



**CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
DOUTORADO EM DIREITO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS**

ANDRÉ PIRES GONTIJO

CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO:

**A INTERATIVIDADE DOS JULGAMENTOS DA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COM
OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA**

**BRASÍLIA
2015**

ANDRÉ PIRES GONTIJO

CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO:

A INTERATIVIDADE DOS JULGAMENTOS DA
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COM
OS ESTADOS CONSTITUCIONAIS DA AMÉRICA LATINA

TESE APRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA
OBTENÇÃO DO TÍTULO DE DOUTOR EM DIREITO DAS
RELAÇÕES INTERNACIONAIS DO CENTRO
UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB.

ORIENTADOR: PROF. DR. MARCELO DIAS VARELLA

BRASÍLIA
2015

Ao Eterno, Elohim de Abraão, Isaac e Jáco.
Ao meu pai, *in memoriam*, e à minha mãe.
À Káccia Beatriz, minha esposa amada.

AGRADECIMENTOS

Ao Eterno, Elohim de Abraão, Isaac e Jáco, por ser a fonte de vida, força, bênçãos e inspiração em minha vida.

À Káccia Beatriz, minha esposa amada, pelo amor, carinho, apoio, cuidado, atenção e por ser uma excelente companheira em todos os atos de nossas vidas.

A toda a minha família, pelo apoio e incentivo na construção desta etapa da minha vida.

Ao Professor Marcelo Dias Varella, o meu agradecimento por ter sido um orientador exigente, paciente, constante, disponível e dedicado. Obrigado por ser um amigo e um mentor nestes 08 anos de caminhada em conjunto, desde o ingresso no Programa de Mestrado do UniCEUB. Agradeço pelas orientações acadêmicas, profissionais e das coisas da vida cotidiana, com as quais pude me aperfeiçoar como pesquisador e como pessoa. Professor Marcelo, Muito Obrigado!

Ao Centro Universitário de Brasília e ao Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento, em especial na pessoa do Dr. João Herculino de Souza Lopes Filho, o qual acreditou em meu potencial acadêmico e permitiu que eu cursasse o Programa de Doutorado com uma bolsa de estudos oferecida pelo UniCEUB. Dr. João, Muito Obrigado!

À Professora Lilian Rocha, pelo auxílio constante durante toda a trajetória do Programa de Doutorado. Professora Lilian, Muito Obrigado!

À Professora Alice Rocha da Silva, por ter contribuído com sua leitura atenciosa, críticas e sugestões ao texto. Professora Alice, Muito Obrigado!

À Querida Marley (e equipe), por todo o apoio incondicional dispensado durante os ciclos do Programa de Mestrado e Doutorado. Querida Marley, Muito Obrigado!

Aos amigos Ruitemberg e Geilza, por terem me auxiliado nesta reta final da escrita da tese. Muito Obrigado aos dois!

Ao Estimado Rafael Caiado Amaral, que oportunizou o acesso a textos importantes para a conclusão da tese. Muito Obrigado, caro Rafael!

Ao Professor Ari Melo Mariano, pela dedicação em ministrar o curso de pesquisa nas principais bases de dados do mundo, o qual foi de extrema importância para a finalização da tese.

Ao Professor Nitish Monenhurrun, pelo empenho em lecionar no Seminário Jurídico Avançado e auxiliar na construção e organização da tese.

Aos Professores José Levi Mello Amaral Júnior e Inocêncio Mártires Coelho, cujos questionamentos e críticas formulados por ocasião da banca de qualificação foram fundamentais para a revisão de muitos pontos da tese.

Aos meus Professores do Doutorado Antônio Paulo Cachapuz de Medeiros, Arnaldo Godoy, Francisco Rezek, Marcelo Dias Varela e Paulo Roberto de Almeida, com quem tive o privilégio de conviver e de aprender muito ao longo da jornada.

Aos meus colegas do doutorado, Karla Margarida, Geilza Diniz, Ruitemberg, Marlon, Raquel Tiveron, Christiani Buani, Rafael Favetti, Aléssia, Carla Patrícia, Marília, Terezinha, Ivan, Thiago Pádua, Ana Caroline Pereira, Eneida, Gabriela e Cleíse, pelo carinho e pelo convívio ao longo de nossa caminhada.

Aos meus colegas dos grupos de pesquisa Internacionalização do Direito, Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais e Debatendo com o STF, agradeço o auxílio com os testes de parte da tese ao longo de nosso convívio.

Aos Professores Romeu Bastos, Maria Elizabeth Rocha, Maria Edelvacy, Maria Thereza Moura, Gustavo Ribeiro, Gustavo Rabay, Luis Carlos Martins Júnior, Mohamad Mahmoud, Álvaro Ciarlino e Márcia Leuzinger, pelo apoio durante a caminhada do doutorado.

Aos Amigos Rabino Shlomo e Cristiane, Matheus Ringo, Leal e Francisco, Renato e Letícia, Mathias e Gisele, Ariane, Alex Duarte e Érika, Marcelo e Leyza, pelo apoio durante todo o processo e incentivo na escrita da tese.

À Celinha, pela excelente revisão da língua portuguesa realizada sobre o texto da tese.

A todos aqueles que contribuíram com a tese, o meu Muito Obrigado!

“E disse o Eterno a Moisés: ‘Que clamas a Mim? Fala aos filhos de Israel que marchem!’”.

(Êx. 14:15).

RESUMO

O constitucionalismo compensatório desenvolvido pela Corte IDH constitui o objeto central da presente tese. Com a deficiência de proteção dos direitos humanos no âmbito dos Estados, a presente tese propõe implementar o constitucionalismo compensatório para a resolução da controvérsia, por meio da constitucionalização do direito internacional. O constitucionalismo compensatório apresenta-se como figura central entre o direito internacional e os sistemas jurídicos nacionais. A partir da metodologia desenvolvida pela internacionalização do direito, pretende-se investigar o constitucionalismo compensatório desenvolvido pela Corte IDH. A Corte IDH promove diversos processos para a constituição de seu constitucionalismo compensatório, como a sua transformação em jurisdição obrigatória, o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade, a criação de seu próprio bloco de constitucionalidade e a extensão de suas sentenças para todos os Estados Partes da Convenção Americana, pela via da norma convencional interpretada. O constitucionalismo compensatório desenvolve-se a partir da soma destes processos e é responsável pela criação dos direitos humanos no âmbito interamericano. A implementação do constitucionalismo compensatório ocorre de diversas formas. No entanto, a interatividade com os Estados da América Latina é alcançada por meio do diálogo jurisprudencial. Há dificuldades e limites que o constitucionalismo compensatório enfrenta, os quais serão analisados pela tese, seguidos da propositura de alternativas teóricas. A tese procura identificar se o constitucionalismo compensatório desenvolvido pela Corte IDH contribui para a expansão dos direitos humanos. A partir desta problemática, os resultados da pesquisa demonstram que a Corte IDH promove uma inovação no direito internacional por meio do constitucionalismo compensatório, o qual consegue alcançar a implementação material dos direitos humanos criados pela Corte IDH. Esta implementação alcança vários níveis, sendo a harmonização da ordem jurídica nacional com a ordem jurídica interamericana o estágio mais avançado conseguido pela Corte IDH.

Palavras-chave: Direito constitucional e internacional. Constitucionalismo compensatório. Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Controle de convencionalidade. Bloco de constitucionalidade. Criação e implementação dos direitos humanos.

ABSTRACT

The compensatory constitutionalism developed by the IACHR is the central subject of this thesis. With the protection of human rights of disabled at the state level, this thesis proposes to implement the compensatory constitutionalism for the resolution of the dispute through the constitutionalization of international law. The compensatory constitutionalism presents itself as a central figure between international law and national legal systems. From the methodology developed by the internationalization of law, we intend to investigate the compensatory constitutionalism developed by the IACHR. The IACHR promotes various processes to form their compensatory constitutionalism, as its transformation into compulsory jurisdiction, the development of conventionality control doctrine, creating its own constitutional block and the length of their sentences for all States Parties of the American Convention, interpreted by means of conventional standard. The compensatory constitutionalism is developed from the sum of these processes and is responsible for the creation of human rights in the Inter-American context. The implementation of the compensatory constitutionalism occurs in several ways. However, interactivity with the countries of Latin America is achieved through jurisprudential dialogue. There are difficulties and limits of the compensatory constitutionalism faces, which will be analyzed by the thesis, followed by the bringing of theoretical alternatives. The thesis aims to identify whether the compensatory constitutionalism developed by the IACHR contributes to the expansion of human rights. From this issue, the survey results show that the IACHR promotes innovation in international law through the compensatory constitutionalism, which can reach the material implementation of human rights created by the IACHR. This implementation achieves various levels, with the harmonization of national law with the inter-American legal system the most advanced stage achieved by the IACHR.

Keywords: Constitutional and International Law. Compensatory Constitutionalism. Inter-American Court of Human Rights (IACHR). Conventionality control. Constitutional block. Creation and implementation of human rights.

LISTA DE PRINCIPAIS SIGLAS E ACRÔNIMOS

§	Parágrafo
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AG-ONU	Assembleia Geral das Nações Unidas
Carta da ONU	Carta das Nações Unidas
CCSS	Caja Costarricense del Seguro Social
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CNV-Brasil	Comissão Nacional da Verdade
Convenção Americana	Convenção Americana de Direitos Humanos
Convenção de Viena	Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados
DT	
Convenção de Viena	Convenção de Viena sobre Relações Consulares
RC	
Convenção Europeia	Convenção (Europeia) para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
Corte EDH	ou Corte Europeia de Direitos Humanos
Tribunal europeu	
Corte IDH	ou Corte Interamericana de Direitos Humanos
Tribunal Interamericano	
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
CSJ-Chile	Corte Suprema de Justiça do Chile
CSJ-El Salvador	Corte Suprema de Justicia de El Salvador
CSJM-Peru	Conselho Supremo de Justiça Militar
CSJN-Argentina	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
CSJ-Panamá	Corte Suprema de Justicia do Panamá
CSJ-Rep. Dominicana	Corte Suprema de Justiça da República Dominicana
Estatuto da CIJ	Estatuto da Corte Internacional de Justiça
Estatuto de Roma	Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional
EUA	Estados Unidos da América
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MI	Mandado de Injunção
OMC	Organização Mundial do Comércio
ONU	Organização das Nações Unidas
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
Protocolo de Assinatura Facultativa	de Protocolo de Assinatura Facultativa referente à solução obrigatória de controvérsias que acompanha a Convenção de Viena sobre Relações Consulares
PSOL	Partido Socialismo e Liberdade
Rcl	Reclamação
RE	Recurso Extraordinário
SC-CS-El Salvador	Sala Constitucional da Corte Suprema de El Salvador
SC-CSJ-Costa Rica	Sala Constitucional da Corte Suprema de Justicia da Costa Rica
SCJN-México	Suprema Corte de Justicia de la Nación do México
SCJ-Uruguai	Suprema Corte de Justicia do Uruguai

STF	Supremo Tribunal Federal
TC-Bolívia	Tribunal Constitucional da Bolívia
TC-Chile	Tribunal Constitucional do Chile
TC-Peru	Tribunal Constitucional do Peru
TPI	Tribunal Penal Internacional
TPI ex-Iugoslávia	Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia
vs.	<i>versus</i> /contra

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	18
PARTE 1 – A CONSTRUÇÃO CRIATIVA DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO NO ÂMBITO DA EMERGÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO ETAPA EVOLUTIVA DOS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO	41
CAPÍTULO 1 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A MATÉRIA-PRIMA DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO.....	42
1 A EMERGÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A MATÉRIA-PRIMA DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO.....	43
1.1 OS DIREITOS HUMANOS COMO CONCEITO EM EVOLUÇÃO.....	43
1.2 DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO: A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS	46
1.3 A FASE ATUAL: A EMERGÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	48
1.4 A NOVA LEITURA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O PROTAGONISMO DAS CORTES REGIONAIS DE PROTEÇÃO.....	51
2 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	54
2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	56
2.2 CRÍTICA À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL	61
2.3 EXEMPLOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL.....	65
2.3.1 <i>CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA INTERNACIONAL: A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL PROMOVIDA PELA CIJ</i>	67
2.3.2 <i>CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL PROMOVIDA PELOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO</i>	79

CAPÍTULO 2 – A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO: O PADRÃO DE PROTEÇÃO DA CORTE IDH COMO MODELO DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA 89

1 A CIJ COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA 91

1.1 ESTUDO DO CASO BREARD – PARAGUAI VS. ESTADOS UNIDOS 93

1.2 ESTUDO DO CASO LA GRAND – ALEMANHA VS. ESTADOS UNIDOS 94

1.3 ESTUDO DO CASO AVENA – MÉXICO VS. ESTADOS UNIDOS..... 98

1.4 DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL – CIJ VS. INSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS ESTADOS UNIDOS 102

1.4.1 CASO OSVALDO TORRES AGUILLERA VS. OKLAHOMA..... 103

1.4.2 CASO SANCHEZ-LLAMAS VS. OREGON 103

1.4.3 CASO MEDELLÍN VS. TEXAS..... 105

2 A CORTE EDH COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA.....109

2.1 A CORTE EDH COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA.....109

2.2 O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL PELA INTERPRETAÇÃO “DINÂMICA-TELEOLÓGICA”: O CONCEITO DA CONVENÇÃO EUROPEIA COMO “INSTRUMENTO VIVO”113

2.3 O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA PELA CORTE EDH COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS CONTIDOS NA CONVENÇÃO EUROPEIA117

2.3.1 A JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE EDH EXERCIDA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS MATERIAIS: O ESTUDO DA PROTEÇÃO AO DIREITO À VIDA 119

2.3.2 A JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE EDH EXERCIDA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS PROCESSUAIS: O DIREITO AO PROCESSO EQUITATIVO E AO RECURSO EFETIVO 126

2.4 O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS PELA JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE EDH COMO ELEMENTO FUNDANTE DA ORDEM PÚBLICA EUROPEIA133

3 O DESENVOLVIMENTO ATIVO DA CORTE IDH: DE JURISDIÇÃO FACULTATIVA À JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA137

3.1 O “PAPEL ORIGINAL” DE JURISDIÇÃO FACULTATIVA DA CORTE IDH137

3.2 A “TENSÃO EVOLUTIVA”: A AFIRMAÇÃO DA CORTE IDH COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA.....139

3.3 O DESENVOLVIMENTO DO PAPEL DA CORTE IDH COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA	148
3.4 A CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA INTERAMERICANA A PARTIR DO PERFIL DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE IDH.....	151
3.5 O RECONHECIMENTO DA CORTE IDH COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA NO PLANO INTERNACIONAL: O USO DA SUA JURISPRUDÊNCIA PELO TPI.....	155
CAPÍTULO 3 – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EXERCIDO PELA CORTE IDH: A FORMAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE INTERAMERICANO COMO INSTRUMENTO DA CONSTRUÇÃO CRIATIVA DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO	170
1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA CORTE IDH	171
1.1 O CONCEITO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	171
1.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELA CORTE IDH EM SEDE INTERNACIONAL.....	176
<i>1.2.1 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SUBSIDIÁRIO EM SEDE INTERNACIONAL PROMOVIDO PELA CORTE IDH.....</i>	<i>179</i>
<i>1.2.2 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SUBSIDIÁRIO AO CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE INTERNACIONAL.....</i>	<i>185</i>
<i>1.2.3 EXEMPLOS SOBRE O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ABSTRATO EM SEDE INTERNACIONAL</i>	<i>197</i>
1.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELO JUIZ NACIONAL	202
2 A FORMAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE INTERAMERICANO COMO INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO CRIATIVA DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO.....	211
2.1 A ORIGEM EUROPEIA DA DOCTRINA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	213
2.2 A DIFUSÃO DA DOCTRINA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS DA AMÉRICA LATINA.....	215
2.3 A CONVERGÊNCIA DA DOCTRINA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: EXPANSÃO AOS DEMAIS ESTADOS DA AMÉRICA LATINA.....	217
<i>2.3.1 OS DIFERENTES TIPOS DE EXPANSÃO DA TÉCNICA DE UTILIZAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE</i>	<i>218</i>

2.3.2	<i>A EXPANSÃO DA DOCTRINA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL</i>	220
2.3.3	<i>A NOVA VERSÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: O EXEMPLO DO MÉXICO</i>	228
2.4	O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE INTERAMERICANO.....	231
PARTE 2 – O DESENVOLVIMENTO CRIATIVO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO PELA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH: O DESAFIO DA INTERATIVIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO MATERIAL NOS ESTADOS DA AMÉRICA LATINA.....		
CAPÍTULO 4 – O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO PELA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH: A FORMAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE INTERAMERICANO PELO EXERCÍCIO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE.....		
1 A CRIAÇÃO INTERPRETATIVA DA CORTE IDH PELA VIA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE INTERNACIONAL		
1.1	DECLARAÇÕES DE EXISTÊNCIA DE OMISSÃO LEGISLATIVA.....	243
1.2	JULGAMENTOS “EXORTATIVOS”	249
1.3	DECLARAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE COM O TEXTO DA CONVENÇÃO AMERICANA.....	254
2 A FORMAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE DA CORTE IDH PELA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS DIREITOS HUMANOS: O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO.		
2.1	O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DE <i>JUS COGENS</i> NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH.....	257
2.1.1	<i>O DESENVOLVIMENTO DO JUS COGENS NO DIREITO INTERNACIONAL.....</i>	259
2.1.2	<i>A EVOLUÇÃO DO JUS COGENS NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH</i>	263
2.2	O IMPLEMENTO DO <i>JUS COGENS</i> NO DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO: A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS CASOS DE ANISTIA	268
2.2.1	<i>A APRECIÇÃO DO TEMA: CASO BARRIOS ALTOS VS. PERU</i>	268
2.2.2	<i>O DESENVOLVIMENTO DO TEMA NO CASO ALMONACID ARELLANO VS. CHILE: O CRIME CONTRA A HUMANIDADE</i>	275
2.2.3	<i>O APERFEIÇOAMENTO DO TEMA: CASO LA CANTUTA VS. PERU.....</i>	283

2.2.4 A CONSOLIDAÇÃO DO TEMA? O CASO GOMES LUND VS. BRASIL	291
--	-----

CAPÍTULO 5 – A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO POR MEIO DO DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS 308

1 A INTERATIVIDADE DOS DIÁLOGOS ENTRE A CORTE IDH E AS CORTES CONSTITUCIONAIS: A IMPORTÂNCIA DA COISA JULGADA INTERNACIONAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO.....310

1.1 A COISA JULGADA INTERNACIONAL: OS EFEITOS DO DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL NO CASO GELMAN VS. URUGUAI	311
---	-----

1.1.1 A INSTALAÇÃO DO DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ENTRE AS CORTES	315
---	-----

1.1.2 O ESTABELECIMENTO DA COISA JULGADA INTERNACIONAL PELA CORTE IDH.....	319
--	-----

1.2 A RES JUDICATA COMO MODALIDADE DIRETA E SUBJETIVA DA COISA JULGADA INTERNACIONAL.....	325
---	-----

1.3 A RATIO DECIDENDI COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DA COISA JULGADA INTERNACIONAL.....	329
---	-----

1.4 A NORMA CONVENCIONAL INTERPRETADA: O EFEITO ERGA OMNES DA SENTENÇA INTERAMERICANA POR MEIO DA RES INTERPRETATA	334
--	-----

2 LIMITES DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO..... 345

2.1 OS LIMITES DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO DIANTE DO DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL: A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO ANTE A RECUSA DA IMPLEMENTAÇÃO DO JULGAMENTO PROFERIDO PELOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS	345
--	-----

2.2 OS LIMITES DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO: A RELAÇÃO DOS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO COM A DEMOCRACIA	354
---	-----

2.3 A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO COMO LIMITE AO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO	362
--	-----

3 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO PELA INTERATIVIDADE DO DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ENTRE AS CORTES NACIONAIS E A CORTE IDH 368

3.1 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO PELA NORMA CONVENCIONAL INTERPRETADA.....	369
---	-----

3.2 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO: A INCORPORAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS	384
3.2.1 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO EM CASOS GRAVES DE VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS.....	385
3.2.2 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO RELACIONADA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	388
3.3 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO PELA HARMONIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA NACIONAL COM A ORDEM JURÍDICA INTERAMERICANA: O EXEMPLO DO MÉXICO.....	391
CONCLUSÃO	396
REFERÊNCIAS.....	411
LIVROS E CAPÍTULOS DE LIVRO.....	411
ARTIGOS E <i>PAPERS</i>	427
JURISPRUDÊNCIA/CASOS DA CORTE IDH	446
CASOS COMISSÃO IDH.....	454
OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE IDH.....	455
JURISPRUDÊNCIA/CASOS DA CORTE EDH.....	456
CASOS COMISSÃO EDH	459
JURISPRUDÊNCIA/CASOS DA CIJ E DA CPJI	460
OPINIÕES CONSULTIVAS DA CIJ E DA CPJI.....	461
JURISPRUDÊNCIA/CASOS DOS TPI(S).....	462
JURISPRUDÊNCIA/CASOS DOS TRIBUNAIS NACIONAIS.....	462
DISPOSIÇÕES NORMATIVAS INTERNACIONAIS.....	467
DISPOSIÇÕES NORMATIVAS NACIONAIS	470
TESES DE DOUTORADO	472
DISSERTAÇÕES DE MESTRADO	473
ANEXO 1.....	474
TABELA 1 – RELAÇÃO DE CASOS E VIOLAÇÕES ALEGADAS	474

ANEXO 2..... 478

TABELA 2 – ADESÃO DOS ESTADOS À CONVENÇÃO AMERICANA E RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONTENCIOSA DA CORTE IDH.....478

ANEXO 3..... 479

TABELA 3 – ANÁLISE DE CASOS DA CORTE IDH COM O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO479

INTRODUÇÃO

O constitucionalismo apresenta-se como movimento constitucional, como a dinâmica político-social responsável por legitimar a existência da constituição em determinado sistema jurídico¹. Como ordem material de valores², a constituição transforma a leitura dos fatores reais de poder³ em sua força normativa⁴. O conteúdo material dos fatores reais de poder adquire cogência com a leitura da força normativa da constituição⁵, sendo responsável por modificar a realidade, tornando-a uma realidade constitucional. Este modelo de constituição revela-se como texto normativo aberto⁶, o qual é atualizado pelos anseios sociais, mediante a vontade de constituição oriunda da realidade constitucional⁷.

