

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções

The exercise of the inter-American jurisdiction of human rights: legitimacy, problems and possible solutions

Felipe Grizotto Ferreira

Guilherme Perez Cabral

Lucas Catib de Laurentiis

Sumário

I. CRÔNICAS DO DIREITO INTERNACIONAL	1
AMAZONIE: LE DROIT INTERNATIONAL EN VIGUEUR APPORTE DES RÉPONSES SUBSTANTIELLES ...	3
Pierre-Marie Dupuy	
A EVOLUÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NOS ACFIs	8
Ana Rachel Freitas da Silva	
II. DOSSIÊ ESPECIAL: DIREITO AMBIENTAL.....	14
A BRIEF OVERVIEW OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT: HOW A DEBATED CONCEPT WITH A MUCH-CONTESTED LEGAL NATURE COULD PERFORM A VALUABLE ROLE IN THE DECISION-MAKING	16
Natali Francine Cinelli Moreira	
A META 11 DE AICHI E AS ÁREAS MARINHAS PROTEGIDAS EM GRANDE ESCALA: PROTEÇÃO AMBIENTAL OU OPORTUNISMO POLÍTICO?	39
Alexandre Pereira da Silva	
LITIGÂNCIA CLIMÁTICA COMO ESTRATÉGIA JURISDICIONAL AO AQUECIMENTO GLOBAL ANTROPOGÊNICO E MUDANÇAS CLIMÁTICAS	55
Délton Winter de Carvalho e Kelly de Souza Barbosa	
ASSESSMENT AND CHALLENGES OF CARBON MARKETS	74
Louise Pigeolet e Arnaud Van Waeyenberge	
AS ABORDAGENS DOS PAÍSES DA AMÉRICA LATINA E CARIBE SOBRE A MOBILIDADE HUMANA PROVOCADA PELAS MUDANÇAS CLIMÁTICAS	90
Diogo Andreola Serraglio e Heline Sivini Ferreira	
IMPLEMENTATION OF LEGAL MECHANISMS OF ENVIRONMENTAL PROTECTION BY THE SOUTH PACIFIC REGIONAL ORGANIZATIONS	116
Joanna Siekiera	

CONCILIATING THE OVERLAP OF PROTECTED AREAS AND TRADITIONAL TERRITORIES: LEGAL INNOVATIONS FOR BIOLOGICAL DIVERSITY CONSERVATION IN BRAZILIAN PARKS	126
Nathalia Fernandes Lima e Solange Teles Silva	
O USO DE DRONES COMO INSTRUMENTO PARA A CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE NO BRASIL	141
Larissa Suassuna Carvalho Barros e Marcia Dieguez Leuzinger	
AGROTÓXICOS E DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO GLOBAL: O BRASIL EM RISCO DE RETROCESSO?	151
Marcelo Pretto Mosmann, Letícia Albuquerque e Isabele Bruna Barbieri	
A JUSTIÇA ESPACIAL E AMBIENTAL E A TEORIA DO RISCO: A RESPONSABILIDADE DO GOVERNO NA PREVENÇÃO CONTRA DESASTRES (NO BRASIL).....	169
José Adércio Leite Sampaio e Edson Rodrigues de Oliveira	
THE JUDGMENT OF THE CASE XUCURU PEOPLE V. BRAZIL: INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS BETWEEN CONSOLIDATION AND SETBACKS.....	203
Gabriela Cristina Braga Navarro	
II. ARTIGOS SOBRE OUTROS TEMAS	224
NACIONALIDADE: NOVAS REGRAS, VELHOS PROBLEMAS	226
Paulo Henrique Faria Nunes	
O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: LEGITIMIDADE, PROBLEMAS E POSSÍVEIS SOLUÇÕES	244
Felipe Grizotto Ferreira, Guilherme Perez Cabrale Lucas Catib de Laurentiis	
A PROTEÇÃO DA IDENTIDADE DE GÊNERO NA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS	270
Gabriel Coutinho Galil	
O COMITÊ JURÍDICO INTERAMERICANO DA OEA E A CODIFICAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL REGIONAL.....	292
Lucas Carlos Lima	

O CASO PETRUHHIN E O PRINCÍPIO DO NÍVEL MAIS ELEVADO DE PROTEÇÃO NO TOCANTE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ÂMBITO DA UNIÃO EUROPEIA	304
--	------------

Clovis Demarchi e Jaine Cristina Suzin

A AUTONOMIA DA VONTADE NA ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL NO REGULAMENTO ROMA I DA UNIÃO EUROPEIA	320
---	------------

Aline Beltrame de Moura e Rafaela Hörmann

A JURISDIÇÃO DA ICANN: DESAFIOS ATUAIS E PROSPECTIVAS FUTURAS.....	335
---	------------

Aziz Tuffi Saliba e Amael Notini Moreira Bahia

A CRISE DO ESTADO E A INADEQUAÇÃO DE NOSSOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS: O EXEMPLO DO GARANTISMO PENAL NO BRASIL.....	347
---	------------

Oswaldo Poll Costa e Francisco Quintanilha Veras Neto

O BRASIL E A COOPERAÇÃO SUL-AMERICANA EM SAÚDE: DOS REGIMES TEMÁTICOS ÀS POSSIBILIDADES DE EFETIVAÇÃO ESTRUTURANTE	363
---	------------

Ademar Pozzatti Junior e Luiza Witzel Farias

III. RESENHAS	383
----------------------------	------------

RESENHA DA OBRA: SILVA, WALDIMEIRY CORREA DA. REGIME INTERNACIONAL DE ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS: AVANÇOS E DESAFIOS PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS. RIO DE JANEIRO: LUMEN JURIS, 2018.	385
--	------------

Mércia Cardoso de Souza e Guirino Nhatave

O exercício da jurisdição interamericana de direitos humanos: legitimidade, problemas e possíveis soluções*

The exercise of the inter-American jurisdiction of human rights: legitimacy, problems and possible solutions

Felipe Grizotto Ferreira**

Guilherme Perez Cabral***

Lucas Catib de Laurentiis****

Resumo

O trabalho enfrenta a questão da legitimidade e, conseqüentemente, efetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Corriqueiramente a literatura especializada investiga o problema sob a ótica interna. Contudo, este artigo direciona a investigação para possíveis causas internacionais da questão. Partindo de um estudo comparado de caso, um enfrentado no continente europeu e o outro no americano, e, por meio de um método descritivo e normativo, o trabalho identifica pontos problemáticos na jurisprudência da Corte interamericana ao estabelecer o sentido e extensão das normas de direitos humanos. O objetivo é trazer informações e argumentos que possibilitem uma reflexão crítica da atuação da Corte e seu impacto para a efetivação dos direitos humanos. São esboçadas duas soluções aos problemas. Uma delas é encontrada na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a doutrina da margem de apreciação. A outra consiste em considerar a Corte interamericana como um “amplificador da jurisdição constitucional”, um modelo fruto da doutrina e de dois casos paradigmáticos da própria instituição.

Palavras-chave: Direitos humanos. Hermenêutica jurídica. Cooperação jurídica internaciona. Margem de apreciação. Controle de convencionalidade.

Abstract

The paper addresses the issue of legitimacy and, consequently, of effectiveness of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights. In general, the specialized literature investigates the problem from the internal perspective. However, this research directs investigation to possible international causes of the issue. Starting from a comparative case study, one on the European continent and the other on the American one, and through a descriptive and normative method, the work identifies problematic points on the jurisprudence of the Inter-American Court in establishing the meaning and extension of human rights norms. The objective is to provide infor-

* Recebido em 25/04/2019
Aprovado em 21/08/2019

** Mestrando em Direitos Humanos e Desenvolvimento Social pela PUC-Campinas. Graduado em Direito pela PUC-Campinas, com período sanduíche na Universidade de Coimbra. Advogado. E-mail: felipe.g.ferreira@hotmail.com

*** Professor Titular da PUC-Campinas. Membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito, vinculado à Linha de Pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos”. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Integra o Banco de Avaliadores do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior - BASis. Advogado. E-mail: gpcabral@gmail.com.

**** Professor Titular da PUC-Campinas. Coordenador e membro do corpo docente permanente do Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito, vinculado à linha de pesquisa “Cooperação Internacional e Direitos Humanos”. Mestre e doutor em Direito constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Foi pesquisador visitante da Albert Ludwigs Universität Freiburg e do Instituto Max Planck de Freiburg. Advogado. E-mail: lucas.laurentiis@gmail.com.

mation and arguments that allow a critical reflection of the Court's action and its impact on the realization of human rights. Two solutions to the problems are outlined. One is found in the jurisprudence of the European Court of Human Rights and the margin of appreciation doctrine. The other is to consider the Inter-American Court as an "amplifier of constitutional jurisdiction," a model that is the fruit of doctrine and two paradigmatic cases of the institution itself.

Keywords: Human rights. Legal hermeneutics. International legal cooperation. Margin of appreciation. Control of conventionality.

1 Introdução

Os direitos humanos devem ser garantidos, protegidos e promovidos. Essa é uma premissa de praticamente todos os Estados contemporâneos, a qual se constata não somente pela adoção estatal de um sistema constitucional com um amplo rol de direitos, como também pelos compromissos internacionais assumidos. A fundamentação histórica, política e filosófica dessa categoria normativa já fez seu trabalho, o qual resultou em sua positivação nos principais documentos político-normativos da atualidade, quer seja em âmbito nacional, revestidos na forma de direitos fundamentais, quer seja na esfera internacional, onde são considerados direitos humanos em sentido estrito. Sendo assim, o desafio que hoje se apresenta às sociedades não consiste mais na necessidade de fundamentação desses direitos, mas sim na elaboração de instrumentos para sua efetivação, para além da positivação.¹

É nesse contexto que foram criados diversos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos, cujo objetivo primordial consiste na garantia e promoção desses direitos. Os atuais contornos institucionais desses sistemas são resultados de processos complexos de formação e desenvolvimento, influenciados por peculiaridades políticas e históricas, que implicaram diferenças substanciais entre eles. No entanto, é notável que todos acabaram por desenvolver uma forma de judicialização dos litígios e violações de direitos humanos, elaborando mecanismos e métodos específicos para de-

sempear essa função.²

Frente a essa nova realidade, os desafios da jurisdição internacional dos direitos humanos são muitos e diversas são suas formas de abordagens. É possível buscar o aperfeiçoamento dessa jurisdição por meio de reflexões e investigações de caráter formal e processual³ ou material e normativo⁴. O presente trabalho se desenvolve à luz da segunda perspectiva, analisando a atividade interpretativa dos tribunais regionais de direitos humanos e suas implicações para a legitimidade de suas decisões.

Legitimidade é um termo polissêmico nas linguagens científica. No entanto, no presente trabalho de natureza jurídica, será utilizado para significar a qualidade de uma norma que é percebida por aqueles a quem ela é direcionada como criada através do "devido processo".⁵ Na medida em que o conceito contempla a reflexão do por que, em determinadas circunstâncias, uma norma é observada, e considerando que uma decisão judicial é dotada de normatividade,⁶ os apontamentos feitos no trabalho podem auxiliar na aferição e melhoria da eficácia das decisões dos tribunais internacionais.

Nesse sentido, um ponto importante para que os destinatários de uma ordem normativa atuem em conformidade com seus preceitos consiste na possibilidade de saberem, previamente, o que é esperado deles. Por isso, no "devido processo" de interpretação e aplicação normativa, os elementos textuais são fundamentais, de forma que clareza e coerência são propulsores de legitimidade.⁷ Portanto, o exercício interpretativo de um tri-

² Essa análise dos diversos processos de internacionalização dos direitos humanos, destacando a evolução e as características institucionais de cada sistema, é feita por: RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, em especial nas p. 29-35. Especificamente sobre a evolução institucional dos sistemas regionais europeu e interamericano, objeto deste trabalho, conferir p. 161-267. Análise semelhante e complementar é feita por: MACHADO, Jonas E. M. *Direito Internacional do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013. p. 393-442.

³ Trata-se do estudo dos atores processuais, dos prazos, das formas de julgamento, da composição dos tribunais, etc.

⁴ Trata-se da investigação do conteúdo dos tratados, bem como do sentido e extensão dos direitos neles contidos.

⁵ Cf. FRANCK, Thomas M. Legitimacy in the International System. *The American Journal of International Law*, v. 82, n. 4, p. 705-759, 1988. p.705.

⁶ Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p.260-277.

⁷ Cf. FRANCK, Thomas M. Legitimacy in the International System. *The American Journal of International Law*, v. 82, n. 4, p.705-759, p.713-738, 1988.

¹ Nesse sentido, de longa data: BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p.23.

bunal, ao julgar os casos concretos, é importante fator a ser considerado, pois sua atuação pode gerar problemas não apenas normativos, como também de legitimidade.⁸

No exercício de sua jurisdição, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Corte IDH” ou “Corte”), integrante do sistema regional de proteção em funcionamento na América, tem realizado interpretações inovadoras e, a pretexto da universalização dos direitos humanos, demonstra pouca deferência para com o papel dos Estados nessa função. Sua postura em colocar-se como o epicentro da proteção dos direitos humanos na América atingiu seu “clímax” com a criação do inovador “controle de convencionalidade”. Trata-se de instrumento pelo qual, estabelecendo um paralelo com o tradicional controle de constitucionalidade,⁹ procura controlar a compatibilidade de atos e normas dos Estados membros com a Convenção Americana dos Direitos Humanos (“CADH” ou “Convenção”), afirmando seu papel decisivo de “último interprete da Convenção”.¹⁰

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (“TEDH” ou “Tribunal”) também tem julgado litígios de mesma natureza há um bom tempo, os quais se justificam frente à positivação dos direitos humanos no velho continente através da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (“CEDH” ou “Carta europeia”).¹¹ No entanto, a jurisprudência do Tribunal caminhou de uma maneira bem diferente de seu homônimo americano. O Tribunal de Estrasburgo tem adotado uma postura identificada como “doutrina da margem de apreciação”, a qual se revela uma tentativa dogmaticamente

consistente de equalizar a uniformidade de sentido dos direitos humanos com certo respeito pela posição central que os Estados europeus possuem para promoção e efetivação desses direitos.

