o presente estudo, a ampliação normativa do conceito de escravidão contemporânea. Em sua redação originária, o tipo penal do artigo 149 do Código Penal previa como conduta típica *reduzir alguém à condição análoga à de escravo*, com pena cominada em abstrato de reclusão de dois a oito anos. Com a nova redação dada pela Lei n. 10.803, de 11 de dezembro de 2003, o tipo penal passou a abranger, expressamente, as hipóteses de *jornada exaustiva* e *condições degradantes de trabalho*, *in verbis*:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: I – contra criança ou adolescente; II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 408-409.

⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo*. Brasília: OIT, 2010.

⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório 95/03*. Caso 11.289. Solução amistosa. José pereira. Brasil. 24 out. 2003.

Com efeito, essa alteração legal tornou expresso o conceito de trabalho escravo no ordenamento jurídico pátrio, o que possibilitou a especificação de condutas e o afastamento das críticas sobre o conteúdo aberto do tipo penal. Nos moldes da modificação legislativa promovida pela Lei n. 10.803/2003, a concepção normativa do trabalho, em condição análoga à de escravo, compreende aquela em que o trabalhador esteja submetido, de forma isolada ou conjuntamente, a trabalho forçado; jornada exaustiva; condição degradante de trabalho; restrição, por qualquer meio, de locomoção em razão de dívida contraída com empregador ou preposto, no momento da contratação ou no curso do contrato de trabalho; e retenção no local de trabalho pelo cerceamento do uso de qualquer meio de transporte, manutenção de vigilância ostensiva, ou apoderamento de documentos ou objetos pessoais.

Diferentemente do que alegam os defensores da concepção restrita e anacrônica de trabalho escravo, os conceitos de jornada exaustiva e condições degradantes são objetivos e de fácil compreensão. Jornada exaustiva é toda forma de trabalho, de natureza física ou mental, que, por sua extensão ou por sua intensidade, acarrete violação de direito fundamental do trabalhador relacionados à segurança, saúde, descanso e convívio familiar e social. A seu turno, condição degradante decorre da negação da dignidade humana pela violação de direito fundamental do trabalhador, em especial os dispostos nas normas de proteção do trabalho e de segurança, higiene e saúde. Esses conceitos orientam a atuação da fiscalização do trabalho e estão dispostos no artigo 7º, incisos II e III, da Instrução Normativa 139, de 22 de janeiro de 2018, e no artigo 2º, incisos II e III, da Portaria 1.293, de 28 de dezembro de 2017, do extinto Ministério do Trabalho. Além disso, o Anexo Único daquela instrução normativa exemplifica as posturas mais recorrentes quanto às modalidades de configuração do ilícito.

Observa-se, então, que a materialização do delito em exame dispensa a essencialidade da ofensa à liberdade de locomoção da vítima, pois se destina, precipuamente, à tutela da dignidade humana⁷. A ocorrência de qualquer dentre as condutas típicas listadas, de modo isolado ou conjunto, resulta na configuração do crime. Logo, se for constatada tão somente a prática de jornadas exaustivas, restará materializado o delito. A mesma conclusão decorre da verificação exclusiva da existência de condições laborais degradantes, ou de alguma dentre as demais condutas típicas expressas na norma.

A alteração promovida reforçou a segurança jurídica e contribuiu para o enfrentamento ao delito de escravidão contemporânea, e o Supremo Tribunal Federal – STF reconheceu a competência da Justiça Federal para apreciação e julgamento das ações no âmbito criminal, preservando-se a competência da Justiça Laboral quanto às questões trabalhistas. Porém, a diferença de interpretação da norma entre as searas trabalhista e penal atrai críticas, em razão das absolvições e penalidades mais brandas e da morosidade no julgamento das ações penais⁸.

Relativamente aos meios de repressão decorrentes do desfecho consensual do caso José Pereira, destaca-se a intensificação das ações de fiscalização, com a criação do Grupo Especial de Fiscalização Móvel de Combate ao Trabalho Análogo à Escravidão – GEFM, em relação à então Secretaria de Inspeção do Trabalho – SIT, do extinto Ministério do Trabalho⁹. Isso contribuiu para o resgate de mais de 55 mil trabalhadores, entre os anos de 1995 e 2020, com afastamento de pessoas da escravidão em estabelecimentos como fazendas de gado, soja, algodão, café, laranja, batata e cana-de-açúcar, mas também em carvoarias, canteiros de obras, oficinas de costura, bordéis, entre outras unidades produtivas no Brasil¹⁰.

Todavia, a persistência do quadro de violação de direitos resultou em novo acionamento do SIDH. Trata-se do Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, em que se retrata um contexto no qual dezenas de

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário. RE 541627/PA. Direito Processual Penal. Recurso Extraordinário. Competência da [...]. Relator: Min. Ellen Gracie, 14 de outubro de 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14717555/recurso-extraordinario-re-541627-pa> Acesso em: 21 abr. 2021.

⁸ MESQUITA, Valena Jacob Chaves. *O trabalho análogo ao de escravo: uma análise jurisprudencial do crime no TRF da 1ª região*. Belo Horizonte: RTM, 2016.

⁹ Instituído mediante as Portarias 549 e 550, de 14 de junho de 1995, do extinto Ministério do Trabalho.

¹⁰ SAKAMOTO, Leonardo. O trabalho escravo contemporâneo. In: SAKAMOTO, Leonardo (org.). *Escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020. p. 7-16.

milhares de trabalhadores são submetidos, anualmente, ao trabalho escravo, prática que encontra raízes em um quadro histórico de discriminação e exclusão social. Os indivíduos afetados consistem, sobretudo, em homens de quinze a quarenta anos de idade, afrodescendentes, originários dos estados mais pobres do país e com limitadas perspectivas laborais. São pessoas que migram para outros estados em busca de trabalho e tornam-se vítimas de escravidão contemporânea. A vulnerabilidade desse grupo decorre, ao lado de outros motivos, da insuficiência de recursos adequados e eficazes de proteção dos direitos no aspecto material; do cenário de pobreza extrema em que está inserida grande parte da população dos estados de onde provêm; da ínfima presença de instituições estatais; e da desigual distribuição de renda e da terra¹¹.

O panorama relatado nessa denúncia descreve um quadro de ameaças de morte em caso de fuga; proibição de livremente deixar o local; ausência de salário ou pagamento de remuneração ínfima; endividamento forçado; falta de habitação, alimentação, segurança e saúde dignas; além de outros problemas. Ao apreciar o caso, a CIDH identificou a prática de trabalho forçado e servidão por dívidas, formas contemporâneas de escravidão. Ademais, visualizou a responsabilidade internacional atribuível ao Brasil, em virtude da constatação de que o país se manteve omissivo diante do conhecimento da ocorrência da prática em diversos pontos do território nacional, e não adotou medidas efetivas de prevenção e resposta, além de não ter fornecido às vítimas um mecanismo judicial eficaz de proteção de direitos, punição dos responsáveis e obtenção de justa reparação pelos danos morais e materiais. Diante desse quadro, a Comissão decidiu submeter o caso à Corte IDH.

Em 20 de outubro de 2016, a Corte IDH emitiu sentença, na qual declarou o Estado internacionalmente responsável pela violação do direito a não ser submetido à escravidão e ao tráfico de pessoas, com base no artigo 6.1 da CADH, que trata da proibição da escravidão, da servidão e do tráfico de pessoas, em relação aos direitos à não discriminação (artigo 1.1), ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3), à integridade pessoal (artigo 5), à liberdade pessoal (artigo 7), à proteção da honra e da dignidade (artigo 11), à circulação e residência (artigo 22) do mesmo instrumento, em prejuízo dos 85 trabalhadores resgatados em 15 de março de 2000 na Fazenda Brasil Verde¹².

Tais violações também foram declaradas em relação aos direitos da criança (artigo 19) quanto ao Sr. Antônio Francisco da Silva, por ser criança na época dos fatos. A Corte considerou a ocorrência do trabalho infantil, o que levou à responsabilização estatal pela postura omissiva diante dessa constatação, em violação ao artigo 6.1 conjugado com o artigo 19 da CADH. Ciente da grave situação de violência e escravidão, e da possibilidade de outras crianças encontrarem-se na mesma condição, o Estado deixou de adotar as medidas para eliminar a situação, de assegurar a reabilitação e a inserção social da criança, e de promover o acesso à educação básica primária e à formação profissional¹³.

Ademais, em virtude do contexto de discriminação estrutural histórica relacionada à condição econômica dos 85 trabalhadores resgatados, a Corte declarou a violação do artigo 6.1 conjugado com o artigo 1.1 da CADH. Como foi destacado no Voto Fundamentado do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, pela primeira vez, a Corte reconheceu que os fatos discriminatórios do presente caso derivaram da posição econômica, em razão da situação de pobreza das vítimas de trabalho escravo contemporâneo resgatadas da Fazenda Brasil Verde¹⁴. Por fim, nos pontos resolutivos da sentença em tela, constam, ainda, a declaração de violação das garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável, quanto ao artigo 8.1 em associação ao artigo 1.1 da CADH; e do direito à proteção judicial, em relação ao artigo 25, juntamente aos artigos 1.1

¹¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório 169/11*. Caso 12.066. Admissibilidade e mérito. Fazenda Brasil Verde. Brasil. 3 nov. 2011.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito reparações e custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318.

¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito reparações e custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318.

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito reparações e custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318.

e 2 da CADH¹⁵.

Quanto às reparações, a Corte estabeleceu que a própria sentença constitui uma modalidade e ordenou ao Estado (i) publicar a Sentença e o correspondente resumo; (ii) reiniciar, com a devida diligência, as investigações e os processos penais sobre os fatos constatados em março de 2000, e identificar, processar e, se for o caso, sancionar os responsáveis em um prazo razoável; (iii) adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicável ao delito de direito internacional de escravidão e suas formas análogas, dentro de um prazo razoável; e (iv) pagar as quantidades fixadas na Sentença, a título de indenizações por dano moral e material.

Em seu mister jurisdicional de supervisionar o cumprimento das suas sentenças, em 22 de novembro de 2019, a Corte Interamericana emitiu Resolução pela qual se verifica que o Brasil cumpriu, parcialmente, as medidas de reparação outorgadas, conforme o quadro 1.

Quadro 1 – estado de cumprimento das medidas de reparação previstas pela Sentença do Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *versus* Brasil

Estado do cumprimento	Medida de reparação
Total	O Estado deve realizar, no prazo de seis meses a partir da notificação, as publicações indicadas no parágrafo 450 da Sentença, nos termos dispostos na mesma. O Estado deve pagar os montantes fixados a título de reembolso de custas e gastos, nos termos do parágrafo 495 da Sentença.
Parcial	O Estado deve pagar os montantes fixados no parágrafo 487 da Sentença, a título de indenizações por dano imaterial.
Pendente	O Estado deve reiniciar, com a devida diligência, as investigações e/ou processos penais relacionados aos fatos constatados em março de 2000 no presente caso para, em um prazo razoável, identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 444 a 446 da Sentença. Se for o caso, o Estado deve restabelecer (ou reconstruir) o processo penal 2001.39.01.000270-0, iniciado em 2001, perante a 2ª Vara de Justiça Federal de Marabá, Estado do Pará. O Estado deve, dentro de um prazo razoável a partir da notificação da Sentença, adotar as medidas necessárias para garantir que a prescrição não seja aplicada ao delito de Direito Internacional de escravidão e suas formas análogas, no sentido disposto nos parágrafos 454 e 455 da Sentença.

Fonte: elaboração própria, com base na resolução de 22 de novembro de 2019, da Corte IDH.¹⁶

Considerando-se tratar de questão de ordem pública interamericana, que supera o anseio pela obtenção da justiça, e pela relação direta com o enfoque deste estudo, destaca-se que a Corte IDH desenvolveu sua jurisprudência sobre o trabalho forçado e as formas contemporâneas de escravidão, e indicou as circunstâncias em que um Estado pode incorrer em responsabilidade internacional em casos similares, consoante a seção 3.

¹⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito reparações e custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318.

¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução* de 22 de novembro de 2019 no Casos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm Acesso em: 26 maio 2021.

3 A atualização conceitual sobre trabalho escravo e o Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde

Na medida em que o Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde *vs.* Brasil consiste no primeiro contencioso apreciado pela Corte Interamericana substancialmente relacionado ao descumprimento do artigo 6.1 da CADH, o Tribunal discorreu sobre o desenvolvimento da matéria no Direito Internacional, com o intuito de estabelecer o conteúdo dos conceitos de escravidão, servidão¹⁷, tráfico de pessoas¹⁸ e trabalho forçado¹⁹, todos vedados pela CADH.

Nesse sentido, a Corte assinalou o patamar de essencialidade do direito de não ser submetido à escravidão, à servidão, ao trabalho forçado ou ao tráfico de pessoas, pois, na medida em que estão compreendidos no núcleo inderrogável de direitos, não admitem suspensão em circunstância alguma, na forma do artigo 27.2 da CADH. São normas imperativas de direito internacional (*jus cogens*)²⁰ e refletem obrigações com eficácia *erga omnes*, especialmente porque o Brasil e a maioria dos Estados da região assinaram os principais tratados internacionais sobre o tema, como a Convenção sobre a Escravidão de 1926 e a Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravidão de 1956. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais compele a observância e o respeito por parte dos poderes públicos (eficácia vertical) e dos particulares (eficácia horizontal; ou diagonal, no caso de relações assimétricas, como a laboral)²¹.

Ao proceder à revisão dos dispositivos relevantes inseridos em instrumentos internacionais vinculantes e de decisões dos tribunais internacionais sobre o delito de escravidão, consignou-se que resta consolidada,

¹⁷ No tocante à servidão, a Corte entende como a obrigação de realizar trabalho em favor de outrem, imposta por meio de coerção, e a obrigação de viver na propriedade de outra pessoa, sem a possibilidade de mudar de condição. A absoluta proibição advém da Convenção Suplementar de 1956 e da codificação em subseqüentes documentos de Direito Internacional. Entendida como uma forma análoga à escravidão, essa prática deve receber idêntica proteção e comportar as mesmas obrigações que a escravidão tradicional. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. Série C, No. 318. 20 out. 2016, par. 275.

¹⁸ Na atualização conceitual do tráfico de pessoas, a Corte interpreta, de modo absoluto, a proibição do tráfico de escravos e de mulheres, que deve ser entendida de forma ampla e sujeita às definições e desenvolvimento no Direito Internacional. Os tratados e a interpretação de outros tribunais internacionais de direitos humanos esclarecem que os conceitos de tráfico de escravos e de mulheres transcendem o sentido literal, e permitem a proteção de toda pessoa traficada para submissão a variadas formas de exploração sem consentimento. O controle exercido pelos perpetradores sobre as vítimas durante o transporte ou migração com fins de exploração funciona como ponto de identidade entre as proibições de tráfico de escravos e de mulheres. Enfim, destaca como elementos comuns a existência de (i) imposição de limite à locomoção ou ao ambiente físico; (ii) controle psicológico; (iii) adoção de medidas para impedir a fuga; e (iv) trabalho forçado ou obrigatório, incluindo a prostituição. Por tais razões, a Corte IDH assevera que a expressão “tráfico de escravos e de mulheres”, presente no artigo 6.1 da CADH, deve ser interpretada de maneira ampla, para ser lida como “tráfico de pessoas”. O tráfico de escravos e de mulheres tem como fim a exploração do indivíduo; logo, à luz da interpretação mais favorável ao ser humano e do princípio *pro persona*, a Corte entende que não poderia restringir a proteção a mulheres e escravos, pois se exige a compatibilização do texto com a evolução do tráfico de seres humanos. O tráfico de pessoas, enfim, refere-se à captação, ao transporte, ao traslado, à acolhida ou à recepção de pessoas, com qualquer fim de exploração; por meio do recurso à ameaça, uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder de uma situação de vulnerabilidade, ou a concessão ou recebimento de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra, requisitos desnecessários para a caracterização quanto aos menores de dezoito anos. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. Série C, No. 318. 20 out. 2016, par. 288-290.

¹⁹ A respeito da concepção atual de trabalho forçado ou obrigatório, a Corte reafirmou a definição expressada no Caso Massacres de Ituango *vs.* Colômbia, quando designou todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de pena e para o qual não se tenha oferecido voluntariamente, de modo que existem dois elementos básicos: (i) exigência de trabalho ou serviço sob ameaça de uma pena e (ii) ausência de voluntariedade. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C No. 148.

²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença Série C, No. 318. 20 out. 2016, par. 209.

²¹ Sobre a eficácia diagonal dos direitos fundamentais: “consequentemente, esse conteúdo potestativo tão intenso desequilibra a relação empregador/trabalhador, retirando-a de uma eficácia horizontal e a colocando em um plano de eficácia diagonal dos direitos fundamentais entre particulares [...]”. CONTRERAS, Sergio Gamonal. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2011. p. 31.

no Direito Internacional, a absoluta e universal proibição. Ademais, expressou-se que a definição não variou substancialmente desde a Convenção Sobre a Escravidão de 1926, pois, conforme o artigo 1º deste diploma, a escravidão compreende “o estado ou condição de um indivíduo sobre o qual se exercem os atributos do direito de propriedade ou alguns deles”.

Em sede de atualização conceitual dos elementos da definição de escravidão, verifica-se que, desde a Convenção de 1926, o tráfico de escravos equipara-se à escravidão para efeito de proibição e eliminação. A seu turno, a Convenção Suplementar de 1956 objetivou proteger o indivíduo também quanto às instituições e práticas análogas à escravidão, como a servidão por dívidas e outros comportamentos que necessitem de proibição e de obrigações estatais a respeito do tráfico. Enfim, agrega-se à definição de escravidão o “exercício desse poder de propriedade de uma pessoa sobre a outra no âmbito do tráfico de pessoas”, tal como estabelece o artigo 7.2, “c”, do Estatuto de Roma.

A Corte ressaltou a evolução do conceito estabelecido no artigo 6 da CADH e do entendimento sobre escravidão no Direito Internacional, que não se limita mais à propriedade sobre a pessoa. Atualmente, consistem em elementos fundamentais para se definir uma situação como escravidão o *estado ou condição de um indivíduo* e o *exercício de algum dos atributos do direito de propriedade*; ou seja, que o escravizador exerça poder ou controle sobre a pessoa escravizada, a ponto de anular a personalidade da vítima. O elemento *estado ou condição* refere-se à situação de direito e, de fato, sendo prescindível a existência de documento formal ou normativo para a caracterização, como no caso da escravidão *chattel*²² ou tradicional. Por sua vez, o elemento *propriedade* deve ser compreendido como *posse*; ou seja, a demonstração de controle de uma pessoa sobre a outra²³.

Com efeito, o nível de controle suficiente à configuração de um ato como escravidão abrange a perda da vontade ou a diminuição considerável da autonomia. O exercício dos atributos da propriedade deve ser entendido como o controle exercido sobre um indivíduo, que lhe restrinja ou prive, significativamente, a liberdade, com intenção de exploração mediante o uso, a gestão, o benefício, a transferência ou o despojar-se de uma pessoa²⁴, de modo que a violência, o engano e a coação podem instrumentalizar essa forma de dominação.

Segundo a Corte, a determinação de um tratamento como escravidão reclama a identificação dos atributos do direito de propriedade. Nesse exame, consideram-se os seguintes elementos: i) restrição ou controle da autonomia individual; ii) perda ou restrição da liberdade de locomoção de uma pessoa; iii) obtenção de um proveito por parte do perpetrador; iv) ausência de consentimento ou de livre arbítrio da vítima, ou sua impossibilidade ou irrelevância decorrente da ameaça de uso de violência ou de outras formas de coerção, temor, engano e falsas promessas; v) uso de violência física ou psicológica; vi) posição de vulnerabilidade da vítima; vii) detenção ou cativo; e viii) exploração²⁵.

Enfim, para constituir uma violação ao artigo 6.2 da CADH, a Corte observou ser necessário que a presumida violação seja atribuível a agente do Estado, por meio da participação direta ou da aquiescência quanto aos feitos. Sobre o vínculo com agentes do Estado, a Corte considera que esse critério se restringe à obrigação de respeitar a proibição do trabalho forçado, mas não subsiste essa exigência quando a violação se refere a obrigações de prevenção e garantia de um direito humano previsto na CADH. Nos casos de omissão, a ocorrência de trabalho forçado prescinde da atribuição direta a ações de agentes estatais²⁶.

²² *Chattel*, que corresponde ao estado ou condição de um indivíduo sobre o qual há o exercício de um ou mais atributos do direito de propriedade.

²³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença. Série C, No. 318. 20 out. 2016, par. 259 e 268.

²⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença. Série C, No. 318. 20 out. 2016, par. 271.

²⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Sentença. Série C, No. 318. 20 out. 2016, par. 259.

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia*. Sentença. Série C, No.

Aplicando esse arcabouço conceitual diretamente aos fatos do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, a Corte constatou um mecanismo de recrutamento de trabalhadores por meio de fraudes e enganos e da servidão por dívidas. Desde o adiantamento de dinheiro feito pelo *gato* até os descontos relativos à hospedagem, comida, medicamentos e outros produtos, inclusive materiais de trabalho, com a geração de uma dívida impagável com os salários irrisórios. Como agravante do contexto de *truck system*, peonagem ou barracão, os trabalhadores eram submetidos a condições degradantes e a jornadas extenuantes, sob ameaça e violência²⁷. Os trabalhadores não tinham perspectiva de rompimento desse quadro, agravado pela vulnerabilidade das vítimas, na sua maioria analfabetos, provenientes de regiões distantes do país, que não conheciam os arredores e estavam submetidos a condições desumanas.

Nesse contexto, o Tribunal constatou a presença dos elementos definidores da escravidão, notadamente o exercício do controle da subjetividade obreira como manifestação do direito de propriedade, na medida em que os trabalhadores estavam submetidos ao efetivo controle dos *gatos*, gerentes, guardas armados e do proprietário. Esse comando restringia a autonomia e a liberdade individuais, sem o livre consentimento, o qual restou prejudicado pela existência de ameaças e violência física e psicológica, pressão desempenhada com o fim de explorar o trabalho forçado em condições desumanas²⁸. A Corte ressaltou, então, a falha em demonstrar a adoção de medidas específicas para prevenir a ocorrência da violação ao dever de eliminação do trabalho escravo. O descumprimento do dever de garantia apresenta-se particularmente grave, sobretudo por se tratar de cenário conhecido pelo Estado e obrigação expressamente contida no artigo 6.1 da CADH.

Se, com base no artigo 68 da CADH, o Estado brasileiro está obrigado a cumprir a decisão proferida pela Corte no caso da Fazenda Brasil Verde, não é menos certo afirmar que todos os demais Estados partes dessa convenção também estão obrigados a observar o acréscimo jurisprudencial construído pelo Tribunal, mesmo sem ser parte deste caso contencioso. Assim, a atualização conceitual trazida pela Corte Interamericana, à luz da interpretação do artigo 6 da CADH, passa a compor o *Corpus Juris* interamericano e é fonte de direito, sob o argumento de que a Corte é a intérprete última da CADH e das demais normas internacionais de proteção dos direitos humanos.

Nesse sentido, cita-se o Voto inovador do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, acerca da força vinculante da norma convencional interpretada:

[...] sendo a Corte Interamericana o órgão jurisdicional internacional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, cuja função essencial é a aplicação e interpretação da Convenção Americana, suas interpretações adquirem o mesmo grau de eficácia do texto convencional. Em outras palavras, a norma convencional que os Estados devem aplicar é o resultado da interpretação das disposições do Pacto de San José (e seus protocolos adicionais, bem como outros instrumentos internacionais). As interpretações da Corte Interamericana projetam-se em duas dimensões: (i) em conseguir sua eficácia no caso particular com efeitos subjetivos, e (ii) em estabelecer a eficácia geral com os efeitos de uma norma interpretada. Daí a lógica e a necessidade de que a decisão, além de ser notificada ao Estado Parte na controvérsia em particular, seja também “transmitida aos Estados Partes da Convenção”, para que tenham pleno conhecimento do conteúdo normativo convencional derivado da interpretação da Corte Interamericana, na qualidade de “última intérprete” do corpus juris interamericano.²⁹

No mesmo sentido, transcreve-se a passagem do recente Parecer Consultivo n. 26/2020, que confirma o acima mencionado entendimento firmado há dez anos pelo juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot:

a esse respeito, é pertinente destacar que as interpretações autorizadas emitidas por esta Corte fazem

148. 01 jul. 2006, par. 160.

²⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. Série C, No. 318. 20 out. 2016, par. 303.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença. Série C, No. 318. 20 out. 2016, par. 304.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C No. 220.

parte do corpus iuris pertinente para fornecer conteúdo e eficácia à proteção dos direitos humanos, tanto internacional como internamente, e também são fonte de direito. Em particular, a Corte recorda que os critérios jurídicos derivados da norma convencional interpretada constituem parâmetros para o efetivo cumprimento das obrigações de direitos humanos contidas não só na Convenção, mas também na Carta da OEA, na Declaração Americana e em outros tratados e instrumentos, com ênfase particular no dever de prevenir violações dos direitos humanos.³⁰

Com o reconhecimento da força expansiva da norma convencional interpretada para os demais Estados partes da CADH, o conceito atualizado de trabalho escravo contemporâneo, desenvolvido no Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, por meio da interpretação do artigo 6, passou a integrar o *Ius Constitutio-nale Commune* latino-americano.

Quanto ao outro espectro deste estudo, observa-se que a Corte IDH referendou a ampliação do conceito brasileiro de trabalho escravo, que passou a abranger, expressamente, as hipóteses de jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho. A alteração legislativa, promovida em 2003, aclarou as situações ensejadoras do tipo penal, que, antes, possuía redação aberta, referindo-se, no tipo penal, genericamente, à conduta de reduzir alguém a condição análoga à de escravo, sem detalhamento. A especificação teve a virtude de exprimir a amplitude dos bens jurídicos albergados pelo artigo 149 do Código Penal, de modo que a tutela não se limita ao direito de liberdade, mas alcança, precipuamente, a dignidade humana da pessoa trabalhadora. A alteração do conteúdo desse dispositivo, realizada em decorrência do acordo que pôs fim ao Caso José Pereira, serviu, portanto, de paradigma para a atualização conceitual promovida pela Corte IDH no Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde.

Com efeito, ao enfrentar o argumento do Estado brasileiro de que a proteção interna supera o âmbito de proteção observado em nível internacional e que, por isso, não deveria ser parâmetro de controle interamericano, a Corte IDH expressou que:

[...] se um país adota normas que sejam mais protetoras à pessoa humana, como se poderia entender a proibição da escravidão no ordenamento jurídico brasileiro a partir de 2003, o Tribunal não poderia restringir sua análise da situação específica com base em uma norma que ofereça menos proteção³¹.

Em seguida, o Tribunal indica ser esse o espírito do artigo 29, “b”, da CADH, onde consta a previsão de que nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”. Essa disposição convencional demonstra a vedação de interpretação limitante do gozo e do exercício dos direitos humanos, em consonância com o Princípio *Pro Persona*, que exige a interpretação dos direitos humanos previstos na Convenção Americana à luz da norma mais protetora em relação à qual as pessoas sob sua jurisdição estão submetidas.

Nesse ponto, a Corte menciona que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal converge com o entendimento de que as situações análogas à escravidão ocorrem de maneira responsável e deixam evidente que não são meras violações à legislação trabalhista que atingem o limiar da redução à escravidão, mas, sim, violações graves, persistentes e que afetem a livre determinação da vítima³². De fato, a conceituação ampara-se na legislação penal vigente no país, em instrumentos internacionais dos quais o Brasil é signatário e na

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos: interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Parecer consultivo OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Série A No. 26.

³¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença. Série C, No. 318. 20 out. 2016, par. 311.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença. Série C, No. 318. 20 out. 2016, par. 313.

jurisprudência do STF, tal como consta no seguinte precedente firmado pelo Plenário:

EMENTA PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA. Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais.³³

Por conseguinte, a Corte IDH não considera que o argumento do Estado sobre uma proteção mais ampla oferecida pelo artigo 149 do Código Penal brasileiro possa eximi-lo de sua responsabilidade diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Na verdade, essa extensão do espectro protetivo integra o patrimônio jurídico da pessoa trabalhadora, diante da aplicação do princípio *pro persona*, nesse ponto contemplado pela previsão do artigo 29, “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos. Como explica Flávia Piovesan³⁴, em termos de construção de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano:

[...] o sistema interamericano revela permeabilidade e abertura ao diálogo mediante as regras interpretativas do artigo 29 da Convenção Americana, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima. Ressalte-se que os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo. Daí a hermenêutica dos tratados de direitos humanos endossar o princípio *pro ser humano*. Às regras interpretativas consagradas no artigo 29 da Convenção Americana, somem-se os tratados de direitos humanos do sistema global – que, por sua vez, também enunciam o princípio *pro persona* fundado na prevalência da norma mais benéfica, como ilustram o artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o artigo 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o artigo 16, parágrafo 2º da Convenção contra a Tortura e o artigo 4º, parágrafo 4º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Expostos os contornos sobre a atualização conceitual promovida pela Corte Interamericana quanto ao conteúdo do trabalho escravo contemporâneo e o referendo da atualização conceitual ampliada constante do artigo 149 do Código Penal brasileiro pelo julgamento em exame, cabe a análise das repercussões jurídicas a respeito da existência de diferentes propostas de redução da proteção normativa contra a submissão ao trabalho análogo ao de escravo, observadas no cenário brasileiro.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Inquérito. *Inq 3.412/AL*. Penal. Redução a condição análoga a de escravo. Escravidão moderna. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 de março de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256> Acesso em: 21 abr. 2021.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune* latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017. p. 1376.

4 As tentativas de revisão reducionista do conceito de trabalho escravo contemporâneo no Brasil e as barreiras jurídicas para a contenção do retrocesso

Como visto, relativamente ao trabalho escravo contemporâneo, a tramitação do Caso José Pereira perante a CIDH teve desfecho consensual, e resultou na assunção estatal de compromissos com a eliminação da prática no cenário nacional³⁵, incluindo o julgamento e a punição dos responsáveis, com a determinação da competência federal para a apreciação de casos análogos, além de sanções pecuniárias de reparação, ações de prevenção e modificação legislativa, medidas de fiscalização, penalização e conscientização social³⁶.

Não obstante os avanços promovidos na política pública de enfrentamento à escravidão contemporânea, tornou-se evidente a intensificação do esforço político em defesa da redefinição das condutas configuradoras da exploração do trabalho escravo no país, de modo a eliminar do conceito a prática de jornada exaustiva e de condições degradantes. Esse comportamento reacionário decorreu do incômodo gerado pela atuação da fiscalização laboral em grandes propriedades, associado ao reconhecimento da possibilidade de confisco de propriedades rurais e urbanas que possuem trabalhadores submetidos à escravidão.

Com efeito, depois de quinze anos de tramitação da Proposta de Emenda à Constituição n. 57A de 1999, o advento dessa modalidade de medida confiscatória decorreu da promulgação da Emenda Constitucional n. 81 de 2014, que modificou o conteúdo do artigo 243 da Constituição da República de 1988, o qual passou a conter a seguinte redação:

Art. 243. As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas **ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei** serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Parágrafo único. Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei. (grifo nosso)

Nesse sentido, ressalta-se que, em 13 de outubro de 2017, o Governo Federal alterou o conceito de trabalho escravo contemporâneo, por meio da Portaria 1.129, do extinto Ministério do Trabalho³⁷. Tentou-se utilizar de instrumento infralegal para a revisão do conceito legalmente estabelecido de trabalho escravo e veiculação de regras prejudiciais ao enfrentamento à escravidão contemporânea por parte da fiscalização do trabalho.

Essa normativa atraiu críticas de autoridades da fiscalização, do Ministério Público, do Poder Judiciário, de parcela da classe política e da sociedade civil organizada, que entenderam equivocada a tentativa de redução do conceito de trabalho escravo e de imposição de óbices à inserção e manutenção de empregadores na *lista suja*, pois significaria um retrocesso no combate ao trabalho escravo, além de ofensa à legislação pátria e internacional³⁸.

Com efeito, o teor dessa normativa revela o abuso no poder regulamentar de Ministro de Estado, con-

³⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo*. Brasília: OIT, 2010.

³⁶ Nesse sentido, cita-se a divulgação do Cadastro de Empresas e Pessoas Autuadas por Exploração do Trabalho Escravo, a chamada *lista suja*. Instituída inicialmente pela Portaria 1.234, de 17 de novembro de 2003, o instrumento que respalda a veiculação da lista foi sucessivamente substituído pelas Portarias 540, de 15 de outubro de 2004, e depois pela Portaria Interministerial 2, de 12 de maio de 2011; Portaria Interministerial 2, de 31 de março de 2015; e, atualmente, pela Portaria Interministerial 4, de 11 de maio de 2016.

³⁷ Publicada no Diário Oficial da União de 16 de outubro de 2017.

³⁸ KOŁOWSKI, Otávio. *Portaria nº 1129/2017 do Ministério do Trabalho: uma Lei Áurea às avessas*. 2017. Disponível em: <http://trabalhodigno.org/2017/10/18/portaria-no-11292017-do-ministerio-do-trabalho-uma-lei-aurea-as-avessas/>. Acesso em: 19 out. 2020.

trariamente ao disposto no artigo 87, parágrafo único, inciso II, do texto constitucional, função que deve ser desempenhada de modo secundário, sem sobreposição à lei; ou seja, em consonância com o que determina a fonte normativa primária. Sob o pretexto de regulamentar o artigo 149 do Código Penal, o documento ataca conceitos consolidados na jurisprudência e práticas nacionais e internacionais.

Logo, ao condicionar a caracterização do trabalho escravo contemporâneo à restrição da liberdade de locomoção da vítima (artigo 1º), a portaria apresenta-se manifestamente ilegal, porquanto contrária ao artigo 149 do Código Penal, e inconveniente, pois diverge da compreensão decorrente das Convenções 29 e 105 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, bem como da interpretação consubstanciada na sentença que promoveu a condenação do país no âmbito da Corte IDH, no Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde. Restou evidente, na decisão da Corte IDH, que a ocorrência da escravidão laboral atualmente prescinde da limitação da liberdade de locomoção³⁹, bastando que uma pessoa exerça sobre outra, direta ou indiretamente, um dos atributos do direito de propriedade ali discriminados.

Por conseguinte, a referida normativa veicula conceitos equivocados e despidos de tecnicidade quanto aos elementos caracterizadores do trabalho escravo, notadamente as práticas de condições degradantes e de jornada exaustiva, sem harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana. Além da tentativa de redução do conceito de trabalho escravo, a portaria altera as regras e dificulta a publicação da *lista suja*, conteúdo digno de nota, mas que extrapola o escopo do presente estudo.

Como resultado da gravidade das ofensas veiculadas em seu teor, a portaria sequer permaneceu uma semana em vigor. Em 23 de outubro de 2017, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 489, a Ministra Rosa Weber, do Supremo Tribunal Federal, concedeu liminar em que suspendeu seus efeitos. Posteriormente, em 29 de dezembro de 2017, promoveu-se a revogação dessa normativa, por meio da publicação da Portaria 1.293, igualmente do extinto Ministério do Trabalho. Restabeleceu-se a concepção moderna sobre as condutas configuradoras de trabalho escravo e afastou-se a tentativa de restrição ao exercício da atividade fiscalizatória de combate à escravidão contemporânea.

Enfim, a normativa mais recente fortaleceu os órgãos de fiscalização, retomou a publicidade e divulgação da *lista suja*, e reafirmou a concepção moderna acerca das posturas configuradoras do trabalho escravo. Ademais, a regulamentação promovida pela Instrução Normativa n. 139, de 22 de janeiro de 2018, editada pela então Secretaria de Inspeção do Trabalho, permitiu a padronização dos procedimentos fiscalizatórios e previu em lista não exaustiva as situações mais frequentes na configuração da escravidão moderna, que indica aos empregadores as principais condutas a serem evitadas nas relações trabalhistas.

Além da tentativa de retrocesso examinada acima, são recorrentes as ameaças de edição de lei formal com o fim de esvaziamento do conceito de trabalho escravo, que até mesmo antecedem a edição da portaria em questão. Nesse sentido, destaca-se o Projeto de Lei do Senado – PLS n. 432/2013⁴⁰, que, com a justificativa de regulamentar o conteúdo do artigo 243 do texto constitucional, buscava flexibilizar o conceito de trabalho escravo do artigo 149 do Código Penal. Embora tenha sido arquivada ao fim da legislatura, em 21 de dezembro de 2018, as discussões a respeito do teor dessa proposta persistem, motivo pelo qual se considera importante apreciar o que visava, quanto à conceituação e às características da exploração análoga à escravidão.

Art. 1º Os imóveis rurais e urbanos, onde for identificada a exploração de trabalho escravo **diretamente pelo proprietário**, serão expropriados e destinados à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário onde foi condenado, **em sentença penal transitada em julgado**, pela prática da exploração do trabalho escravo e sem prejuízo de outras sanções previstas

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito reparações e custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318.

⁴⁰ BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 432*. Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizam a exploração de trabalho escravo e dá outras providências. 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114895> Acesso em: 10 maio 2021.

em lei, conforme o art. 243 da Constituição Federal.

§ 1º Para fins desta Lei, **considera-se trabalho escravo**: I – a submissão a **trabalho forçado**, exigido **sob ameaça de punição**, com **uso de coação**, ou que se conclui de maneira **involuntária**, ou com **restrição da liberdade pessoal**; II – o **cerceamento do uso de qualquer meio de transporte** por parte do trabalhador, **com o fim de retê-lo no local de trabalho**; III – a **manutenção de vigilância ostensiva** no local de trabalho ou a **apropriação de documentos ou objetos pessoais** do trabalhador, **com o fim de retê-lo no local de trabalho**; e IV – a **restrição**, por qualquer meio, **da locomoção** do trabalhador **em razão de dívida** contraída com empregador ou preposto.

[...]

Art. 2º A **ação expropriatória** de imóveis rurais e urbanos em que forem localizadas a exploração de trabalho escravo observará a lei processual civil, bem como a **necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória** contra o **proprietário que explorar diretamente** o trabalho escravo.
[...] (grifo nosso).

A justificativa, que acompanha esse projeto de lei proposto por comissão mista e assinado pelo Senador Romero Jucá e pelo Deputado Candido Vaccarezza, expressa que “o fator principal na definição do contexto em que ocorre o trabalho escravo é o tolhimento da liberdade do trabalhador com o objetivo de explorar seu trabalho”. Em seguida, acrescenta que “os mecanismos atuais de fiscalização do trabalho e da criminalização mediante aplicação do Código Penal ainda não foram capazes de riscar essa vergonha de nosso mapa trabalhista” e “sempre que a exploração do trabalho escravo parece diminuir, criam-se novas modalidades mais sutis e mais dissimuladas e essa prática odiosa ressurge”.

Na verdade, essa proposta revisionista do tratamento legislativo restringe, de modo incabível, a noção de trabalho escravo às modalidades diretamente associadas à restrição da liberdade de locomoção, e promove a exclusão das práticas de jornada exaustiva e condições laborais degradantes. Na prática, a medida promoveria o retorno ao patamar legislativo anterior à modificação do conteúdo do artigo 149 do Código Penal, realizada em 2003.

Com a redução do conceito de trabalho escravo, deixariam de existir a quase totalidade dos casos de resgate no meio rural e a grande maioria das situações no meio urbano. Para se compreender o impacto da proposta, basta considerar que a série histórica, nos primeiros 25 anos de atuação do GEFM (1995-2019), aponta a existência de condição degradante como único ou algum dos motivos em 80% dos resgates em meio urbano, e em 97,8% do rural, nas ações promovidas pelas equipes especialmente dedicadas a essa função e pelas equipes de fiscalização lotadas nas unidades regionais dos estados⁴¹.

Ademais, essa mudança legislativa tornaria ineficaz o texto constitucional emendado, pois, da forma como se apresenta, contraria a defesa da aplicabilidade plena da medida confiscatória da propriedade em caso de ocorrência de exploração do trabalho escravo, tal qual se encontra atualmente legislado, e prejudica a promoção da justiça social e a intervenção na propriedade, nesses casos de grave violação e desvirtuamento da finalidade social⁴².

Outro ponto problemático da proposta corresponde à previsão de que o proprietário deve explorar *diretamente* o trabalho escravo para estar sujeito ao confisco. Essa regra contraria a realidade da apuração da maioria dos casos de exploração de trabalho escravo, em que há um terceiro, intermediador do proprietário, que administra o negócio e lida com os trabalhadores escravizados, com a ciência do principal demandante, o qual se beneficia da exploração. A exigência da exploração direta ceifaria a eficácia repressiva da norma

⁴¹ SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Trabalho escravo contemporâneo: série histórica dos 25 anos de Grupo Especial de Fiscalização Móvel, no Brasil e na Amazônia Legal (1995-2019). *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, Brasília, 2020. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&op=view&path%5B%5D=115> Acesso em: 21 abr. 2021.

⁴² BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. A nova redação do artigo 243 da Constituição da República e seus reflexos no combate ao trabalho escravo. In: FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; GALVÃO, Edna Maria. *Discussões contemporâneas sobre trabalho escravo: teoria e pesquisa*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2016. p. 57-64.

penal e redundaria na inexistência de expropriação de terras usadas para o trabalho escravo⁴³.

Analisando-se a literalidade da proposta legislativa, sua aplicação geraria um efeito similar à edição da Lei Áurea, em que, apenas formalmente, se eliminou a exploração do trabalho escravo no país, sem que isso encontrasse repercussão na prática, pois a decisão não se fez acompanhar de medidas concretas para afastar as condicionantes que incidem sobre as vítimas potenciais da escravidão.

Entende-se, pois, desnecessária uma nova legislação que apresente uma concepção de trabalho escravo diferente daquela constante no artigo 149 do Código Penal. A medida confiscatória tem o potencial de fortalecer a função social da propriedade, do trabalho e da livre iniciativa, e de persuadir quem se utiliza da ilícita redução de pessoas à condição semelhante à de um escravo, a partir da possibilidade de retirada da base física utilizada para tal conduta, para que, ao menos naquele local, se evite ou dificulte a recorrência⁴⁴. Entretanto, não se tem notícia da ocorrência de expropriação do imóvel utilizado para fins de trabalho escravo, na forma do dispositivo constitucional em comento.

Com efeito, não se pode conceber como válido o desempenho da atividade laborativa que exija a prestação de serviços em condições degradantes, que despreza o piso de garantias e direitos relativos às normas fundamentais de segurança e saúde no trabalho. Também não se deve considerar como válidas jornadas intensas, repetidas e desgastantes que levem à exaustão, adoecimentos, acidentes ou mortes.

Em vez de buscar o fortalecimento do combate à exploração do trabalho escravo, a alteração do conceito promove o esvaziamento da tipificação penal. Definitivamente, não falta regulamentação, mas, sim, empenho estatal na aplicação da legislação vigente. O eventual sucesso dessa investida reducionista ocasionará o retrocesso da noção que o Brasil desenvolveu acerca do tema, notadamente como uma das repercussões jurídicas do caso José Pereira, noção referendada pela Corte IDH no Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, e pode levar à declaração de descumprimento do acordo de solução amistosa perante a CIDH, firmado em 2003.

Além do aspecto formal do rompimento com o compromisso assumido perante a CIDH, a inviabilidade do discurso em defesa da redução conceitual do trabalho escravo, que afasta das condutas configuradoras a jornada exaustiva e as condições laborais degradantes, é reforçada pela sua inconveniência, a qual pode ser aferida nos três sentidos a seguir destacados.

Primeiramente, esta visão reducionista contraria a atualização conceitual promovida pela Corte IDH, no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, ao interpretar o artigo 6 da CADH à luz do arcabouço jurídico internacional sobre o tema. Em segundo lugar, afronta a expansão de conteúdo do artigo 149 do Código Penal ensejada pela atuação da CIDH e referendada como parâmetro mais favorável de proteção pela Corte IDH à luz do artigo 29, “b”, da CADH, como foi consignado na referida sentença. Em terceiro lugar, além de descumprir os parâmetros materiais emanados do julgamento da Corte IDH, em desrespeito à autoridade da norma convencional interpretada, o Estado brasileiro incorrerá na violação do artigo 26 da CADH⁴⁵ em dois aspectos principais. De um lado, o Estado brasileiro violará a cláusula de não retrocesso na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, do artigo 26⁴⁶. De outro lado, na esteira de

⁴³ BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota técnica 2CCR/MPF nº 1, de 20 de janeiro de 2017*. O PLS 432/2013 pretende inserir no ordenamento jurídico, pela via da legislação cível, novo conceito de trabalho escravo. [...]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-conceito-trabalho-escravo> Acesso em: 5 fev. 2021.

⁴⁴ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. A nova redação do artigo 243 da Constituição da República e seus reflexos no combate ao trabalho escravo. In: FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; GALVÃO, Edna Maria. *Discussões contemporâneas sobre trabalho escravo: teoria e pesquisa*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2016. p. 57-64.

⁴⁵ Artigo 26 – Desenvolvimento progressivo – os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

⁴⁶ Observa-se que, no parágrafo 103 deste caso, a Corte IDH afirma que “la regresividad resulta justificable cuando de derechos

sua jurisprudência mais recente⁴⁷, a Corte IDH poderá declarar o artigo 26 violado pela afronta ao direito a condições dignas de trabalho, na forma remissiva ao artigo 45, “b”, da Carta da Organização dos Estados Americanos⁴⁸.

A discussão sobre o conceito de trabalho escravo pode ganhar ainda mais evidência no cenário brasileiro, pois, em 30 de abril de 2021, a Procuradoria-Geral da República – PGR apresentou Memorial ao STF, no âmbito do Recurso Extraordinário 1.323.708/PA⁴⁹, que trata sobre essa temática. No documento, menciona-se a existência de decisões que, embora reconheçam condições inadequadas e degradantes a que são submetidos os trabalhadores rurais, deixam de imputar aos responsáveis as consequências jurídicas determinadas pelo Código Penal e pela Constituição, em ofensa à dignidade das pessoas e à liberdade de trabalho.

Em defesa da necessidade de reconhecimento da repercussão social e jurídica da controvérsia, o memorial argumenta a existência de cenário preocupante em relação ao crime de trabalho escravo. Para tanto, cita os dados levantados pela Clínica de Trabalho Escravo e Tráfico de Pessoas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG⁵⁰, no período de 2008 a 2019, em que 2.625 réus foram denunciados pela prática do crime previsto no artigo 149 do Código Penal, dos quais apenas 4,2% tiveram condenação definitiva e, de acordo com as penas aplicadas, apenas 27 condenados (1,0%) não poderiam beneficiar-se da substituição por sanções restritivas de direitos, isso se não forem alcançados pela prescrição da pretensão executória, a hipótese mais comum.

A PGR alerta que os números sinalizam um quadro de proteção deficiente ao direito fundamental ao trabalho livre e digno, tema caro ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, em relação ao qual o Estado brasileiro fora instado pelo SIDH a continuar incrementando a eficácia de suas políticas e a interação entre os diferentes órgãos vinculados voltados ao combate à escravidão, sem admissão de retrocesso. Pede, então, que o STF “se pronuncie acerca dos parâmetros constitucionais de interpretação dos dispositivos incidentes na matéria, a fim de alcançar-se a efetiva proteção dos direitos fundamentais e humanos atingidos pelo trabalho escravo”, e requer a submissão do recurso extraordinário ao Plenário Virtual, com a finalidade de reconhecimento da repercussão geral da matéria.

Embora sejam pertinentes os motivos elencados pela PGR, o histórico recente das manifestações da Suprema Corte quanto às matérias trabalhistas justifica cuidadoso acompanhamento da questão. O risco de

económicos, sociales y culturales se trate”. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 1 de julho de 2009. Série C No. 198.

⁴⁷ A apreciação de direitos laborais no âmbito da Corte IDH tem sido desenvolvida a partir do Caso Lagos del Campo vs. Peru. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Lagos del Campo vs. Perú*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2017. Série C No. 340. Após este precedente, a Corte IDH pronunciou-se sobre direitos laborais nos seguintes casos: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23 de novembro de 2017. Série C No. 344; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso San Miguel Sosa y otras Vs. Venezuela*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 8 de fevereiro de 2018. Série C No. 348; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Spoltore Vs. Argentina*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 9 de junho de 2020. Série C No. 404; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 15 de julho de 2020.

⁴⁸ Artigo 45. Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: [...] b) O trabalho é um direito e um dever social; confere dignidade a quem o realiza e deve ser exercido em condições que, compreendendo um regime de salários justos, assegurem a vida, a saúde e um nível econômico digno ao trabalhador e sua família, tanto durante os anos de atividade como na velhice, ou quando qualquer circunstância o prive da possibilidade de trabalhar.

⁴⁹ BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Memorial ao STF, no âmbito do Recurso Extraordinário 1.323.708/PA*. 2021. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Memorial_RE1323708_FRSLF.pdf Acesso em: 6 maio 2021.