O problema apresenta-se quando o Estado não consegue implementar a força normativa do conteúdo material contido no texto constitucional. A realidade passa pela perda da força normativa constitucional, sobretudo no que tange aos aspectos relacionados aos direitos fundamentais. Abre-se espaço para a necessidade de promover a compensação desta perda constitucional de proteção da pessoa humana. Nesse aspecto, a compensação constitucional pode ser realizada pelo plano internacional.

O constitucionalismo compensatório define-se como a possibilidade de compensação da perda de força normativa constitucional (desconstitucionalização) dos sistemas jurídicos nacionais, por meio da constitucionalização do direito internacional. A perda desta força normativa está conectada ao fortalecimento da mundialização⁸, com a

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 e ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010.

² M. CRUZ, Luis. *La Constitución como orden de valores*. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Colección filosofía, derecho y sociedad. Granada: Comares, 2005.

³ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

⁴ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

⁵ COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista Diálogo Jurídico*, a. I, vol. I, n. 7, out. 2001.

⁶ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 11/01/2014.

⁷ HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Ob. cit., 1991.

⁸ A mundialização é definida por Mireille Delmas-Marty como a expansão dos direitos humanos a partir do processo de internacionalização do Direito (DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004).

aparição de problemas mundiais e descentralizados, bem como com a emergência de redes de interatividade globais, nos campos da Economia, da Ciência, da Política e do Direito⁹.

O incremento desta interdependência global é responsável pelo compartilhamento dos processos decisórios dos Estados com o direito internacional. Este compartilhamento ocorre por meio da transferência de atribuições das constituições para o direito internacional, o que levanta discussões relacionadas ao princípio democrático e à força do Estado de Direito, representada pela soberania.

Como consequência deste cenário, a presente tese propõe buscar o constitucionalismo compensatório no plano internacional, em virtude do *déficit* de proteção dos direitos humanos apresentados pelos Estados da América Latina.

Essa possibilidade de compensação fundamenta-se no processo de constitucionalização do direito internacional. O processo constitucional – a dinâmica derivada de valores constitucionais – possui diferentes níveis e feições (faces legislativa, administrativa e judicial)¹⁰.

O processo de constitucionalização do direito internacional não é diferente, apresentando-se de diversas maneiras e com diferentes conceitos no plano internacional. Dentre estes aspectos, destaca-se a perspectiva do direito internacional econômico, com a Organização Mundial do Comércio – OMC¹¹, a organização do Sistema das Nações Unidas (ONU)¹², por meio da governança administrativa¹³, e, ainda, a pretensão

⁹ Esta proposta é apresentada de forma consolidada por PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006, p. 579-580.

¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ob. cit., 2003.

¹¹ Sobre o tema, conferir as lições de ARMINGEON, Klaus; MILEWICZ, Karolina; PETER, Simone e PETERS, Anne. The constitutionalisation of international trade law. In *Constitutionalism and multilayered governance*, p. 69-103; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Constitutionalism and international organizations. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 17, p. 398, 1996 e DUNOFF, Jeffrey L. Constitutional Concepts: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 647-675, 2006. Em um posicionamento crítico, ver HOWSE, Robert. Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, p. 651-659, 2002.

¹² Nesse aspecto, apresentam-se como interessantes os apontamentos de KADELBACH, Stefan; KLEINLEIN, Thomas. International Law—a Constitution for Mankind?. *German Yearbook of International Law*, v. 50, n. 2007, 2008 e FASSBENDER, Bardo. The Better Peoples of the United Nations? Europe's Practice and the United Nations. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, p. 857-884, 2004.

¹³ Confira-se, a esse respeito, a proposta de WET, Erika de. Holding international institutions accountable: the complementary role of non-judicial oversight mechanisms and judicial review. In: *The Exercise of Public Authority by International Institutions*. Springer Berlin Heidelberg, 2010. p. 855-882.

fundante de uma legislação global¹⁴ ou a perspectiva judicante¹⁵. O enfoque que será dado à pesquisa será o tratamento conferido pela constitucionalização do direito internacional aos direitos humanos¹⁶.

Nesse aspecto, o constitucionalismo compensatório apresenta-se como figura central da interação entre o direito internacional e os sistemas jurídicos nacionais. O desenvolvimento constitucional do plano internacional ocorre gradualmente¹⁷. Os objetivos da dinâmica constitucional no âmbito do processo de constitucionalização tentam encontrar as necessidades de modificação da esfera internacional, com o escopo de estabelecer controles e limites.

O estágio atual do direito internacional demonstra a constitucionalização de suas diferentes áreas. Há funções constitucionais direcionadas a determinados institutos, que se apresentam como meta-normas, como os direitos humanos no plano internacional, que restringem a atuação dos Estados sobre seus nacionais.

Colocados nesse contexto, os direitos humanos interferem, sobremaneira, na formação conceitual que revela o poder simbólico¹⁸ de construção do direito

¹⁴ Como exemplo, conferir as lições de PETERSMANN, Ernst - Ulrich. 'Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, p. 621-650, 2002 e PAULUS, Andreas L. The international legal system as a constitution. *Ruling the world*, p. 69-109, 2009.

¹⁵ WIENER, Antje. Towards a Transnational Nomos: The Role of Institutions in the Process of Constitutionalization. Jean Monet Working Paper 9/03. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. 2003; GLENSY, Rex D. Constitutional Interpretation through a Global Lens. *Missouri Law Review*, vol. 75, p. 1171-1241, 2010; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011 e disponível em Academia.edu. Acesso em: 09/01/2014; WET, Erika de. The international constitutional order. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 01, p. 51-76, 2006; SWEET, Alec Stone. Constitutionalism, legal pluralism, and international regimes. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 621-645, 2009 e KLEINLEIN, Thomas. Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law. *Nordic Journal of International Law*, n. 81, p. 79-132, 2012.

¹⁶ Alguns dos autores que trabalham a questão constitucional dos direitos humanos: BOGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3-4, p. 397-413, 2008; WET, Erika de. The prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 97-121, 2004; WESSEL, Ramses A. The UN, the EU and *Jus Cogens*. 2006; WET, Erika de. The role of European courts in the development of a hierarchy of norms within international law: evidence of constitutionalisation?. *European Constitutional Law Review*, v. 5, n. 02, p. 284-306, 2009.

¹⁷ PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism ... Ob. cit., 2006, p. 599.

¹⁸ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 16. ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

internacional¹⁹, apresentando-se neste ambiente de fragmentação com espaços autônomos de produção normativa e decidibilidade²⁰.

No âmbito do direito internacional, os direitos humanos constroem elos em diferentes ambientes de capacidade decisória²¹. Nestes ambientes, a interpretação do seu conteúdo essencial é realizada em instâncias distintas, sendo considerados a matéria-prima do constitucionalismo compensatório. Por essa razão, atuam como instrumento de afirmação e desenvolvimento dos valores constitucionais contidos no plano internacional.

Assim, diferentes propriedades do direito constitucional estão presentes no direito internacional. Funções tipicamente constitucionais são cumpridas, e alguns valores previstos nos sistemas jurídico-constitucionais são identificados no direito internacional²².

A interação entre estes diferentes espaços normativos de produção jurídica pode ser mapeada metodologicamente, mediante a configuração dos processos de internacionalização do Direito²³.

Por meio da internacionalização do direito, a interpenetração normativa é visualizada nos diversos espaços de decidibilidade do direito internacional. Neste contexto, determinados ambientes se utilizam da experiência demonstrada em outras esferas de discussão. Os limites estabelecidos entre os sistemas jurídicos nacionais e o plano internacional tornam-se mais tênues, em função dos diferentes processos de construção, implementação e controle de normas realizados pela internacionalização do Direito²⁴.

¹⁹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.

²⁰ CLARK, Ian. *Globalization and Fragmentation: International Relations in the Twentieth Century*. New York: Oxford University Press, 1997. Em uma perspectiva evolutiva, conferir FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law*. Trad. Michelle Everson. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, p. 999-1046, 2004. Em uma perspectiva crítica e comparativa, ver, em especial DUPUY, Pierre-Marie. The Danger of Fragmentation or Unification of The International Legal System and The International Court of Justice. *International Law and Politics*, vol. 31, p. 791-807, 1999 e UNITED NATION. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskeniemi. Geneva, 13 April 2006.

²¹ VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set. 2005.

²² PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism... Ob. cit., 2006, p. 601-606.

²³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Leçons inaugurales de Collège de France: Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Paris, França: Collège de France, Fayard, 2003.

²⁴ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito*... Ob. cit., 2013, p. 14.

A internacionalização do Direito expande-se por diferentes níveis e por meio de duas grandes perspectivas – economia e direitos humanos²⁵. Em cada uma destas perspectivas, importantes temas são desenvolvidos²⁶, tanto na lógica econômica, como por temas transversais, como o meio ambiente, até se alcançar os direitos humanos. Nesse tema, há discussões materiais sobre justiça restaurativa e de transição, além da lógica do direito humanitário e do direito dos refugiados. Também é abordado o aspecto procedimental²⁷, como a discussão das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos²⁸.

Sobretudo, nestes processos de transposições jurisprudenciais²⁹ – a inter-relação que ocorre entre precedentes, também denominada de *cross-fertilization*, fertilização cruzada ou intercruzamento normativo³⁰ – pode ser observada a interatividade natural entre os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

²⁵ Esta divisão metodológica foi criada por DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004.

²⁶ O Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB procurou tratar destes temas, a partir da organização de um número especial da *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012. As referências aos artigos estarão no corpo do texto e ao final da pesquisa.

²⁷ A relação procedimental sobre a estrutura metodológica da Internacionalização do Direito já foi abordada em VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 1-7 e GONTIJO, André Pires. O Tempo & o Espaço nos Estudos Jurídicos Comparativos: o exame da Desordem Normativa no Processo de Internacionalização dos Direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (coord.). *A Construção Sociojurídica do Tempo: Teoria do Direito e do Processo*. Curitiba: Juruá, 2012.

²⁸ As transposições jurisprudenciais vistas como parte do diálogo entre os juízes foram desenvolvidas por BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010. De forma aprofundada, ver PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *A Circulação Global dos Precedentes: esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos*. 634 f. Tese apresentada no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília [UniCEUB], sob a orientação do Prof. Marcelo Dias Varella. Brasília: UniCEUB, 2014.

²⁹ Sobre o tema, Ruitemberg Nunes Pereira realizou importante estudo de doutoramento, em que pôde identificar as seguintes situações semelhantes à idéia de transposição jurisprudencial: “Nesse sentido é que vamos encontrar sobre o tema bibliografia vasta e crescente, que versa sobre aspectos diferentes das transposições jurisprudenciais, tais como: 1) globalização dos julgamentos; 2) globalização judicial; 3) empréstimos constitucionais; 4) peregrinação e importação jurisprudencial; 5) comparatismo jurídico; 6) jus gentium moderno; 7) diálogos interjudiciais ou diálogos inter-cortes; 8) livre movimento dos julgados; 9) diálogos de juízes; 10) fertilização cruzada; 11) diálogos transjudiciais; 12) transjudicialismo; 13) diálogos judiciais transnacionais; 14) transplantes jurídicos; 15) (trans)migração jurídica; 16) cosmopolitização da justiça; 17) julgamentos cruzados (cross-judging); 18) comunicação transjudicial; 19) internacionalização dos juízes; 20) conversação judicial transnacional; 21) uso interjurisdicional dos precedentes; 22) jurisprudência constitutiva global; 23) transferências constitucionais; 24) diálogo jurisprudencial; 25) jurisprudência globalizada; 26) polinização global cruzada; 27) difusão jurídica; 28) diálogo de common laws transnacionais; 29) interação jurisprudencial; 30) empréstimos inter-cortes e 31) conversações entre juízes.” (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *A Circulação Global dos Precedentes*. Ob. cit., 2014, p. 21-22).

³⁰ A proposta de Mireille Delmas-Marty contempla diferentes processos de relação entre o direito nacional e o direito internacional, que iniciam com a inspiração mútua entre os Estados, alcançando camadas iniciais de

O aprofundamento dos conceitos jurídicos em matéria de direitos humanos provocado pela *cross-fertilization* é responsável pela criação jurisprudencial de novos enfoques e novos elementos interpretativos. Ao manejar a significação do conteúdo essencial dos direitos humanos existentes, bem como criar novos direitos humanos a partir dos julgamentos proferidos, as Cortes pertencentes aos sistemas regionais de proteção contribuem para a expansão e a evolução do direito internacional³¹.

A proposta desta pesquisa centra-se no constitucionalismo compensatório e confere ênfase na construção dos direitos humanos por meio do processo de constitucionalização do direito internacional. Este processo ocorre a partir da análise da interatividade dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH) com os Estados da América Latina, Partes Contratantes da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante Convenção Americana).

A construção dos direitos humanos – tendo como fundamento o constitucionalismo compensatório – pode ocorrer de duas formas. No primeiro momento, a construção parte da Corte IDH para os Estados³², mediante a doutrina do controle de convencionalidade³³.

cada um dos sistemas jurídicos, sem modificar a respectiva estrutura ou história normativa, com ênfase no uso de soluções estrangeiras para problemas nacionais (a fertilização cruzada), até o uso de processos mais complexos, como a harmonização por aproximação e a unificação, que se valem de processos de integração verticais e horizontais, buscando-se o equilíbrio na margem nacional de apreciação e nos filtros da linguagem e da cultura (harmonização por aproximação e unificação). A abordagem da metodologia em torno da fertilização cruzada ou intercruzamento normativo pode ser vista em DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004, p. 14-18 e DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 39-128. Esta metodologia também é verificada em SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 1, p. 85-106, 1998; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Ob. cit., 2009 e PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism... Ob. cit., 2006.

³¹ Em uma perspectiva crítica, ver, em especial, ALTER, Karen J. Delegating to International Courts: Self-binding vs. Other-binding Delegation. *The Buffett Center for International and Comparative Studies – Northwestern University*, Working Paper n. 07-004, July 2007.

³² GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011.

³³ REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008; HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014; SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *Ius Commune* Interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América*

No segundo momento, a construção pode ocorrer pelo desenvolvimento do constitucionalismo pelos Estados, seja no desenvolvimento de suas próprias competências constitucionais³⁴, seja na aplicação do conteúdo normativo desenvolvido pela Corte IDH, por meio do controle de convencionalidade exercido pelos juízes nacionais³⁵.

Não é possível dissociar o Estado da construção dos direitos humanos³⁶. No cenário atual, o Estado apresenta-se aberto³⁷ para interagir com a rede de vínculos

Latina? Tomo II. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 449-468; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, v. 45, n. 135, set./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014 e MEJÍA-LEMOS, Diego Germán. On the 'Control de Convencionalidad' Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Right's Relevant Case Law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, p. 117-151.

³⁴ No sentido, conferir VARELLA, Marcelo Dias. Building International Law from the Inside Out: The Making of International Law by Infra-State and Non-State Actors. *Available at SSRN 2288209*, 2013 e KOH, Harold Hongju. International law as part of our law. *American Journal of International Law*, p. 43-57, 2004.

³⁵ GARCÍA-SAYÁN, Diego. The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1835, 2010; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 9, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23/01/2015 e GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, Puebla, v. 5, n. 28, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23/01/2015.

³⁶ Neste particular, são as lições de Norberto Bobbio: “a afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos, e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade, segundo a qual, para compreender a sociedade, é preciso partir de baixo, ou seja, dos indivíduos que a compõem, em oposição à concepção orgânica tradicional, segundo a qual a sociedade como um todo vem antes dos indivíduos. A inversão de perspectiva, que a partir de então se torna irreversível, é provocada, no início da era moderna, principalmente pelas guerras de religião, através das quais se vai afirmando o direito de resistência à opressão, o qual pressupõe um direito ainda mais substancial e originário, o direito do indivíduo a não ser oprimido, ou seja, a gozar de algumas liberdades fundamentais: fundamentais porque naturais, e naturais porque cabem ao homem enquanto tal e não dependem do beneplácito do soberano (entre as quais, em primeiro lugar, a liberdade religiosa). Essa inversão é estreitamente ligada à afirmação do que chamei de modelo jusnaturalista (...). O caminho contínuo, ainda que várias vezes interrompido, da concepção individualista de sociedade procede lentamente, indo do reconhecimento dos direitos do cidadão de cada Estado até o reconhecimento dos direitos do cidadão no mundo” (BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 5. reimp. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24).

³⁷ A abertura estatal vincula-se à constituição aberta, responsável pela promoção do conteúdo essencial dos direitos humanos a partir da proteção da dignidade da pessoa humana. O Estado vincula-se a esta constituição aberta e demonstra-se suscetível de promover as interações com o cenário internacional, sobretudo mediante a cooperação, o que forma, para Peter Häberle, a estrutura do Estado Constitucional Cooperativo, capaz de implementar o conteúdo material dos direitos fundamentais por meio do método comparativo, a partir da cooperação entre Estados (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 11/01/2014).

jurídicos apresentada pelo plano internacional, em virtude da sua intensa juridificação pela constitucionalização das relações internacionais, a qual pressupõe a projeção dos elementos que compõe o conceito de constituição para além das redomas do sistema jurídico interno³⁸.

Em função das modificações oriundas do cenário internacional³⁹, a constituição foi traduzida para a linguagem dos internacionalistas⁴⁰, em que o plano internacional passa a adquirir pela constitucionalização propriedades constitucionais em um processo de realimentação – o qual se apresenta como um lugar comum, no sentido de um processo de emergência, criação e identificação dos elementos constitucionais na ordem jurídica internacional⁴¹.

O termo “constituição” e as características deste instituto nunca estiveram reservados para as constituições dos Estados. No momento atual, o vínculo conceitual entre constituição e Estado tem perdido sua vigência, o que permite ampliar o sentido do termo “constituição” para situações diferenciadas⁴².

Para esta tese, o conceito de constituição necessitará abranger diferentes significados. Além da relação de organização e limitação do poder, o conceito de

³⁸ PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 11-12.

³⁹ Alfred Verdross vê o direito natural como o conjunto de regras que se reconhece à luz do espírito e o considera como principal fundamento do direito internacional, isto é, do qual é possível deduzir todas as disposições normativas relacionadas ao plano internacional, de modo que “o Estado está subordinado ao direito natural, assim como às regras criadas pelo costume internacional.” O próprio Verdross critica o direito natural no seu desenvolvimento como fundamento do direito internacional: “Entretanto, o objetivo final de nossa tarefa ainda não foi atingido, porque subsiste a objeção fundamental da teoria positivista contra qualquer ideia do direito natural. Conforme essa objeção, o pretense direito natural não é senão um sentimento subjetivo da justiça que varia conforme as civilizações e as circunstâncias. O erro da teoria do direito natural, dizem, é precisamente confundir o direito com a moral e a política, que devem estar separados claramente, porque a jurisprudência pode apenas analisar o conteúdo do direito positivo sem ter a competência de examinar se essas regras são ou não justas.” (VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 02, 2013, em especial p. 4, 16 e 29. Conferir ainda KLEINLEIN, Thomas. Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism. *Goettingen Journal of International Law*, v. 4, n. 2, 2012, p. 385-416). O posicionamento de Verdross reascende o debate com Kelsen sobre a estruturação do direito internacional (KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 04, 2013), cujas discussões podem ser aprofundadas em SOMEK, Alexander. Kelsen lives. *European Journal of International Law*, v. 18, n. 3, p. 409-451, 2007.

⁴⁰ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism...* Ob. cit., 2011.

⁴¹ PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 211-212.

⁴² PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatorio... Ob. cit., 2010, p. 211-212.

constituição deve associar a força normativa do seu conteúdo material e a expansão deste conteúdo para o direito internacional.

Por essa razão, a tese adotará o conceito de constituição como processo público⁴³. Por meio deste conceito, a constituição apresenta-se como um texto aberto, no qual diferentes atores poderão interpretar as disposições do texto constitucional, a fim de relacioná-las com o conteúdo essencial dos direitos humanos, previstos no plano internacional.

Nesse contexto, a possibilidade de aplicar a narrativa constitucional para situações diferentes das encontradas nos Estados – em uma perspectiva multinível⁴⁴ – abre o espaço para o desenvolvimento de um constitucionalismo para além do Estado⁴⁵.

Cuida-se de uma etapa evolutiva da compreensão funcional da constituição – apresentada atualmente – em contraste com o significado formal e tradicional do texto constitucional, como um documento singular de catalogação de direitos fundamentais pelo Estado e regulação do processo político e da divisão de poderes⁴⁶.

Assim, o constitucionalismo global⁴⁷ constitui uma agenda de aplicação dos princípios constitucionais no plano internacional, sendo o núcleo das mais importantes normas que regulam a atividade política e as relações da comunidade no plano internacional⁴⁸.

⁴³ HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. Ob. cit., 2003.

⁴⁴ LUPI, André Lipp Basto; MONTE, Mário João Ferreira; VIVIANI, Maury Roberto. Em busca de fundamentos para o constitucionalismo global: esboço de tendências teóricas para a constitucionalização no âmbito de uma nova ordem mundial. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 19, n. 4, edição especial 2014, p. 1220-1251. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 13/12/2014 e WALKER, Neill. *Multilevel constitutionalism: looking beyond the German debate*. LEQS Paper n. 08/2009, June 2009.

⁴⁵ KRISCH, Nico. *Beyond Constitutionalism: Postnational Law in Search of a Structure*. Publicado pela Oxford Scholarship Online, 2011 e KLEINLEIN, Thomas. On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 1075-1084, 2010.

⁴⁶ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism...* Ob. cit., 2011.

⁴⁷ Como parte dos processos de criação e difusão normativa, conferir ZUMBANSEN, Peer. Comparative, global and transnational constitutionalism: The emergence of a transnational legal-pluralist order. *Global Constitutionalism*, v. 1, n. 01, p. 16-52, 2012.

⁴⁸ PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009, p. 397.

O constitucionalismo implica a submissão do Estado à regulação normativa do Direito⁴⁹. Para a presente tese, a abordagem do constitucionalismo compensatório terá como ênfase a submissão dos Estados Partes da Convenção Americana aos valores constitucionais construídos no plano internacional, a partir da releitura dos direitos humanos promovida pela Corte IDH.

Na base deste constitucionalismo compensatório está o dilema da relação entre o direito internacional e o direito nacional. Como problemática a ser estudada pela pesquisa, apresenta-se a seguinte indagação: **o constitucionalismo compensatório desenvolvido pela Corte IDH contribui para a expansão do conteúdo jurídico dos direitos humanos?**

Como derivação da problemática, surgem perguntas específicas, como: (i) que métodos ou estruturas a Corte IDH vale-se para conferir eficácia aos instrumentos jurídicos por ela interpretados? (ii) a Corte IDH contribui para a inovação do direito internacional, por meio do processo de constitucionalização do direito internacional?