Evidente que essa diferença de posturas entre as duas cortes não é apenas teórica, pelo contrário, elas ocasionam diferenças práticas intrigantes. Um exemplo é encontrado por meio da análise de dois julgados: o caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*¹² (popularmente conhecido como “A Última Tentação de Cristo”), decidido pela Corte IDH, e o caso *Otto-Preminger-Institut v. Austria*¹³, decidido pelo Tribunal europeu. Ambos tratam da liberdade de expressão e censura, enfrentando, também, mesmo que marginalmente, a extensão da liberdade de religião. Contudo, as decisões e seus fundamentos foram bem divergentes: a Corte europeia deixou certo espaço para apreciação do Estado sobre o sentido e extensão dos direitos, enquanto a Corte interamericana buscou a aniquilação de uma norma constitucional originária do Estado chileno.

Duas cortes internacionais de direitos humanos, duas situações e direitos semelhantes, mas posições distintas. A análise desses dois casos iniciará as reflexões desse trabalho. Eles foram selecionados em razão de uma dupla pertinência com o tema investigado. Em primeiro lugar, ambos os casos ilustram a postura que as duas cortes têm construído ao exercerem suas respectivas jurisdições. O segundo motivo refere-se ao fato que ambos envolvem situações fáticas e normativas semelhantes.

Frente aos problemas normativos e de legitimidade da atuação da Corte interamericana, que serão apresentados e da insuficiência do controle de convencionalidade para efetivação de suas sentenças,¹⁴ o objetivo do presente trabalho é trazer informações e argumentos para possibilitar uma reflexão crítica da atuação da Corte e seu impacto para efetivação dos direitos humanos. A ineficácia das decisões internacionais e eventuais insuficiências de proteção¹⁵ têm sido problematizadas,

⁸ Sobre uma utilização semelhante do conceito de legitimidade, utilizando-o para avaliar a atuação do controle jurisdicional de legislação pelos tribunais nacionais, por todos, ver: POOLE, Thomas. Legitimacy, Rights and Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 4, p. 697-725, 2005. Utilizando o termo no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos e da eficácia de suas decisões, ver: NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 101-123, 2008; CONTESSÉ, 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.

⁹ Sobre as linhas comuns entre os controles: GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Rev. IUS, Puebla*, v. 5, n. 28, p. 123-159, 2011.

¹⁰ Prerrogativa atribuída pela própria Corte no julgamento que inaugura formalmente o controle de convencionalidade. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Julgado em 26/09/2006. Parágrafo 126.

¹¹ Vale lembrar que os países europeus foram os primeiros a adotarem uma pauta regional de direitos humanos no pós II Guerra Mundial.

¹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001.

¹³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995.

¹⁴ Cf. CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. *Intersentia Inter-American and European Human Rights Journal*, v. 3, p. 200-219, 2010.

¹⁵ Reconhecendo a ineficácia das decisões da Corte interamericana, em especial pelos órgãos do sistema de justiça, conferir:

especialmente na literatura brasileira, como responsabilidade dos Estados e atores nacionais, pouco se questionando sobre a atuação dos órgãos interamericanos de supervisão e proteção.¹⁶ Nesta pesquisa, a perspectiva é alterada para a atuação da Corte na tarefa de proteção dos direitos humanos.

Diante das questões identificadas, a atuação do Tribunal europeu e sua doutrina da margem de apreciação é entendida como uma das alternativas para a Corte interamericana realizar um diálogo mais eficaz com os Estados americanos sobre o sentido e extensão das normas de direitos humanos. Pode-se, assim, cumprir, de forma mais eficaz, seu papel institucional de identificar e dirimir violações concretas a esses direitos. Outra alternativa apresentada para esse fim é fazer da Corte um “amplificador da jurisdição constitucional”, uma proposta fruto da doutrina e respaldada em dois casos paradigmáticos da própria instituição.

Para tanto, o presente artigo seguirá a seguinte ordem de exposição: em primeiro lugar, será feita uma análise dos dois casos mencionados, pois, além de ilustrarem a discussão, também apresentam elementos importantes para a compreensão das demais questões levantadas. Posteriormente, será feita uma breve investigação dos motivos que podem levar tribunais, com atribuições semelhantes e em casos parecidos, a decidirem, de forma diversa; em seguida será realizada a análise da atuação da Corte interamericana, identificado, também, seus problemas normativos; por fim, será analisada a doutrina da margem de apreciação e sua plausibilidade como uma alternativa possível para a atuação da Corte interamericana, bem como a proposta da instituição funcionar como “amplificador da jurisdição constitucional”.

HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, p. 101-155, 2011. p. 116-126.

¹⁶ Problematizando a ineficácia do direito internacional dos direitos humanos apenas como responsabilidade do Estado, sem considerar a atuação da Corte interamericana, por todos, ver: CARVALHO RAMOS, André de. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: O “Diálogo das Cortes” e a *Teoria do Duplo Controle*. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais - a proteção dos Direitos Humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 1-40.

2 Estudo de caso: liberdade de expressão, censura e a deferência internacional para com as restrições aos direitos humanos

Preliminarmente, vale salientar que o objetivo não é entrar no mérito sobre o âmbito de proteção da liberdade de expressão reconhecido pelas cortes. Ou seja, o objetivo não é discutir o direito em si, mas sim a postura e metodologia dessas instituições ao exercerem suas competências e prerrogativas, especialmente a respeito da relação que estabelecem com os Estados.

2.1 O caso *Otto Preminger Institut v. Austria*: a liberdade de expressão e o reconhecimento da margem de apreciação austríaca

Em 1894, o psiquiatra e poeta Leopold Hermann Oskar Panizza lançou sua obra mais famosa, “*Das Liebeskonzil*” (Conselho do Amor). A peça é uma sátira muito intensa à Igreja Católica e muitos de seus dogmas. A repercussão foi tão grande que, em Munique, Panizza chegou a ser condenado por blasfêmia a 12 meses de prisão. Quase cem anos depois, em 1981, foi lançado um filme, dirigido por Werner Schroeter, baseado tanto na peça como no julgamento de Oskar.

Uma associação cinematográfica austríaca, a *Otto-Preminger-Institut für audiovisuelle Mediengestaltung* (OPI), em 1985, agendou uma série de 6 exibições do filme. No entanto, nem mesmo a primeira exibição ocorreu, pois, a pedido da diocese da Igreja Católica Romana de Innsbruck, o Ministério Público instituiu um processo penal contra o gerente do OPI. A acusação era de “depreciação das doutrinas religiosas” (*Herabwürdigung religiöser Lehren*), um ato proibido por seção 188 do Código Penal austríaco.¹⁷ Em outubro de 1985, o processo penal foi interrompido e o caso prosseguiu sob a forma de “processo objetivo”, o qual buscava a supressão do filme, nos termos da legislação austríaca específica.¹⁸

Em síntese, os tribunais da Áustria consideraram que a liberdade artística era limitada pelos direitos à liberdade de religião dos demais, bem como pelo dever do Estado em salvaguardar uma sociedade baseada em

¹⁷ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 11.

¹⁸ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 14.

ordem e tolerância. Tanto a liberdade artística e de pensamento como a religiosa eram garantidas pela Lei-Básica da Áustria. Ocorreu, no entanto, uma verdadeira ponderação de interesses e direitos constitucionais pela jurisdição do país.

Chegando na seara internacional, para o Tribunal europeu, a questão era identificar se ocorreu uma violação ao artigo 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (liberdade de expressão) e, em caso afirmativo, se ela seria justificável com base no parágrafo segundo do dispositivo, o qual aceita que a liberdade seja submetida a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática.

A violação da norma foi constatada de forma simples. O Governo Austríaco reconheceu a existência de uma interferência na liberdade de expressão da associação no que diz respeito à apreensão do filme, e suas objeções preliminares no processo foram rejeitadas.¹⁹ Portanto, o Tribunal de Estrasburgo considerou que tanto a apreensão quanto a confiscação do filme constituíam interferências à liberdade.²⁰ O próximo passo seria examinar, sucessivamente, se as interferências eram “prescritas por lei”: se elas perseguiram um objetivo que era legítimo e se eram “necessárias em uma sociedade democrática” para realização desse objetivo, tudo de acordo com o art. 10-2 da Carta.

O requisito da legalidade foi observado, na visão do Tribunal europeu, pela existência do art. 188 do Código Penal austríaco. O tribunal considerou ser competência das autoridades nacionais, especialmente das cortes, interpretar e aplicar o direito interno.²¹ Ou seja, se as autoridades nacionais consideram tal artigo como o fundamento legal de seu ordenamento para a limitação da liberdade de expressão, o requisito da legalidade estava observado.

Em relação à justificativa da restrição, foi considera-

do que o artigo 9º da Convenção,²² o qual estabelece a liberdade de pensamento, de consciência e de religião, também consiste em um dos fundamentos de uma “sociedade democrática”. Em sua dimensão religiosa, qualifica-se como um dos elementos mais vitais que compõem a personalidade dos crentes e identifica sua concepção de vida.²³ Dessa forma, a restrição impugnada estava respaldada na busca de uma proteção legítima da liberdade de crença pelo Estado.

O Tribunal reconhece, ainda, que aqueles que optam por exercer a liberdade de manifestar sua religião, independentemente de o fazerem como membros de uma maioria religiosa ou de uma minoria, não podem, razoavelmente, esperar estar isentos de qualquer crítica.²⁴ No entanto, a maneira pela qual as crenças e doutrinas religiosas são opostas ou negadas é uma questão que pode ensejar responsabilidade estatal, notavelmente sua responsabilidade de assegurar o gozo pacífico do direito garantido pelo Artigo 9º da Convenção. Além disso, a Corte europeia defendeu que retratos provocativos de objetos de veneração religiosa podem ser considerados como uma “violação maliciosa” do “espírito de tolerância”, o qual também é uma nota qualificadora das sociedades democráticas.²⁵ Por isso, são revestidos de legitimidade e validade os atos do Estado que busquem esses escopos, mesmo que isso implique uma interferência à outra liberdade fundamental.

No entanto, para aferir se a restrição é necessária em um país democrático, a medida deverá passar pelos requisitos exigidos pelo teste da proporcionalidade. Isso se traduz, no contexto do caso, na possibilidade em se considerar necessário, em certas sociedades democráticas, sancionar ou mesmo impedir ataques impróprios a objetos de veneração religiosa, desde que qualquer “formalidade”, “condição”, “restrição” ou “penalida-

¹⁹ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafos 35 e 42.

²⁰ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 43.

²¹ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 45. Fixou esse entendimento de competência interpretativa no seguinte precedente: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Chorherr v. Austria*. Julgado em: 25/08/1993. Parágrafo 25.

²² O art.9º estabelece que qualquer pessoa tem direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião, sendo que este direito implica também na liberdade de mudar de religião ou de crença, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou a sua crença, individual ou coletivamente, em público e em privado, por meio do culto, do ensino, de práticas e da celebração de ritos.

²³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 47.

²⁴ Menção ao precedente: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Handyside v Reino Unido*. Julgado em: 07/12/1976.

²⁵ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 47.

de” impostas sejam proporcionais ao objetivo legítimo prosseguido.²⁶

A questão perante o Tribunal envolve a ponderação dos interesses em conflito do exercício de duas liberdades fundamentais garantidas pela Convenção, nomeadamente o direito da associação requerente de transmitir ao público opiniões controversas e, por implicação, o direito de os interessados tomarem conhecimento de tais pontos de vista, por um lado; e, do outro, o direito de outras pessoas a um respeito adequado por sua liberdade de pensamento, consciência e religião.

Considerando-se que, de forma semelhante ao que ocorre no caso da “moral”,²⁷ não é possível discernir, por toda a Europa, uma concepção uniforme do significado da religião na sociedade,²⁸ mesmo dentro de um único país tais concepções podem variar. Por essa razão, não é possível chegar a uma definição abrangente de o que constitui uma interferência permissível no exercício do direito à liberdade de expressão quando essa expressão é dirigida contra os sentimentos religiosos dos outros. Uma certa margem de apreciação deve, portanto, ser deixada às autoridades nacionais na avaliação da existência e extensão da necessidade de tal interferência.

Seguindo essa metodologia, considerou-se caber às autoridades nacionais, que estão melhor colocadas do que o juiz internacional, avaliar a necessidade de tal medida à luz do papel desempenhado pela religião na vida cotidiana do povo de Tirol.²⁹ Consequentemente, na época dos fatos havia uma necessidade social premente para a preservação da paz religiosa. Foi também necessário proteger a ordem pública contra o filme, e, nessa seara, foi considerado que os tribunais de Innsbruck não ultrapassaram sua “margem de apreciação”.³⁰

Fundamental, portanto, para a solução do caso, e

²⁶ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 49.

²⁷ Constatação da pluralidade semântica do termo no continente europeu é feita de forma profunda no caso *Handyside v. UK*, já citado.

²⁸ Nesse sentido, conferir o julgamento: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Müller e Outros vs. Suíça*. Julgado em 24/05/1988, p. 20.

²⁹ Nesse sentido, o Tribunal não só considerou o fato de que a proporção de crentes católicos entre a população austríaca como um todo era considerável, alcançando um percentual de 78%, mas considerou ainda que entre os tirolezes a proporção chegava na casa dos 87%.

³⁰ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. Caso *Preminger-Institut v. Austria*. Julgado em 20/09/1995. Parágrafo 56.

para estabilizar a disputa de narrativas entre autoridades locais e internacionais pela extensão e sentido dos direitos humanos, foi o emprego do conceito de “margem de apreciação”. O que essa expressão significa em termos da dogmática dos direitos humanos e se é algo recorrente na atuação do Tribunal europeu são temas que serão avaliados no final do trabalho.