⁵⁰ CLÍNICA DE TRABALHO ESCRAVO E TRÁFICO DE PESSOAS. *Mapeamento das sentenças penais e civis relativas ao trabalho análogo à escravidão na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho*. 2020. p. 420. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1924> Acesso em: 6 maio 2021.

retrocesso na concepção brasileira sobre trabalho escravo contemporâneo, agora, também se encontra no âmbito jurisdicional, com possibilidade de emissão de decisão vinculante a respeito. Entretanto, espera-se que o Supremo Tribunal Federal reforce sua jurisprudência e reafirme o conceito normativo de trabalho escravo do artigo 149 do Código Penal, diferentemente das tentativas de ataque observadas nas intervenções dos Poderes Executivo e Legislativo expostas neste estudo.

5 Considerações finais

Este artigo estudou como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos contribuiu para a ampliação do conceito legal de trabalho escravo e para a atualização conceitual do termo *escravidão* à luz da interpretação do artigo 6 da Convenção Americana de Direitos Humanos, visando observar, por meio de estudo de caso, o processo dinâmico de retroalimentação e interação entre o Sistema Interamericano e o ordenamento jurídico pátrio.

Na primeira parte, procedeu-se ao estudo do caso José Pereira, que tramitou perante a Comissão Interamericana, com o intuito de verificar de que modo os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro no acordo de solução amistosa desse caso impactou a modificação legislativa introduzida pela Lei n. 10.803/2003, em relação à ampliação do tipo penal do artigo 149, que se referia à redução de alguém a condição análoga à de escravo em sua redação original, com ênfase na inclusão pela referida lei das práticas de jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho, para a configuração do delito.

Já no exame do Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, estudado logo em seguida, destacou-se que a Corte Interamericana constatou um cenário de persistente violação de direitos humanos quanto ao trabalho digno. Ao fim do processamento desse caso, em 2016, houve o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado por violação, dentre outros, do artigo 6.1 da CADH e a identificação de um quadro de discriminação estrutural histórica derivada da posição econômica das vítimas, em razão da situação de pobreza. Segundo o último relatório de supervisão do cumprimento da referida sentença, a Corte IDH declarou que o Brasil, ainda, não cumpriu todas as medidas de reparação outorgadas.

É no contexto desse segundo caso que a pesquisa se dedicou, na parte seguinte, ao estudo da atualização conceitual de escravidão, empreendido pela Corte IDH com base no arcabouço do *corpus juris* internacional sobre o tema. Para o Tribunal Interamericano, configuram elementos fundamentais para se definir uma situação como escravidão o *estado ou condição de um indivíduo* e o *exercício de algum dos atributos do direito de propriedade*. Estes elementos passam a fazer parte do *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, por força da norma convencional interpretada. Destacou-se, ainda, o diálogo entre a Corte Interamericana e a jurisprudência nacional, em particular do Supremo Tribunal Federal, para a aplicação da norma mais favorável à proteção do ser humano.

Enfim, promoveu-se a análise das tentativas de revisão do conceito normativo de escravidão, que visam à redução do espectro de abrangência da norma penal estampada no artigo 149 do Código Penal. Trata-se de movimento político que se intensificou depois da modificação do artigo 243 da Constituição, quanto à medida de expropriação da propriedade utilizada para fins de exploração de trabalho escravo.

A esse respeito, conclui-se que a redução do espectro protetivo das vítimas efetivas e potenciais da exploração da escravidão contemporânea significaria um retrocesso quanto à noção legislativa de vanguarda desenvolvida no Brasil nas últimas décadas, e retiraria do âmbito de incidência a prática de jornada exaustiva, além da condição degradante de trabalho, que corresponde à principal conduta configuradora identificada pelo órgão de fiscalização.

Com efeito, a materialização de tais investidas revisionistas e reducionistas significariam o rompimento do compromisso formal assumido pelo Estado brasileiro no desfecho amistoso do caso José Pereira perante

a CIDH. Além disso, são medidas legislativas que, se aprovadas, devem ser submetidas ao crivo do controle de convencionalidade em face dos parâmetros construídos pela Corte IDH no caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, pois desrespeitam a autoridade da norma convencional interpretada.

Ademais, o artigo 26 da CADH estabelece o compromisso dos Estados membros de adotar providências no âmbito interno e mediante cooperação internacional no sentido do alcance progressivo da plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, tal como é o caso do artigo 45, “b”, em conformidade com os recursos disponíveis, tanto mediante a via legislativa quanto por outros meios apropriados. Assim, a Corte IDH reconhece, no supracitado dispositivo, uma cláusula de não retrocesso, que abrange a proteção do direito ao trabalho, passível de ter, inclusive, sua violação declarada diretamente, nos termos da recente jurisprudência interamericana, inaugurada a partir do caso *Lagos del Campo vs. Peru*.

Por fim, buscam-se, na construção de um *Ius Constitutionale Commune* latino-americano, caminhos de resistência às ofensivas tendentes à redução do conceito brasileiro de trabalho escravo e aposta-se no diálogo entre as Cortes interamericana e brasileiras, em particular com o Supremo Tribunal Federal, em um processo de interamericanização de dupla via, como garantias do não retrocesso em direitos humanos e barreira jurídica de contenção da revisão conceitual inconveniente almejada.

Referências

BRASIL. Ministério Público Federal. *Nota técnica 2CCR/MPF nº 1, de 20 de janeiro de 2017*. O PLS 432/2013 pretende inserir no ordenamento jurídico, pela via da legislação cível, novo conceito de trabalho escravo. [...]. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-conceito-trabalho-escravo> Acesso em: 5 fev. 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. Procuradoria Geral da República. *Memorial ao STF, no âmbito do Recurso Extraordinário 1.323.708/PA*. 2021. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/Memorial_RE1323708_FRSLF.pdf Acesso em: 6 maio 2021.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 432*. Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração de trabalho escravo e dá outras providências. 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114895> Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso Extraordinário. *RE 541627/PA*. Direito Processual Penal. Recurso Extraordinário. Competência da [...]. Relator: Min. Ellen Gracie, 14 de outubro de 2008. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14717555/recurso-extraordinario-re-541627-pa> Acesso em: 21 abr. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Inquérito. *Inq 3.412/AL*. Penal. Redução a condição análoga a de escravo. Escravidão moderna. [...]. Relator: Min. Marco Aurélio, 29 de março de 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256> Acesso em: 21 abr. 2021.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. A nova redação do artigo 243 da Constituição da República e seus reflexos no combate ao trabalho escravo. In: FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; GALVÃO, Edna Maria. *Discussões contemporâneas sobre trabalho escravo: teoria e pesquisa*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2016. p. 57-64.

CLÍNICA DE TRABALHO ESCRAVO E TRÁFICO DE PESSOAS. *Mapeamento das sentenças penais e civis relativas ao trabalho análogo à escravidão na Justiça Federal e na Justiça do Trabalho*. 2020. Disponível em: <https://bibliotecadigital.mdh.gov.br/jspui/handle/192/1924> Acesso em: 6 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil*. Relatório de Mérito. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/corte/2018/12428FondoPt.pdf> Acesso em: 5 ago. 2020.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório 169/11*. Caso 12.066. Admissibilidade e mérito. Fazenda Brasil Verde. Brasil. 3 nov. 2011.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório 95/03*. Caso 11.289. Solução amistosa. José pereira. Brasil. 24 out. 2003.

CONTRERAS, Sergio Gamonal. *Cidadania na empresa e eficácia diagonal dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2011.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 1 de julho de 2009. Série C No. 198.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C No. 220.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia*. Sentença de 1 de julho de 2006. Série C No. 148.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito reparações e custas. Sentença de 20 de outubro de 2016. Série C No. 318.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos: interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.l), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos*. Parecer Consultivo OC-26/20 de 9 de novembro de 2020. Série A No. 26.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução de 22 de novembro de 2019 no Casos Trabajadores da Fazenda Brasil Verde*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_en_supervision_por_pais.cfm Acesso em: 26 maio 2021.

KOLOWSKI, Otávio. *Portaria nº 1129/2017 do Ministério do Trabalho: uma Lei Áurea às avessas*. 2017. Disponível em: <http://trabalhodigno.org/2017/10/18/portaria-no-11292017-do-ministerio-do-trabalho-uma-lei-aurea-as-avessas/> Acesso em: 19 out. 2020.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves. *O trabalho análogo ao de escravo: uma análise jurisprudencial do crime no TRF da 1ª região*. Belo Horizonte: RTM, 2016.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo*. Brasília: OIT, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune latino-americano em direitos humanos e o sistema interamericano: perspectivas e desafios. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, 2017.

SÁ, Emerson Victor Hugo Costa de; FISCHER, Luly Rodrigues da Cunha; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Trabalho escravo contemporâneo: série histórica dos 25 anos de Grupo Especial de Fiscalização Móvel, no Brasil e na Amazônia Legal (1995-2019). *Revista da Escola Nacional da Inspeção do Trabalho*, Brasília,

2020. Disponível em: <https://enit.trabalho.gov.br/revista/index.php?journal=RevistaEnit&page=article&op=view&path%5B%5D=115> Acesso em: 21 abr. 2021.

SAKAMOTO, Leonardo. O trabalho escravo contemporâneo. *In*: SAKAMOTO, Leonardo (org.). *Escravidão contemporânea*. São Paulo: Contexto, 2020. p. 7-16.

**8. DIREITOS HUMANOS, EMPRESAS
E TRANSFORMAÇÃO**

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**Diálogos multiator para
implementação dos *standards*
interamericanos sobre
Pandemia e Direitos Humanos**

**Multi-actor dialogues to
implement human rights Inter-
American standards on the
Pandemics.**

Ana Carolina Lopes Olsen

Anna Luisa Walter Santana

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

Diálogos multiator para implementação dos *standards* interamericanos sobre Pandemia e Direitos Humanos*

Multi-actor dialogues to implement human rights Inter-American standards on the Pandemics.

Ana Carolina Lopes Olsen**

Anna Luisa Walter Santana***

Resumo

Diante da afetação dos direitos humanos por atividades empresariais, especialmente na crise decorrente da Pandemia de COVID-19, o presente artigo visa propor maior abertura do sistema interamericano ao diálogo com as empresas privadas para a implementação dos *standards* em direitos humanos. Seguindo o método dialético e comparativo, e mediante pesquisa exploratória em fontes bibliográficas e documentais, o artigo parte da Teoria do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) e de seus conceitos chaves como o diálogo enquanto ferramenta essencial para a realização dos direitos humanos. Em seguida, exploram-se avanços interamericanos em matéria de empresas e direitos humanos para demonstrar que há uma abertura no sistema, ainda tímida, mas consistente, em reconhecer as empresas como novos atores essenciais para a proteção dos direitos humanos. Essas iniciativas reforçam a necessidade de um diálogo aberto e participativo entre todos os envolvidos na consolidação de um espaço regional protetivo aos direitos humanos. Ao final, propõe-se diálogos multiator entre empresas, Estados, sociedade civil e a CIDH para a implementação dos *standards* relacionados à pandemia. Conclui-se que, para a implementação efetiva das Resoluções da CIDH, será fundamental a adoção estratégica de diálogos multiator que envolvam as empresas atuantes na América Latina, permitindo uma troca informativa de boas-práticas e, como consequência, produzindo um efeito pedagógico para as empresas relacionados ao seu papel como agente transformador. A contemporaneidade do tema implicou como dificuldade a indicação de dados mais específicos sobre a implementação prática dos diálogos multiator no plano regional, porém o substrato teórico, bibliográfico e documental encontrado a respeito de sua prática, na seara nacional, permite que se compreenda a utilidade da proposta para concretização dos direitos humanos nesse plano. A pesquisa avança nas conclusões já existentes sobre a compatibilidade da teoria do ICCAL com o tema de empresas e direitos humanos para ressaltar a necessidade de um verdadeiro espaço dialógico que envolva, diretamente, as empresas para a implementação dos *standards* interamericanos e na realização dos direitos humanos.

Palavras-chaves: ICCAL; Empresas e direitos humanos; Diálogos multiator; Pandemia.

* Recebido em 30/05/2021
Aprovado em 24/09/2021

** Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, visiting researcher com bolsa no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Professora do Centro Universitário Católica de Santa Catarina.
E-mail: anac.olsen@gmail.com

*** Doutora em Direito pela PUC-PR. Mestre em Direito pela PUC-SP. Visiting Researcher no Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2019). Membro do Conselho Diretivo da Academia Latino-americana de Direitos Humanos e Empresas. Professora de Direito Internacional dos Direitos Humanos na Universidad de los Andes, Colômbia.
E-mail: santana.anna@gmail.com

Abstract

Due to the interference of business actors in human rights in the Pandemic of COVID-19, this article aims to propose a broader opening of the Inter-American Human Rights System to a dialogue with business actors in order to enforce its Resolutions on the Pandemic and Human Rights. It employs the dialectical and the comparative methods and results from an exploratory research in bibliographical and documental data. The study is centered on the theory of *Ius Constitutionale Commune* in Latin America (ICCAL), which presents a broad idea of dialogue as an essential key to implement human rights. The Inter-American System has advanced in the matter of business and human rights notably after the publication of the Business and Human Rights Inform, which foresees and indulges, although timidly, a dialogue among states, civil society and business actors and steps from the possibility of recognizing duties to private companies regarding human rights. The study of multi actor initiatives in the domestic realm as well as the doctrine and international documents recognizing the responsibility of private companies on human rights, the study concludes it is necessary to increment a strategic multi actor dialogue involving them as well as affected social groups, national states and the Inter-American Commission. Such dialogue may promote a pedagogic effect to private companies and foster informative exchange of good practices towards human rights. This research overpasses present conclusions on the compatibility of ICCAL with the business and human rights subject in order to emphasize the necessity of a true dialogical space involving business actors to implement human rights standards on the Pandemics.

Keywords: ICCAL; Business and human rights; Multi-actor dialogue; Pandemics.

1 Introdução

O poder das empresas¹ de impactar os direitos humanos por meio de suas atividades é inquestionável, porém o tema se tornou assunto ainda mais urgente com a crise sanitária e humanitária imposta pela pandemia do COVID-19.

O setor privado pode contribuir, significativamente, para a resposta imediata e, em curto prazo, para a pandemia, bem como para a resiliência necessária em longo prazo. A Pfizer, por exemplo, firmou parceria com a empresa brasileira Eurofarma S.A. para produção de vacinas², assim também a farmacêutica britânica AstraZeneca firmou termo com a brasileira Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz)³. Paralelamente, empresas como a Fitesa adaptaram sua linha de produção para fabricar máscaras.⁴ Empresas de tecnologia estão fornecendo ferramentas digitais cruciais para superar o isolamento social, promover a coesão social e conscientizar sobre as diretrizes de saúde e segurança para lidar com a pandemia.⁵ A Vale, por exemplo, instalou

¹ Para os fins do presente estudo, importam as empresas privadas, aqui compreendidas como que aquelas que detêm capital próprio e atuam no ambiente da iniciativa privada, tendo uma estrutura organizacional de pessoas, patrimônio e práticas destinadas à produção e/ou circulação de bens com finalidade de lucro. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p. 89-119, 2016. p. 94, 98.

² FERREIRA, Paula. Em evento no Ministério da Saúde, governo comemora parceria da Pfizer com empresa brasileira para produção de vacina. *O Globo*, Brasília, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/em-evento-no-ministerio-da-saude-governo-comemora-parceria-da-pfizer-com-empresa-brasileira-para-producao-de-vacina-25172427> Acesso em: 3 set. 2021.

³ VERDÉLIO, Andreia. Fiocruz vai produzir 100 milhões de doses de vacina contra COVID-19: Fundação fez parceria com a britânica AstraZeneca. *Agência Brasil*, Brasília, 01 ago. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-08/fiocruz-vai-produzir-100-milhoes-de-doses-de-vacina-contra-covid-19> Acesso em: 3 set. 2021.

⁴ SALOMÃO, Karin. Como a Fitesa se adaptou para produzir 40 milhões de máscaras por mês. *Exame*, 2 maio 2020. Disponível em: <https://exame.com/negocios/como-a-fitesa-se-adaptou-para-produzir-40-milhoes-de-mascaras-por-mes/> Acesso em: 3 set. 2021.

⁵ CAVALCANTI, Isabella Macário Ferro. Tecnologias em tempos de isolamento social. Belém: RFB, 2020. v. 7. Disponível em: <http://www.rfb.org.br/revista/index.php/revista/article/view/1000>

câmeras térmicas para verificar a temperatura de seus trabalhadores.⁶

Por outro lado, muitos líderes empresariais parecem dispostos a abandonar sua “licença social para operar”, repassando os custos dessa crise para os setores da população que são mais vulneráveis e descumprindo com seu dever de devida diligência em matéria de direitos humanos. O aumento de denúncias de violação de direitos econômicos durante a pandemia evidencia esse quadro.⁷ No Piauí, por exemplo, empresa de transportes deixou de pagar as verbas rescisórias de seus empregados, transferindo esse ônus para o poder público. Foi necessária ação do Ministério Público do Trabalho para evidenciar a responsabilidade empresarial.⁸ Essa abordagem não apenas exacerba o sofrimento humanitário imediato, mas também polariza, ainda mais, nossas sociedades desiguais, criando uma maior desconfiança pública dos mercados, especialmente em regiões como a América Latina em que a pandemia irá aprofundar ainda mais a desigualdade social existente.

Em abril de 2019, no início da pandemia, uma declaração conjunta da OIT, OCDE, OACNUDH, REDESCA da CIDH, UNICEF, Pacto Mundial das Nações Unidas e o Grupo de Trabalho da Onu sobre empresas e direitos humanos já alertava que tanto os Estados da região latino-americana e Caribe como as empresas, os empregados e as organizações de trabalhadores teriam um papel fundamental para o desenho e implementação das respostas para enfrentar a pandemia do COVID-19. Tanto as medidas urgentes como as respostas políticas, em longo prazo, deveriam ser construídas em diálogo com as empresas e demais atores envolvidos⁹.

Nessa mesma direção, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao elaborar as Resoluções destinadas ao enfrentamento da crise de saúde global causada pela doença causada pelo novo coronavírus (COVID-19), destacou o papel fundamental das empresas para a consolidação dos *standards* normativos em direitos humanos. No entanto, o sistema interamericano está pautado pelo enfrentamento das violações de direitos humanos, desencadeadas pela ação ou omissão estatal. Mesmo nos casos em que empresas estão envolvidas nas violações, o sistema se volta mais propriamente para a responsabilização dos Estados. Nesse panorama de desenho institucional mais dirigido à proteção das vítimas em face da atuação estatal, é um desafio envolver, de maneira efetiva, as empresas privadas para a realização dessas medidas, embora elas também sejam responsáveis por violações de direitos humanos, assim como práticas destinadas à sua proteção.

Diante desse quadro, o problema a ser enfrentado por esta pesquisa diz respeito a como comprometer os atores privados com a implementação dos *standards* em direitos humanos apresentados pela CIDH para o enfrentamento da pandemia, considerando-se que as atividades das corporações podem afetar — positiva ou negativamente — a concretização dessas orientações. A hipótese contextualizada, a partir das premissas desenvolvidas pela perspectiva teórica do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) sugere que as respostas para a realização dos direitos humanos devem ser construídas dialogicamente e que investir em um diálogo que ultrapasse os limites dos atores estatais e das cortes para abarcar, igualmente, os atores privados e a sociedade civil — considerando que os desafios lançados pela pandemia exigem esforços conjuntos

ps://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/38163/1/Livro%207_Tecnologias%20em%20tempos%20de%20isolamento%20social.pdf Acesso em: 3 set. 2021.

⁶ VALE. *Vale instala 81 câmeras térmicas nas portarias para identificar pessoas com sintoma de Covid-19*. 2020. Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/vale-instala-81-cameras-termicas-nas-portarias-para-identificar-pessoas-com-sintoma-de-covid-19.aspx> Acesso em: 3 set. 2021.

⁷ MPT recebe quase 8 mil denúncias de violações trabalhistas durante período de pandemia. *Rede Brasil Atual*, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2020/04/mpt-recebe-quase-8-mil-denuncias-de-violacoes-trabalhistas-durante-periodo-de-pandemia/> Acesso em: 4 set. 2021.

⁸ BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Após ação do MPT, Justiça decide que demissões durante a pandemia serão custeadas por empresas*. Disponível em: <https://www.prt22.mpt.mp.br/informe-se/doacao/2-uncategorised/504-apos-acao-do-mpt-justica-decide-que-demissoes-durante-a-pandemia-serao-custeadas-por-empresas> Acesso em: 4 set. 2021.

⁹ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO et al. *Pacto Mundial de las Naciones Unidas y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Declaración conjunta uniendo fuerzas en América Latina y el Caribe para ayudar a minimizar la crisis del Coronavirus (COVID-19) y fomentar empresas responsables y sostenibles. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WG/JointCoronavirusStatement_es.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.

com perspectivas inovadoras — poderia superar as concepções de antagonismo entre empresas privadas e direitos humanos.

É nessa perspectiva que os diálogos multiator¹⁰, aqui compreendidos como uma prática dialógica colaborativa que congrega todos os atores envolvidos em situações concretas nas quais são afetados seus direitos e interesses¹¹, configura-se como um procedimento capaz de impulsionar soluções em direitos.

Assim, a fim de responder ao problema de pesquisa, o presente estudo defende a necessidade de um incremento do diálogo entre as empresas, Estados, sociedade civil e o sistema interamericano para a implementação das medidas relacionadas à pandemia. Os diálogos multiator já se verificam como uma prática, embora ainda incipiente, no plano doméstico dos Estados, notadamente em iniciativas relacionadas a elaboração dos Planos Nacionais de Ação sobre Empresas e Direitos Humanos. Iniciativas nesse sentido apontam que os diálogos multiator podem ter seu alcance majorado se encontrar correspondência também no plano regional, considerando-se que, no sistema interamericano, as assimetrias entre os atores envolvidos — déficits de representatividade de trabalhadores, envolvimento de grupos vulneráveis, posse de informações privilegiadas — podem ser contemporizados com o *victim centered approach* adotado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

O presente artigo empregou o método dialético e comparativo, considerando-se que promove análise das questões envolvendo direitos humanos e empresas, a proposta de diálogos multiator em contextos práticos assim como no contexto atual da pandemia de COVID-19, e comparações não exangues nem exaustivas entre os diálogos travados entre empresas, sociedade civil e Estado no plano interno e a potencialidade para o nível regional do direito interamericano. A pesquisa envolve temáticas em elaboração e movimento, como o *Ius Constitutionale Commune* Latino-americano, assim como a regulamentação internacional dos deveres assinalados às empresas, de modo que a proposta corresponde a uma tese já posta para discussões futuras, sem pretensão de esgotar o tema. Nessa linha, realizou-se pesquisa exploratória e explicativa baseada em fontes bibliográficas e documentais.

Para cumprir com esse objetivo, a presente pesquisa assumiu posição normativa e foi construída em três partes.

Em um primeiro momento, apresentaram-se os elementos centrais do projeto do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), como emergente do constitucionalismo multinível e direcionado materialmente ao combate à exclusão social. Essa premissa exige uma articulação dos diversos atores presentes no espaço público e também nos espaços privados, de modo que o estudo explora a necessidade de avançarmos na construção de *corpus iuris* interamericano que reconheça as empresas privadas como importante ator para a proteção dos direitos humanos na região e esteja aberto ao diálogo com estes atores.

Em um segundo momento, o artigo descreve alguns avanços significativos no sistema interamericano sobre o tema de empresas e direitos humanos, impulsionados pelas iniciativas no âmbito do sistema universal, que reforçam a necessidade de uma implementação dialógica da responsabilidade empresarial em matéria de direitos humanos que, verdadeiramente, garanta a proteção dos direitos humanos na América Latina.

Por fim, o artigo aborda as resoluções emitidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a respeito da pandemia com foco dirigido às recomendações que tocam as empresas a fim de demonstrar a necessidade de chamar ao diálogo atores privados que foram considerados destinatários de obrigações em direitos humanos. Com base na análise crítica de exemplos de algumas iniciativas de diálogos multiator

¹⁰ Neste trabalho, o termo foi usado no plural pois esses diálogos se materializam em diversos momentos, correspondendo a uma estratégia de atuação plural, não pontual nem singular, mas contínua e múltipla.

¹¹ NÚÑEZ VARÓN, Jaidivi. *Evaluación de las condiciones deseables para la participación en plataformas de diálogo multiactor entre comunidades, gobierno, sociedad civil y empresas extractivas en Guatemala*. 2014. Tese (Doutorado em Acción sin Daño y Construcción de Paz) - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014. p. 23. Disponível em: <https://168.176.18.21/bitstream/123456789/706/1/Jaidivi%20Núñez-Trabajo%20de%20Tesis.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

ocorridas no plano doméstico, propõe-se o envolvimento das empresas privadas na implantação desses *standards* por meio da adoção estratégica de diálogos multiator também no cenário interamericano, mediante a coordenação da CIDH e envolvendo as principais empresas atuantes na América Latina, representantes dos Estados e os grupos sociais mais diretamente afetados.

2 A tarefa urgente de construção de um *ius commune* interamericano em matéria de empresas e direitos humanos e uma abertura aos diálogos multiator

Um dos grandes desafios do direito público no contexto da globalização é a identificação de formas de poder com o potencial de afetar direitos humanos que são distintas do poder estatal¹² e que obrigam uma reestruturação na maneira com que tradicionalmente pensamos as instituições de proteção aos direitos humanos¹³. O grande poder das empresas privadas¹⁴, sem dúvida alguma ocupa, esse espaço e reforma a agenda do direito público nacional e internacional.

A relação dos Estados com as empresas privadas impõe que a proteção aos direitos humanos, em sua compreensão multinível, envolva outros atores distintos do Estado. A globalização pulverizou as cadeias de produção, abrindo espaço para empresas transnacionais influenciarem, diretamente, a fruição ou a violação de direitos dentro dos Estados. Porém, se os Estados assumiram responsabilidades perante a comunidade internacional pela violação de direitos humanos, esse fato não se verificou com as empresas.¹⁵

Especialmente na América Latina, em que as economias estatais são fracas e dependentes do investimento proveniente de capitais estrangeiros, observou-se a atuação de empresas a impactar, diretamente, a realidade social doméstica, inclusive provocando o enfraquecimento da rede protetora de direitos com exigências de menor custo em direitos trabalhistas ou proteção ambiental.¹⁶ Vige uma constante tensão entre compromissos bilaterais assumidos pelos Estados em relação aos investidores internacionais, com promessas de vantagens e facilidades (especialmente no tocante à exploração de recursos minerais como água potável), e a preservação e proteção dos direitos das populações diretamente afetadas.¹⁷ As prerrogativas reconhecidas a esses atores privados, contudo, não equivalem a mecanismos eficientes de responsabilização em caso de violações de direitos humanos. E o quadro de desestruturação que compromete a capacidade de fiscalização e cobrança pelos Estados se enfraqueceu após a pandemia da doença causada pelo novo

¹² SERNA DE LA GARSA, José María. EL concepto del *ius commune* latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. Mexico: Porrúa, 2013. p. 25-48. p. 25-48.

¹³ Batista destaca que esta interação de vozes e pluralidade de atores coloca em crise alguns pilares como o próprio conceito de direito e de fontes jurídicas e acontece principalmente nos âmbitos tradicionalmente estatais de atuação no direito, como o direito internacional público. BATISTA, Gabriela Garcia Lima. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 216-229, 2014. p. 217.

¹⁴ O foco do presente estudo se dirige a grandes empresas transnacionais, pelo grau de impacto que geram nos Estados, tanto em sentido econômico quanto em produção de danos a direitos humanos, assim como pelas condições concretas de integrar diálogos multiator no nível internacional. Todavia, a agenda de direitos humanos interessa a todas as empresas, seja qual for o seu tamanho, como bem ressalta Melina Fachin. FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p.324-339, 2020. p. 330.

¹⁵ OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações a Direitos Humanos por Empresas Transnacionais na América Latina. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, ano 7, n. 13, p. 131-131, jan./jun. 2019.

¹⁶ No Brasil são exemplos a Reforma Trabalhista mediante a Lei n. 13.467/2017, e o Projeto de Lei sobre licenciamento ambiental (PL 3729/2004).

¹⁷ VICARI GANA, Vicente. *Ius Constitutionale Commune en América Latina y constitucionalismo transformador: una invitación al diálogo con el derecho económico internacional*. *Anuário de Derechos Humanos*, v. 16, n. 1, p. 131-141, 2020. p. 132. Na mesma linha, FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p.324-339, 2020. p. 329.

coronavírus.¹⁸

Por essa razão, Wettstein afirma que uma justiça cosmopolita, em um mundo interdependente como o nosso, não se pode realizar no marco de um estatismo político e institucional e em lugar de limitar qualquer enfoque à ação estatal, a busca pela justiça exigirá atenção a todos os atores que possam contribuir para a realização dos direitos¹⁹. Corroborando os estudos realizados por Fachin, parte-se da premissa da “necessidade da abertura da agenda dos direitos humanos para novos atores do ramo empresarial”.²⁰ Essa perspectiva inclusiva, contudo, não permite deslocar o tema do âmbito do direito público, na medida em que as relações negociais que impactam em direitos humanos devem ser tratadas sob o marco do direito público internacional.²¹

De fato, as empresas, em razão do poder político, econômico e tecnológico que possuem, podem contribuir para o desenvolvimento social e econômico das comunidades onde atuam, mas podem afetar, negativamente, os direitos humanos em razão de suas atividades²². Esse reconhecimento exige uma abertura, na agenda dos sistemas de proteção aos direitos humanos, à construção de *standards* comuns sobre o tema que possam cumprir duas funções: fortalecer os Estados para fazer frente às violações a direitos humanos cometidas por empresas²³ e criar um marco mais uniforme aplicável a todos os Estados e empresas.

Além disso exigirá diálogos que também incorporem esse novo ator à implementação desses *standards*. Conforme Godoy e Mello, embora as empresas atuem em conformidade com as regras do livre mercado, desempenham inequívoca “função social”, inclusive tendo uma atuação relevante em relação à realização de direitos sociais como saúde e educação. Significa reconhecer que

as empresas, assim, são, também, importantes meios para alcançar os fins fixados pela agenda da profusão de direitos fundamentais [direitos humanos], constatando-se mais uma face de sua dinâmica posição enquanto agente de transformação.²⁴

O marco teórico do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL²⁵) é um sustento importante para a realização da promoção desse diálogo em âmbito interamericano na medida em que propõe o sistema interamericano como um espaço de interação de distintos atores envolvidos na proteção dos direitos huma-

¹⁸ TOLE MARTÍNEZ, Julián; LANCHEROS SÁNGHEZ, Paula. Empresas BIC en Colombia: una luz en la implementación de los estándares interamericanos en ddhh y empresas. *Revista Homa Publica: Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, v. 5, n. 1, jun. 2021. p. 6.

¹⁹ WETTSTEIN, Florian. *Multinational corporations and global justice: human rights obligations of a quasi-governmental institution*. Reino Unido: Stanford University Press, 2009. p. 22.

²⁰ FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p.324-339, 2020. p. 326.

²¹ VICARI GANA, Vicente. *Ius Constitutionale Commune en América Latina y constitucionalismo transformador: una invitación al diálogo con el derecho económico internacional*. *Anuário de Derechos Humanos*, v. 16, n. 1, p. 131-141, 2020. p. 132

²² SANTANA, Anna Luisa Walter; PAMPLONA, Danielle Anne. Contribuições do ICCAL: o constitucionalismo transformador frente às violações de direitos humanos por empresas. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do direito econômico internacional*. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 179-192.

²³ SANTANA, Anna Luisa; PAMPLONA, Danielle Pamplona. Empresas y derecho humanos: estrategias del ICCAL (*Ius Constitutionale Commune en América Latina*) para el fortalecimiento de los Estados y consolidación de un constitucionalismo transformador en América Latina. In: CHUERI, Vera de Karam de; VAN DER BROOKE, Bianca M Schneider. *Constitucionalismo transformador en América Latina*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021. p. 31–56; PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 22-31, ago. 2019.

²⁴ GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p. 89-119, 2016. p. 94, 108.

²⁵ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada al Ius Constitutionale Commune in Latin America*. *Revista Derecho del Estado*, v. 34, p. 3-50, 2015; BOGDANDY, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 17-54.

nos e definidor de *standards* comuns que, respeitando os diferentes contextos dos países da região, sirvam de pautas comuns para o avanço da proteção dos direitos em nossa região.

O projeto desenvolvido em conjunto por juristas latino-americanos e europeus do Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público, assim como juízes interamericanos, baseia-se na tríade composta por objetivos, conceitos-chave e desafios. Entre os objetivos centrais do ICCAL, estão a promoção e observância dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito (capacidade emancipatória do direito), a concretização de um Estado aberto ao direito internacional e às instituições internacionais²⁶ e a formação de instituições internacionais eficazes e legítimas²⁷.

O surgimento de um *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, defendido pelo projeto, é o resultado da combinação de três fatores importantes: em primeiro lugar, o crescente fortalecimento do sistema interamericano e o impacto transformador de sua jurisprudência na região; em segundo lugar, a adoção de constituições nacionais na região que contenham cláusulas de abertura que facilitem o diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos e, finalmente, o fortalecimento da sociedade civil na luta pelo direito e pela justiça²⁸.

Em geral, o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina tem três dimensões. Uma função analítica, que descreve um fenômeno comum na região, emergido da interação e confluência entre o direito nacional e o internacional, em busca de um objetivo comum: um constitucionalismo transformador. Para tanto, vincula a Convenção Americana sobre Direitos Humanos com os demais instrumentos jurídicos interamericanos, com as garantias estabelecidas nas constituições nacionais, com as cláusulas constitucionais de abertura do ordenamento jurídico interno ao direito internacional e com a jurisprudência nacional e internacional pertinente²⁹.

O ICCAL assume, também, uma posição normativa que, por meio dos mecanismos de difusão dos *standards* comuns de direitos humanos, compensação dos déficits nacionais e o fomento de uma nova dinâmica de empoderamento dos atores sociais, visa à concretização de promessas materiais não cumpridas nas constituições nacionais na América Latina. O objetivo prático do ICCAL é cumprir as garantias estabelecidas nas constituições nacionais e fazer com que os países da região façam parte de uma estrutura de apoio mútuo.

A terceira dimensão do ICCAL é acadêmica. Numa perspectiva comparada e orientada metodologicamente aos princípios concretos e à tríade — direitos humanos, democracia e Estado de direito —, o ICCAL tem os direitos como foco principal e objetivo³⁰.

A sistematização dos conceitos-chave gira na órbita do diálogo, da inclusão e do pluralismo jurídico e tem como características essenciais uma concepção integral do direito público, a argumentação baseada em princípios e uma maior relevância atribuída ao direito comparado³¹.

²⁶ O Estado e a soberania se adaptam as instituições nacionais contemporâneas, mas não desaparecem. PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 22-31, ago. 2019. p. 296.

²⁷ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; RAMIRÉZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (coord). *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2014. p. 774-777. p. 774.

²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges and perspectives*. In: BOGDANDY, Armin von et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Nueva York: Oxford University Press, 2017. p. 49-65. p. 52.

²⁹ BOGDANDY, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism*. In: BOGDANDY, Armin von et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Nueva York: Oxford University Press, 2017. p. 3-26. p.4.

³⁰ BOGDANDY, Armin von et al. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 17-54. p. 20.

³¹ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; RAMIRÉZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (coord). *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. México: Instituto de Investiga-

Como já destacado por Pamplona³², os três conceitos-chave do ICCAL marcam uma relação muito profunda com o tema de empresas e direitos. O conceito de exclusão está em conformidade com os objetivos dos estudos sobre empresas e direitos humanos. O pluralismo jurídico, ao rejeitar as respostas do monismo e pluralismo, permite a relação estável necessária entre diferentes sistemas jurídicos³³. No âmbito do ICCAL, as relações entre o sistema regional de direitos humanos, os sistemas constitucionais dos Estados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos têm sido de complementariedade e cooperação. Porém, a complexidade das relações jurídicas e a urgência de se preservar direitos humanos, em um mundo capitalista globalizado, demanda que temas de Direito Comercial Internacional e Direito Internacional de Investimentos sejam interpretados em consonância com normas de direitos humanos, em especial, com o *corpus iuris* interamericano para as relações econômicas presentes na América Latina.³⁴

E, por fim, a concepção dialógica que não exclui a interação entre órgãos interamericanos, Estados e atores privados a partir do compromisso com direitos humanos. Como destaca Mello, o constitucionalismo transformador e o ICCAL correspondem, justamente, a esse direito desenvolvido por meio da interação de múltiplos atores constituindo o que se designa constitucionalismo em rede em que as cortes e órgãos estatais e internacionais interagem com uma infinidade de outros atores³⁵. A realização da dimensão transformadora no sistema interamericano implica uma construção marcadamente dialógica em que os órgãos interamericanos assumem um papel articulador.³⁶

Os órgãos do sistema interamericano já vêm se abrindo a esses diálogos. Vale ressaltar, por exemplo, a Opinião Consultiva n. 18 sobre direitos de migrantes indocumentados, em que a Corte Interamericana assinala de forma expressa a vinculação do direito à igualdade e não discriminação a particulares.³⁷ Ademais, no caso *Empregados da Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus e familiares vs. Brasil*, em que a exploração do trabalho infantil e de mulheres sem os cuidados necessários gerou uma explosão que causou a morte de 64 vítimas, a Corte aplicou expressamente ao caso os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, evidenciando o compromisso dos atores privados com as normas convencionais de direitos humanos³⁸.

ciones Jurídicas (UNAM), 2014. p. 774-777. p. 774.

³² PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 22-31, ago. 2019. p. 296.

³³ “La metodología del ICCAL, basada en la interacción entre el derecho nacional, internacional y comparado, es un importante aporte para la superación de una visión conflictiva per se que existe entre empresas y derechos humanos”. SANTANA, Anna Luisa Walter de. *Intermediarios de internet y derechos humanos: contribuciones del Sistema Interamericano en la construcción de estándares comunes para la promoción de la libertad de expresión en América Latina*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. p. 192. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/000092/000092e5.pdf> Acesso em: 01 maio 2021.

³⁴ Uma análise de como se deve realizar este relacionamento foge ao escopo do presente artigo, porém é premente a necessidade de buscar harmonizar temas da ordem dos investimentos econômicos com a proteção dos direitos humanos. GÓNGORA-MÉRA, Manuel Eduardo. El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONI-AZZI, Mariela. *Constitucionalismo transformador, inclusión e derechos sociales*. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 92-93.

³⁵ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 252-283, 2019. p. 259.

³⁶ A construção dialogada dos standards em direitos humanos requer da Corte Interamericana a harmonização do pluralismo político a partir de diálogos que incorporam standards nacionais protetivos e direcionam a interpretação do corpus iuris interamericano. Na dimensão transformadora, a Corte Interamericana tem se articulado à sociedade civil notadamente nos processos contenciosos, pela via dos procedimentos de cumprimento de sentença, a partir da lógica de que as soluções devem ser produzidas por todos os envolvidos com as obrigações de respeitar e promover direitos humanos. OLSEN, Ana Carolina Lopes; KOZICKI, Katya. O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos na construção dialogada do Ius Constitutionale Commune na América Latina. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Serie A No. 18. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf> Acesso em: 24 maio 2021.

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus Vs.*

Entendemos que o diálogo como conceito-chave do ICCAL nos permite avançar na construção de uma responsabilidade empresarial verdadeiramente efetiva e comprometida com uma agenda transformadora. Diferente da responsabilidade social corporativa, historicamente centrada na voluntariedade corporativa, a abordagem de empresas e direitos humanos se constrói entre as empresas, os Estados e a sociedade civil, para validar a conduta corporativa em relação aos princípios de direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Essa vinculação não se daria em razão de alguma vantagem competitiva para as empresas, mas em virtude da ideia de dever. Segundo Gonçalves e Pedra, a perspectiva que traz as empresas para o campo dos direitos humanos implica o reconhecimento de serem destinatárias de “deveres humanos internacionais”: uma

categoria normativa internacional fundada na solidariedade, que impõe condutas proporcionais a aqueles submetidos à ordem democrática internacional, passíveis ou não de sanção, com a finalidade de promoção de direitos fundamentais.³⁹

Entretanto, como salienta Fachin, a justificativa econômica para o investimento das empresas em uma atuação fundada na proteção dos direitos humanos também poderia agregar a essa perspectiva dialógica.⁴⁰ Não pode o respeito aos direitos humanos gravitar em torno da dependência de uma vantagem econômica para as empresas, mas, se essa vantagem representar um chamariz para o diálogo, os processos transformadores podem abrir espaço para inovação no respeito a esses direitos.

Assim, para que os atores privados ingressem no diálogo a fim de estabelecer as melhores práticas e implementar suas obrigações em direitos humanos, eles precisam não necessariamente ver vantagem econômica no processo, mas sim se reconhecer como autênticos destinatários dessas obrigações.

Segundo a lógica comprometida com inclusão e combate à desigualdade social que informa o ICCAL, na medida em que os Estados são obrigados a observar e respeitar as normas de direitos humanos, demandam de atores privados (empresas) sob sua jurisdição esse compromisso.⁴¹ Essa relação revela uma tensão entre interesses de lucro e proteção dos direitos, a qual não precisa levar a rupturas mas pode ser promissora em avanços progressivos se houver participação ativa das empresas nos planos estatais de implementação de direitos.⁴² Como observam Gonçalves e Pedra, a necessidade de se pensar obrigações para empresas no plano internacional decorre de uma “lacuna de governança”, já que “a lei ou regulações puramente estatais care-

*Brasil: exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de julho de 2020. Serie C No. 407. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf Acesso em: 24 maio 2021. A Corte Interamericana mencionou pela primeira vez expressamente os Princípios Ruggie no Caso Kaliña y Lokono vs Surinam em 2015, onde reconheceu que foram as atividades mineiras que geraram as afetações ao meio ambiente. O Estado foi condenado a reabilitar a zona afetada de maneira conjunta com a empresa e deveria estabelecer mecanismo claros de supervisão e fiscalização das atividades de reabilitação realizadas pela empresa. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam*. Sentença de 25 de novembro de 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf Acesso em: 24 maio 2021.*

³⁹ Os autores associam a ideia de “dever humano internacional” à teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais — compreendidos no plano internacional — e com isso afirmam a possibilidade de se reconhecer às empresas privadas a atribuição de deveres em direitos humanos no plano internacional. GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 519-537, 2020. p. 523.

⁴⁰ É o que reconhece Melina Fachin: Portanto, seja pelo aspecto ético, pelo plano legal ou pelo fator econômico, certo é que o respeito aos direitos humanos é benéfico à atividade empresarial. Não há, então, juízo de valor nas justificativas elencadas que não se excluem. Se puder ser um ganha/ganha — em termos de lucros e direitos humanos, tanto melhor. FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p.324-339, 2020. p. 334.

⁴¹ SCHÖNSTEINER, Judith. Empresas y derechos humanos: lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune. In: BOGDANDY, Armin von; SALAZAR UGARTE, Pedro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; EBERT, Franz Christian. *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018. p. 398-399. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/5078> Acesso em: 25 maio 2021.

⁴² Em estudo realizado pelo Comité Mineiro e Energético (CME), Guías Colombia Empresas, DH y DIH, e Pacto Global Red Colombia demonstra que empresas podem ter benefícios econômicos com o cumprimento das normas de direitos humanos, como queda nas taxas de absentismo, acidentes de trabalho e erros na produção. COMITÉ MINERO ENERGÉTICO *et al. La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos: una lectura práctica de las iniciativas multiactor en Colombia*. p. 4-5. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11520/23426> Acesso em: 24 maio 2021.

cem das ferramentas para enfrentar a questão das externalidades transnacionais.” O contexto em que essas externalidades se produzem é particularmente complexo e demanda informações técnicas de propriedade precisamente das empresas. Assim, “convidar as corporações para, voluntariamente, se unir aos esforços é, também, uma estratégia para acessar as informações faltantes”⁴³ — e mais além, como se propõe nesse estudo, o ingresso das corporações nas estratégias de implementação das normas de direitos humanos pode abrir caminhos que não estão visíveis para os Estados ou para os órgãos internacionais.

A ausência de coordenação e diálogo, entre os níveis internacional, regional e nacional e que envolva todos os atores interessados pode criar um ambiente regulatório incoerente, ineficaz e, além disso, muito distante daqueles que deveriam ser os verdadeiros beneficiários dessas normas: as pessoas que cotidianamente veem seus direitos afetados pelas atividades empresariais. Além disso, o espaço latino-americano proposto pelo ICCAL não apenas interliga os órgãos do sistema interamericano com as cortes e tribunais nacionais, como também com outras instituições nacionais e internacionais, a sociedade civil e outros atores políticos.

Em seu labor de monitoramento do cumprimento das normas de direitos humanos, realizado por meio de visitas locais e audiências públicas, a CIDH entra em contato com diversos setores da sociedade, adotando uma estratégia inclusiva que congrega diversos órgãos estatais, vítimas e associações civis.⁴⁴ Na medida em que urge a construção de consensos em torno da implementação das normas de direitos humanos, o envolvimento de empresas pode assumir um papel pedagógico que reforça a horizontalidade dos direitos humanos, a fim de que suas normas de fato comprometam a sociedade como um todo.

Portanto, descrever e promover essas interações é importante não somente para o projeto ICCAL mas para a superação de crises mais imediatas como a pandemia do COVID-19.

De fato, o sistema interamericano, com base nos avanços expressivos da última década, na matéria em âmbito universal, não parece estar alheio a essa realidade e tem trazido à tona a necessidade de avançarmos na responsabilidade das empresas em respeitar direitos humanos e de incorporar este novo ator global aos debates sobre os direitos humanos, por meio de diálogos participativos e transparentes.

3 Avanços do sistema interamericano para a construção de um *ius commune* sobre empresas e direitos humanos: uma chamada aos diálogos multiator

Os sistemas de proteção aos direitos humanos vêm há bastante tempo se ocupando⁴⁵ da relação entre empresas e direitos humanos, mas foi a uma década atrás que o sistema universal deu seu passo mais importante. Em 2011, a aprovação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos⁴⁶ (Princípios Ruggie ou Princípios Orientadores), no Conselho de Direito Humanos das Nações Unidas, marcou o início do estabelecimento de uma plataforma comum mundial no tema de empresas e direitos humanos. Os Princípios Ruggie não criam obrigações em âmbito internacional, mas integram as obrigações já existentes em um modelo único e coerente que reconhece a indissociabilidade da responsabilidade das empresas e das

⁴³ GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant’Ana. Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 519-537, 2020. p. 530.

⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. Comissão Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (org.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020.

⁴⁵ CANTÚ RIVERA, Humberto Fernando. Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 13, n. 13, p. 313-354, 2013. p. 318.

⁴⁶ NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Princípios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos*: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”. A/HRC/17/31 de 21 de marzo de 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf Acesso em: 23 maio 2021.

obrigações dos Estados para garantir uma maior proteção em matéria de direitos humanos.

Os Princípios Ruggie trazem, em sua redação, uma pauta bastante dialógica. Demandam que a análise dos riscos de violações de direitos humanos pelas empresas inclua a consulta a grupos potencialmente afetados e outras partes interessadas (18.b), exigem igualmente, para a verificação da eficácia das medidas de prevenção, a consulta às partes afetadas (20.b), exigem uma comunicação externa das medidas que as empresas estão tomando para enfrentar os impactos de suas atividades sobre os direitos humanos (21) e, ainda, exigem diálogo e participação das empresas com grupos afetados para a formulação de mecanismos de reparação (31. h). Além do mais, a necessidade de consultar as partes afetadas é um elemento essencial da *due diligence* em direitos humanos corporativa apresentada pelos princípios.

Para John Ruggie, a própria construção dos princípios norteadores se baseia na constatação de que a conduta empresarial na esfera global se configura justamente em uma governança policêntrica, que incorpora um sistema nacional e internacional de direito público, uma governança civil com participação daqueles afetados pelas atividades das empresas e pela governança corporativa. Os três sistemas de governança (direito estatal nacional e internacional, governança corporativa e um sistema de governança envolvendo as pessoas afetadas pelas empresas), propostos por Ruggie nos Princípios Orientadores, requerem uma integração total para funcionar de forma adequada e eficaz.⁴⁷

No mesmo sentido, o Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos da ONU, responsável pela implementação dos Princípios Ruggie, igualmente destaca que a implementação dos princípios orientadores requer um diálogo sistêmico e o exame de possíveis formas de cooperação entre os diferentes atores⁴⁸.

O sistema interamericano de proteção aos direitos, atento aos avanços internacionais, não demorou em pontuar a importância do tema de empresas e direitos humanos na região latino-americana⁴⁹. Importante ressaltar que a própria Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) de 1948 já contemplava um artigo dirigido exclusivamente às empresas transnacionais⁵⁰, mas foi, no ano de 2016, impulsionado pela aprovação dos Princípios Ruggie, que a Organização dos Estados Americanos aprovou a Resolução 2887⁵¹ que solicitava à CIDH um estudo sobre os *standards* interamericanos sobre empresas e direitos humanos. Fundado na análise da Convenção, jurisprudência e informes emanados do sistema interamericano, esse estudo deveria servir de insumos aos Estados em suas iniciativas nacionais sobre o tema. Por fim, a resolução instou ao Comitê Jurídico Interamericano realizar uma recopilação de boas práticas, iniciativas, legislações e desafios que pudessem ser utilizados como alternativa para o tratamento do tema.