A resposta destes questionamentos será desenvolvida no âmbito da pesquisa, pois há uma gama de variáveis existentes que nem sempre são compatíveis com a realidade do constitucionalismo compensatório promovido pela Corte IDH. Nesse aspecto, o interesse da pesquisa é analisar as possibilidades que o constitucionalismo compensatório propicia na interatividade com os sistemas jurídicos dos Estados da América Latina.

A hipótese da presente pesquisa é que o constitucionalismo compensatório no plano interamericano ocorre não porque os Estados da América Latina perdem as funções que poderiam cumprir para o plano internacional, mas sim em virtude de os Estados latino-americanos não terem sido capazes de cumprir as funções estatais básicas, sobretudo a de proteção dos direitos humanos no plano nacional.

Neste aspecto, o constitucionalismo compensatório apresenta-se como linha de pensamento para a defesa da aplicação do conteúdo essencial dos direitos humanos, mediante os julgamentos da Corte IDH. Desse modo, o instituto visa compensar a falta de

⁴⁹ CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010 e CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Ob. cit., 2003.

concretude ao Estado Democrático de Direito, com o descumprimento de direitos fundamentais e dos padrões democráticos em nível nacional.

Esta definição é uma tentativa de descrever um sistema multinível e com diferentes fontes normativas em curso, com o objetivo de proteger os direitos humanos na América Latina e de defender a construção do direito constitucional para além do Estado no Sistema Interamericano. Como exigências coletivas desta proposta, estão o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, da democracia, da responsabilidade e da transparência no exercício do poder público na região⁵⁰.

No primeiro momento, o constitucionalismo compensatório a ser estudado no plano interamericano difere, em certa medida, do constitucionalismo europeu, que almeja o estabelecimento e a consolidação de uma Constituição para a Europa e o fortalecimento das relações entre os sistemas jurídicos nacionais com o ambiente supranacional⁵¹. Não obstante a Europa também tenha sido marcada por experiências históricas diferenciadas (nazismo, fascismo, comunismo e períodos ditatoriais nacionalistas), o constitucionalismo compensatório – no Sistema Interamericano – apresenta-se como uma tentativa de corrigir os excessos praticados com o aparelho estatal em décadas de regimes militares⁵² e de graves violações de direitos humanos.

O Sistema Interamericano está experimentando um processo dinâmico de construção de um direito constitucional comum por meio de seus juízes – tanto no nível nacional como no nível interamericano. A Corte IDH desenvolve um sistema difuso de

⁵⁰ Esta tem sido, na maioria das vezes, a visão de alguns juízes constitucionais, advogados que atuam com o tema direitos humanos e certos setores da sociedade civil que traduzem suas demandas para a linguagem dos direitos humanos, a fim de debater estes temas na arena judicial (GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism...* Ob. cit., 2011, p. 6).

⁵¹ Conferir as discussões em TRUBEK, David M.; TRUBEK, Louise G. Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co - ordination. *European Law Journal*, v. 11, n. 3, p. 343-364, 2005 e CRAIG, Paul. Constitutional Process and Reform in the EU: Nice, Laeken, the Convention and the IGC. *European Public Law*, v. 10, n. 4, p. 653-675, 2004.

⁵² Grande parte dos países que compõe o Sistema Interamericano enfrentaram períodos de regimes militares ditatoriais: Argentina (1930-1932), (1943-1946), (1955-1958), (1966-1973) e (1976-1983); Bolívia (1971-1985); Brasil (1889-1891), (1964-1985); Chile (1973-1990); Colômbia (1953-1957); Costa Rica (1863-1866), (1868-1876), (1877-1882) e (1917-1919); Cuba (1933-1959); República Dominicana (1889-1899) e (1930-1961); El Salvador (1931-1979); Equador (1972-1979); Guatemala (1970-1985); Haiti (1988-1990) e (1991-1994); Honduras (1963-1974); México (1853-1855) e (1876-1910); Nicarágua (1967-1979); Panamá (1968-1989); Paraguai (1954-1989); Peru (1968-1980); Suriname (1980-1988); Uruguai (1973-1984) e Venezuela (1847-1858), (1908-1935) e (1948-1958).

“revisão convencional” – pela via do controle de convencionalidade⁵³ – que determina aos juízes nacionais a necessidade de implementação das normas da Convenção Americana no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais. Esta interatividade da Corte IDH apresenta-se na forma de diálogos jurisprudenciais com as cortes constitucionais⁵⁴, bem como com a implementação de medidas legislativas – ou de outra natureza – como delineado pela Convenção Americana⁵⁵.

Por meio deste sistema, a produção, a aplicação e a interpretação dos direitos humanos na América Latina transcendem a jurisdição do sistema jurídico nacional e se instalam no espaço de interação interpretativa, em que juízes nacionais interagem, influenciam e são influenciados por outros. A aplicação do conteúdo material da Convenção Americana no plano dos Estados leva a uma maior convergência das normas regionais com as normas constitucionais internas, e o respectivo condicionamento do diálogo entre a Corte IDH e as cortes constitucionais, cuja interação jurisprudencial tem importante papel no processo de construção de um direito constitucional comum⁵⁶ no plano interamericano⁵⁷.

⁵³ Importante a análise crítica de 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.

⁵⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Diálogo Interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 10, n. 2, p. 57-140, 2012; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013 e MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (orgs.). *Diálogo entre Juízes*. Brasília: UniCEUB, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5748/1/Di%C3%A1logos%20entre%20ju%C3%ADzes.pdf>>. Acesso em: 29/12/2014.

⁵⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MOLLER, Carlos María. La Obligación de “Respetar” y “Garantizar” los Derechos Humanos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 10, n. 2, p. 57-140, 2012 e DE MORAIS BENEDETTI, Andrea Regina; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Corte Interamericana de Derechos Humanos e os Desafios à Implementação de suas Decisões: Estudo Comparado entre Brasil, Colômbia e Peru. *Revista de Estudos Internacionais*, v. 4, n. 2, p. 05-19, 2014.

⁵⁶ A primeira referência a tratar sobre o tema foi HÄBERLE, Peter. México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2011. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.html?l=545>>. Acesso em: 24/12/2014. Entre as atuais referências que desenvolvem este conceito estão BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 3-23; GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism...* Ob. cit., 2011 e SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 8, n. 1,

Nesse aspecto, a Corte IDH considera que o controle de convencionalidade deve ocorrer no plano interno⁵⁸, a partir da obediência dos Estados Partes aos artigos 1º, item 1, e 2º da Convenção Americana⁵⁹. Depois, caso haja o eventual descumprimento destes dispositivos, somados a outros dispositivos convencionais, a Corte IDH exerce sua jurisdição, por meio de um controle dinâmico e complementar⁶⁰, com o escopo de alcançar a compensação constitucional para a implementação dos direitos humanos no plano dos Estados Partes.

Entretanto, com a sistêmica violação dos direitos humanos pelos Estados Partes, será estudado nesta pesquisa um peculiar movimento da Corte IDH, que inverte a lógica deste controle de convencionalidade. Com esta movimentação, a interpretação de seus julgamentos torna-se mais importante, de maneira que os Estados devem implementar a

2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 24/12/2014.

⁵⁷ Importante destacar que a extensão deste direito comum interamericano não alcança todos os países do continente americano (como Estados Unidos ou Canadá, por exemplo), mas sim apenas os países que aceitaram a jurisdição contenciosa da Corte IDH, sendo este reconhecimento condição essencial para a apreciação constitucional dos elementos normativos da Convenção Americana e para o reconhecimento do caráter vinculativo das decisões da Corte IDH.

⁵⁸ Esta é a linha de pensamento da Corte IDH de que todas as autoridades e todos os órgãos do Estado têm a obrigação de exercer o controle de convencionalidade: “La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, ‘coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’. De tal manera, el Estado ‘es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos’. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’” (Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Mérito e Reparaciones. Sentença de 30/11/2012, Série C n. 259, § 142).

⁵⁹ “Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

⁶⁰ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional... Ob. cit., 2013, p. 670.

jurisprudência construída pela Corte IDH mediante o controle de convencionalidade exercido por ela⁶¹.

Por meio disto, a Corte IDH promove o desenvolvimento interpretativo dos direitos e garantias atinentes à Convenção Americana, fortalecendo o texto da Convenção com a construção de seu *status* constitucional a partir de seus julgamentos, desenvolvendo uma espécie de constitucionalismo judicial interamericano⁶².

Em semelhança com as funções estruturantes das cortes constitucionais⁶³, por meio da criação judicial⁶⁴ do direito⁶⁵, a Corte IDH organiza o conteúdo material dos direitos humanos, mediante o seu próprio bloco de constitucionalidade⁶⁶, quando da

⁶¹ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *Inter-American Commune*. Ob. cit., 2010, p. 449-468.

⁶² Expressão cunhada por Manuel Eduardo Góngora Mera, cuja construção teórica equipara-se a um tipo de constitucionalismo compensatório, defendido por Anne Peters e objeto da presente pesquisa (GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism...* Ob. cit., 2011, p. 6, nota n. 26).

⁶³ TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. México: UNAM, IMDPC e Marcial Pons, 2008, p. 825-846. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.html?l=2555>>. Acesso em: 01/09/2014.

⁶⁴ A expressão criação judicial do direito será adotada pela tese, ao invés do ativismo judicial. Isto porque consideramos a postura da Corte IDH positiva frente à necessidade de implementar o constitucionalismo compensatório. De outro lado, nos inspiramos na opinião de Inocêncio Mártires Coelho: “reconhece-se que o juiz tem sido a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional, de modo que o chamado ativismo judicial não passa de uma expressão nova com a qual se pretende rebatizar, acriticamente, a imemorial criação judicial do direito” (COELHO, Inocêncio Mártires. *Apointamentos para um debate sobre o ativismo judicial*. Texto para debate na 2ª Reunião do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, em 10/04/2014).

⁶⁵ O constitucionalismo judicial interamericano se contrapõe ao “popular constitutionalism” desenvolvido nos debates constitucionais travados nos Estados Unidos, cujo foco está sobre a legitimidade das Cortes Constitucionais no contexto de um sistema democrático. Os defensores do “popular constitutionalism” possuem um olhar negativo em relação ao poder que as Cortes Constitucionais exercem ao modificar as decisões dos poderes Executivo e Legislativo. O argumento principal destes defensores é a intromissão de uma instituição sem representatividade democrática nas deliberações dos poderes que detém a legitimação democrático-popular oriunda da Constituição. Sobre o tema, importante as lições de TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000; POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. *California Law Review*, v. 92, p. 1027-1044, 2004 e WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406, 2006. No plano do Sistema Interamericano, o principal crítico é MALARINO, Ezequiel. Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales – Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2010.

⁶⁶ O bloco de constitucionalidade é um instituto diferenciado e que tomou variações diversificadas ao longo de sua trajetória no direito comparado. Após seu surgimento na França, em 1960, o instituto migrou para

apreciação dos casos a ela submetidos. Trata-se não apenas de proferir o julgamento em si, mas da construção de argumentos que, em conjunto (isto é, em bloco), exercem o papel normativo, que representam uma nova interpretação sobre determinado direito previsto na Convenção Americana⁶⁷, a criação de novos direitos humanos – como no caso do direito à

Espanha, Panamá, Colômbia e, posteriormente, para Argentina. A particularidade deste instituto reside no fato de que nos diferentes países em que fora inicialmente adotado apresentara características distintas. Na França, a gênese teve como foco resgatar a vigência e aplicabilidade de normas constitucionais anteriores. Na Espanha, o instituto tem como uso principal catalogar normas de aplicabilidade a desígnios federativos, com o escopo de completar uma repartição de competências entre o Estado Central e as Comunidades Autônomas. Por sua vez, no Panamá o bloco de constitucionalidade é composto por elementos de conteúdo material, mas que não são formalmente constitucionais. Na Colômbia, o bloco é composto por certas normas internacionais de direitos humanos e de direito humanitário. Na Argentina, o bloco tem um conceito mais delimitado, não compondo o conceito de Constituição material, e nem sendo desenvolvido pela doutrina ou jurisprudência, posto que o bloco nasce por mandato expresso do Poder Constituinte (MANILI, Pablo Luis. *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 337-338).

⁶⁷ Exemplo disto é a leitura do direito à vida e à liberdade de expressão no âmbito da Corte IDH, com os casos *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* (Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/11/2012, Série C n. 257) e *Kimel vs. Argentina* (Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/05/2008, Série C n. 177), por exemplo. No plano doutrinário, os casos são debatidos por A. CHÍA, Eduardo; CONTRERAS, Pablo. Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100015&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 26/11/2014, ORDUNA TRUJILLO, Eva Leticia. La libertad de pensamiento y de expresión vista desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Latinoamérica*, México, n. 53, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-85742011000200007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014 e MACHADO, Natália Paes Leme. A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Derechos Humanos e o julgamento da ADPF 130. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 280-296.

verdade⁶⁸ e as questões atinentes às comunidades indígenas⁶⁹ – ou a regulamentação de determinada situação concreta⁷⁰.

Este “bloco de constitucionalidade interamericano”⁷¹ possui uma interface de implementação no âmbito das constituições dos Estados Partes. Esta relação pode ocorrer pela via da dignidade da pessoa humana⁷², seja pelo diálogo jurisprudencial⁷³, a partir do nível de autoridade conferido aos julgamentos da Corte IDH pelas cortes constitucionais

⁶⁸ O direito à verdade apresenta-se como principal expressão da criação da Corte IDH, ao tratar dos temas relacionados à anistia como, por exemplo, os casos Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75 e Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219, e no plano doutrinário, as lições de DELLA MORTE, Gabriele. *L’Amnistie en Droit International*. ESIL Web Publications–Papers, 2006, Paris Biennial Conference, 2007 e BINDER, Christina. The prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, 2011, p. 1203-1229.

⁶⁹ O direito das comunidades indígenas de se manifestar sobre a terra também apresenta-se como uma destas importantes construções da Corte IDH, como no caso Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do povo indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/05/2014, Série C n. 279. Na compreensão doutrinária, estão as lições de ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. XIV, 2014, p. 581-616 e ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 35, 2013, p. 113-187. Disponível em: <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol35/iss1/3>>. Acesso em: 03/12/2014.

⁷⁰ A expansão protetiva realizada no Caso Furlan e familiares vs. Argentina demonstra a intenção da Corte IDH em irradiar o conteúdo material da Convenção por meio deste “bloco de constitucionalidade interamericano” (Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31/08/2012, Série C n. 246). No plano doutrinário, ver, por todos, a contribuição de MOURE, Ana María. El Defensor Interamericano y la Defensa de los Derechos del Niño: Caso Furlán. *Revista chilena de derecho*, Santiago, v. 40, n. 3, set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000300009&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 03/12/2014.

⁷¹ A terminologia “bloco de constitucionalidade interamericano” é utilizada na pesquisa para distinguir o produto criado pela Corte IDH do instituto bloco de constitucionalidade em constante uso pelas Cortes Constitucionais. Algumas outras expressões podem ser aplicáveis a esta criação da Corte IDH. Já se encontra em debate na academia a possibilidade do uso da expressão “bloco de normatividade” (GONTIJO, André Pires. Diálogo entre os juízes: bloco de constitucionalidade “ao avesso”? Ou bloco de normatividade interamericano? In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (orgs.). *Diálogo entre Juízes*. Brasília: UniCEUB, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5748/1/Di%C3%A1logos%20entre%20ju%C3%ADzes.pdf>>. Acesso em: 29/12/2014). De outro lado, Valerio Mazzuoli, por exemplo, prefere a expressão bloco de convencionalidade, a ser utilizada em áreas temáticas específicas, pela proximidade com o conteúdo material contido nas constituições (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 412-413).

⁷² Como será estudado na tese, uma destas hipóteses de implementação é a partir do princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, conferir MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.

⁷³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional... Ob. cit., 2013, p. 671.

nacionais, o que determina se a convergência normativa leva a uma coerente e uniforme interpretação do conteúdo material contido na Convenção Americana⁷⁴.

O poder de penetração que a Corte IDH possui no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais reforça o argumento de que os seus julgamentos contribuem para o desenvolvimento do direito internacional. Nesta possibilidade de inovação no plano internacional – por meio dos julgamentos proferidos pela Corte IDH – é que se identificam possíveis pontos de conflito para o constitucionalismo compensatório.

Tal possibilidade enfatiza a relação do constitucionalismo compensatório com o direito internacional, bem como apresenta o comportamento do direito interno perante os efeitos exercidos por este instrumento. Desse modo, busca-se verificar como cada sistema jurídico nacional incorpora e como se relaciona com o conteúdo material dos julgamentos da Corte IDH.

Essa inovação dos julgamentos da Corte IDH diz respeito ao modo como os sistemas jurídicos nacionais interagem com o constitucionalismo compensatório. De modo geral, há a possibilidade desta relação desenvolver-se sob três formas (i) indiferença dos sistemas jurídicos nacionais; (ii) divergência dos Estados Partes quanto ao conteúdo decisório e (iii) convergência dos Estados Partes na implementação material do constitucionalismo compensatório.

A indiferença dos sistemas jurídicos nacionais ao constitucionalismo compensatório pode se dar pela apatia⁷⁵ dos Estados em relação ao plano internacional ou a resistência deliberada em relação a esta influência internacional⁷⁶. Já as hipóteses de divergência⁷⁷ e convergência⁷⁸ dos Estados Partes quanto ao conteúdo decisório da Corte

⁷⁴ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism...* Ob. cit., 2011, p. 7.

⁷⁵ No caso da apatia dos Estados, como revela Ruitemberg Nunes Pereira, “a indiferença tem como causa uma série de razões sociais internas, que dizem respeito à ausência de cultura comparativa crítica e internacionalista por parte dos juízes nacionais, aos problemas de formação acadêmica e de cultura em geral, enfim às deficiências em termos de conhecimento suficiente para a compreensão da realidade jurisprudencial de outros sistemas e para o uso dessa prática na argumentação judicial interna.” (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *A Circulação Global dos Precedentes...* Ob. cit., 2014, p. 18).

⁷⁶ Nesse aspecto, “a indiferença revela um engajamento do sistema doméstico no sentido de resistir à influência de precedentes estrangeiros ou internacionais na forma como juízes nacionais decidem” (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *A Circulação Global dos Precedentes...* Ob. cit., 2014, p. 18).

⁷⁷ A divergência quanto ao conteúdo decisório da Corte IDH foi verificada no diálogo jurisprudencial entre a Corte IDH e a Suprema Corte de Justiça do Uruguai, acerca da interpretação do Caso Gelman (Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221 e Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte IDH de 20/03/2013) com

IDH apresentam-se na forma de diálogo jurisprudencial com as cortes constitucionais, cujo resultado da interatividade implica no reconhecimento (ou não) da coisa julgada do julgamento da Corte IDH como norma convencional interpretada⁷⁹.

Mesmo que o constitucionalismo compensatório não tenha a influência necessária em todos os sistemas jurídicos nacionais da América Latina, a sua importância é aferida pelas transformações pontuais que podem realizar nestes Estados.

Nesse contexto, o potencial do constitucionalismo compensatório pode alcançar o conteúdo essencial dos direitos humanos e sua implementação material nos Estados, tendo em vista que estas modificações realizadas pela Corte IDH dificilmente seriam adotadas pelos Estados em sua via legislativa.

Desse modo, o constitucionalismo compensatório pretende evidenciar as diversas questões jurídicas que envolvem a aplicação dos julgamentos da Corte IDH nos sistemas jurídicos nacionais pela via do controle de convencionalidade. Entre estas questões situam-se as dificuldades que decorrem dos diálogos jurisprudenciais.

Com efeito, não é apenas a ideia de implementação material do julgamento da Corte IDH que se apresenta, como também a adaptação deste conteúdo material a diversos sistemas jurídicos nacionais. Isto porque, cada ordem jurídica nacional contém diferentes sentidos para a autoridade do julgamento da Corte IDH e de seus respectivos órgãos judiciais.

o posicionamento da Corte Constitucional uruguaia (URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 20. IUE-2-109971/2001. Relator Ministro Jorge O. Chediak González. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 08/11/2014).

⁷⁸ A convergência entre o conteúdo material da Corte IDH pode ser verificada com a Argentina, em relação ao Caso Barrios Altos vs. Peru (Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75 e Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 03/09/2001 – Interpretação da Sentença de Mérito, Série C n. 83), quando aplicado pela Corte Suprema de Justiça da Nação argentina (ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014).

⁷⁹ Será estudado em capítulo específico, com especial ênfase a partir das lições de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.

A implementação do constitucionalismo compensatório pode atingir diferentes instituições do Estado (os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário). Para a presente pesquisa, o Estado não será considerado apenas como a entidade dotada de poder como unidade de ação política⁸⁰. Será também considerado por meio de seus entes, sejam eles vinculados ao âmbito executivo, legislativo ou judicial.

Nesse sentido, aplicar o julgamento da Corte IDH pela via do controle de convencionalidade poderia ser visto como forma de interferência na liberdade de conformação do direito por parte das instituições nacionais. Em outra perspectiva, o constitucionalismo compensatório oriundo do controle de convencionalidade interamericano pode aprofundar a atuação dos juízes nacionais, levando-os a desconsiderar a competências dos demais órgãos normativos internos e a construir a implementação material em matéria de direitos humanos.

As consequências jurídicas do constitucionalismo compensatório revelam-se importantes na relação da Corte IDH com os Estados. Nesse aspecto, a principal diz respeito à natureza vinculante ou facultativa dos precedentes da Corte IDH.

Trata-se da discussão sobre a coisa julgada internacional que se faz na relação do caso concreto (*res judicata*) e da extensão do conteúdo material deste precedente a outros Estados que não são partes na controvérsia (*res interpretata*). São inúmeros os Estados da América Latina que estão conectados a uma percepção dualista do direito internacional e que não pretendem transferir parte de seus processos decisórios para a Corte IDH. No entanto, a norma convencional interpretada (oriunda do exercício da *res interpretata*) apresenta-se como desenvolvimento de garantia coletiva do sistema interamericano, com o avanço do constitucionalismo compensatório pelo controle de convencionalidade.

Neste contexto, esta pesquisa irá apreciar o paradoxo que o constitucionalismo compensatório apresenta a partir do processo de constitucionalização do direito internacional.

De um lado, a crescente expansão da Corte IDH pelo desenvolvimento do controle de convencionalidade – a partir de seus julgamentos – culmina com a expansão do

⁸⁰ HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Trad. Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

seu entendimento sobre direitos humanos. Esta expansão é realizada por meio da construção do bloco de constitucionalidade interamericano, a ser implementado no âmbito dos Estados.