2.2 “A Última Tentação de Cristo”: o dever internacionalmente determinado de alteração constitucional

O drama de 1988 dirigido por Martin Scorsese, “A Última Tentação de Cristo”, embora bem-sucedido no meio cinematográfico, encontrou muitas críticas e resistência social, principalmente por parte dos cristãos. Mesmo sendo polêmico, o filme foi transmitido por cinemas de todo o mundo, inclusive nos países da América Latina. No entanto, no Chile a situação foi um diferente.

O antigo artigo 19, inciso 12, da Constituição chilena de 1980 estabelecia um sistema de censura para a exibição de produções cinematográficas. O dispositivo constitucional era regulamentado pelo Decreto-Lei nº 679 de 1974, o qual facultava o Conselho de Qualificação Cinematográfica, órgão integrante do Ministério da Educação, a realizar a qualificação e orientar a exibição dos filmes.

Em 29 de novembro de 1988, o Conselho rejeitou a exibição do filme solicitada pela *United International Pictures Ltda*, decisão que foi confirmada por um tribunal de apelação. Em 1996, no entanto, a proibição foi, administrativamente, revista e a exibição da obra permitida para espectadores maiores de 18 anos.

Inconformados com a nova decisão do Conselho, um grupo de fiéis interpuseram um recurso de proteção, por si mesmos e em nome de Jesus Cristo, perante a Corte de Apelações de Santiago, a qual acolheu o recurso e deixou sem efeitos a resolução administrativa do Conselho. O processo chegou à Corte Suprema chilena que manteve a decisão do Tribunal de apelação.

O ordenamento chileno, em boa medida, incorporava as regras internacionais,³¹ e, por isso, o problema

³¹ Ver o artigo 5º, segundo parágrafo, da Constituição chilena que, em moldes semelhantes ao art.5º, §2º, da CRFB prescreve que os direitos essenciais são garantidos pela Constituição e também pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile.

enfrentado nesse caso originou-se de uma questão interpretativa. A Suprema Corte chilena, adotando a distinção teórica entre direitos humanos ligados à dignidade da pessoa humana e direitos humanos de meio, deu preferência ao direito à honra em detrimento do direito à liberdade de expressão.³² Em razão das características da obra cinematográfica e do perfil social chileno, o tribunal considerou que a divulgação e reprodução do filme afetaria a honra e crença dos crentes e demais pessoas que consideram como seu o modelo de vida cristão.

É importante pontuar que, em 14 de abril de 1997, o Presidente da República do Chile apresentou um projeto de reforma constitucional visando alterar o artigo 19, inciso 12 da Carta Política do país e, assim, eliminar a possibilidade de censura cinematográfica e substituí-la por um sistema favorável à livre criação artística. Contudo, até a data da condenação do Chile pela Corte IDH, a reforma ainda não havia sido aprovada.

Ao analisar esse caso, a Corte interamericana define o âmbito protetivo do direito à liberdade de expressão de forma simples, respaldado, principalmente, pela literalidade do que dispõe o artigo 13 e seus respectivos incisos da Convenção americana, o que implica a noção tradicional de que os indivíduos possuem direito de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza. Implica, também, a impossibilidade de realizar censura prévia, com exceção se for para a proteção moral da infância e da adolescência.³³

Avançando, a Corte identifica que a proteção se manifesta tanto em uma dimensão individual como em uma social, ambas de igual importância e com dever de garantia simultâneo. A primeira se traduz não somente a respeito da impossibilidade de o indivíduo ser arbitrariamente impedido ou prejudicado de manifestar o próprio pensamento, como significa também o direito a utilizar qualquer meio apropriado para difundir o pensamento e promovê-lo ao máximo.³⁴

A segunda dimensão é representada pela figura do

intercâmbio de ideias e informações entre as pessoas, abrangendo o direito de todas a conhecer opiniões, relatos e notícias. A Corte considera essa dimensão essencial para o cidadão e desenvolvimento da democracia, condição essencial para que a população esteja bem informada, qualificando, inclusive a liberdade de expressão como a “pedra angular de uma sociedade democrática”.³⁵

A Corte interamericana ainda transcreve um trecho do caso *Handyside v. UK* que, como já visto, é um importante precedente do Tribunal de Estrasburgo na seara da liberdade de expressão. Conforme salientado, o precedente europeu estabelece que o sentido da liberdade de expressão abrange ideias que choquem, inquietam ou até mesmo ofendem o Estado ou uma fração qualquer da população, reafirmando, também, tratar-se de um direito essencial à democracia além de vincular a necessidade de que quaisquer proibições no âmbito da liberdade devem passar pelo teste da proporcionalidade. Embora a Corte tenha invocado esse precedente, ela não demonstra a ligação direta dele com o caso em julgamento e nem se vale da proporcionalidade para decidir.

Determinante para a resolução do caso foi a proibição da censura prévia na Convenção. A Corte reafirma que, com exceção da censura realizada para proteção da infância e adolescência, os demais casos de medida preventiva implicam prejuízo à liberdade de expressão.³⁶

Em relação ao direito de liberdade religiosa, a Corte decidiu não ter ocorrido qualquer violação, uma vez que sua proteção estaria vinculada à possibilidade de as pessoas professarem, conversarem e divulgarem suas crenças religiosas. Sendo assim, a censura em nada restringiu esse direito.³⁷ Se as questões de mérito foram resolvidas de forma relativamente simples, o mesmo não se pode dizer da consequência estabelecida em face da violação.

A consequência da violação do artigo 13 da Convenção foi determinada com base nos seus artigos 1.1, 2, e 63.1. Ao manter a previsão da possibilidade de censura prévia de obras cinematográficas, a Corte considerou

³² Constatação feita por Francisco Cumplido na condição de perito especialista em Direito Constitucional e Político (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001, p.70-71).

³³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001.p.76-77.

³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafo 65.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafo 68.

³⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafo 70.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. p.79.

que o Estado está desobedecendo o dever de adequar suas disposições internas ao que prescreve a Convenção.³⁸ Portanto, o Estado chileno deve “modificar seu ordenamento jurídico com o fim de suprimir a censura prévia”³⁹. Por outro lado, a sentença, *per se*, foi considerada uma forma de reparação e satisfação moral para as vítimas.⁴⁰ Dessa maneira, a Corte interpretou as modalidades de reparações previstas no art. 63 de forma muito extensiva e criativa em relação aos parâmetros reconhecidos pelo direito internacional, interferindo em uma área tradicionalmente reservada não somente ao legislador nacional, mas também ao Poder Constituinte.⁴¹

Portanto, a caso não é paradigmático, apenas, por ser referência interamericana sobre liberdade de expressão,⁴² mas, principalmente, por significar um avanço jurisprudencial ainda maior na abordagem decisória da Corte, admitindo que mesmo normas constitucionais originárias estão sujeitas ao seu juízo, e que o Estado possui pouca liberdade de atuação na seara dos direitos humanos, devendo se conformar totalmente ao sentido e extensão dos direitos nos moldes ditados pela Corte.⁴³

3 As causas das diferenças decisórias entre as jurisdições regionais

A compreensão e explicação do caminho percorrido entre os textos normativos e a sentença judicial é um

³⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafos 88 e 89.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafo 97. Nos “pontos resolutivos” da sentença (p.84) a Corte reitera que o Chile “deve” modificar seu ordenamento jurídico interno.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Olmedo Bustos e outros v. Chile*. Julgado em 05/02/2001. Parágrafo 99.

⁴¹ MALARINO, Ezequiel. Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 12, p. 665-695, 2012. p. 685-688.

⁴² Embora o caso não versasse diretamente sobre a liberdade de expressão, a primeira vez que a Corte se pronunciou sobre esse direito foi no caso *Blake vs. Guatemala* de 1998. No entanto, em OC’s a questão já havia sido diretamente enfrentada (cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. OC-5/85. Emitida em: 13/11/1985. Parágrafo.30. A Opinião versava sobre o Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas).

⁴³ O voto concordante no caso do juiz e, na época, Presidente da Corte, Antônio Augusto Cançado Trindade é bastante ilustrativo dessa posição. Para ele, em suma, arranjos domésticos entre os direitos humanos, mesmo que feitos pelo tribunal constitucional do Estado, são totalmente irrelevantes aos olhos da Corte interamericana.

dos maiores desafios apresentado às teorias jurídicas. O obstáculo é ainda maior quando se trata de normas veiculadoras de direitos humanos em razão das peculiaridades inerentes a essa espécie normativa, como o seu alto grau de abstração, de sua construção histórica complexa e da carga valorativa acentuada que as acompanham.⁴⁴ Em face dessas dificuldades, muitos juristas e cientistas sociais buscam operar e relacionar instrumentos dogmáticos com aspectos teóricos dessa categoria normativa, o que, historicamente, implicou a elaboração de uma considerável quantidade de teorias dos direitos fundamentais.⁴⁵ Isso, por si só, já demonstra a complexidade da matéria e a razão pela qual mesmo, em situações semelhantes, os dois tribunais regionais chegaram a resultados distintos. Embora a discussão não seja o objeto específico do trabalho, alguns pontos que motivaram essa diferença precisam ser sucintamente apontados devido à relação que estabelecem com o problema explorado nessa pesquisa.

Os textos convencionais que compõem as normas internacionais de direitos humanos não possuem a mesma redação, o que implica um âmbito de proteção distinto para cada direito e liberdade em espécie, mesmo que a carga axiológica que eles representem seja a mesma (liberdade de expressão, por exemplo). Na Carta europeia, as restrições previstas a cada direito, geralmente contido no parágrafo segundo do respectivo artigo, são diferentes em número e em conteúdo das restrições previstas na Convenção americana. Em relação aos casos analisados e à liberdade de expressão, o art. 13/2 expressamente proíbe a censura prévia, enquanto o

⁴⁴ Sobre as características das normas veiculadoras de direitos humanos e fundamentais e das dificuldades técnicas delas decorrentes, ver: BÖCKENFÖRDE, E.W. Fundamental rights: theory and interpretation. In: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (org.). *Constitutional and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 266-269. Explicando que as normas de direitos fundamentais não são estruturadas na formulação clássica “se... então...” e, portanto, sua operacionalização é muito dependente de pressupostos relativos à sua função e quanto aos modos, extensão, direção e intensidade de seu efeito, conferir: GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany, *ICON*, v. 13, n. 1, p. 9-29, 2015. p.16-18.

⁴⁵ Tradicionalmente, o trabalho com os direitos humanos e fundamentais era seara do direito constitucional. Assim, na atuação dos tribunais constitucionais, é possível identificar ao menos seis teorias. Sobre as teorias dos direitos fundamentais e algumas de suas relações com a dogmática jurídica, ver: MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 7-43 e BÖCKENFÖRDE, E.W. Fundamental rights: theory and interpretation. In: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (org.). *Constitutional and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 2017. p. 266-290.

art. 10/1 da Convenção europeia previu, literalmente, a faculdade de os Estados submeterem as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de “autorização prévia”.⁴⁶

Frente às circunstâncias fáticas específicas dos casos, essa diferença de redação entre os dois documentos já é um fator relevante que pode justificar resultados diferentes para a resolução dos litígios.⁴⁷ Como visto, um argumento fundamental para a decisão da Corte interamericana no caso da “Última Tentação de Cristo” foi exatamente a literalidade do que dispunha a norma no sentido de vedar qualquer censura prévia a obras cinematográficas, estabelecendo, como única exceção possível, a proteção moral da infância e da adolescência. Esse fator textual também coloca um ônus argumentativo considerável para aqueles que defendem uma universalidade de reconhecimento e concretização dos direitos humanos.

Além do fator textual, a maneira que os tribunais interpretam as restrições permitidas pelos tratados e convenções também é um fator jurídico-dogmático decisivo para a identificação da extensão de determinado direito humano. Na metodologia de aplicação dos direitos humanos e fundamentais, a maioria dos tribunais do mundo, competentes para dirimir litígios dessa natureza, aceitam certas limitações e interferências aos direitos e liberdades desde que seja para buscar um objetivo legítimo, o qual pode ser identificado na intenção de proteger outro direito fundamental ou interesse de mesma envergadura normativa, como algum objetivo ou interesse constitucionalmente — ou convencionalmente — protegido. E, para isso, se utiliza a proporcionalidade.⁴⁸

⁴⁶ Considerações sobre como as diferenças de redação entre os tratados de direitos humanos na América e na Europa implicam âmbitos de proteção distintos é feita por Clemerson em seu estudo comparativo entre os dois sistemas regionais: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 39-78.

⁴⁷ É possível considerar como uma peculiaridade circunstancial diferenciadora dos casos e, conseqüentemente, do tratamento jurídico atribuído a cada um o fato de que, enquanto o caso chileno envolvia um evento considerado expressamente censura prévia, o caso austríaco pode ser interpretado como uma sanção posterior a exibição do filme. No entanto, como descrito neste trabalho, as exibições no filme não ocorreram pela associação austríaca em razão da possibilidade de sanção estatal, o que na prática configura os efeitos de uma censura prévia.

⁴⁸ A identificação da utilização da proporcionalidade como meio de interpretar as limitações aos direitos fundamentais em um número considerável de jurisdições do planeta é realizada na obra: BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford Univer-

Sobre isso, existem dois pontos que merecem breves considerações.