⁴⁷ FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p.324-339, 2020. p. 332.

⁴⁸ “[...] un diálogo sistemático y analice de los posibles ámbitos de cooperación con los gobiernos y todos los interlocutores pertinentes, incluidos los órganos de las Naciones Unidas, los organismos especializados, los fondos y los programas, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, el Pacto Mundial, la Organización Internacional del Trabajo, el Banco Mundial y su Corporación Financiera Internacional, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y la Organización Internacional para las Migraciones, así como con las empresas transnacionales y otras empresas, las instituciones nacionales de derechos humanos, los representantes de los pueblos indígenas, las organizaciones de la sociedad civil y otras organizaciones internacionales regionales y subregionales. NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. A/ HRC/17/ L.17/ Rev.1 de 15 de junho de 2011. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G11/141/94/PDF/G1114194.pdf?OpenElement> Acesso em: 23 maio 2021.

⁴⁹ Desde 2002 a Assembleia General da OEA aprova resoluções que convidam os Estados a realizar ações em tema de responsabilidade empresarial. Ver: AG/RES. 1871 (XXXII-O/02), AG/RES. 1953 (XXXIII-O/03), AG/RES. 2013 (XXXIV-O/04), AG/RES. 2123 (XXXV-O/05), AG/RES. 2194 (XXXVI-O/06), AG/RES. 2336 (XXXVII-O/07), AG/RES. 2483 (XXXIX-O/09) y AG/RES. 2554 (XL-O/10); AG/RES. 2753 (XLII-O/12), AG/RES. 2687 (XLI-O/11) y CIDI/RES. 276 (XVII-O/12).

⁵⁰ Art. 36: “Las empresas transnacionales y la inversión privada extranjera están sometidas a la legislación y a la jurisdicción de los tribunales nacionales competentes de los países receptores y a los tratados y convenios internacionales en los cuales éstos sean Parte y, además, deben ajustarse a la política de desarrollo de los países receptores”.

⁵¹ NAÇÕES UNIDAS. *Promoción y Protección de Derechos Humanos*. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16.) Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

O Comitê divulgou seu estudo em uma resolução e um informe⁵² estabelecendo que as empresas, mais do que cumprir com as leis nacionais onde operam, devem respeitar os direitos humanos:

por tal motivo, las Empresas están en la obligación de respetar, proteger y hacer cumplir los derechos humanos tal como lo deben hacer los Estados, para lo cual es necesario que conozcan la normativa internacional no solo sobre Empresas, sino que también sobre derechos humanos. De tal manera, que las empresas tienen el deber de respetar los derechos humanos, lo que implica tanto la obligación de abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros, como la necesidad de hacer frente a las consecuencias negativas sobre los mismos en las que tengan alguna participación⁵³.

Esses avanços demonstram que o sistema interamericano não está desconectado dos problemas que atingem a região⁵⁴ e da necessidade de avançar na agenda de direitos humanos e empresas. Não obstante, para alguns autores, o sistema interamericano segue sendo marcadamente estatocentrista e de concepção muito vertical, como adverte Carrillo Santarelli⁵⁵.

No âmbito da CIDH, o estudo solicitado pela Resolução 2887 de 2016 foi incumbido à Relatoria DES-CA, criada em 2017. A relatoria se encarregou do tema e, em um primeiro momento, realizou uma consulta para que todos os interessados pudessem enviar suas contribuições sobre o tema. A realização do informe se tornou prioritária na agenda da Relatoria que reconheceu que um olhar regional aos *standards* e princípios universais era fundamental⁵⁶.

Em novembro de 2019, a CIDH celebrou o 174º Período de Seções e a terceira edição do III Foro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em Quito, no Equador, organizado conjuntamente pela CIDH e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Durante o Foro, a REDESCA apresentou seu informe intitulado “Empresas e Direitos Humanos” que foi publicado em fevereiro de 2020⁵⁷.

O informe buscou identificar e estabelecer alguns *standards* interamericanos em matéria de empresas e direitos humanos e, devido à competência do próprio sistema interamericano, se enfocou nas obrigações dos Estados e, portanto, no primeiro pilar dos Princípios Orientadores da ONU. No entanto, não deixou de mencionar e esclarecer os efeitos — em graus e alcances diferentes dos exigidos pelos Estados — que as violações de direitos humanos podem produzir nas empresas com base nos instrumentos interamericanos.

O informe começou seu texto apostando — assim como seu correspondente no sistema universal — em diálogos multitor para a criação de parâmetros vinculantes dirigidos ao efetivo respeito aos direitos humanos e o exercício de uma devida diligência em matéria de direitos humanos. O texto destacou:

[...] un compromiso público y de buena fe de las empresas resultan esenciales para fortalecer las iniciativas que se lleven adelante, así como la construcción de confianza entre las empresas, autoridades

⁵² ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos*. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marco de 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-doc_522-17_rev2.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

⁵³ ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos*. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 marco de 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-doc_522-17_rev2.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

⁵⁴ “Isso demonstra que o Sistema Interamericano não está alienado do problema que atinge a região latino- -americana, todavia, necessário seria encontrar meios de fortalecer o Estado para que pudesse carrear a ideia de Estado de Direito e de respeito por direitos humanos, identificando modos de desobstruir o papel dos Estados frente a esse ‘novo’ ator internacional”. PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 22-31, ago. 2019. p. 294.

⁵⁵ CARRILLO SANTARELLI, Nicolás. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano. In: CANTÚ RIVERA, Humberto. *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. San José: IDH, 2017. p. 87-118. p. 97.

⁵⁶ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatoria Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Sesión Extraordinaria CAJP, Empresas y Derechos Humanos: presentación sobre derechos humanos y empresas*. 2018. Disponível em: <http://scm.oas.org/pdfs/2018/CP38733T.pdf> Acesso em: 24 maio 2021.

⁵⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

y la población, de forma que se trascienda la visión de responsabilidad social empresarial tradicional hacia parámetros vinculantes dirigidos al efectivo respeto de los derechos humanos y el ejercicio de la debida diligencia en materia de derechos humanos. La amplia participación de la sociedad civil, personas defensoras de derechos humanos, comunidades afectadas y víctimas de violaciones a los derechos humanos, como la voluntad política de las autoridades en todos sus niveles también son y serán factores imprescindibles para avanzar esfuerzos nacionales, regionales y universales en la materia al brindar oportunidades de prevención, y asegurar el acceso a la justicia y reparación efectiva para quienes se vean afectados.⁵⁸

Nesse sentido, o próprio informe, organizado em nove partes, foi desenvolvido após amplo diálogo com a sociedade civil, autoridades estaduais, representantes da academia e a realização de diversas audiências públicas para identificar os desafios existentes no campo das empresas e dos direitos humanos⁵⁹. No capítulo destinado à análise de temas prioritário para a região, ao referir-se às empresas de tecnologia, o informe destacou que os problemas relacionados às novas tecnologias somente seriam superados por meio de diálogo participativo e transparente entre todas as partes interessadas, incluídas as empresas de tecnologia, defensores de direitos humanos e academia⁶⁰.

Inicialmente, o informe adotou onze critérios gerais de direitos humanos relacionados com o campo dos negócios e dos direitos humanos: a centralidade da pessoa e da dignidade humana, as características de universalidade, indivisibilidade, interdependência e inter-relação dos direitos humanos, igualdade e não discriminação, o direito ao desenvolvimento, o direito a um meio ambiente saudável, o direito de defender os direitos, a transparência e o acesso à informação, o direito à consulta livre, prévia e informada e mecanismos gerais de participação, prevenção e devida diligência em direitos humanos, responsabilidade e eficácia reparação, extraterritorialidade e, por último, combate à corrupção.

O informe enfatizou a responsabilidade dos Estados como os primeiros garantes para a proteção dos direitos humanos e reafirmou que as omissões ou ações das empresas, sob certos pressupostos — incluindo a cumplicidade —, podem gerar a responsabilidade direta dos Estados pelo não cumprimento do artigo 1.1 da Convenção Americana. Para a CIDH, o Pilar I dos Princípios Orientadores encontra uma base convencional nos instrumentos interamericanos que coincide com o dever geral dos Estados de garantir os direitos humanos⁶¹. Especificamente, o dever de garantia no contexto das atividades empresariais exige dos Estados: (i) o dever de adotar leis e políticas sobre negócios e direitos humanos; (ii) o dever de prevenir violações dos direitos humanos pela atividade empresarial; (iii) o dever de fiscalizar as empresas e (iv) o dever de investigar, punir e garantir o acesso a mecanismos de reparação integral para as vítimas⁶². As questões do devido processo legal — com especial atenção à paridade de armas — e o acesso à justiça para as vítimas de violações de direitos humanos no contexto da atividade empresarial têm destaque especial no relatório em diferentes momentos.

Além disso, a CIDH reconhece a dificuldade de responsabilizar as empresas matrizes pelos abusos cometidos por suas subsidiárias ou empresas que fazem parte de suas cadeias produtivas pelo uso estrito de dou-

⁵⁸ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

⁵⁹ “Con el fin de recolectar información y fomentar la participación por parte de múltiples actores de la región, la REDESCA ha organizado o participado de talleres, eventos, reuniones de trabajo, audiencias públicas, cuestionarios abiertos y consultas de expertos y expertas. En dichas actividades han participado representantes de los Estados y organismos públicos autónomos, organizaciones de la sociedad civil, representantes de la academia, y otros actores interesados”. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

⁶⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

⁶¹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

⁶² COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre empresas y derechos humanos*: estándares interamericanos. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

trinas como o *forum non conveniens*, que na prática impede a reparação integral das vítimas e avanços na compreensão da extraterritorialidade em termos interamericanos. Isso não é menos importante, considerando-se que a CIDH é o órgão com competência para encaminhar casos à Corte Interamericana. A CIDH observa que as bases para a aplicação extraterritorial das obrigações legais dos Estados, no âmbito das empresas e dos direitos humanos, são o reconhecimento da autoridade ou do poder efetivo do Estado com respeito ao gozo dos direitos humanos das pessoas localizadas fora de seu território em tais contextos, ou sua capacidade de influenciar no gozo dos direitos humanos vinculados à atuação transnacional das empresas. A CIDH reconhece que isso gera, para os Estados, a necessidade de implementar uma regulamentação das atividades transnacionais, além de medidas razoáveis de prevenção e fiscalização que reduzam a existência de riscos previsíveis, a criação de recursos eficazes para as vítimas e, a propósito, a devida reparação de acordo com o direito internacional dos direitos humanos⁶³.

No capítulo destinado aos efeitos da obrigação internacional dos Estados em matéria de direitos humanos e empresas, o informe reconheceu que suas funções se centram na conduta do Estado, entretanto, destacou que:

al interpretar el contenido y alcance de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos interamericanos en la materia junto a las respectivas obligaciones de los Estados, se pueden desprender efectos jurídicos correlativos que vinculan a las empresas en este ámbito⁶⁴.

Ou seja, o sistema reconhece suas limitações para regulamentar a responsabilidade direta de atores não estatais, mas argumenta que isso não impede que as empresas afetem os direitos humanos e que as normas do direito internacional igualmente vinculem as empresas⁶⁵. A CIDH justifica seu posicionamento nas sentenças da Corte Interamericana que já reconheceram a participação de empresas em violações de direitos humanos⁶⁶.

Esse reconhecimento é fundamental e fortalece o sistema interamericano em sua tarefa de promover *standards* mais refinados sobre empresas e direitos humanos e será essencial para a construção de um *ius commune* que permita aos Estados da região fazer frente as atividades das empresas que violem direitos humanos. É certo que cada Estado deve considerar seu contexto, mas um marco comum interamericano pode impedir até mesmo as empresas de se beneficiarem de países com *standards* de proteção a direitos humanos e instituições mais fracas⁶⁷.

Salvador Herrencia destaca que o informe representa um passo importante para a “interamericanização” dos Princípios Orientadores da ONU e poderia se transformar em obrigações concretas para os Estados no sentido de adotarem normas e políticas públicas em matéria de empresas e direitos humanos, assim como a

⁶³ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

⁶⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

⁶⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

⁶⁶ VER: Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua. Sentença de 31 de agosto de 2001. Caso Comunidad Yake Axa vs. Paraguay. Sentença de 17 de junho de 2005. Caso Claude Reyes y otros vs. Chile. Sentença de 19 de setembro de 2006. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay. Sentença de 29 de março de 2006. Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentença de 28 de novembro de 2007. Caso Sarayaku vs. Equador. Sentença de 27 de junho de 2012. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Sentença de 8 de outubro de 2015. Caso Pueblo Kallina y Lokono vs. Surinam. Sentença de 25 de novembro de 2015. Caso Trabajadores de la Hacienda Verde vs Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016.

⁶⁷ “Además, una actuación más coordinada de los Estados será decisiva para el avance y la protección de los derechos humanos frente a actividades corporativas en América Latina. Un discurso común en términos de responsabilidad empresarial impide la instalación de las empresas en Estados más débiles y promueve una pauta mínima de protección en todos los Estados de la región”. SANTANA, Anna Luisa: PAMPLONA, Danielle Pamplona. *Empresas y derecho humanos: estrategias del ICCAL (Ius Constitutionale Commune en América Latina) para el fortalecimiento de los Estados y consolidación de un constitucionalismo transformador en América Latina*. In: CHUERI, Vera de Karam de; VAN DER BROOKE, Bianca M Schneider. *Constitucionalismo transformador en América Latina*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021. p. 31–56. p. 42.

eliminação de barreiras legais que dificultam o acesso a reparação das vítimas⁶⁸.

Os importantes passos dados até agora pelo sistema interamericano reforçam a postura dos órgãos interamericanos de olhar com especial atenção as empresas no contexto dos direitos humanos, e, ao mesmo tempo, reforçam a necessidade de uma agenda que avance no diálogo com os atores corporativos que serão agentes fundamentais para a implementação efetiva dos *standards* interamericanos. Sendo um dos desafios da temática de empresas e direitos humanos a ideia do antagonismo entre o mundo empresarial e a sociedade, como destacado por Fachin⁶⁹, a perspectiva de uma aproximação entre esses setores pela via dos diálogos multiator, intermediado pelos órgãos interamericanos, tem muito a contribuir.

4 Empresas, direitos humanos e pandemia: avançar nos diálogos multiator

A pandemia de Covid-19 decretada pela Organização Mundial de Saúde há mais de um ano acabou asseverando os riscos que as atividades econômicas podem gerar aos direitos humanos, notadamente nos Estados latino-americanos. Se as sociedades da América Latina convivem com desconcertantes índices de desigualdade econômica, corroborados por elevadas taxas de desemprego, discriminação racial, de gênero e de classe social, a pandemia agudizou a violação de direitos.

Segundo Panorama Social da América Latina elaborado pela CEPAL, em 2020, a taxa de pobreza extrema estava em 12,5% e a taxa de pobreza atingiu 33,7%. Em números absolutos, o número de pessoas pobres teria chegado a 209 milhões ao fim de 2020, o que significa colocar mais 22 milhões de pessoas nessa condição em comparação ao índice de 2019.⁷⁰ Os índices de desemprego aumentaram⁷¹, os salários estagnaram⁷². Além disso, a propagação do contágio nos ambientes de trabalho ocasionou a morte de milhares de latino-americanos. Só no Brasil, o encerramento de contratos de trabalho, em virtude da morte do empregado, aumentou em 71,6% no primeiro trimestre de 2021, em comparação ao primeiro trimestre de 2020.⁷³

Atenta aos desafios que a pandemia implicava especialmente para pessoas trabalhadoras, trabalhadores informais, líderes sociais e confiante no compromisso que os atores privados devem assumir com a preservação dos direitos humanos no ICCAL, a CIDH elaborou resoluções a fim de consolidar *standards* normativos em direitos humanos que orientassem não somente os Estados sobre as melhores práticas para a proteção dos direitos humanos, mas também para a proteção dos atores privados.

Nessa seara, a Resolução n. 1/2020 determinou que os Estados “vigiasses” empresas privadas para que respeitassem direitos humanos, adotassem medidas de devida diligência e prestassem contas de possíveis abusos, já que as empresas teriam “um papel chave a desempenhar no contexto da pandemia” (Recomen-

⁶⁸ HERENCIA-CARRASCO, Salvador. *¿Hacia la inter-americanización del régimen de empresas e derechos humanos?: comentario en torno al reciente informe de la CIDH*. 2020. Disponível em: <https://dplfblog.com/2020/06/05/hacia-la-inter-americanizacion-del-regimen-de-empresas-derechos-humanos-comentario-en-torno-al-reciente-informe-de-la-cidh/> Acesso em: 20 maio 2021.

⁶⁹ FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p.324-339, 2020. p. 334.

⁷⁰ Essa avaliação foi feita levando em consideração os programas de transferência de renda para os mais pobres adotados por diversos países, dentre os quais o Brasil. COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. *Panorama Social da América Latina: resumo executivo*. 2020. p. 19. Disponível em: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/46784/S2000967_pt.pdf Acesso em: 23 maio 2021.

⁷¹ COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. *Panorama Social da América Latina: resumo executivo*. 2020. p. 20. Disponível em: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/46784/S2000967_pt.pdf Acesso em: 23 maio 2021. p. 20.

⁷² WILLIS TOWERS WATSON. *Pesquisa Planejamento de Orçamentos Salariais*. 2020. Disponível em: <https://www.willistowerswatson.com/pt-BR/News/2020/08/pesquisa-planejamento-de-orcamentos-salariais> Acesso em: 23 maio 2021.

⁷³ DESLIGAMENTOS por morte de funcionários CLT crescem 71,6% no primeiro trimestre de 2021, diz Dieese. *G1*, 14 maio 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/05/14/desligamentos-por-morte-crescem-716percent-no-primeiro-trimestre-de-2021-diz-dieese.ghtml> Acesso em 23 maio 2021.

dação n. 19). A CIDH observou que as empresas de internet, juntamente aos Estados, “devem atender e combater de forma transparente a desinformação que circula a respeito da pandemia” (Recomendação n. 34), bem como as empresas envolvidas em tratamentos de saúde deveriam se pautar pela exigência de consentimento informado dos pacientes (Recomendação n. 35). Em outras duas recomendações, n. 52 e 54, a CIDH não faz expressa menção às empresas, porém fixou obrigações que lhes são diretamente pertinentes, como proteção das mulheres no ambiente de trabalho e a abstenção de ações extrativistas em territórios indígenas.⁷⁴

A Resolução n. 4/2020 tratou da proteção dos direitos das pessoas infectadas com o novo coronavírus, proibindo empresas privadas de gerar desabastecimento de bens de primeira necessidade e aumentar preços de forma desproporcional de bens e serviços necessários à prevenção de contaminação (Recomendação n. 29). Também exigiu dos Estados uma fiscalização cuidadosa da atuação de empresas transnacionais prestadoras de serviços de saúde e biossegurança (Recomendação n. 30).⁷⁵

Ademais, a Resolução n. 1/2021 tratou, especificamente, do fornecimento de vacinas para o combate à pandemia de Covid-19. As recomendações ao setor privado foram, mais uma vez, explícitas, e tomaram por base o Informe sobre Empresas e Direitos Humanos elaborado e publicado em 2019 pela Relatoria DES-CA. Referida Resolução demandou dos Estados — e obliquamente das empresas — atenção aos princípios transversais de direitos humanos para o desenvolvimento, utilização e distribuição das vacinas (Recomendações n. 24 e 25). A Recomendação n. 26 reforçou a extraterritorialidade das obrigações dos Estados em relação às atividades praticadas pelas empresas produtoras de vacinas fora de seu território, cabendo, ainda, aos Estados controlar para que os regimes de propriedade intelectual de empresas produtoras de vacinas não impossibilitem ou dificultem o acesso dos Estados às vacinas. Deveriam, para tanto, buscar os regimes excepcionais cabíveis para situações de perigo para a saúde pública, como na presente pandemia (Recomendação n. 27)⁷⁶. A Recomendação n. 31 ainda enfatizou que as obrigações das empresas para com a adoção de um foco em direitos humanos em todas as práticas notadamente durante a pandemia perduram ainda que os Estados descumpram suas próprias obrigações. Elas devem se pautar pelos *standards* internacionais de proteção dos direitos humanos e

Abster-se de infringir, contribuir, facilitar, alentar ou agravar violações dos direitos humanos e enfrentar as consequências negativas sobre os direitos humanos nas quais tenham alguma participação, seja mediante suas próprias atividades, relações comerciais ou estrutura corporativa.⁷⁷

Referidas orientações têm por fundamento a interpretação já consolidada pelos órgãos interamericanos acerca das obrigações decorrentes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, na medida em que os Estados podem ser responsabilizados pela violação de direitos humanos praticadas por empresas⁷⁸. Nesse diapasão, a necessidade de atores privados serem envolvidos no combate à pandemia foi ressaltada pela Resolução n. 1/2020, que destacou a importância do apoio, participação e cooperação de integrantes da

⁷⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2020. Pandemia Direitos Humanos nas Américas*. Aprovada em 10 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf> Acesso em: 24 maio 2021.

⁷⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 4/2020. Direitos Humanos de Pessoas com COVID-19*. 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-4-20-es.pdf> Acesso em: 24 maio 2021.

⁷⁶ Vale observar que os maiores produtores de vacinas nas Américas (EUA e Brasil) se posicionaram favoravelmente à quebra das patentes para universalizar a produção e acesso às vacinas contra a COVID-19. O Brasil havia se pronunciado originariamente contrário à medida perante a Organização Mundial do Comércio, mas após a posição favorável à quebra adotada pelos EUA, reviu seu próprio posicionamento. BRASIL passa a apoiar negociações para quebra de patentes de vacinas. *Agência Brasil*, Brasília, 07 maio 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-05/brasil-passa-apoiar-negociacoes-para-quebra-de-patentes-de-vacinas> Acesso em: 24 maio 2021.

⁷⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2021. As Vacinas contra COVID-19 no âmbito das obrigações interamericanas de direitos humanos*. 06 abril 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-pt.pdf> Acesso em: 24 maio 2021.

⁷⁸ De resto como se verificou nos casos *Ximenes Lopes e outros vs. Brasil* (2006) e *Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* (2017).

sociedade civil como organizações não governamentais e mesmo do setor privado a fim de garantir maior eficácia aos esforços dos Estados no combate à pandemia.⁷⁹ Mais além, a já mencionada *Declaración Conjunta de la OIT, la OCDE, la OACNUDH, la REDESCA de la CIDH, UNICEF, el Pacto Mundial de las Naciones Unidas y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos*, a respeito da busca de soluções para a crise emergente da pandemia de COVID-19, enfatizou a necessidade de um trabalho coordenado entre empresas, Estados e organizações de trabalhadores e apoiou as iniciativas já existentes. Ressaltou a importância de

*unir fuerzas para promover los estándares internacionales e impulsar la CER en ALC, durante la crisis del COVID-19 y la recuperación posterior, será clave para proteger a los más vulnerables, garantizar una recuperación responsable y sostenible, y construir un crecimiento resiliente e incluyente a largo plazo.*⁸⁰

É nesse esforço de cooperação para implementar direitos humanos que se defende um diálogo que vá além da esfera nacional para abarcar também os órgãos interamericanos, notadamente da Comissão, com as empresas privadas. Afinal, considerando-se que, enquanto atores privados são responsáveis pelo cumprimento das normas de direitos humanos, sua integração ao sistema interamericano pela via de um diálogo aberto potencialmente proporciona um ambiente de trocas de experiências capaz de fortalecer a proteção e promoção dos direitos humanos.

Os diálogos multilateral envolvendo empresas na temática dos direitos humanos se revelam — e de fato assim deve ser — primordialmente na perspectiva interna dos Estados. Para além dos marcos regulatórios como o Informe DESCA, não se pode esperar que as condutas empresariais se modifiquem exclusivamente a partir da lógica das proibições e sanções, dependente da capacidade estrutural coercitiva dos Estados. É necessário promover uma mudança interna nas empresas de modo que esses atores passem a compreender suas práticas em conjunto com os direitos humanos, orientando suas atividades produtivas de forma sustentável e respeitosa desses direitos.⁸¹

Essa modalidade de diálogo é compreendida como aquele que se debruça sobre situações concretas que afetam direitos e interesses de uma pluralidade de pessoas, de modo que integrantes da sociedade civil como grupos de vítimas potenciais e organizações não governamentais, agentes estatais e empresas são todos chamados a ingressar em diálogos colaborativos destinados a encontrar consensos viáveis ou demonstrar dissensos intransponíveis a partir dos quais se possa pedagogicamente avançar.⁸²

Por meio desses diálogos, contínuos e plurais, os interesses e pretensões diversos precisam ser enfrentados e confrontados — não em uma arena em que todo resultado é possível, mas dentro de uma moldura de respeito pela alteridade, de reconhecimento do outro, e de valorização dos direitos humanos. Os diálogos multilateral que se desenrolam no ambiente interno entre empresas, integrantes da sociedade civil e representantes do Estado parte da premissa de que todos devem ser ouvidos em condições de igualdade e ações econômicas devem se desenvolver segundo o paradigma da Ação sem Dano. Ações que demandam o

⁷⁹ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolución n. 1/2020*. Pandemia e direitos humanos nas Américas. 10 de abril de 2020. p. 6. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf>. Acesso em: 23 maio 2021.

⁸⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO et al. *Pacto Mundial de las Naciones Unidas y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Declaración conjunta uniendo fuerzas en América Latina y el Caribe para ayudar a minimizar la crisis del Coronavirus (COVID-19) y fomentar empresas responsables y sostenibles. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WG/JointCoronavirusStatement_es.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.

⁸¹ Nessa linha, a Colômbia tem se voltado para a regulação das Empresas BIC (Benefício e Interesse Coletivo). TOLE MARTÍNEZ, Julián; LANCHEROS SÁNGHEZ, Paula. Empresas BIC en Colombia: una luz en la implementación de los estándares interamericanos en ddhh y empresas. *Revista Homa Pública: Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, v. 5, n. 1, jun. 2021. p. 11.

⁸² NÚÑEZ VARÓN, Jaidivi. *Evaluación de las condiciones deseables para la participación en plataformas de diálogo multilateral entre comunidades, gobierno, sociedad civil y empresas extractivas en Guatemala*. 2014. Tese (Doutorado em Acción sin Daño y Construcción de Paz) - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014. p. 23. Disponível em: <https://168.176.18.21/bitstream/123456789/706/1/Jaidivi%20Núñez-Trabajo%20de%20Tesis.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

reconhecimento de práticas destinadas à transformação dos conflitos de modo que toda e qualquer ação a ser praticada deve, para além de não causar danos a terceiros, fortalecer as capacidades das pessoas, as redes sociais e os cenários para diálogo.⁸³

Como bem pondera Núñez Varón, o diálogo tem um potencial transformador, “en la medida en que se requiere un cambio de actitudes a nivel individual y también un cambio en las relaciones de confrontación a relaciones de colaboración (relacional).”⁸⁴ Segundo o autor, ele é um ingrediente essencial para o enfrentamento da violência estrutural presente nas relações econômicas na América Latina pois demanda mudanças comportamentais.⁸⁵ Nesse mesmo sentido, Mello destaca que o constitucionalismo em rede — marcado pelos diálogos multiator —, com o tempo, permite a construção de entendimentos comuns e convergentes a respeito da mesma matéria, os quais funcionam como um mecanismo indutor de concretização de direitos.⁸⁶

Para que esses diálogos se verifiquem em condições necessariamente iguais, todas as informações devem ser fornecidas em caráter transparente, bem como os grupos civis com direitos ameaçados pelos investimentos econômicos devem ter acesso à compreensão das práticas a serem adotadas e voz para defender seus interesses. Esse empoderamento da sociedade civil foi determinante para que os diálogos multiator fossem viáveis no caso da Iniciativa MAP (Madre de Dios, de Peru, Acre, de Brasil e Pando, de Bolívia). Tratou-se de uma iniciativa que demandou o reconhecimento dos direitos das pessoas envolvidas nos trabalhos de planejamento e execução de obras da Rodovia do Pacífico para integrar os três Estados (Peru, Brasil e Bolívia). Participou a população local, camponeses, indígenas, universidades, pesquisadores autônomos e organizações da sociedade civil. Estabelecida essa Iniciativa, ela passou a participar ativamente em regime de cooperação, colaboração e integração dos Estados e das empresas envolvidas.⁸⁷

Esses diálogos podem se verificar também nos processos de monitoramento de investimento de empresas mineradoras, como se verificou na parceria firmada pelo Brasil por meio do Instituto Brasileiro de Mineração (IBRAM) e a The Mining Association of Canada (MAC), com o objetivo de implementar padrões de sustentabilidade. Para tanto, formaram-se Comitês de Monitoramento Participativo que atuam, por meio de diálogos, entre a sociedade civil, os atores privados e os representantes do Estado.⁸⁸

Nesse sentido, se pode citar o Projeto Conexões Sustentáveis para o Desenvolvimento Sustentável, formado a partir de 2013 por integrantes *Partners for Democratic Change* (PDC) e Sócios Peru, com financiamento da Escritório para Democracia, Direitos Humanos e Trabalho do Departamento de Estado dos Estados Unidos. Atua na Guatemala, Peru e Paraná, teve por objetivo

Que el sector privado, el gobierno y las comunidades marginales en estos países tuvieran una interacción más productiva para asegurar el desarrollo sostenible y el beneficio mutuo, resultado de la extracción de

⁸³ NÚÑEZ VARÓN, Jaidivi. *Evaluación de las condiciones deseables para la participación en plataformas de diálogo multiactor entre comunidades, gobierno, sociedad civil y empresas extractivas en Guatemala*. 2014. Tese (Doutorado em Acción sin Daño y Construcción de Paz) - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014. p. 21. Disponível em: <https://168.176.18.21/bitstream/123456789/706/1/Jaidivi%20Núñez-Trabajo%20de%20Tesis.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁸⁴ NÚÑEZ VARÓN, Jaidivi. *Evaluación de las condiciones deseables para la participación en plataformas de diálogo multiactor entre comunidades, gobierno, sociedad civil y empresas extractivas en Guatemala*. 2014. Tese (Doutorado em Acción sin Daño y Construcción de Paz) - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014. p. 23. Disponível em: <https://168.176.18.21/bitstream/123456789/706/1/Jaidivi%20Núñez-Trabajo%20de%20Tesis.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁸⁵ NÚÑEZ VARÓN, Jaidivi. *Evaluación de las condiciones deseables para la participación en plataformas de diálogo multiactor entre comunidades, gobierno, sociedad civil y empresas extractivas en Guatemala*. 2014. Tese (Doutorado em Acción sin Daño y Construcción de Paz) - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014. p. 23. Disponível em: <https://168.176.18.21/bitstream/123456789/706/1/Jaidivi%20Núñez-Trabajo%20de%20Tesis.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

⁸⁶ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 252-283, 2019. p. 260.

⁸⁷ STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 103.

⁸⁸ BENTES, Natália Mascarenhas Simões; EVANGELISTA, Ian Khoury. O projeto Onça Puma e os povos indígenas: uma análise acerca dos critérios Interamericanos de Direitos Humanos e da Licença Social para Operar. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 6, n. 12, p. 95183-95199, 2020. p. 95193.

recursos naturales.⁸⁹

Exemplos produzidos a partir de diálogos na perspectiva multiator foram os Planos de Ação em Empresa e Direitos Humanos na Colômbia e no Chile. O Plano chileno veio após o colombiano, porém foi o primeiro a adotar um processo participativo em sua elaboração.⁹⁰ Nesse caso, um Informe de 2016 reuniu informações extraídas das práticas dialógicas ocorridas em três regiões do país, nas quais estiveram presentes povos indígenas, representantes da sociedade civil, sindicatos e empresas. Vale recobrar a fundamentação para os diálogos:

Dentro de este proceso, se ha considerado necesaria la realización de diálogos participativos con los principales grupos de partes interesadas (empresas y sindicatos; pueblos indígenas; sociedad civil), en tres ámbitos geográficos de Chile (norte, sur y centro). Los diálogos participativos buscan levantar información relevante (impactos, desafíos y recomendaciones) en base a la experiencia de los distintos grupos de interés identificados, para definir las líneas de acción más apropiadas en el Plan Nacional de Acción. Los talleres están orientados al objetivo de recoger las percepciones y experiencias sobre los temas planteados [...].⁹¹

O exemplo chileno evidencia um diálogo doméstico que se desenvolve em um ambiente multinível atento aos *standards* contidos em resoluções internacionais e regionais sobre os quais podem se manifestar distintos atores como ministérios, organizações e grupos da sociedade civil e grêmios empresariais.⁹² Ocorreram três encontros regionais e dois encontros com populações indígenas.

Em que pese a iniciativa adotada, o referido Informe de 2016 também abordou críticas ao processo, o qual teria mais servido a informar os interessados sobre o alcance dos Princípios Reitores do que efetivamente promover uma conversa multiator, com interações abertas a trocas de experiências e apresentação de propostas.⁹³ Além disso, o Estudo Base sobre as lacunas de regulação e fiscalização não foi disponibilizado aos integrantes dos diálogos participativos, comprometendo seu alcance. O Plano chileno entrou em vigor em agosto de 2017, e, em 2019, foi deslocado do Ministério das Relações Exteriores para a Subsecretaria de Direitos Humanos.⁹⁴ Nessa etapa, foi criado o Comitê 360, um órgão de caráter consultivo formado com o objetivo de colocar em marcha a implementação efetiva do primeiro Plano de Ação assim como trabalhar nas bases para o segundo. Esse órgão é formado por grêmios empresariais, organizações sindicais, organi-

⁸⁹ Núñez Varón demonstrou, em sua pesquisa, a participação numerosa de organizações sociais de defesa de direitos, comunidades indígenas, assim como integrantes do setor privado produtivo, bem como um setor do Governo da Guatemala chamado Sistema Nacional de Diálogo Permanente. Ainda que a pesquisa não tenha apresentado resultados conclusivos acerca dos consensos atingidos, houve um incremento relacional capaz de manter abertas plataformas de diálogo para soluções sustentáveis. NÚÑEZ VARÓN, Jaidivi. *Evaluación de las condiciones deseables para la participación en plataformas de diálogo multiactor entre comunidades, gobierno, sociedad civil y empresas extractivas en Guatemala*. 2014. Tese (Doutorado em Acción sin Daño y Construcción de Paz) - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014. Disponível em: <https://168.176.18.21/bitstream/123456789/706/1/Jaidivi%20Núñez-Trabajo%20de%20Tesis.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021. p. 29-30.

⁹⁰ O Plano Nacional de Ação do Chile se notabilizou por dois elementos processuais importantes: um estudo voltado para a identificação das lacunas de regulação e fiscalização sobre empresas e direitos humanos, e momentos de participação dos diversos atores envolvidos em diálogos que focaram no cumprimento jurídico dos padrões internacionais assim como deram voz às demandas e prioridades. SCHÖNSTEINER, Judith. O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 93-110, 2019. p. 98.

⁹¹ CORDERO SANZ, Carlos. Diálogos participativos sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile en julio 2016. *Sustentia Innovación Social*, 2016. p. 4-5. Disponível em: https://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2017/12/DIALOGOS_EDH_CHILE_2016_WEB.pdf. Acesso em: 23 maio 2021.

⁹² SCHÖNSTEINER, Judith. Empresas y derechos humanos: lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune. In: BOGDANDY, Armin von; SALAZAR UGARTE, Pedro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; EBERT, Franz Christian. *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018. p. 411-412. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/5078>. Acesso em: 25 maio 2021.

⁹³ CORDERO SANZ, Carlos. Diálogos participativos sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile en julio 2016. *Sustentia Innovación Social*, 2016. p. 7. Disponível em: https://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2017/12/DIALOGOS_EDH_CHILE_2016_WEB.pdf. Acesso em: 23 maio 2021.

⁹⁴ CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Infografía: línea de tiempo sobre el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas*. Disponível em: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-de-accion-nacional-de-derechos-humanos-y-empresas>. Acesso em: 3 set. 2021.

zações da sociedade civil (dentre as quais órgãos de representação de mulheres e grupos indígenas), e academia.⁹⁵ Conforme consta do site da Subsecretaria do Chile, há três reuniões documentadas, 10 de maio de 2019, 2 de agosto de 2019 e 5 de março de 2020.⁹⁶ Embora nas duas últimas tenha havido uma importante participação de representantes da sociedade civil, nenhum representante indígena esteve presente. Nesse sentido, é possível concordar com Schönsteiner no sentido de que a representatividade do Comitê 360 ainda é deficiente para que seja considerado um efetivo “Grupo Consultivo Multiator”.⁹⁷

Ainda assim, é preciso reconhecer que as trocas informativas, ocorridas em ambientes como o proporcionado pelo Chile, favorecem que as empresas incorporem, em suas atividades produtivas e comerciais, as diretrizes e recomendações de direitos humanos, prevenindo eventuais violações e responsabilização judicial *a posteriori*, em potencial prejuízo à organização financeira da empresa. Ainda que se possa criticar os Planos Nacionais de Ação como medidas meramente “discursivas” e, portanto, de alcance limitado na proteção de direitos humanos, é possível assinalar que “conseguem incentivar ou desencadear um cumprimento real que melhore a situação das vítimas de violações de direito humanos por parte de empresas.” O elemento discursivo e dialógico é o ponto chave inicial a partir do qual as mudanças realmente ocorrem. Mesmo assim, é absolutamente essencial que propostas participativas sejam seguidas de medidas concretas de implementação daquilo que foi discursivamente acordado. Segundo Schönsteiner, a eficácia do Plano de Ação Nacional chileno tem sido baixa para enfrentar as principais crises que o país vivenciou e a ausência de povos indígenas é um déficit grave.⁹⁸

Na Colômbia, uma relevante iniciativa dialógica para o respeito aos direitos humanos se materializou no “Guía Colombia em Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario”, por meio do qual empresas privadas estabeleceram relações de comércio diretamente com as vítimas dos conflitos armados, a fim de suprir suas necessidades básicas. Segundo Tole Martínez e Lancheros Sánchez, essa iniciativa corresponde a uma prática de diálogos multiator.⁹⁹

Mais adiante, o Estado buscou evidenciar sua preocupação com um ambiente dialógico para tratar de empresas e direitos humanos na elaboração dos Planos Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos — o primeiro Estado latino-americano a buscar concretizar os Princípios Orientadores no plano interno, o que se realizou em conjunto com o processo de paz.¹⁰⁰ Na elaboração do primeiro Plano Nacional (2018-2020), participaram variados atores como a *Consejería de Presidencia para los Derechos Humanos*, órgãos governamentais

⁹⁵ CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Comité 360 Derechos Humanos y Empresas*. Disponível em: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/comite-360-de-derechos-humanos-y-empresas/>. Acesso em: 3 set. 2021.

⁹⁶ CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Acta n. 1 Reunión Comité 360*. Plan de Acción Nacional Derechos Humanos y Empresas. 2019. Disponível em: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2021/07/Acta-Nº1-Reunión-Comité-360.pdf> Acesso em: 3 set. 2021; CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Acta de la Segunda Sesión del Comité 360 de Derechos Humanos y Empresas*. 2019. Disponível em: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2021/07/Acta-Nº2-Reunión-Comité-360.pdf> Acesso em: 3 set. 2021; CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Acta n. 3 Reunión Comité 360*. Plan de Acción Nacional Derechos Humanos y Empresas. 2019. Disponível em: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2021/07/Acta-Nº3-Reunión-Comité-360.pdf> Acesso em: 3 set. 2021. Até a conclusão desse estudo não há notícias de outras reuniões do Comitê, o que pode ser decorrente da pandemia de COVID-19.

⁹⁷ SCHÖNSTEINER, Judith. O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 93-110, 2019. p. 105.

⁹⁸ SCHÖNSTEINER, Judith. O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 93-110, 2019. p. 105, 108.

⁹⁹ TOLE MARTÍNEZ, Julián; LANCHEROS SÁNGHEZ, Paula. Empresas BIC en Colombia: una luz en la implementación de los estándares interamericanos en ddhh y empresas. *Revista Homa Publica*: Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas, v. 5, n. 1, jun. 2021. p. 4, 12.

¹⁰⁰ Antes da elaboração do Plano de Ação, a partir de 2017, elaborou-se uma Instância Nacional de Coordenação que contou com participação de várias organizações da sociedade civil a fim de elaborar os eixos temáticos do Plano de Ação. Em 2018, tomou forma uma Mesa Técnica Multiator para análise dos avanços e dificuldades para elaboração do segundo Plano de Ação, do qual participaram diversos atores como empresas, organizações da sociedade civil e internacionais. COLOMBIA. *Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos*: 2019-2021. Disponível em: <http://www.colombiainforma.info/wp-content/uploads/2019/12/Borrador-PNA-octubre.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

mediante uma Mesa Técnica de Trabalho Intergovernamental e atores não governamentais pela via de um Comitê Diretivo. O ambiente dialógico que gerou orientações para preservação de grupos vulneráveis dentre outros avanços não se repetiu, contudo, no segundo Plano de Ação (2020-2022).¹⁰¹

Nesse caso, as críticas ao Plano se dirigiram, entre outros aspectos, à falta de um diálogo efetivo com a sociedade, minando de significado a pretensão de uma “construção coletiva” dos compromissos entre Estados, empresas e direitos humanos. Como resultado, o Plano adotou uma linguagem atraente para as empresas (direitos humanos como vantagem competitiva, incentivo e fomento a planos de respeito a direitos humanos), o que atenua a dimensão da obrigatoriedade para com os direitos humanos e o dever dos Estados de zelar pela sua observância.¹⁰²

Essas críticas ressaltam dois fatores que não podem ser negligenciados: o poder econômico dos atores privados bem como a dependência dos Estados das atividades por eles desempenhadas. O caso colombiano serve para mostrar que as iniciativas multiator podem ser proveitosas se levadas a cabo de forma comprometida, mas também que elas podem ser limitadas se ficarem restringidas ao ambiente interno. Por força das pressões de mercado, dos déficits estruturais e da dependência econômica, a mera adoção de Planos Nacionais de Ação não é suficiente para mudar a cultura de ação das empresas, pois os Estados não são árbitros eficientes — e, diante da necessidade econômica de investidores internacionais, muitas vezes a atenção a políticas de proteção de direitos humanos fraquejam. Daí a ideia de se levar os diálogos multiator para o ambiente interamericano, onde a Comissão Interamericana pode funcionar como um órgão efetivamente comprometido com as vítimas.

Toda proposta dialógica, seja no âmbito interno, seja no âmbito interamericano, uma vez atenta ao poder econômico e social exercido pelas empresas, deve se pautar pelos elementos normativos definidores de *standards* de proteção em direitos humanos. É dentro desses parâmetros que se propõe uma maior abertura dialógica do sistema interamericano, focada em um processo colaborativo que possa gerar uma proteção incremental dos direitos humanos. Como salienta Schönsteiner, ainda que o ICCAL tenha focado mais propriamente nos diálogos judiciais, nunca excluiu a possibilidade de outros diálogos sobre direitos humanos.¹⁰³

Se os diálogos multiator podem ser construtivos no âmbito interno como assinalam o exemplo da Guatemala e do Chile, eles podem ser de grande potencial na dimensão regional, ou seja, agregando os órgãos orientadores da salvaguarda dos direitos humanos na região, como a CIDH. Significa afirmar que a perspectiva dialógica defendida não compromete a absoluta centralidade das vítimas enquanto pilar da função transformadora da Comissão Interamericana.¹⁰⁴ Exatamente o oposto, na medida em que se conta com a

¹⁰¹ TOLE MARTÍNEZ, Julián; LANCHEROS SÁNGHEZ, Paula. Empresas BIC en Colombia: una luz en la implementación de los estándares interamericanos en ddhh y empresas. *Revista Homa Publica*. Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas, v. 5, n. 1, jun. 2021. p. 13-14.

¹⁰² Segundo a Mesa Nacional de OSC sobre Empresas e Direitos Humanos, “si bien el Plan advierte que se construyó con la participación de empresas, comunidades y sociedad civil, así como mediante un proceso de concertación entre agosto de 2019 y agosto de 2020, el documento no da cuenta sobre los mecanismos y metodologías usadas para ese proceso participativo, así como de los acuerdos a los que se llegó con distintos actores de la sociedad civil y, en especial, con quienes han sido afectados por conductas empresariales. Tampoco se tiene conocimiento de tiempos, lugares, personas y organizaciones que acudieron a los mencionados espacios. No se surtieron procesos de consulta previa, libre e informada con pueblos étnicos. A lo anterior se suma, además, la falta de socialización y publicación del proyecto, ya que el borrador no se encontró disponible para consulta y comentarios en ninguna fuente oficial del Gobierno que sea de libre acceso público. Esto, en contradicción con los estándares internacionales de información oportuna, accesible y completa.” MESA NACIONAL DE OSC PARA EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS. *Pronunciamento Público de las Organizaciones no Gubernamentales Ambientales, Sociales y de Derechos Humanos Rebazando Nueva Versión del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos*. Disponible em: <https://coeuropa.org.co/pna-empresas-y-ddhh/> Acesso em: 25 maio 2021.

¹⁰³ SCHÖNSTEINER, Judith. Empresas y derechos humanos: lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune. In: BOGDANDY, Armin von; SALAZAR UGARTE, Pedro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; EBERT, Franz Christian. *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018. p. 414-415. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/5078> Acesso em: 25 maio 2021.

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. Comissão Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (org.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020.

dimensão protetora dos órgãos interamericanos em um diálogo que nasce assimétrico. Defende-se que a resistência que se pode encontrar, no cumprimento das normas de direitos humanos por empresas, poderia ser atenuada mediante um intercâmbio de experiências¹⁰⁵, notadamente para o enfrentamento da pandemia de COVID-19, em consideração ao fato de que empresas são atores relevantes na realização desses direitos. Conforme Staffen, “a participação é o ponto de partida para a proteção efetiva de bens jurídicos relevantes”.¹⁰⁶

Quando a pandemia se instalou no continente latino-americano, houve iniciativas multilaterais que contaram com a atuação das empresas e promoveram avanços e inovação na defesa dos direitos humanos. A Rede Brasil do Pacto Global, por exemplo, elaborou um Pacto contra a COVID-19 em que se narram boas práticas adotadas por empresas a fim de minimizarem os impactos negativos da pandemia, como fornecimento de álcool em gel, alimentos e máscaras.¹⁰⁷ Essas práticas implicam ações que revelam a ideia de responsabilidade corporativa, materializando-se mediante ações voluntárias imbuídas da consciência acerca da função social exercida pelas empresas. Nesse sentido, Kramer e Porter defendem um “valor compartilhado” a remodelar o capitalismo, a partir de atividades empresariais focadas na geração de valor social, não na qualidade de filantropia, mas, a partir de mudanças de postura nas cadeias e métodos produtivos, atentos aos direitos humanos.¹⁰⁸ Essa postura não deve afastar a ideia nuclear de que empresas são destinatárias de obrigações jurídicas em direitos humanos. Porém há que se considerar que, no plano interdisciplinar dos diálogos multilaterais, o discurso econômico que aponta vantagens para uma prática empresarial socialmente responsável pode alavancar um incremento na agenda dos direitos humanos.¹⁰⁹ Segundo Schönsteiner, a abertura do ICCAL para os diálogos multilaterais acabará por exigir, também, uma abertura interdisciplinar que considere, por exemplo, o direito econômico internacional com um projeto convergente em torno das diretrizes de inclusão social.¹¹⁰

Importante salientar que, nas publicações com referências às recomendações sobre COVID-19 e empresas, o site de internet da Rede Brasil do Pacto Global informa um Guia para CEOs e Lideranças de acordo com os 10 princípios do Pacto Global, o *Sustainable Development Report 2020* em relação às metas da ODS e o *Business Guide Covid-19* emitido pela ONU. Todavia, não há referências às Resoluções da CIDH sobre a Pandemia, evidenciando uma lacuna entre duas frentes de ação (a regional e a empresarial) que deveriam estar mais articuladas, já que as próprias empresas são destinatárias de responsabilidades em matéria de direitos humanos segundo o Informe da CIDH sobre Empresas e Direitos Humanos. Aproximar as empresas dessas obrigações pode partir de iniciativas de Estados, de organizações não governamentais, mas também da própria Comissão. Essa última pode articular diálogos que preservem os direitos das populações interessadas, enfrentando e atenuando as assimetrias. Essa proposta reforça a ideia de complementação e

¹⁰⁵ Na elaboração do Informe sobre Empresas e Direitos Humanos, a Comissão reconheceu – ainda que muito brevemente – iniciativas adotadas por empresas que se dirigiram à satisfação de direitos humanos nos mais diversos setores, tais como o atendimento de vítimas do terremoto no México e favorecimento do comércio com vítimas dos conflitos armados na Colômbia. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatoria Especial para Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. *Informe sobre empresas e direitos humanos*. 2017. p. 197-198. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

¹⁰⁶ STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 116.

¹⁰⁷ PACTO GLOBAL REDE BRASIL. *Pacto contra COVID-19*. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/pg/pacto-contra-covid-19>. Acesso em: 25 maio 2021.

¹⁰⁸ PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Criação de valor compartilhado. *Harvard Business Review Brasil*, jan. 2011. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/criacao-de-valor-compartilhado/>. Acesso em: 3 set. 2021; FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p.324-339, 2020. p. 333.