Por outro lado, os sistemas jurídicos nacionais revelam-se resistentes a esta compensação constitucional ou mostram-se indiferentes quanto ao conteúdo material delineado pela Corte IDH. Logo, não são poucos os casos em que os sistemas jurídicos nacionais constroem seus próprios conceitos de direitos humanos, de forma isolada ou independente.

A resistência dos Estados pela prática do soberanismo metodológico⁸¹ revela-se o principal obstáculo em relação à implementação do constitucionalismo compensatório em matéria dos direitos humanos. Com base nisto, essa tese apresenta a reflexão sobre o constitucionalismo compensatório, no sentido de se possibilitar maior abertura dos Estados à implementação material dos direitos humanos construídos pela Corte IDH. Este exame do constitucionalismo compensatório promovido pela Corte IDH divide-se em duas partes nesta pesquisa.

A primeira parte diz respeito à construção criativa do constitucionalismo compensatório no âmbito da emergência do direito internacional dos direitos humanos. A ênfase desta parte está na etapa evolutiva desenvolvida pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. Nesta primeira parte, a pesquisa reparte-se em 3 capítulos.

O Capítulo 1 tratará do processo de constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos. Esta parte abordará o conceito evolutivo dos direitos humanos como matéria-prima do constitucionalismo compensatório. Cuida-se de capítulo em que a evolução do conceito de direitos humanos será revisitada, com o escopo de atender às necessidades de conceituação do constitucionalismo compensatório e estruturação do conceito para a tese. Em seguida, será abordada a constitucionalização do direito internacional, parte em que serão analisados os processos de evolução do direito internacional e que culminam na proteção dos direitos humanos.

⁸¹ A prática do soberanismo metodológico revela-se quando o direito internacional se submete ao modo particular de interpretação pelo Estado das questões por ele reguladas (PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *A Circulação Global dos Precedentes...* Ob. cit., 2014, p. 20). Aproxima-se, neste aspecto, da posição do Estado de dualista com primazia do direito interno (REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: Curso elementar*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014).

Por sua vez, o Capítulo 2 terá por objetivo demonstrar a construção do constitucionalismo compensatório. Buscar-se-á nesta parte da pesquisa evidenciar o padrão de proteção da Corte IDH como modelo de jurisdição obrigatória no plano internacional. Para alcançar este objetivo, será realizado estudo comparativo com a Corte Internacional de Justiça (doravante CIJ) e com a Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante Corte EDH). Este estudo tem, ainda, como finalidade revelar como estes tribunais constroem seu padrão de jurisdição obrigatória, mediante o uso dos precedentes.

O Capítulo 3 evidenciará a construção criativa do constitucionalismo compensatório. Ela é empreendida por meio da doutrina do controle de convencionalidade. A discussão deste capítulo estará em demonstrar que o controle de convencionalidade elaborado pela Corte IDH é um dos principais instrumentos para a construção criativa do constitucionalismo compensatório. A Corte desenvolve este processo em sua jurisprudência, com a finalidade de formar seu próprio bloco de constitucionalidade. A partir deste bloco de normas, a Corte condensa o texto convencional e a interpretação deste – desenvolvida por sua jurisprudência –, com o intuito de implementá-lo pela via do constitucionalismo compensatório.

A segunda parte da pesquisa cuida do desenvolvimento criativo do constitucionalismo compensatório pela jurisprudência da Corte IDH. Tem como desafio promover a interatividade do conteúdo material delineado pelos julgamentos da Corte IDH com os sistemas jurídicos nacionais da América Latina. Na segunda parte, a pesquisa divide-se em 2 capítulos.

O Capítulo 4 coloca em evidência o desenvolvimento do constitucionalismo compensatório mediante o exame da jurisprudência da Corte IDH. Os precedentes selecionados guardam pertinência com os conceitos evolutivos em direitos humanos propostos pela Corte IDH. Serão cotejados temas relacionados à *jus cogens*, para o fim de subsidiar as discussões travadas pela Corte, em especial sobre a estrutura jurídica formada em torno das anistias concedidas pelos Estados.

O Capítulo 5 cuidará da interatividade promovida pelo diálogo jurisprudencial entre a Corte IDH e os tribunais dos Estados da América Latina, proveniente da implementação do constitucionalismo compensatório. O exame desta interatividade

inicia-se no debate acerca da coisa julgada internacional e seu avanço para a norma convencional interpretada. Em seguida, são determinados limites ao constitucionalismo compensatório para, ao final, apresentar as hipóteses relevantes de implementação do constitucionalismo compensatório desenvolvido pela Corte IDH.

As diversas formas de interações entre os sistemas jurídicos nacionais com o Sistema Interamericano baseadas nos julgamentos da Corte IDH evidenciam a complexidade e a amplitude do constitucionalismo compensatório, objeto deste estudo. No entanto, em função desta complexidade e desta amplitude, a presente tese não tem a intenção de realizar análise quantitativa do constitucionalismo compensatório, o que seria impossível pelo tempo e o volume de dados a serem analisados.

Em função dessas contingências quantitativas, a opção adotada foi desenvolver a pesquisa por meio de análise qualitativa, delimitando o exame às principais dinâmicas identificadas para representar o constitucionalismo compensatório exercido pela Corte IDH. Essa análise qualitativa funda-se na identificação de *leading cases* provenientes da Corte IDH e dos tribunais nacionais, que tenham apresentado relevância tanto em termos de interpretação da Convenção Americana, como na interatividade e na influência, em especial quando da apreciação dos direitos humanos estabelecidos em sede de controle de convencionalidade.

Assim, o convite à reflexão do constitucionalismo compensatório traduz-se na possibilidade dos sistemas jurídicos nacionais implementarem o conteúdo material dos direitos humanos, ou explicitarem as razões de não o fazer. Isso porque, na perspectiva da tese, o exame crítico dos precedentes emanados da Corte IDH e que contém o conteúdo material dos direitos humanos, também se apresenta como uma modalidade de exercer o constitucionalismo compensatório.

Desse modo, a pesquisa parte da premissa de que a resistência ao constitucionalismo compensatório no âmbito da Corte IDH representa alto custo para a pessoa humana, porquanto significa uma recusa à concretização dos direitos humanos delineados na jurisprudência da Corte IDH. A recusa de interatividade dos sistemas jurídicos nacionais atende a outros interesses que não o da pessoa humana, destinatária principal do conteúdo material dos direitos humanos. É evidente que o constitucionalismo

compensatório não se revela a solução jurídica para todos os problemas de incoerência e de ineficácia dos direitos humanos. Todavia, a proposta teórica desenvolvida é que o constitucionalismo compensatório pode contribuir para a melhoria da implementação material dos direitos humanos no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais.

**PARTE 1 – A CONSTRUÇÃO CRIATIVA DO
CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO NO ÂMBITO
DA EMERGÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS
DIREITOS HUMANOS: O PROCESSO DE
CONSTITUCIONALIZAÇÃO COMO ETAPA EVOLUTIVA
DOS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO**

CAPÍTULO 1 – A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A MATÉRIA-PRIMA DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

Com o enfraquecimento do cumprimento das constituições nos sistemas jurídicos nacionais, há a necessidade de equilibrar o *déficit* de proteção da pessoa humana apresentado em países que violam os direitos fundamentais.

O constitucionalismo compensatório apresenta-se como instrumento para balancear a perda de força normativa apresentada por estas constituições. Referido instrumento fortalece o direito internacional, por meio do processo de constitucionalização de seus diferentes processos, sobretudo em matéria de direitos humanos.

A finalidade dos direitos humanos está em proteger a pessoa humana em seus diferentes aspectos. O constitucionalismo compensatório desenvolvido pela Corte IDH inspira-se nesta essência: a de proteger a pessoa humana. Para tanto, a Corte busca desenvolver processos – aperfeiçoar os institutos existentes no direito internacional ou criar novos institutos – com a finalidade de resguardar o conteúdo material contido no texto da Convenção Americana.

A compreensão destes processos exige, no primeiro momento, estudo mais detalhado sobre os direitos humanos. Como conceito em evolução, o instituto é um dos responsáveis por desencadear o processo de constitucionalização no direito internacional.

Nesse contexto, a primeira parte do capítulo cuidará do exame dos direitos humanos. Será apreciada sua perspectiva evolutiva, e o estágio atual que a teoria se encontra, com o desenvolvimento do direito internacional dos direitos humanos.

A segunda parte do capítulo será dedicada ao processo de constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos. Nela, o enfoque será conferido ao processo de constitucionalização do direito internacional. Trata-se de construção que visa subsidiar a evolução do direito internacional. Ocorre não apenas com os direitos humanos, mas nesta seara encontrou condições de se consolidar como premissa teórica do direito internacional.

O processo de constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos consiste em etapa importante para compreender os processos desenvolvidos pela Corte IDH no plano internacional, em especial a sua modalidade de constitucionalismo compensatório.

1 A EMERGÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: A MATÉRIA-PRIMA DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

Diante do histórico de eventos em que ocorreram massivas e sistemáticas violações dos direitos humanos, o estágio atual de proteção destes direitos decorre da vontade dos Estados de buscar valores na comunidade internacional para resguardar a pessoa humana. Este movimento está associado ao processo de globalização ou mundialização⁸², em que se defendem valores comuns compartilhados por todos os Estados ou situações simplesmente impostas por grandes potências⁸³.

Os direitos humanos apresentam-se como um conceito em evolução. Diversos processos históricos contribuíram para a acumulação de diferentes lógicas no decorrer da construção de seu conceito.

Nesse aspecto, a presente parte do capítulo abordará os direitos humanos como este conceito em movimento. O propósito da presente parte é delinear o estágio atual do direito internacional dos direitos humanos, e como este instituto contribui como sendo matéria-prima do constitucionalismo compensatório, desenvolvido pela Corte IDH.

1.1 OS DIREITOS HUMANOS COMO CONCEITO EM EVOLUÇÃO

Os direitos humanos podem ser conceituados a partir dos fatos da vida, decorrentes de discursos, de documentos de pensadores e de uma série de eventos que compõe uma época particular. São direitos pertencentes aos indivíduos pelo simples fato de

⁸² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004.

⁸³ SILVA, Alice Rocha da; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. A construção da jurisprudência sobre direitos humanos a partir do diálogo entre juízes de tribunais internacionais, regionais e nacionais. In: GUIMARÃES, Antonio Marcio da Cunha; GOMES, Eduardo Biacchi e LEISTER, Margareth Anne (coord.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.

ser um construto derivado do pensamento da espécie humana. São direitos marcados pela perspectiva da equidade, os quais podem ser gozados, independentemente da opção sexual, da raça, da nacionalidade e do padrão financeiro e cultural de vida. Ao cruzar os séculos e serem confrontados com as políticas tradicionais, diferentes componentes conceituais foram elaborados e incorporados em sua definição. Nos dias atuais, os diferentes significados dos direitos humanos refletem o processo histórico de continuidade e mudança⁸⁴, que conformaram o seu atual conteúdo, derivando deste, sobretudo, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948⁸⁵.

Ainda assim, a gênese dos direitos humanos é bastante controversa, sobretudo no que diz respeito a sua pretensão de universalidade⁸⁶. A universalidade dos direitos humanos está associada à Revolução Francesa, de 1789, marco histórico que foi sufocado pela expansão nacionalista posterior⁸⁷. Este tipo de expansão continuou com a concertação dos países em desenvolvimento, as disputas da Guerra Fria, culminando com a expansão da economia de mercado. Ainda que estas forças reacionárias tenham suprimido a expansão cognitiva dos direitos humanos, o progresso de cada fase destes direitos está demarcado em sua etapa evolutiva^{88 89}.

⁸⁴ Este processo é delineado por Bruce Arkeman e por Anne Peters como “momentos constitucionais”, de intenso conteúdo constitutivo na formação de determinado sistema jurídico (PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579-610, 2006, p. 599 e ARCKEMAN, Bruce. *Nós, O Povo Soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006).

⁸⁵ ISHAY, Micheline R. *The History of Human Rights: from ancient times to the globalization era*. Berkeley, California: University of California Press, 2004, p. 2-3.

⁸⁶ Em uma concepção crítica, observar os escritos de HUNT, Lynn Avery. *Inventing Human Rights: A History*. New York: W. W. Norton & Company, 2007.

⁸⁷ Esta expansão ocorreu durante eventos como as conquistas de Napoleão Bonaparte, o surgimento das duas grandes guerras, a Revolução Bolchevique, o surgimento da Liga das Nações, posteriormente convertida em Nações Unidas, da qual resultou a Declaração Universal de 1948.

⁸⁸ ISHAY, Micheline R. Ob. cit., 2004, p. 4.

⁸⁹ De outro lado, Lynn Hunt defende uma visão mais crítica desta perspectiva evolutiva dos direitos humanos. Em sua análise, a Revolução Francesa – marco desta universalidade dos direitos humanos – é fruto de encontros e desencontros de uma intensa fertilização cruzada entre Estados Unidos e França neste período, cuja declaração Americana de Independência inspirou o texto da Revolução Francesa. Entretanto, em ambos os

A estruturação inicial dos direitos humanos parte de uma concepção moderna, inspirada e idealizada pela expansão da sociedade ocidental em termos de alcance e expressão do poder. O desenvolvimento do capitalismo contribuiu para a criação de circunstâncias necessárias, que evidenciaram a estruturação e o desenvolvimento de uma linguagem universal dos direitos humanos. Esta linguagem não foi apenas inventada pelos pensadores iluministas, mas eles se preocuparam em fornecer os insumos para a formulação de debates e a continuação do seu desenvolvimento⁹⁰.

Como categoria conceitual, os direitos humanos apresentam-se como um conjunto de normas fundadas no reconhecimento da dignidade inerente a todos os seres humanos, de modo a assegurar o seu respeito efetivo.

A construção dos direitos humanos parte de um processo recíproco e contínuo de influência entre Estados, que passaram por experiências com guerras, períodos ditatoriais, massacres e revoluções que outros não vivenciaram⁹¹. Com a emergência da multiplicidade de temas e instrumentos de proteção, os Estados foram estabelecendo conjuntos normativos de proteção a nível local, regional e mundial, sendo um nível influenciando o outro⁹² e todos convergindo para o objetivo comum de proteção da pessoa humana. Há, nesse aspecto, a possibilidade de considerar esses três níveis a partir da especificidade de cada um, sem a necessidade de unificações ou fusões⁹³.

Sobre esta perspectiva, os direitos humanos apresentam-se como um conceito em movimento. No âmbito da ONU, ao se debater sobre o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os Estados não chegaram a um consenso

textos, nota-se que a pretensão de validade universal dos direitos humanos não guardaria conexão com a realidade, haja vista a existência de escravos e de uma separação das castas sociais fundadas no capital, o que remete a construção dos direitos humanos neste período em um ambiente de hipocrisia (Cf. HUNT, Lynn Avery. Ob. cit., 2007, p. 17-19).

⁹⁰ ISHAY, Micheline R. Ob. cit., 2004, p. 8.

⁹¹ SILVA, Alice Rocha da; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. Ob. cit., 2013.

⁹² VARELLA, Marcelo Dias. Building International Law from the Inside Out: The Making of International Law by Infra-State and Non-State Actors. Available at SSRN 2288209, 2013.

⁹³ ONUMA, Yasuaki. A transcivilizational perspective on international law. Questioning prevalent cognitive frameworks in the emerging multi-polar and multi-civilization world of the twenty first century. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, v. 342, 2010, p. 220.

sobre a definição de direitos humanos⁹⁴. Apenas foram colocados parâmetros, como a necessidade de conter no texto o princípio da não discriminação, os direitos civis e políticos, os direitos econômicos e sociais, além do fato de que deveriam ser universais⁹⁵.

Nesse aspecto, a concepção dos direitos humanos alicerça-se na construção de seu conteúdo essencial a partir da perspectiva cultural. Por esse ângulo, estabelece-se o multiculturalismo e a diversidade cultural⁹⁶ como parte estruturante da concepção dos direitos humanos⁹⁷. O desenvolvimento desta perspectiva contribui para a evolução dos direitos humanos, em sua concepção contemporânea.

1.2 DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO: A CONCEPÇÃO CONTEMPORÂNEA DE DIREITOS HUMANOS

A concepção contemporânea de direitos humanos apresenta-se como uma resposta ao período Pós-Guerra. Simbolicamente, é estratificada, no plano mundial, com a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, e reiterada pela Declaração de Direitos

⁹⁴ Inclusive, o uso indiscriminado do termo “direitos humanos” por diversos campos, como a filosofia, a política, a jurisprudência, tem tornado a expressão degradada. Esta é a opinião de GRIFFIN, James. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 14-15.

⁹⁵ CABRITA, Isabel. *Direitos Humanos: Um Conceito em Movimento*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 17-18.

⁹⁶ Ver, em especial, BURRI, Mira. Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects. *Diversity*, n. 2, p. 1059-1084, 2010; BELL, Lynda S.; NATHAN, Andrew J.; PELEG, Ilan (coord.). *Negotiating Culture and Human Rights*. New York: Columbia University Press, 2001; AN-NA’IM, Abdullahi Ahmed. *Human Rights In Cross-Cultural Perspectives: a quest for consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992; DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l’universel*. Paris: SEUIL, 2004; VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 17; KLEINLEIN, Thomas. Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism. *Goettingen Journal of International Law*, v. 4, n. 2, 2012, p. 385-416; AYTON-SHENKER, Diana. *The Challenge of Human Rights and Cultural Diversity*. United Nations Department of Public Information, March 1995. Disponível em: <<http://www.un.org/rights/dpi1627e.htm>>. Acesso em: 01/02/2014. Ver também, em especial, a Declaração Universal da Diversidade Cultural, adotada pela Conferência Geral das Nações Unidas sobre Organização Educacional, Científica e Cultural, na 31^a sessão, de 02/11/2001. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CulturalDiversity.aspx>>. Acesso em: 01/02/2014 e DONDERS, Yvonne. Human Rights and Cultural Diversity: too hot to handle? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30/4, p. 377-381, 2012.

⁹⁷ ISHAY, Micheline R. Ob. cit., 2004, p. 5.

Humanos de Viena, de 1993. Metodologicamente, esta concepção contemporânea conecta-se com a internacionalização dos direitos humanos, movimento responsável por desencadear uma resposta aos atos cometidos pelos diferentes regimes totalitários. Com a internacionalização dos direitos, revela-se o esforço de reconstrução dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar e redimensionar a ordem internacional⁹⁸.

O desenvolvimento dos direitos humanos ocorre em diversas camadas, que se referem não apenas ao contexto internacional, como também se relacionam com os âmbitos regionais e locais. A partir da vontade dos Estados, os direitos humanos foram enquadrados como ramo específico para o tratamento da defesa dos direitos de defesa relacionados à pessoa humana. Isso ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, tendo em vista que os Estados almejavam buscar valores universais de proteção da pessoa humana⁹⁹.

A construção dos direitos humanos sempre envolve a participação dos Estados. No entanto, em decorrência da globalização ou da mundialização, houve um redimensionamento deste processo. Além do desenvolvimento dos direitos humanos pelas instituições do Estado¹⁰⁰, a construção dos direitos humanos passa a ser papel da comunidade internacional, em que valores comuns¹⁰¹ são compartilhados entre os Estados, ou simplesmente impostos por atores centrais¹⁰².

Destarte, a concepção contemporânea destes direitos apresenta-se nos pilares da universalidade, da indivisibilidade e da interdependência – simbolicamente estratificados na Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, e reiterados pela Declaração de Direitos Humanos de Viena, de 1993¹⁰³.

⁹⁸ PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 51-52.

⁹⁹ SILVA, Alice Rocha da; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. Ob. cit., 2013.

¹⁰⁰ VARELLA, Marcelo Dias. Ob. cit. *Available at SSRN 2288209*, 2013.

¹⁰¹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

¹⁰² SILVA, Alice Rocha da; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. Ob. cit., 2013.

¹⁰³ O parágrafo 5º de referida Declaração enaltece: “Todos os direitos humanos são universais, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase.”

Por sua vez, estes pilares levaram os direitos humanos a se organizarem em diversos sistemas de proteção. Enquanto no plano internacional os direitos humanos contam com os diferentes comitês e escritórios pertencentes ao Sistema ONU, no plano regional, os direitos humanos encontram estruturas mais avançadas de proteção, tanto no Sistema Europeu como no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos.

Inspirados no ideal de salvaguarda da pessoa humana e nos parâmetros “protetivos do mínimo ético irreduzível”, os sistemas de proteção têm como escopo a interação em benefício dos indivíduos protegidos. Estes sistemas possuem como finalidade proporcionar a maior efetividade possível na tutela e na proteção dos conteúdos essenciais constitucionalmente e convencionalmente protegidos. Em tese, são complementares em suas esferas de atuação e trabalham em conjunto com os sistemas jurídicos dos Estados, vez que seria esta a lógica inerente ao direito internacional dos direitos humanos¹⁰⁴.

A formulação dos sistemas regionais de proteção advém do processo de internacionalização dos direitos humanos, responsável pela profusão de suas normas e na multiplicação dos órgãos de controle. Com o desenvolvimento dos sistemas regionais de proteção, estes avançam na construção de novos conceitos e, como consequência, contribuem para a proliferação do direito internacional¹⁰⁵, sendo responsáveis pela emergência do direito internacional dos direitos humanos.

1.3 A FASE ATUAL: A EMERGÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

No contencioso Barcelona Traction¹⁰⁶, de 1970, a CIJ reconheceu que no plano internacional, a configuração de proteção à pessoa humana está alicerçada nos direitos humanos, no direito humanitário e no direito dos refugiados¹⁰⁷. Para a CIJ, tanto os direitos

¹⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. Ob. cit., 2008, p. 53.

¹⁰⁵ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 315.

¹⁰⁶ CIJ. Contencioso Barcelona Traction, decisão de 05/02/1970. Disponível em: <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_1948-1991.pdf>. Acesso em: 30/12/2013.

¹⁰⁷ Sobre o tema, conferir CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gerard; SANTIAGO, Jaime Ruiz. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados*. Brasília: IIDH, 1996.

humanos, como o direito humanitário e o direito dos refugiados compõem um mesmo grupo de princípios e regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Entretanto, a doutrina internacional realiza algumas distinções, que se apresentam importantes para definir a fase atual dos direitos humanos. Em relação à distinção com o direito humanitário, este ramo cuida da defesa dos direitos da pessoa humana imersa em um conflito armado. Originalmente proposto pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, apresenta uma aparente divisão no plano internacional, relacionada com a condução das hostilidades (direito humanitário de Haia) e a proteção das pessoas que estão sob o domínio da parte adversa (direito humanitário de Genebra)¹⁰⁸.