Primeiro, a opção pela utilização da proporcionalidade nem sempre ocorre. No caso “A Última Tentação”, a Corte interamericana nem menciona a técnica, muito embora invoque um precedente europeu sobre liberdade de expressão (*Handyside v. UK*) em que existe o reconhecimento da necessidade de se aplicar a proporcionalidade como forma de aferir a validade da limitação estatal. Diferente foi o caso europeu, no qual o Tribunal de Estrasburgo reconheceu a interferência austríaca na liberdade, mas aferiu sua intensidade por meio da proporcionalidade, o que gerou resultados diferentes. Um segundo problema refere-se aos próprios contornos que a proporcionalidade assume possuem diferenças substanciais nas mais diversas jurisdições constitucionais, o que gera resultados práticos distintos. Um exemplo é o fato que determinadas jurisdições reconhecem o terceiro teste — proporcionalidade em sentido estrito — como essencial para o regular funcionamento da técnica, enquanto outras dão preferência, apenas, para os demais, alegando, inclusive, que o terceiro teste seria um juízo valorativo de competência do poder legislativo.⁴⁹

Essas últimas considerações levam a uma outra constatação de extrema importância para reflexões envolvendo tribunais internacionais. No caso decidido pelo Tribunal europeu, a proporcionalidade foi empregada como instrumento para avaliar a existência de uma “margem de apreciação” das autoridades austríacas em decidir sobre conflitos envolvendo direitos humanos consagrados na Carta europeia. O respeito do Tribunal pelas decisões nacionais sobre restrições aos direitos humanos coloca um outro elemento na discussão que, a princípio, não está presente diretamente nas reflexões

sity Press, 2004. O autor realiza uma extensa análise jurisprudencial sobre diversos direitos fundamentais e, ao final, conclui que em todas as decisões judiciais a técnica que demonstra atender os requisitos da racionalidade e imparcialidade exigidos por um Estado de Direito na avaliação da interferência estatal nesses direitos é a proporcionalidade. Contudo, vale pontuar que, para atingir os fins mencionados, o autor não deixa claro como deveria ser entendida a proporcionalidade e seus contornos.

⁴⁹ Esse é o caso do Canadá. As diferenças no entendimento e aplicação da proporcionalidade entre o Tribunal Constitucional canadense e o alemão, onde a proporcionalidade surgiu, é curiosa. Para uma visão geral e comparativa nesse sentido, conferir a análise de: GRIMM, Dieter. Proportionality in canadian and german constitutional jurisprudence. *Toronto Law Journal*, v. 57., n. 2, p. 383-397, 2007.

de mesma natureza feitas no âmbito constitucional, qual seja, o grau de discricionariedade nacional e a respectivo deferência internacional na avaliação das interferências aos direitos humanos. Esse elemento é fundamental, pois diferencia, substancialmente, a atuação das cortes interamericana e europeia, estando também relacionado com a legitimidade dessas instituições. É o que será problematizado no restante do trabalho.

4 A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos: universalismo, ativismo e supranacionalismo

Muito embora a Corte interamericana tenha iniciado suas atividades mais tardiamente em comparação a outros órgãos internacionais de mesma natureza,⁵⁰ não demorou para que sua jurisprudência tomasse rumos inovadores em diversos sentidos, sendo considerada “criativa”, “avant-garde” e até mesmo “legalmente não conformista”.⁵¹ Possivelmente o que motiva essa notória peculiaridade da instituição é sua tentativa de garantir um progresso dos direitos humanos por meio de uma leitura universalista. Embora essa busca seja louvável em muitos casos, os métodos e instrumentos que ela utiliza para galgar esse caminho geram problemas e podem causar efeitos contrários aos pretendidos. Sendo assim, após a ilustração dessa maneira particular em entender os direitos humanos, sua operacionalização pela instituição será problematizada em três pontos: a importação de precedentes, decisões *contra legem*, e principalmente o grau de deferência para com a atuação dos atores estatais.

A abordagem universalista dos direitos humanos é realizada pela Corte por meio de opiniões consultivas ou através da fundamentação de seus julgamentos, sendo observada em diferentes aspectos.⁵² A Corte já de-

monstra essa forma de atuação logo no início de seu funcionamento, como se verifica com a Opinião Consultiva nº 1/84. Na ocasião, na qual o Peru indagava como deveria ser interpretada a expressão “outros tratados” presente no art. 64 da Convenção, a Corte afirmou identificar em diversos dispositivos “uma tendência a integrar o sistema regional e o sistema universal de proteção dos direitos humanos”.⁵³ A leitura universalista é expressamente ilustrada pela própria Corte nos seguintes termos:

a unidade de natureza do ser humano e o caráter universal dos direitos e liberdades que merecem garantia estão na base de todo regime de proteção internacional. De modo que resultaria impróprio fazer distinções sobre a aplicabilidade do sistema de proteção, segundo as obrigações internacionais contraídas pelos Estados origem-se ou não de uma fonte regional. Por isso, reclama-se a existência de certos padrões mínimos nesta matéria. O Preâmbulo do Acordo de San José ampara inequivocamente esta ideia, quando reconhece que os direitos essenciais do homem “têm como fundamento os atributos da pessoa humana, razão pela qual justificam uma proteção internacional de natureza convencional”.⁵⁴

A referência a fontes externas ao sistema interamericano, principalmente a noções vagas e abstratas, para justificar uma leitura universalista, é mais recorrente nas opiniões consultivas, mas é também verificada nos casos contenciosos, embora ocorra de maneira mais “casual e menos regular”.⁵⁵ O apelo, por exemplo, a princípios como “consciência jurídica universal” e “leis da humanidade” para fundamentação das decisões é comum nos votos do ex-juiz Cançado Trindade, que exerceu forte influência na Corte durante o exercício do cargo.⁵⁶

Com base nessa abordagem específica sobre os direitos humanos e procurando também corresponder a determinadas reivindicações sociais, muitas vezes, a atuação da Corte ocorre de forma criativa e fora dos limites normativos determinado pela Convenção. A instituição constrói, assim, o fundamento de suas decisões

⁵⁰ As atividades do Tribunal europeu tiveram início na década de 60, enquanto que as da Corte interamericana apenas na década de 80.

⁵¹ HENNEBEL, Ludovic. The inter-american Court of human rights: the ambassador of universalism, *Quebec Journal of international Law*, n. 57, special edition, p. 57-97, 2011. p. 60.

⁵² Hennebel, em extensa análise das manifestações da Corte, identifica cinco aspectos que remetem a uma abordagem universalista dos direitos humanos: constitucionalização, individualização, criminalização, humanização e moralização. Cf. HENNEBEL, Ludovic. The inter-american Court of human rights: the ambassador of universalism, *Quebec Journal of international Law*, n. 57, special edition, p.

57-97, 2011.

⁵³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº. 1/82*. Emitida em 24/09/1982, parágrafo 41.

⁵⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº. 1/82*. Emitida em 24/09/1982, parágrafo 40.

⁵⁵ HENNEBEL, Ludovic. The inter-american Court of human rights: the ambassador of universalism, *Quebec Journal of international Law*, n. 57, special edition, p. 57-97, 2011. p.93.

⁵⁶ Como exemplo, conferir seu voto concordante no caso: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Barrios Altos v. Peru*. Julgado em: 14/03/2001.

com base em fontes externas ao sistema regional como: costumes internacionais, princípios metajurídicos, outros tratados ou documentos internacionais, bem como em precedentes de outros órgãos internacionais.⁵⁷ Contudo, o uso dessa metodologia apresenta alguns perigos e, por essa razão, esta deve ser utilizada com cautela.

Um dos objetivos - e possíveis vantagens - da criação de sistemas regionais de proteção consiste justamente na busca por maior eficiência de seus órgãos e diretrizes, pois tais sistemas são construídos por Estados com uma realidade sociopolítica e cultural semelhante. Os tratados aprovados nesse contexto expressam um consenso entre os países que os aprovaram e, portanto, devem ser interpretados considerando as realidades da região.⁵⁸ Isso facilita o cumprimento de deveres impostos, bem como a fiscalização pelos órgãos de supervisão.⁵⁹ A utilização de fontes externas ao sistema deve, portanto, se justificar em termos institucionais e consensuais, sob pena da decisão carecer de legitimidade entre os integrantes do sistema. É o que ocorre, no entanto, muitas vezes com a utilização dos precedentes de outros tribunais internacionais.

A jurisprudência de outros órgãos internacionais é um dos referenciais externos utilizado corriqueiramente pela Corte, especialmente os precedentes do Tribunal europeu. Um bom exemplo dessa tendência encontra-se no próprio caso europeu analisado neste trabalho. Como visto, o caso *Handyside v. U.K.* foi expressamente citado na fundamentação da sentença,⁶⁰ embora tenha ocorrido de forma descontextualizada e seletiva. Na linha do que já foi apresentado, isso é problemático. Ou-

tros órgãos e tribunais internacionais estão submetidos a diferentes regimes e contextos. Para que um entendimento seja importado para o sistema interamericano, é preciso que a realidade dos países e instituições que o compõe apresentem substrato para a incorporação. Em outras palavras, a importação de precedentes e interpretações sobre determinado direito não pode ocorrer de qualquer forma sob pena de ferir o consenso regional e carecer, por isso, de legitimidade. A Corte interamericana, no entanto, parece não estar atenta ou preocupada com questões dessa ordem.⁶¹ A utilização dos precedentes externos se mostra mais como um método persuasivo,⁶² reforçando o peso do “argumento de autoridade” utilizado na fundamentação de suas decisões.

Uma última observação sobre a importação de interpretações é pertinente. Assim como ocorre com os precedentes europeus, no caso *Comunidade Maimvana v. Suriname*, a Corte interamericana mencionou os “Princípios orientadores relativos aos deslocados internos” para fundamentar sua decisão. Na ocasião, foi estabelecido que diversas diretrizes desse documento devem “iluminar o alcance e conteúdo do Artigo 22 da Convenção no contexto do deslocamento forçado”.⁶³ Esse tipo de operação, dependendo de como for realizada, pode ocasionar uma conversão de global *soft law* em regional *hard law*.⁶⁴ É necessário, portanto, lembrar que as fontes do direito regional não necessariamente englobam todas as fontes do direito internacional. Um descumprimento do direito internacional global pode não significar uma violação do direito regional.⁶⁵

Outro ponto característico da jurisprudência da Corte é prolação de decisões contrárias, ou não respaldadas, aos instrumentos normativos do sistema interamericana-

⁵⁷ Esse *modus operandi* não é constatada apenas pela literatura especializada, sendo inclusive reconhecida pela própria Corte em algumas oportunidades. Ver, por exemplo: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso *Ituango Massacres v. Colombia*. Julgado em: 01/07/2006. Parágrafo 157.

⁵⁸ Sobre a relação dos objetivos e princípios constitutivos dos sistemas regionais e a promoção da legitimidade, salientando a importância da atividade interpretativa das instituições, embora a partir de uma abordagem teórica distinta da utilizada no trabalho, ver: MORAES, Janaína Gomes Garcia de; ALVARADO, Patricio. Game theory and the legitimacy of international adjudicative bodies. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 147-164, 2019.

⁵⁹ NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p.101-123, 2008. p.111.

⁶⁰ Ver também o Caso: CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Lori Berenson-Mejía v. Peru*. Julgado em: 25/11/2004, parágrafos 159-161(direito à presunção de inocência), ocasião na qual a Corte utilizou o precedente para operacionalizar uma interpretação evolutiva.

⁶¹ É o que alertam alguns autores como Neumann: NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p.101-123, 2008. P. 109-111.

⁶² HENNEBEL, Ludovic. The inter-american Court of human rights: the ambassador of universalism, *Quebec Journal of international Law*, n. 57, special edition, p. 57-97, 2011. p.94.

⁶³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Comunidade Maimvana v. Suriname*. Julgado em: 15/06/2005. Parágrafo 111.

⁶⁴ Alertando e problematizando esse risco: NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v.19, n. 1, p.101-123, 2008. p.111-116.

⁶⁵ Concluindo de forma semelhante: MALARINO, Ezequiel. Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, vol. 12, p.665-695, 2012. p. 676.

no, como a Convenção. Um exemplo é a relativização da regra da irretroatividade das normas punitivas prevista no art. 9, a qual não encontra nenhuma exceção prevista no próprio documento que legitime essa operação.⁶⁶ No entanto, buscando possibilitar a investigação e punição dos agentes responsáveis por crimes internacionais, a Corte proibiu os Estados de invocar a irretroatividade quando envolver leis de anistia.⁶⁷ Algo semelhante também correu com as garantias de indivíduos não serem julgados mais de uma vez pelos mesmos fatos (*ne bis in idem*)⁶⁸ e da duração razoável do processo.⁶⁹ Esse tipo de operação é criticável de diversas formas, mas é especialmente perigosa para o regular funcionamento de um sistema baseado no consenso,⁷⁰ podendo explicar a falta de implementação e eficácia de algumas decisões.⁷¹

Além dessas questões, um ponto certamente crucial para entender a relação entre a atuação da Corte interamericana e a efetividade de suas decisões consiste no grau de deferência para com a participação dos Estados na interpretação e aplicação dos direitos humanos. Isso envolve dois pontos inter-relacionados a respeito do entendimento da Corte sobre suas próprias prerrogativas

⁶⁶ O artigo 9 da Convenção diz que 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.

⁶⁷ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Julgado em 26/09/2006, parágrafo 151; e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La Cantuta v. Peru*. Julgado em: 29/11/2006, parágrafo 226.

⁶⁸ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Julgado em 26/09/2006, parágrafo 154, em que entende, expressamente, não se tratar de um direito absoluto, embora a própria Convenção não estabeleça exceções ao direito.

⁶⁹ Cf. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *La Cantuta v. Peru*. Julgado em: 29/11/2006, parágrafo 149, afirmando que o “dever do Estado de atender plenamente às exigências da justiça prevalece sobre a garantia do prazo razoável”.

⁷⁰ Uma análise completa dos problemas em decidir, de forma contrária ou não, respaldada nos documentos normativos, especialmente no caso da Corte interamericana, é feita por: MALARINO, Ezequiel. *Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights*. *International Criminal Law Review*, vol. 12, p.665-695, 2012. p.668-680.

⁷¹ Nesse sentido, estabelecendo a relação entre o comando da Corte, a legitimidade e, conseqüentemente, a eficácia, tomando como base os sistemas de justiça nacional e caso do reconhecimento do dever de investigar e punir certos fatos, conferir: HUNEEUS, Alexandra Valeria. *Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human*. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, p. 101-155, 2011. p. 116-140.

e sobre a finalidade do sistema interamericano: a interpretação expansiva das modalidades de reparações e a noção de controle de convencionalidade.