¹⁰⁹ Nessa mesma linha contribui a ideia das empresas BIC. TOLE MARTÍNEZ, Julián; LANCHEROS SÁNGHEZ, Paula. Empresas BIC en Colombia: una luz en la implementación de los estándares interamericanos en ddhh y empresas. *Revista Homa Pública: Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, v. 5, n. 1, jun. 2021.

¹¹⁰ SCHÖNSTEINER, Judith. Empresas y derechos humanos: lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune. In: BOGDANDY, Armin von; SALAZAR UGARTE, Pedro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; EBERT, Franz Christian. *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018. p. 417. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/5078>. Acesso em: 25 maio 2021. p. 417.

cooperação entre os níveis nacional e regional.¹¹¹

É nessa perspectiva que o ICCAL pode se abrir para diálogos multiator focados na implementação dos direitos humanos, de modo que os Informes e Resoluções adotados no sistema interamericano façam parte do conjunto normativo a efetivamente pautar as atividades econômicas. Ademais, devem ser observadas regras mínimas para diálogos multiator no âmbito do ICCAL, como igual acesso a informações sobre o impacto da regulação econômica ou dos projetos de investimento, bem como ajustes constantes a respeito dos prazos, duração e condições materiais e educacionais para que os diálogos sejam produtivos, a fim de que grupos mais vulneráveis possam debater em condições de igualdade com os grupos econômicos mais poderosos. Ainda, esses diálogos não podem prescindir da presença do Estado como garante do diálogo no plano interno¹¹² —no plano regional, esse papel pode ser desempenhado pela Comissão Interamericana. A Comissão estaria desempenhando uma função promotora dos direitos humanos, assim como conciliadora de interesses conflituosos e ainda preventiva de futuras violações.¹¹³

Para tanto, um instrumento a disposição da Comissão são as audiências públicas, as quais funcionam como “caixa de ressonância das mais graves violações a direitos humanos da região”¹¹⁴ e podem também servir de troca argumentativa capaz de não só informar empresas dos riscos e potenciais danos das atividades empresariais, mas também gerar uma interlocução capaz de apontar caminhos que representem soluções, tanto para as vítimas potenciais ou efetivas como para as empresas. Para além da importante “caixa de ressonância” que essas audiências representam, elas podem se tornar arenas públicas de debate a fim de incrementar a proteção dos direitos humanos, o que se revela de extrema importância no combate à pandemia.

Vale ressaltar que a Comissão já fez uso das audiências públicas para tratar de temas envolvendo empresas e direitos humanos, como se verificou na Audiência “Impacto de las actividades de empresas mineras canadienses sobre los derechos humanos en América Latina”, em que participaram o Estado do Canadá, *Justice and Corporate Accountability Project, Halifax Initiative, Mining Watch Canada*, no 153 Período de Sessões, em 28 de outubro de 2014, bem como a Audiência “Direitos Humanos e Aquecimento Global”, da qual participaram *Center for International and Environmental Law, Earthjustice e Sheila Watt-Cloutier*, no 127 Período de Sessões, em 1 de março de 2007.¹¹⁵

A implementação dos direitos humanos é uma obra coletiva. O papel articulador e normativo que vem sendo exercido pela Comissão Interamericana, em especial frente aos desafios da pandemia, está atento a todos os reflexos que a COVID-19 pode gerar, dentre os quais se sobressaem aqueles que podem ser desencadeados pelas atividades econômicas de atores privados. A fim de incrementar a observância das Resoluções adotadas pela CIDH para preservar e proteger direitos humanos na pandemia, defende-se adoção estratégica de diálogos multiator que envolvam as principais empresas atuantes na América Latina, assim como os representantes dos Estados e os grupos sociais mais diretamente afetados.

¹¹¹ OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

¹¹² SCHÖNSTEINER, Judith. Empresas y derechos humanos: lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune. In: BOGDANDY, Armin von; SALAZAR UGARTE, Pedro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; EBERT, Franz Christian. *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018. p. 417, 421. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/5078> Acesso em: 25 maio 2021. p. 417; 421.

¹¹³ PIOVESAN, Flávia. Comissão Interamericana de Derechos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (org.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Derechos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Derechos Humanos da UFRJ, 2020. p. 27-28.

¹¹⁴ PIOVESAN, Flávia. Comissão Interamericana de Derechos Humanos e seu mandato transformador. In: PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (org.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Derechos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Derechos Humanos da UFRJ, 2020. p. 27-29.

¹¹⁵ SCHÖNSTEINER, Judith. Empresas y derechos humanos: lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune. In: BOGDANDY, Armin von; SALAZAR UGARTE, Pedro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; EBERT, Franz Christian. *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018. p. 413. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/5078> Acesso em: 25 maio 2021.

5 Considerações finais

Diálogos multilaterais que verdadeiramente envolvam as empresas privadas para a implementação das respostas interamericanas, em médio e em longo prazo, relacionadas à pandemia, serão fundamentais para a proteção dos direitos humanos na América Latina. A região, que está sendo fortemente impactada pela crise sanitária e humanitária precisa de estratégias coordenadas para a superação dos problemas mais urgentes e a construção de medidas mais sustentáveis para os negócios e os direitos humanos.

Sustentado pela Teoria do *Ius Constitutionale Commune*, o espaço interamericano, naturalmente promotor de um diálogo que permite a construção de um *ius commune* que faça mais efetivos os direitos garantidos nas constituições nacionais, deve envolver, de maneira mais efetiva, as empresas na implementação dos *standards* relacionados a pandemia.

O marco teórico do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), por meio de seus conceitos-chaves, inclusão, pluralismo jurídico e diálogo, é uma abordagem compatível com essa proposta na medida em que o espaço latino-americano proposto pelo ICCAL não somente conecta o sistema interamericano com as cortes e tribunais nacionais, mas também com as demais instituições e órgãos nacionais, a sociedade civil e atores políticos.

O sistema interamericano já vem dando passos nesse sentido. Com base no desenvolvimento normativo do sistema universal dos direitos humanos, o sistema interamericano, pouco a pouco, foi incorporando o tema de empresas e direitos em sua agenda, e reconheceu, expressamente, que, embora os Estados sejam os primeiros titulares na garantia dos direitos humanos, é possível, ao interpretar o conteúdo e alcance dos direitos humanos, desprender efeitos jurídicos que vinculam as empresas. Nesse sentido, é de grande relevância a contribuição do Informe sobre Empresas e Direitos Humanos publicado em fevereiro de 2020 pela REDESCA, a qual frisou, em diversas recomendações, a necessidade de articulação entre Estados, empresas e sociedade civil.

Os avanços interamericanos sobre o tema possuem uma marca bastante dialógica ao reconhecer que a proteção dos direitos humanos na região dependerá de todos os atores que possam causar alguma afetação aos direitos humanos, como as empresas. Isso não retira das vítimas a centralidade no sistema interamericano, mas reforça a necessidade de um diálogo amplo e participativo com distintos atores para a construção de um constitucionalismo transformador.

No tocante à pandemia de COVID-19, a interlocução é ainda mais premente. Na medida em que os órgãos interamericanos foram precavidos na apresentação dos *standards* a serem seguidos pelos Estados para a preservação dos direitos (em especial as Resoluções 1 e 4/2020 e Resolução 1/2021), também observaram a repercussão das atividades empresariais nos direitos humanos. Essas Resoluções clamam por uma ação integrada e efetiva.

No ambiente doméstico, é essencial que haja uma articulação entre Estados, empresas e sociedade civil em ambientes dialógicos. Para tanto, como se verificou, autênticos diálogos multilaterais devem contar com ampla informação e transparência para todos os envolvidos, bem como atentar para o empoderamento dos grupos de comunidades afetadas para que os consensos obtidos não sejam mera reprodução do poder econômico empresarial. Os Estados, destinatários das obrigações normativas do sistema interamericano, devem integrar esses diálogos a fim de garantir a observância das normas de direitos humanos. Todavia, há o perigo de os próprios Estados não poderem ser mediadores interessados na preservação dos direitos quando, notadamente na América Latina, são muitas vezes economicamente dependentes da presença das empresas em seus territórios. Nessa seara, propõe-se ampliar as perspectivas dos diálogos multilaterais para envolver, inclusive, a própria CIDH, em seu papel transformador, em virtude de sua qualidade de agente mediadora capaz de zelar e monitorar a proteção dos direitos.

Os diálogos multiator, envolvendo os órgãos interamericanos, podem ter também efeitos além do necessário efeito informativo e pedagógico para as empresas. Há iniciativas multiator que realizam boas práticas, como aquelas presentes na Rede Brasil do Pacto Global. Um intercâmbio com esses atores pode apontar propostas e soluções para os principais desafios de realização dos direitos humanos na América Latina. Para tanto, o mecanismo das audiências públicas pode ser um foro promissor de troca de ideias e experiências.

Como visto, se a assimetria entre os integrantes desse diálogo é um desafio a ser enfrentado, a CIDH pode representar um órgão chave para a promoção dos direitos humanos em relação à interlocução com as empresas, pois a centralidade da vítima, que pauta a atuação desse órgão, é capaz de reequilibrar o campo de debate.

Uma participação mais efetiva das empresas na realização dos direitos humanos, tanto em diálogo multiator realizado no âmbito nacional como também regional poderá incrementar a proteção dos direitos humanos na América Latina.

Referências

BATISTA, Gabriela Garcia Lima. Conceitos de relações internacionais e teoria do direito diante dos efeitos pluralistas da globalização: governança global, regimes jurídicos, direito reflexivo, pluralismo jurídico, correção e autorregulação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, p. 216-229, 2014.

BENTES, Natália Mascarenhas Simões; EVANGELISTA, Ian Khoury. O projeto Onça Puma e os povos indígenas: uma análise acerca dos critérios Interamericanos de Direitos Humanos e da Licença Social para Operar. *Brazilian Journal of Development*, Curitiba, v. 6, n. 12, p. 95183-95199, 2020.

BOGDANDY, Armin von *et al.* *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017. p. 17-54.

BOGDANDY, Armin von *et al.* *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: a regional approach to transformative constitutionalism. In: BOGDANDY, Armin von *et al.* (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Nueva York: Oxford University Press, 2017. p. 3-26.

BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada al *Ius Constitutionale Commune* in Latin America. *Revista Derecho del Estado*, v. 34, p. 3-50, 2015.

BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; RAMIRÉZ, Fabiola Martínez; MEJÍA, Giovanni A. Figueroa (coord). *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM), 2014. p. 774-777.

BRASIL passa a apoiar negociações para quebra de patentes de vacinas. *Agência Brasil*, Brasília, 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-05/brasil-passa-apoiar-negociacoes-para-quebra-de-patentes-de-vacinas> Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Após ação do MPT, Justiça decide que demissões durante a pandemia serão custeadas por empresas*. Disponível em: <https://www.prt22.mpt.mp.br/informe-se/doacao/2-uncategorised/504-apos-acao-do-mpt-justica-decide-que-demissoes-durante-a-pandemia-serao-custeadas-por-empresas> Acesso em: 4 set. 2021.

CANTÚ RIVERA, Humberto Fernando. Empresas y derechos humanos: ¿hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 13, n. 13, p.

313–354, 2013.

CARRILLO SANTARELLI, Nicolás. La promoción y el desarrollo de la protección de los derechos humanos frente a abusos empresariales en el sistema interamericano. In: CANTÚ RIVERA, Humberto. *Derechos humanos y empresas: reflexiones desde América Latina*. San José: IDH, 2017. p. 87-118.

CAVALCANTI, Isabella Macário Ferro. *Tecnologias em tempos de isolamento social*. Belém: RFB, 2020. v. 7. Disponível em: https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/38163/1/Livro%207_Tecnologias%20em%20tempos%20de%20isolamento%20social.pdf Acesso em: 3 set. 2021.

CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Acta de la Segunda Sesión del Comité 360 de Derechos Humanos y Empresas*. 2019. Disponível em: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2021/07/Acta-Nº2-Reunión-Comité-360.pdf> Acesso em: 3 set. 2021.

CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Acta n. 1 Reunión Comité 360*. Plan de Acción Nacional Derechos Humanos y Empresas. 2019. Disponível em: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2021/07/Acta-Nº1-Reunión-Comité-360.pdf> Acesso em: 3 set. 2021.

CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Acta n. 3 Reunión Comité 360*. Plan de Acción Nacional Derechos Humanos y Empresas. 2019. Disponível em: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/media/2021/07/Acta-Nº3-Reunión-Comité-360.pdf> Acesso em: 3 set. 2021.

CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Comité 360 Derechos Humanos y Empresas*. Disponível em: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/comite-360-de-derechos-humanos-y-empresas/>. Acesso em: 3 set. 2021.

CHILE. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Subsecretaria de Derechos Humanos. *Infografía: línea de tiempo sobre el Plan de Acción Nacional de Derechos Humanos y Empresas*. Disponível em: <https://ddhh.minjusticia.gob.cl/plan-de-accion-nacional-de-derechos-humanos-y-empresas> Acesso em: 3 set. 2021.

COLOMBIA. *Plan Nacional de Acción en Empresas y Derechos Humanos: 2019-2021*. Disponível em: <http://www.colombiainforma.info/wp-content/uploads/2019/12/Borrador-PNA-octubre.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE. *Panorama Social da América Latina: resumo executivo*. 2020. Disponível em: https://www.cepal.org/sites/default/files/publication/files/46784/S2000967_pt.pdf Acesso em: 23 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Informe sobre empresas y derechos humanos: estándares interamericanos*. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Empresas-DDHH.pdf> Acesso em: 25 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatoria Especial para Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais. *Informe sobre empresas e direitos humanos*. 2017. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf> Acesso em: 24 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatoria Especial sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Sesión Extraordinaria CAJP, Empresas y Derechos Humanos: presentación sobre derechos humanos y empresas*. 2018. Disponível em: <http://scm.oas.org/pdfs/2018/CP38733T.pdf> Acesso em: 24 maio 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Resolução n. 1/2020. Pandemia Direitos Humanos nas Américas*. Aprovada em 10 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucao-1-20-pt.pdf> Acesso em: 24 maio 2021.

COMITÉ MINERO ENERGÉTICO *et al. La responsabilidad empresarial de respetar los derechos humanos: una lectura práctica de las iniciativas multiactor en Colombia*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11520/23426> Acesso

em: 24 maio 2021.

CORDERO SANZ, Carlos. Diálogos participativos sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile en julio 2016. *Sustentia Innovación Social*, 2016. Disponível em: https://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2017/12/DIALOGOS_EDH_CHILE_2016_WEB.pdf Acesso em: 23 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. *Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003*. Serie A No. 18. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf> Acesso em: 24 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso dos Empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus Vs. Brasil*: exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 15 de julho de 2020. Serie C No. 407. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_por.pdf Acesso em: 24 maio 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kalina y Lokono vs Surinam*. Sentença de 25 de novembro de 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf Acesso em: 24 maio 2021.

DESLIGAMENTOS por morte de funcionários CLT crescem 71,6% no primeiro trimestre de 2021, diz Dieese. *G1*, 14 maio 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/05/14/desligamentos-por-morte-crescem-716percent-no-primeiro-trimestre-de-2021-diz-dieese.ghtml> Acesso em 23 maio 2021.

FACHIN, Melina Girardi. Empresas e direitos humanos: compartilhando valor e responsabilidades. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 1, p.324-339, 2020.

FERREIRA, Paula. Em evento no Ministério da Saúde, governo comemora parceria da Pfizer com empresa brasileira para produção de vacina. *O Globo*, Brasília, 26 ago. 2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/saude/em-evento-no-ministerio-da-saude-governo-comemora-parceria-da-pfizer-com-empresa-brasileira-para-producao-de-vacina-25172427> Acesso em: 3 set. 2021.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes; MELLO, Patrícia Perrone Campos. A titularidade dos direitos fundamentais por parte de pessoas jurídicas. A empresa como agente de efetivação dos direitos sociais: notas introdutórias ao direito empresarial constitucional. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 6, n. 3, p. 89-119, 2016.

GONÇALVES, Luísa Cortat Simonetti; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Deveres internacionais e obrigações socioambientais para empresas multi e transnacionais. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 17, n. 3, p. 519-537, 2020.

GÓNGORA-MÉRA, Manuel Eduardo. El constitucionalismo interamericano y la fragmentación del derecho internacional: posicionando al ICCAL en el debate sobre colisiones entre regímenes normativos. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2019.

HERENCIA-CARRASCO, Salvador. *¿Hacia la inter-americanización del régimen de empresas e derechos humanos?*: comentario en torno al reciente informe de la CIDH. 2020. Disponível em: <https://dplfblog.com/2020/06/05/hacia-la-inter-americanizacion-del-regimen-de-empresas-derechos-humanos-comentario-en-torno-al-reciente-informe-de-la-cidh/> Acesso em: 20 maio 2021.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 252-283, 2019.

MESA NACIONAL DE OSC PARA EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS. *Pronunciamento Público*

de las Organizaciones no Gubernamentales Ambientales, Sociales y de Derechos Humanos Rechazando Nueva Versión del Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos. Disponible em: <https://coeuropa.org.co/pna-empresas-y-ddhh/>. Acesso em: 25 maio 2021.

MPT recebe quase 8 mil denúncias de violações trabalhistas durante período de pandemia. *Rede Brasil Atual*, São Paulo, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/trabalho/2020/04/mpt-recebe-quase-8-mil-denuncias-de-violacoes-trabalhistas-durante-periodo-de-pandemia/> Acesso em: 4 set. 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*. A/HRC/17/31 de 21 de março de 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_sp.pdf Acesso em: 23 maio 2021.

NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. A/ HRC/17/ L.17/ Rev.1 de 15 de junho de 2011. Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/G11/141/94/PDF/G1114194.pdf?OpenElement> Acesso em: 23 maio 2021.

NAÇÕES UNIDAS. *Promoción y Protección de Derechos Humanos*. AG/RES. 2887 (XLVI-O/16.) Aprobada en la segunda sesión plenaria, celebrada el 14 de junio de 2016. Disponível em: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES_2887_XLVI-O-16.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

NÚÑEZ VARÓN, Jaidivi. *Evaluación de las condiciones deseables para la participación en plataformas de diálogo multiactor entre comunidades, gobierno, sociedad civil y empresas extractivas en Guatemala*. 2014. Tese (Doutorado em Acción sin Daño y Construcción de Paz) - Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2014. Disponível em: <https://168.176.18.21/bitstream/123456789/706/1/Jaidivi%20Núñez-Trabajo%20de%20Tesis.pdf>. Acesso em: 10 maio 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Pluralismo no Ius Constitutionale Commune Latino-Americano: diálogos judiciais sobre direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 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*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 302-363, 2019.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações a Direitos Humanos por Empresas Transnacionais na América Latina. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, ano 7, n. 13, p. 131-131, jan./jun. 2019.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Regulación consciente y efectiva de las empresas en el ámbito de los derechos humanos*. OEA/Ser.Q, CJI/doc.522/17 rev.2 de 9 março de 2017. Disponível em: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CJI-doc_522-17_rev2.pdf Acesso em: 10 maio 2021.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO *et al.* *Pacto Mundial de las Naciones Unidas y el Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos*. Declaración conjunta uniendo fuerzas en América Latina y el Caribe para ayudar a minimizar la crisis del Coronavirus (COVID-19) y fomentar empresas responsables y sostenibles. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WG/JointCoronavirusStatement_es.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.

PACTO GLOBAL REDE BRASIL. *Pacto contra COVID-19*. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/pg/pacto-contra-covid-19>. Acesso em: 25 maio 2021.

PAMPLONA, Danielle Anne. Um projeto comum para América Latina e os impactos das empresas em direitos humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, p. 22-31, ago. 2019.

PIOVESAN, Flávia. Comissão Interamericana de Direitos Humanos e seu mandato transformador. *In:*

PIOVESAN, Flávia; LEGALE, Siddharta (org.). *Os casos do Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Núcleo Interamericano de Direitos Humanos da UFRJ, 2020.

PIOVESAN, Flávia. Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges and perspectives. In: BOGDANDY, Armin von et al. (ed.). *Transformative constitutionalism in Latin America*. Nueva York: Oxford University Press, 2017. p. 49-65.

PORTER, Michael E.; KRAMER, Mark R. Criação de valor compartilhado. *Harvard Business Review Brasil*, jan. 2011. Disponível em: <https://hbrbr.uol.com.br/criacao-de-valor-compartilhado/> Acesso em: 3 set. 2021.

SALOMÃO, Karin. Como a Fitesa se adaptou para produzir 40 milhões de máscaras por mês. *Exame*, 2 maio 2020. Disponível em: <https://exame.com/negocios/como-a-fitesa-se-adaptou-para-produzir-40-milhoes-de-mascaras-por-mes/> Acesso em: 3 set. 2021.

SANTANA, Anna Luisa Walter de. *Intermediarios de internet y derechos humanos: contribuciones del Sistema Interamericano en la construcción de estándares comunes para la promoción de la libertad de expresión en América Latina*. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2020. Disponível em: <https://archivum.grupomarista.org.br/pergamumweb/vinculos/000092/000092e5.pdf> Acesso em: 01 maio 2021.

SANTANA, Anna Luisa Walter; PAMPLONA, Danielle Anne. Contribuições do ICCAL: o constitucionalismo transformador frente às violações de direitos humanos por empresas. In: BOGDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do direito econômico internacional*. Salvador: Jus Podivm, 2019. p. 179-192.

SANTANA, Anna Luisa; PAMPLONA, Danielle Pamplona. Empresas y derecho humanos: estrategias del ICCAL (Ius Constitutionale Commune en América Latina) para el fortalecimiento de los Estados y consolidación de un constitucionalismo transformador en América Latina. In: CHUERI, Vera de Karam de; VAN DER BROOKE, Bianca M Schneider. *Constitucionalismo transformador en América Latina*. Bogotá: Tirant lo Blanch, 2021. p. 31–56.

SCHÖNSTEINER, Judith. Empresas y derechos humanos: lecturas a la luz del Ius Constitutionale Commune. In: BOGDANDY, Armin von; SALAZAR UGARTE, Pedro; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; EBERT, Franz Christian. *El constitucionalismo transformador en América Latina y el derecho económico internacional: de la tensión al diálogo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018. p. 397-426. Disponível em: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/5078> Acesso em: 25 maio 2021.

SCHÖNSTEINER, Judith. O Plano Nacional de Ação sobre Direitos Humanos e Empresas do Chile: um balanço sobre o seu impacto discursivo e real. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 16, n. 3, p. 93-110, 2019.

SERNA DE LA GARSA, José María. EL concepto del ius commune latinoamericano en derechos humanos: elementos para una agenda de investigación. In: BOGDANDY, Armin Von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. Mexico: Porrúa, 2013. p. 25-48.

STAFFEN, Márcio Ricardo. *Interfaces do direito global*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TOLE MARTÍNEZ, Julián; LANCHEROS SÁNGHEZ, Paula. Empresas BIC en Colombia: una luz en la implementación de los estándares interamericanos en ddhh y empresas. *Revista Homa Publica: Revista Internacional de Derechos Humanos y Empresas*, v. 5, n. 1, jun. 2021.

VALE. *Vale instala 81 câmeras térmicas nas portarias para identificar pessoas com sintoma de Covid-19*. 2020. Disponível em: <http://www.vale.com/brasil/PT/aboutvale/news/Paginas/vale-instala-81-cameras-termicas-nas>

-portarias-para-identificar-pessoas-com-sintoma-de-covid-19.aspx Acesso em: 3 set. 2021.

VERDÉLIO, Andreia. Fiocruz vai produzir 100 milhões de doses de vacina contra COVID-19: Fundação fez parceria com a britânica AstraZeneca. *Agência Brasil*, Brasília, 01 ago. 2020. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-08/fiocruz-vai-produzir-100-milhoes-de-doses-de-vacina-contra-covid-19> Acesso em: 3 set. 2021.

VICARI GANA, Vicente. Ius Constitutionale Commune en América Latina y constitucionalismo transformador: una invitación al diálogo con el derecho económico internacional. *Anuário de Derechos Humanos*, v. 16, n. 1, p. 131-141, 2020.

WETTSTEIN, Florian. *Multinational corporations and global justice: human rights obligations of a quasi-governmental institution*. Reino Unido: Stanford University Press, 2009.

WILLIS TOWERS WATSON. *Pesquisa Planejamento de Orçamentos Salariais*. 2020. Disponível em: <https://www.willistowerswatson.com/pt-BR/News/2020/08/pesquisa-planejamento-de-orcamentos-salariais> Acesso em: 23 maio 2021.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

O envolvimento de empresas em violações de direitos humanos e os impactos das decisões da Corte Interamericana

The engagement of companies in human rights violations and the impacts of decisions of the inter-american court

Patricia Almeida de Moraes

Marcella Oldenburg Almeida Britto

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

O envolvimento de empresas em violações de direitos humanos e os impactos das decisões da Corte Interamericana*

The engagement of companies in human rights violations and the impacts of decisions of the inter-american court

Patricia Almeida de Moraes**

Marcella Oldenburg Almeida Britto***

Resumo

o objetivo deste artigo é lançar luz à questão da oponibilidade da *ratio decidendi* das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente quanto à temática de direitos humanos e empresas, a todos os países que compõem o Sistema Interamericano, incluindo aqueles Estados parte que não participaram diretamente da condenação. Primeiramente, demonstramos que as decisões da Corte IDH possuem efeito vinculante e *erga omnes*, fazendo parte do *corpus iuris* interamericano e, portanto, aplicável em face de todos os países signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos. Em seguida, analisamos duas das mais recentes decisões da Corte envolvendo atividades empresariais: caso “Povo Kaliña e Lokono *vs.* Suriname” e “Empregados da Fábrica de Fogos Santo Antônio de Jesus e familiares *vs.* Brasil”. Finalmente, examinamos o Informe “Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, elaborado pela Comissão Interamericana, que traz o tema de maneira direta. Utilizando-se do método qualitativo e pesquisa jurisprudencial, bibliográfica e documental, e partindo-se da análise de decisões da Corte IDH e outros documentos emitidos pelo Sistema Interamericano, concluímos que a fundamentação da decisão (*ratio decidendi*) também opera em face do país que não figurou no polo passivo da demanda internacional, eis que produz efeitos *erga omnes*, logo, obrigatória para todos os Estados parte. Assim, as recentes condenações da Corte que sustentam a necessidade de as empresas respeitarem os direitos humanos, assim como o dever do Estado de garantir essa proteção e cobrar uma atuação responsável das empresas, devem ser, necessariamente, seguidas e aplicadas no âmbito interno de cada país.

Palavras-chave: Corte Interamericana de Direitos Humanos; Efeito *erga omnes*; Direitos Humanos e Empresas; Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas.

* Recebido em 28/05/2021

Aprovado em 24/09/2021

** Doutoranda e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) na linha de pesquisa Direitos Humanos, Justiça e Democracia. Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Global Business and Human Rights Scholars Association. Membro da Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação da PUCPR. Advogada.
E-mail: patricia.almeidademoraes@hotmail.com

*** Mestranda pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) na linha de pesquisa Direitos Humanos, Justiça e Democracia. Bolsista CAPES/PROEX. Membro do Global Business and Human Rights Scholars Association. Membro da Clínica de Direitos Humanos do Programa de Pós-Graduação da PUCPR. Assessora Jurídica no Ministério Público do Estado do Paraná.
E-mail: marcella_oldenburg@yahoo.com.br

Abstract

the purpose of this article is to shed light on the question of the opposability of the *ratio decidendi* of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights, especially on the subject business and human rights, to all the countries that make up the Inter-American System, including those States Parties that did not participate directly from the conviction. First, we demonstrate that the decisions of the Inter-American Court have a binding and *erga omnes* effect, being part of the inter-American *corpus iuris* and, therefore, applicable against all the signatory countries to the American Convention on Human Rights. Then, we analyze two of the Court's most recent decisions involving business activities: the case of "Povo Kaliña and Lokono vs. Suriname" and "Employees of the Santo Antônio de Jesus Fireworks Factory and family members vs. Brazil". Finally, we examine the Report "Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos", prepared by the Inter-American Commission, which brings the issue directly. Using the qualitative method and jurisprudential, bibliographic and documentary research, and starting from the analysis of decisions of the Inter-American Court and other documents issued by the Inter-American System, we conclude that the reasoning of the decision (*ratio decidendi*) also operates in the face of the country that was not part of the passive pole of international demand, since it produces *erga omnes* effects, therefore, mandatory for all States parties. Therefore, the Court's recent convictions that uphold the need for companies to respect human rights, as well as the State's duty to guarantee this protection and to demand responsible actions from companies, must be necessarily followed and applied at the domestic level of each country.

Keywords: Inter-American Court of Human Rights; *Erga omnes* effect; Business and Human Rights; United Nation Guiding Principles on Business and Human Rights.

1 Introdução

A atuação de empresas, especialmente as transnacionais, em todo o globo, se intensificou, principalmente a partir da década de 60 do século passado, devido às complexas e distantes redes de produção instaladas em diversos países. A atuação dessas empresas, diversas vezes, resulta em violações de direitos humanos. Diante desse cenário, a comunidade internacional vem buscando meios de amenizar esse problema e a busca por uma proteção efetiva dos direitos humanos tem se intensificado nos últimos anos, em especial a partir da aprovação dos Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos¹, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU em 2011.

Na América Latina, o mesmo obstáculo persiste, principalmente em decorrência do grande potencial natural que possui, o que atrai muitas empresas que buscam explorar as riquezas naturais. Assim, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) tem desenvolvido seu posicionamento a respeito do tema, especialmente em decisões de casos que chegam até a Corte Interamericana discutindo violações de direitos que envolvem a participação de empresas. O SIDH tem contribuído para o desenvolvimento progressivo do tema em suas decisões, ao caminhar no sentido de reconhecer a responsabilidade não apenas dos Estados, mas também das empresas por violações.

Dessa forma, o presente artigo pretende demonstrar o efeito vinculante e *erga omnes* das decisões da Corte IDH, de forma que a interpretação realizada pela Corte, em suas decisões, compõe o *corpus iuris* interamericano e, portanto, deve ser aplicada em todos os países parte do Sistema Interamericano.

Para demonstrar esse objetivo, é feita a análise de duas decisões da Corte IDH, as mais recentes envol-

¹ UNITED NATIONS. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. Office of the High Commissioner New York and Geneva. 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

vendo atividades empresariais, que demonstram o entendimento da Corte sobre o tema, sendo elas o “Caso Povo Kaliña e Lokono *vs.* Suriname” e o “Caso Empregados da Fábrica de Fogos Santo Antônio de Jesus e familiares *vs.* Brasil”. Cumpre mencionar que referida análise se dará, apenas, da parte da decisão que aborda o envolvimento das empresas nas violações.

Finalmente, busca-se examinar o Informe Empresas e Direitos Humanos: Estândares Interamericanos realizado pela Comissão Interamericana, que trata sobre o tema de maneira direta.

Assim, ao lançar luzes para que as interpretações aplicadas pela Corte IDH em suas decisões devam ser seguidas por todos os Estados membros, diante de seu efeito *erga omnes*, pretende-se relacionar as recentes condenações da Corte que sustentam a necessidade de as empresas respeitarem os direitos humanos e o Estado de garantir essa proteção, pois considera-se que há um dever de cada país de cobrar uma atuação responsável das empresas, que necessariamente, devem ser seguidas e aplicadas no âmbito interno de cada um dos Estados parte.

O método utilizado foi o qualitativo e pesquisa jurisprudencial, bibliográfica e documental, partindo de uma análise e interpretação de decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e outros documentos emitidos pelo Sistema Interamericano, a fim de buscar compreender o posicionamento quanto ao tema empresas e direitos humanos e demonstrar que a interpretação da Corte IDH deve ser observada não apenas pelo país condenado, mas igualmente pelos demais países parte do Sistema.

2 O efeito *erga omnes* da jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) criou a Corte Interamericana para garantir que os países signatários cumprissem os compromissos assumidos. Assim, a Corte IDH é considerada a guardiã da Convenção. Entre suas funções, ela possui competência para emitir pareceres consultivos e julgar reclamações relativas às violações de direitos humanos pelos Estados partes, que reconheceram como obrigatória a jurisdição do Tribunal.

No entanto, competência da Corte não se restringe à aplicação e interpretação da Convenção, sendo uma competência ampla, abrangendo todo o chamado *corpus iuris* interamericano. De acordo com Flávia Piovesan e Bruno B. Borges²:

ressalta-se que o ordenamento interamericano não se restringe à Convenção, se expande a jurisprudência da Corte e a outros documentos internacionais de proteção aos direitos humanos, conformadores do bloco de convencionalidade, alcançando, mesmo, todo um *corpus iuris* interamericano a se projetar nas constituições nacionais.

Nesse contexto, para além dos conteúdos dos artigos, 62.3³ e 64⁴ da CADH⁵, surge a noção de que o

² PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. O diálogo inevitável interamericano e a construção do *ius constitutionale commune*. *Revista direitos fundamentais e democracia*, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.

³ *Artigo 62.3*. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.

⁴ *Artigo 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.

⁵ OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04 fev. 2021.

Tribunal, tanto em sua jurisdição contenciosa quanto consultiva, é o intérprete autêntico e último do *corpus iuris* interamericano, a interpretação das disposições regionais de direitos humanos produz, além de “res judicata” – com efeito entre partes – “coisa interpretada” (*res interpretata*), efetivamente com efeitos *erga omnes* e, portanto, obrigatório para todos os Estados que reconheceram sua competência.⁶

Nesse sentido, Humberto Nogueira Alcalá⁷ afirma que a Convenção Americana e o *corpus iuris* interamericano são compostos da interpretação formulada pela Corte que é o intérprete autêntico e final da dita Convenção e cujas sentenças são vinculativas incondicionalmente ao Estado Parte. Ademais, de acordo com o mesmo autor, “a través de la cosa interpretada de la Corte Interamericana, la ratio decidendi de sus sentencias, debe entenderse incorporadas a las disposiciones convencionales, las que los jueces internos deben respetar.”⁸

Assim, a obrigatoriedade de observar as decisões da Corte IDH se dá de duas formas: a primeira relacionada a uma vinculação interna, resultante da condenação do Estado; e a outra referente à *ratio decidendi*, que opera quando o Estado parte não figurou como polo passivo da demanda internacional, mas deverá seguir a interpretação da Corte, pois esta é vinculante a todos os países membros do Sistema Interamericano, em decorrência da eficácia *erga omnes* das decisões da Corte IDH.⁹

Essa primeira é decorrente do artigo 68.1 da CADH¹⁰, segundo o qual “os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Além do mais, essa vinculação decorre do Princípio *Pacta Sunt Servanda*, consagrado na Convenção de Viena¹¹ sobre o direito dos tratados. A própria Corte afirmou no “Caso Gelman vs. Uruguay”¹² que a obrigação de cumprir as disposições das suas decisões corresponde a um princípio básico de direito sobre a responsabilidade internacional do Estado, e apoiado pela jurisprudência que entende que os Estados devem cumprir o tratado de boa-fé internacional, ou seja, o *pacta sunt servanda*.

Essa vinculação ocorre de forma direta e possui efeito *inter partes*, obrigando o Estado condenado a cumprir a sentença. Inicialmente, essa era a única maneira que obrigava um Estado a cumprir uma decisão da Corte IDH, mas tal situação foi modificada a partir de uma construção jurisprudencial da própria Corte, uma vez que a CADH não determina o dever de um Estado, que não foi parte no processo, observar, obrigatoriamente, as decisões da Corte. No entanto, uma teoria a respeito da força das decisões da Corte foi sendo construída, no sentido de vincular a sua fundamentação (*ratio decidendi*) a todos os Estados sujeitos a sua jurisdição.

O foco do presente artigo é justamente na Teoria da Vinculação interna com *efeitos erga omnes* das decisões da Corte, que faz com que muitos Estados adotem, em suas jurisdições internas, as sentenças da Corte IDH

⁶ LEAL, Mônia. Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación y interseccionalidad em la perspectiva de la corte interamericana de derechos humanos. En: LANDA, Cesar. *Challenges of Human Rights in Latin America*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2019. p. 314.

⁷ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 2, 2012. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200003. Acesso em: 04 fev. 2021.

⁸ Mediante a interpretação da Corte Interamericana, a *ratio decidendi* de suas sentenças deve ser entendida como incorporada às disposições convencionais, que os juízes internos devem respeitar. (tradução livre).

⁹ LEAL, Mônia. Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación y interseccionalidad em la perspectiva de la corte interamericana de derechos humanos. En: LANDA, Cesar. *Challenges of Human Rights in Latin America*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2019. p. 314.

¹⁰ OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 04 fev. 2021.

¹¹ *Artigo 26*. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé. Convenção de Viena sobre direito dos tratados entre estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais (1986). Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=701DBCD1773F1FB1F2C5DA2890871FFD.proposicoesWeb2?codteor=1427770&filename=MSC+589/2015. Acesso em: 04 fev. 2021.

¹² OEA. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso em 04 fev. 2021.

como parâmetro de interpretação do *corpus iuris* interamericano.¹³ Em casos julgados pela Corte, como “Barrios Altos *vs.* Perú”¹⁴, “Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú”¹⁵ e “La Cantuta *vs.* Perú”¹⁶, se reconhece que o caráter vinculante das sentenças da Corte não se esgota em sua parte resolutiva (que só atinge o Estado parte no processo), mas sua fundamentação ou *ratio decidendi* se estende e vincula todas as autoridades públicas nacionais, mesmo nos casos em que o Estado não tenha sido parte no processo.¹⁷

Assim, pelo simples fato de um Estado ser parte da Convenção Americana, a conduta de seus poderes públicos, e de todos os seus órgãos, está vinculada ao Tratado, devendo, além de cumpri-lo, considerar os precedentes e judiciais diretrizes da Corte Interamericana. Nesse sentido a Corte estabeleceu, em relatório de supervisão de cumprimento de sentença do “Caso Gelman *vs.* Uruguay”¹⁸, que:

[...] en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.¹⁹

Em outras situações, como no “Caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México”²⁰, a Corte também reafirmou que a sua jurisprudência possui eficácia direta em todos os Estados que reconheceram expressamente sua jurisdição. Assim, de acordo com Humberto Nogueira Alcalá²¹, a interpretação que a Corte Interamericana faz das normas que compõem o *corpus iuris* interamericano, seja no âmbito da *ratio decidendi* dos casos contenciosos, seja em seus pareceres consultivos, vincula todos os países sujeitos à sua jurisdição, devendo esta interpretação ser considerada como incorporada à Convenção Americana.

Essa obrigação dos Estados, de observar a *ratio decidendi*, se configura coisa interpretada (*res interpreta*), com efeitos *erga omnes*, ou seja, vincula não apenas o Estado condenado, mas se estende a todos os demais

¹³ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 2, 2012. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200003. Acesso em: 04 fev. 2021.

¹⁴ OEA. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

¹⁵ OEA. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

¹⁶ OEA. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 29 de novembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

¹⁷ OEA. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 29 de novembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021. p.94.

¹⁸ OEA. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de marzo de 2013. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf >. Acesso em: 05 fev. 2020.

¹⁹ [...] Em situações e casos em que o Estado em questão não tenha sido parte do processo internacional em que se estabeleceu certa jurisprudência, pelo simples fato de ser Parte da Convenção Americana, todos os seus poderes públicos e todos os seus órgãos, incluindo as instâncias democráticas, juízes e outros órgãos relacionados com a administração da justiça em todos níveis, estão vinculados ao tratado, para o qual devem exercer, no âmbito de seus respectivos competências e os respectivos regulamentos processuais, um controle de convencionalidade tanto na emissão como na aplicação de normas, quanto à sua validade e compatibilidade com a Convenção, como na determinação, julgamento e resolução de situações particulares e casos específicos, levando em consideração o próprio tratado e, conforme o caso, precedentes ou diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana.

²⁰ OEA. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Mérito, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C Nº. 220. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343. Acesso em: 05 fev. 2021.

²¹ ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 2, 2012. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200003. Acesso em: 04 fev. 2021.

parte do Sistema Interamericano. Dessa forma, a argumentação da decisão serve como uma diretriz para os Estados, indicando a direção em que devem atuar na implementação e concretização dos direitos humanos protegidos pelo Sistema Interamericano.²²

Diante do citado efeito *erga omnes*, insta salientar a importância do controle de convencionalidade – controle de compatibilidade entre as leis de âmbito interno e a Convenção Americana de Direitos Humanos –, o qual se revela como uma importante ferramenta dialógica, sendo considerado o fio condutor do diálogo. Tal controle possui a função de vetar a aplicação de normas ou interpretações do direito interno que sejam colidentes com o bloco de convencionalidade, assim como impedir o desrespeito a interpretações mais protetivas já alcançadas, sempre na busca pela concretização dos princípios da progressividade e *favor persona*.²³

O controle de convencionalidade contribui para a implementação de standards, princípios, normatividade e jurisprudência internacionalidade em matéria de direitos humanos. Destarte, é fundamental aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito doméstico, seja assegurando-lhes eficácia direta e imediata no plano interno, seja reforçando a capacidade fiscalizadora e sancionatória dos sistemas regionais.²⁴

Nesse aspecto, o controle em questão não deve apenas ser exercido pelo Poder Judiciário, o qual ainda tem atuado de forma deficitária; em se tratando de diálogo, é preciso incluir os sujeitos, sendo o engajamento popular não apenas legítimo, mas fundamental ao fortalecimento do princípio democrático.²⁵

Desse modo, as recentes decisões da Corte IDH, com relação ao envolvimento de empresas transnacionais em violações de direitos humanos, que afirmam a necessidade de as empresas respeitarem e contribuírem para a proteção dos direitos humanos, bem como o dever do Estado de garantir essa proteção e cobrar uma atuação responsável das empresas, devem ser observadas por todos os Estados parte e incorporadas em seu ordenamento interno. Isso se justifica diante do *efeito erga omnes* das decisões da Corte e de sua jurisprudência ser parte do *corpus iuris* interamericano, que deve ser seguido e aplicado por todos os países que compõem o Sistema Interamericano.

Assim, cabe aos Estados internalizar, em seus ordenamentos jurídicos, os Princípios Orientadores da ONU para empresas e direitos humanos, estabelecendo legislações e políticas públicas internas de proteção aos direitos humanos relacionados à atividade empresarial, e aplicá-las de forma eficiente. Isso porque o Sistema Interamericano já reconhece os Princípios e Corte já os têm aplicado em sua jurisprudência, de forma que, diante do *efeito erga omnes* das decisões, os Estados devem aplicá-los evitando futuras condenações, bem como realizar controle de convencionalidade com base neste entendimento da Corte.

3 O enfrentamento de violações de direitos humanos por empresas na Corte Interamericana

A atividade empresarial se expande internacionalmente como um fenômeno de elevado poder econômico e político, capaz de promover efeitos nas estruturas das relações sociais. Essa realidade demonstra a necessidade de uma resposta adequada do direito internacional dos direitos humanos, por isso é importante

²² LEAL, Mônia. Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación y interseccionalidad em la perspectiva de la corte interamericana de derechos humanos. En: LANDA, Cesar. *Challenges of Human Rights in Latin America*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2019. p. 314.

²³ PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Revista direitos fundamentais e democracia*, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, p. 26, jan./jun. 2012.

²⁵ FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*. ano I, v. I, n. I, p. 14, jan./abr. 2020.

que se desenvolva e se esclareça a necessidade do respeito dos direitos humanos pelas empresas, e que ela não ocorra, apenas, de forma voluntária.

Nesse sentido, a Corte IDH já apresentou, em suas decisões, um posicionamento mais incisivo a respeito do assunto, no intuito de cobrar das empresas respeito e proteção aos direitos humanos que suas atividades podem impactar. Diante da necessidade e relevância em abordar o tema, não apenas a Corte apresentou uma interpretação abrangente sobre o assunto, mas também a Comissão Interamericana, por meio da Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA), se manifestou por meio de um informe que apresenta uma abordagem extensiva sobre o assunto.

Assim, serão analisados dois casos julgados pela Corte IDH que envolvem atividades empresariais e que demonstram que o atual posicionamento da Corte está de acordo com as orientações da comunidade internacional sobre o assunto, na busca de uma proteção maior aos direitos humanos. Os dois casos foram selecionados dentre os demais, por se tratarem dos mais recentes que envolvem a atuação de empresas, bem como porque a Corte, em sua argumentação em ambos os casos, mencionou os Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos para fundamentar a decisão no que dizia respeito ao dever de proteção do Estado e à responsabilidade de empresas em respeitar os direitos humanos.

Os Princípios Orientadores são, atualmente, o principal documento, em âmbito internacional, que aborda violações de direitos humanos por empresas e, apesar de ser uma *soft law*, representa um grande avanço na proteção dos direitos humanos, indicando diretrizes a serem seguidas tanto por Estados quanto por empresas.

3.1 Caso Kaliña e Lokono vs. Suriname

O Caso Povo Kaliña e Lokono *vs.* Suriname²⁶, julgado em 25 de novembro de 2015, foi a primeira vez em que a Corte mencionou os Princípios Orientadores da ONU na fundamentação de sua decisão. Nesse caso, em decorrência da falta de reconhecimento dos povos Kaliña e Lokono como indígenas, eles não possuíam direito de propriedade coletiva das terras, território e recursos naturais do local onde se encontravam instalados. Essa falta de reconhecimento foi acompanhada da emissão de títulos de propriedade individual em favor de não indígenas, e da outorga de concessões e licenças para a realização de operações mineiras na região.

Cabe ressaltar que tais concessões não foram submetidas a qualquer procedimento de consulta, visando obter o consentimento prévio, livre e informado dos povos Kaliña e Lokono. Nesse sentido, o Estado teria violado os direitos de personalidade jurídica e propriedade dos povos, além dos danos causados ao meio ambiente pela atividade das mineradoras.

A empresa que atuou na região, a mineradora Suralco, subsidiária da Aluminum Company of America (ALCOA), se instalou no local em 1958, quando foi autorizada sua atividade – época em que o Suriname era colônia dos Países Baixos. A autorização foi dada para a extração de bauxita por um período de setenta e cinco anos (irá expirar apenas em 2033). As operações de extração iniciaram-se, apenas, em 1997, e, seis anos depois, a exploração foi repassada à BHP Billiton-Suralco²⁷. Assim, é possível verificar o longo período de domínio da empresa no local, e, conseqüentemente, o poder que lhe foi atribuído.

A Corte considerou que os impactos negativos da atividade extrativista afetaram os recursos naturais dos povos Kaliña e Lokono, que originaram poluição da água e contaminação do solo na região, redução da

²⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname*. 25 de novembro de 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

²⁷ FACHIN, Melina Girardi; BOLZANI, Giulia Fontana. International Corporate Affairs, Human Rights and Development in the Inter-american System. In: PAMPLONA, Danielle Anne; FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Empresas*. Curitiba: Editora Íthala. 2019. p. 41.

fauna silvestre, bem como desmatamento e destruição de habitat, causando prejuízos em sua subsistência, com uma redução considerável das atividades de caça e pesca. Os fatos mencionados demonstram que as violações causadas estão diretamente relacionadas às atividades da mineradora na região, mas também são inerentes à obrigação do Estado relativa à outorga do direito de propriedade.

Esses impactos não foram evitados pelo Estado por meio da prevenção ou mitigados pela adoção de medidas adequadas, tais como a supervisão de um estudo de impacto ambiental; além disso, os efeitos negativos foram mantidos ao longo do tempo, afetando, assim, o território tradicional e os meios de sobrevivência desses povos.²⁸ Nesse contexto, a Corte mencionou os Princípios Orientadores da ONU, nos seguintes termos:

224. Al respecto, la Corte toma nota de los “Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos”, avalados por el Consejo de Derechos Humanos de la Naciones Unidas, mediante los cuales se ha establecido que las empresas deben actuar de conformidad con el respeto y la protección de los derechos humanos, así como prevenir, mitigar y hacerse responsables por las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos. En este sentido, tal como lo reiteran dichos principios, los Estados tienen la responsabilidad de proteger los derechos humanos de las personas contra las violaciones cometidas en su territorio y/o su jurisdicción por terceros, incluidas las empresas. Para tal efecto los Estados deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar, mediante políticas adecuadas, los abusos que aquellas puedan cometer, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.²⁹

Dessa forma, a Corte reconhece que as empresas devem atuar de forma a respeitar e proteger os direitos humanos, bem como prevenir e mitigar as consequências negativas das atividades, devendo abranger os direitos humanos das pessoas pertencentes a grupos ou populações específicas, incluindo povos indígenas e tribais.

Apesar da impossibilidade da imposição de uma responsabilização direta às empresas por parte da Corte, esse reconhecimento é de grande importância para a evolução da proteção nos direitos humanos, pois reafirma o dever dos Estados de exigir e garantir que as empresas atuem em respeito aos direitos humanos.

Ao final da decisão, o Estado do Suriname foi condenado pela concessão e autorização da atividade mineira, e a Corte entendeu que o Estado tinha o dever de proteger os reservatórios naturais e os territórios tradicionais. Assim, o Estado foi responsável pela reabilitação do território dos povos Kaliña e Lokono e pela restauração de seus direitos, o que deveria ser realizado por meio da elaboração de um plano de ação em conjunto com a empresa e com a participação de representantes dos povos afetados.