Atualmente, esta distinção tende a desaparecer em função da proximidade das relações desenvolvidas no plano internacional, de modo a se unificar em um único sistema complexo denominado de direito humanitário¹⁰⁹. Sobre o tema, a CIJ trata o direito humanitário como uma lei especial em relação ao direito internacional dos direitos humanos¹¹⁰.

Por sua vez, o direito dos refugiados aparece como ramo responsável pela defesa dos direitos de dignidade e integridade de grupos específicos, denominados de refugiados. De modo amplo, caracterizam-se pelo fato de os refugiados estarem fora de seu Estado de origem e, como aspecto comum, não desejam retornar, seja em função do receio de perseguição – por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas –, seja devido a grave e generalizada violação de direitos humanos existente¹¹¹.

¹⁰⁸ BUGNION, François. Droit de Genève et droit de La Haye. *Revue Internationale de la Croix-rouge*, n. 844, 2001, p. 901.

¹⁰⁹ CIJ. *Legalidade da ameaça ou do uso de armas nucleares*. Opinião Consultiva emitida em 08/07/1996, § 75.

¹¹⁰ CIJ. *Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado*. Opinião Consultiva emitida em 09/07/2004, § 25.

¹¹¹ A Lei n. 9.474/97 define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951. Segundo o artigo 1º de referido diploma:

“Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

Logo, com esta ramificação, o direito internacional dos direitos humanos pode se dedicar à proteção da pessoa humana, em especial no que tange a seu conjunto de direitos, previstos nos tratados e convenções sobre a matéria.

A fase atual dos direitos humanos consiste no mapeamento de seu conteúdo essencial. Este conteúdo é desenvolvido mediante a criação de novos direitos, pelo processo de interpretação, em diferentes e fragmentados tipos de esfera de atuação¹¹².

Dentro deste contexto, emerge a possibilidade de manusear este processo de interpretação dos direitos humanos, por meio de um progressivo processo de persuasão. Estimulam-se os Estados e os particulares a refletirem sobre o conteúdo essencial dos direitos humanos e a criarem mecanismos mútuos de persuasão para o seu implemento. Esta persuasão decorreria de uma série de variáveis, alicerçadas em expectativas cognitivas, oriundas dos diferentes ambientes nos quais os direitos humanos são debatidos¹¹³.

Por meio da persuasão, benefícios são estabelecidos para a obediência e não violação de direitos humanos, conferindo-se maior “*status* de pertencimento” a uma comunidade, incluindo uma gama de sanções – públicas ou privadas – que colaboram para formatar uma espécie de identidade no que tange à proteção dos direitos humanos¹¹⁴.

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

¹¹² Sobre este aspecto, conferir FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: the vain search for legal unit in the Fragmentation of Global Law. Trad. Michelle Everson. *Michigan Journal of International Law*, Vol. 25, Summer 2004, p. 999-1046.

¹¹³ Sobre o tema, ver o escrito de GOODMAN, Ryan.; JINKS, Derek. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law. *Duke Law Journal*, n. 54, p. 7-55, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=519565>>. Acesso em: 30/12/2013.

¹¹⁴ Nesse sentido, é o pensamento de Marcelo Dias Varella: “A construção de uma identidade internacional, com o reforço das idéias de direitos humanos, contribuiria para melhor chamar a atenção de Estados mais recalcitrantes, cuja internacionalização do direito é mais facilitada de dentro para fora do que por pressões internacionais. Todos os países, pobres ou ricos, grandes ou pequenos, sofrem o processo, que é transformado por suas próprias percepções e contribuem para sua construção, numa relação dialógica com menor grau de influência, conforme o tema. Em se tratando de direitos humanos, nota-se que, em muitos temas, os Estados mais poderosos estão entre

A partir desta perspectiva acima delineada, os direitos humanos conferem uma nova leitura ao direito internacional. Como protagonistas deste desenvolvimento, aparecem as Cortes pertencentes aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

1.4 A NOVA LEITURA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: O PROTAGONISMO DAS CORTES REGIONAIS DE PROTEÇÃO

As Cortes Regionais de Proteção aparecem como novos atores responsáveis por auxiliar os sistemas jurídicos nacionais dos Estados no desenvolvimento dos direitos humanos. Com esse novo cenário, a criação do direito internacional dos direitos humanos deixa de ser do domínio exclusivo dos Estados¹¹⁵.

Com esta visão, cresce a importância dos órgãos de solução de controvérsia em matéria de direitos humanos. Confere-se maior grau de cogência às Cortes para as decisões relacionadas aos direitos humanos, sobretudo ao atribuir a elas a feição de jurisdição obrigatória¹¹⁶.

Nesse contexto, esta nova construção dos direitos humanos está diretamente relacionada com a extensão da autonomia destes sistemas regionais de proteção. Esta autonomia tem sido determinada no âmbito das respectivas convenções – europeia e interamericana. O *standard* que aparece como exemplo desta autonomia é o regime da separação e das reservas, presente na Convenção Europeia¹¹⁷, e, atualmente, em desenvolvimento pelo Sistema Interamericano, no que tange à Convenção Americana.

Esta autonomia e a funcionalidade são conferidas aos sistemas regionais de proteção em virtude da evolução da sociedade internacional. Contudo, referidas

os últimos a aceitar regimes internacionais cogentes” (VARELLA, Marcelo Dias. Ob. cit., 2013, p. 316).

¹¹⁵ Nesse sentido, conferir a opinião de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. General Course on Public International Law from Hague Academy of International Law, vol. 316, 2005. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

¹¹⁶ Este tema será abordado no capítulo 2 da presente tese.

¹¹⁷ UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi. Geneva, 13 April 2006, p. 84.

autonomia e funcionalidade não estão dissociadas do direito internacional geral. O desafio para este ramo do direito consiste em como a criação normativa destes sistemas regionais irão se relacionar com o direito internacional geral. Um dos aspectos da problemática é desenvolvido ao relacionar os sistemas regionais de proteção com os tratados pertencentes ao direito internacional geral¹¹⁸.

Os órgãos de proteção – como a Corte IDH e a Corte EDH – referem-se regularmente às regras e aos princípios do direito internacional geral. Esta referência diz respeito não apenas à interpretação dos tratados, mas a problemas relacionados ao comportamento dos Estados Partes, além de questões relacionadas a jurisdição e a imunidades. Este desenvolvimento jurisprudencial adotado por estas Cortes regionais incorpora-se à sistemática normativa do direito internacional geral, com uma variedade de princípios e procedimentos próprios¹¹⁹.

Como exemplo disto, a Corte IDH usa de sua jurisdição para interpretar não apenas outros instrumentos de proteção dos direitos humanos (como a Convenção Europeia ou o Pacto de Direitos Civis e Políticos), mas instrumentos do direito internacional geral, como a Convenção de Viena de Relações Consulares, de 1993¹²⁰.

Em outra análise, a Corte IDH expressamente referiu-se ao princípio do direito internacional da continuidade do Estado – de acordo com a ideia de que a

¹¹⁸ UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi. Geneva, 13 April 2006, p. 84-85.

¹¹⁹ UNITED NATIONS. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi. Geneva, 13 April 2006, p. 85.

¹²⁰ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 01, emitida em 24/09/1982, solicitada pelo Peru. “Outros Tratados” Objeto da função consultiva da Corte (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

responsabilidade do Estado persiste mesmo com a mudança da autoridade política que compõe o governo, mediante as eleições de determinado país¹²¹.

De outro lado, a Corte EDH enveredou-se por idêntico caminho, ao clarear a relação entre os direitos previstos na Convenção Europeia e as imunidades pertencentes aos Estados Partes. Nos casos *McElhinney vs. Irlanda*, *Al-Adsani vs. Reino Unido*, e *Bankovic vs. Bélgica*, a Corte EDH foi enfática ao relatar que o conteúdo normativo contido na Convenção não pode ser interpretado e aplicado em um vácuo normativo. Ao contrário, a Corte EDH leva em consideração relevantes regras do direito internacional geral quando examina as questões afetas a sua jurisdição, e, em consequência, determina a responsabilidade do Estado em conformidade com os princípios do direito internacional geral. Isto ocorre não apenas porque a Convenção é um tratado de direitos humanos, mas sim pelo imperativo de que a Convenção deve ser interpretada em harmonia com outros princípios do direito internacional, da qual ela faz parte¹²².

Nesse aspecto, as Cortes regionais de proteção fazem constante uso do direito internacional geral. Desse modo, os sistemas regionais de proteção conseguem aperfeiçoar os institutos existentes no direito internacional¹²³.

Logo, os direitos humanos evoluem a partir da construção jurisprudencial realizada nos casos contenciosos, sobretudo os apreciados pelos sistemas regionais de proteção. Destaca-se, nesse aspecto, que a construção jurisprudencial delineada pelas Cortes regionais utiliza-se da perspectiva constitucional, cuja influência é verificada a partir do processo de constitucionalização do direito internacional.

¹²¹ A esse respeito, confira-se referido posicionamento em Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29/07/1988. Série C n. 4 e em Corte IDH. Opinião Consultiva n. 04, de 19/01/1984. Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a Naturalização, solicitada pela Costa Rica.

¹²² Esse é o entendimento delineado nos seguintes precedentes: Corte EDH. *Caso McElhinney vs. Irlanda*. Petição n. 31253/96. Mérito. Sentença de 21/11/2001, § 36; Corte EDH. *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido*. Petição n. 35763/97. Mérito. Sentença de 21/11/2001, § 55 e Corte EDH. *Caso Bankovic vs. Bélgica e outros*. Petição n. 52207/99. Decisão de admissibilidade de 12/12/2001, § 57.

¹²³ Ao longo da tese, será colocado em destaque a relação que a Corte IDH desenvolve com o direito internacional, seja se utilizando dos institutos existentes e adaptando-os à realidade dos Estados da América Latina, seja inspirando a construção dos institutos no direito internacional a partir de sua jurisprudência.

2 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

A reflexão sobre a constitucionalização do direito internacional é inaugurada por meio de vários aspectos, entre a construção de diferentes processos no direito internacional¹²⁴. Por meio da constitucionalização do direito internacional, é possível compreender o conjunto de procedimentos necessários para construir o constitucionalismo compensatório delineado pela Corte IDH.

O processo de constitucionalização do direito internacional apresenta-se de diversas maneiras e com diferentes conceitos no plano internacional. Nessa perspectiva, a constitucionalização do direito internacional pode ser verificada no plano econômico, com a OMC¹²⁵, pela organização do Sistema ONU¹²⁶, por meio da governança administrativa¹²⁷, na pretensão fundante de uma legislação global¹²⁸ ou, ainda, na perspectiva judicante¹²⁹.

¹²⁴ PETERS, Anne. Ob. cit., 2006, p. 579.

¹²⁵ Sobre o tema, conferir as lições de ARMINGEON, Klaus; MILEWICZ, Karolina; PETER, Simone e PETERS, Anne. The constitutionalisation of international trade law. *In* Constitutionalism and multilayered governance, p. 69-103; PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Constitutionalism and international organizations. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 17, p. 398, 1996 e DUNOFF, Jeffrey L. Constitutional Concepts: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 647-675, 2006. Em um posicionamento crítico, ver HOWSE, Robert. Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, p. 651-659, 2002.

¹²⁶ Nesse aspecto, apresentam-se como interessantes os apontamentos de KADELBACH, Stefan; KLEINLEIN, Thomas. International Law-a Constitution for Mankind?. *German Yearbook of International Law*, v. 50, n. 2007, 2008 e FASSBENDER, Bardo. The Better Peoples of the United Nations? Europe's Practice and the United Nations. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, p. 857-884, 2004.

¹²⁷ Confira-se, a esse respeito, a proposta de WET, Erika de. Holding international institutions accountable: the complementary role of non-judicial oversight mechanisms and judicial review. *In: The Exercise of Public Authority by International Institutions*. Springer Berlin Heidelberg, 2010. p. 855-882.

¹²⁸ Como exemplo, conferir as lições de PETERSMANN, Ernst - Ulrich. Time for a United Nations 'Global Compact' for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, p. 621-650, 2002 e PAULUS, Andreas L. The international legal system as a constitution. *Ruling the world*, p. 69-109, 2009.

¹²⁹ WIENER, Antje. Towards a Transnational Nomos: The Role of Institutions in the Process of Constitutionalization. Jean Monet Working Paper 9/03. Heidelberg: Max

Há normas fundamentais no âmbito do direito internacional que atribuem funções constitucionais a diferentes atores. Em virtude da importância destas normas, em eventual conflito com o sistema jurídico nacional, as normas internacionais dotadas de conteúdo constitucional não são excluídas no processo de balanceamento e ponderação.

Em decorrência destas características, em especial da relevância que o conteúdo essencial destas normas internacionais apresenta, não há como utilizar o critério de hierarquia na aproximação de eventual conflito, o que enseja a resolução de eventuais conflitos pelo balanceamento, no caso concreto, entre os conteúdos essenciais.

Por essa razão, a constitucionalização do direito internacional não se amolda, exclusivamente, em critérios de legitimação estatais. Necessita, portanto, de outras estratégias de legitimação, oriundas dos diferentes processos desenvolvidos no direito internacional, que definirão o conteúdo e a funcionalidade da constitucionalização.

No seu contexto inicial, o constitucionalismo compensatório compreende que todos os processos de organização e regulação de questões de interesse público estão sendo exercidos para além das atribuições constitucionais dos Estados. Isto ocorre por influência direta e imediata do processo de globalização¹³⁰, o qual conferiu aportes não apenas para a economia ou para as ciências, mas para todas as áreas, inclusive o Direito.

Destarte, isto significa que a constituição dos Estados não consegue alcançar e regular todos os processos de governança que se apresentam, cuja deficiência de

Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. 2003; GLENSY, Rex D. Constitutional Interpretation through a Global Lens. *Missouri Law Review*, vol. 75, p. 1171-1241, 2010; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011 e disponível em Academia.edu. Acesso em: 09/01/2014; WET, Erika de. The international constitutional order. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 01, p. 51-76, 2006; SWEET, Alec Stone. Constitutionalism, legal pluralism, and international regimes. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 621-645, 2009 e KLEINLEIN, Thomas. Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law. *Nordic Journal of International Law*, n. 81, p. 79-132, 2012.

¹³⁰ Cf. CLARK, Ian. *Globalization and International Relations Theory*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 33-69; BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999. E, em uma leitura na perspectiva de mundialização, ver DELMAS-MARTY, Mireille. Ob. cit., 2004, p. 36-52.

alcance afeta outros processos, como a democracia, a segurança e as estruturas do Estado de Direito. Com essa impossibilidade de ter uma eficácia plena em todos os processos de governança, o plano constitucional dos Estados pode ser compensado com a constitucionalização do plano internacional, em diferentes níveis de interação, o que, em conjunto, pode promover a proteção constitucional plena¹³¹.

A pesquisa está concentrada no tratamento conferido pela constitucionalização do direito internacional aos direitos humanos¹³². Esta abordagem será explorada a partir dos diferentes processos que a Corte IDH desencadeia no âmbito do direito internacional.

No entanto, antes de apreciar estes processos, é necessário compreender os alicerces da constitucionalização do direito internacional, a fim de verificar os padrões interpretativos produzidos e que serão utilizados pela Corte IDH, sobretudo na formação de seus processos que visam a proteção dos direitos humanos.

2.1 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

Durante as últimas décadas, determinados fenômenos têm moldado e concebido o direito internacional. A globalização ou mundialização – e suas consequências – promoveram modificações na forma de os Estados atuarem, processo este que teve reflexo para a construção dos sistemas jurídicos nacionais e internacional.

¹³¹ PETERS, Anne. Ob. cit., p. 580. Em um sentido crítico, da ausência de cogência no plano doméstico, ver KUMM, Matthias. The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis. *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 15, n. 5, p. 907-931, 2004. Sobre o direito internacional realizando o papel dos princípios constitucionais no plano doméstico, ver YOUNG, Ernest A. The Trouble with Global Constitutionalism. *Texas International Law Journal*, vol. 38, p. 527-545, 2003, p. 528.

¹³² Alguns dos autores que trabalham a questão constitucional dos direitos humanos: BOGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3-4, p. 397-413, 2008; WET, Erika de. The prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 97-121, 2004; WESSEL, Ramses A. The UN, the EU and *Jus Cogens*. 2006; WET, Erika de. The role of European courts in the development of a hierarchy of norms within international law: evidence of constitutionalisation?. *European Constitutional Law Review*, v. 5, n. 02, p. 284-306, 2009.

De outro lado, a emergência de novos atores no cenário internacional¹³³ – como as tribunais internacionais e seus específicos processos de complexidade¹³⁴ que com eles surgem – necessitam de um evidente controle e de uma oferta de cenários especializados para a solução das disputas consistentes entre diferentes questões do direito internacional, sem a perda da sua unidade¹³⁵.

Com as diversas questões emergentes em matéria de direitos humanos, o exercício do processo de tomada de decisão sobre o tema necessita de uma nova concepção de balanceamento e controle para além do corpo estatal. A inabilidade dos Estados, do direito nacional e do direito internacional clássico e tradicional em cuidar das questões graves de direitos humanos exige uma forma de compensar o *déficit* de proteção.

Nesse contexto, torna-se imprescindível a reconfiguração da relação entre as esferas jurídicas nacional e internacional, a fim de se adaptar o direito internacional à emergência destas novas questões, bem como manter a sua unidade e a sua coerência¹³⁶ em face do fenômeno da fragmentação¹³⁷.

¹³³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (III): la refondation des pouvoirs*. Paris: SEUIL, 2007, p. 139-224.

¹³⁴ A esse respeito, conferir VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set. 2005.

¹³⁵ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011 e disponível em Academia.edu. Acesso em: 09/01/2014, p. 1.

¹³⁶ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Ob.cit., 2011, p. 1-2.

¹³⁷ Sobre o tema, confira-se CLARK, Ian. *Globalization and Fragmentation: International Relations in the Twentieth Century*. New York: Oxford University Press, 1997. Em uma perspectiva evolutiva, conferir FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law*. Trad. Michelle Everson. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, p. 999-1046, 2004. Em uma perspectiva crítica e comparativa, ver, em especial DUPUY, Pierre-Marie. The Danger of Fragmentation or Unification of The International Legal System and The International Court of Justice. *International Law and Politics*, vol. 31, p. 791-807, 1999 e UNITED NATION. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi. Geneva, 13 April 2006.

A unidade do sistema jurídico está associada à proteção constitucional plena. Para a concretização desta hipótese, o fenômeno da humanização do direito internacional¹³⁸ – em conjunto com a emergência e a consolidação do direito internacional dos direitos humanos – força a comunidade jurídica a reconhecer um novo eixo da ordem internacional. Com a humanização do direito internacional, há uma nova maneira de construir, focar e tornar efetivo o sistema jurídico internacional. Para alcançar este cenário, é preciso realizar o processo de constitucionalização do sistema jurídico¹³⁹.

O processo de constitucionalização do direito internacional inspira-se na proteção constitucional realizada pelos Estados. Cada país desenvolve sua ordem jurídica e apresenta determinado instrumento como seu texto fundamental. Em regra, este texto fundamental é representado pelas constituições.

A constituição apresenta-se como instrumento jurídico dotado de diversos significados. Há diferentes conceitos de constituição adotados¹⁴⁰ pelos diversos Estados. No entanto, o conceito mais adequado de constituição é o que envolve o seu sentido material, que contém um conjunto de elementos normativos (regras, princípios e valores)¹⁴¹ regentes das relações sociais e da vida política de uma comunidade¹⁴².

¹³⁸ Esta é a perspectiva de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. General Course on Public International Law from Hague Academy of International Law, vol. 316, 2005. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006 e de PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 3, 2009.

¹³⁹ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Ob.cit., 2011, p. 2.

¹⁴⁰ LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991; HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2000; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003; CARBONELL, Miguel; ARIZA, Santiago Satre (org.). *La ciencia Jurídica ante el neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003; MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002; MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000; CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010 e ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

¹⁴¹ Este conceito de Constituição que inclui a perspectiva valorativa como fonte normativa é formulado por ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio

Com este conceito, a constituição atribui parâmetros e procedimentos que orientam, impõem limites e fundamentam o exercício do poder, determinando a criação e a aplicação do Direito e protegendo valores essenciais de uma comunidade, particularmente os direitos fundamentais¹⁴³.

Não obstante a ideia de constituição esteja comumente atrelada à composição do Estado, o conceito atual de constituição exige que se pense além da perspectiva estatal, em uma concepção que envolva a complexidade e a interatividade de relações constitucionais do plano interno e com o plano internacional¹⁴⁴.

Embora a esfera nacional detenha sua importância, o direito tornou-se “pós-nacional”. Desse modo, a ancoragem da segurança jurídica das relações sociais não pertence mais à ordem jurídica interna dos Estados, mas está pulverizada no sistema organizacional – em desenvolvimento – do plano internacional¹⁴⁵.

Para esta constitucionalização do direito internacional, é necessário delinear uma estrutura com as mais importantes normas de organização e regulação das relações sociais e da atividade política no contexto do plano internacional. Este processo

Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. A inclusão de valores como elemento normativo constitucional também é defendida por Dominique Rousseau, expressado no texto de RAGIMBEAU, Laure. Qu'est ce que Le bloc de constitutionnalité. *Droit Constitutionnel.net*. Disponível em: <http://www.droit-constitutionnel.net/article/constitution/constitutionnalite_408.htm>. Acesso em: 19/09/2013 e por GARDBAUM, Stephen. Human Rights as International Constitutional Rights. *The European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 19, n. 4, 2008.

¹⁴² PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579-610, 2006, p. 581.

¹⁴³ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Ob. cit., 2011, p. 3; FOLLESDAL, Andreas. When Common Interests Are Not Common: Why the Global Basic Structure should be Democratic. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, a. 16, n. 585, 2009 e VAN AAKEN, Anne. A Functional Approach of International Constitutionalism: The Value Added of a Social Science Contribution. University of St. Gallen Law School: *Law and Economics Research Paper Series*, Working Paper n. 2008-08, May 2008.

¹⁴⁴ A perspectiva do desenvolvimento do pensamento constitucional para além do Estado Nacional também pode ser encontrada em KRISCH, Nico. *Beyond Constitutionalism: Postnational Law in Search of a Structure*. Publicado pela Oxford Scholarship Online, 2011.