A Convenção americana dispõe sobre as diretrizes gerais que regulam o funcionamento da Corte, disciplinando, inclusive, suas prerrogativas nos casos de violações. O artigo 63 determina que, constatando uma violação aos direitos assegurados, a Corte assegure o respectivo gozo, proceda a reparação, bem como a compensação. Embora o texto seja muito vago, é certo que a própria redação e a existência desse dispositivo indicam que suas prerrogativas não são ilimitadas.

A Corte, no entanto, geralmente, requer dos Estados a adoção de medidas tradicionalmente de competência dos poderes nacionais. São ordenadas revogações e alterações legislativas, a revisão de decisões que já tiveram um julgamento final e até mesmo a implementação de políticas públicas e alocações de recursos de determinada forma.⁷² Essa interpretação expansiva dos instrumentos de reparação e interferência em assuntos tipicamente nacionais é bem evidente no caso “Última Tentação de Cristo”, no qual, como visto, a Corte ordenou uma medida bem específica para cessar a violação: a modificação da Constituição chilena.

Nessa linha, o próximo passo para consolidar seu papel central na proteção dos direitos humanos e legitimar, normativamente, a interpretação expansiva de suas prerrogativas foi formalizar sua competência para tanto, o que foi feito com a criação de uma noção que tem a pretensão de ser um instrumento normativo e que, por meio de um paralelo direto com o controle de constitucionalidade e sua sistemática, se consolidou como controle de convencionalidade.⁷³ Na tradição da Corte interamericana, o termo somente é adotado formal-

⁷² Uma análise mais completa dessas interferências, avaliando também seus problemas, é feita por: MALARINO, Ezequiel. *Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights*. *International Criminal Law Review*, v. 12, p. 665-695, 2012. p. 685-695.

⁷³ Muito embora a própria noção desse termo possa ser questionada, pois o termo “controle” possui uma identificação semântica e técnica muito específica na ciência e dogmática jurídica, especialmente no Direito Constitucional. Contudo, essa não é a proposta que se pretende seguir. O importante para as reflexões desenvolvidas no trabalho é identificar o que esse termo significa na relação da Corte interamericana com os Estados.

mente no caso *Almonacid Arellano v. Chile*,⁷⁴ em 2006.⁷⁵ Como fruto de uma criação jurisprudencial, os contornos atuais do controle de convencionalidade são o resultado de sucessivas manifestações nos mais diversos casos, e nem sempre a essa evolução foi feita de forma sistemática e uniforme.⁷⁶

A existência de um controle normativo interamericano implica o reconhecimento da supremacia, e, muitas vezes, em um efeito direto das normas integrantes do sistema regional de proteção. A sobreposição do direito interamericano sobre o direito doméstico é condição essencial e elementar para o controle,⁷⁷ condicionando, assim, a validade de todas as normas estatais, inclusive as constitucionais, aos parâmetros convencionais interamericanos.⁷⁸ Enfim, essa modalidade de controle tem como efeito a imposição e consolidação da leitura da própria Corte sobre os direitos humanos, pois o juízo de convencionalidade também implica uma interpretação absolutista das normas que lhe servem de parâmetro, na medida em que a própria Corte se colocou na posição de “último intérprete da Convenção”.⁷⁹

O problema é que, para legitimar a possibilidade de exercício do controle de convencionalidade, a Corte precisava encontrar um fundamento adequado para tanto. Não sendo o caso de adentrar especificamente nessa discussão, é pertinente, no entanto, refletir, brevemente, sobre um dos argumentos utilizado pela Cor-

te e pelos demais defensores do dito controle, porque isso demonstra, mais uma vez, como normas externas ao sistema interamericano têm sido utilizadas de forma seletiva e acrítica, às vezes respaldada pela doutrina, pela jurisprudência da instituição.

Para concluir que os tratados internacionais possam servir como parâmetro de invalidação de normas internas, a Corte utiliza, dentre outros fundamentos, o Princípio Internacional do *pacta sunt servanda*, juntamente ao art. 27 Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (CVDI).⁸⁰ Contudo, esse dispositivo apenas positivava uma regra elementar de direito internacional público, segundo a qual os Estados se comprometem a cumprir o que foi pactuado e, por isso, não podem invocar, no âmbito internacional, as normas internas a pretexto de descumprir uma obrigação assumida. Ou seja, o dispositivo simplesmente diz que as obrigações devem ser cumpridas sob pena de responsabilização internacional, não determinando consequências normativas de validade para os ordenamentos jurídicos nacionais.⁸¹ Nos anais dos trabalhos preparatórios desta Convenção de Viena, está, por sua vez, registrada uma proposta que pretendia incluir um dispositivo no texto do documento no qual se atribuía prioridade às normas internacionais quando em confronto com regras locais. Mas essa proposta foi rejeitada.⁸² Isso não somente indica que essa fundamentação de tal modalidade de controle é incorreta, mas também que a importação realizada pela Corte é, nesse ponto, descontextualizada e, por isso, ilegítima.

⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Julgado em 26/09/2006.

⁷⁵ O termo já aparecia em votos separados do Juiz García Ramírez. Ver, dentre outros, o voto do juiz nos casos CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Myrna Mack Chang v. Guatemala*. Julgado em: 25/11/2003 e CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *López Álvarez v. Honduras*. Julgado em: 01/02/2006.

⁷⁶ Ver: MOREIRA. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma Década de Decisões Assimétricas. In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão. Anais do XV CBDI*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017, p. 251- 271.

⁷⁷ SAGÜÉS, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidade, *Estudios constitucionales*, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010. p. 124.

⁷⁸ Uma vez que, como visto, a Corte adotada parâmetros externos ao sistema interamericano para fundamentar suas decisões, é possível que a validade das normas nacionais acabe ficando, de certa forma, condicionada às normas internacionais em sua totalidade.

⁷⁹ Avaliando algumas consequências dessa postura para o sistema interamericano e para interação com os tribunais locais: DULITZKY, Ariel. 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, issue 1, p. 47-93, 2015. p. 70-79.

⁸⁰ O art.27 obriga os Estados a cumprir os acordos internacionais com boa-fé e impedem que quaisquer deles invoque o direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Buscando justificar o controle de convencionalidade com esses argumentos, dentre muitos outros, ver: CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação. *Revista de direito brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 18-39, mai./ago. 2017, p. 25; CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. *Revista de direito internacional*, v. 12, n. 2, Brasília, p. 341-354, 2015, p. 351.

⁸¹ Sobre a consequência de eventual descumprimento ser responsabilidade internacional, e não a definição da hierarquia dos tratados ou invalidação das normas nacionais, ver: DULITZKY, Ariel. 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, issue 1, p. 47-93, 2015. p. 63.

⁸² A análise dos anais e seus reflexos para a relação do direito internacional e interno é feita por: TORRIJO, Ximena Fuentes. International and Domestic Law: Definitely an odd Couple. *University of Puerto Rico Law Review-Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory (SELA)*, v. 77, n. 2, p. 483-505, 2008. p. 489-491.

Diante desses dois últimos pontos, nota-se uma tendência da Corte em promover uma supranacionalização do sistema interamericano de direitos humanos, de forma semelhante ao que ocorre no continente europeu com o ordenamento jurídico da União Europeia.⁸³ Essa atitude é compreensível quando se considera a iniciativa da Corte em consolidar padrões de direitos humanos, especialmente quando pautados em leitura universalista, mesmo que os valores e práticas dos Estados membros sejam distintos. No entanto, é preciso ter bem claro que o contexto institucional e normativo em que a Corte interamericana opera não é comparável ao existente na União Europeia.⁸⁴

A comunidade europeia teve seus arranjos normativos e instituições desenvolvidas por meio de uma atuação política e intensa cooperação jurídica internacional dos Estados europeus buscando operacionalizar uma supranacionalização.⁸⁵ Nesse processo, a competência dos Estados soberanos para disciplinar algumas matérias foi transferida para as instituições europeias implicando um altíssimo nível de integração, de tal forma que, mesmo com a não aprovação de uma Constituição Europeia, muitos defendem a constitucionalização do ordenamento jurídico da União.⁸⁶ Nesse caso, para que direitos e deveres de muitos particulares (empresas e indivíduos) não ficassem desregulamentados esperando a atuação dos Estados nacionais, bem como para o sucesso da própria União e seus objetivos, é compreensível que certas normas internacionais europeias sejam dotadas de efeito direto.⁸⁷

No entanto, um processo de integração como o

instituidor da União Europeia não ocorreu na América Latina. No continente americano o processo mais próximo ao europeu é o Mercosul, mas, ainda assim, o nível de integração é muito menor, sendo tão considerável a diferença que juristas como José Gomes Canotilho reconhecem o “caráter menos cogente” de suas normas quando comparadas com as do direito europeu.⁸⁸

O paralelo da Corte interamericana, portanto, não é com o Tribunal de Justiça da União Europeia e o cenário no qual ele opera, mas sim o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Além disso, vale frisar que, mesmo diante de circunstâncias normativas e institucionais favoráveis, a União Europeia proporciona a atuação mais ativa de um tribunal internacional no exercício de interpretações mais criativas das normas (uma comunidade com grau mais elevado de integração), não existe um reconhecimento que o Tribunal de Justiça da União possa invalidar normas internas dos Estados,⁸⁹ como exige a doutrina do controle de convencionalidade. Ainda assim, a jurisprudência desse órgão europeu não passa incólume à fortes críticas, provocando algumas vezes reações dos próprios tribunais nacionais, quando atua de forma criativa.⁹⁰ Considerando-se esses pontos, é inviável que uma supranacionalização ocorra no continente americano, simplesmente, por meio da liderança de um tribunal como parece querer a Corte interamericana.

Diante do que foi exposto, é necessário considerar que, quando se trata de sistemas internacionais de direitos humanos, um ponto central para a respectiva construção e funcionamento é o consenso. É por meio concordância e uniformidade de opiniões sobre a necessidade de proteção mínima de certo catálogo de direitos em determinada localidade que os Estados se comprometem a atuar em conjunto e a se submeterem a certas condições, como a jurisdição internacional ou regional.

No continente americano, o consenso dos Estados sobre diretrizes mínimas na seara dos direitos humanos

⁸³ MALARINO, Ezequiel. Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 12, p. 665-695, 2012. p.684.

⁸⁴ Considerando a impossibilidade dessa equiparação: DULITZKY, Ariel. 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, issue 1, p. 47-93, 2015. p. 59-60.

⁸⁵ Para um panorama histórico da evolução normativa da União Europeia, ver: MACHADO, Jónatas E.M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. p. 9-29.

⁸⁶ ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Dimensão constitucional da integração europeia: o constitucionalismo de hierarquia inversa e os direitos fundamentais. In: *Integração e Cidadania Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

⁸⁷ A inauguração da doutrina do efeito direto das normas comunitárias ocorreu no caso “*Van Gend en Loos*” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Caso *NV Algemene Transport— en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Administratie der Belastingen van de Provincie Noord-Holland*, Julgado em: de 5 / 021963).

⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, Coimbra: Almedina, 2008. p. 223.

⁸⁹ DULITZKY, Ariel. 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, issue 1, p. 47-93, 2015. p. 68.

⁹⁰ Para algumas críticas e análise da relação com os tribunais nacionais, ver: ARNULL, Anthony. Me and My Shadow: The European Court of Justice and the Disintegration of European Union Law. *Fordham Int'l L.J.*, n. 31, p. 1174-1211, 2007.

é materializado, essencialmente, pela Convenção Americana dos Direitos Humanos. É com base nos seus termos que a Corte interamericana deve, legitimamente, aferir se as condutas estatais violam essa categoria de direitos. No entanto, sua jurisprudência demonstra que na operacionalização da leitura universalista dos direitos humanos, não raras vezes, a Corte realiza “interpretações evolutivas” pautadas em importações seletivas de precedentes estrangeiros, ou mesmo contrárias à Convenção. E disso decorre que, ao atribuir pouco espaço de atuação para os atores estatais, especialmente os tribunais, ocorre um verdadeiro descompasso entre os fundamentos dos julgamentos da Corte e o consenso regional. Isso pode explicar um dos problemas de legitimidade e, conseqüentemente, também de efetividade que padecem muitas decisões da Corte.

5 Buscando aprimoramento do exercício jurisdicional: propostas de reformulação ao modelo interamericano

Se, na atuação de um tribunal internacional, especialmente nos competentes para conhecimento de violações aos direitos humanos, a sua vinculação ao consenso do sistema no qual ele está integrado é importante para a preservação de sua legitimidade e, possivelmente, para a eficácia de suas decisões. Então, repensar a atuação da Corte interamericana, especialmente na forma em que dialoga com os Estados, é imprescindível não somente para o fortalecimento de sua autoridade como também da proteção dos direitos humanos na América. Mas qual caminho trilhar para melhorar o diálogo da Corte com os Estados americanos? A reflexão, por certo ainda inicial, sobre propostas alternativas será tarefa deste último capítulo.

5.1 A doutrina da margem de apreciação

A possibilidade de uma alternativa pode ser explorada por meio da análise do conceito e pressupostos subjacentes à margem de apreciação reconhecida pelo Tribunal europeu no caso analisado. A aceitação de certo espaço de atuação dos Estados para aplicação e promoção dos direitos humanos não é uma linha decisória do Tribunal restrita apenas a questões envolvendo a liber-

dade de expressão. A Corte de Estrasburgo já delegou certa margem de apreciação estatal nos mais diversos casos envolvendo os direitos e liberdades fundamentais,⁹¹ como também em casos de derrogações das obrigações pactuadas com fundamento no art. 15 da Carta europeia (previsão convencional dessas derrogações)⁹² e em casos envolvendo o Princípio da Não Discriminação previsto no art. 14 do mesmo diploma.⁹³ Portanto, essa lógica está presente nos mais diversos eixos temáticos disciplinados pela Carta europeia em que o Tribunal europeu é chamado a se manifestar.