Trata-se de um precedente importante, pois demonstra que a Corte reconhece a responsabilidade das empresas, além de incorporar o conteúdo dos Princípios Orientadores em sua jurisprudência. Entretanto, a Corte baseia suas decisões em uma compreensão centrada no Estado para a proteção dos direitos humanos, de forma que a responsabilidade de terceiros é apenas indireta.

²⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname*. 25 de novembro de 2015, p. 62. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

²⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Suriname*. 25 de novembro de 2015, p. 62. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021. 224. A este respeito, o Tribunal toma nota dos “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos”, endossados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, pelo qual foi estabelecido que as empresas devem atuar em conformidade com os respeito e proteção dos direitos humanos, bem como prevenir, mitigar e responsabilizar-se pelas consequências negativas das suas atividades sobre os direitos humanos. Nesse sentido, como reiteram esses princípios, os Estados têm a responsabilidade de proteger os direitos humanos dos indivíduos contra as violações cometidas em seu território e / ou jurisdição por terceiros, incluindo empresas. Para tanto, os Estados devem adotar as medidas cabíveis para prevenir, investigar, punir e reparar, por meio de políticas apropriadas, os abusos que cometam, as atividades regulatórias e a submissão à justiça. (Tradução livre.)

3.2 Caso Empregados da Fábrica de Fogos Santo Antônio de Jesus e familiares vs. Brasil

A decisão mais recente da Corte, contendo a temática de empresas e direitos humanos, e que, novamente, invocou os Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos, foi proferida em 15 de julho de 2020, no Caso Empregados da Fábrica de Fogos Santo Antônio de Jesus e familiares *vs.* Brasil³⁰.

O caso em questão diz respeito a uma explosão de uma fábrica de fogos de artifício em Santo Antônio de Jesus, Estado da Bahia, ocorrida em 11 de dezembro de 1998, na qual houve a morte de 64 mulheres, incluindo-se 20 crianças, deixando seis trabalhadoras feridas. Essas mulheres estavam inseridas em contextos de vulnerabilidade social e econômica, sendo, a grande maioria, negras.³¹ Tratava-se, portanto, de mulheres marginalizadas na sociedade.

A fábrica mencionada consistia em um conjunto de tendas que se localizavam em uma área de pastagem e que dispunha de algumas mesas de trabalho compartilhadas. Assim, grande parte dos materiais explosivos se encontravam no mesmo espaço em que estavam as trabalhadoras. Vale mencionar que não havia espaços próprios destinados aos períodos de descanso ou alimentação, assim como não havia banheiros.³²

Outrossim, os salários auferidos eram extremamente baixos. Para a produção de mil traques – pequenos artefatos explosivos –, cada trabalhadora recebia o montante de R\$ 0,50 (cinquenta centavos). Careciam, ainda, de equipamentos de proteção individual, treinamento ou capacitação. Soma-se, por fim, a exploração do trabalho infantil. As crianças laboravam seis horas diárias durante o período letivo e o dia inteiro durante as férias.

Considerando-se a inexistência de demais oportunidades econômicas na região e a condição de pobreza a que estavam submetidas, não restavam alternativa a não ser o exercício de atividades na fábrica de fogos. A produção dos artefatos demandava em especial a manufatura por mulheres e crianças, pelas mãos menores, para o produto primordial das fábricas.

Diante dos fatos narrados, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos entendeu que o Estado brasileiro possuía relação direta com as atividades expostas às trabalhadoras, assim como deveria saber que ali existia uma das piores formas de trabalho infantil.

Nesse sentido, a Corte aduz que os Estados têm o dever de regulamentar, supervisionar e fiscalizar a prática de atividades perigosas, que expõe a riscos significativos para a vida e integridade, como medida para proteger e preservar esses direitos, inclusive quando a atividade é exercida por uma entidade privada, cabendo “*hacer cumplir as leis que tenham por objeto ou por efeito hacer as empresas respetarem os derechos humanos e, periodicamente, evaluar a adecuación dessas leis e suprir eventuales lacunas*”.³³

Os Princípios Orientadores das Nações Unidas para Empresas e Direitos Humanos são mencionados no voto fundamentado do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot no seguinte sentido:

10. En la sentencia se invocan los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (en adelante “los PREDH” o los “principios de Ruggie”) para “reforzar” las

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Empleados de la Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. 15 de julho de 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

³¹ SOARES, Inês Virgínia; MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. *Um dia que dura décadas: Brasil não pune violações a direitos humanos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/opiniao-dia-dura-decadas>. Acesso em: 10 fev. 2021.

³² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Empleados de la Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. 15 de julho de 2020, p. 22. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Empleados de la Fábrica de Fogos em Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. 15 de julho de 2020, p. 42. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

obligaciones estatales frente a las actividades empresariales —en este caso de carácter peligroso o de alto riesgo. Si bien no es la primera ocasión que la Corte IDH recurre a los PREDH, es el primer caso en donde la aplicación de lo contenido en los referidos principios encuentra un encuadre armónico en cuanto a las obligaciones que se deben observar desde los artículos 1.1 y 2 del Pacto de San José, así como de otros instrumentos internacionales (como los Convenios 81 y 155 de la Organización Internacional del Trabajo) y las interpretaciones que contemplan obligaciones para los Estados en este tipo de contextos³⁴.

12. Los Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos indican que los Estados “deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o jurisdicción por terceros, incluidas las empresas”. Lo anterior es relevante debido a que, si bien se entiende que los Estados no son, *per se*, responsables por la actuación de particulares, eventualmente pueden serlo si, por un lado, no tomaron medidas o bien no hicieron efectivas esas medidas adoptadas, para garantizar — de manera preventiva — los derechos humanos que pudieran estar en juego³⁵.

Ao final, para além de ser condenado a dar continuidade ao processo penal, às ações civis de indenização por danos morais e materiais e aos processos trabalhistas em trâmite, o Brasil ainda deve apresentar um relatório sobre a aplicação das Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos.

O relatório em questão destina-se à promoção e ao apoio a medidas de inclusão e não discriminação, mediante a criação de programas de incentivo à contratação de grupos vulneráveis; à implementação, por parte das empresas, de atividades educacionais em direitos humanos, com a divulgação da legislação nacional e dos parâmetros internacionais, a partir de um enfoque nas normas relevantes para a prática das pessoas e os riscos para os direitos humanos, com base no Decreto n.º 9571/2018.³⁶

Da mesma maneira como ocorreu no Caso *Kaliña e Lokono vs. Suriname*, a Corte igualmente reconhece a responsabilidade das empresas, citando o conteúdo dos Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos em seus votos, contudo, a proteção dos direitos humanos, ainda, é centrada na figura do Estado, sendo a responsabilidade das empresas ainda indireta.

Ressalte-se que a sentença da Corte passa a traçar novas diretrizes não apenas no sentido de adequar o funcionamento do sistema de justiça do país condenado, como também para impactar os ordenamentos jurídicos dos Estados membros, em razão do seu efeito *erga omnes*. Em relação à análise dos dois casos apresentados, é imprescindível que o conteúdo da fundamentação da decisão (*ratio decidendi*) opere contra todos, pois possui o condão de prevenir futuras violações ao exigir que os Estados adotem medidas concretas para proteger os direitos humanos e que as empresas envidem esforços efetivos para respeitá-los.

Não apenas na via contenciosa, o tema foi tratado no sistema. Além da Corte, a CIDH tem prestado muita atenção ao tema com sua *toolbox* variada. Portanto, parece-nos oportuno destacar em especial o relatório temático da relatoria DESCA sobre o tema.

³⁴ 10. Na sentença se invocam os Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos (doravante denominados “PREDH” ou “princípios de Ruggie”) para “reforçar” as obrigações estatais frente às atividades empresariais, neste caso de caráter perigoso ou de alto risco. Embora não seja a primeira vez que a Corte IDH recorre aos PREDH, é o primeiro caso em que a aplicação daquilo que consta dos referidos princípios encontra uma visão harmônica quanto às obrigações que devem ser observadas a partir dos artigos 1.1 e 2 do Pacto de San José, bem como de outros instrumentos internacionais (como as Convenções 81 e 155 da Organização Internacional do Trabalho) e das interpretações que contemplan obrigações para os Estados nesse tipo de contexto (tradução livre).

³⁵ 12. Os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos ressaltam que os Estados “devem proteger contra as violações dos direitos humanos cometidas em seu território e/ou sua jurisdição por terceiros, inclusive as empresas”. O exposto é relevante porquanto, embora se entenda que os Estados não são, *per se*, responsáveis pela ação de particulares, eventualmente podem sê-lo, caso, por um lado, não tenham adotado medidas e, por outro, não tenham tornado efetivas essas medidas adotadas, para garantir – de forma preventiva – os direitos humanos que possam estar em jogo (tradução livre).

³⁶ O Decreto n.º 9571, de 21 de novembro de 2018, estabelece as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos.

3.3 Informe Empresas e Direitos Humanos: estândares Interamericanos

Em novembro de 2019, a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou o Informe “*Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*”³⁷. Apesar de não ser esta uma manifestação da Corte IDH, ela indica o caminho que o Sistema Interamericano pretende seguir com relação ao assunto, predizendo um futuro posicionamento da Corte.

Esse documento considera ser essencial estabelecer o significado das obrigações internacionais dos Estados relativos aos direitos humanos, analisados com base nos contextos relacionados às atividades empresariais à luz da experiência interamericana.

Inicialmente, há um destaque ao papel positivo que os negócios e o comércio podem desempenhar como geradores de riqueza e empregos nas sociedades, bem como motores da economia dos Estados chamados a contribuir para o bem-estar de suas populações e redução da pobreza. No entanto, a Comissão indicou, enfaticamente, que não há desenvolvimento adequado sem pleno respeito pelos direitos humanos, sendo necessária a imposição de limitações e obrigações para as autoridades estaduais e de consequências jurídicas para atores não estatais, como as empresas.

De acordo com a CIDH, “las normas del sistema interamericano de derechos humanos no impiden ni desalientan el desarrollo, pero exigen que el mismo tenga lugar en condiciones tales que se respeten y se garanten los derechos humanos de los individuos afectados”³⁸. Para tanto, o desenvolvimento deve ser gerido de forma sustentável, justa e equitativa, buscando crescimento econômico com equidade e consolidação da democracia, para que se avance na criação de circunstâncias que permitam alcançar o pleno gozo de todos os direitos humanos, bem como os fins pretendidos nas principais fontes jurídicas internacionais de direitos humanos.³⁹

Assim, a Comissão destaca que os Estados devem garantir que as atividades comerciais não sejam realizadas em detrimento dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos ou grupo de pessoas, incluindo povos indígenas e tribais, comunidades camponesas e populações afrodescendentes. Para esses últimos, deve-se garantir também o direito à consulta e consentimento livre, prévio e informado, de acordo com as normas interamericanas sobre o assunto.

A CIDH enfatiza que o respeito e garantia dos direitos humanos no contexto das atividades empresariais, longe de ser contraproducentes, contribuem muito para o comportamento empresarial responsável, podendo gerar um aumento da rentabilidade das empresas, reduzindo os riscos de sofrer reclamações, danos a sua imagem pública ou oportunidades de negócios perdidas. Em qualquer caso, a permissibilidade da violação de direitos não é admissível para justificar benefícios econômicos, sejam particulares ou gerais.⁴⁰

Além disso, em muitas situações, relações de poder assimétricas entre empresas e pessoas ou comunidades, incluindo trabalhadores, bem como entre empresas e alguns Estados, especialmente aqueles com instituições mais fracas, podem reforçar as desigualdades existentes nas sociedades, que por não considerar o respeito aos direitos humanos como obrigação básica, gera risco de sacrifício de sua fruição nos setores mais

³⁷ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. *Relatoria Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA)*. Novembro, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

³⁸ As normas do sistema interamericano de direitos humanos não impedem nem desestimulam o desenvolvimento, mas exigem que ele ocorra em condições que respeitem e garantam os direitos humanos das pessoas afetadas (tradução livre).

³⁹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. *Relatoria Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA)*. Novembro 2019, p. 14. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁴⁰ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. *Relatoria Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA)*. Novembro 2019, p. 14. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

fracos ou vulneráveis. Nesses contextos, a Comissão entende que esses problemas se acentuam quando não existem medidas governamentais adequadas que evitem violações dos direitos humanos, assim como mecanismos para mitigar os danos causados, reparar integralmente as vítimas e punir as empresas envolvidas.⁴¹

Sobre o papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos nessa matéria, a Comissão afirmou que:

el Sistema Interamericano de Derechos Humanos debe impulsar por el respeto de los derechos humanos por parte de las empresas, para ello los Estados deben supervisar adecuadamente la actividad empresarial y que se establezcan además obligaciones vinculantes para las empresas, ello porque el Sistema ha desarrollado muy buenos estándares para la protección de est[os] derecho[s], donde la prevención y el diálogo juegan un papel importante.⁴²

O desenvolvimento de padrões de proteção a que a Comissão se refere envolve a incorporação dos Princípios Orientadores da ONU e seus três pilares, afirmando que eles devem ser entendidos como um todo coerente, que estão interligados, de forma que as medidas adotadas pelos Estados no âmbito do Pilar I devem gerar efeitos sobre o comportamento das empresas localizadas no âmbito do pilar II, e estes, por sua vez, estão relacionados ao acesso a mecanismos eficazes de reparação de acordo com o pilar III. O comportamento empresarial que respeita os direitos humanos também pode influenciar no fortalecimento das ações de garantia de um Estado, para a proteção e favorecimento de maior acesso à reparação.⁴³

Destarte, a Comissão reconhece que os Princípios Orientadores estão se consolidando como base mínima de referência de governança mundial no assunto e são uma fonte autorizada para promover um ambiente que evita e corrige violações dos direitos humanos no âmbito das atividades ou operações empresariais.

Conforme indicado pelo Representante Especial, criador dos Princípios Orientadores, John Ruggie, esses princípios não pretendem ser a última palavra, mas sim “el fin del comienzo: mediante el establecimiento de una plataforma global de acción, a partir de la cual construir un progreso acumulativo, paso a paso, sin cerrar otros desarrollos prometedores a largo plazo”⁴⁴. A Comissão, portanto, entende que os Princípios Orientadores são como uma base conceitual dinâmica e evolutiva, permeando aspectos do discurso e da ação no campo dos direitos humanos e empresariais em coexistência com outras normas jurídicas vinculativas.⁴⁵

Com esse informe sobre empresas e direitos humanos, o Sistema Interamericano aos poucos vai firmando o dever das empresas no respeito aos direitos humanos, o que demonstra um grande avanço na proteção dos direitos humanos. Além disso, a Comissão reconhece que as empresas podem ser agentes positivos para o respeito e garantia dos direitos humanos, podendo motivar outros agentes com suas ações e mudanças de comportamentos, além de contribuir para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030.⁴⁶

⁴¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. *Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA)*. Novembro 2019, p. 14. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁴² O Sistema Interamericano de Direitos Humanos deve promover o respeito aos direitos humanos por parte das empresas, para isso os Estados devem supervisionar adequadamente a atividade empresarial e também estabelecer obrigações vinculantes para as empresas, pois o Sistema tem desenvolvido muito bem padrões para a proteção deste (s) direito (s), onde a prevenção e o diálogo desempenham papel importante. (Tradução livre).

⁴³ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. *Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA)*. Novembro 2019, p. 19. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁴⁴ O fim do começo: estabelecendo uma plataforma global de ação, a partir da qual se constrói o progresso cumulativo, passo a passo, sem desconsiderar outros desenvolvimentos promissor a longo prazo (tradução livre). Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, UN Doc. A/HRC/17/31, 21 de marzo de 2011, párr. 13.

⁴⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. *Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA)*. Novembro 2019, p. 17. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁴⁶ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. *Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA)*. Novembro 2019, p. 23. Dis-

As empresas passam a ser vistas como agentes que têm o dever de contribuir para garantir o gozo dos direitos humanos, sendo de extrema importância para o atual momento da América Latina, em que diversas empresas cometem violações de direitos humanos frequentemente, o Sistema Interamericano apresentar, de maneira clara e consistente, um posicionamento nesse sentido.

O informe em questão, além de apresentar a visão do Sistema Interamericano sobre o tema Direitos Humanos e Empresas, indica por quais caminhos a Corte IDH irá seguir em sua jurisprudência, o que já pode ser visto nas decisões abordadas anteriormente. Assim, pode-se considerar que o informe também apresenta efeitos *erga omnes* em todos os países parte do SIDH, de forma que os Estados devem observá-lo para a aplicação de políticas internas e legislações domésticas, bem como para o controle de convencionalidade, de forma a evitar que sejam condenados pela Corte por violações de direitos humanos perpetradas por empresas.

Diante da impossibilidade de condenação direta das empresas pela Corte IDH, por não serem consideradas formalmente sujeitos de direito internacional, a alternativa que se verifica é a obrigação dos Estados parte de garantir o respeito aos direitos humanos por estes entes privados, diante da necessidade de observância do informe e da jurisprudência da Corte. Destarte, se pretende que os Estados apliquem uma responsabilização adequada às empresas quando estas violarem direitos humanos em seus territórios, garantindo uma remediação efetiva às vítimas.

Por fim, o relatório temático da relatoria DESCA, assim como as decisões da Corte compõem o *corpus iuris* interamericano, o qual estabelece o *standard* mínimo de proteção de direitos humanos, de maneira a impulsionar um diálogo permanente entre as jurisdições internas e interamericana na busca de standards de proteção cada vez mais elevados, de modo a evitar retrocessos⁴⁷. Nessa toada, por fazer parte do *corpus iuris*, o aludido informe é oponível a todos os Estados membros do Sistema Interamericano, ou seja, possui efeitos *erga omnes* contra todos.

4 Considerações Finais

A globalização foi um fenômeno que facilitou o aumento da exploração econômica de populações em Estados com estruturas jurídica, social e política deficitárias por empresas transnacionais⁴⁸. São nesses locais que as empresas costumam instalar suas subsidiárias, sedes de grandes produções, e é onde o impacto negativo das atividades empresas são mais evidentes, havendo uma maior incidência de violações de direitos humanos.

Nesse sentido, o Sistema Interamericano voltou a atenção para esse problema urgente, sendo o atual posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos firmado em consonância com as orientações da comunidade internacional sobre a temática de empresas e direitos humanos, especialmente em atenção aos Princípios Orientadores da ONU para Empresas e Direitos Humanos, na busca de uma maior proteção aos direitos humanos.

No tocante ao alcance das decisões proferidas pela Corte, vislumbra-se que, para além de vincular apenas o Estado condenado, há também uma construção jurisprudencial no sentido de que a *ratio decidendi*, ou seja, a fundamentação da decisão, também opera em face do Estado parte que não figurou no polo passivo da demanda internacional. Ou seja, a interpretação das disposições regionais de direitos humanos produz efeitos *erga omnes* sendo, portanto, obrigatória para todos os Estados parte.

ponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

⁴⁷ PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Revista direitos fundamentais e democracia*, v. 24, n. 3, p. 5-26, set./dez. 2019.

⁴⁸ OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações a Direitos Humanos por Empresas Transnacionais na América Latina – Perspectivas de Responsabilização. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, ano 7, n. 13, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/issue/view/226>. Acesso em: 03 fev. 2021.

Como consequência, a argumentação das decisões da Corte passa a servir como uma diretriz para os Estados, indicando o caminho a ser seguido na proteção dos direitos humanos. Destarte, conclui-se que, relativamente ao envolvimento de empresas transnacionais em violações de direitos humanos, as recentes decisões da Corte sustentam a necessidade de as empresas respeitarem e contribuírem para a proteção dos direitos humanos, assim como o dever de o Estado garantir essa proteção e cobrar uma atuação responsável das empresas.

O presente artigo trouxe a análise das decisões proferidas nos casos Povo Kaliña e Lokono *vs.* Suriname e Empregados da Fábrica de Fogos Santo Antônio de Jesus e familiares *vs.* Brasil, no que tange ao envolvimento das empresas nas violações ocorridas, de modo a demonstrar que a Corte reconhece a responsabilidade das empresas e invoca o conteúdo dos Princípios Orientadores para Empresas e Direitos Humanos em sua jurisprudência, muito embora a proteção dos direitos humanos ainda esteja centrada na figura do Estado, por ser apenas este sujeito de direitos em âmbito internacional.

Por fim, citou-se a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, a qual publicou o Informe “*Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*”, indicando o caminho que o Sistema Interamericano pretende seguir e enfatizando a necessidade de que seja estabelecido o significado das obrigações internacionais dos Estados relativos aos direitos humanos, analisados a partir dos contextos relacionados às atividades empresariais e com base na experiência interamericana.

Destarte, a Comissão destaca que os Estados devem garantir que as atividades comerciais não sejam realizadas em detrimento dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos ou grupo de pessoas, ou seja, ficam obrigados a obedecer aos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos, assim como possuem a responsabilidade de cobrar que as empresas adotem práticas de atenção e promoção aos direitos humanos.

Conclui-se que, em razão da vinculação da *ratio decidendi*, ou seja, mesmo os países que não foram parte na demanda deverão seguir os preceitos e a interpretação apresentada pela Corte IDH em sua decisão, a qual produz efeito *erga omnes* oponíveis a todos os que estão sujeitos à sua jurisdição, é imprescindível que os Estados parte do Sistema Interamericano atentem-se à questão de violações de direitos humanos por empresas, de maneira a aplicar os Princípios Orientadores em seu âmbito interno, por meio de legislações e políticas, ou mesmo utilizando-se o controle de convencionalidade, uma vez que a Corte já os incluiu em sua jurisprudência. Assim, a temática de direitos humanos e empresas não pode mais ser ignorada diante da atual realidade da região e das recentes manifestações do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pois formam o parâmetro de interpretação do *corpus iuris* interamericano.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del tribunal constitucional en período 2006-2011. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 2. 2012. Disponível em: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000200003. Acesso em 04 fev. 2021.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. *Relatoria Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales (REDESCA)*. Novembro, 2019. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Empresas-DDHH.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Empleados de la Fábrica de Fuegos en Santo Antônio de Jesus y sus familiares vs. Brasil*. 15 de julho de 2020. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_407_esp.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Pueblos Kalina y Lokono vs. Suriname*. 25 de novembro de 2015. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf. Acesso em: 09 jan. 2021.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*. ano I, v. I, n. I, jan./abr. 2020.

FACHIN, Melina Girardi; BOLZANI, Giulia Fontana. International Corporate Affairs, Human Rights and Development in the Inter-american System. In: PAMPLONA, Danielle Anne; FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Empresas*. Curitiba: Editora Íthala, 2019.

LEAL, Mônia. Derechos de los grupos en situación de vulnerabilidad: no discriminación y interseccionalidad em la perspectiva de la corte interamericana de derechos humanos. En: LANDA, Cesar. *Challenges of Human Rights in Latin America*. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2019.

OEA. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

OEA. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Mérito, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C N°. 220. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343. Acesso em 05 fev. 2021.

OEA. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

OEA. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf. Acesso: em 04 fev. 2021.

OEA. *Caso La Cantuta vs. Perú*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentença de 29 de novembro de 2006. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 05 fev. 2021.

OEA. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04 fev. 2021.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. Violações a Direitos Humanos por Empresas Transnacionais na América Latina – Perspectivas de Responsabilização. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, ano 7, n. 13, Jan./Jun. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/issue/view/226>. Acesso em: 03 fev. 2021.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 19, jan./jun. 2012.

PIOVESAN, Flávia; BORGES, Bruno Barbosa. O diálogo inevitável interamericano e a construção do ius constitutionale commune. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 24, n. 3, set./dez. 2019.

SOARES, Inês Virgínia; MAZZUOLI, Valério de Oliveira; FACHIN, Melina Girardi. *Um dia que dura décadas: Brasil não pune violações a direitos humanos*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-09/opiniao-dia-dura-decadas>. Acesso em: 10 fev. 2021.

UNITED NATIONS. *Guiding Principles on Business and Human Rights*. Office of the High Commissioner New York and Geneva, 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/documents/publications/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf. Acesso em: 10 jan. 2021.

III. OUTRAS PERSPECTIVAS SOBRE TRANSFORMAÇÃO

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Pluralismo jurídico e democracia comunitária: discussões teóricas sobre descolonização constitucional na Bolívia

Legal pluralism and community democracy: theoretical discussions about constitutional decolonization in Bolivia

Débora Ferrazzo

Antonio Carlos Wolkmer

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

Pluralismo jurídico e democracia comunitária: discussões teóricas sobre descolonização constitucional na Bolívia*

Legal pluralism and community democracy: theoretical discussions about constitutional decolonization in Bolivia

Débora Ferrazzo**

Antonio Carlos Wolkmer***

* Recebido em 05/04/2021
Aprovado em 24/09/2021

** Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR); Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora no Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), nas disciplinas de Direito Constitucional, Processo Constitucional, Processo e Técnica Legislativa, Direitos da Natureza e Direitos dos Animais. Pesquisadora no Grupo de Pesquisas em Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano (UNESC). Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/9032757156918407>. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-1051-2785>. E-mail: debora@unesc.net

*** Doutor em Direito. Professor dos cursos de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNILASALLE-RS e UNESC-SC (Direitos Humanos e Sociedade). Professor titular aposentado do PPGD/UFSC. Pesquisador CNPq – Nível 1-A e consultor ad hoc da CAPES. Membro do grupo de trabalho CLAC-SO (Argentina /Equador): “Crítica Jurídica y Conflictos Socio-políticos”. Membro da Associação Argentina de Sociologia Jurídica e Membro da International Political Science Association (IPSA, Canada), do Research Committee on Sociology of Law (RCSL), igualmente do Instituto Internacional de Derecho y Sociedad (Lima, Perú). Professor visitante de Cursos de Pós-Graduação em diversas universidades no Brasil e no exterior (Argentina, Peru, Colômbia, Equador, Chile, Venezuela, Costa Rica, México, Espanha e Itália). Autor de vários livros, incluindo: *Teoría Crítica del Derecho desde América Latina*. Madrid/México: AKAL, 2017; *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de una nueva cultura del derecho*. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2018 (edição brasileira: 4ed.São Paulo: Saraiva, 2015). E-mail: acwolkmer@gmail.com.

Resumo

O “novo constitucionalismo latino-americano” tem sido tema cada vez mais debatido — e divergido — seja em relação ao seu significado, seja em relação a quais constituições abrange. Acredita-se que uma experiência (a boliviana) e um conceito (a descolonização constitucional) podem contribuir com esse debate, enfatizando o pluralismo jurídico e a democracia comunitária, como indicativos de ruptura e superação dos modelos coloniais. A comparação desses temas com o processo constituinte e o texto constitucional, a respeito do desenvolvimento pós-constituinte, sugere a limitação de ambos, submetendo-os a dinâmicas de recolonização, um risco que se reforça tanto pela ação de funcionários do Estado quanto por teorizações reducionistas. Propõe-se, então, uma análise do estágio atual do pluralismo jurídico e democracia comunitária na Bolívia, assumindo a descolonização constitucional como horizonte de sentido, o que se desenvolverá com base em uma revisão histórica do processo que culminou na Constituição de 2009 no país, seguida por uma descrição crítica do desenvolvimento infraconstitucional e conclusão com revisão de objeções teóricas ao constitucionalismo latino-americano. Trata-se de estudo interdisciplinar que adota método indutivo de abordagem, com procedimento histórico crítico e técnica bibliográfica de pesquisa. O estudo é motivado pela importância de contribuir com a formulação de uma nova teoria constitucional que viabilize a compreensão da experiência latino-americana e identifique novos critérios de interpretação, enunciados desde os setores populares em sua busca por libertação, de modo que se sugere a descolonização constitucional como critério distintivo desse novo constitucionalismo.

Palavras-chave: pluralismo jurídico; democracia comunitária; descolonização constitucional; instituições jurídico-políticas; processo constituinte.

Abstract

The “new Latin American constitutionalism” has been a topic that is increasingly debated - and dissented - both in terms of its meaning as in relation

to which Constitutions it covers. It is believed that an experience (Bolivian) and a concept (constitutional decolonization) can contribute to this debate, emphasizing legal pluralism and community democracy, as indicative of rupture of colonial models. The comparison of these themes in the constituent process and the constitutional text in relation to their post-constituent development, suggests the limitation of both, subjecting them to recolonization dynamics, a risk that is reinforced by the action of state officials and reductionist theorizations. It is proposed then, an analysis of the current stage of legal pluralism and community democracy in Bolivia, assuming constitutional decolonization as a horizon of meaning, which will develop based on a historical review of the process that culminated in the country's Constitution of 2009, followed by for a critical description of infraconstitutional development and concluding with a review of theoretical objections to Latin American constitutionalism. This is an interdisciplinary study that adopts an inductive method of approach, with a procedure critical historical and bibliographic research technique. The study is motivated by the importance of contributing to the formulation of a new constitutional theory that enables the understanding of the Latin American experience and identifies new interpretation criteria, enunciated from the popular sectors in their liberation struggles, so that it is suggested to constitutional decolonization as a distinctive criterion of this new constitutionalism.

Keywords: legal pluralism; community democracy; constitutional decolonization; Bolivia; legal-political institutions; constituent process.

1 Introdução

Há alguns anos, uma série de Constituições promulgadas no continente latino-americano começaram a despertar o interesse de cientistas sociais, teóricos e juristas, ensejando as mais diversas análises. Um termo bastante difundido, para designar esse conjunto de normas, foi o “novo constitucionalismo latino-americano”, mas tem sido um conceito bastante discutido, seja com relação ao seu significado, em especial o termo “novo”, seja com relação a quais Constituições abrange. Os diferentes recortes adotados para o estudo desse tema estão diretamente relacionados às conclusões decorrentes, conforme se pretende demonstrar nessa discussão, cujo tema central é a descolonização constitucional.

Entende-se que a descolonização constitucional¹ se caracteriza pela ruptura diante de alguns dos grandes paradigmas jurídico-políticos consolidados no âmbito do positivismo jurídico (sendo essa expressão própria do saber hegemônico que colonizou os sistemas periféricos). Para desenvolver essa discussão, serão enfatizados dois temas que serão ressignificados como referenciais teóricos, ou seja, paradigmas descoloniais, em relação ao modelo hegemônico: a democracia comunitária, como superação da lógica representativa e individualista moderna, e o pluralismo jurídico, como transformação do monismo normativo estatal.

A Constituição Política do Estado da Bolívia, de 2009, vem sendo reconhecida como uma das mais avançadas em termos de rupturas ou transformações em relação aos modelos legados pela experiência constitucional euro-norte-americana. Apesar disso, o seu desenvolvimento normativo e institucional tem sido bastante tumultuado e vem dividindo estudiosos entre críticas e celebrações, mas, inegavelmente, marcado pela redução de sentido e efetividade de princípios e sistemas estratégicos, como o pluralismo jurídico e a democracia comunitária. É que a ordem constitucional boliviana, promulgada para ser expressão genuína

¹ Sugere-se esse conceito, “descolonização constitucional”, como critério de identificação dos textos constitucionais que possam efetivamente ser constitutivos de um *novo* constitucionalismo latino-americano. Nesse sentido, o termo *descolonização* seria distintivo de novos modelos e dinâmicas estabelecidos nas institucionalidades oficiais, tais como o pluralismo jurídico e a democracia comunitária, que alteram profundamente os modelos colonizadores, nesses casos, monismo jurídico e democracia representativa. Considerando que algumas das recentes Constituições na América Latina enunciam essas novas institucionalidades em seu texto, subvertendo os modelos coloniais, pode-se falar em “descolonização constitucional”. Ao desenvolver essa análise, espera-se esboçar, também, algumas premissas para a problemática do desenvolvimento da nova ordem jurídico-política boliviana.

das vontades populares, estrutura-se na necessária e indissociável vinculação entre sistemas de direitos e processos democráticos, que no país se manifesta nesses dois princípios e seus horizontes de sentido estabelecidos com base na própria tradição indígena, campesina e popular insurgente. Mas as contradições pós-constituintes sugerem o iminente risco de uma recolonização dos sistemas.

Entende-se que tanto a ação de funcionários do Estado quanto algumas leituras teóricas reducionistas da experiência confluem para esse risco, ao enclausurar as novas institucionalidades nos limites da racionalidade juspositivista. Diante disso, sugere-se a importância de reunirem-se elementos teóricos que aportem uma nova teoria constitucional — que, de fato, parece estar sendo gestada no pensamento descolonial — e que em muito poderá contribuir para dirimir equívocos, tanto a respeito da interpretação quanto da aplicação das novas institucionalidades do constitucionalismo latino-americano. Para tanto, propõe-se como objetivo geral uma análise do estágio atual do pluralismo jurídico e democracia comunitária na Bolívia, assumindo a descolonização constitucional como horizonte de sentido. Proceder a análise, dessa maneira, requer a consideração da totalidade do fenômeno, ou seja, impede a abstração do texto constitucional de seu contexto histórico concreto.

Por isso, a primeira seção se ocupará dessa reconstrução histórica, para compreender como os setores comunitários convergiram suas forças no processo constituinte e o que aspiravam com tal processo, pois é nele que se assentaram os propósitos e sentidos (descoloniais) do novo sistema jurídico-político. Inclusive, contando com esforços dos movimentos indígenas, para fomentar uma nova hermenêutica constitucional. Na segunda seção, proceder-se-á uma descrição crítica do desenvolvimento infraconstitucional, especificamente do pluralismo jurídico e da democracia comunitária (recolonização), que indicará um importante afastamento do sistema em relação ao projeto democrático popular. Por fim, a última apresentará algumas objeções teóricas ao constitucionalismo latino-americano, para propor um diálogo descolonial, sugerindo que uma interpretação dogmática e colonial dessa experiência pode comprometer a sua teorização e, simultaneamente, alimentar interpretações equivocadas ou limitadas de seus textos constitucionais.

Ao assumir a experiência boliviana como delimitação metodológica de análise, adota-se o método indutivo de abordagem, pois, diante do impacto e amplitude dessa experiência, acredita-se que ela possa fornecer subsídios para teorizações mais abrangentes, e, por certo, bastante pertinentes no que concerne ao constitucionalismo latino-americano. Com relação ao procedimento, será adotado o método histórico crítico, que, ao voltar sua atenção aos elementos constitutivos da realidade, aproxima o estudo de uma perspectiva de totalidade. A técnica de pesquisa adotada é a bibliográfica, assentada em fontes indiretas, principalmente teóricas e documentais, entre as quais se incluem legislações bolivianas e decisões judiciais relacionadas ao recorte da descolonização constitucional. Em todas as etapas e procedimentos, a pesquisa contará com aporte interdisciplinar, também como um esforço para melhor captar a totalidade do fenômeno analisado.

2 Pluralismo jurídico e democracia comunitária no processo e contexto constituinte: princípios materiais e critérios interpretativos

Demarcar temporalmente o início do último processo constituinte boliviano é tarefa bastante controversa e qualquer tentativa reducionista pode frustrar a análise do sistema de direitos que emergiu do dito processo. O grau de ineditismo da Constituição Política do Estado boliviano de 2009 impede sua análise e compreensão a respeito do marco das categorias dogmáticas juspositivistas, da mesma forma atuam as delimitações metodológicas usualmente empregadas nesse marco — análise de textos normativos, abstraídos de seu contexto sócio-histórico. Embora fenômeno relativamente recente, o chamado *novo* constitucionalismo latino-americano (que abrange um catálogo variado de Constituições, a depender da fonte, mas que invariavelmente, inclui a Bolívia e Equador) tem animado esse debate e ensejado tanto análises (críticas) no campo do dogmatismo juspositivista quanto análises interdisciplinares, especialmente pautadas na história

e na história crítica do Direito. No caso boliviano, essas análises históricas têm situado seu marco inicial em períodos que transitam da história pré-colonial até as mais recentes lutas de resistência, notadamente, as Guerras da Água (2000) e do Gás (2003).

Para uma historiografia crítica, é pressuposto da compreensão do fenômeno jurídico o conhecimento ou percepção de aspectos de seu entorno fático: entender a formação e estrutura social, como se estabelecem suas relações de poder, qual a racionalidade, ou visão de mundo compartilhada ou hegemônica, e qual o modo de produção de uma determinada comunidade demarcada temporal e espacialmente², pois são elementos mínimos constitutivos da realidade na qual o fenômeno jurídico ou sistema de direitos se assenta. Não se trata, neste artigo, de uma tentativa de enclausurar o objeto de estudo (Direito e suas expressões) em dado momento histórico, limitando a esse contexto suas possibilidades de desenvolvimento (que, aliás, por meio da “interpretação histórica”, é difundida como uma das principais técnicas da hermenêutica jurídica juspositivista). Trata-se, ao contrário, de reconhecer os processos e aspirações que deram causa às novas institucionalidades, nesse caso, de modo inédito, pelo protagonismo das comunidades latino-americanas.

Mesmo em uma exposição sumária, é importante destacar que a consolidação de princípios da sabedoria e das tradições originárias no texto constitucional³ demanda o aporte de uma análise histórica que reconstitua o ambiente de racionalidade anterior à conquista e colonização⁴. Porque, claramente, esse texto constitucional não se propõe ser mera reprodução de categorias jurídicas modernas, em geral, abstrações com pretensão de universalidade. Ao contrário, e, como, aliás, advertem o preâmbulo constitucional e o artigo 2 da Constituição boliviana, pretende resgatar dimensões da realidade, inclusive buscando-as na história pré-colonial e todos os períodos seguintes de resistência indígena e campesina. Tem relação com uma “tarefa descolonizadora” que implica a transformação das estruturas oficiais, materializando a pluralidade boliviana e incorporando a lógica dos povos e nações indígenas — agora intérpretes e narradores de sua própria existência: uma lógica que parte da realidade para dar forma à norma e não da norma abstrata para moldar a realidade⁵.

Outro momento frequentemente apontado como constitutivo do processo de resistência que culminou na reivindicação popular pela assembleia constituinte é o das lutas sociais na segunda metade do século XX, com o fortalecimento do pensamento indigenista em obras como as de Fausto Reinaga, discutindo a posição do índio, majoritária, mas não representada nas pautas políticas, nem mesmo pela esquerda boliviana. A respeito disso, Reinaga notava um deslumbramento pela Europa que produzia no índio a vergonha da raça e a própria despersonalização, buscando-se sua identificação com o camponês europeu. Resistir a isso exigia uma “Revolução Índia”, pois somente o índio poderia libertar a si próprio; não tinha lugar para “revoluções brancas” como comunismo ou nacionalismo⁶. Então, em sua *Revolução Índia*, conclamou “guerra total” contra raça branca e tudo o que era e significava, pois entendia que a raça branca reduziu a sangue e fogo a história da humanidade⁷.

² WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999; WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

³ Tais como os “princípios ético-morais” enunciados no artigo 8: “ama qhilla, ama llulla, ama suwa (se ser preguiçoso, não ser mentiroso, nem ser ladrão), suma qamaña (*vivir bien*), ñandereko (vida harmoniosa), teko kavi (vida boa), ivi maraei (terra sem mal) y qhapaj ñan (caminho ou vida nobre)” (tradução livre).

⁴ Para uma análise nesse sentido, cf.: FERRAZZO, Débora. *Pluralismo jurídico e descolonização constitucional na América Latina*. 2015. 462 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <http://tede.ufsc.br/teses/PDPC1180-D.pdf>. Acesso em 8 fev. 2021

⁵ ARIZA SANTAMARÍA. Rosembert. Descolonização jurídica nos Andes. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (orgs.). *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS; Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. p. 165-179.

⁶ REINAGA, Fausto. Tesis Índia. *Revista Yachaykuna*, n. 12, dez. 2009. Disponível em: <http://icci.nativeweb.org/yachaykuna/yachaykuna12.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2021.

⁷ REINAGA, Fausto. *La Revolución Índia*. Bolívia, La Paz: Minka, 2010. Disponível em: <http://www.manuelugarte.org/modulos/biblioteca/r/La-Revolucion-India-Fausto-Reinaga.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2021/2010.

Também nesse período se situa o pensamento político de René Zavaleta, que vislumbra na institucionalidade estatal outras possibilidades, não limitadas à manutenção do modo de produção e sua estrutura econômica. Identificava, no sistema político, o que definiu como “equação social”, que promove transformações entre Estado e sociedade, de acordo com as variáveis organização e poder e, segundo essas variações, qualquer classificação categórica em relação ao Estado se mostra arbitrária⁸. As formulações de Zavaleta foram importantes no sentido de apontar novas potencialidades para essa instituição política, identificando nela a única possibilidade de unificação popular em dados momentos. Diante disso, Zavaleta alertava que a luta de classes na Bolívia, desde a perspectiva da classe trabalhadora, nunca havia adentrado na disputa pelo Estado, ao contrário, sempre havia sido uma luta organizada contra o poder constituído, mas que esse espontaneísmo não levaria a lugar algum e que seria necessária a constituição de um partido operário para libertar a classe popular da opressão sofrida⁹.

Como será discutido, ambas as influências são importantes para os movimentos mais recentes que culminaram na convocação da assembleia constituinte, que envolveu tanto uma estratégia para a conquista do poder político quanto o compromisso de resgate da identidade indígena e tentativa (bastante desafiadora) de representação na institucionalidade estatal. Mas há outro precedente fundamental para a análise do estágio atual do sistema boliviano, o “Manifesto de Tiwanaku”. Pela mobilização de organizações sociais e centros de estudos comprometidos com a reivindicação de valores ancestrais, o Manifesto foi firmado em 1973 “como primeiro ato público, histórico, rejeitando abertamente a imposição de uma educação rural alheia aos valores ancestrais e, dessa maneira, a empreender a descolonização cultural, política e econômica”¹⁰ (tradução livre). Abre o documento uma declaração de consciência a respeito da falta de integração de culturas, da falta de participação política, entre outras formas de exclusão e dominação, que impunham a necessidade de “uma mudança radical” e tal consciência emergia, segundo o Manifesto, num momento eleitoral, evidenciado pela aproximação dos políticos profissionais que apareciam para recolher votos, oferecendo mentiras, falsas promessas, mas “a participação política do campesinato deve ser real e não fictícia”¹¹, então, dentre as ideias expostas, ficou incluída a defesa de um partido político, já que os demais eram escolhidos por mera falta de opção, já que nenhum representava os interesses do campesinato.

Nos anos 1990, os movimentos de crítica e resistência voltam a se acentuar e ocorrem grandes marchas reivindicatórias, como a Marcha por “Território e Dignidade”, em 1990, culminou no reconhecimento de nove territórios indígenas por decreto. Em 1996, ocorreu a “Marcha pelo Território, pelo Desenvolvimento e pela Participação Política dos Povos Indígenas” porque, na época, cerca de 40% do território se encontrava, ou deveria se encontrar, sob o regime de Terras Comunitárias de Origem (TCO), mas esse título não contemplava as demandas dos povos autóctones, pois não lhes reconhecia direitos sobre os espaços coletivos que ocupavam, ensejando conflitos, especialmente com iniciativas extrativistas ou de criação de gado¹². Evidencia-se, nesse sentido, a necessidade de ampliar o campo de organização e luta pelos direitos indígenas e camponeses, e, dentre as formas utilizadas para manifestação de reivindicações, constam a “Marcha pela Terra, pelo Território e pelos Recursos Naturais”, em 2000; a Marcha a partir de Santa Cruz, em 2002, reivindicando a convocação de uma assembleia constituinte; a “V Marcha Nacional para Defesa Histórica

⁸ ZAVALETA, René. *La autodeterminación de las masas: antología y presentación*: Luís Tapia. México, D.F.: Siglo XXI Editores; Buenos Aires: CLACSO, 2015. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20151027033056/Antologia_Zavaleta.pdf. Acesso em: 1 fev. 2021.

⁹ ZAVALETA, René. *El Poder dual en América Latina*. México, D.F.: Siglo XXI Editores, 1974. Disponível em: <https://elsudamericano.wordpress.com/2017/08/05/el-poder-dual-en-america-latina-por-rene-zavaleta-mercado-en-pdf/>. Acesso em: 2 fev. 2021. p. 10-11.

¹⁰ CHOQUE CANQUI, Roberto. El Manifiesto de Tiwanaku (1973): y el inicio de la descolonización. *Revistas Bolivianas*, v. 4, n. 11, p. 11-15, dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistasbolivianas.org.bo/pdf/fdc/v4n11/a04.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021. p. 11-15.

¹¹ BOLÍVIA. Centro de Coordinación y Promoción Campesina MINK'A y Centro Campesino Tupaj Katari. *Primer Manifiesto de Tiwanaku*. La Paz, 1973. Disponível em: <http://www.cialc.unam.mx/pdf/Tiawanaku.doc>. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹² LACROIX, Laurent. Tierra, Territorio y Recursos. *SOGIP – Scales of Governance the UN an Indigenous Peoples*, 14 jun. 2011. Disponível em: <http://www.sogip.ehess.fr/spip.php?article229&lang=fr>. Acesso em: 21 jan. 2021. p. 13.

dos Territórios Indígenas”, em 2006 e, finalmente em 2010, já na vigência da nova Constituição Política do Estado, Marcha reivindicatória por alterações no projeto de lei de autonomias¹³. Em especial essa última marcha indica que está mais ou menos consolidada na Bolívia a estratégia popular de conquista e alteração das instituições oficiais, o que não quer dizer que tais instituições sejam o objetivo último das lutas populares, mas que uma das mediações para a transformação da realidade.

Num balanço de ambos os períodos — anos 1990 e mobilização constituinte de 2006 a 2008 —, o primeiro é caracterizado pela designação de representantes das comunidades originárias para composição de espaços de representação política. Entretanto, com sobreposição do sistema de representação e encobrimento, ou detrimento, da participação comunitária ou representação de seus interesses. Em resposta, o segundo momento é marcado pela importância da democracia comunitária, expressão de aspirações dos movimentos protagonistas dessa etapa, tais como os indígenas, sem-terra, camponeses, que levaram essa forma de democracia ao texto constitucional, embora seu desenvolvimento posterior tenha se mostrado bastante acidentado e às vezes reconduzido e enclausurado na lógica da democracia ocidental¹⁴. Esse fortalecimento político do bloco popular decorre da acumulação das lutas históricas, incluindo as mencionadas neste artigo e as mais recentes, a guerra da água (2000) e a guerra do gás (2003). A grave crise econômica e política que atingiu o país agudizou as desigualdades e a percepção popular da necessidade de conquista do poder político para refundação do Estado, de modo que, em 2005, com uma votação bastante expressiva, Evo Morales foi eleito Presidente da Bolívia e, em 2006, convocou a assembleia constituinte, cujos trabalhos tiveram diversas paralizações, tendo sido bastante tumultuados em razão da oposição entre interesses populares e das elites¹⁵ e, às vezes, até mesmo pela divergência dos setores populares entre si.

Apesar dos precedentes históricos e teóricos indicando uma estratégia popular de ocupação de Estado para transformação da realidade, no que se refere à eleição de Evo Morales, constam diversas análises apontando-a como *meio* para concretização do processo constituinte e não como *fim* em si. Nos mandatos anteriores, apesar da significativa mobilização, a reivindicação não era atendida¹⁶. Em todo caso, a convocatória da assembleia constituinte parece marcar a chegada dos movimentos indígenas e camponeses ao campo de poder estatal e, não obstante as objeções ou controvérsias teóricas quanto a isso, essa participação permitiu explorar os limites do Estado, desafiando-os, criativamente, na tensão entre o pragmatismo e a utopia que marcaram a elaboração do texto constitucional¹⁷ e que, pode-se dizer, seguem marcando a interpretação desse texto e a sua aplicação nas relações sociais.

Nessa breve síntese histórica, possivelmente esteja mais evidente a dimensão política das reivindicações que unificaram os diversos grupos populares no processo constituinte de 2006-2008, mas a dimensão jurídica não pode ser desprezada. Por essa razão, identificam-se dois alicerces para a delimitação de estudo proposto: a democracia comunitária e o pluralismo jurídico e, para análise de ambos, assumem-se, como fonte indispensável, os registros do Pacto de Unidade. Mas, primeiramente, uma ressalva se faz necessária: embora as modernas constituições ocidentais tenham se consagrado como cânones jurídico-políticos (tendo funções básicas como a garantia de liberdades individuais e a limitação dos poderes do Estado¹⁸), essas di-

¹³ CHUMACERO R., Juan Pablo (coord.) *Informe 2010 Territorios Indígena Originario Campesino en Bolivia: Entre la Loma Santa y la Pachamama*. Fundación TIERRA: La Paz, 2011. Disponível em: <https://ftierra.org/index.php/publicacion/libro/2-informe-2010-territorios-indigena-originario-campesinos>. Acesso em 21 jan. 2021.

¹⁴ VARGAS DELGADO, Miguel. La democracia comunitaria, entre el deseo y la realidad: la experiencia de los pueblos indígenas chiquitano y guaraní. *Tinkazos*, La Paz, v. 17 n. 36, p. 67-78, 2004. Disponível em: http://www.scielo.org/bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-74512014000200005. Acesso em: 29 jan. 2021. p. 67-78.

¹⁵ NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

¹⁶ PRADA ALCOREZA, Raúl. Estado plurinacional comunitario autonómico y pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (orgs.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 407-444.