¹⁴⁵ KRISCH, Nico. Ob. cit., 2011

contará não apenas com os Estados, mas também com importantes atores do direito internacional¹⁴⁶. No caso dos direitos humanos, os tribunais internacionais apresentam-se como sujeitos constituintes destas relações constitucionais no âmbito internacional¹⁴⁷.

A constitucionalização do direito internacional é o caminho mais célere para a emergência de valores constitucionais. O conceito de constitucionalização implica em considerar as constituições dos Estados e seus respectivos conteúdos normativos um processo que se estende por meio do tempo, em que os textos jurídicos presentes no plano internacional podem ganhar (ou perder) conteúdo constitucional. Logo, a constitucionalização do direito internacional é um contínuo processo, que envolve a emergência, a criação e a identificação deste conteúdo constitucional nos diferentes sistemas jurídicos que compõem o direito internacional¹⁴⁸.

O desenvolvimento constitucional do plano internacional ocorre gradualmente¹⁴⁹. Os objetivos da constituição e dos movimentos constitucionais no âmbito do processo de constitucionalização tentam encontrar as necessidades de modificação da esfera internacional. Este processo tem o escopo de estabelecer controles e limites,

¹⁴⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (III): la refondation des pouvoirs*. Paris: SEUIL, 2007, p. 139-224.

¹⁴⁷ Em perspectiva semelhante, conferir SHAW, Martin. *Global Society and International Relations*. Cambridge/Oxford: Polity Press/Blackwell Publishers, 1994; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Ob. cit., 2011, p. 2 e PETERS, Anne. Ob.cit., 2006, p. 582.

¹⁴⁸ PETERS, Anne. Ob. cit., 2006, p. 582-583. Este processo de constitucionalização acompanha a estrutura semântica da constituição, que se transforma em um instrumento vivo, que, silenciosamente, modifica a vida da comunidade jurídica, por meio do processo público e aberto instalado nos ambientes da prática política e judicial. A “constituição viva”, dentro da perspectiva de um processo público, aberto e plural, apresenta-se de modo diferenciado. Ela alcança desde o desenvolvimento dos direitos humanos ou das tarefas do Estado, passando, inclusive, pelo processo de mudança (formal e informal) do texto constitucional. Dessa maneira, a constituição estabelece o termômetro entre “a constância” e “a mudança”, entre a estática e a dinâmica, entre a regulação e a adaptação, entre configuração criativa e conservadora. Desse modo, ao mesmo tempo se torna garantia e documento de um povo, tendo sua função estabilizadora de criar unidade e diversidade plural, de poder atuar com estímulo e limite, isto é, como fundamento e limite do poder (HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 11/01/2014, p. 117-119).

¹⁴⁹ PETERS, Anne. Ob. cit., 2006, p. 599.

compensando os sistemas jurídicos dos Estados pelo *déficit* de proteção dos valores constitucionais. Além disso, busca confeccionar parâmetros básicos, com o intuito de levar à coerência e a níveis mínimos de proteção, organizando a comunidade internacional para além de seus interesses¹⁵⁰.

A emergência do conteúdo constitucional para o plano internacional revela que a esfera internacional se preocupa com os padrões constitucionais estabelecidos pelos Estados. Isto implica no desenvolvimento do entrelaçamento e da complementaridade entre o direito constitucional internacional e o direito constitucional dos Estados.

Nesse sentido, a internacionalização do direito permitiu que as instituições do direito internacional conhecessem a estrutura e dinâmica dos sistemas constitucionais dos Estados. Neste processo, padrões de conteúdo normativo são desenvolvidos, como o respeito pelos direitos humanos e a organização de instituições mais democráticas. Diante deste cenário, tanto a esfera nacional como a esfera internacional não podem ser mais separadas claramente, de modo que há uma sinergia e uma complementação entre ambas¹⁵¹.

No entanto, é importante compreender que, como processo em desenvolvimento, a constitucionalização do direito internacional sofre críticas, as quais merecem ser destacadas.

2.2 CRÍTICA À CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

A crítica que paira sobre a constitucionalização do direito internacional – em matéria de direitos humanos – estaria na efetividade deste processo. A validação das normas, seu ganho de legitimidade ou mesmo melhores condições de ganho de eficácia e efetividade advém justamente da desobediência da norma, visto que quanto mais grave a violação de determinado direito humano, mais força ele ganharia. Nesse contexto, ainda que para a temática dos direitos humanos, a expansão de modelos com pretensão universalizante, que versam sobre questões não aceitas pelos Estados, necessitam de visões distintas e de

¹⁵⁰ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Ob. cit., 2011, p. 5.

¹⁵¹ PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism...Ob. cit., 2006, p. 591 e ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Ob. cit., 2011, p. 2.

diferentes argumentos para a conceituação do conteúdo essencial destes direitos humanos, bem como a caracterização do seu núcleo duro¹⁵².

Determinados autores do direito internacional consideram este processo de constitucionalização do direito internacional uma “utopia”. Destarte, esta utopia contém o embrião de um processo totalitário, diante do fascínio de que não haveria separação institucionalizada entre o ético, o legal e o político. Isto é, a constitucionalização do direito internacional produziria uma sociedade anárquica, na qual não haveria convergência entre os sistemas moral, jurídico e político¹⁵³.

Neste tipo de sociedade – com pretensões universalizantes –, não haveria espaço para o Direito, ao se atingir a utopia de valores comuns. Isto porque a consequência seria o desaparecimento do Estado e do próprio Direito. Enquanto em uma sociedade anárquica, por outro lado, haveria completa anomia jurídica. Logo, a especificidade e a autonomia da ordem jurídica deveriam ser preservadas em relação aos outros sistemas sociais de gênese normativa – como os sistemas ético, político e religioso.¹⁵⁴

Entretanto, o plano internacional sofre um processo de mutação em que não há perspectiva de retorno. O direito internacional revela-se em um aspecto pluralista, no qual por diferentes maneiras se observam normas cogentes e vinculativas do direito internacional. Esta cogência pode ser encontrada em diferentes tipos de normas – tratados, protocolos facultativos, decisões de órgãos de solução de controvérsia individuais e com repercussão interna –, pelos quais os atores internacionais exercem sua autoridade e seu poder¹⁵⁵. Trata-se, sobretudo, de um exame da verificação de como o direito internacional se comporta diante de instrumentos vinculativos e não vinculativos (como as *soft norms*¹⁵⁶).

¹⁵² VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito ...* Ob. cit., 2013, p. 326.

¹⁵³ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *Legal System Between Order and Disorder*. Trad. Iain Stewart. Oxford: Oxford University Press, 1994, p. 131-132.

¹⁵⁴ OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *Legal System Between Order and Disorder*. Ob. cit., 1994, p. 132.

¹⁵⁵ GOLDMANN, Matthias. Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority. *German Law Journal*, vol. 09, n. 11, p. 1865-1908, 2008, p. 1865-1868.

¹⁵⁶ Ver, em especial: PETERS, Anne. Soft Law as a New Mode of Governance. In: DIEDRICH, Udo; REINERS, Wulf; WESSELS, Wolfgang (ed.). *The Dynamics of Change in EU Governance*. Studies in EU Reform and Enlargement. Cologne,

Nesse contexto, como conceito jurídico, a soberania passa a ser descaracterizada pelo conceito político, a fim de se amoldar a outras funções por ela requeridas. Esta transição é delineada, de tal modo que a soberania, como fenômeno de poder e elemento estruturante da figura do Estado, ganha uma nova roupagem. O instituto passa a ser o alicerce da autodeterminação do indivíduo¹⁵⁷, em especial quando se trata da relação deste indivíduo no plano do direito internacional dos direitos humanos¹⁵⁸.

Hipótese semelhante a esta é desenvolvida com a realização da defesa de que a soberania é um princípio do direito internacional que deve ser justificado, em especial pelo fato de seu conteúdo essencial estar atrelado à humanidade. Dessa forma, acredita-se que a soberania como conhecida hoje é limitada ao conteúdo essencial dos direitos humanos¹⁵⁹, o que autoriza o uso do direito internacional para dirimir conflitos no plano interno dos Estados¹⁶⁰.

Logo, a soberania passa por um processo de mutação de seu conteúdo. O processo de constitucionalização do direito internacional é o desencadeador da emergência de outros conteúdos responsáveis por desenvolver o conceito de soberania estatal reconhecida. Notadamente, este desenvolvimento recai no respeito aos direitos humanos e na segurança humana. Como exposto, a soberania passa a conter outros conteúdos normativos, como a dignidade humana, a inviolabilidade da vida civil e o interesse global

Germany: University of Cologne, Germany, 2011 e SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 168 e 178-181.

¹⁵⁷ KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común*: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, n. 12, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 05/01/2013.

¹⁵⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind*: Ob. cit., 2006, p. 42.

¹⁵⁹ PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. Ob. cit., 2009, p. 513.

¹⁶⁰ Como o instituto da Responsabilidade de Proteger, utilizado pelo Conselho de Segurança, para a intervenção da ONU em determinados Estados, com o escopo de proteger a autodeterminação do indivíduo em sua dignidade (THE RESPONSIBILITY TO PROTECT. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty).

comum da organização e estruturação das normas jurídicas. Com estas modificações fundantes, o respeito à soberania passa a ser conectado ao respeito pelos direitos humanos¹⁶¹.

Outrossim, a tese referente à mutação do conteúdo da soberania implica na sua realocação em diferentes atores que exercem o poder no âmbito do direito internacional. Desta realocação sobrevêm implicações nas instituições internacionais, em especial no diálogo entre os tribunais nos planos doméstico e internacional. Este diálogo, além de implicar na fertilização cruzada entre os seus precedentes e os respectivos conceitos por eles desenvolvidos¹⁶², importa na intensificação deste processo de constitucionalização do direito internacional¹⁶³.

O estágio atual do direito internacional revela uma constitucionalização de suas diferentes áreas. Há funções constitucionais direcionadas a determinados institutos, que se apresentam como meta-normas nas fontes do direito internacional, incluindo a formação de tratados ou de costumes internacionais, como os direitos humanos no plano internacional, que restringem a atuação dos Estados sobre seus nacionais. Além disso, o conteúdo essencial destes direitos humanos oferecem linhas de atuação, promovendo uma integração da comunidade internacional por meio de normas de alto valor simbólico, com a articulação de diferentes níveis¹⁶⁴.

¹⁶¹ PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism... Ob. cit., 2006, p. 586-587.

¹⁶² DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004, p. 14-18 e DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 39-128. Esta metodologia também é verificada em SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 1, p. 85-106, 1998; NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009 e PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism... Ob. cit., 2006.

¹⁶³ PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism... Ob. cit., 2006; GLENSY, Rex D. Constitutional Interpretation through a Global Lens. *Missouri Law Review*, vol. 75, p. 1171-1241, 2010; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Ob. cit., 2011 e KLEINLEIN, Thomas. Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law. *Nordic Journal of International Law*, n. 81, p. 79-132, 2012.

¹⁶⁴ PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism... Ob. cit., 2006, p. 599 e ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Ob. cit., 2011, p. 5.

Assim, algumas propriedades do direito constitucional estão presentes no direito internacional. Funções tipicamente constitucionais são cumpridas, e alguns valores previstos nos sistemas jurídico-constitucionais são identificados no direito internacional. Desse modo, determinadas normas e estruturas internacionais podem ser consideradas semelhantes a um sistema constitucional¹⁶⁵.

Nesse contexto, é importante destacar alguns exemplos que retratam a evolução da constitucionalização do direito internacional.

2.3 EXEMPLOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL

A constitucionalização do direito internacional apresenta-se a partir de diferentes processos. Inicialmente, pode ser vista no direito das organizações internacionais, por meio dos seus tratados fundadores, que são uma espécie de “constituição” destas organizações. A respectiva interpretação desta análise elenca as organizações internacionais como entidades singulares e individualizadas dos Estados que as compõe, com personalidade jurídica para atuar na ordem internacional¹⁶⁶.

O direito internacional também é visto com a abordagem constitucional quando se aprecia a questão relacionada à Carta da ONU. Referido tratado é visto como a constituição da comunidade internacional¹⁶⁷. Suas disposições normativas apresentam características análogas às de uma constituição¹⁶⁸. Além de representar um direito superior¹⁶⁹,

¹⁶⁵ PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: ... Ob. cit., 2006, p. 601-606.

¹⁶⁶ Anne Peters elenca a União Européia como típico modelo de constitucionalização do direito internacional, uma vez que desde a sua gênese contém elementos fundamentalmente constitucionais, os quais foram irradiados para os Estados Partes em uma perspectiva supranacional (PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism... Ob. cit., 2006, p. 594-595).

¹⁶⁷ FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter As Constitution of the International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 36, p. 529-619, 1998.

¹⁶⁸ SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. An International Constitutional Moment. *Harvard International Law Journal*, v. 43, n. 1, p. 1-22, 2002.

¹⁶⁹ Em seu texto, a Carta da ONU estabelece sua hierarquia frente a outros tratados, a partir da disposição contida no artigo 103: “No caso de conflito entre as obrigações dos Membros das Nações Unidas, em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta.”

a Carta da ONU apresenta-se como o repositório de princípios jurídicos fundamentais da comunidade internacional, bem como o instrumento de delimitação de competências¹⁷⁰.

No plano do direito dos tratados, os tratados-norma¹⁷¹ apresentam-se com o formato de pretensão universal, em especial por sua característica de não reciprocidade. Neste tipo de tratado, há o endosso de obrigações coletivas para a proteção de interesses globais da comunidade, que transcendem os interesses dos Estados partes no texto. Direitos humanos, direito do mar, direito do comércio internacional, direito do meio ambiente e direito internacional penal são temas que se apresentam neste tipo de conformação¹⁷².

Com efeito, há vários elementos constitucionais fragmentados em diferentes instituições do direito internacional. Estes elementos concentram-se nos direitos humanos e no direito econômico¹⁷³, e podem apresentar-se em um nível horizontal, em setores específicos, como a OMC, a CIJ, a Corte IDH e a Corte EDH. Nestes tribunais, há a nivelção institucional a partir da perspectiva constitucional, cuja expansão da constitucionalização do direito internacional se dá por meio de seus julgamentos. Há ainda uma perspectiva vertical, na relação do direito internacional com o direito nacional, que pode se apresentar de diversas maneiras, sendo o constitucionalismo compensatório uma delas.

Estes elementos constitucionais de diferentes setores e perspectivas complementam-se e dão suporte mútuo, estabelecendo entre si esta rede constitucional de influência, a partir da internacionalização do direito¹⁷⁴.

Com este cenário, eventual conflito entre os elementos constitucionais do direito internacional e o direito constitucional dos Estados deve ser resolvido pelo balanceamento dos conteúdos essenciais em cada caso concreto¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Os aspectos críticos do tratamento da postura da ONU pode ser vistos em PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Time for a United Nations “Global Compact” for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration. *European Journal of International Law (EJIL)*, v. 13, n. 03, p. 621-650, 2002.

¹⁷¹ VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

¹⁷² PETERS, Anne. Constitucionalismo Compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valência, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 223.

¹⁷³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Ob. cit.*, 2004.

¹⁷⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *Ob. cit.*, 2004.

No âmbito da OMC, é possível identificar três principais aspectos da constitucionalização do direito internacional: (i) o procedimento do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), (ii) o princípio da não discriminação, cujo conteúdo essencial é trabalhado com o princípio da nação mais favorecida e do tratamento nacional, que permitem conjugar a obrigação dos Estados com as exceções do livre comércio, à luz da garantia dos direitos humanos e (iii) a neutralização do protecionismo nacional por meio dos julgamentos do OSC, o que funciona como um balanceamento de interesses, considerado como típica função de uma corte constitucional¹⁷⁶.

Por outro lado, desde sua origem, a CIJ desenvolve a abordagem constitucional do direito internacional.

2.3.1 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA JUSTIÇA INTERNACIONAL: A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL PROMOVIDA PELA CIJ

A CIJ desenvolve a abordagem constitucional do direito internacional por meio de sua jurisprudência. O preenchimento de lacunas do direito internacional convencional, o recurso ao costume para comprovar a sua existência e a possibilidade de exercer o “controle de legalidade” de reservas a tratados são algumas das formas pelas quais certas situações se submetem ao Direito e ultrapassam as reservas de sua jurisdição.

Estas situações revelam a redução do contingente de questões que antes não eram submetidas à jurisdição, e hoje encontram resguardo na gradual judicialização das relações entre Estados – que demonstram os interesses jurídicos em ver cumprida obrigação devida à comunidade internacional –, com a finalidade de preservar os direitos humanos¹⁷⁷.

A CIJ utiliza-se de um “vocabulário constitucional” para apreciar determinados casos. Este vocabulário diz respeito ao conjunto de valores compartilhados

¹⁷⁵ PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism... Ob. cit., 2006, p. 601-602; ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Ob. cit., 2011, p. 2 e SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Ob. cit., 2004, p. 213-224.

¹⁷⁶ Sobre o tema, conferir as lições de ARMINGEON, Klaus; MILEWICZ, Karolina; PETER, Simone e PETERS, Anne. The constitutionalisation of international trade law. Ob. cit., p. 69-103.

¹⁷⁷ TRINDADE, Otávio Augusto. Kant na Haia: a abordagem constitucional do direito internacional pela Corte Internacional de Justiça (1945-1990). *Revista Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, p. 299-328, jan./jun. 2008, p. 325.

por uma comunidade política, que são utilizados como critério para apreciar a medida de liberdade dos Estados, mediante o qual é possível condenar situações repressivas.

Em seu primeiro caso contencioso – Caso Canal de Corfu (Reino Unido vs. Albânia), de 1949 –, a CIJ utilizou-se de uma perspectiva constitucional para condenar a Albânia. O Estado albanês não levou ao conhecimento de navios pertencentes ao Reino Unido a existência de minas marítimas no Canal de Corfu¹⁷⁸. Não obstante a ausência de provas sobre quem teria implantado as minas, a CIJ asseverou que as autoridades albanesas tinham conhecimento da existência das minas. Por essa razão, a Albânia foi condenada a efetuar o pagamento de indenização ao Reino Unido, a título de compensação¹⁷⁹.

Ao examinar o caso, observa-se que a CIJ não utilizou como fundamento a violação a nenhum tratado pela omissão do Estado albanês. Além disso, não usou de forma expressa qualquer tipo de costume previsto no direito internacional. Para a Corte, o argumento principal para a Albânia notificar os navios do Reino Unido – sobre a existência das minas marítimas – fundamenta-se nas “considerações elementares (ou fundamentais) da humanidade”¹⁸⁰.

O uso da expressão “considerações fundamentais de humanidade” amplamente reconhecidas evidencia a abordagem constitucional do direito internacional, mediante a coletivização da situação. Por meio desta expressão, a CIJ sinaliza que esta situação é responsável por criar obrigações de ação ou omissão aos Estados e devidas perante toda a comunidade internacional, em cujo cumprimento todo o Estado tem interesse jurídico direto.

¹⁷⁸ As minas provocaram a explosão de dois navios, matando quarenta e cinco tripulantes e ferindo outros quarenta e dois.

¹⁷⁹ CIJ. Caso Canal de Corfu (Reino Unido vs. Albânia). Julgamento de 09/04/1949.

¹⁸⁰ CIJ. Caso Canal de Corfu (Reino Unido vs. Albânia). Julgamento de 09/04/1949, p. 22: “The obligations incumbent upon the Albanian authorities consisted in notifying, for the benefit of shipping in general, the existence of a minefield in Albanian territorial waters and in warning the approaching British warships of the imminent danger to which the minefield exposed them. Such obligations are based, not on the Hague Convention of 1907, No. VII, which is applicable in time of war, but on certain general and well-recognized principles, namely: elementary considerations of humanity, even more exacting in peace than in war; the principle of the freedom of maritime communication; and every State's obligation not to allow knowingly its territory to be used for acts contrary to the rights of other States.”.

A CIJ esclarece que a obrigação do Estado albanês é devida não apenas em relação aos dois navios pertencentes ao Reino Unido, mas “em benefício da navegação em geral”. Logo, a omissão albanesa vulnerou a comunidade internacional como todo¹⁸¹.

Outro aspecto que se refere à abordagem constitucional da CIJ diz respeito ao fundamento jurídico da obrigação de notificação. Mesmo não havendo uma obrigação prevista em determinado tratado, esta hipótese não isentou o Estado do dever de adotar determinada conduta. Com isso, o enfoque constitucional está em demonstrar o direito internacional como uma ordem jurídica completa, sem a existência de lacunas¹⁸².

A Assembleia Geral das Nações Unidas (doravante AG-ONU) solicitou à CIJ que se pronunciasse sobre a relação entre os Estados Partes na Convenção contra o Genocídio na hipótese de reservas e de objeções de reservas¹⁸³. Neste parecer, a CIJ consolidou a regra sobre reservas, posteriormente acolhida na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969.

Com o fim de evitar a redução do número de Estados Partes na Convenção contra o Genocídio – no caso de objeção a reservas –, a CIJ alterou a regra que exigia a aceitação unânime de uma reserva, a fim de que o Estado autor da reserva permanecesse Parte no tratado.

A partir deste entendimento, a CIJ tornou os efeitos da objeção das reservas bilaterais. Com isso, o Estado autor da reserva não será considerado Parte no tratado somente pelo autor da objeção à reserva¹⁸⁴.

Entretanto, com o escopo de evitar que determinado Estado descaracterize as obrigações estipuladas pelo tratado, por meio de formulação excessiva de

¹⁸¹ CIJ. Caso Canal de Corfu (Reino Unido vs. Albânia). Julgamento de 09/04/1949.

¹⁸² TRINDADE, Otávio Augusto. Ob. cit., 2008, p. 305.

¹⁸³ CIJ. Opinião Consultiva sobre Reservas à Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, de 28/05/1951.

¹⁸⁴ CIJ. Opinião Consultiva sobre Reservas à Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, de 28/05/1951.

reservas, a CIJ afirmou que a liberdade dos Estados em opor reservas é limitada pelo objeto e pelo propósito da Convenção¹⁸⁵.

Nesse aspecto, a CIJ conferiu aos órgãos supervisores do tratado a possibilidade de realização de um “controle de legalidade”¹⁸⁶ das reservas formuladas pelos Estados. A linguagem constitucional delineada pela Corte no caso permite, nesses termos, que os indivíduos possam questionar – caso a caso – as reservas apostas pelos Estados em determinados tratados¹⁸⁷.