Essa postura de deferência para com os Estados reiterada da jurisprudência do Tribunal europeu ficou conhecida como “doutrina da margem de apreciação” e, assim, pode ser definida como “uma latitude que um governo desfruta ao avaliar situações factuais e ao aplicar as disposições enumeradas em tratados internacionais de direitos humanos”.⁹⁴ Assim, a doutrina se fundamenta no postulado da subsidiariedade dos mecanismos internacionais, reconhecendo que o judiciário e autoridades locais estão melhor posicionados para avaliar as complexidades que envolvem um conflito de direitos humanos. É uma tentativa de conciliar certo respeito pela soberania e boa-fé dos Estados com a uniformização da Carta. O Tribunal europeu, portanto, não deixa de reconhecer que, para uma efetiva proteção dos direitos humanos, deve existir certa uniformidade de interpretação, mas a instituição procura dividir com os Estados a competência para construir o significado e estabelecer a abrangência que cada direito e liberdade

⁹¹ Para um exemplo, dentre inúmeros, distinto da liberdade de expressão, dessa vez envolvendo direitos dos transexuais, conferir: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Cossey v Reino Unido*. 27/09/1990, parágrafo 40. Exemplo em que implicitamente é aplicada ao direito à educação: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Belgian Linguistic Case*. Julgado em: 23/07/1968, parágrafos 5 e 10.

⁹² Analisando a margem de apreciação estatal em relação a derrogações, mas considerando a interferência estatal arbitrária: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Aksøy v Turquia*. Julgado em: 18/12/1996. Envolvendo um tema parecido, mas dessa vez reconhecendo a margem de apreciação do Estado: TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Branigan e McBride v Reino Unido*. Julgado em: 25/05/1993, parágrafo 51.

⁹³ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Frette v França*. Julgado de: 26/02/2002, mais precisamente o parágrafo 36. O caso versava sobre a questão da não discriminação em razão da orientação sexual em caso de adoção de crianças e o reconhecimento de áreas sociais em transição.

⁹⁴ TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, 2002. p. 2.

fundamental deve ter.

De uma perspectiva ampla, a origem do conceito pode ser identificada tanto nas decisões do Conselho de Estado francês como em diversas decisões proferidas no âmbito do direito administrativo de sistemas de civil law.⁹⁵ Mas, no campo internacional, suas primeiras aparições ocorreram em manifestações da Comissão europeia,⁹⁶ sendo, pela primeira vez, explicitamente adotada pelo Tribunal em 1978, no caso *Ireland v. UK*.⁹⁷ Na esteira de consolidação e evolução da doutrina, um importante marco ocorreu no caso *Handyside v. UK*, no qual a Corte europeia entendeu ser difícil determinar um denominador comum europeu em certas áreas. Na ocasião, ficou estabelecido que era melhor não impor um determinado sentido a conceitos ou noções envolvendo os direitos humanos, bem como suas restrições, quando não exista um consenso cultural europeu sobre seu exato significado, como, à época, era a ideia de “moralidade pública”.⁹⁸

No entanto, o reconhecimento da “margem de apreciação” não significa um “cheque em branco” para os Estados, os quais podem atuar com total discricionariedade. Além de uma avaliação rigorosa das peculiaridades de cada caso e de cada direito envolvido, a Corte europeia exige que a interferência estatal no respectivo direito seja condicionada aos critérios da proporcionalidade. Como foi feito no caso analisado, o Tribunal de Estrasburgo, primeiramente, identifica se ocorreu uma limitação ao direito ou liberdade prevista na Carta.

⁹⁵ TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, 2002. p.3.

⁹⁶ COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. *Greece v. UK*. (nº176/56). Decidido em: 02/06/1956. Defendendo essa posição: TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, 2002. p.5.

⁹⁷ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Irlanda v Reino Unido*. Estrasburgo, 1978, menção especificamente no parágrafo 207. Para a defesa de uma origem diferenciada da doutrina, com raízes no território germânico e posterior incorporação pelo Tribunal europeu em um diferente precedente, ver: SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v.15, n. 2, p. 325-337, 2018. p. 327-328.

⁹⁸ Para uma constatação nesse sentido, conferir: BAKIRCIOGLU, Onder. *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*. *German Law Journal*, v.8, n.7, 2007. p.716.

Posteriormente, avalia se essa interferência foi feita devidamente por meio de uma lei almejando um escopo legítimo, e, por fim, analisa a necessidade (dentre as medidas possíveis, a exigência de adotar a menos onerosa ao direito protegido) e a proporcionalidade em sentido estrito do ato estatal (ponderação ou balanceamento dos interesses individuais frente as vantagens sociais no caso concreto).

Portanto, na jurisprudência do Tribunal europeu, a proporcionalidade e a margem de apreciação são duas faces de uma mesma moeda: o teste deve ser caracterizado como um instrumento de “correção e restrição” da margem atribuída aos Estados.⁹⁹ Além da proporcionalidade, o Estado é mantido em regular monitoramento para averiguar se as autoridades nacionais estão exercitando sua amplitude de discricionariedade de acordo com a boa-fé e o espírito normativo da Convenção.¹⁰⁰ Sendo assim, por depender das circunstâncias fáticas e peculiaridades de cada caso, assim como ocorre com a aplicação da proporcionalidade, o reconhecimento da margem de apreciação, muitas vezes, levanta críticas.¹⁰¹

A aplicação dessa doutrina também depende largamente do consenso regional sobre os parâmetros envolvidos.¹⁰² Por isso, como ocorreu no caso *Preminger-Institut v. Austria*, em relação ao significado e importância da religião em cada cultura e sociedade, em determinado momento, uma margem de apreciação pode ser reconhecida por não existir parâmetros europeus sólidos sobre a questão, ao passo que, em casos futuros, a discricionariedade estatal venha ser afastada por ter formado um consenso regional sobre a matéria. A identificação

⁹⁹ TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, 2002. p. 14.

¹⁰⁰ BAKIRCIOGLU, Onder. *The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases*. *German Law Journal*, v. 8, n. 7, 2007. p. 718.

¹⁰¹ Vale considerar que o rigor em que a proporcionalidade é aplicada pela Corte é objeto de críticas, ainda mais considerando a dificuldade dogmática atual das jurisdições competentes para o conhecimento de litígios envolvendo os direitos fundamentais em estabelecer parâmetros e contornos sólidos sobre a técnica. A título exemplificativo das críticas dirigidas a Corte de Estrasburgo em relação a proporcionalidade, tomando como base o caso analisado no trabalho, *Otto Preminger Institute v Áustria*, ver: KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional Structure of proportionality*. Oxford: University Press, 2012. p. 149-165.

¹⁰² CONTRERAS, Pablo. *National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights*. *Northwestern journal of international human rights*, v. 11, n. 28, p. 28-82, 2012. p. 43.

do consenso geralmente ocorre por meio das manifestações das cortes constitucionais sobre as matérias.

Em razão do número de decisões em que a doutrina da margem é aplicada e da sua relação com o consenso regional, a literatura jurídica tem desempenhado esforços para sistematizar a clarificar a aplicação da margem de apreciação. Com base no critério sobre o nível de discricionariedade estatal para imposição de restrições aos direitos e para intensidade de supervisão internacional, é possível classificar a aplicação da doutrina em círculos concêntricos.¹⁰³ O círculo interno compreende os casos em que o Tribunal considerou que os direitos são tão básicos e essenciais para o sistema de proteção que quase nenhuma restrição é permitida e, assim, a supervisão internacional é intensa, aplicando rigorosamente a proporcionalidade. Nessa hipótese, a discricionariedade nacional é extremamente reduzida, muitas vezes, nem existindo menção à doutrina da margem de apreciação. É o caso de violações à vedação da tortura e do tratamento degradante, o que já foi decidido em precedentes envolvendo extradições.¹⁰⁴

O círculo externo inclui os casos em que a Corte concedeu grande latitude para apreciação interna e exerceu supervisão internacional limitada. É o que ocorre com os direitos de propriedade. Por fim, o círculo intermediário é aquele em que existe um nível intermediário de deferência internacional e, portanto, a margem de apreciação desempenha considerável papel. Os casos envolvendo liberdade de expressão e discursos de ódio, bem como a liberdade de religião estão enquadradas nesse círculo. Nesses casos intermediários, a evolução do consenso regional desempenha um papel fundamental para a aplicação da doutrina.¹⁰⁵

¹⁰³ CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights. *Northwestern journal of international human rights*, v. 11, n. 28, p. 28-82, 2012. p. 44.

¹⁰⁴ TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM. *Soering v. Reino Unido*. Julgado em: 07/07/1989, parágrafos 81, 88 e 91. O Tribunal considerou que a extradição de um indivíduo para um país onde há “fortes convicções” para acreditar que esse indivíduo enfrenta um “risco real” de sofrer o “fenômeno do corredor da morte” constitui uma violação da proibição de tratamento desumano e degradante. Nesse caso, o direito não contém exceções e nenhuma derrogação é permitida.

¹⁰⁵ CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights. *Northwestern journal of international human rights*, v. 11, n. 28, p. 28-82, 2012. p. 50-54.

A jurisprudência do Tribunal, guiada pela construção jurídico-dogmática da doutrina da margem de apreciação, tem demonstrado ser uma postura de autocontenção (*self-restraint*) da instituição que, embora passível de críticas, é responsável por decisões muito eficazes para um tribunal internacional. Em um continente com tradições e ordenamentos jurídicos muito diferentes, inclusive em relação à metodologia decisória adotada pelos tribunais, o Tribunal de Estrasburgo foi responsável, por exemplo, por difundir a utilização da proporcionalidade como um instrumento de controle de constitucionalidade para países nos quais a técnica era desconhecida, o que sinaliza um elevado grau de impacto e eficácia de suas decisões nos ordenamentos internos.¹⁰⁶ Sua jurisprudência acaba também sendo uma importante referência para as cortes constitucionais dos Estados membros, ampliando as respectivas autoridades.¹⁰⁷

Em contrapartida, os tribunais nacionais possuem um papel importante para a inauguração de interpretações evolutivas dos direitos previstos na Carta,¹⁰⁸ permitindo o Tribunal europeu, posteriormente, seguir os novos parâmetros desenvolvidos primeiramente pelos Estados. Além de abrir espaço para a possibilidade das cortes nacionais protagonizarem o desenvolvimento dos padrões de proteção, essa postura de maior deferência dos tribunais internacionais para com a autonomia democrática das nações não necessariamente significa um desestímulo aos atores nacionais da área a também dialogar com os parâmetros internacionais, pois, no continente europeu, os países e os profissionais ligados aos direitos humanos desempenham um grande esforço para realizar uma leitura dos ordenamentos nacionais em sincronia com o desenvolvimento internacional,

¹⁰⁶ Nesse sentido: SWEET, Alec Stone. On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, v. 80, p. 1-14, 2009. p. 5-7.

¹⁰⁷ É o que ocorre com países do leste europeu, como constata Sweet: “In the Czech Republic, Hungary, Poland and Slovakia, constitutional judges routinely invoke the Convention, and the Strasbourg Court’s jurisprudence, as authority, in order to enhance fundamental rights, and their own positions, in the national constitutional order” (SWEET, Alec Stone. On the Constitutionalisation of the Convention: The European Court of Human Rights as a Constitutional Court”. *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, v. 80, p. 1-14, 2009. p. 8-9).

¹⁰⁸ Para uma análise sobre as interpretações evolutivas realizadas pelas cortes constitucionais dos Estados membros sob o abrigo da Carta europeia, bem como das relações estabelecidas sobre isso com o Tribunal, ver: BJORGE, Eirik. National supreme courts and the development of ECHR rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 1, p. 5–31, 2011.

principalmente no âmbito constitucional.¹⁰⁹

Enfim, respeitando o consenso regional e dialogando constantemente com os Estados para consolidação do sentido e extensão das normas de direitos humanos na Europa, o Tribunal tem desempenhado um papel importante para o processo de “fertilização constitucional cruzada” europeu.¹¹⁰ O Tribunal, inclusive, realiza uma profunda análise do direito interno dos Estados, principalmente dos precedentes de seus tribunais constitucionais, o que demonstra uma consciência por parte do Tribunal no sentido de que o respeito de suas decisões depende, em boa medida, de seu rigor argumentativo e da comunicação com os Estados, e não de uma postura impositiva.¹¹¹

5.2 A Corte interamericana como amplificador da jurisdição constitucional

Além da adoção da doutrina da margem de apreciação, um outro caminho possível para a Corte interamericana é o modelo proposto por Jorge Contesse ao considerar a instituição como um amplificador da justiça constitucional dos Estados.¹¹² Diante dos problemas

de legitimidade e eficácia das decisões da Corte interamericana, em um novo contexto social e político latino-americano, não mais imerso, nas palavras desse autor, em “ditaduras sanguinárias”, e de algumas inconsistências do controle de convencionalidade, Contesse propõe um modelo no qual a Corte não apenas estabelece aos Estados uma determinada interpretação das normas veiculadoras de direitos humanos e fundamentais, mas também segue as diretrizes e padrões que os tribunais desses Estados têm utilizado sobre esses direitos (uma abordagem “de baixo para cima”).

Para o autor, em vez de adotar uma jurisprudência totalizante e com “tendências absolutas”, a instituição poderia - e deveria - fazer um esforço para realizar uma conversa transnacional, servindo, portanto, como um “amplificador da justiça constitucional”. Para ilustrar sua ideia de diálogo, Contesse analisa dois casos da Corte interamericana e um caso da jurisdição constitucional do México. Para os objetivos desse trabalho, interessa a análise dos casos referentes a jurisdição interamericana. Os dois casos foram selecionados pelo autor com base em dois critérios: (i) envolveram convicções de países com regimes constitucionais robustos (Chile e Costa Rica) e (ii) apontaram novos contextos de direitos humanos que diferem dos casos de violações maciças e sistemáticas sobre as quais a Corte construiu sua jurisprudência.