¹⁷ SCHAVELZON, Salvador. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia*. Etnografía de una Asamblea Constituyente. La Paz: CEJIS/Plural Editores, 2012. Disponível em: https://www.clasco.org.ar/libreria-latinoamericana/libro_detalle.php?id_libro=754. Acesso em: 6 fev. 2021. p. 7.

¹⁸ STAMILE, Natalina. Alguns aspectos de ordem geral sobre o conceito de Constituição, interpretação constitucional e justiça

mensões, em relação ao constitucionalismo boliviano, têm um novo sentido e não podem ser interpretadas conforme as categorias teórico-dogmáticas juspositivistas, como será melhor discutido adiante. Destacam-se alguns dos registros feitos nos memoriais do Pacto de Unidade, pois tais registros podem contribuir para desvencilhar estudos de eventuais equívocos.

O Pacto de Unidade foi um grande espaço de articulação de movimentos populares bolivianos em que se desenvolveu a discussão de suas propostas para o texto Constitucional e seus trabalhos acabaram não apenas subsidiando, como também dando forma às propostas trabalhadas na maioria das comissões de trabalho da assembleia constituinte, dentre as quais se destacam a democracia comunitária (por meio de autonomias indígenas) e a justiça indígena (que acabou se formalizando por meio do termo “jurisdição indígena originário campesino”)¹⁹. O termo “justiça indígena” havia sido achincalhado em campanhas midiáticas que a associaram, indiscriminadamente, a práticas de linchamento, de modo que sua manutenção no texto constitucional se tornou inviável. Diante disso, o termo “indígena originário campesino” foi cunhado, conforme explicam Romero e Albó²⁰, numa tentativa de conciliar diferentes perspectivas: nas terras baixas havia preferência pelo termo *indígena*, o que tinha uma pretensão utilitária, a de viabilizar a adoção de instrumentos internacionais; mas na região andina, o mesmo termo era objeto de recusa, pois era associado ao preconceito e discriminação historicamente expressados pelo “adjetivo” “índio”. O termo “indígena” acabou sendo aceito, com a inclusão do termo “originário”, que era adotado na região andina, e do termo “campesino”, adotado em revoluções anteriores nas revoluções de andinos e colonizadores. Assim, chega-se à composição com os três conceitos (indígena, originário e campesino) grafados sem hífen para não denotar delimitação, restrição ou mesmo junção, já que o termo deve incluir as diversas coletividades constitutivas do bloco popular.

Os trabalhos do Pacto de Unidade tiveram início no ano de 2004, após inúmeros encontros setoriais e um longo processo de organização. No ano de 2006, a primeira proposta apresentada pelo Pacto incluiu um conjunto de reflexões a respeito do Estado Plurinacional e do direito à autodeterminação, concluindo que um dos fundamentos inafastáveis para a consolidação dessas pautas era o pluralismo jurídico. Isso porque não há autodeterminação sem a possibilidade de administração dos sistemas próprios de justiça e da coexistência destes, em condições de igualdade hierárquica, respeito e coordenação, com o sistema jurídico ocidental. Sob essa caracterização, foi apresentada a proposta do pluralismo jurídico como uma das características do Poder Judicial, no Estado Plurinacional, mas respeitando os Direitos Humanos Fundamentais e instrumentos internacionais, de modo que o reconhecimento desse mínimo inviolável partiu das próprias organizações indígenas²¹ e acrescenta-se o constante processo de construção de interpretações interculturais em torno desses conteúdos, buscando um equilíbrio entre mínimos materiais do direito juspositivista e fundamentos de valores próprios das tradições ancestrais. Disso se infere que o reconhecimento dos direitos humanos por si não caracteriza uma origem monista ou descaracteriza um “novo” conjunto de direitos, mas, sim, indica um avanço dialético (ou ana-dialético²²) a partir da interpelação da exterioridade.

O que irrompe dessa interpelação crítica, no sistema jurídico-boliviano, por meio do pluralismo jurídico

constitucional italiana. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, Londrina, v.5, n. 1, p. 71-91, jan./jul. 2020. Disponível em: <https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/66/65>. Acesso em 10 fev. 2021. p. 72-73.

¹⁹ BASCOPÉ SANJINES, Iván. Consulta previa: un reto de democracia comunitaria. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 381-406. p. 381-382.

²⁰ ROMERO, Carlos; ALBÓ, Xavier. *Autonomías indígenas en la realidad boliviana y su nueva constitución*. La Paz, abr. 2009. Disponível em: https://bitacoraintercultural.org/wp-content/uploads/2019/04/autonom%C3%ADas_ind%C3%ADgenas_en_la_realidad_boliviana_y_su_nueva_constituci%C3%B3n.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

²¹ PACTO DE UNIDAD. Sistematizador: Fernando Garcés. *El Pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una Propuesta de Constitución Política del Estado*: Sistematización de la experiencia. La Paz, Bolivia, 2010. Disponível em: http://redunitas.org/wp-content/uploads/2019/04/PACTO_UNIDAD.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

²² Avanço ana-dialético como o movimento *mais além* da totalidade, um movimento de negação da negação, que se concretiza com a afirmação da exterioridade. Cf. em: DUSSEL, Enrique. *La producción teórica de Marx*. Ed. Digital. Caracas, Venezuela: Fundación Editorial El perro y la rana. 2016. Disponível em: https://enriquedussel.com/Libros_ED.html. Acesso em: 22 fev. 2021. Nessa interpelação crítica, a exterioridade é o Outro latino-americano.

e da democracia comunitária, é uma nova forma de conceber tal sistema. Essa forma não apenas conta com a redefinição dos sentidos de direito e política, como dilui a barreira artificial estabelecida entre ambos na cultura ocidental, como se fossem campos separados e independentes, o primeiro, em geral, atribuído aos órgãos técnicos, os funcionários da justiça e a segunda confiada aos representantes eleitos, com fundamentação democrática e não estritamente técnica. Mas essa pretendida separação já deu todos os sinais de seu esgotamento, como evidenciam um sem número de crises associados aos debates contemporâneos relativos à politização do direito e juridicização da política²³. Diante disso, deixa de ser impressionante que a relação *necessária* entre direito e política seja um dos grandes atributos do sistema boliviano. Isso porque, como se desprende da definição de ambos pelo Pacto de Unidade, bem como sua teorização crítica e descolonial, aquele sistema de direitos não se funda na coerção, mas na legitimação comunitária. Então, é elementar não precisar dissimular a sobreposição entre um e outro campo. Vejam-se ambos.

Segundo o Pacto de Unidade, “por pluralismo jurídico entendemos a coexistência, dentro do Estado Plurinacional, dos sistemas jurídicos indígenas originários e campesinos com o sistema jurídico ocidental, em plano de igualdade, respeito e coordenação”²⁴ (tradução livre). Nos anos 1990, Wolkmer definia “‘pluralismo jurídico’ como a multiplicidade de manifestações ou práticas normativas num mesmo espaço sociopolítico, interligadas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”²⁵. Quando especifica o tipo de pluralismo jurídico que lhe interessa investigar, o “pluralismo jurídico comunitário-participativo”, Wolkmer aponta duas ordens de fundamentos que o caracterizam: dois de efetividade material, na “emergência de novos sujeitos sociais (individuais e coletivos), satisfação justa das necessidades humanas fundamentais” e três de efetividade formal, a “reordenação do espaço público mediante uma política democrático-comunitária descentralizadora e participativa, desenvolvimento da ética concreta da alteridade, construção de processos para uma racionalidade emancipatória”²⁶.

Quanto ao fundamento de efetividade material, satisfação das necessidades humanas fundamentais, seu caráter é dinâmico, mas cultural e coletivamente definido e não pré-determinado por um sistema de necessidades orientado pelo consumo e acumulação e, portanto, impossíveis de se satisfazer, como se dá no modo de produção capitalista. Com relação aos fundamentos de efetividade formal, destaca-se a reorganização do espaço público, com descentralização da democracia e ampliação da participação comunitária, como condição de legitimidade para qualquer sistema de direitos que se pretenda emancipatório ou libertador. A compatibilidade entre essa elaboração teórica do pluralismo jurídico com sua definição pelos movimentos populares na Bolívia é reforçada por sua interação com a democracia comunitária. Diferentemente das tendências da democracia representativa (que têm sido cada vez mais reduzida ao exercício do voto, ao individualismo e à dissociação entre representante e representados), a democracia comunitária pressupõe formas diretas de exercício, como as assembleias, a correspondência entre os anseios da coletividade e a conduta do representante e, principalmente, o exercício não individual, mas *necessariamente* coletivo (no que corresponde diretamente aos sujeitos coletivos como fundamento de efetividade material).

²³ Debate que, aliás, nem é tão recente. Já nos anos 1990, Oliveira Júnior afirmava: “A política e o direito são as duas faces de uma mesma moeda, que é o poder, e precisam andar juntas. Por isso, politização do direito sim, mas juridicização da política também, porque senão o absolutismo se impõe”. Cf. em: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. Politização do direito e juridicização da política. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 17, n. 32, p. 9-14, 1996. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15749/14260>. Acesso em: 10 fev. 2021. p. 13. A diferença de lá para cá é que o absolutismo parece tender a se impor com ou sem o reconhecimento da confluência dos campos.

²⁴ PACTO DE UNIDAD. Sistematizador: Fernando Garcés. *El Pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una Propuesta de Constitución Política del Estado: Sistematización de la experiencia*. La Paz, Bolívia, 2010. Disponível em: http://redunitas.org/wp-content/uploads/2019/04/PACTO_UNIDAD.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021. p. 71.

²⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 14.

²⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 373.

Então, a democracia comunitária também pode ser entendida como “poder comunal”, dada a primazia das decisões coletivas, diante das quais cabe ao representante, apenas, cumpri-las, por isso se diz que, nesse tipo de exercício do poder político, não há delegação de soberania, mas exercício direto, por meio de consensos construídos pela participação e diálogo de sujeitos concretos. E, em relação aos processos democráticos em que os povos indígenas designam representantes para atuar nas instituições do Estado (porque o exercício da democracia comunitária não pode ficar enclausurado na comunidade, deve ser também um caminho para participação nos outros espaços políticos, com decisões que também impactam as comunidades), o representante, ao atuar politicamente, não pode dar as costas ao projeto e às aspirações da sua comunidade²⁷. Esse senso de coletividade, quiçá de difícil compreensão dado o grau de enraizamento da racionalidade individualista moderna, afasta qualquer objeção à competência das assembleias para discutir, inclusive, resolução de conflitos entre membros da comunidade, que, no modelo ocidental hegemônico, seriam considerados demandas particulares ou privadas. A sobreposição de características como essas evidencia que o próprio pluralismo jurídico não se dissocia da democracia comunitária; num contexto de pluralismo, a autodeterminação política pressupõe a autodeterminação jurídica e vice-versa.

O desenvolvimento do pluralismo jurídico, como fundamento da ordem constitucional boliviana, ficou associado à jurisdição indígena originário campesina e suas especificações atribuídas à regulamentação infraconstitucional, a Lei de Deslinde Jurisdicional, além do papel da jurisdição constitucional, exercida pelo Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP), o único com competência para resolver conflitos ou consultas relativas aos sistemas jurídicos indígenas. Mas a Constituição Política do Estado, ao regulamentar a jurisdição constitucional, estabeleceu, no artigo 196, parágrafo II, que “em sua função interpretativa, o Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como critério de interpretação, com preferência, a vontade do constituinte, de acordo com seus documentos, atas e resoluções assim como o teor literal do texto”²⁸ (tradução livre). Atentas a essa disposição, as organizações indígenas preocuparam-se em sistematizar, reconstruindo, coletivamente, a memória de seus trabalhos, para que esse aporte pudesse apoiar o processo pós-constituente e preservar o texto constitucional diante do possível surgimento de “intérpretes” equivocados²⁹.

Essa opção do Pacto de Unidade aporta práticas jurídicas subversivas ou insurgentes. Da sistematização, registro e divulgação da forma de construção dos conceitos fundamentais da refundação do Estado, decorre a construção teórica que abre possibilidades de uma interpretação histórica, método usual da hermenêutica jurídica, mas agora sobre uma nova base, a de um constitucionalismo crítico, emancipador, pois o último processo constituinte boliviano tem uma singularidade: o protagonismo popular em lugar do monopólio político das elites, letradas ou econômicas [...] É, em suma, uma possibilidade revolucionária, pois, após séculos interpretando o direito positivo como produção das revoluções burguesas dos séculos XVII-XVIII, abre-se um horizonte hermenêutico para historicizar e interpretar um possível novo paradigma jurídico-político a partir da práxis popular insurgente, revolucionária, rebelde. Uma oportunidade que não foi dada à América Latina nem mesmo no triunfo nas guerras de independência de suas colônias, quando a livre determinação se limitou às reproduções republicanas³⁰.

A relevância desse momento tem ensejado todo tipo de tensões, inclusive teóricas, políticas e jurisdicionais. O que leva às considerações da próxima seção, a respeito da atuação do Tribunal Constitucional Plurinacional na Bolívia, porque nessa instituição se nota a oscilação entre avanços descoloniais e a recolonização da experiência, ou seja, nesse último caso, nota-se a redução das potencialidades do constitucionalismo boli-

²⁷ PATZI, Félix. *Que és democracia comunitária*. 11 jul. 2009. Disponível em: <http://democraciacomunitariadf.blogspot.com/2009/07/que-es-democracia-comunitaria.html>. Acesso em: 30 jan. 2021.

²⁸ BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites//default/files/images/pdf/leyes/cpe/cpe.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

²⁹ PACTO DE UNIDAD. Sistematizador: Fernando Garcés. *El Pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una Propuesta de Constitución Política del Estado*: Sistematización de la experiencia. La Paz, Bolívia, 2010. Disponível em: http://redunitas.org/wp-content/uploads/2019/04/PACTO_UNIDAD.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021. p. 16.

³⁰ FERRAZZO, Débora. *Democracia comunitária e pluralismo jurídico e os desafios à factibilidade da descolonização constitucional na Bolívia*. 2019. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66293>. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 171-172.

viano — pluralismo, descolonização, emancipação — ao “univocismo” constitucionalismo ocidental, como se esse encerrasse em si toda a realidade, “mas essa experiência é apenas parte da realidade. E nem a soma de todas as experiências esgota a realidade: apenas indicam o que já foi descoberto, mas não o que ainda é possível. O que ainda é possível [...] é a origem de um novo paradigma jurídico, pluralista e descolonizado”³¹. É por isso que se considera o campo do desenvolvimento constitucional boliviano um importante campo de disputa político-epistemológica, e da afirmação de seus saberes, uma importante etapa na luta dos povos periféricos por libertação.

3 Desenvolvimento normativo da constituição boliviana: entre descolonização e recolonização

Muitos pontos estratégicos no desenvolvimento da nova ordem constitucional ficaram confiados à Assembleia Legislativa Plurinacional para regulamentação posterior. O estabelecimento de diretrizes claramente orientadas por um projeto de descolonização no texto da Constituição Política do Estado, promulgada em 2009, haveria de prevenir eventuais retrocessos e assegurar a consolidação dos novos paradigmas. Mas não foi o que ocorreu. O desenvolvimento infraconstitucional das novas instituições, princípios e processos tem se mostrado um campo de disputa e, frequentemente, retrocessos na marcha descolonizadora. Nesta seção, discutem-se essas formas de interação, delimitando-se a análise a respeito da questão da democracia comunitária e do pluralismo jurídico, dada sua relação de complementariedade. O que conduz o estudo ao tema das autonomias indígenas originário campesinas, um dos níveis autonômicos estabelecidos no art. 269 da Constituição boliviana, ao tratar de sua organização territorial. Embora estabeleça um complexo arranjo de autonomias, o artigo 1 estabelece que a “Bolívia se constitui num Estado **Unitário** Social de Direito Plurinacional Comunitário” (tradução livre, sem grifo no original)³². Essa imbricação de categorias aparentemente contraditórias — se assumido como marco compreensivo a dogmática ocidental — tais como social e comunitário; unitário e descentralizado, fundado no pluralismo, com autonomias, enseja o que se tem designado por “instituições assimétricas” e parece resultado de “uma tentativa de síntese de todo o turbilhão de demandas e visões de país forjadas ao longo de dois séculos de vida independente, três séculos de colônia e vários outros de vida aborígene autônoma”³³.

Essa ilustração deve servir como alerta de que não se pode compreender, nem sequer descrever, a institucionalidade boliviana da última década com base nas categorias da teoria política moderna ou do positivismo jurídico. Por isso, assume-se que o debate da seção anterior é fundamental: oferece novos aportes e elementos para a compreensão de fenômenos e institutos igualmente novos. Mas, apesar desses aspectos, nota-se, tanto em pesquisas científicas quanto a respeito da atuação de autoridades e funcionários do Estado boliviano, uma recondução dessas novas instituições aos limites do pensamento hegemônico, o que caracterizaria processos de recolonização, pois o pensamento hegemônico irradia-se desde um centro colonizador, que é a experiência euro-norte-americana desenvolvida, especialmente, a partir dos séculos XVII e XVIII (revoluções burguesas)³⁴. Então, discutem-se os tópicos dessa seção com base nessa inversão hermenêutica

³¹ FERRAZZO, Débora. *Democracia comunitária e pluralismo jurídico e os desafios à factibilidade da descolonização constitucional na Bolívia*. 2019. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66293>. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 316.

³² BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia*. 2009. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites//default/files/images/pdf/leyes/cpe/cpe.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

³³ CUNHA FILHO, Clayton Mendonça. *A construção do horizonte plurinacional: liberalismo, indianismo e nacional-popular na formação do Estado boliviano*. 2015. 312 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Instituto de Estudos Sociais e Políticos. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/21405/1/2015_tese_cmcunhafilho.pdf. Acesso em: 21 set. 2019. p. 251-252.

³⁴ FERRAZZO, Débora; FIAMONCINI, Daniel Raizer. Raciocínio jurídico e justificação de decisões judiciais: aspectos da hermenêutica jurídica ocidental. *Revista Direitos Culturais*, v. 15, n. 36, p. 39-66, 27 abr. 2020. Disponível em: <http://san.uri.br/revistas/>

que permite tanto um estranhamento das velhas categorias teóricas coloniais quanto uma (tentativa de) aproximação dos novos princípios estabelecidos na Constituição Política do Estado boliviano.

A regulamentação das autonomias, inclusive as indígenas, nos termos do artigo 271 da Constituição, deveria ser estabelecida pela Lei Marco de Autonomias e Descentralização (LMAD), como de fato ocorreu com a edição da lei em 19 de julho de 2010³⁵. Nos termos da Constituição, art. 293.I, consta, apenas, um requisito, que é a manifestação de vontade da população; mas, nos termos da LMAD, as unidades territoriais — departamento, município, província, região ou território indígena — para serem efetivamente reconhecidas, precisam cumprir uma série de requisitos e, tratando-se de autonomia indígena, a lei prevê requisitos adicionais, o que caracteriza um processo demasiadamente burocratizado, em especial quando se trata da constituição das autonomias indígenas originário campesinas. Além disso, constam diversas objeções às exigências estabelecidas na norma, dado o caráter colonial que assumem e a afronta ao princípio da descolonização, como é o caso da necessidade inafastável de um estatuto autonômico, na forma escrita e que tenha sido considerado pelo TCP compatível com a Constituição (controle prévio de constitucionalidade). Adiante serão indicadas algumas decisões e votos divergentes com relação a esse tema.

Com relação ao pluralismo jurídico, de modo mais específico, a Constituição determinou a edição de uma norma regulamentadora, que também foi editada no ano de 2010, na forma da Lei 073 de 29 de dezembro de 2010, Lei de Deslinde Jurisdiccional³⁶. E, nessa norma, nota-se um significativo afastamento dos contornos constitucionais dados ao princípio do pluralismo. A começar pelo art. 179.II da Constituição, segundo o qual: “a jurisdição ordinária e a jurisdição indígena originário campesina terão igual hierarquia”³⁷ (tradução livre) e, não menos importante, o artigo 191.II:

A jurisdição indígena originário campesina se exerce nos seguintes âmbitos de vigência pessoal, material e territorial:

1. Estão sujeitos a esta jurisdição os membros da nação ou povo indígena originário campesino, seja como autores ou demandados, denunciante ou querelantes, denunciados ou imputados, recorrentes ou recorridos.
2. Esta jurisdição conhece os assuntos indígena originário campesinos, em conformidade com o estabelecido em uma Lei de Deslinde Jurisdiccional.
3. Esta jurisdição se aplica às relações e fatos jurídicos que se realizem ou cujos efeitos se produzam dentro da jurisdição de um povo indígena originário campesino (tradução livre)³⁸.

Apesar da clara determinação de que não deveria haver subordinação da jurisdição indígena originário campesina em relação à ordinária e da ausência de exigência constitucional de que os âmbitos de vigência deveriam ser cumulativos e simultâneos, o texto aprovado da Lei de Deslinde estabeleceu, exatamente, o contrário. Uma das explicações para esse retrocesso tem relação com o desrespeito às discussões realizadas na consulta prévia, que foi realizada juntamente às comunidades indígenas, mas não foi contemplada na redação do texto da norma, evidenciando uma inclusão meramente formal das comunidades no processo legislativo, apesar dos esforços de alguns legisladores³⁹. É que o processo de elaboração da consulta foi bem desenvolvido, ampliando, efetivamente, os espaços de participação e construção coletiva da proposta de lei;

index.php/direitosculturais/article/view/26. Acesso em: 22 fev. 2021.

³⁵ BOLÍVIA. *Ley n.º 031, de 19 de julio de 2010*. Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Báñez”. 2010a. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/951NEC>. Acesso em: 19 fev. 2021.

³⁶ BOLÍVIA. *Ley n.º 073, de 29 de diciembre de 2010*. Ley de deslinde jurisdiccional. 2010b. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/209NEC>. Acesso em: 19 fev. 2021.

³⁷ BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites//default/files/images/pdf/leyes/cpe/cpe.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

³⁸ BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites//default/files/images/pdf/leyes/cpe/cpe.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021/2009.

³⁹ ALBÓ, Xavier. Justicia indígena en la Bolivia plurinacional. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (orgs.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 201-248. p. 243.

entretanto, após sua conclusão, a Assembleia Plurinacional simplesmente desconsiderou tal proposta e traçou outras bases, o que caracterizou uma etapa prematura de desconstitucionalização ou de neocolonialismo da lei⁴⁰ e agrava, ainda mais, as limitações que já haviam sido incluídas no texto constitucional por conta das negociações necessárias para destravar o processo constituinte. Xavier Albó⁴¹ avalia que seria indispensável adaptar mais de uma centena de leis para atender às novas disposições constitucionais, entretanto, subsistiu no Parlamento a velha composição, que aprovou, apenas, as leis indispensáveis para o país seguir funcionando, enquanto aguardava eleições que ocorreriam em breve, mas, nesse período, a correlação de forças foi se redefinindo em detrimento do bloco popular. Uma das consequências dessa redefinição foi o retrocesso no texto da lei de deslinde, que, além de subordinar a jurisdição indígena, limitou, significativamente, seu alcance ao incluir a exigência de simultaneidade aos seus âmbitos de vigência que, como apontado, não decorre da norma constitucional e caracteriza inclusive, uma interpretação restritiva de tal norma.

Às diversas limitações, impostas ao pluralismo jurídico por meio da lei de deslinde, acrescenta-se o polêmico artigo 10 que trata da vigência material e estabelece que “a jurisdição indígena originário campesina conhece os assuntos ou conflitos que histórica e tradicionalmente conheceram sob suas normas, procedimentos próprios vigentes e saberes, de acordo com sua livre determinação” (tradução livre)⁴² e prossegue excluindo competências como matéria penal, laboral, de seguridade entre várias outras. Com tal procedimento, confina-se a jurisdição indígena aos temas tradicionais e impedindo-a de ter seu próprio desenvolvimento, ou seja, é um processo de blindagem contra a jurisdição indígena, desapropriação de competências e de caracterização de uma espécie de “concessão” do Estado com atribuição de competências residuais, que, de fato, não é concessão, mas sim, subordinação⁴³, inclusive porque, no processo de deslinde, atribui-se à justiça estatal a competência de delimitar o que cabe, residualmente, a cada jurisdição. Para demonstrar o processo de recolonização que foi prevalecendo no sistema jurídico boliviano, é útil uma comparação entre os contornos atribuídos ao pluralismo jurídico ao longo de sua conformação.

Quadro 6 – comparativo dos âmbitos de vigência da jurisdição indígena em distintos momentos

	Vigência territorial	Vigência pessoal	Vigência material
Proposta popular / processo constituinte	Comunidades, povos e governos	qualquer membro, dentro ou fora do âmbito territorial e pessoas externas que violem direitos dos membros, território, recursos, bens ou interesses do povo indígena.	Qualquer assunto ou matéria
Constituição	relações e fatos que se realizem ou produzam efeitos dentro JIOC.	membros da nação ou povo indígena originário campesino (em qualquer condição processual judicial)	Conforme estabelecido na lei de deslinde

⁴⁰ GRIJALVA JIMENEZ, Augustín. EXENI RODRÍGUEZ, José Luis. Coordinación entre justicias, ese desafío. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (orgs.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 699-732.

⁴¹ ALBÓ, Xavier. Justicia indígena en la Bolivia plurinacional. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (orgs.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 201-248. p. 233.

⁴² BOLÍVIA. *Ley n.º 073, de 29 de diciembre de 2010*. Ley de deslinde jurisdiccional. 2010b. Disponível em: <http://www.gacetaoficial-debolivia.gob.bo/edicions/view/209NEC>. Acesso em: 19 fev. 2021.

⁴³ GRIJALVA JIMENEZ, Augustín. EXENI RODRÍGUEZ, José Luis. Coordinación entre justicias, ese desafío. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (orgs.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 699-732. p. 723-727.

	Vigência territorial	Vigência pessoal	Vigência material
Lei de Deslinde	<i>Os três âmbitos de vigência precisam ser atendidos simultaneamente</i>		
	relações e fatos praticados ou com efeitos dentro da JIOC (exigidos os outros âmbitos)	membros da nação ou povo indígena originário campesino	Assuntos histórica e tradicionalmente conhecidos; mais rol de matérias excluídas

Fonte: Ferrazzo (2019, p. 219).

Nessas três etapas indicadas, processo constituinte, regulamentação constitucional e regulamentação infraconstitucional, o alcance do pluralismo jurídico fica cada vez mais restrito e cada vez mais descaracterizado o conjunto de princípios constitucionais, como o da descolonização. Isso leva ao último ponto a ser discutido nessa seção e que diz respeito à jurisdição constitucional, atribuída ao Tribunal Constitucional Plurinacional. Inclusive porque, havendo dissonâncias entre o texto constitucional e as normas infraconstitucionais, é de se esperar a garantia da efetividade do primeiro, mesmo em uma ordem fundada na descolonização. Então, assegurar a supremacia da Constituição, não caracterizaria um retrocesso monista ou colonial, porque, como se tem notado, na experiência boliviana dos últimos anos, esse texto é expressão de um dos maiores avanços no desenvolvimento de novos paradigmas jurídico-políticos e, apesar de sua complexidade em boa parte devida às tensões constituintes, ainda conta com um amplo catálogo de potencialidades exploradas ou pouco desenvolvidas. Quanto a isso, Bartolomé Clavero⁴⁴ vislumbrava no TCP uma abertura constitucional sem precedentes na América Latina: o único órgão de convergência entre as jurisdições estatal e indígena, mas também reconhecia que isso impunha um desafio igualmente sem precedentes, o desafio de contribuir para a consolidação do Estado Plurinacional.

A regulamentação do TCP se deu por meio da Lei 027 de 6 de julho de 2010, Lei do Tribunal Constitucional Plurinacional⁴⁵, que reiterou os princípios constitucionais da plurinacionalidade, interculturalidade, pluralismo jurídico entre outros, embora tenha se omitido quanto à descolonização e não subordinação de jurisdições. Mas, talvez, o ponto mais importante seja que, naquela ocasião, considerando-se o pluralismo jurídico e o caráter plurinacional do Estado e do próprio Tribunal, a norma garantiu, entre os sete magistrados, que deveriam compor o órgão, ao menos, duas representações provenientes do sistema indígena originário campesino. Essa conquista durou pouco tempo, já que a Lei 929 de 27 de abril de 2017⁴⁶ suprimiu essa garantia; ao mesmo tempo em que aumentou para nove o número de membros do Tribunal, trocou a garantia de representações indígenas pela fixação de um percentual mínimo de candidaturas femininas e indicação de candidatos indígenas. Na prática, isso prejudicou, sensivelmente, a representação indígena, o que suscitou objeções inclusive quanto ao caráter “plurinacional” do Tribunal.

No ano de 2012, foi aprovada a Lei 254⁴⁷, que institui o Código Processual Constitucional na Bolívia e nela os princípios constitucionais descoloniais ficaram totalmente ausentes. Não figuraram sequer entre os critérios interpretativos do TCP, ou no capítulo que dispôs sobre a jurisdição indígena, entre os quais a ausência do pluralismo jurídico causa especial perplexidade. O próprio Presidente do TCP, Petronilo Flores Condori⁴⁸, consignou crítica à não inclusão dos princípios constitucionais, destacando o caráter *necessário* de

⁴⁴ CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. Tribunal Constitucional no Estado Plurinacional: o desafio constituinte da Bolívia. *R. Fac. Dir. UFG*, v. 39, n.2, p. 13-41, jul./dez. 2015.

⁴⁵ BOLÍVIA. *Ley n.º 027 de 6 de julho de 2010*. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. 2010c. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/149NEC>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁴⁶ BOLÍVIA. *Ley n.º 929 de 27 de abril de 2017*. Ley de modificación a las Leyes n.º 025 del Órgano Judicial, n.º 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional y n.º 026 del Régimen Electoral. 2017. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/958NEC>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁴⁷ BOLÍVIA. *Ley n.º 254 de 5 de julho de 2012*. Código Procesal Constitucional. 2012. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/254>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁴⁸ FLORES CONDORI, Petronilo. Prefácio. In: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro; ETO CRUZ, Gerardo. *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Especial 2018. Sucre, Bolívia: Tribunal Constitucional Plurinacional, Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/apectcp/sites/default/files/pdf/LibroDerechoProcesalCon>

tais princípios para a jurisdição constitucional, assim como também apontava como necessária a incorporação de novos temas e redefinição dos estudos em direito constitucional para atender às novas institucionalidades associadas ao Estado Plurinacional, ao Pluralismo Jurídico e outros temas. Mas o Código Processual Constitucional ficou longe disso, parece tender mais para a “onipotência do legislador”⁴⁹ que para a descolonização, como sugere uma citação, praticamente direta, do Código Civil Francês de 1804⁵⁰ que figura no artigo 11 do Código boliviano: “as magistradas e os Magistrados do Tribunal Constitucional Plurinacional, não poderão recusar-se a decidir causas submetidas ao seu conhecimento alegando insuficiência, ausência ou obscuridade da norma” (tradução livre)⁵¹. Em suma, chama atenção que todo o desenvolvimento posterior da nova ordem jurídica boliviana recuou em seu pioneirismo e restabeleceu tanto quanto foi possível as categorias da dogmática juspositivista. Um balanço geral das decisões proferidas, no âmbito do TCP, são um testemunho categórico disso.

Para o advogado indígena aymará, Moisés Idón Chivi Vargas⁵², as sentenças constitucionais proferidas entre 2003 e 2011, e que se ocuparam do desenvolvimento da jurisdição indígena, permaneceram num horizonte de conhecimento de continuidade colonial, ou seja, neocolonialista. Logo após esse período, o impacto da Constituição se fez sentir, produzindo oscilações entre os entendimentos no âmbito do TCP, que às vezes recaía em ondas de conservadorismo, mas que já indicava algum avanço em relação ao perfil anterior. Nesse período, decisões emblemáticas foram proferidas, tendo o TCP chegado a declarar a jurisdição indígena originário campesina, ao lado da Constituição, fonte primeira e direta de direitos!

[...] o pluralismo jurídico, gera como efeito no modelo de Estado, a consagração de um pluralismo de fontes jurídicas, aspecto que implica na superação do Estado Monista; portanto, em reconhecimento a este aspecto, tem-se que a ordem jurídica imperante no Estado Plurinacional da Bolívia está conformada por dois elementos essenciais: 1) A Constituição como fonte primeira e direta de direito; 2) as normas e procedimentos das nações e povos indígenas originário campesinos, também como fonte direta de direito (Tradução livre)⁵³.

Tais episódios têm rivalizado com decisões neocoloniais, mas se tornaram menos frequentes com a ausência da representação indígena no Tribunal constitucional. Um estudo etnográfico⁵⁴ das decisões do TCP do controle prévio de constitucionalidade sobre os estatutos autonômicos indígenas originário campesinos apontou uma acentuada recolonização do pluralismo jurídico que chega a seu ponto mais evidente nessas decisões. O TCP tem realizado não apenas controle de constitucionalidade, tal como estabelece a própria Constituição, mas também um controle de legalidade, que não lhe caberia fazer, principalmente ao analisar normas provenientes dos sistemas indígenas. E a legalidade boliviana, como se discutiu nessa seção, é *neocolonial*, contradiz os princípios da Constituição vigente, por não observar o princípio da descolonização, por subordinar o pluralismo jurídico, entre muitos outros pontos que poderiam ser discutidos. A LMAD prevê, como requisito para os estatutos autonômicos, a “declaração de sujeição à Constituição e às leis”, e o TCP se

stitucional.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021. p. 7-9. Sucre, Bolívia: Tribunal Constitucional Plurinacional, Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. p. 73

⁵⁰ “Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice” ou seja, “O juiz que se recusa a julgar sob o pretexto de omissão, obscuridade ou insuficiência da lei, poderá ser processado e condenado por negar a justiça” (tradução livre). Cf. em: FRANÇA. *Code Civil des Français*. 1804.

⁵¹ BOLÍVIA. *Ley n.º 254 de 5 de julho de 2012*. Código Procesal Constitucional. 2012. Disponível em: <http://www.gacetao oficialde-bolivia.gob.bo/normas/buscar/254>. Acesso em: 24 fev. 2021.

⁵² CHIVI VARGAS, Idón Moisés. El largo camino de la jurisdicción indígena. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 275-379. p. 311

⁵³ BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Ação de Liberdade*. Autor: Balvino Huanca Alavi (e família). Demandado: Juan José Cruz Pérez e Apolinar Cayo. Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños. Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012. Sentencia Fundadora. Sucre, 24 de set. 2012. Disponível em: <http://tcpbolivia.bo/>. Acesso em: 22 fev. 2021.

⁵⁴ FERRAZZO, Débora. *Democracia comunitária e pluralismo jurídico e os desafios à factibilidade da descolonização constitucional na Bolívia*. 2019. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66293>. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 243-277.

certifica de que isso seja cumprido, inclusive no caso das autonomias indígenas e diante de situação duvidosa quanto aos limites entre as competências, pareceu resolver em detrimento da autonomia indígena.

Dividindo o vastíssimo campo de incidência do controle de constitucionalidade em marcadores, além dessas controvérsias relativas ao controle de legalidade, a etnografia identificou objeções quanto ao cabimento desse tipo de controle em se tratando de sistemas indígenas e tais divergências foram reiteradas por seus magistrados enquanto permaneceram no TCP, que apontaram, inclusive, que estatutos indígenas têm caráter voluntário, não se podendo exigir-lhes a forma escrita e apontaram que o próprio controle prévio que se vinha fazendo violava a Constituição e afrontava as formas livres de organização das comunidades ancestrais. Identificou, ainda, controvérsias quanto à organização dos sistemas jurídico-políticos: por exemplo, a respeito da incorporação das funções legislativa e executiva, impôs-se o respeito à sua forma de funcionamento, com separação de funções entre outras características próprias da modernidade ocidental (na formulação de Montesquieu). Também constou a impugnação das declarações que versavam sobre limites ou defesa do território (considerado privativo do nível central de governo); impugnação dos textos que enunciavam o idioma ancestral como oficial e, em alguns casos, a vedação de que se pudesse usar nos estatutos autonômicos a expressão “idioma oficial”, considerada prerrogativa do nível central entre outras.⁵⁵

Considerando-se esse balanço, corrobora-se a premissa de que qualquer análise mais abrangente dos níveis de desenvolvimento da ordem jurídico-política boliviana evidenciará que é um processo dividido entre a descolonização e a recolonização. E, possivelmente, evidenciará, também, que a recolonização pode ser tributada aos atores que têm ocupado os espaços institucionais na Bolívia (congressistas, magistrados entre outros), espaço aberto pelo aparente recuo das organizações populares. Como discutido na primeira seção, historicamente, a ocupação do Estado não fazia parte da pauta popular, especialmente indígena; tal estratégia foi assumida, entretanto, como condição de produção e reprodução dos modos de realidade, mais que isso, da própria vida humana.⁵⁶ E a polarização teórica que reverberava entre os movimentos populares, tais como as ideias de Reinaga e Zavaleta, no curso da história, resolveu-se não pela “guerra total” do primeiro, com extinção da “raça branca”, mas, sim, pela opção por um avanço ana-dialético, buscando uma convivência harmônica e sem subordinação entre as tradições ancestrais e as institucionalidades vigentes. Um projeto que parece cada vez mais ameaçado, inclusive por suas incompreensões.

4 Discussões teóricas a respeito da descolonização constituição

Quando se fala em *novo* constitucionalismo, a experiência boliviana é um dos elementos constantemente considerados, assim como a experiência equatoriana. Com relação a outras Constituições promulgadas na América Latina, nas últimas décadas, constam algumas divergências. Num texto bastante difundido entre esses estudos, Yrigoyen Fajardo⁵⁷ analisa o impacto das demandas das comunidades indígenas — sem dúvida um aspecto distintivo no pioneirismo das constituições latino-americanas — na perspectiva do multiculturalismo que teria uma primeira etapa no ano de 1982 no Canadá, 1985 na Guatemala e 1987 na Nicarágua; num segundo momento, o Brasil passaria a compor esse cenário de um constitucionalismo multicultural com a Constituição de 1988 seguido pela Colômbia 1991, México 1992, Paraguai 1992, Peru 1993, Bolívia 1994, Argentina 1994, Equador 1996 e 1998 e Venezuela 1999. Finalmente, no terceiro ciclo, marcado pela passagem do multiculturalismo à Plurinacionalidade, constam as Constituições do Equador, 2008 e da Bolí-

⁵⁵ FERRAZZO, Débora. *Democracia comunitária e pluralismo jurídico e os desafios à factibilidade da descolonização constitucional na Bolívia*. 2019. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66293>. Acesso em: 27 jan. 2021. p. 243-277.

⁵⁶ DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

⁵⁷ YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (org.) *Constituição e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: INESC, 2009. p. 9-62.

via, em 2009. Com exceção do Canadá, o conjunto de Constituições consideradas como parte do constitucionalismo latino-americano varia bastante e, como consequência dessas variações que se debruçam sobre distintos objetos de estudo, conclusões distintas são alcançadas.

Para Uprimny⁵⁸, o período de mudanças constitucionais no continente tem início nos anos 1980, com a Constituição brasileira, que cogita ter sido o ponto de partida para desenvolvimentos posteriores. Mas reconhece as diferenças importantes que marcam as diversas Constituições das últimas décadas, tais como a) decorrerem de quedas de regimes militares ou buscarem o fortalecimento ou correção de seus regimes democráticos; b) o destacada nível de aprofundamento das transformações inseridas nos seus textos ou a limitação a mudanças tímidas e c) a orientação que ensejou os novos textos constitucionais, em alguns casos, como expressão popular (Equador em 2008 ou Bolívia em 2009), caracterizando um constitucionalismo transformador. Mas, na opinião do autor, também compartilham alguns traços, como a reafirmação do Estado de Direito, com opção por governos civis e retração dos levantes militares; tendência ao fortalecimento do pluralismo e da diversidade, e traços transformadores em direção a um sistema mais igualitário.

Salazar Ugarte debate com essa análise, questionado os “ares de família” atribuídos às distintas Constituições, como elementos de identificação de um novo constitucionalismo latino-americano. Para Ugarte, as diferenças internas reduzem, significativamente, o conjunto de países que efetivamente poderiam fazer parte dessa designação, que seriam, devido às suas respectivas Constituições, a Venezuela (1999), Equador (2008) e Bolívia (2009). Apenas esses teriam deflagrado ordens constitucionais distintas da tradição europeia. Mas, na análise do autor, o resultado foi a conjugação de liberdades consagradas na tradição liberal com um “amplíssimo” catálogo de direitos provenientes de diversas fontes e cosmovisões, como o indigenismo, o socialismo e movimentos democráticos, culminando num sistema complexo e contraditório de normas, ou seja, “constituições ambíguas”. Exemplifica sua análise com artigo 1 da Constituição boliviana, que estabelece o Estado Unitário, em que pese ser “muito difícil encontrar unidade entre todos os conceitos e as tradições que o fundamentam, mas ainda assim, foram incorporados nesses textos constitucionais” (tradução livre)⁵⁹. Desenvolve, então, sua análise, delimitando a reflexão num campo que não inclua as realidades políticas em que tais modelos se fundaram. Reconhece a relevância desses contextos, mas sua proposta é discutir o novo constitucionalismo a luz de “alguns postulados chave do constitucionalismo”, relacionados com a certeza e segurança jurídica, portanto, sua preocupação é compreender se as disposições contidas nesses textos são eficazes em relação à proteção de direitos, limitação de poderes e pacificação de conflitos sociais. Embora essa reflexão seja pertinente — e até urgente — também no que concerne ao constitucionalismo moderno ocidental (o colonial)⁶⁰, é interessante ater-se um pouco a esse debate.

O veredito de Salazar Ugarte, quanto ao tema, é desde uma perspectiva da interpretação constitucional, as contradições teóricas e conceituais do novo constitucionalismo são problemáticas, pois essas normas se caracterizam por ambiguidades que frustram a exigência de coerência que é condição para o bom desempenho dos intérpretes do direito. A mescla de elementos de diversas tradições faz emergir um constituciona-

⁵⁸ UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011. p. 109-136.

⁵⁹ SALAZAR UGARTE, Pedro. El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). In: PÉREZ, Luis Raúl González. VALADÉS, Diego (Coord.). *El constitucionalismo contemporáneo*. Homenaje a Jorge Carpizo. México: UNAM, 2013. p. 345-387. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12175>. Acesso em: 7 fev. 2021.

⁶⁰ Tanto a eficácia das normas constitucionais quanto o elevado grau polissêmico que têm assumido, tem polarizado debates em torno do constitucionalismo ocidental, de modo que, aparentemente, o desafio teórico proposto por Ugarte ao “novo constitucionalismo latino-americano” também precisa ser vencido pelo “velho constitucionalismo euro-norte-americano”. É dizer: “depois do seu auge, na primeira década do século XXI, o neoconstitucionalismo vem padecendo do esgotamento próprio de uma teoria que quase não se preocupa com a práxis para além da função dos tribunais constitucionais e de aspectos concretos, como a modulação de sentenças ou o princípio da proporcionalidade”. Cf. em: PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 333-349, ago. 2019. p. 337-338 Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/viewIssue/256/pdf_3. Acesso em: 1 fev. 2021.

lismo heterodoxo, com linguagem aberta às mais diversas interpretações, por isso, prejudicam a segurança jurídica, que seria o seu maior fracasso, pois esses documentos “ganham em originalidade o que perdem em coerência”. Além disso: “sem importar agora quem são os intérpretes autorizados pela Constituição [...] Poderia se organizar seminários de filosofia, antropologia ou direito constitucional para discernir seus significados e provavelmente os peritos não chegariam a acordos”⁶¹.

Entende-se que, diante das características distintivas das recentes Constituições latino-americanas, há dois limites importantes nessa análise: o primeiro diz respeito à tentativa de abstração dos textos normativos de seus respectivos contextos sociais. Mas isso é condição para que o autor possa prosseguir sua análise nos termos do que se pode considerar o segundo limite: a análise dessas experiências com base na teoria constitucional moderna ocidental. Como discutiu-se na primeira seção, os processos históricos que impulsionaram as experiências constitucionais são radicalmente distintos. O constitucionalismo colonizador, que Ugarte adota como parâmetro, é resultado das revoluções burguesas, expressão de uma determinada cultura e orientado por interesses específicos.

[...] todo o Direito que temos hoje foi forjado e aprimorado dentro de uma sociedade Capitalista e em um modelo de Estado burguês, que encontrou na forma jurídica — em sua máxima expressão no contrato e na igualdade formal — a maneira de extrair a mais valia e estabelecer limites e controle para a manutenção dessa ordem ⁶²

Sua homogeneidade — rompida pelo que o Ugarte define como “constitucionalismo heterodoxo” — é justamente um dos elementos colonizadores, que tem encoberto as aspirações e necessidades das comunidades latino-americanas. O constitucionalismo latino-americano, especialmente esse que se distingue do europeu, é resultado das lutas populares, expressão de culturas, saberes e tradições encobertas pela modernidade colonial, e por isso, orientado pela descolonização. É a respeito desse aspecto que se concentra a análise do que pode, efetivamente, ser considerado um *novo* constitucionalismo. E, nesse sentido, a análise de Uprimny também poderia ser melhor especificada, pois muitas das Constituições citadas não rompem com a racionalidade colonizadora — juspositivista, hegemônica nos sistemas jurídicos dos países ocidentais.

O modelo de Estado adotado na Bolívia não fundar-se nos paradigmas científicos ocidentais, ao menos não em termos rigorosos, é um dos motivos que enseja o reconhecimento epistemológico de um processo de “descolonização constitucional”, assumindo a descolonização, como se tem feito, não em termos de negação absoluta, mas em termos de avanço dialético, ou ana-dialético, por meio da redefinição ou reinvenção de modelos a partir da confluência entre modelos colonizadores e a interpelação crítica das comunidades periféricas. Isso no modelo de Estado, e, em termos de refundação, evidencia a importância dos pluralismos e das autonomias, especialmente indígenas.⁶³

Nesse sentido, muitos esforços têm se concentrado em aportar uma *nova* teoria constitucional, pois a persistência das velhas metodologias, no estilo de uma “teoria pura”, não apenas produz distorções na parcela da realidade analisada, como impede a compreensão dos fenômenos analisados, por excluir dos procedimentos de investigação, a perspectiva de totalidade. Nesse sentido, Valença, et al., alertam que, ao desconsiderar as alterações na correlação forças de classes sociais, as investigações em torno do pioneirismo de certas Constituições latino-americanas, não podem ir além de uma compreensão parcial de seus significados. Isso porque Constituições como a boliviana de 2009 estão diretamente ligadas, no que concerne à

⁶¹ SALAZAR UGARTE, Pedro. El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). In: PÉREZ, Luis Raúl González. VALADÉS, Diego (Coord.). *El constitucionalismo contemporáneo*. Homenaje a Jorge Carpizo. México: UNAM, 2013. p. 345-387. p. 359-363. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12175>. Acesso em: 7 fev. 2021.

⁶² VALENÇA, Daniel Araújo; MAIA JÚNIOR, Ronaldo Moreira; GOMES, Rayane Cristina de Andrade. O novo constitucionalismo latino-americano: análise marxista da invisibilização da luta de classes nas investigações jurídicas críticas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 364-380, ago. 2019. p. 376. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/viewIssue/256/pdf_3. Acesso em: 1 fev. 2021.

⁶³ FERRAZZO, Débora. *Democracia comunitária e pluralismo jurídico e os desafios à factibilidade da descolonização constitucional na Bolívia*. 2019. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019. p. 203-204. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66293>. Acesso em: 27 jan. 2021.

sua originalidade, aos projetos das antigas classes subalternas. Tem a ver com a emergência de um “bloco indígena-camponês-popular”, expressão de diversas formas de organização social no país, como os sindicatos, ayllus, marxismo e nacionalismo revolucionário, movimentos subalternos, dotados de “original pluralidade subversiva histórica” que permitiram a “tessitura de nova lógica institucional”.⁶⁴ Por isso, defende-se o protagonismo desses atores, e não de peritos como sugere Salazar Ugarte, no processo de interpretação, aplicação e desenvolvimento das novas ordens constitucionais.

O pesquisador boliviano, Roger Adan Chambi Mayta, de origem aymará, observando a agitação teórica que a renúncia de Evo Morales provocava, propôs algumas reflexões que alcançaram o campo de debates do novo constitucionalismo latino-americano e que tem relação com aspectos que aqui se discutem: a questão do pensamento situado e que, no caso da Bolívia, envolvia muitas posições situadas fora de seu espaço e realidade; partia, muitas vezes, de corpos brancos colonizadores, que se apoiavam em sua autoridade intelectual, ignorando a capacidade de agência dos povos. Essa postura comprometia tanto a compreensão da crise política de 2009 quanto a discussão do próprio constitucionalismo latino-americano⁶⁵. Propõe, então, uma “teoria jurídica indígena”, como resistência ao projeto civilizatório hegemônico expresso no monismo jurídico; essa teoria deve se desenvolver a partir dos atores sociais subalternos, e se ocupa da necessidade de adotar uma perspectiva pluralista, interdisciplinar para investigar as novas institucionalidades andinas e seus novos fenômenos reivindicativos.⁶⁶ Dessa consciência epistemológica decorrem os interesses do pesquisador nos temas do pluralismo jurídico e outros relativos aos conhecimentos anticoloniais, temas que superam ana-dialeticamente as bases hegemônicas do conhecimento ocidental.