Assim, este entendimento sobre as reservas conferiu à Convenção contra o Genocídio caráter “constitucional”, na medida em que este texto convencional contém normas inderrogáveis. Nessa Convenção, a CIJ considera que os Estados Partes não possuem interesses próprios, mas sim que todos os Estados Partes possuem meramente o interesse comum na proteção do objeto do tratado¹⁸⁸.

¹⁸⁵ CIJ. Opinião Consultiva sobre Reservas à Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, de 28/05/1951.

¹⁸⁶ Acerca do controle de legalidade das reservas no sistema interamericano, ver em Corte IDH. Opinião Consultiva n. 02, de 24/09/1982. O Efeito das Reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos [artigos 74 e 75] solicitada pela Comissão IDH. Sobre o desenvolvimento do controle de legalidade perante o sistema interamericano, conferir Corte IDH. Opinião Consultiva n. 19, de 28/11/2005. Controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (artigos 41 e 44 a 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos), solicitada pela Venezuela.

¹⁸⁷ CIJ. Opinião Consultiva sobre Reservas à Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, de 28/05/1951.

¹⁸⁸ CIJ. Opinião Consultiva sobre Reservas à Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, de 28/05/1951, p. 23: “The objects of such a convention must also be considered. The Convention was manifestly adopted for a purely humanitarian and civilizing purpose. It is indeed difficult to imagine a convention that might have this dual character to a greater degree, since its object on the one hand is to safeguard the very existence of certain human groups and on the other to confirm and endorse the most elementary principles of morality. In such a convention the contracting States do not have any interests of their own ; they merely have, one and au, a common interest, namely, the accomplishment of those high purposes which are the *raison d'être* of the convention. Consequently, in a convention of this type one cannot speak of individual advantages or disadvantages to States, or of the maintenance of a perfect contractual balance between rights and duties. The high ideals which inspired the Convention provide, by virtue of the common will of the parties, the foundation and measure of all its provisions.”.

Logo, a CIJ formulou posicionamento de que os princípios contidos na Convenção são reconhecidos como vinculantes aos Estados, independentemente de obrigações convencionais. São princípios peremptórios, que restringem a possibilidade dos Estados de elaborar reservas, além de determinarem o cumprimento de obrigações devidas a toda a comunidade internacional¹⁸⁹.

A abordagem constitucional também é despertada nos casos sobre a África do Sudoeste. Durante vinte anos, a pauta da CIJ foi ocupada por questões concernentes ao atual território da Namíbia. A Corte manifestou-se em cinco ocasiões, sendo a sentença proferida nos casos da África do Sudoeste (Etiópia vs. África do Sul e Libéria vs. África do Sul), bem como emitiu quatro pareceres sobre a questão: (i) o *status* internacional do território (1950); (ii) o procedimento de votação da AG-ONU em questões relativas ao território (1955); (iii) a possibilidade de realização de audiências com peticionários pelo Comitê da AG-ONU sobre a África do Sudoeste (1956); e (iv) consequências jurídicas para o Estado decorrentes da presença continuada da África do Sul na Namíbia (1971).

A questão da África do Sudoeste persistiu na pauta da CIJ, em função da relutância da África do Sul em transferir o mandato que recebeu da Liga das Nações ao sistema criado pela ONU para cuidar da situação. Pelo mandato investido, o Estado sul-africano teria poderes de administração e de legislação sobre o território em nome da Liga das Nações. O objetivo era o de promover o bem-estar de seus habitantes e o desenvolvimento da região. No entanto, com o término da Segunda Guerra Mundial, o Estado sul-africano reivindicou o reconhecimento da ONU da integração da região, sob o argumento de que o mandato da Liga das Nações teria perdido a vigência¹⁹⁰.

Em relação à opinião consultiva sob o *status* internacional, a CIJ posicionou-se no sentido de que os dois tipos de obrigação fixadas no mandato –

¹⁸⁹ CIJ. Opinião Consultiva sobre Reservas à Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, de 28/05/1951.

¹⁹⁰ “O território da África do Sudoeste pertencia à Alemanha até o fim da I Guerra Mundial. Por meio do Tratado de Versalhes (artigo 119), a Alemanha abriu mão de suas possessões ultramarinhas em favor das potências aliadas. A África do Sudoeste foi colocada sob mandato internacional que seria exercido pela África do Sul.” (TRINDADE, Otávio Augusto. Ob. cit., 2008, p. 307-308).

administração do território, de forma a atender à “missão sagrada de civilização”, e submissão de sua gestão ao sistema internacional de monitoramento – não cessaram com o fim da Liga das Nações¹⁹¹.

Segundo a CIJ, o sentido do artigo 80, item 1¹⁹², da Carta da ONU era o de resguardar os direitos dos povos até a conclusão dos acordos de tutela dispostos no Capítulo XII, referente ao Sistema Internacional de Tutela. Na compreensão da Corte, a Carta da ONU não permitiria um sistema de mandato que preservasse os direitos dos povos de maneira mais precária do sistema que era utilizado pela Liga das Nações. Este dispositivo preservaria o direito individual de petição, criado pelo Conselho da Liga das Nações. Em função de sua competência ampla¹⁹³, a AG-ONU seria o órgão da ONU encarregado do monitoramento do território¹⁹⁴.

Dois pontos desta competência consultiva revelam a abordagem constitucional empreendida pela CIJ. No primeiro aspecto, a interpretação do item 1 do artigo 80 da Carta da ONU expressa a regra de proibição de retrocesso de direitos em relação ao sistema de mandatos. Desse modo, qualquer avanço para a preservação dos direitos dos povos do território – à época da Liga das Nações¹⁹⁵ – deve ser preservado pelo Sistema ONU¹⁹⁶.

No segundo aspecto, a CIJ não permitiu que houvesse lacunas no sistema de mandatos da Liga das Nações. Não obstante a CIJ ter reconhecido que a Carta da ONU

¹⁹¹ CIJ. Opinião Consultiva sobre o *Status* Internacional da África do Sul, de 11/07/1950.

¹⁹² “Artigo 80. 1. Salvo o que for estabelecido em acordos individuais de tutela, feitos de conformidade com os Artigos 77, 79 e 81, pelos quais se coloque cada território sob este sistema e até que tais acordos tenham sido concluídos, nada neste Capítulo será interpretado como alteração de qualquer espécie nos direitos de qualquer Estado ou povo ou dos termos dos atos internacionais vigentes em que os Membros das Nações Unidas forem partes.”

¹⁹³ “Artigo 10. A Assembléia Geral poderá discutir quaisquer questões ou assuntos que estiverem dentro das finalidades da presente Carta ou que se relacionarem com as atribuições e funções de qualquer dos órgãos nela previstos e, com exceção do estipulado no Artigo 12, poderá fazer recomendações aos Membros das Nações Unidas ou ao Conselho de Segurança ou a este e àqueles, conjuntamente, com referência a qualquer daquelas questões ou assuntos.”

¹⁹⁴ CIJ. Opinião Consultiva sobre o *Status* Internacional da África do Sul, de 11/07/1950.

¹⁹⁵ Como o direito de petição para a preservação da autodeterminação dos povos do território, por exemplo.

¹⁹⁶ TRINDADE, Otávio Augusto. Ob. cit., 2008, p. 308.

não teria criado a obrigação do Estado sul-africano de concluir o mandato de tutela para o território em discussão, para a Corte o mandatário não pode alterar o *status* do território unilateralmente. A Corte utilizou-se da necessidade de concordância com o Conselho da Liga das Nações para a modificação dos termos do mandato (artigo 7º do mandato), com a obrigação de aprovação pela AG-ONU para os acordos de tutela (artigo 85¹⁹⁷), para delinear que a alteração do *status* internacional do território depende de acordo entre o Estado sul-africano e a ONU¹⁹⁸.

Assim, a CIJ estabeleceu que existe uma ordem jurídica completa e coerente, na qual as lacunas devem ser preenchidas pelo uso de analogias. Logo, o fim da Liga das Nações não criou um vácuo jurídico, tendo em vista o reconhecimento da continuidade das obrigações do mandatário perante a comunidade internacional¹⁹⁹.

A Opinião Consultiva seguinte²⁰⁰ diz respeito ao pedido de interpretação de trecho da Opinião anterior. No caso antecedente, a CIJ firmou o entendimento de que o grau de supervisão da AG-ONU não poderia exceder ao sistema de mandatos. Além disso, asseverou que o procedimento de supervisão da AG-ONU deveria seguir os parâmetros utilizados pela Liga das Nações.

A abordagem constitucional desta Opinião Consultiva diz respeito ao sistema de atribuição de competências à AG-ONU em relação ao monitoramento dos mandatos anteriores à sua instalação. Na Liga das Nações, o quórum de votação para questões relacionadas ao mandato era o de unanimidade. Com o advento da Carta da ONU, o quórum foi estabelecido pelo artigo 18, o qual não prevê a unanimidade²⁰¹. A partir deste

¹⁹⁷ “Artigo 85. 1. As funções das Nações Unidas relativas a acordos de tutela para todas as zonas não designadas como estratégias, inclusive a aprovação das condições dos acordos de tutela e de sua alteração ou emenda, serão exercidas pela Assembléia Geral.

2. O Conselho de Tutela, que funcionará sob a autoridade da Assembléia Geral, auxiliará esta no desempenho dessas atribuições.”

¹⁹⁸ CIJ. Opinião Consultiva sobre o *Status* Internacional da África do Sul, de 11/07/1950.

¹⁹⁹ CIJ. Opinião Consultiva sobre o *Status* Internacional da África do Sul, de 11/07/1950.

²⁰⁰ CIJ. Opinião Consultiva sobre o procedimento de votação em questões relacionadas a relatórios e petições sobre o território da África do Sudoeste, de 07/06/1955.

²⁰¹ “Artigo 18. 1. Cada Membro da Assembléia Geral terá um voto.

2. As decisões da Assembléia Geral, em questões importantes, serão tomadas por maioria de dois terços dos Membros presentes e votantes. Essas questões compreenderão: recomendações relativas à manutenção da paz e da segurança internacionais; à eleição

posicionamento adotado, a CIJ resguardou à ONU a possibilidade de continuar monitorando o sistema de mandatos estabelecidos²⁰².

A terceira Opinião Consultiva²⁰³ refere-se à ampliação das formas de monitoramento do mandato exercido pela África do Sul. A AG-ONU consultou a CIJ acerca da possibilidade de realização de audiências, em semelhança ao que ocorria com a Liga das Nações.

O entendimento da CIJ foi no sentido de autorizar a realização das audiências pelo Comitê de monitoramento. Para a Corte, a AG-ONU deveria exercer sua supervisão de forma efetiva e adequada. Assim como o Conselho da Liga das Nações autorizou o direito de peticionamento, a AG-ONU poderia instalar o sistema de audiências, haja vista ter o mesmo poder do antecessor. Além do mais, como não haveria ônus para o Estado sul-africano, a medida auxiliaria a ONU a apreciar o mérito das petições de forma mais efetiva²⁰⁴.

Como a medida tinha o objetivo de resguardar os direitos dos habitantes do território pelo mandatário – com o acesso direto à supervisão internacional –, a abordagem constitucional realizada pela CIJ demonstra-se pela escolha da preservação da liberdade individual dos habitantes do território. Desse modo, prevaleceu a liberdade individual dos habitantes sobre o direito do Estado em não ver ampliada a sua responsabilidade. Além disso, a participação direta dos habitantes tem como outra função conferir critério de legitimidade do órgão internacional, sobretudo pelo fato de as narrativas permitirem a construção de um posicionamento oficial sobre a situação²⁰⁵.

dos Membros não permanentes do Conselho de Segurança; à eleição dos Membros do Conselho Econômico e Social; à eleição dos Membros do Conselho de Tutela, de acordo como parágrafo 1 (c) do Artigo 86; à admissão de novos Membros das Nações Unidas; à suspensão dos direitos e privilégios de Membros; à expulsão dos Membros; questões referentes o funcionamento do sistema de tutela e questões orçamentárias.”

²⁰² TRINDADE, Otávio Augusto. Ob. cit., 2008, p. 310.

²⁰³ CIJ. Opinião Consultiva sobre a admissibilidade de audiências com peticionários no Comitê da AG-ONU para a África do Sudoeste, de 01/06/1956.

²⁰⁴ CIJ. Opinião Consultiva sobre a admissibilidade de audiências com peticionários no Comitê da AG-ONU para a África do Sudoeste, de 01/06/1956.

²⁰⁵ TRINDADE, Otávio Augusto. Ob. cit., 2008, p. 311-312.

A quarta Opinião Consultiva emitida pela CIJ retrata as consequências jurídicas para os Estados decorrentes da presença continuada da África do Sul na Namíbia²⁰⁶. Em 1966, a Resolução n. 2145 (XXI) da AG-ONU encerrou o mandato da África do Sul de administração do território da Namíbia. Em 1970, o Conselho de Segurança editou a Resolução n. 276, na qual declarou ilegal a continuação da presença do Estado sul-africano no território da Namíbia. Em 1971, o Conselho de Segurança solicitou a manifestação da CIJ sobre as consequências jurídicas para os Estados desta situação.

Este procedimento suscitou diversos questionamentos que demonstram a abordagem constitucional do direito internacional. Em especial, os memoriais de França e da África do Sul defenderam que a AG-ONU agiu de modo *ultra vires*²⁰⁷ ao adotar a Resolução n. 2145 (XXI)²⁰⁸.

Não obstante o objeto principal da Opinião Consultiva não ter sido o exame da validade de referida resolução, a CIJ apreciou o tema, no sentido de não ter poderes para realizar o controle de legalidade das resoluções emanadas dos órgãos da ONU²⁰⁹. Porém, este posicionamento não impediu a CIJ de examinar a compatibilidade da

²⁰⁶ CIJ. Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença continuada da África do Sul na Namíbia (África Sudoeste), não obstante a Resolução do Conselho de Segurança da ONU n. 276/1970, de 21/06/1971.

²⁰⁷ Sobre a atuação do ente internacional para além de sua competência, conferir o entendimento de QUEREJAZU ESCOBARI, Amaya. Responsabilidad de las organizaciones internacionales por actos Ultra vires. *Rev. Derecho*, Barranquilla, n. 39, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972013000100001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11/02/2015.

²⁰⁸ CIJ. Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença continuada da África do Sul na Namíbia (África Sudoeste), não obstante a Resolução do Conselho de Segurança da ONU n. 276/1970. Memoriais apresentados por Holanda, Polônia, Paquistão, Hungria, Tchecoslováquia, França, Finlândia e Iugoslávia de 28/08/1970 a 16/11/1970, p. 368: “Comme il va de soi qu'en matière de retrait d'un mandat on ne peut parler de pratique constante, et que la résolution 2145 {XXI} a été contestée, notamment par la France, on se trouve dans le cas d'une décision de l'Assemblée générale prise *ultra vires*”.

²⁰⁹ CIJ. Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença continuada da África do Sul na Namíbia (África Sudoeste), não obstante a Resolução do Conselho de Segurança da ONU n. 276/1970, de 21/06/1971, § 89: “Undoubtedly, the Court does not possess powers of judicial review or appeal in respect of the decisions taken by the United Nations organs concerned. The question of the validity or conformity with the Charter of General Assembly resolution 2145 (XXI) or of related

resolução da AG-ONU e confirmar a sua competência para revogar o mandato do Estado sul-africano, concedido pela Liga das Nações.

Diante da natureza convencional do mandato, a CIJ compreendeu que (i) a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados reconhece o direito de extinguir um tratado em decorrência de sua violação; (ii) o consentimento do Estado que vulnera o tratado não é necessário para o seu término e (iii) como sucessora da Liga das Nações, a ONU é o órgão responsável para se pronunciar sobre a conduta do mandatário²¹⁰.

Nesse contexto, o exame de compatibilidade – da resolução da Assembleia Geral com a Carta da ONU – realizado pela CIJ assemelha-se à decisão do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (TPI ex-Iugoslávia)²¹¹, o qual realizou o exame de compatibilidade da resolução do Conselho de Segurança que o criou. Ao longo de sua decisão, o TPI ex-Iugoslávia examina, de forma extensiva, a compatibilidade entre a decisão do Conselho de Segurança de criar o TPI ex-Iugoslávia e as competências previstas no Capítulo VII da Carta da ONU. Logo, tanto a CIJ como o TPI ex-Iugoslávia desempenharam a clara função constitucional de realizar este exame de compatibilidade entre as decisões dos órgãos da ONU e a sua respectiva Carta²¹².

A CIJ determinou a todos os membros da ONU a obrigação de não reconhecerem a legalidade da permanência da África do Sul em território da Namíbia. Para tanto, elencou diversas obrigações que os Estados deveriam observar, sob pena de implicar

Security Council resolutions does not form the subject of the request for advisory opinion. However, in the exercise of its judicial function and since objections have been advanced the Court, in the course of its reasoning, will consider these objections before determining any legal consequences arising from those resolutions”.

²¹⁰ CIJ. Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença continuada da África do Sul na Namíbia (África Sudoeste), não obstante a Resolução do Conselho de Segurança da ONU n. 276/1970, de 21/06/1971, §§ 93-95.

²¹¹ TPI ex-Iugoslávia. *Caso Tadic*. Decisão em defesa de sua jurisdição, de 10/08/1995, §§ 1-31: “(...) this International tribunal is not a constitutional court set up to scrutinise the actions of organs of the United nations. It is, on the contrary, a criminal tribunal with clearly defined powers, involving a quite specific and limited criminal jurisdiction. If it is to confine its adjudications to those specific limits, it will have no authority to investigate the legality of its creation by the security Council”.

²¹² Para o aprofundamento do tema, conferir FASSBENDER, Bardo. Review essay: Quis judicabit? The Security Council, its powers and its legal control. *European Journal of International Law*, v. 11, n. 1, p. 219-232, 2000.

no reconhecimento da ocupação. Dentre estas obrigações, destaca-se: (i) a abstenção de celebrar tratados com a África do Sul agindo em nome da Namíbia, bem como de aplicar tratados já existentes referentes àquele território; (ii) a abstenção do envio de missão diplomática ao Estado sul-africano com jurisdição sobre a Namíbia; e (iii) abstenção de manter relações econômicas com a África do Sul relativas à Namíbia²¹³.

Mesmo com a imposição destas obrigações, a CIJ realizou ressalvas importantes a esse respeito. A primeira ressalva diz respeito aos eventuais benefícios para o povo namíbio, oriundo da cooperação internacional, que deveriam ser mantidos. Quanto aos tratados de natureza humanitária, estes deveriam permanecer em vigor e serem aplicados. Com estas ressalvas, a CIJ busca assegurar o exercício da autodeterminação pelo povo da Namíbia²¹⁴.

Além do mais, em sua Opinião, a Corte considerou que a proibição do reconhecimento da legalidade da situação tem efeito *erga omnes*, e se estende aos Estados que não são membros da ONU²¹⁵.

Isto se justifica pelo fato de as obrigações *erga omnes* estarem associadas à noção de comunidade internacional e de ordem pública. Estas normas possuem o perfil constitucional, em função de expressarem o conteúdo material mais importante da comunidade jurídica, bem como as condições formais para a unidade e o funcionamento do sistema normativo. Logo, as obrigações *erga omnes* apresentam-se como o efeito processual decorrente da ordem pública. Por serem obrigações devidas à comunidade internacional, o seu cumprimento é de interesse jurídico direto de qualquer Estado²¹⁶.

De outro lado, a apreciação do caso contencioso sobre a matéria – Etiópia vs. África do Sul e Libéria vs. África do Sul – não chegou a ter a abordagem constitucional

²¹³ CIJ. Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença continuada da África do Sul na Namíbia (África Sudoeste), não obstante a Resolução do Conselho de Segurança da ONU n. 276/1970, de 21/06/1971.

²¹⁴ CIJ. Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença continuada da África do Sul na Namíbia (África Sudoeste), não obstante a Resolução do Conselho de Segurança da ONU n. 276/1970, de 21/06/1971.

²¹⁵ CIJ. Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença continuada da África do Sul na Namíbia (África Sudoeste), não obstante a Resolução do Conselho de Segurança da ONU n. 276/1970, de 21/06/1971.

²¹⁶ TRINDADE, Otávio Augusto. Ob. cit., 2008, p. 314.

do direito internacional como parte vencedora da lide²¹⁷. Etiópia e Libéria recorreram à CIJ para alegar que a África do Sul não estava promovendo o bem-estar material e moral, bem como o progresso dos habitantes do território da Namíbia, o que violaria as obrigações contidas no mandato concedido pela Liga das Nações²¹⁸.

A CIJ decidiu pela ausência de interesse de agir dos países no feito. Para a Corte, as obrigações criadas pelos mandatos não eram devidas aos membros da Liga das Nações individualmente, mas sim à própria organização. Desse modo, cabia à Liga das Nações supervisionar o desempenho das funções do mandatário, e não aos Estados, de forma individualizada²¹⁹.

De outro lado, a divergência expôs abordagem constitucional completa sobre a administração do território no plano internacional. Por meio do “desdobramento funcional”, cada Estado membro da Liga das Nações desempenha a função de órgão da comunidade internacional. Segundo a divergência, a fiscalização do mandatário deveria ser considerado como um interesse em benefício dos seres humanos. Logo, Libéria e Etiópia teriam o direito de demandar contra o Estado sul-africano, pois estariam atuando como órgãos da Liga das Nações, de maneira que isto legitimaria o interesse jurídico direto no correto desempenho das funções do mandatário²²⁰.

²¹⁷ O julgamento chegou a estar empatado - 07 votos a 07. Com o voto de minerva do Presidente, a caso foi decidido pela ilegitimidade da Etiópia e da Libéria terem interesse de agir em relação à discussão sobre o desenvolvimento do mandato desempenhado pela África do Sul.

²¹⁸ CIJ. Casos relativos à África do Sudoeste (Etiópia vs. África do Sul e Libéria vs. África do Sul). Julgamentos de 18/07/1966.

²¹⁹ CIJ. Casos relativos à África do Sudoeste (Etiópia vs. África do Sul e Libéria vs. África do Sul). Julgamentos de 18/07/1966.

²²⁰ CIJ. Casos relativos à África do Sudoeste (Etiópia vs. África do Sul e Libéria vs. África do Sul). Julgamentos de 18/07/1966. Voto divergente do Juiz Tanaka, p. 253: “Each member of a human society - whether domestic or international - is interested in the realization of social justice and humanitarian ideas. the state which belongs as a member to an international organization incorporating such ideas must necessarily be interested. so far as the interest in this case affects the rights and obligations of a state, it may be called a legal interest. the state may become the subject or holder of a legal interest regarding social justice and humanitarian matters, but this interest includes its profound concern with the attitude of other states, particularly member states belonging to the same treaty or organization. In short, each state may possess a legal interest in the observance of the obligations by other states”.