O primeiro caso é *Atala Riffo v. Chile*¹¹³, o qual envolveu o direito à igualdade e a questão de orientação sexual. A Suprema Corte chilena estabeleceu a guarda das crianças para o pai a pretexto de que a mãe, Karen Atala, havia colocado os interesses pessoais dela em primeiro plano quando decidiu viver com uma outra mulher na casa em que as crianças cresceram. O argumento central da Suprema Corte chilena foi o efeito que a sexualidade da mãe exerceria sobre as crianças, na medida em que elas sofreriam discriminação social e perderiam o direito de crescer em uma família tradicional chilena. Para a resolução do caso, a Corte interamericana deu um passo no sentido de criar um tipo “genuíno de diálogo transnacional envolvendo comunicação bidirecional” em oposição a, apenas, uma decisão proferida unilateralmente pela instituição.¹¹⁴

¹⁰⁹ Elegendo Portugal como exemplo, uma tentativa de pontuar as linhas gerais de como o ordenamento lusitano foi, e está sendo modificado, seja pela via legislativa ou mesmo interpretativa, para se adequar aos ditames das normas comunitárias e internacionais, especialmente no âmbito dos direitos humano, é feita na seguinte obra em homenagem aos 40 anos da Constituição Portuguesa: CORREIA, Fernando Alves. Texto e Contexto da Constituição Portuguesa de 1976. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 3, n. 3, p. 1-17, 2016. Embora o texto seja muito sucinto e se concentre principalmente no impacto do direito constitucional da União Europeia sobre o português, ele busca esclarecer a comunidade jurídica da importância de considerar o contexto internacional na aplicação da Constituição, o que engloba o diálogo dos juízes constitucionais lusitanos com a jurisprudência do TEDH. É, em suma, uma obra ilustrativa dos mais diversos esforços acadêmicos e jurisprudenciais do país na comunicação com o direito internacional dos direitos humanos.

¹¹⁰ Esse termo identifica as constantes importações e exportações de entendimentos jurisprudenciais e teóricos entre as mais diversas jurisdições constitucionais, incluindo as Cortes internacionais que decidem matérias de natureza constitucional. Nesse sentido, para uma das análises pioneiras do fenômeno, conferir: SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*, v. 44, p. 191-219, 2003.

¹¹¹ Também considerando a tradição europeia e sua doutrina de deferência como uma alternativa, conferir: HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, p. 101-155, 2011. p. 136-138.

¹¹² 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.

¹¹³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Atala Riffo and Daughters v. Chile*. Julgado em: 24/02/2012.

¹¹⁴ 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. p. 427.

Na ocasião, a própria Corte observou que o cenário social e político da América Latina havia mudado, impactando a maneira como o alcance dos direitos humanos deveria ser entendido. Foram mencionados os diferentes estilos de vida da atualidade e que as normas dos Estados devem ajudar a promover o progresso social; caso contrário, existiria um risco grave de legitimação e consolidação diferentes formas de discriminação que violam os direitos humanos. Além disso, a Corte interamericana citou, diretamente, desenvolvimentos constitucionais nos países latino-americanos como meio de embasar sua decisão, permitindo à “instituição seguir, mais do que liderar,” o avanço de uma nova jurisprudência sobre o problema.¹¹⁵ Foram levantadas decisões do Tribunal Constitucional da Colômbia e da Suprema Corte do México que se opuseram à forma como os homossexuais foram sistematicamente privados de seus direitos. Portanto, segundo o autor, a mensagem que se extrai desse julgado foi que a expansão da doutrina da igualdade decorreu, não apenas das noções universais de direitos, mas também das interpretações locais, pelos países que compreendem o sistema regional.

O outro caso, *Artavia Murillo v. Costa Rica*,¹¹⁶ envolveu questões relativas ao direito à vida e a prática da fertilização *in vitro*. A Suprema Corte da Costa Rica declarou inválido um ato do Executivo regulamentando as técnicas de fertilização assistida, pois o direito à vida deve ser protegido, conforme a Constituição costarriquenha e a Convenção americana, desde a concepção. No entanto, a Corte interamericana reconheceu que esse tipo de fertilização é compatível com a Convenção, o que foi feito através de três métodos interpretativos, dentre eles o da interpretação evolutiva. Para isso, embora a Corte não tenha citado decisões específicas das cortes constitucionais latino-americanas, foi reconhecido que a Costa Rica era o único país na região que proibia a fertilização *in vitro*. Conforme defende Contesse, essa forma de interação “efetivamente transforma a Corte em uma câmara de ressonância para a interpretação constitucional” e “mostra uma maior consideração para com a legitimidade democrática exigida por muitos Estados, e da qual a Corte e a Comissão interamericana deveriam tomar nota”.¹¹⁷

¹¹⁵ 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. p. 428.

¹¹⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Artavia Murillo e outros v. Costa Rica*. Julgado em: 28/11/2012.

¹¹⁷ CONTESSE, Jorge. The Final Word? Constitutional Dialogue

Nessa linha, para o autor, em vez de se intrometer na tomada de decisões constitucionais a nível local, a Corte teria maior legitimidade, e suas decisões maior eficácia, se examinasse com mais cautela as distribuições estaduais de competência dos órgãos jurisdicionais e também convidasse os Estados a se envolverem em uma conversa sobre o sentido e extensão dos direitos humanos que desejam alcançar e proteger. A proposta de Contesse, portanto, é reconciliar a esfera nacional e internacional,¹¹⁸ reconhecendo a capacidade democrática das nações de regular seus próprios assuntos, ao passo que as normas internacionais de direitos humanos possuem o dever de orientar o comportamento dos Estados.¹¹⁹

Vale notar, contudo, que a proposta de Contesse não é algo muito diferente da forma de atuação do Tribunal europeu por meio da doutrina da margem de apreciação. Como visto, essa doutrina europeia possibilita um diálogo constante com os Estados e um respeito pelo consenso regional, pois uma interpretação evolutiva das normas de direitos humanos geralmente ocorre quando o Tribunal identifica a atuação pioneira das autoridades estatais, especialmente as cortes constitucionais, nessa direção.

6 As virtudes dos modelos alternativos: humildade e prudência

Diante do que foi exposto até aqui, é nítida a diferença metodológica e institucional no exercício da interpretação e aplicação das normas de direitos humanos nas jurisprudências da Corte interamericana e do Tribunal europeu. Ficou claro, também, que, nesse exercício, diferentemente da Corte interamericana, o Tribunal de Estrasburgo sistematicamente considera o sentido e extensão atribuídos pelos Estados-membros aos dispositivos da Carta, desenvolvendo o que se convencionou chamar de doutrina da margem de apreciação. No

and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 15, n. 2, p. 414-435, 2017. p. 430.

¹¹⁸ Semelhantemente, embora com recomendações um pouco distintas e dotadas de maior caráter político, ver: HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, p. 101-155, 2011. p. 144-149.

¹¹⁹ 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. p. 433-435.

entanto, o reconhecimento de uma certa margem de apreciação estatal na interpretação e aplicação dos dispositivos regionais de direitos humanos já ocorreu no contexto do sistema interamericano.

Na *Opinião Consultiva nº 4/84*,¹²⁰ a Corte precisou analisar a compatibilidade das propostas de Emenda Constitucional sobre nacionalidade da Costa Rica com os tratados de direitos humanos, o que envolveu os direitos à nacionalidade e à igualdade entre cônjuges costa-riquenhos. Na oportunidade a Corte afirmou estar “plenamente convencida da margem de apreciação que é reservada aos Estados para estabelecer os requisitos de aquisição da nacionalidade e determinar se estes foram satisfeitos”.¹²¹ Embora seu reconhecimento tenha ocorrido expressamente uma única vez,¹²² o fato não passou incólume de críticas doutrinárias.

É possível apontar quatro críticas a essa doutrina.¹²³ A primeira sustenta que o reconhecimento da margem de apreciação estatal em determinadas matérias implica uma aplicação não uniforme, relativista e subjetiva do direito internacional. Em segundo lugar, a margem e apreciação deixaria os indivíduos titulares dos direitos humanos em uma situação de vulnerabilidade. Em terceiro lugar, a doutrina também advogaria em favor da não obrigatoriedade e não vinculação nacional das normas internacionais. Por fim, a doutrina favoreceria

a soberania nas relações internacionais. O ponto em comum que fundamenta e justifica essas críticas é a necessidade de promover o universalismo dos direitos humanos em detrimento de qualquer multiculturalismo.

Contudo, uma defesa do universalismo pode ser perigosa e inapropriada em vários aspectos, especialmente no contexto dos sistemas regionais de proteção. Como visto, é uma marca da jurisprudência da Corte interamericana a tentativa de consolidar uma leitura universalista dos direitos humanos, mas na operacionalização dessa abordagem, por meio da interpretação e aplicação dos dispositivos da Convenção, ocorreram problemas normativos e dogmáticos que, no limite, comprometem a própria proteção dos direitos humanos, uma vez que as decisões da instituição acabam por carecer de legitimidade. Nesse sentido, ela parece ser inapropriada.

Para além dessa questão, a noção do universalismo tem se mostrado também perigosa do ponto de vista sociológico e filosófico, o que compromete a justificativa de sua incorporação no discurso jurídico. Há um bom tempo existem considerações sobre a possibilidade de os direitos humanos serem utilizados tanto como instrumento para justificar uma postura social e cultural emancipatória, protegendo a dignidade humana, como também de dominação e manutenção do *status quo*,¹²⁴ especialmente quando se reconhece que o universalismo é baseado em uma concepção ocidental dos direitos humanos e dignidade.¹²⁵

A atuação da Corte interamericana baseada na universalização do modelo ocidental, especialmente depois da criação do controle de convencionalidade, momento no qual se colocou também como o último interprete da Convenção, parece fechar o espaço para uma pluralidade de alternativas legítimas sobre o sentido e extensão das normas de direitos humanos. E, nesse sentido, certa literatura alerta que, ao defender um único sentido político como modelo correto para questões socialmente complexas, seja no nível nacional ou internacional, excluem a possibilidade de dissidência legítima e criam o terreno para o surgimento de formas violentas de an-

¹²⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº 4/84*. San Jose, 11/01/1984.

¹²¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva nº 4/84*. San Jose, 11/01/1984, p. 16.

¹²² A literatura tem apontado, apenas, essa Opinião Consultiva como exemplo da aplicação expressa da doutrina pela Corte interamericana. Contudo, parece que uma situação semelhante ocorreu também na *Opinião Consultiva N. 07/86*, a qual tratou do direito de resposta. Poucos reconhecem a aplicação em casos contenciosos, elencando os casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, *Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador* e *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Nesse sentido, conferir: SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, vol.15, nº 2, p.325-337, 2018, p.333-335. O problema desses casos e da impossibilidade de reconhecer a doutrina europeia com base neles consiste no fato de que a margem de apreciação é apenas mencionada, mas em todos a doutrina foi rechaçada. Os próprios autores reconhecem isso (p.337).

¹²³ Resumindo as principais críticas, bem como contestando a aplicação da doutrina pela Corte interamericana, por todos: CORRÊA, Paloma Morais. Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, v.10, nº. 2, p. 262-279, 2013. De forma complementar, ver: SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v.16, n.5, p. 907-940, 2005, p.922-926.

¹²⁴ Nesse sentido: SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, n. 39, p. 105-124, 1997.

¹²⁵ Sobre as diferentes concepções e algumas de suas implicações jurídicas e filosóficas, ver: DONNELLY, Jack. Human rights and human dignity: an analytic critique of non-western conceptions of human rights, *The American Political Science Review*, v. 76, n. 2, p. 303-316, 1986.

tagonismos.¹²⁶ Nesse ponto, a doutrina da margem de apreciação se apresenta mais adequada, na medida em que possibilita o desenvolvimento de alternativas legítimas na implementação e promoção das diretrizes de direitos humanos, especialmente no contexto dos sistemas regionais de proteção.

Como já foi dito no início do trabalho, as normas veiculadoras de direitos humanos, especialmente no âmbito internacional, possuem uma estrutura peculiar e são dotadas de elevado grau de abstração e generalidade. Ao se considerar também as complexas relações sociais que essas normas buscam regular, os desafios interpretativos são enormes. Sendo assim, é importante refletir sobre a capacidade institucional dos tribunais internacionais e regionais em operacionalizar uma adequada avaliação das situações concretas, para, então, definir um sentido e extensão adequados para os dispositivos normativos e aplicá-los.¹²⁷

No caso da Corte Interamericana, os sete juízes que a compõem não parecem dispor de uma infraestrutura institucional excepcional para avaliar todas as peculiaridades política, culturais e sociais do continente de forma satisfatória. Nesse ponto, o apego à literalidade dos dispositivos da Convenção pode se mostrar como uma abordagem pouco adequada, por meio da qual juízes institucionalmente desamparados resolverem questões políticas e moralmente complexas.¹²⁸ Dessa forma, quando for necessária a utilização de uma interpretação evolutiva, que não esteja diretamente atrelada ao texto normativo, é uma questão de “humildade institucional” (para além da garantia de legitimidade) buscar considerar as interpretações realizadas pelos Estados. Isso é o cerne da ideia de margem de apreciação, pois, quando se trata de avaliar as peculiaridades nacionais e locais, as autoridades nacionais parecem estar em uma melhor posição para avaliar as circunstâncias materiais de aplicação da norma. Por isso, diante da ambivalência e complexidade inerentes aos direitos humanos,¹²⁹ a ado-

ção das alternativas propostas representa uma tomada de consciência das próprias limitações institucionais da Corte Interamericana em determinar um sentido e extensão que seja único e correto das normas da Convenção.¹³⁰

Além dessas dificuldades institucionais, o cenário político internacional é permeado por interesses difusos, muitas vezes conflitantes. Por isso, uma eventual constitucionalização de seus parâmetros, como pressupõe a noção do controle de convencionalidade, não é algo que abarcaria apenas a seara dos direitos humanos e interesses coletivos progressistas. Nesse sentido, refletindo sobre questões dessa natureza, Torrijo apresenta a seguinte preocupação em relação a constitucionalização do direito internacional e os interesses do capital global: “o ímpeto constitucional se aplica também ao direito econômico internacional, não apenas porque a propriedade deve ser considerada um direito humano, mas porque é uma oportunidade de transformar o livre mercado em um valor fundamental do qual nenhuma derrogação é possível sem arriscar a proteção de todos os outros direitos humanos”.¹³¹

Por fim, vale considerar tanto a margem de apreciação como a defesa da Corte Interamericana como “amplificador da jurisdição constitucional” apontam para uma forma de “prudência institucional”, o que favorece uma atuação institucional legítima. Essa constatação, somada aos perigos e impropriedades do discurso universalista colocadas, já responde as quatro críticas colocadas à adoção da margem de apreciação.

cialmente no âmbito internacional em relação às complexas questões morais, ver: DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum: o caso do aborto do feto anencéfalo. *Revista de Direito Internacional*, vol. 9, nº 4, p.201-227, 2012. A autora entende a margem de apreciação como uma resposta viável e conciliatória.