Ferrazzo e Fiamoncini sintetizam aspectos caracterizadores de uma descolonização constitucional: trata-se de um conjunto de novos modelos, ou paradigmas, decorrentes das regulamentações estabelecidas em certos textos constitucionais e que subvertem os modelos consagrados pelo pensamento hegemônico, tendo como principal característica, emanar do povo e não decorrer de acordos de elites. Alguns exemplos desses novos paradigmas são: a) a plurinacionalidade como superação do Estado-nação (monocultural); b) o pluralismo jurídico, de caráter comunitário, como superação do monismo jurídico orientado pelo individualismo; c) as cosmovisões e direitos da natureza como superação do antropocentrismo e subserviência mercantil do sistema de direitos; d) a democracia comunitária como superação do sistema de representação, mergulhado numa severa crise decorrente do fetichismo do voto entre outros. Convergingo com o intento de buscar as vozes subalternas, de valorizar os pontos periféricos na produção do conhecimento, propõem a “interpelação crítica do paradigma constitucional colonizador”, desde um método de pensar latino-americano, orientado por um projeto de libertação. Nesse sentido, o pioneirismo das Constituições latino-americanas, especialmente da Bolívia e Equador, mas aqui ilustrado com a primeira, não pode ser desprezado. Mas, para tanto, é necessário ter o povo latino-americano como intérprete de sua história e não mais como objeto de interpretação; a busca por compreensão da experiência jurídico-política latino-americana nos limites de uma totalidade concreta (a dialética do *mesmo*), ou seja, nos limites do pensamento colonizador, enclausura essa experiência numa dinâmica de “recolonização jurídica”; por outro lado, o desenvolvimento de investigações interdisciplinares e críticas, abertas não apenas à interpelação do Outro, latino-americano, mas ao seu protagonismo narrativo e interpretativo, é condição de possibilidade para que siga a marcha de uma genuína “descolonização constitucional”.⁶⁷

⁶⁴ VALENÇA, Daniel Araújo; MAIA JÚNIOR, Ronaldo Moreira; GOMES, Rayana Cristina de Andrade. O novo constitucionalismo latino-americano: análise marxista da invisibilização da luta de classes nas investigações jurídicas críticas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, ago. 2019, p. 364-380. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/viewIssue/256/pdf_3. Acesso em: 1 fev. 2021.

⁶⁵ CHAMBI MAYTA, Roger Adan. ¿Es Evo o el pueblo? *Colectivo Curva*, 18 nov. 2019. Disponível em: <http://colectivocurva.blogspot.com/2019/11/es-evo-o-el-pueblo.html>. Acesso em: 25 fev. 2021.

⁶⁶ CHAMBI MAYTA, Roger Adan. Hacia una teoría jurídica indígena: experiencias del pluralismo jurídico en el altiplano peruano-boliviano. In: *Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABRASD)*, 11., evento *on line*, 19 a 23 out. 2020.

⁶⁷ FERRAZZO, Débora; FIAMONCINI, Daniel Raizer. Fundamentos ana-dialéticos da descolonização constitucional na democracia comunitária boliviana. In: *Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia*, 7., evento *on line*, 28 a 30 out.

5 Considerações finais

A cultura jurídica latino-americana, em sua expressão hegemônica, não é propriamente latino-americana, mas resultado de elementos externos que prevaleceram sobre aqueles que poderiam caracterizar uma cultura local. Tais elementos, situados na experiência histórica europeia e norte-americana, funcionaram como limites coloniais ao desenvolvimento dos sistemas jurídico e político, com pretensão de eliminação das tradições e identidade dos povos autóctones. Essas tradições e saberes chegaram até a contemporaneidade graças às lutas de resistência indígena, campesina e de outros setores populares que se unificaram ao longo dos tempos pós conquista e colonização. Então, o que se presencia hoje em países como Bolívia pode ser definido como “novo” em relação ao constitucionalismo moderno porque transcende os seus limites, mas resgata sistemas, ou partes de sistemas “antigos” na trajetória das comunidades latino-americanas, sistemas pré-coloniais.

Por isso, insiste-se que é necessária uma análise de cunho histórico crítico, de caráter mais abrangente, para se ter uma aproximação teórica das novas institucionalidades estabelecidas nos novos textos constitucionais do constitucionalismo latino-americano. Por meio de uma metodologia histórica, pode-se reconstruir a trajetória de lutas e trazer, pelas vozes da resistência no continente, a narrativa dos valores e anseios que animaram os últimos processos constituintes. Isso também evidencia que as manifestações, no âmbito do constitucionalismo, relacionam-se com pautas antigas e mais abrangentes, como a afirmação de uma identidade índia, a luta contra o racismo, a luta pela possibilidade de produzir e reproduzir a vida em comunidade, em seus próprios modos de realidade. O que, no caso latino-americano como um todo, se sintetiza na resistência anticolonial, ou num projeto de descolonização, que, em dado momento, como se discutiu na primeira seção, assumiu como estratégia a conquista e refundação do Estado.

Esse fio condutor — descolonização — vem se manifestando de modo cada vez mais claro e vai se sistematizando em diversos campos de interação humana, mas, como segue a dinâmica de resistência diante das expressões hegemônicas da modernidade, tais como as discutidas na segunda seção, enfrenta frequentemente o óbice da incompreensão, como se buscou demonstrar na última seção dessa análise. Entende-se que a essência descolonial da experiência é indispensável para sua compreensão, porque, ao ser desconsiderada em favor dos saberes hegemônicos que colonizaram os sistemas jurídico-político, operam-se distorções ou reduções em relação ao caráter inovador das novas institucionalidades, como a democracia comunitária, o pluralismo jurídico e outras.

Esses dois alicerces — pluralismo jurídico e democracia comunitária — estão entre as mais importantes conquistas do constitucionalismo latino-americano e emergem como resultado da forte mobilização indígena e comunitária que se concentrou no projeto de descolonização da ordem constitucional. Mas esse projeto está cada vez mais ameaçado por dinâmicas de recolonização, impostas por interpretações reducionistas da experiência e cooptação de atores que poderiam estar engajados no movimento de transformação institucional, como funcionários do Estado, especialmente magistrados. Daí a importância de se desenvolver uma nova teoria constitucional, com critérios de interpretação de caráter mais pluralistas e, assim, valorizar os esforços do povo boliviano na sua marcha por uma descolonização constitucional.

Referências

ALBÓ, Xavier. Justicia indígena en la Bolivia plurinacional. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (orgs.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2. ed. Quito:

2020. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Debor+Ferrazzo+e+Daniel+Raizer+Fiamoncini.pdf/5693163e-183f-048e-c10f-edf6d967c696>. Acesso em: 23 fev. 2021.

Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 201-248.

ARIZA SANTAMARÍA, Rosembert. Descolonização jurídica nos Andes. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LIXA, Ivone Fernandes M. (orgs.) *Constitucionalismo, descolonización y pluralismo jurídico en América Latina*. Aguascalientes: CENEJUS; Florianópolis: UFSC-NEPE, 2015. p. 165-179.

BASCOPE SANJINES, Iván. Consulta previa: un reto de democracia comunitaria. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 381-406.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1995.

BOLÍVIA. Centro de Coordinación y Promoción Campesina MINK'A y Centro Campesino Tupaj Katari. *Primer Manifiesto de Tiawanaku*. La Paz, 1973. Disponível em: <http://www.cialc.unam.mx/pdf/Tiahuanacu.doc>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BOLÍVIA. *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*. 2009. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/tcp/sites//default/files/images/pdf/leyes/cpe/cpe.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2021.

BOLÍVIA. *Ley n.º 027 de 6 de julio de 2010*. Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional. 2010c. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/149NEC>. Acesso em: 24 fev. 2021.

BOLÍVIA. *Ley n.º 031, de 19 de julio de 2010*. Ley Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”. 2010a. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/951NEC>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BOLÍVIA. *Ley n.º 073, de 29 de diciembre de 2010*. Ley de deslinde jurisdiccional. 2010b. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/209NEC>. Acesso em: 19 fev. 2021.

BOLÍVIA. *Ley n.º 254 de 5 de julio de 2012*. Código Procesal Constitucional. 2012. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/normas/buscar/254>. Acesso em: 24 fev. 2021.

BOLÍVIA. *Ley n.º 929 de 27 de abril de 2017*. Ley de modificación a las Leyes n.º 025 del Órgano Judicial, n.º 027 del Tribunal Constitucional Plurinacional y n.º 026 del Régimen Electoral. 2017. Disponível em: <http://www.gacetaoficialdebolivia.gob.bo/edicions/view/958NEC>. Acesso em: 24 fev. 2021.

BOLÍVIA. Tribunal Constitucional Plurinacional. *Ação de Liberdade*. Autor: Balvino Huanca Alavi (e família). Demandado: Juan José Cruz Pérez e Apolinar Cayo. Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños. Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012. Sentencia Fundadora. Sucre, 24 de set. 2012. Disponível em: <http://tcpbolivia.bo/>. Acesso em: 22 fev. 2021.

CHAMBI MAYTA, Roger Adan. ¿Es Evo o el pueblo? *Colectivo Curva*, 18 nov. 2019. Disponível em: <http://colectivocurva.blogspot.com/2019/11/es-evo-o-el-pueblo.html>. Acesso em: 25 fev. 2021.

CHAMBI MAYTA, Roger Adan. Hacia una teoría jurídica indígena: experiencias del pluralismo jurídico en el altiplano peruano-boliviano. In: *Congresso da Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito (ABRASD)*, 11., evento *on line*, 19 a 23 out. 2020.

CHIVI VARGAS, Idón Moisés. El largo camino de la jurisdicción indígena. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (org.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 275-379.

CHOQUE CANQUI, Roberto. El Manifiesto de Tiwanaku (1973): y el inicio de la descolonización. *Revistas Bolivianas*, v. 4, n. 11, p. 11-15, dez. 2010. Disponível em: <http://www.revistasbolivianas.org.bo/pdf/fdc/v4n11/a04.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CHUMACERO R., Juan Pablo (coord.) *Informe 2010 Territorios Indígena Originario Campesino en Bolivia: Entre la Loma Santa y la Pachamama*. Fundación TIERRA: La Paz, 2011. Disponível em: <https://ftierra.org/in>

dex.php/publicacion/libro/2-informe-2010-territorios-indigena-originario-campesinos. Acesso em 21 jan. 2021.

CLAVERO SALVADOR, Bartolomé. Tribunal Constitucional no Estado Plurinacional: o desafio constituinte da Bolívia. *R. Fac. Dir. UFG*, v. 39, n. 2, p. 13-41, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/34658>. Acesso em: 25 fev. 2021.

CUNHA FILHO, Clayton Mendonça. *A construção do horizonte plurinacional: liberalismo, indianismo e nacional-popular na formação do Estado boliviano*. 2015. 312 f. Tese (Doutorado) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Sociais, Instituto de Estudos Sociais e Políticos. Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. Disponível em: http://www.repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/21405/1/2015_tese_cmcunhafilho.pdf. Acesso em: 21 set. 2019.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012.

DUSSEL, Enrique. *La producción teórica de Marx*. Ed. Digital. Caracas, Venezuela: Fundación Editorial El perro y la rana. 2016. Disponível em: https://enriquedussel.com/Libros_ED.html. Acesso em: 22 fev. 2021.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel Z. Aos 20 anos da Convenção 169 da OIT: balanço e desafios da implementação dos direitos dos Povos Indígenas na América Latina. In: VERDUM, Ricardo (org.) *Constituição e Reformas Políticas na América Latina*. Brasília: INESC, 2009. p. 9-62.

FERRAZZO, Débora. *Democracia comunitária e pluralismo jurídico e os desafios à factibilidade da descolonização constitucional na Bolívia*. 2019. 402 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-graduação em Direito. Curitiba, 2019. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/66293>. Acesso em: 27 jan. 2021.

FERRAZZO, Débora. *Pluralismo jurídico e descolonização constitucional na América Latina*. 2015. 462 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <http://tede.ufsc.br/teses/PDPC1180-D.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2021.

FERRAZZO, Débora; FIAMONCINI, Daniel Raizer. Raciocínio jurídico e justificação de decisões judiciais: aspectos da hermenêutica jurídica ocidental. *Revista Direitos Culturais*, v. 15, n. 36, p. 39-66, 27 abr. 2020. Disponível em: <http://san.uri.br/revistas/index.php/direitosculturais/article/view/26>. Acesso em: 22 fev. 2021.

FERRAZZO, Débora; FIAMONCINI, Daniel Raizer. Fundamentos ana-dialéticos da descolonização constitucional na democracia comunitária boliviana. In: *Jornada da Rede Interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia*, 7., evento *on line*, 28 a 30 out. 2020. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/Debora+Ferrazzo+e+Daniel+Raizer+Fiamoncini.pdf/5693163e-183f-048e-c10f-edf6d967c696>. Acesso em: 23 fev. 2021.

FLORES CONDORI, Petronilo. Prefácio. In: OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro; ETO CRUZ, Gerardo. *Derecho Procesal Constitucional*. Ed. Especial 2018. Sucre, Bolívia: Tribunal Constitucional Plurinacional, Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales, 2018. Disponível em: <http://www.tcpbolivia.bo/apectcp/sites/default/files/pdf/LibroDerechoProcesalConstitucional.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2021. p.7-9.

FRANÇA. *Code Civil des Français*. 1804. Disponível em: <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>. Acesso em 24 fev. 2021.

GRIJALVA JIMENEZ, Augustín. EXENI RODRÍGUEZ, José Luis. Coordinación entre justicias, ese desafío. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (orgs.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolívia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 699-732.

LACROIX, Laurent. Tierra, Territorio y Recursos. *SOGIP – Scales of Governance the UN an Indigenous Peoples*, 14 jun. 2011. Disponível em: <http://www.sogip.ehess.fr/spip.php?article229&lang=fr>. Acesso em: 21 jan. 2021.

NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiádes de. Politização do direito e juridicização da política. *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 17, n. 32, p. 9-14, 1996. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15749/14260>. Acesso em: 10 fev. 2021.

PACTO DE UNIDAD. Sistematizador: Fernando Garcés. *El Pacto de Unidad y el Proceso de Construcción de una Propuesta de Constitución Política del Estado: Sistematización de la experiencia*. La Paz, Bolívia, 2010. Disponível em: http://redunitas.org/wp-content/uploads/2019/04/PACTO_UNIDAD.pdf. Acesso em: 14 jan. 2021.

PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. A Constituição democrática: entre o neoconstitucionalismo e o novo constitucionalismo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 333-349, ago. 2019. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/viewIssue/256/pdf_3. Acesso em: 1 fev. 2021.

PATZI, Félix. *Que és democracia comunitária*. 11 jul. 2009. Disponível em: <http://democraciacomunitariadf.blogspot.com/2009/07/que-es-democracia-comunitaria.html>. Acesso em: 30 jan. 2021.

PRADA ALCOREZA, Raúl. Estado plurinacional comunitario autonómico y pluralismo jurídico. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; EXENI RODRÍGUEZ, José Luis (orgs.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. 2. ed. Quito: Fundación Rosa Luxemburgo, 2013. p. 407-444.

REINAGA, Fausto. *La Revolución Índia*. Bolívia, La Paz: Minka, 2010. Disponível em: <http://www.manuelugarte.org/modulos/biblioteca/r/La-Revolucion-India-Fausto-Reinaga.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2021.

REINAGA, Fausto. Tesis India. *Revista Yachaykuna*, n. 12, dez. 2009. Disponível em: <http://icci.nativeweb.org/yachaikuna/yachaykuna12.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2021.

ROMERO, Carlos; ALBÓ, Xavier. *Autonomías indígenas en la realidad boliviana y su nueva constitución*. La Paz, abr. 2009. Disponível em: https://bitacoraintercultural.org/wp-content/uploads/2019/04/autonom%C3%ADas_ind%C3%ADgenas_en_la_realidad_boliviana_y_su_nueva_constituci%C3%B3n.pdf. Acesso em: 21 jan. 2021.

SALAZAR UGARTE, Pedro. El nuevo constitucionalismo latinoamericano (una perspectiva crítica). In: PÉREZ, Luis Raúl González. VALADÉS, Diego (Coord.). *El constitucionalismo contemporáneo*. Homenaje a Jorge Carpizo. México: UNAM, 2013. p. 345-387. Disponível em: <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12175>. Acesso em: 7 fev. 2021.

SCHAVELZON, Salvador. *El nacimiento del Estado Plurinacional de Bolivia*. Etnografía de una Asamblea Constituyente. La Paz: CEJIS/Plural Editores, 2012. Disponível em: https://www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana/libro_detalle.php?id_libro=754. Acesso em: 6 fev. 2021.

STAMILE, Natalina. Alguns aspectos de ordem geral sobre o conceito de Constituição, interpretação constitucional e justiça constitucional italiana. *Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania*, Londrina, v.5, n. 1, p. 71-91, jan./jul. 2020. Disponível em: <https://revistadoidcc.com.br/index.php/revista/article/view/66/65>. Acesso em 10 fev. 2021.

UPRIMNY, Rodrigo. Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos. In: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico en el siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011. p. 109-136.

VALENÇA, Daniel Araújo; MAIA JÚNIOR, Ronaldo Moreira; GOMES, Rayane Cristina de Andrade. O

novo constitucionalismo latino-americano: análise marxista da invisibilização da luta de classes nas investigações jurídicas críticas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 364-380. ago. 2019. Disponível em: https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/issue/viewIssue/256/pdf_3. Acesso em: 1 fev. 2021.

VARGAS DELGADO, Miguel. La democracia comunitaria, entre el deseo y la realidad: la experiencia de los pueblos indígenas chiquitano y guaraní. *Tinkazos*, La Paz, v. 17 n. 36, p. 67-78, 2004. Disponível em: http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1990-74512014000200005. Acesso em: 29 jan. 2021.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Fundamentos de história do direito*. 3. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZAVALETA, René. *El Poder dual en América Latina*. México, D.F.: Siglo XXI Editores, 1974. Disponível em: <https://elsudamericano.wordpress.com/2017/08/05/el-poder-dual-en-america-latina-por-rene-zabaleta-mercado-en-pdf/>. Acesso em: 2 fev. 2021.

ZAVALETA, René. *La autodeterminación de las masas: antología y presentación*: Luís Tapia. México, D.F.: Siglo XXI Editores; Buenos Aires: CLACSO, 2015. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/se/20151027033056/Antologia_Zavaleta.pdf. Acesso em: 1 fev. 2021.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Interculturalidade, plurinacionalidade e pluralismo nas constituições do Equador e da Bolívia: expoentes principiológicos do estado plurinacional

Interculturality, plurinationality and pluralism in the constitutions of Ecuador and Bolivia: principiological exponents of the plurinational state

Denise Tatiane Girardon dos Santos

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

Interculturalidade, plurinacionalidade e pluralismo nas constituições do Equador e da Bolívia: expoentes principiologicos do estado plurinacional*

Interculturality, plurinationality and pluralism in the constitutions of Ecuador and Bolivia: principiological exponents of the plurinational state

Denise Tatiane Girardon dos Santos**

Resumo

As experiências políticas descoloniais de países latino-americanos, como o Equador e a Bolívia, trouxeram inovações ao pensamento político moderno, com expoentes no constitucionalismo latino-americano e no Estado Plurinacional. Nesse sentido, o objetivo deste Artigo é identificar princípios do Estado Plurinacional, insculpidos nas Constituições Equatoriana e Boliviana, alicerçados nas cosmovisões do Sumak Kawsay (Equador) e Suma Qamaña (Bolívia), e enquanto elementos inéditos no campo da Teoria do Estado. A pergunta que se pretende responder é: a interculturalidade, a pluralidade e o pluralismo se apresentam como fundamentos principiologicos do Estado Plurinacional, e avançam na evolução constitucional desde a América Latina? Como hipótese, as experiências políticas latino-americanas descoloniais conduziram à refundação do Estado, ressignificado pela perspectiva plurinacional, em que inéditas visões, lexis e, por decorrência, princípios, lastreiam seu Documento fundante, que é a Constituição. Teoricamente, as Constituições dos Estados Plurinacionais asseveram o enfrentamento das características estatais, até então, modernas, eurocêtricas e uniformes. As inovações principiologicas, que caracterizam a Teoria do Estado Plurinacional, refletem o repensar do Estado desde o Sul e, a partir de formas de vida e organizações próprias, que permeiam, transversalmente, as Constituições. A estratégia da pesquisa é explicativa e propositiva; a natureza da abordagem é qualitativa, e o método utilizado foi o dedutivo.

Palavras-chave: Sumak Kawsay e Suma Qamaña; Interculturalidade; Plurinacionalidade; Pluralismo; Estado Plurinacional; Constitucionalismo Latino-americano.

Abstract

The political experiences of some Latin American countries, such as Ecuador and Bolivia, have brought innovations to modern political thought, with exponents in Latin American constitutionalism and the Plurinational State.

* Recebido em 31/05/2021

Aprovado em 07/10/2021

** Doutora em Direito pela Universidade do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social (PPGPSDS) e do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta -UNICRUZ. Pesquisadora FAPERGS. Pesquisadora do Laboratório de Pesquisas Avançadas em Direito Internacional e Ambiental - LEPADIA/UFRJ. E-mail: dtgsjno@hotmail.com.

In this sense, the objective of this Article is to identify principles of the Plurinational State, inscribed in the Ecuadorian and Bolivian Constitutions, based on the worldviews of Sumak Kawsay (Ecuador) and Suma Qamaña (Bolívia), and as unpublished elements for the State Theory. The question to be answered is: do interculturality, plurality and pluralism are principles foundations of the Plurinational State, and do they advance in constitutional evolution since Latin America? As a hypothesis, the decolonial Latin American political experiences led to the refoundation of the State, resignified by the plurinational perspective, in which unprecedented visions, lexus and, as a result, principles, that support the founding Document: the Constitution. Theoretically, the Constitutions of Plurinational States assert the confrontation of state characteristics, until then, modern, eurocentric and uniform. The principiologic innovations, which characterize the Plurinational State theory, reflect the rethinking of the State from the South and from its own forms of life and organizations, which permeate, transversely, the Constitutions. The research strategy is explanatory and propositional; the nature of the approach is qualitative and the method used was deductive.

Keywords: Sumak Kawsay and Suma Qamaña; Interculturality; Plurinationality; Pluralism; Plurinational State; Latin-American Constitutionalism.

1 Introdução

A primeira década do século XXI foi marcada pela promulgação de duas Constituições, com inovações basilares, inclusive, na Teoria do Estado, quais sejam, a *Constitución de la República del Ecuador*, de 2008, e na *Constitución Política del Estado Boliviana*, de 2009. Dentre os expoentes do constitucionalismo latino-americano, ambas serão consideradas nesta pesquisa considerando-se o percurso histórico dos movimentos descoloniais, agentes do giro descolonial, do qual decorreu a alteração fundante dos Estados, por intermédio da Constituição Plurinacional.

O objetivo da pesquisa, é, pelo estudo dos Textos constitucionais Equatoriano e Boliviano, identificar princípios do Estado Plurinacional, considerando-se inserções como as cosmovisões do *Sumak Kawsay* (Ecuador) e *Suma Qamaña* (Bolívia), a transversalidade e o ineditismo na Teoria Constitucional, e em que medida o constitucionalismo latino-americano está consolidado nesses fundamentos principiológicos. Dessa forma, o problema de pesquisa é apontar se a interculturalidade, a pluralidade e o pluralismo configuram-se como fundamentos principiológicos do Estado Plurinacional, e avançam na evolução constitucional desde a América Latina, sob o prisma do movimento de ruptura com as características coloniais.

A análise será de cunho teórico, e se voltará para a interculturalidade, a pluralidade e o pluralismo como potenciais princípios do Estado Plurinacional, enquanto rol exemplificativo. Não há pretensão de exaurir a carga principiológica constitucional plurinacional ou apontar o seu grau de efetividade material. Esta pesquisa considera, como hipótese, que a atuação dos movimentos sociais descoloniais foram intensos ao ponto de produzirem alterações significativas na Constituição dos Estados, inserindo suas pautas na agenda estatal, antes, monista, uniforme e de desenhos eurocêntricos, e que, agora, alicerça, legitimamente, o prosseguimento das reivindicações descoloniais. Identificar princípios plurinacionais nas Constituições pode contribuir para o fortalecimento das perspectivas sociais plúrais desde a América Latina, dos povos e grupos enquanto sujeitos constituídos e constituintes, e com o enfrentamento das características estatais colonialistas.

As estratégias da pesquisa serão, na primeira Seção, a explicativa, com fins de contextualizar as experiências dos movimentos que avançaram para as alterações constitucionais; a descritiva, na segunda Seção, visando a apontar, nas Constituições, a interculturalidade, a plurinacionalidade e o pluralismo como suportes para a estruturação do Estado e, por fim, na terceira Seção, a propositiva, ao se argumentar que tais elementos podem se constituir em princípios dos Estados plurinacionais, oriundos de modos próprios de vida, cosmovisões e organização, até então, suprimidos pela imposição de teorias ocidentais importadas.

Os dados são os relacionados aos temas investigados e às proposições da pesquisa, com a finalidade de obtenção de elementos capazes de provar a hipótese levantada. A natureza da abordagem é qualitativa, com pesquisas documental e bibliográfica. Os subsídios teóricos-metodológicos acompanharam o método dedutivo.

2 Considerações sobre os movimentos descoloniais e o Estado Plurinacional no Equador e na Bolívia

A América Latina foi marcada por movimentos de resistência ao colonialismo e, posteriormente, à colonialidade, esta que se manteve após as independências. Os movimentos sociais protagonizaram grandes alterações nos arranjos dos Estados, culminando, alguns, na implementação de Estados Plurinacionais, a exemplo do Equador e da Bolívia¹.

A colonialidade permaneceu insculpida nas bases oligárquicas colonialistas, que, frente à negativa das metrópoles em conceder-lhes espaço nas decisões político-administrativas, se articularam para a promoverem as independências nacionais. Esses grupos mantiveram, nos novos Estados, política e juridicamente, a estrutura social e econômica desigual, com déficit democrático, em que o povo, para Comparato, era “[...] um simples figurante, quando não mero espectador”². Como resposta, os movimentos sociais de base, que conduziram às alterações constitucionais do início do século XXI, passaram a ter maior articulação a partir de 1970, e, desses sujeitos oprimidos latino-americanos, para Souza, “[...] nasceu um conjunto de teorias próprias do subcontinente que mira nele suas questões existenciais”³, como as Constituições dos Estados Plurinacionais.

No Equador, as proporções nacionais de resistência foram possíveis com a organização da Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE), a partir 1980, expoente de uma onda social, caracterizada por “[...] una intelectualidad indígena y una dirigencia autónoma formada en la lucha por la tierra y por el reconocimiento”⁴, de acordo com Maldonado. A busca pelo *mandato ancestral*, pautado nas premissas de *abí tenemos el ama shwa, ama llulla, ama killa – no robar, no mentir, no ser ocioso*, perfillhou o consenso comunal que visava a decisões e resoluções de conflitos democráticas.

Na década seguinte, o Movimento de Unidade Plurinacional de *Pachakutik* liderou exigências por demandas dos camponeses, sem desconsiderar as de outros grupos minoritários, inclusive, na reivindicação de uma Constituinte que comportasse pautas “[...] no solamente de los pueblos indígenas sino del conjunto de grupos sociales excluidos del que hacer democrático”⁵, segundo Maldonado. A Constituição de 1998 foi um marco importante, porque reconheceu o Estado pluricultural e multiétnico e os *Derechos colectivos de los pueblos indígenas y negros o afroecuatorianos*, grupos que prosseguiram com as reivindicações. Nos anos 2000, os movimentos indígenas protagonizaram o espaço político e, em 15 de janeiro de 2007, o representante indígena Rafael Correa foi eleito presidente. Correa convocou uma Assembleia Constituinte, da qual resultou a *Constitución de la República del Ecuador*, promulgada em 28 de setembro de 2008.⁶ Na Bolívia, foram mantidas as estruturas sociais colonialistas classificatórias, pautadas na cor da pele, na propriedade, no idioma, dentre

¹ ALBÓ, Xavier. *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*. La Paz: Círculo, 2008.

² COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: FAORO, Raymundo. *A República inacabada*. São Paulo: Globo, 2007. p. 17.

³ SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latinoamericano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 66.

⁴ MALDONADO, Ana María Larrea. El movimiento indígena ecuatoriano: participación y resistencia. *Observatorio Social de América Latina*, v. 5, n. 13, p. 67-76, 2004, p. 68.

⁵ MALDONADO, Ana María Larrea. El movimiento indígena ecuatoriano: participación y resistencia. *Observatorio Social de América Latina*, v. 5, n. 13, p. 67-76, 2004, p. 69.

⁶ CORREA, Rafael. *Equador: da noite neoliberal à revolução cidadã*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 53.

outros. Os *bolivianos* (a grande maioria, formada por indígenas, negros e/ou não falantes da língua espanhola) e *ciudadanos* (a pequena minoria, representada na oligarquia crioula, branca e com domínio do Castellano) restringia aqueles do exercício da cidadania, pois, somente a estes era permitido o voto e a assunção em cargos públicos. O voto universal foi instituído com a Constituição de 1947, mas ser *nacional* e ser *ciudadão* dependia do domínio da Língua Castellana, de modo que, para Alvar, “[...] para ser ciudadano es necesario ‘saber ler y escribir’”⁷.

A partir de 1970, representantes dos povos indígenas, sobretudo, *quíchuas* e *aymaras*, se inseriram nas disputas eleitorais, contribuindo para a abertura democrática do país. Nos anos 1990, as resistências aos reflexos da crise neoliberal criaram, nas palavras de Valença, “[...] um cenário de rearranjos político-institucionais que colocam em xeque os aspectos da teoria democrática consolidados no século XX”⁸. Os anos 2000 iniciaram com confrontos, principalmente, em defesa dos recursos naturais, como água e gás, e, da ebulição social, nas eleições de 18 de dezembro de 2005, Juan Evo Morales Aima foi eleito presidente.⁹ Em 2007, Morales realizou um *Asamblea Constituyente* e promulgou a *Constitución Política del Estado* em 07 de fevereiro de 2009.

O período de 1990 até as Constituintes Plurinacionais do Equador e da Bolívia foi marcado pela interculturalidade, supedâneo de demandas, propostas e ações que, segundo Mignolo e Walsh, “[...] estabeleceram o significado sociopolítico e a fundação da interculturalidade no Equador e na região andina”.¹⁰ Os projetos sociais refletiram em transformações de impactos estruturais, de ordem “[...] econômica, social, judicial e política, e visavam à construção de uma sociedade plurinacional e intercultural em culturas indígenas e outras culturas, povos e conhecimentos excluídos historicamente, e conhecimentos considerados constitutivos”¹¹.

Esse cenário repercute as experiências políticas, culturais, econômicas, de conhecimento, ocultadas pelo eurocentrismo, enquanto “[...] o movimento de resistência teórico e prático, político e epistemológico, à lógica da modernidade/colonialidade”¹², segundo Ballestrin. A filosofia dialógica entre a teoria e a prática dos movimentos representam, pois, o giro descolonial¹³, a não indiferença ante o Outro.

A combinação de formas de resistência originárias, a multiplicidade de comunicações e articulações entre povos indígenas, afroequatorianos/afrobolivianos, as comunidades e grupos marginalizados de trabalhadores, estudantes, além dos “[...] llamados nuevos movimientos como los de género, los ecologistas, los de deudores y jubilados, y en general los de los empobrecidos, marginados, excluidos, desempleados, desplazados, y amenazados de extinción”¹⁴, como enumera Casanova, viabilizaram discutir a própria noção de Estado.¹⁵

⁷ ALVAR, Manuel. Lengua nacional y sociolingüística: las constituciones de América. *Bulletin hispanique*, v. 84, n. 3, p. 347-414, 1982. p. 355-356.

⁸ VALENÇA, Daniel Araújo. Bolívia: crise de Estado, disputa hegemônica e ressignificação democrática. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 92.

⁹ LINERA, Álvaro García. *A potência plebeia*. São Paulo: Boitempo, 2010.

¹⁰ Texto original: “[...] established the sociopolitical significance and foundation of interculturality in Ecuador and the Andean region”. MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. *On decoloniality: concepts, analytics, práxis*. Durham: Duke University Press, 2018. p. 60.

¹¹ Texto original: “[...] economic, social, judicial, and political spheres and were aimed toward the construction of a plurinational and intercultural society in which Indigenous and other historically excluded cultures, peoples, and knowledges would be considered constitutive”. MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. *On decoloniality: concepts, analytics, práxis*. Durham: Duke University Press, 2018. p. 61.

¹² BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista brasileira de ciência política*, n. 11, p. 89-117, 2013. p. 105.

¹³ Termo cunhado por Nelson Maldonado-Torres. A expressão *giro* está atrelada ao campo epistemológico e indica o redirecionamento de um assentamento epistêmico, um universo de sentido. Os giros “[...] plantean que ya sea el universo del sentido en general o el de los actos de habla proveen las claves fundamentales para entender las formas en que nuestro mundo, es decir el mundo humano preñado de significado, opera”. MALDONADO-TORRES, Nelson. La descolonización y el giro des-colonial. *Tabula rasa*, n. 9, 2008. p. 66.

¹⁴ CASANOVA, Pablo González. Colonialismo interno (una redefinición). Colonialismo interno (una redefinición). In: BORON, Atilio A.; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (Comp.). *La teoría marxista hoy. Problemas y perspectivas*. Buenos Aires, CLACSO, 2006. p. 419.

¹⁵ VALENÇA, Daniel Araújo. Bolívia: crise de Estado, disputa hegemônica e ressignificação democrática. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 99.

O modelo estatal europeu, moderno, monista e excludente foi redefinido pelo paradigma da plurinacionalidade, avocada na *Constitución de la República del Ecuador* e na *Constitución Política del Estado* da Bolívia, expoentes do chamado constitucionalismo latino-americano.

A Constituição Equatoriana enaltece, preambularmente, “[...] nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos”, que embazaram “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay”, em que o *buen vivir*, nas palavras de Mignolo e Walsh, “[...] é entendido como a interrelação ou correlação harmoniosa de e entre todos os seres (humanos e outros) e com o seu entorno”¹⁶, e “[...] una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”¹⁷. No artigo primeiro, a Constituição declara que:

Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

Por sua vez, a Constituição Boliviana, preambularmente, alude à antropológica formação plural dos povos e culturas, e declara o *nuevo Estado* pelo poder originário do povo. Afastou a nacionalidade monista e acolheu as nacionalidades coexistentes¹⁸ e todas as formas de organização social enquanto expressões de soberania popular. Em seu artigo primeiro, a Constituição assevera:

Artículo 1. Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país.

Casanova explica que os processos, dos quais decorreram as Constituições mencionadas, resultaram em um Estado multiétnico, vinculado “[...] a la construcción de ‘un mundo hecho de muchos mundos’ que tendría como protagonistas a los pueblos, los trabajadores y los ciudadanos”¹⁹. As lutas políticas, as experiências institucionais e os movimentos teóricos convergentes conduziram, para Leonel Júnior, “[...] a descrição de inovações políticas e jurídicas introduzidas nesses contextos”²⁰.

As Constituições do Equador e da Bolívia, Documentos fundantes do Estado, declararam a emergência de um paradigma sociopolítico epistemológico, que, segundo Fajardo, “[...] impactaram sobre la configuración del Estado propiamente dicho, permitiendo vislumbrar el *horizonte del constitucionalismo pluralista*”²¹. As Constituições dos Estados Plurinacionais são genuínas expressões político-jurídicas descoloniais, porque foram orientadas na interculturalidade, pautadas na plurinacionalidade e estabelecidas em convergência ao pluralismo, elementos que são considerados, neste Artigo, como princípios do Estado Plurinacional.

¹⁶ Texto original: “[...] is understood as the harmonious interrelation or correlation of and among all beings (human and otherwise) and with their surroundings”. MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. *On decoloniality: concepts, analytics, praxis*. Durham: Duke University Press, 2018. p. 64.

¹⁷ Preâmbulo. Constituição do Equador.

¹⁸ Artigo 6.

¹⁹ CASANOVA, Pablo González. Colonialismo interno (una redefinición). In: BORON, Atilio A.; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (Comp.). *La teoría marxista hoy*. Problemas y perspectivas. Buenos Aires, CLACSO, p. 409-434, 2006. p. 413.

²⁰ LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 55.

²¹ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139.

3 Interculturalidade, plurinacionalidade e pluralismo nas Constituições Plurinacionais

Nas Constituições do Equador e da Bolívia, expoentes do constitucionalismo plurinacional podem ser identificados e princípios do Estado Plurinacional, quais sejam, a interculturalidade, a plurinacionalidade e o pluralismo, este, nas perspectivas política, jurídica, econômica, cultural, linguística, educacional e de sujeitos, como a Natureza. As cosmovisões *Sumak Kawsay* e *Suma Qamaña* são, ao mesmo tempo, meio e fim desses princípios, porque, inseridas nas Constituições, asseguram elementos de coexistência, solidariedade e alteridade, inéditos no constitucionalismo.

Os Preâmbulos dos Textos constitucionais, como mencionado, expressam as pretensões de “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak Kawsay*”²², do Equador, e “un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien”²³ da Bolívia.

A interculturalidade, que pautou os movimentos descolonizantes, agentes da consolidação teórica do Estado Plurinacional, na expressão constitucional, circundou a pauta da refundação do espaço político²⁴. Mignolo e Walsh apontam o respeito à diversidade de nações, povos e setores sociais e a exigência de sua unidade “[...] nos campos econômico, social, cultural e político, com vistas a transformar as estruturas atuais e a construir um novo estado plurinacional, no quadro da igualdade de direitos, respeito mútuo, paz, e harmonia entre nacionalidades e povos”²⁵.

A interculturalidade contrapõe e desestabiliza o poder dominante, calcado na economia capitalista, ao preconizar a complementaridade e a relacionalidade constitutiva das cosmovisões nos espaços socioeconômicos. Trata-se de um projeto político, epistêmico, existencial e, por decorrência, descolonial, de diálogo e/ou interrelação entre culturas para a “[...] construção de sociedades radicalmente diferentes, de uma ‘outra’ ordem social e de transformações estruturais econômicas, sociais, políticas e culturais”²⁶, como explicam Mignolo e Walsh.

Mignolo e Walsh também destacam o processo permanente e ativo de negociação e interrelação entre compreensões, coexistências, solidariedades e colaborações. A interculturalidade figura como âncora de proposta, processo e projeto de “[...] transformar, reconceituar e refazer estruturas e instituições de maneira que coloquem em relações equitativas (mas ainda conflitivas) diversas lógicas, práticas e maneiras de conhecer, pensar, agir, ser e viver”²⁷, motivos pelos quais se apresenta como um princípio do Estado Plurinacional.

A plurinacionalidade reflete-se na rejeição à ideia de nação monista, restrita em um território, delimitado, geopoliticamente, pelos colonizadores, em desconsideração às formações sociais anteriores/diferentes, e com um único povo e forma de vida, concepção, até então, refletida nas Constituições anteriores. Trata-se de “[...] concepto de nación conlleva un concepto de autodeterminación pero no de independencia”²⁸, como

²² ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE ECUADOR. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial, 2008.

²³ ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. *Constitución política del Estado*. La Paz: Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.

²⁴ WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 2, p. 329-342, 2013, p. 340.

²⁵ MIGNOLO, Walter E.; WALSH, Catherine E. *On decoloniality: concepts, analytics, práxis*. Durham: Duke University Press, 2018.

²⁶ Texto original: “[...] it points toward the building of radically different societies, of a ‘other’ social ordering, and of structural economic, social, political, and cultural transformations”. MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. *On decoloniality: concepts, analytics, práxis*. Durham: Duke University Press, 2018. p. 57.

²⁷ Texto original: “[...] transform, reconceptualize, and refound structures and institutions in ways that put in equitable (but still conflictive) relation diverse cultural logics, practices, and ways of knowing, thinking, acting, being, and living”. MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. *On decoloniality: concepts, analytics, práxis*. Durham: Duke University Press, 2018. p. 59.

²⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009. p. 203.

explica Santos, e se expressa na organização e convivência intercultural de formas sociais autênticas.

A Constituição do Estado Plurinacional rompe com a epistemologia da uniformidade e da unificação, ao possibilitar, de acordo com Santos, “[...] otro concepto de nación, concebida como pertenencia común a una etnia, cultura o religión”²⁹, e comportar a concepção dos novos sujeitos coletivos, com espaços e categorias adequadas às suas inteligibilidades. Em substituição ao reconhecimento passivo da diferença, o Estado Plurinacional é, em si, constituído nos povos formadores, soberanos, dotados de autodeterminação, de autonomia e de autogoverno, exercidos pelas instituições e entidades territoriais, e se constituem, para Schavelzon, como “[...] um marco para o desenvolvimento de futuras disputas que aflorarão na elaboração de suas normas e em sua implementação”³⁰.

A Constituição do Equador prevê, no artigo 6º, a nacionalidade como vínculo da pessoa com o Estado e com as nacionalidades indígenas, já que o Estado, único e indivisível, é formado por “las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas [...]” (artigo 56). A Bolívia declarou a unidade do Estado sob o marco pré-colonial das *nações e povos indígenas originários campesinos*, assim como dos afrobolivianos, que detêm livre determinação, “[...] autonomía, al autogobierno, a su cultura, al reconocimiento de sus instituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales” (artigo 2º). Pessoas, nações e povos indígenas, comunidades interculturais e afrobolivianas compõem o Estado, e as nacionalidades podem ser adquiridas por nascimento ou naturalização, nos trinta e seis grupos étnicos³¹.

As Constituições do Equador e da Bolívia preveem que o controle e a gestão são populares, a exemplo da *Función de Transparencia y Control Social* e da *Participación y Control Social* respectivamente, e designam ao Estado a responsabilidade de assegurar as condições para preservação e desenvolvimento pelo horizonte plurinacional.³² A plurinacionalidade alicerça sociedades multiculturais e propõe a reformulação hermenêutica e legal das instituições, pois, consoante Grijalva, viabiliza [...] um tipo de constitucionalismo novo, baseado em relações interculturais igualitárias que redefinem e reinterpretam os direitos constitucionais, reestruturando a institucionalidade advinda do Estado nacional”³³, com condições de espaços de deliberação intercultural democrática.

Declarar-se plurinacional é registrar e aproximar no/do Documento político a formação plúrima e equivalente, pois, de acordo com Santos, “el constitucionalismo intercultural y plurinacional está haciendo, de diferentes maneras, una equivalencia entre lo que es simultáneo y lo que es contemporáneo”³⁴. A plurinacionalidade é um princípio do Estado Plurinacional por negar as estruturas coloniais de poder e alçar os sujeitos políticos a sujeitos constituintes³⁵, e “[...] voltar a atenção ao oprimido e devolver para ele sua dignidade”³⁶, conforme Sousa. Destacam-se, como meios, os mecanismos de democracia ampliada, como são os plebiscitos, e o pluralismo, este, que, para Sousa, “[...] que não se limita ao aspecto político, promovendo a

²⁹ SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Plural, 2010. p. 287.

³⁰ SCHAVELZON, Salvador Andrés. As Categorias Abertas da Nova Constituição Boliviana. Formação do Estado Plurinacional: Alguns Percursos Intelectuais. *Revista Lugar Comum*, n. 27, p. 35 - 60, 2009. p. 38.

³¹ Vide artigos: 1º, 30.I, 32, 141. Os grupos étnicos são: Quechua, Aymara, Chiquitano, Guaraní, Mojeño, Afroboliviano, Guarayo, Movima, Tacama, Itonama, Leco, Kallawaya, Tsimane, Yuracaré, Weenhayek, Maropa, Joaquiniano, Baure, Cavineño, Mosestén, Ayoreo, Cayubaba, Araona, Chácobo, Chipaya, Esse Eija, Canichana, Sirionó, Yucararé-Mojeño, Yuki, Pacahuara, Moré, Murato, Yaminahua, Tapiete, Guarasugwé e Machinerí.

³² Vide artigos: 204 e 380.I (Equador) e 9 e 241.I (Bolívia).

³³ GRIJALVA, Agustín. O Estado Plurinacional e Intercultural na Constituição Equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo. Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 115.

³⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. Pensar el Estado e la sociedad: desafíos actuales. Buenos Aires: Waldhuter, 200., p. 207.

³⁵ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 139-160, 2011.

³⁶ SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latinoamericano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 66.

refundação do Estado com base em premissas diferentes daquelas que caracterizaram durante muito tempo o Estado moderno de tipo europeu”³⁷.

Por fim, o pluralismo, diante da insuficiência do modelo clássico ocidental, aponta para um novo paradigma de legalidade, democrático, antidogmático, assentado nas condições históricas e atuais e das práticas sociais reais e insurgentes, ao pressupor a complexidade da “[...] existência de mais de uma realidade, de amplas formas de ação e da diversidade de campos sociais com particularidade própria”³⁸, como aponta Wolkmer. Está refletido nas searas política, jurídica, econômica, cultural, linguística, além do cuidado com a Natureza, alçada como sujeito de direito.³⁹ Neste Artigo, para fins de abordagem e exemplificação, serão pontuados, na sequência, os pluralismos político, jurídico, econômico e de sujeitos.

O pluralismo político, para Vargas, “[...] deixa de lado as ‘políticas de reconhecimento’ para entrar em cheio no que hoje denominamos na Bolívia e no Equador de políticas de descolonização”⁴⁰. A Constituição Plurinacional assegura aos povos o protagonismo da condução do Estado, enquanto *novos sujeitos sociais de juridicidade*⁴¹, porque se conjuga em “[...] conjunto normativo de densidade democrática e pluralista até então não experimentados no âmbito do constitucionalismo regional [...] transformador da realidade social e originador de uma nova matriz de pensamento”⁴², como destaca Sousa.

Um dos deveres do Equador⁴³ é “fortalecer la unidad nacional en la diversidad” (artigo 3.3), do que decorre, diretamente, os *Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*. Passou de *reconhecimento* de direitos aos povos para afirmação do Estado *a partir dos povos* (artigo 56), ou seja, povos como origem (ativos), não como destinatários (passivos). Destaca-se a *Participación en democracia*, orientada pela “[...] igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad”, e exercida por “[...] mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria” (artigo 95). Evidenciam-se os *gobiernos autónomos descentralizados*, que se orientam em princípios gerais, e asseguram o gozo da “[...] autonomía política, administrativa y financiera, y se regirán por los principios de solidaridad, subsidiariedad, equidad interterritorial, integración y participación ciudadana” (artigo 238).

Na Bolívia⁴⁴, os *Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesino* referendam o arranjo plurina-

³⁷ SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latinoamericano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 66.

³⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 11. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?isbn=8502228366>. Acesso em: 10 Abr. 2021.

³⁹ SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. *Estados Plurinacionais na América Latina*: cenários para o republicanismo na contemporaneidade. Curitiba: CRV, 2020.

⁴⁰ VARGAS, Idón Moisés Chivi. Os caminhos da descolonização na América Latina: os Povos Indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia In: VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, p. 151-166, 2009, p. 164.

⁴¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 11. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?isbn=8502228366>. Acesso em: 10 Abr. 2021.

⁴² SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latinoamericano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 65.

⁴³ São expoentes do pluralismo político na Constituição Equatoriana, inseridos no Título I, *Elementos Constitutivos del Estado*, os *Principios fundamentales* (artigos 1º a 4º); Título II, *Derechos*, os *Principios de aplicación de los derechos* (artigos 10 e 11) e os *Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades* (artigos 56 a 60); Título III, *Garantías Constitucionales*, as *Garantías normativas* (artigo 84) e *Garantías Jurisdiccionales* (artigos 86 ao 94); Título IV, *Participación y Organización del Poder*, a *Función Judicial y justicia indígena* (artigos 167 a 203).

⁴⁴ São expoentes do pluralismo político na Constituição Boliviana, inseridos na Primeira Parte: Bases Fundamentales del Estado, *Derechos, Deberes y Garantías*, o Título II, *Derechos Fundamentales y Garantías*, os *Derechos políticos* (artigos 26 a 29) e, os *Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesino* (artigos 30 a 32); Na Segunda Parte: Estructura y Organización Funcional del Estado, o Título I, *Órgano Legislativo*, com destaque para a *Composición y atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional* (artigos 145 a 161), o Título II, *Órgano Ejecutivo* (artigos 165 a 177), o Título IV, *Órgano Electoral* (artigos 205 a 212) e *Representación Política* (artigos 209 a 212) e o Título VI, *Participación y Control Social* (artigos 241 a 242). Na Tercera Parte: Estructura y Organización Territorial del Estado, no Título I, *Organización territorial del Estado*, os capítulos que tratam sobre os *Disposiciones generales* (artigos 269 a 276), *Autonomía departamental* (artigos 277 a 279), *Autonomía regional* (artigos 280 a 282),

cional, por declararem a ancestralidade das coletividades e seus direitos no marco da unidade do Estado. A Bolívia “[...] adopta para su gobierno la forma democrática participativa, representativa y comunitaria, con equivalencia de condiciones entre hombres y mujeres” (artigo 11.). A democracia comunitária é exercida “[...] por medio de la elección, designación o nominación de autoridades y representantes por normas y procedimientos propios” (artigo 11.2), e, nesse sentido, Valença aponta que a recuperação dos “[...] mecanismos democráticos da forma multidão e supera os limites da democracia representativa, para aumentar a soberania popular e o controle social sobre os órgãos do Estado”⁴⁵. A organização territorial-administrativa comporta os *territorios indígena originario campesinos*⁴⁶, em que os povos e comunidades indígenas gerem o funcionamento de seus territórios.

As previsões da Constituição Boliviana refletem o pluralismo político e impactam a condução do Estado. Assim como o Equador, preocupou-se com a “[...] regulamentação de um amplo leque de direitos, além de ser muito minuciosa e inclusiva ao selecionar os direitos que devem tornar-se constitucionais”⁴⁷, segundo Ramírez. Leonel Júnior aponta que a diversidade democrática “[...] alimenta o caráter de soberania popular latente e a intervenção concreta dos povos na realidade e cotidiano da sociedade”⁴⁸.

O pluralismo jurídico pode ser verificado na estrutura político-administrativa dos Estados Plurinacionais, dada, conforme Santos, à coexistência de várias ordens jurídicas no espaço geopolítico, “[...] sendo as regras, regulamentos e prescrições produzidas a partir de uma diversidade de fontes e locais com fronteiras inconstantes”⁴⁹ e marcos assimétricos.

O Equador⁵⁰ declarou que a unidade do Estado reside na diversidade, e figuram como sujeitos de direitos todas as “[...] personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos [...]” (artigo 10). Prevê, expressamente, que “los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”⁵¹ (artigo 11.3), como forma de refutar oposição à legitimidade dos sujeitos de demandarem seus direitos.⁵²

Com os *Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades*, ampliou-se a titularidade dos direitos coletivos, pelo que “las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible” (artigo 56). Na *Función Judicial y justicia indígena*, a autonomia indígena baseia-se em tradições próprias, cuja responsabilidade de garantir o respeito às decisões indígenas incumbe ao Estado (artigo 171), o que, para Bello, reflète o pluralismo jurídico, “[...] quando se permite o exercício das funções jurisdicionais pelos povos indígenas com base em suas tradições e no seu ‘direito próprio’”⁵³.

Autonomia municipal (artigos 283 a 284), Órganos ejecutivos de los gobiernos autónomos (artigos 285 a 286), Órganos legislativos, deliberativos y fiscalizadores de los gobiernos autónomos (artigos 287 a 288), Autonomía indígena originaria campesina (artigos 289 a 296) e Distribución de competencias (artigos 297 a 305).

⁴⁵ Vide: artigo 30.I, 5, 7, 15, 17 e 18. VALENÇA, Daniel Araújo. Bolívia: crise de Estado, disputa hegemônica e ressignificação democrática. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educ, 2014. p. 98.

⁴⁶ Vide artigos: 269.I, 280. I e II, 270, 273, 280.I, 282, 281, 284, 291.I, 289 e 394.

⁴⁷ RAMÍREZ, Silvina. Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista. In: VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 220.

⁴⁸ LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 92.

⁴⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Civilização brasileira, 2003. p. 468.

⁵⁰ São expoentes do pluralismo jurídico na Constituição Equatoriana os *Princípios fundamentales* (Título I, *Elementos Constitutivos del Estado*); os *Princípios de aplicación de los derechos* e os *Derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades* (Título II, *Derechos*); as *Garantías normativas* e *Garantías Jurisdiccionales* (Título III, *Garantías Constitucionales*) e a *Función Judicial y justicia indígena* (Título IV, *Participación y Organización del Poder*).

⁵¹ Vide artigos: 11 e 86.

⁵² Vide artigos: 98 e 99.

⁵³ BELLO, Enzo. *A Ciudadanía no Constitucionalismo Latino-Americano*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012. p. 120.

A Bolívia⁵⁴ tem, como fins e funções essenciais, “[...] garantizar el cumplimiento de los principios, valores, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución” (artigo 9.4). Também, promover, proteger e respeitar os direitos, sua inviolabilidade, universalidade, interdependência, indivisibilidade e progressividade. Assegura que todo ser humano, sem distinção ou discriminação, possui personalidade e capacidade jurídica, e a todas as pessoas e coletividades, o livre e eficaz exercício de seus direitos.⁵⁵

Os *Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesino* concebem os direitos coletivos como marco da unidade estatal, assegurando às nações e povos indígenas direitos de identidade, territoriais, formas próprias de organização social, educacionais, de representação, consultivas, de cooperação e comunicação. Uma das jurisdições é a *indígena originaria campesina*, fundamentada “[...] en un vínculo particular de las personas que son miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino” (artigo 191.I). As autoridades indígenas exercem as funções jurisdicionais (artigo 190), e suas decisões devem ser respeitadas pelas demais autoridades públicas. Bello destaca que a estrutura judicial indígena é própria e independente, “[...] uma dentre as formas de tutela judicial dos novos direitos de cidadania”, administrada pelos povos, em seus territórios, com normas, procedimentos e autoridades próprios.

O pluralismo econômico é lastreado por inéditos conteúdos constitucionais, diversos dos liberais, como as cosmovisões *Sumak Kawsay (buen vivir)* no Equador e *Suma Qamaña (vivir bien)* na Bolívia, em harmonia com a *Pacha Mama/Pachamama*⁵⁶, referências do modelo constitucional plurinacional. *Desenvolvimento e progresso* são termos sem equivalência em línguas indígenas, reflexos do “[...] sentido moderno ocidental de crecimiento en un sentido de posesión de bienes materiales”⁵⁷. Por esse motivo, Ascarrunz explica que as Constituições Plurinacionais contêm expressões com

[...] sentidos que denotaban un ideal de vida que no escinde al hombre y a la naturaleza por un lado, y que entre la vida material de la reproducción, la producción y la vida social y espiritual existe una interconexión inseparable, por otro. Hombre/mujer y naturaleza son parte de la Madre Tierra y entre ambos se establece una comunión y un diálogo mediado por una ritualidad que entiende a la Naturaleza como un ser sagrado.⁵⁸

Preambularmente, os Estados Plurinacionais afirmaram suas cosmovisões e as declararam como marco orientador. O Equador⁵⁹ celebrou “[...] la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia” e decidiu construir “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay”. A Bolívia⁶⁰ declarou base no respeito, igualdade, e elencou princípios de “[...] búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica,

⁵⁴ São expoentes do pluralismo jurídico na Constituição Boliviana, na Primera Parte: Bases fundamentales del Estado, derechos, deberes y garantías Título I, *Bases Fundamentales del Estado*, os *Principios, valores y fines del Estado* (artigos 7º a 10); Título II, *Derechos Fundamentales y Garantías*, as *Disposiciones generales* (artigos 13 e 14), os *Derechos fundamentales* (artigos 15 a 20), os *Derechos civiles* (artigos 21 a 25), e os *Derechos de las Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesino* (artigos 30 a 32); Título IV, *Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa*, as *Garantías jurisdiccionales* (artigo 109 a 124). Segunda parte: Estructura y organización funcional del Estado, Título III, *Órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional*, as *Disposiciones generales* (artigos 178 ao 179), a *Jurisdicción indígena originaria campesina* (artigos 190 a 192) e o *Tribunal Constitucional Plurinacional* (artigos 196 a 204).

⁵⁵ Vide artigos: 13, 14.I, II e III e 24.

⁵⁶ Variações linguísticas equatorianas e bolivianas.

⁵⁷ ASCARRUNZ, Beatriz. El Vivir Bien como sentido y orientacion de políticas públicas. In: FARAH, Ivonne; VASAPOLLO, Luciano. *Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?* La Paz: Cides-Umsa, 2011. p. 423-438.

⁵⁸ ASCARRUNZ, Beatriz. El Vivir Bien como sentido y orientacion de políticas públicas. In: FARAH, Ivonne; VASAPOLLO, Luciano. *Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?* La Paz: Cides-Umsa, 2011. p. 424.

⁵⁹ Inseridos no Título I, Elementos Constitutivos del Estado, os *Principios fundamentales* (artigo 3º); Título II, *Derechos*, os *Derechos del Buen Vivir* (artigos 12 e 34); Título VI, *Regimen de Desarrollo*, *Principios generales* (artigos 275 a 278) e *Soberanía económica* (artigos 283 a 284); *Trabajo y Producción* (artigos 319 a 320), no que tange às Formas de organización de la producción y su gestión e Título VII, *Regimen del Buen Vivir*, a *Inclusión y equidad* (artigos 340 a 394).

⁶⁰ Inseridos, na Primera Parte, Título I, *Bases Fundamentales del Estado*, os *Principios, valores y fines del Estado* (artigos 3º a 10); Título II, *Derechos fundamentales y garantías*, os *Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos* (artigos 30 e 32) e *Derechos sociales y económicos* (artigos 33 ao 107); Cuarta Parte, Título I, *Organización económica del Estado*, as *Disposiciones generales* (artigos 306 a 315), a *Función del Estado en la economía* (artigos 316 a 317), *Educación, interculturalidad y derechos culturales* (artigos 77 a 105) e *Comunicación social* (artigos 106 a 107).

social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos”.

O *régimen de desarrollo* do Equador está estruturado no “[...] conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*” (artigo 275). Os *Derechos de las naciones y pueblos indígena originario campesinos* da Bolívia pautam-se no *vivir bien*, referendado nas identidades, idiomas, culturas, tradições, instituições, territorialidades e cosmovisões das coletividades humanas, das nações e povos indígenas anteriores à invasão (artigo 30. I), o que, para Wolkmer *et al.*, projetou “[...] uma compreensão da comunidade em harmonia, respeito e equilíbrio com todas as formas de vida”⁶¹.

O pluralismo de sujeitos, que contempla a Natureza, também se pauta nos elementos, acima apontados, “[...] con la concreción de los Derechos de la Naturaleza en Ecuador o con la aplicación de la Ley de los Derechos de la Madre Tierra en Bolivia”⁶², consoante Santos e Jiménez. A cooperação entre os habitantes, que usufruem o mesmo meio, enseja o foco na Natureza e aos elementos a ela relacionados, de modo que “[...] não é somente uma extensão do direito humano à natureza, mas um direito original, dando a esta personalidade jurídica”⁶³, como explica Rodrigues.

O Equador⁶⁴ elencou, como princípio de aplicação dos direitos, que “[...] la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución” (artigo 14), e que “la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos” (artigo 71). A Bolívia⁶⁵, preambularmente, declarou a sua refundação sob “[...] la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios”, e relacionou, como fins e funções essenciais, a “[...] conservación del medio ambiente, para el bienestar de las generaciones actuales y futuras” (artigo 9), elementar para que indivíduos, coletividades e outros seres vivos se desenvolvam, normal e permanente.⁶⁶

Para Santos e Jiménez, ambas as Constituições, ao compartilharem das cosmovisões de *Sumak Kawsay* e *Suma Qamaña*, se estabelecem sobre conceitos de equilíbrio e harmonia, em “[...] una dimensión que va más allá de la propia comunidad, en sentido estricto, y más allá de las dimensiones ‘terrenales’ de la realidad, incluyendo a la propia Pachamama o si se prefiere a una dimensión supranatural”⁶⁷. A interculturalidade, a plurinacionalidade e o pluralismo, pois, conceituados e enumerados, enquanto elementos fundantes dos Textos constitucionais, podem ser apontados como princípios norteadores do Estado Plurinacional e como

⁶¹ WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima S. O “Novo” Direito à Água no Constitucionalismo da América Latina. *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*, Florianópolis, v. 9, n. 1, jan./jun. 2012. p. 56.

⁶² SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 32.

⁶³ RODRIGUES, Isabel Nader. Recursos naturais na sociedade capitalista e o paradigma do Sumak Kawsay. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano. Caxias do Sul: Educs, p. 148-165, 2014, p. 159.

⁶⁴ Como expoentes constitucionais: inseridos no Título I, Elementos Constitutivos del Estado, os Princípios fundamentais (artigo 1º); Título II, Derechos, os Derechos del Buen Vivir (artigo 14) e Derechos de la naturaleza (artigos 71 a 74), Título VI, Régimen de Desarrollo, Princípios generales (artigos 275 a 278) e Soberanía económica (artigos 283 a 284); Título VII, Régimen del Buen Vivir, a Biodiversidad y recursos naturales (artigos 395 a 415).

⁶⁵ Como expoentes constitucionais: inseridos no Título I, Bases Fundamentales del Estado, os Princípios, valores y fines del Estado (artigo 9º); no Título II, Derechos fundamentales y garantías, Capítulo 5, Derechos sociales y económicos, e a Seção Derecho ao medio ambiente (artigos 33 e 34) Segunda Parte, Título III, Órgano judicial y Tribunal Constitucional Plurinacional, a Jurisdicción agroambiental (artigos 186 a 189) Cuarta Parte, Título I, Organización económica del Estado, a Función del Estado na economía (artigos 316 a 317), Título II, Medio ambiente, recursos naturales, tierra y territorio, Medio ambiente (342 a 347), Recursos naturales (artigos 348 a 358), Hidrocarburos (artigos 359 a 368), Minería y metalurgia (artigos 369 a 372), Recursos hídricos (artigos 373 a 377), Energía (artigos 378 e 379), Biodiversidad, coca, *aresas protegidas y recursos florestales* (artigos 380 a 389), *Amazonia* (artigos 390 a 392) e *Tierra y territorio* (artigos 393 a 404), Título III, *Desarrollo rural integral sustentable* (artigos 405 a 409).

⁶⁶ Vide artigos: 298.5, 6 e 7, 33, 99, 108.14, 15 e 16 e 124.I.2.

⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 88.

supedâneos inéditos para a afirmação de um modelo de constitucionalismo convergente com os povos e grupos, que são, ao mesmo tempo, constituintes e sujeitos de direitos.

4 Interculturalidade, pluralidade e pluralismo como princípios constitucionais do Estado Plurinacional

Os sujeitos coletivos descoloniais estabeleceram os marcos epistemológicos do próprio Estado, pela reivindicação de uma estrutura constitucional que fosse condizente com a realidade social, em substituição ao modelo europeu/nortista, importado e imposto pelos colonizadores. A matriz descolonial representa a visão crítica sobre o universalismo ocidental, em que “o grito e o pranto gradualmente se tornam uma atitude crítica, cognitiva e prática que se pode chamar ‘atitude descolonial’”⁶⁸, como destaca Maldonado-Torres.

Os rearranjos estruturais, no Equador (2008) e na Bolívia (2009), representam a conjunção dos atores sociais, por intermédio da interculturalidade, da pluralidade e do pluralismo, elevando suas reivindicações ao nível constitucional, e, a partir daí, pautando-se nos textos constitucionais, “[...] agora destituídos da pompa jurídica elitista”⁶⁹, nas palavras de Leonel Júnior, para avançar na garantia de seus direitos.

Como exemplos dos princípios ancestrais, a Constituição Boliviana exortou a *ama qhilla, ama llulla, ama suwa; suma qamaña, ñandereko; tekokavi; ivimaraei e qhapajñan*⁷⁰ (artigo 8.I), linguagem que substitui termos modernos, mas, também, em Latim, como *habeas corpus* e *habeas data*, para *Acción de Libertad* e *Acción de Protección de Privacidad*⁷¹. Santos e Jiménez destacam que os povos recuperaram “[...] la soberanía como único titular, que la ejerce de manera directa, delegada o bajo normas y procedimientos propios”⁷², o que perpassou pela inserção de princípios constitucionais, igualmente, próprios.

Nesse aspecto, a interculturalidade, que pautou a condução da refundação estatal, se expressa na ideia de enfrentamento e “[...] reforma de las condiciones de no correspondencia entre estado y multiculturalidad”⁷³, como pontua Tápia. Para atender à diversidade cultural, às formas de governo próprias e as ordens econômicas sustentáveis, foi necessário “[...] no sólo cambiar los sujetos gobernantes sino también la forma del gobierno y el conjunto de las instituciones”⁷⁴. Tais alterações foram possíveis pelo protagonismo e diálogo intercultural dos povos indígenas e movimentos descoloniais, pois, como destaca Santos, “[...] tiene que articularse con otros grupos, tiene que saber salir de sí mismo y entrar en diálogo con otros grupos sociales bastante heterogéneos”⁷⁵.

Os movimentos desvelaram, nas palavras de Mignolo e Walsh, “[...] legados vividos e longos horizontes de dominação, opressão, exclusão e diferença colonial (ontológica, política, econômica, cultural, epistêmica, cosmológica e baseada na existência)”⁷⁶, e a visão crítica da interculturalidade exigiu “[...] uma mudança radical na ordem dominante e em sua base fundacional do capitalismo, da modernidade ocidental e do poder

⁶⁸ MALDONADO-TORRES, Nelson. Pensamento crítico desde a subalteridade: os Estudos Étnicos como ciências descoloniais ou para a transformação das humanidades e das ciências sociais no século XXI. *Afro-Ásia*, n. 34, 2017. p. 126.

⁶⁹ LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 91.

⁷⁰ *No seas fojo, no seas mentiroso, no seas ladrón; Vida harmoniosa; Vida buena; Tierra sin mal; Camino o vida noble*.

⁷¹ Artigos 125 e 130 e seguintes, respectivamente.

⁷² SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 384.

⁷³ TAPIA, Luis. Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. *Osal*, v. 8, n. 22, p. 47-63, 2007. p. 52.

⁷⁴ TAPIA, Luis. Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. *Osal*, v. 8, n. 22, p. 47-63, 2007. p. 52.

⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*. Buenos Aires: Waldhuter, 2009. p. 29.

⁷⁶ Texto original: “[...] visible lived legacies and long horizons of domination, oppression, exclusion, and colonial difference (ontological, political, economic, cultural, epistemic, cosmological, and existence based)”. MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. *On decoloniality: concepts, analytics, praxis*. Durham: Duke University Press, 2018. p. 58.

colonial em curso⁷⁷.

No lugar das uniformidades e monismos, foram estabelecidas nacionalidades e diversidades políticas, culturais, religiosas, linguísticas e territoriais, de modo que, segundo Santos, o resultado foi um “[...] combinar diferentes conceptos de nación dentro de un mismo Estado”⁷⁸. A interculturalidade se constitui como novidade na teoria política ao insculpir, nas Constituições do Equador e da Bolívia, o “[...] mandato directo del poder constituyente y, en consecuencia, fundamento último de la razón de ser del poder constituído”⁷⁹, nas palavras de Dalmau e Pastor.

Nesse paradigma, a plurinacionalidade corresponde a identidades coletivas conscientes, auto-organizáveis, autodetermináveis⁸⁰, interligadas pelas movimentações sociopolíticas que culminaram no constitucionalismo *desde abajo*, “[...] protagonizado por los excluidos y sus aliados, com el objetivo de expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal”⁸¹, como aponta Santos. A unificação política das matrizes sociais conduziu o *entrar en un Estado plurinacional*⁸², resultando no fortalecimento do próprio Estado, ancorado, como aponta Albó, no “[...] pluralismo social y cultural de los pueblos originarios y ser utilizada para garantizar el propio desarrollo de cada pueblo en vez de irlos diluyendo em un ‘estado mestizo’ uniformante”⁸³.

Tápia aponta que o novo modelo político resultou na introdução da “[...] plurinacionalidad en el formato estatal de la cultura históricamente dominante, manteniendo sus rasgos centrales”⁸⁴. A ampliação da força social da Constituição decorre da plurinacionalidade contramajoritária⁸⁵, que afastou o reducionismo de textos nominais, produzidos e por/para elites, e fez, nas palavras de Pastor e Dalmau, ressurgir a constatação, “[...] no sólo teórica sino principalmente empírica, de que el constitucionalismo como proceso político de transformación social conforma Constituciones adecuadas a la fuerza con que aquél emerge”⁸⁶.

A interculturalidade, enquanto *cultura contrapartida*, que representa “[...] la manera específica en que cada sociedad organiza su plurinacionalidad, su convivencia plurinacional”⁸⁷, e a plurinacionalidade como expressão da responsabilidade estatal em assegurar a convivência intercultural, em “[...] buscar formas de unificación sin uniformidad; una geometría variable del Estado”⁸⁸, nas palavras de Santos, correlacionam-se.

O fortalecimento dos direitos coletivos depende da participação dialógica dos sujeitos, pois, segundo Grijalva, “[...] as limitações ao desenvolvimento da plurinacionalidade e da interculturalidade advêm mais da dinâmica de forças políticas e econômicas do que de particularidades das normas formalmente vigentes”⁸⁹. Insere-se, nesse aspecto, o princípio da solidariedade, implícito nas cosmovisões que alicerçam o Estado

⁷⁷ Texto original: “[...] calls for radical change in the dominant order and in its foundational base of capitalism, Western modernity, and ongoing colonial power”. MIGNOLO; WALSH, op cit. p. 58.

⁷⁸ SANTOS, op. cit., p. 202.

⁷⁹ DALMAU, Rubén Martínez. PASTOR, Roberto Viciano. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: PASTOR, Roberto Viciano. (Ed.). Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano. Valencia: Tirant lo Blanch, p. 11-50, 2012, p. 20.

⁸⁰ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?isbn=8502228366>. Acesso em: 10 Abr. 2021.

⁸¹ SANTOS, Boaventura. Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur. La Paz: Plural, 2010, p. 72.

⁸² SANTOS, Boaventura. Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur. La Paz: Plural, 2010, p. 52.

⁸³ ALBÓ, Xavier. Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú. La Paz: Círculo, 2008. p. 54.

⁸⁴ TAPIA, Luis. Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. Osal, v. 8, n. 22, p. 47-63, 2007. p. 62.

⁸⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?isbn=8502228366>. Acesso em: 10 Abr. 2021.

⁸⁶ PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC, n. 25, 2010. p. 9.

⁸⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009, p. 203.

⁸⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el Estado y la sociedad: desafíos actuales*. Buenos Aires: Waldhuter Editores, 2009, p. 204.

⁸⁹ GRIJALVA, Agustín. O Estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo. Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, p. 113-134, 2009, p. 129.

Plurinacional, para, conforme Sánchez, “[...] corrigir os desequilíbrios ou as desigualdades econômicas inter-territoriais e impedir o estabelecimento de privilégios econômicos em favor de alguma entidade territorial autônoma”⁹⁰.

Por sua vez, o pluralismo reflete o questionamento da naturalização hierárquica, contida nos antigos Textos Constitucionais, uma vez que a Constituição Plurinacional Equatoriana e Boliviana, respectivamente, rechaça as “[...] formas de dominación y colonialismo”, e afirma que “[...] jamás comprendimos el racismo hasta que lo sufrimos desde los funestos tiempos de la colônia”. O pluralismo político situa-se na expressão dos sujeitos coletivos enquanto sujeitos políticos, desde sua exterioridade, e contrapôs, segundo Leonel Júnior, os “[...] marcos teóricos e modelos políticos que não os levavam em conta, ganharam reconhecimento a partir das lutas sociais e inspiram uma série de transformações institucionais”⁹¹.

Maldonado-Torres aponta a multiplicidade dos sujeitos, seus conhecimentos, experiências e modos de vida, como “[...] altamente relevantes para entender las formas modernas de poder y para proveer alternativas a las mismas”⁹², que comportam o princípio do pluralismo, em seus diversos vieses. Aponta-se, como exemplo, o uso de línguas originárias como termos constitucionais, apropriados para apontar os conceitos e objetivos que os povos e nações pretendiam para o Estado.

O pluralismo jurídico evidencia-se no *Pluralismo Jurídico Igualitário*, que possui, como expoente, o Tribunal Constitucional Plurinacional boliviano, de formação democrática⁹³, intercultural, e último reduto decisório. A partir dos Textos dos Estados Plurinacionais, Dantas destaca a importância de “[...] os mesmos setores que se organizaram e mobilizaram para a criação dessas Constituições continuem mobilizados para que haja a efetivação e concretização desses postulados constitucionais”⁹⁴.

Exorta-se, também, a coexistência democrática de nações ou nacionalidades sob o marco do mesmo Estado, porque a diversidade plurinacional reconhece a legitimidade das formas de organização, ação política, gestão territorial e econômica. Como resultados do pluralismo jurídico no Equador e na Bolívia, os povos indígenas detêm, segundo Fajardo:

- a) la potestad de darse sus normas; b) Sus propias autoridades/autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas; c) Funciones jurisdiccionales. [...] El derecho al propio derecho o el sistema jurídico indígena, a sus normas y procedimientos propios, costumbres, usos, etc. [...] Ejercicio del sistema jurídico de acuerdo a su cosmovisión.⁹⁵

Juridicamente, as Constituições Plurinacionais são *híbridos jurídicos*, ou seja, comportam o rearranjo do poder⁹⁶ sob o marco da cosmovisão indígena, que “[...] se traduce en nuevos derechos sociales que incorporan la perspectiva indígena, como el derecho al agua, al ‘buen vivir’ y a la seguridad alimentaria, entre otros”⁹⁷.

⁹⁰ SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomía, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais. In: VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, p. 63-90, 2009. p. 83.

⁹¹ LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 55.

⁹² MALDONADO-TORRES, Nelson. La descolonización y el giro des-colonial. *Tabula rasa*, n. 9, 2008. p. 66.

⁹³ Artigo 197.I.

⁹⁴ DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Entre a nação imaginada e o Estado Plurinacional: o reconhecimento dos direitos indígenas no novo constitucionalismo latino americano. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate*. Belo Horizonte: Autêntica, p. 213-230, 2017.

⁹⁵ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 139-160, 2011. p. 150. Vide artigos: 171 e a seção sobre Justicia Indígena (Equador) e artigos 30.II.14 e 190 e o Capítulo IV *Jurisdicción indígena originaria campesina* (Bolívia).

⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012.

⁹⁷ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, p. 139-160, 2011. p. 149.

A multiplicidade de jurisdições denuncia o simplismo do monismo jurídico, fortalece o exercício da justiça, por refletir a interculturalidade das percepções sobre direitos, justiça e administrações por “[...] uma perspectiva normativa insurgente e societária que pleiteia a supremacia de fundamentos ético-político-sociológicos sobre critérios centralizadores tecnoformais positivistas”⁹⁸. A justiça indígena é anterior e independente do reconhecimento estatal, e, para Rodríguez *et al.*, “[...] constituyen testimonios de que otro mundo es posible, otra lógica de convivencia y de organización social que se ha plasmado en los últimos años en los conceptos de Sumak Kawsay o Suma Qamaña, el Buen Vivir”⁹⁹.

O pluralismo econômico está insculpido nos princípios ancestrais do *Sumak Kawsay* e do *Suma Qamaña*, que transversalizam as Constituições e significam vida boa, na interrelação ou correlação harmoniosa de e entre todos os seres. Reflete na “[...] água e comida, cultura e ciência, educação, habitação e habitat, saúde, trabalho, comunidade, natureza, território e terra, economia, direitos individuais e coletivos, entre outras áreas de interrelação”¹⁰⁰, conforme Mignolo e Walsh.

As cosmovisões asseguram a participação legítima dos expoentes sociais nos espaços de decisão e em oposição à visão antropocêntrica e ao sistema capitalista, posto que, para Farah e Vasapollo, “[...] no es posible ignorar los efectos de los patrones actuales de desarrollo, ya que su naturaleza y profundidad amenazan la vida en el mundo”¹⁰¹. Sociedades, natureza e vida democrática se relacionam e reorganizam o Estado, pois, para Sánchez, “[...] em relação ao mundo liberal, o indígena pressupõe o enfrentamento de suas formas de ver e estar no mundo. Aquí reside sua transcendência”¹⁰².

Por fim, o pluralismo de sujeitos conjura os demais pluralismos, já que a *Pachamama*, onde a vida se materializa e se reproduz, é a Mãe Natureza, conceituada, por Mignolo e Walsh, como “[...] um ser vivo com inteligência, sentimentos e espiritualidade dos quais os humanos fazem parte. É uma composição de intersubjetividade, de seres em relação”¹⁰³, lógica que supera a percepção de objeto, usado, controlado e dominado. Desconsiderar a *Pacha Mama/Pachamama* significa macular o direito de existência dos seres, inclusive, dos humanos, com valor ontológico, “[...] punto medular de los derechos de la naturaleza, destacando una relación estructural y complementaria con los derechos humanos”¹⁰⁴. O cenário intercultural refletiu valores ou direitos elevados, constitucionalmente, em que “[...] los derechos de la Madre Tierra entran precisamente en ese orden de cosas”¹⁰⁵.

A par das considerações, mesmo em análise teórica, pode-se afirmar que as alterações jurídicas, estampadas nas configurações constitucionais do Equador e da Bolívia, apresentam elementos inéditos, que perpassam a singularidade dos países e indicam traços fundamentais do Estado Plurinacional. Esse modelo de Estado avaliza práticas políticas emancipatórias e convergentes com as realidades dos grupos e nações formadores, arranjo em que a carga principiológica inovadora lastreada, conforme Martínez, é “[...] forte, original, e vinculante, necesaria nunhas sociedades que confiaron na mudanza constitucional a possibilidade

⁹⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura do Direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 13. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?isbn=8502228366>. Acesso em: 10 Abr. 2021.

⁹⁹ RODRÍGUEZ, Paulo; MANZANO, Tania Arias; UMPIERREZ, Fernando Yávar. Constitucionalismo ecuatoriano: la plurinacionalidad y la ecología constitucional. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, p. 9-14, 2012, p. 8.

¹⁰⁰ Texto original: “[...] water and food, culture and science, education, housing and habitat, health, work, community, nature, territory and land, economy, and individual and collective rights, among other areas of interrelation”. *Ibid.*, p. 64.

¹⁰¹ FARAH, Ivonne; VASAPOLLO, Luciano. *Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista? La Paz: Cides-Umsa, 2011, p. 11.*

¹⁰² SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomia, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais. In: VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, p. 63-90, 2009. p. 83.

¹⁰³ Texto original: “[...] a living being with intelligence, feelings, and spirituality of which humans are part. It is a compositive of intersubjectivity, of beings in relation”. MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. *On decoloniality: concepts, analytics, práxis*. Durham: Duke University Press, 2018. p. 65.

¹⁰⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 173.

¹⁰⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (Ed.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 141.

dunha verdadeira revolución”¹⁰⁶.

As Constituições Plurinacionais institucionalizaram a desocidentalização epistêmica, a descolonização do poder e da própria ideia de sociedade civil, porque os sujeitos, antes marginalizados e passivos, avançaram para sujeitos ativos, constituintes e protagonistas de um Estado dos quais possam avocar identidade, pertencimento e legitimidade. As Constituições do Equador e da Bolívia são instrumentos jurídicos do giro descolonial, que visam, nas palavras de Médici, “[...] decuar la constitución jurídica formal a la compleja realidad socio económica y cultural de dichas sociedades, a sus necesidades y aspiraciones de justicia y transformación, sin renunciar a sus pertenencias culturales”¹⁰⁷. A inserção e a exaltação de novos princípios constitucionais, destacadamente, da interculturalidade, da plurinacionalidade e do pluralismo, contribuem, ao menos, formalmente, para ressignificar a teoria do Estado *desde el Sur*.

5 Considerações finais

O constitucionalismo latino-americano, nos expoentes da *Constitución de la República del Ecuador*, de 2008, e na *Constitución Política del Estado* da Bolívia, de 2009, inaugurou uma institucionalidade reflexiva das demandas sociais, e, portanto, com maior legitimidade e capacidade integradora, em comparação às antigas Constituições, sob o prisma eurocêntrico. As Constituições foram elaboradas por meio de Assembleias Constituintes e com ampla participação dos setores populares, aproximando-se das realidades sociais, porque estas foram refletidas em seu Texto pelas concepções da interculturalidade, da plurinacionalidade e dos pluralismos, neste Artigo, apontados como princípios constitucionais.

Elevar as cosmovisões dos povos, que constituem o Estado, ao seu Documento fundacional, representa o questionamento da estrutura, até então, imposta, e transcende o próprio Estado, porque, como destacam Mignolo e Walsh, “seu conceito, proposição e razão estão no esforço mais amplo de descolonização”¹⁰⁸. Os princípios constitucionais, propostos neste artigo, são precursores do projeto descolonizador, pois, “juntos, a plurinacionalidade e a interculturalidade têm sido elementos constitutivos da insurgência e da prática decolonial[...]”¹⁰⁹.

Conclui-se, pois, que as demandas dos movimentos indígenas e setores marginalizados conduziram o repensar e a refundação do Estado, elevando, a ele, suas cosmovisões, que permeiam os princípios do Estado Plurinacional, refletindo, inclusive, em inovações na teoria constitucional clássica. O significado sociopolítico estampa a interculturalidade; a diversidade, inserta no espaço geopolítico estatal, caracteriza a plurinacionalidade e o rearranjo estatal, nos mais variados campos, como político, jurídico, econômico, cultural, pluralismo educacional, linguístico, comunicativo e de sujeitos, delineiam o pluralismo.

É viável e pertinente debates sobre as inovações constitucionais e teóricas do Estado na contemporaneidade, para além do *lòcus* nortista, este que estava aquém das possibilidades de cosmovisões e da democracia participativa e comunitária, características do Estado Plurinacional. A filosofia jurídica emancipadora do giro descolonial assentou, nas Constituições, uma representatividade transversal dos grupos sociais, inclusive, com um vocabulário representativo de suas buscas e objetivos, como a coexistência, a solidariedade e a

¹⁰⁶ MARTÍNEZ, Rubén Dalmau. Asembleas constituintes e novo constitucionalismo em América Latina. *Tempo Exterior*. N.º 17, p. 5-15, 2008, p. 5.

¹⁰⁷ MEDICI, Alejandro. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador. *Derecho y Ciencias Sociales*, Octubre, n.º3. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS.UNLP, 2010. p. 4.

¹⁰⁸ Texto original: “[...] the plurinational goes beyond the state itself; its concept, proposition, and reason are in the broader endeavor of decolonization”. MIGNOLO; WALSH, op cit., p. 63.

¹⁰⁹ Texto original: “Together, plurinationality and interculturality have been constitutive elements of Ecuador’s Indigenous movement’s insurgency and decolonial praxis”. *Ibid.*, p. 63.

alteridade, refletidas no *Sumak Kawsay* e no *Suma Qamaña*.

O Estado Plurinacional e seus princípios figuram como um paradigma epistemológico, político e social, que, para Santos, atualmente, pode “[...] não estar definida, mas que tem potencial de impedir que se retorne ao *status quo*, pela constante problematização, tecida a partir dos projetos constitucionais transformadores, pontos de partida para alterações paradigmáticas e transnacionais de longo prazo”¹¹⁰. Como apontado, o Artigo não investigou ou avaliou a efetivação dos princípios da interculturalidade, da plurinacionalidade e do pluralismo, mas visou a abordar, no campo teórico, tais elementos do Estado Plurinacional, seu impacto em conceitos de procedência nortista. Não se desconsideram os processos e movimentos em curso, dadas as ebulições sociais no Equador, na Bolívia e nos demais países da América Latina, de modo que a análise teórica pode contribuir para enfatizar o acerto dos novos arranjos constitucionais descoloniais e a sua força para resistir às investidas da colonialidade.

Referências

- ALBÓ, Xavier. *Movimientos y poder indígena en Bolivia, Ecuador y Perú*. La Paz: Cipca, 2008.
- ALVAR, Manuel. Lengua nacional y sociolingüística: las constituciones de América. *Bulletin hispanique*, v. 84, n. 3, p. 347-414, 1982.
- ASCARRUNZ, Beatriz. El Vivir Bien como sentido y orientacion de políticas públicas. In: FARAH, Ivonne; VASAPOLLO, Luciano. *Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?* La Paz: Cides-Umsa, 2011, p. 423-438.
- BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. *Revista brasileira de ciência política*, n. 11, p. 89-117, 2013.
- BELLO, Enzo. *A Cidadania no Constitucionalismo Latino-Americano*. Caxias do Sul: EDUCS, 2012.
- ESTADO PLURINACIONAL DE BOLIVIA. *Constitución política del Estado*. La Paz: Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia, 2009.
- CASANOVA, Pablo González. Colonialismo interno (una redefinición). Colonialismo interno (una redefinición). In: BORON, Atilio A.; AMADEO, Javier; GONZÁLEZ, Sabrina (Comp.). *La teoría marxista hoy. Problemas y perspectivas*. Buenos Aires, CLACSO, 2006. p. 409-434.
- COMPARATO, Fábio Konder. Prefácio. In: FAORO, Raymundo. *A República inacabada*. São Paulo: Globo, 2007.
- CORREA, Rafael. *Equador: da noite neoliberal à revolução cidadã*. São Paulo: Boitempo, 2015.
- DALMAU, Rubén Martínez. PASTOR, Roberto Viciano. Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano. In: PASTOR, Roberto Viciano. (Ed.). *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 11-50.
- DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. Entre a nação imaginada e o Estado Plurinacional: o reconhecimento dos direitos indígenas no novo constitucionalismo latino americano. In: AVRITZER, Leonardo; GOMES, Lilian Cristina Bernardo; MARONA, Marjorie Corrêa; DANTAS, Fernando Antônio de Carvalho. *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate*. Belo Horizonte: Autêntica, 2017. p. 213-230.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE DE ECUADOR\,. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial, 2008.

¹¹⁰ SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. Estados Plurinacionais na América Latina: cenários para o republicanismo na contemporaneidade. Curitiba: CRV, 2020.

- FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Coord.). *El derecho en América Latina: um mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo Veinteuno, 2011. p. 139-160.
- FARAH, Ivonne; VASAPOLLO, Luciano. *Vivir bien: ¿Paradigma no capitalista?* La Paz: Cides-Umsa, 2011, p. 11.
- GRIJALVA, Agustín. O Estado plurinacional e intercultural na Constituição equatoriana de 2008. In: VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 113-134.
- LEONEL JÚNIOR, Gladstone. *O novo constitucionalismo latino-americano: um estudo sobre a Bolívia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.
- LINERA, Álvaro García. *A potência plebeia*. São Paulo: Boitempo, 2010.
- MALDONADO, Ana María Larrea. El movimiento indígena ecuatoriano: participación y resistencia. *Observatorio Social de América Latina*, v. 5, n. 13, p. 67-76, 2004.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. La descolonización y el giro des-colonial. *Tabula rasa*, n. 9, 2008.
- MALDONADO-TORRES, Nelson. Pensamento crítico desde a subalteridade: os Estudos Étnicos como ciências descoloniais ou para a transformação das humanidades e das ciências sociais no século XXI. *Afro-Ásia*, n. 34, 2017.
- MARTÍNEZ, Rubén Dalmau. Asembleas constituyentes e novo constitucionalismo em América Latina. *Tempo Exterior*, n. 17, p. 5-15, 2008.
- MEDICI, Alejandro. El nuevo constitucionalismo latinoamericano y el giro decolonial: Bolivia y Ecuador. *Derecho y Ciencias Sociales*, Octubre, n. 3. Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica. FCJyS.UNLP, 2010.
- MIGNOLO, Walter; WALSH, Catherine. *On decoloniality: concepts, analytics, práxis*. Durham: Duke University Press, 2018.
- PASTOR, Roberto Viciano; DALMAU, Rubén Martínez. Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, n. 25, 2010.
- RAMÍREZ, Silvina. *Sete problemas do novo constitucionalismo indigenista*. In: VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, p. 213-235, 2009.
- RODRIGUES, Isabel Nader. Recursos naturais na sociedade capitalista e o paradigma do Sumak Kawsay. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: EducS, 2014. p. 148-165.
- RODRÍGUEZ, Paulo; MANZANO, Tania Arias; UMPIERREZ, Fernando Yávar. Constitucionalismo ecuatoriano: la plurinacionalidad y la ecología constitucional. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. *Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidade*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012. p. 9-14.
- SÁNCHEZ, Consuelo. Autonomia, Estados Pluriétnicos e Plurinacionais. In: VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 63-90.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pensar el Estado e la sociedad: desafios actuales*. Buenos Aires: Waldhuter, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural.

Civilização brasileira, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa; JIMÉNEZ, Agustín Grijalva (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Quito: Fundación Rosa Luxemburg, 2012.

SANTOS, Boaventura. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. La Paz: Plural, 2010.

SANTOS, Denise Tatiane Girardon dos. *Estados Plurinacionais na América Latina: cenários para o republicanismo na contemporaneidade*. Curitiba: CRV, 2020.

SCHAVELZON, Salvador Andrés. As Categorias Abertas da Nova Constituição Boliviana. Formação do Estado Plurinacional: Alguns Percursos Intelectuais. *Revista Lugar Comum*, n. 27, p. 35 - 60, 2009.

SOUSA, Adriano Corrêa de. A emancipação como objetivo central do novo constitucionalismo latinoamericano: os caminhos para um constitucionalismo da libertação. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 65-86.

VALENÇA, Daniel Araújo. Bolívia: crise de Estado, disputa hegemônica e ressignificação democrática. In: VAL, Eduardo Manuel; BELLO, Enzo. *O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2014. p. 87-102.

VARGAS, Idón Moisés Chivi. Os caminhos da descolonização na América Latina: os Povos Indígenas e o igualitarismo jurisdicional na Bolívia In: VERDUM, Ricardo. *Povos indígenas: Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009. p. 151-166.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico: Fundamentos de uma nova cocultura do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?isbn=8502228366>. Acesso em: 10 Abr. 2021.

WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima S. O “Novo” Direito à Água no Constitucionalismo da América Latina. *Revista Internacional Interdisciplinar Interthesis*, Florianópolis, v. 9, n. 1, jan./jun. 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Para um novo paradigma de estado plurinacional na América Latina. *Novos Estudos Jurídicos*, v. 18, n. 2, p. 329-342, 2013.

TAPIA, Luis. Una reflexión sobre la idea de Estado plurinacional. *Osal*, v. 8, n. 22, p. 47-63, 2007.

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

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 alterativas, 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 alterativas 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 *jus 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 DERECHOS 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.

*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 CONTESSE, 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 CONTESSE, 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? *Tigori. 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 irreduzível.

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 alternativas, como pressuposto da flexibilidade normativa, de modo a contribuir na fundamentação que o ICCAL precisa. Essas normas alternativas 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 alternativas 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 alternativas 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 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_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 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_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. *Eunomia: 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.

Normas Editoriais

1. Serão aceitas colaborações inéditas e a publicação de um artigo está condicionada à sua adequação às normas editoriais, e seu simples recebimento desobriga a sua publicação. A revista *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização* classificará as colaborações de acordo com as seguintes seções:

1.1 Artigos: compreende textos que contenham relatos completos de estudos ou pesquisas concluídas, matérias de caráter opinativo, revisões da literatura e colaborações assemelhadas.

1.2 Resenhas: compreende análises críticas de livros, de periódicos recentemente publicados, dissertações e teses.

2. Excepcionalmente, a equipe editorial poderá aceitar a submissão de trabalhos que já tenham sido publicados e caso isso ocorra, serão submetidos ao mesmo processo de avaliação pelos pares que aqueles inéditos. O autor deverá apresentar autorização por escrito do editor da revista na qual seu trabalho tenha sido originalmente publicado, acompanhado de cópia do mesmo.

3. O processo de avaliação dos artigos e resenhas compreende duas fases: a primeira destinada à análise da adequação do trabalho à linha editorial da revista (Equipe Editorial) e a segunda referente à avaliação do conteúdo e qualidade dos trabalhos. Esta segunda fase é realizada mediante o processo de avaliação pelos pares, ou seja, os artigos serão submetidos à aprovação de no mínimo 2 pareceristas adhoc.

4. Os trabalhos serão enviados para a avaliação sem a identificação de autoria

5. Os trabalhos devem ser enviados no seguinte padrão:

1ª Página: Começar com o título do trabalho, seguido do texto. Não inserir o nome dos autores ou outros elementos que identifiquem a autoria. A autoria do artigo e a qualificação dos autores são inseridas nos campos específicos do formulário eletrônico. O objetivo aqui é garantir uma avaliação cega por pares. Os textos deverão ser digitados em Arial 12, espaço 1,5 margem de 2,5 cm, numeração arábica das páginas no ângulo superior direito, em programa compatível com o Word para Windows.

Título do trabalho: o título deve ser breve e suficientemente específico e descritivo para representar o conteúdo do texto e deverá ter a sua tradução para o inglês.

Resumo: em todos os artigos submetidos deve ser incluído um resumo informativo com o máximo de 250 palavras e espaço entre linhas simples. O resumo deve ser estruturado com as seguintes informações:

Objetivo do artigo (obrigatório);

Metodologia (obrigatório);

Conclusões (obrigatório);

Limitações da pesquisa e suas implicações (se aplicável);

Limitações práticas (se aplicável)

Originalidade ou valor (obrigatório);

A evolução da comunicação científica e da transmissão de conhecimentos possibilitou ao UniCEUB a criação de meios para o intercâmbio de idéias entre pares e a disseminação de informações.

As novas tecnologias da informação produzem sensíveis alterações nos processos de comunicação científica. Atualmente, a editoração das publicações acadêmicas do UniCEUB é informatizada em todas as suas etapas, com a utilização da plataforma SEER, Sistema de Editoração Eletrônico de Revistas. A aplicação do SEER permitiu acrescentar, no processo editorial, a avaliação dos pareceristas ad hoc e deu aos membros dos comitês editoriais e aos editores condições para consolidar a produção científica no UniCEUB e difundi-la por meio dos periódicos acadêmicos em mídia impressa e eletrônica.

Todas as edições das publicações científicas do UniCEUB estão disponíveis no site www.publicacoes-academicas.uniceub.br, com infraestrutura para acesso livre.

O UniCEUB publica as seguintes revistas:

- Revista Brasileira de Políticas Públicas
- Revista de Direito Internacional
- Universitas Arquitetura e Comunicação Social
- Universitas Ciências da Saúde
- Universitas Gestão e TI
- Universitas Humanas
- Universitas JUS
- Universitas Relações Internacionais



Destacar no mínimo três e no máximo seis palavras-chave que representem o conteúdo do texto. O resumo e as palavras-chave deverão ter a sua tradução para o inglês.

Agradecimentos: agradecimentos a auxílios recebidos para a elaboração do trabalho deverão ser mencionados no final do artigo.

Notas: notas referentes ao corpo do artigo deverão vir no rodapé do texto.

Apêndices: apêndices podem ser empregados no caso de listagens extensivas, estatísticas e outros elementos de suporte.

Materiais gráficos: fotografias nítidas e gráficos (estritamente indispensáveis à clareza do texto) poderão ser aceitos e cada fotografia ou gráfico deverá vir no texto e além disso cada um deverá ser enviado em arquivo separado. Se as ilustrações enviadas já tiverem sido publicadas, mencionar a fonte e a permissão para reprodução.

Quadros: os quadros deverão ser acompanhados de cabeçalho que permita compreender o significado dos dados reunidos, sem necessidade de referência ao texto. Assinalar, no texto, pelo seu número de ordem, os locais onde os quadros devem ser intercalados.

Referências: as referências redigidas segundo a norma NBR 6023/2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), deverão ser apresentadas por ordem alfabética e constituir uma lista única no final do artigo. A exatidão e adequação das referências a trabalhos que tenham sido consultados e mencionados no texto do artigo são da responsabilidade do autor. Informações procedentes de comunicação pessoal, de trabalhos em andamento ou não publicados não devem ser incluídas na lista de referências, mas indicada em nota de rodapé.

Não utilizar o sistema Autor data para citações. O formato utilizado pela revista é o sistema numérico, onde a citação é indicada por número sobrescrito e a referência mencionada em nota de rodapé.

Recomendações: recomenda-se que se observem as

normas da ABNT referentes à apresentação de artigos em publicações periódicas (NBR 6022/2002), apresentação de citações em documentos (NBR 10520/2002), apresentação de originais (NBR 12256), norma para datar (NBR 892), numeração progressiva das seções de um documento (NBR 6024/2003) e resumos (NBR 6028/2003).

A revista se reserva o direito de efetuar nos originais alterações de ordem normativa, ortográfica e gramatical, com vistas a manter o padrão culto da língua, respeitando, porém, o estilo dos autores.

A partir de 2009, consideramos útil formular algumas sugestões (não obrigatórias) aos autores, com base nos principais motivos por recusa de artigos nos anos anteriores.

8. Responsabilidades e conflitos de interesse: A responsabilidade pelas informações e opiniões indicadas nos artigos é exclusiva dos autores. Eventuais conflitos de interesse serão de responsabilidade dos próprios autores e não do periódico.

Envio dos trabalhos:

1. Os trabalhos deverão ser enviados para a equipe editorial da revista no endereço eletrônico www.rdi.uni-ceub.br

2. Cada autor deve enviar declaração de responsabilidade nos termos abaixo:

“ Eu XXXX certifico que participei da concepção do trabalho tornar pública minha responsabilidade pelo seu conteúdo, que não omiti quaisquer ligações ou acordos de financiamento entre os autores e companhias que possam ter interesse na publicação deste artigo.”

3. Para as colaborações inéditas, cada autor deve enviar a transferência de direitos autorais nos termos abaixo:

“Eu XXXX declaro que em caso de aceitação do artigo inédito, a revista Revista Brasileira de Políticas Públicas passa a ter os direitos autorais a ele referentes.

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

V. 11, nº2