¹³⁰ Constatando as insuficiências institucional das cortes internacionais quando comparadas com as instituições nacionais para a tomada de decisão, ver: SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v.16, n. 5, p. 907-940, 2005. p. 918-919.

¹³¹ TORRIJO, Ximena Fuentes. International and Domestic Law: Definitely an odd Couple. *University of Puerto Rico Law Review-Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory* (SELA), v. 77, n. 2, p. 483-505, 2008., p. 503. Tradução livre. No original: “But the constitutional impetus applies also to international economic law, not just because property should be considered a human right, but because it is an opportunity to transform the free market into a fundamental value of which no derogation is possible without risking the protection of all other human rights”.

¹²⁶ Nesse sentido, ver: MOUFFE, Chantal. Democracy, human rights and cosmopolitanism: an agonistic approach. In: DOUZINAS, Douglas; GEARTY, Conor. *The Meanings of Rights*, Cambridge University Press, 2014. Cap. 10. p. 183.

¹²⁷ Sobre a importância de considerar as capacidades institucionais das cortes e os efeitos dinâmicos de suas decisões, ver: SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002.

¹²⁸ SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002. p. 47.

¹²⁹ Refletindo sobre essa dificuldade dos direitos humanos, espe-

O reconhecimento de uma margem de apreciação nacional não é, como visto, um “cheque em branco” para os Estados, tampouco é aplicada em relação a quaisquer tipos de normas.¹³² No entanto, ela é especialmente pertinente para as normas veiculadoras de direitos humanos, uma vez que a definição de seu sentido e extensão e seus elementos dogmáticos (titulares, destinatários e objeto) são muito abertos.¹³³ Nesse sentido, a primeira e a segunda crítica não convencem. As normas do sistema somente serão aplicadas seletivamente em relação aos pontos de “textura aberta” e sobre os quais não exista consenso regional. Em relação às questões em que existe um entendimento já consolidado de aplicação, como a vedação da tortura, não é reconhecida qualquer margem de apreciação (identificação dos círculos concêntricos já apresentada).¹³⁴

Dessa forma, a doutrina não favorece o entendimento de que as normas internacionais não possuem eficácia, pelo contrário. A doutrina da margem de apreciação quando bem empregada apenas permite a participação dos Estados na identificação do sentido e extensão das normas de direitos humanos, o que fortalece a eficácia e incorporação do direito internacional na medida em que promove a legitimidade dos tribunais internacionais. A doutrina, como visto, foi criada, justamente, para conciliar a soberania dos Estados com a vinculação ao direito internacional, especialmente quando envolve países com regimes democráticos (“*democratic accountability*”).¹³⁵ Por isso, sua utilização, em última análise, busca contribuir com a implementação das normas internacionais em detrimento dos argumentos de soberania.

¹³² Shany aponta três categorias de normas adequadas a aplicação da margem de apreciação: “standard-type norms”; “discretionary norms”; “result-oriented norms”. Cf. SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* *European Journal of International Law*, Florença, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2005. p.914-917.

¹³³ Constatação semelhante é feita por Shany ao afirmar que: “I submit that in cases where the application of law is inherently or inevitably uncertain there are strong policy reasons which support recourse to the margin of appreciation doctrine” (SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* *European Journal of International Law*, Florença, v. 16, n.5, p. 907-940, 2005. p. 913).

¹³⁴ Vale considerar também o fato de que os sistemas internacionais são subsidiários e muitas vezes o catálogo de direitos é igual ou até mais extenso no âmbito nacional, ocorrendo o fenômeno da duplicação. Nesse sentido, ver: DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 30.

¹³⁵ Cf. SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* *European Journal of International Law*, Florença, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2005. p. 919-920.

Sendo assim, a doutrina da margem de apreciação, e de forma semelhante o entendimento da Corte interamericana como “amplificador da jurisdição constitucional”, significam um importante incentivo à “prudência institucional”, postura que contribui para sua legitimidade, pois geram uma flexibilidade necessária para evitar tensões entre os tribunais internacionais e os Estados parte em matérias polêmicas, não sedimentadas da região e sem disciplina expressa nos tratados internacionais. São alternativas que, muito embora ainda tenham problemas teóricos e dogmáticos, parecem contribuir, de forma mais eficiente, para a garantia de legitimidade dos tribunais de direitos humanos, facilitando a internalização das normas e valores internacionais.¹³⁶

7 Considerações finais

Com o objetivo de explorar o problema da legitimidade da jurisdição interamericana de direitos humanos, partiu-se de um estudo comparativo de caso para buscar elementos importantes para o enfrentamento do problema. A análise da jurisprudência da Corte interamericana identificou uma tendência em realizar uma leitura universalista dos direitos humanos. No entanto, para promover essa visão por meio da interpretação e aplicação da Convenção, a Corte importa, acriticamente e seletivamente, precedentes de sistemas e jurisdições estrangeiras; decide de forma ativista e, por fim, tem buscado promover unilateralmente uma supranacionalização do sistema interamericano, o que culminou na criação do controle de convencionalidade.

Contudo, essas práticas afastam a instituição de uma atuação legítima. No caso dos tribunais internacionais de direitos humanos, a legitimidade é alcançada principalmente através do consenso regional ou internacional sobre a matéria. O consenso é materializado pelos tratados internacionais que integram o sistema de proteção e por isso o apego aos elementos textuais ao decidir é garantia de legitimidade. Nesse aspecto, a Corte interamericana tem demonstrado certa falta de consideração pelo consenso regional em sua jurisprudência, especialmente ao realizar as “interpretações evolutivas”.

É inegável que, em meio a um continente com gra-

¹³⁶ Cf. SHANY, Yuval. *Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?* *European Journal of International Law*, Florença, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2005. p. 921-922.

ves problemas econômicos, sociais e políticos, em que vigorou, por anos, regimes sanguinários e autoritários, a Corte interamericana desenvolveu um papel fundamental para a instauração dos princípios democráticos e o respeito aos direitos humanos, tarefa que, sem dúvidas, exigiu uma postura firme e, muitas vezes, incisiva. No entanto, alguns autores já estão apontando para mudanças substanciais no panorama geral latino-americano. O continente não vive mais na era dos regimes autoritários como 30 anos atrás, embora violações massivas ainda ocorram. Hoje, a regra é: regimes democráticos e, dentro do contexto político, social e econômico variado do continente, os problemas apresentados na seara dos direitos humanos envolvem também desacordos morais delicados sobre temas complexos.

Para legitimar interpretações menos atreladas aos elementos textuais da Convenção ou mesmo para prolatar decisões inovadoras em casos moralmente complexos, a doutrina da margem de apreciação se apresenta como uma alternativa dogmaticamente consistente para sincronizar a atuação da Corte com o consenso regional. O mesmo vale para a proposta que considera a Corte como “amplificador da justiça constitucional”. No fim, mais do que uma fonte de inovação e protagonismo na seara dos direitos humanos, a Corte interamericana deveria ser um meio de assegurar os padrões de proteção já consolidados, tarefa que exige prudência e coerência de posicionamento.

Referências

ARNULL, Anthony. Me and My Shadow: The European Court of Justice and the Disintegration of European Union Law. *Fordham Int'l L.J.*, n. 31, p. 1174–1211, 2007.

BAKIRCIOGLU, Onder. The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases. *German Law Journal*, v.8, n.7, p.711-733, 2007.

BEATTY, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

BJORGE, Eirik. National supreme courts and the development of ECHR rights. *International Journal of Constitutional Law*, v. 9, n. 1, p. 5–31, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BÖCKENFÖRDE, E.W. Fundamental rights: theory and interpretation. In: KÜNKLER, Mirjam; STEIN, Tine (org.). *Constitutional and political theory*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga. A aplicação dos tratados e a doutrina do controle de convencionalidade: bases jurídicas e efetivação. *Revista de direito brasileira*, São Paulo, v. 17, n. 7, p. 18-39, maio/ago. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2008.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. Conventionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas. *Revista de direito internacional*, v. 12., n. 2, Brasília, p. 341-354, 2015.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. The Conventionality Control: examples of (Un)Successful Experiences in Latin America. *Intersentia Inter-American and European Human Rights Journal*, v. 3, p. 200-219, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CONTESSÉ, 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.

CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and inter-american Court of human rights. *Northwestern journal of international human rights*, v. 11, n. 28, p. 28-82, 2012.

CORRÊA, Paloma Morais. Corte interamericana de direitos humanos: opinião consultiva 4/84 — a margem de apreciação chega à América. *Revista de Direito Internacional*, v. 10, n. 2, p. 262-279, 2013.

CORREIA, Fernando Alves. Texto e Contexto da Constituição Portuguesa de 1976. *Revista Eletrônica de Direito Público*, v. 3, n. 3, p.1-17, 2016.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. Os domínios recalcitrantes do Direito Internacional: diversidade moral e religiosa no direito penal como óbice ao direito comum:

- o caso do aborto do feto anencéfalo. *Revista de Direito Internacional*, v. 9, n. 4, p. 201-227, 2012.
- DONNELLY, Jack. Human rights and human dignity: an analytic critique of non-western conceptions of human rights, *The American Political Science Review*, v. 76, n. 2, p. 303-316, 1986.
- DULITZKY, Ariel. 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, issue 1, p. 47-93, 2015.
- FRANCK, Thomas M. Legitimacy in the International System. *The American Journal of International Law*, v. 82, n. 4, p. 705-759, 1988.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Rev. IUS, Puebla*, v. 5, n. 28, p. 123-159, 2011.
- GRIMM, Dieter. Proportionality in Canadian and German constitutional jurisprudence. *Toronto Law Journal*, v. 57, n. 2, p. 383-397, 2007.
- GRIMM, Dieter. The role of fundamental rights after sixty-five years of constitutional jurisprudence in Germany, *Icon*, v. 13, n. 1, p. 9-29, 2015.
- HENNEBEL, Ludovic. The inter-american Court of human rights: the ambassador of universalism. *Quebec Journal of International Law*, n. 57, special edition, p. 57-97, 2011.
- HUNEEUS, Alexandra Valeria. Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human. *Cornell International Law Journal*, v. 44, n. 3, p. 101-155, 2011.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- KLATT, Matthias; MEISTER, Moritz. *The constitutional structure of proportionality*. Oxford: University Press, 2012.
- MACHADO, Jonatas E. M. *Direito internacional do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MACHADO, Jonatas E. M. *Direito da União Europeia*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MALARINO, Ezequiel. Judicial Activism, Punitivism and Supranationalisation: Illiberal and Antidemocratic Tendencies of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 12, p. 665-695, 2012.
- MARTINS, Leonardo. *Liberdade e Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MORAES, Janaína Gomes Garcia de; ALVARADO, Patricio. Game theory and the legitimacy of international adjudicative bodies. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, n. 1, p. 147-164, 2019.
- MOREIRA. O Exercício do Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma década de decisões assimétricas. In: MENEZES, Wagner (org.). *Direito Internacional em Expansão. Anais do XV CBDI*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.
- MOUFFE, Chantal. Democracy, human rights and cosmopolitanism: an agonistic approach. In: DOUZINAS, Douglas; GEARTY, Conor. *The Meanings of Rights*, Cambridge University Press, 2014. Cap. 10
- NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p.101-123, 2008.
- POOLE, Thomas. Legitimacy, Rights and Judicial Review. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 25, n. 4, p. 697-725, 2005.
- RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- RAMOS, André de Carvalho. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro e os Tratados de Direitos Humanos: O "Diálogo das Cortes" e a Teoria do Duplo Controle. In: FIGUEIREDO, Marcelo; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro (coord.); GERBER, Konstantin (org.). *A jurisprudência e o diálogo entre tribunais - a proteção dos Direitos Humanos em um cenário de constitucionalismo multinível*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.
- SAGÜÉS, Nestor Pedro. Obligaciones internacionales y control de convencionalidad. *Estudios constitucionales*, ano 8, n. 1, p. 117-136, 2010.
- SANTOS, Boaventura de Souza. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Lua Nova*, n. 39, p. 105-124, 1997.
- SCHÄFER, Gilberto; PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis; GOMES Jesus Tupã Silveira. A margem nacional de apreciação na Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista de Direito Internacional*, v. 15, n. 2, p. 325-337, 2018.

- SHANY, Yuval. Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? *European Journal of International Law*, Florença, v. 16, n. 5, p. 907-940, 2005.
- SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Havard International Law Journal*, v.44, p. 191-219, 2003.
- SUNSTEIN, Cass R; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 156, 2002.
- SWEET, Alec Stone. On the Constitutionalisation of the Convention: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, v. 80, p. 1-14, 2009.
- TAKAHASHI, Yutaka Arai. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Oxford: Intersentia, 2002.
- TORRIJO, Ximena Fuentes. International and Domestic Law: definitely an odd Couple. *University of Puerto Rico Law Review-Seminar in Latin America on Constitutional and Political Theory (SELA)*, v. 77, n. 2, p. 483-505, 2008.
- ZAGO, Mariana Augusta dos Santos. Dimensão constitucional da integração europeia: o constitucionalismo de hierarquia inversa e os direitos fundamentais. In: RICHTER, Thomas; SCHMIDT, Rainer, (org.). *Integração e Cidadania Europeia*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.