No caso *Barcelona Traction*, ainda que a demanda da Bélgica contra a Espanha tenha sido julgada improcedente, neste contencioso a CIJ reconheceu que no plano internacional, a configuração de proteção à pessoa humana está alicerçada nos direitos humanos, no direito humanitário e no direito dos refugiados. A CIJ delineou que estes três ramos compõem um mesmo grupo de princípios e regras concernentes aos direitos fundamentais da pessoa humana²²¹.

Sobre este aspecto, dentro dos interesses em causa, a CIJ considerou que todos os Estados podem ter interesse jurídico de que estes direitos assinalados sejam protegidos. Por essa razão, as obrigações que se relacionam a estes direitos são obrigações de natureza *erga omnes*²²².

Pelo exame dos casos, verifica-se que a CIJ apreciou situações de extrema desigualdade no plano internacional. Este tipo de situações leva a momentos de opressão entre os Estados, as quais, além de serem constatadas, podem ser condenadas por meio de uma perspectiva constitucional. Situações repressivas – que violam a autonomia de seres humanos – vulneram não apenas suas vítimas diretas, como também se tornam uma ofensa objetiva para a comunidade internacional.

É dentro deste contexto que, para além do exame dos casos apreciados pela CIJ, a constitucionalização do direito internacional alcança outras cortes internacionais, como os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. As Cortes regionais promovem abordagem constitucional própria do direito internacional, a partir da constitucionalização da proteção dos direitos humanos.

2.3.2 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A ABORDAGEM CONSTITUCIONAL PROMOVIDA PELOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO

A concretude atribuída aos direitos humanos não se dá apenas na constituição de novos tratados, mas, sobretudo, na atuação de órgãos de solução de controvérsias em matéria de direitos humanos, como as Cortes pertencentes aos sistemas regionais de proteção. Tanto o perfil europeu como o perfil interamericano são responsáveis

²²¹ CIJ. Contencioso *Barcelona Traction*, decisão de 05/02/1970.

²²² CIJ. Contencioso *Barcelona Traction*, decisão de 05/02/1970.

pela proliferação normativa de direitos humanos, interpretando as Convenções já existentes ou criando outros direitos a partir delas, contribuindo para o processo de constitucionalização do direito internacional.

Nesse contexto, os Sistemas Regionais Europeu e Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos desempenham um importante papel nesta construção. Em seus respectivos âmbitos de atuação, está evidenciada a relevância dos direitos humanos e do controle em formato judicial para o processo de constitucionalização. Estes sistemas regionais introduzem o direito internacional e propiciam uma relação diferenciada com o direito nacional, de modo que são responsáveis pela construção de processos de interatividade envolvendo valores constitucionais, em diferentes níveis de influência²²³.

Nesse contexto, os sistemas regionais de proteção servem como uma pedra angular para o processo de constitucionalização em diferentes níveis. Esta importância é determinada em função do conteúdo que é trabalhado e pelo caminho que é construído para a constitucionalização²²⁴.

As Cortes dos sistemas regionais de proteção ajudam a construir a fundação do processo de constitucionalização. A sua criação e consolidação revelam a existência de uma comunidade internacional de valores e interesses comuns. Esta comunidade demonstra a necessidade de modificação das funções do Estado e de seus objetivos na ordem internacional, em especial no que tange ao *déficit* de proteção dos direitos humanos. Além disso, o papel desempenhado pelas Cortes possibilita a realização de modificações essenciais, tanto na teoria geral do direito internacional, como também na relação com o direito nacional, em uma perspectiva evolucionista do processo de constitucionalização²²⁵.

Os sistemas regionais contribuem para a construção dos conceitos operacionais do processo de constitucionalização. Dentro destes conceitos, estão questões

²²³ WET, Erika de. The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, n. 03, p. 611-632, 2006.

²²⁴ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Ob. cit., 2011, p. 5.

²²⁵ WET, Erika de. The international constitutional order. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 01, p. 51-76, 2006.

relacionadas a ordem pública internacional, comunidade internacional e *jus cogens*. Em comunhão com estes conceitos, está a reformulação da teoria geral do direito internacional, com uma menor centralização na figura dos Estados, harmonizando-se com a realidade internacional. Além disso, os sistemas regionais promovem a reformulação da relação entre direito internacional e direito nacional, confeccionando uma conexão com diferentes níveis de proteção. Com tudo isso, os sistemas regionais estabelecem parâmetros de controle que permitem a irradiação do conteúdo essencial protetivo dos direitos humanos não apenas para o direito nacional dos Estados, mas também para outros campos do direito internacional, em uma perspectiva de fertilização cruzada do conteúdo dos seus julgados²²⁶.

Nesse contexto, o reconhecimento da existência de uma comunidade internacional e de seus interesses comuns revela-se uma das contribuições chave do direito internacional dos direitos humanos – em particular dos sistemas regionais de proteção – para o fomento do processo de constitucionalização. Este reconhecimento faz com que a comunidade internacional aceite a formação de uma ordem pública internacional²²⁷, incluindo as regras de responsabilidade em matéria de direitos humanos.

Com efeito, as Cortes regionais têm desenvolvido a ideia de comunidade internacional em função do interesse comum e da preocupação com a proteção do indivíduo, o que justifica a irradiação do conteúdo dos direitos humanos mediante seus julgados. Esta preocupação pode ser visualizada com a definição de comunidade internacional pela Corte IDH, ao tratar da responsabilidade do Estado pelas graves violações dos direitos da pessoa humana. Esta definição de comunidade internacional apresenta-se como parâmetro indutor de erradicação da impunidade, com a conjugação do dever de cooperação interestatal²²⁸.

²²⁶ Ver, a esse respeito, GROPPi, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. Las referencias recíprocas entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo? *Revista de Derecho Público*, v. 80, p. 85-120, 2014.

²²⁷ Sobre o tema, conferir McDOUGAL, Myres S. Human Rights and World Public Order: Principles of Content and Procedure for Clarifying General Community Policies. *The Virginia Journal of International Law*, v. 14, n. 03, p. 387-419, 1974.

²²⁸ Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 01/07/2006. Série C n. 148. Voto do Juiz Cançado Trindade, § 27 e Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e

O reconhecimento da existência de uma ordem pública internacional pelos sistemas regionais tem como destaque a possibilidade da superação da vontade dos Estados Partes. Este é o entendimento da Corte IDH que, ao reconhecer a existência de uma ordem pública internacional, assevera a necessidade de o sistema de proteção verificar não apenas as condições formais dos atos, mas também a natureza e a gravidade das alegadas violações. Este procedimento leva em consideração os requisitos e os interesses da justiça, as circunstâncias específicas que cercam o caso, as ações e as posições das partes, a fim de que o julgamento amolde-se aos fins que se busca cumprir o Sistema Interamericano²²⁹.

De outro lado, a Corte EDH estabeleceu o conceito de ordem pública no plano europeu como um conjunto de regras tidas como fundamentais para a concretização da sociedade europeia. Nesse contexto, a ordem pública europeia se perfaz em torno de valores comuns. Estes valores são revelados por atores institucionais, como a interpretação

Custas. Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, § 160: “Según ha sido reiteradamente señalado, los hechos del presente caso han infringido normas inderogables de derecho internacional (ius cogens). En los términos del artículo 1.1 de la Convención Americana, los Estados están obligados a investigar las violaciones de derechos humanos y a juzgar y sancionar a los responsables. Ante la naturaleza y gravedad de los hechos, más aún tratándose de un contexto de violación sistemática de derechos humanos, la necesidad de erradicar la impunidad se presenta ante la comunidad internacional como un deber de cooperación interestatal para estos efectos. El acceso a la justicia constituye una norma imperativa de Derecho Internacional y, como tal, genera obligaciones erga omnes para los Estados de adoptar las medidas que sean necesarias para no dejar en la impunidad esas violaciones, ya sea ejerciendo su jurisdicción para aplicar su derecho interno y el Derecho Internacional para juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos de esa índole, o colaborando con otros Estados que lo hagan o procuren hacerlo. La Corte recuerda que, bajo el mecanismo de garantía colectiva establecido en la Convención Americana, en conjunto con las obligaciones internacionales regionales y universales en la materia, los Estados Parte en la Convención deben colaborar entre sí en ese sentido”.

²²⁹ Este argumento pode ser verificado nos seguintes casos: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/05/2008, Série C n. 177, § 24 e Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27/11/2008. Série C n. 191, § 21: “Dado que los procesos ante esta Corte se refieren a la tutela de los derechos humanos, cuestión de orden público internacional que trasciende la voluntad de las partes, la Corte debe velar porque tales actos resulten aceptables para los fines que busca cumplir el sistema interamericano. En esta tarea el Tribunal no se limita únicamente a verificar las condiciones formales de los mencionados actos, sino que los debe confrontar con la naturaleza y gravedad de las violaciones alegadas, las exigencias e interés de la justicia, las circunstancias particulares del caso concreto y la actitud y posición de las partes”.

dada pela Corte EDH, que reconhece a noção de ordem pública quando leva em conta o caráter especial da Convenção Europeia. Referido texto convencional revela-se como instrumento de ordem pública para a proteção da pessoa humana, com o escopo de garantir a observância dos compromissos assumidos pelos Estados²³⁰.

As Cortes têm enfatizado a natureza particular do sistema regional, reconhecendo-lhes características constitucionais, e lembrando que são regimes objetivos, em que o princípio da reciprocidade entre os Estados no plano internacional não desempenha nenhum papel²³¹. Desse modo, as regras gerais do direito internacional devem ser moldadas no interesse da máxima proteção dos direitos humanos.

Com efeito, em sentido semelhante, a Convenção Europeia não se resume à vontade dos Estados Partes, mas assegura a proteção dos interesses dos indivíduos e obrigações positivas perante os próprios Estados. Esta proteção ocorre não apenas em decorrência do consentimento destes, mas em nome dos valores comuns, representados pelo conteúdo essencial dos direitos humanos.

Com esse entendimento, assim como observado pela Corte IDH, a Corte EDH enaltece o caráter objetivo da Convenção Europeia, cujo instrumento de proteção da pessoa humana é fundado na solidariedade comum e, assim como observado pela Opinião

²³⁰ Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia*. Petição n. 15318/89. Objeções Preliminares. Sentença de 23/03/1995, § 93: “In addressing this issue the Court must bear in mind the special character of the Convention as an instrument of European public order (ordre public) for the protection of individual human beings and its mission, as set out in Article 19 (art. 19), ‘to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties’.”.

²³¹ A Corte IDH assentou este entendimento na Opinião Consultiva n. 02/1982, ao dispor do critério técnico referente às reservas da Convenção Americana. Conforme artigo 75 da Convenção, as reservas ao texto apenas podem se dar em conformidade com as disposições da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Assim, as reservas expressamente autorizadas devem ser compatíveis com o objeto e a finalidade da Convenção, não se curvando à vontade dos Estados Partes (Corte IDH. Opinião Consultiva n. 02, de 24/09/1982. O Efeito das Reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos [artigos 74 e 75] solicitada pela Comissão IDH, § 37: “Habiendo concluido que las reservas expresamente autorizadas por el artículo 75, esto es, todas las compatibles con el objeto y fin de la Convención, no requieren aceptación de los Estados Partes, la Corte opina que los instrumentos de ratificación o adhesión que las contienen entran en vigor, de acuerdo con el artículo 74, desde el momento de su depósito”).

Consultiva n. 02/1982, opõe-se ao princípio geral de reciprocidade do direito internacional²³².

Nesse aspecto, a Convenção Europeia deve ser lida em função de seu caráter específico de tratado, como garantia coletiva de direitos humanos e de liberdades fundamentais. Isto porque a sua natureza de instrumento de salvaguarda dos direitos humanos exige que as suas disposições sejam interpretadas de modo a torná-las efetivas. Além disso, é importante ressaltar que toda e qualquer interpretação dos direitos e liberdades garantidos tem de ser compatível com “o espírito geral da Convenção, um instrumento concebido para manter e promover os valores os ideais e valores de uma sociedade democrática”²³³.

Ao afirmar que o espírito geral da Convenção Europeia é o de respeitar e promover os ideais e valores de uma sociedade democrática²³⁴, a Corte EDH coloca a sociedade democrática como valor central da ordem pública europeia²³⁵. Por meio da interpretação, a Corte enumera os princípios estruturais desse modelo de sociedade: (a) o princípio da dignidade da pessoa humana²³⁶; (b) o princípio da proeminência do direito²³⁷; (c) o princípio do pluralismo²³⁸; e (d) o princípio da não discriminação²³⁹.

²³² LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 60.

²³³ Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido*. Petição n. 14038/88. Plenário. Mérito. Sentença de 07/07/1989, § 87: “In interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms. Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective. In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with ‘the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society’.”

²³⁴ Corte EDH. *Caso Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen vs. Dinamarca*. Petições n.(s) 5095/71, 5920/72 e 5926/72. Mérito. Sentença de 07/12/1976, § 53.

²³⁵ Corte EDH. *Caso Partido Comunista Turco vs. Turquia*. Petição n. 133/1996/752/951. Mérito. Sentença de 30/01/1998, § 43.

²³⁶ Corte EDH. *Caso S.W. vs. Reino Unido*. Petição n. 20166/92. Mérito. Sentença de 22/11/1995, § 44.

²³⁷ Comissão EDH. *Caso Golder vs. Reino Unido*. Petição n. 4451/70. Relatório adotado em 01/06/1973, § 58.

²³⁸ Corte EDH. *Caso Partido Comunista Turco vs. Turquia*. Petição n. 133/1996/752/951. Sentença de 30/01/1998, § 43.

Nesse sentido, a Corte EDH elenca os artigos 2º (direito à vida)²⁴⁰ e 3º (proibição de tortura)²⁴¹ da Convenção Europeia como os que contêm as disposições mais fundamentais. Embora a ordem pública europeia não seja formada apenas por esses princípios, eles são portadores dos valores comuns essenciais e constituem a estrutura fundamental da ordem pública europeia de direitos humanos. São os princípios diretores de toda a atividade dos Estados²⁴².

Para a Corte EDH, o direito à vida é imposto ao Estado, o qual exercita esta obrigação positiva por meio de medidas necessárias à proteção de seu conteúdo essencial. A consequência deste tipo de proteção é a vinculação dos Estados ao dever primordial de elaborar um quadro legislativo e administrativo, almejando uma eficaz prevenção e a dissuasão da possibilidade de se colocar em perigo o direito à vida²⁴³.

De outro lado, a Corte EDH preocupa-se com a dignidade humana e a integridade física e mental da pessoa, de modo que a leitura do artigo 3º revela não apenas uma proibição destacada como de natureza universal, mas, sobretudo, uma garantia. Esta garantia visa assegurar que a tortura, o tratamento degradante e o tratamento desumano não

²³⁹ Corte EDH. *Caso “Relatando certos aspectos do direito no uso de linguagens em educação na Bélgica” vs. Bélgica*. Petição n.(s) 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63 e 2126/64. Mérito. Sentença de 23/07/1968, § 10.

²⁴⁰ “Artigo 2º - Direito à vida.

1 - O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

2 - Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte do recurso à força, tornando absolutamente necessário:

Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;

Para efetuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;

Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.”

²⁴¹ “Artigo 3º - Proibição de tortura.

Ninguém poderá ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

²⁴² LIMA, José Antonio Farah Lopes de. Ob. cit., p. 61.

²⁴³ Corte EDH. *Caso Öneriyildiz vs. Turquia*. Petição n. 48939/99. Mérito. Sentença de 30/11/2004, § 89.

serão utilizados – no âmbito do espaço público europeu protegido pela Convenção – com o intuito de reação a um perigo público, como o terrorismo ou o crime organizado²⁴⁴.

Note-se que há uma variação de sentido e de interpretação entre os sistemas regionais de proteção, considerada natural em função da gênese da sua formação cultural. Isto é, ambos os direitos humanos destacados como sendo dois dos mais relevantes para o conceito de ordem pública europeia também são previstos na Convenção Americana²⁴⁵. Entretanto, assumem papéis diferenciados em relação ao gênero europeu, porquanto os países do sistema interamericano guardam suas peculiaridades regionais.

²⁴⁴ Corte EDH. *Caso Selmouni vs. França*. Petição n. 25803/94. Mérito. Sentença de 28/07/1999, § 94.

²⁴⁵ “Artigo 4º - Direito à vida.

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competentes e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada a delitos políticos, nem a delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridades competentes.”

“Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

3. A pena não pode passar da pessoa do delinquente.

4. Os processados devem ficar separados dos condenados, salvo em circunstâncias excepcionais, e devem ser submetidos a tratamento adequado à sua condição de pessoas não condenadas.

5. Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.

O direito à vida é lido em uma perspectiva evolucionista, no escopo de assegurar a proteção à vida digna²⁴⁶, à morte digna²⁴⁷ e ao projeto de vida²⁴⁸, enquanto a tortura desencadeia procedimentos interpretativos diferenciados, que refletem na alteração do processo constitucional dos Estados²⁴⁹.

Nesse aspecto, a Corte IDH construiu o posicionamento de que o conteúdo essencial do direito à vida está conectado a proibição de atos de tortura. Ao se analisar a dignidade como aspecto essencial do direito à vida, o direito de não ser torturado torna-se parte do conteúdo essencial deste, haja vista que a vida digna implica o respeito à integridade moral, física e mental do indivíduo, em uma verdadeira fusão dos artigos 4º e 5º da Convenção Americana²⁵⁰.

6. As penas privativas de liberdade devem Ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados.”

²⁴⁶ Em específico, não se refere à construção da ideia de dignidade humana em si, mas do direito à vida como o acesso às condições que garantam uma existência digna. Este entendimento é tratado em Corte IDH. *Caso “Street Children” (Villagran-Morales et al.) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19/11/1999. Série C n. 63, § 144.

²⁴⁷ Na perspectiva de assegurar o tratamento adequado aos restos mortais da pessoa, de acordo com a cultura local. Ver, em especial, um dos primeiros casos em que o tema é tratado: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25/11/2000. Série C n. 70, § 200.

²⁴⁸ Na concepção da Corte IDH, o projeto de vida associa-se tanto à realização pessoal como às opções que devem ser oferecidas à pessoa, com o intuito de que ela atinja o seu desenvolvimento pessoal, de modo a estruturar a essencialidade do projeto de vida para o desenvolvimento de uma vida digna, com consequências para o reconhecimento da integridade e da dignidade da pessoa humana (Ver, em especial, Corte IDH. *Caso Loayza-Tamayo vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27/11/1998. Série C n. 42, §§ 147-150 e Corte IDH. *Caso “Street Children” (Villagran-Morales et al.) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19/11/1999. Série C n. 63. Voto separado do Juiz Cançado Trindade, § 8. Os temas transcritos serão abordados na perspectiva do adensamento de juridicidade do direito humano à vida, com especial relevo no capítulo 2.

²⁴⁹ Esta perspectiva será analisada com maior ênfase no capítulo 3. A Corte IDH inaugurou o debate sobre a tortura a partir do Caso Cantoral Benavides (Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000. Série C n. 69).

²⁵⁰ SILVA, Alice Rocha da (et. ali.). *A Subjetividade na atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Efetividade dos Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão*. Artigo escrito como resultado parcial de pesquisa para o grupo Internacionalização dos Direitos, vinculado ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Comunicação restrita, de 18/01/2014.

Assim, a Corte IDH tem se pronunciado no sentido de que a comunidade internacional e os valores que ela representa constituem a fundação do mais elevado nível de normas da ordem internacional, de modo que esta premissa reforça a proteção dos deveres dos Estados em salvaguardar os direitos humanos²⁵¹.

Por meio dos exemplos da constitucionalização do direito internacional, é possível conferir os processos desencadeados pelos tribunais internacionais para a proteção dos direitos humanos.

Nesse aspecto, como parte da compreensão dos processos desenvolvidos pela Corte IDH – sobretudo da formação do constitucionalismo compensatório –, é necessário verificar a formação da jurisdição obrigatória dos tribunais internacionais quando da discussão sobre direitos humanos.

²⁵¹ Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/09/2006, Série C n. 153, §§ 131-132.

CAPÍTULO 2 – A CONSTRUÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO: O PADRÃO DE PROTEÇÃO DA CORTE IDH COMO MODELO DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

A Corte IDH apresenta um conjunto de processos que a diferencia das demais jurisdições de natureza congênera. Denominada de “Tribunal Audaz” por parte da doutrina contemporânea, a Corte IDH apresenta histórico evolutivo importante na proteção de direitos humanos.

Prevista apenas como jurisdição facultativa no texto convencional, ao longo de seus julgamentos a Corte IDH apresentou um conjunto de processos diferenciados dos demais tribunais internacionais. Estes processos contribuem não apenas para a evolução do processo de constitucionalização do direito internacional, mas também confirmam o constitucionalismo compensatório existente em matéria de direitos humanos, quando da interatividade realizada com os Estados da América Latina.

O primeiro destes processos diz respeito à sua transformação de jurisdição facultativa em jurisdição obrigatória. Enquanto o pactuado pelos Estados era a submissão a uma jurisdição facultativa, ao curso do desenvolvimento dos direitos humanos, a jurisprudência da Corte IDH a definiu como jurisdição obrigatória a todos os Estados.

No entanto, a qualificação de jurisdição obrigatória apresenta requisitos importantes e que devem ser qualificados pela comunidade internacional. Para o exame destes requisitos, faz-se necessário o exame comparativo entre a Corte Internacional de Justiça (doravante CIJ) e a Corte Europeia de Direitos Humanos (doravante Corte EDH), as quais possuem processos autônomos de afirmação de sua competência, alguns semelhantes e outros diferenciados em relação ao Tribunal Interamericano.

É com este enfoque comparativo que a primeira parte deste Capítulo trabalhará: quais construções a CIJ e a Corte EDH realizaram para serem reconhecidas pelos Estados como jurisdições obrigatórias.

A parte final do presente Capítulo será dedicada à análise evolutiva da Corte IDH, seja da mudança de jurisdição facultativa à jurisdição obrigatória, até o exame de sua relação com os outros tribunais internacionais, em especial com a CIJ, a Corte EDH e o Tribunal Penal Internacional (doravante TPI). Esta última Corte – por ter nascido

posteriormente aos sistemas regionais de proteção – utiliza-se dos precedentes dos demais tribunais existentes para legitimar a sua construção jurisprudencial.

Destaque-se que o TPI não será analisado como medida comparativa à Corte IDH em função de escolha metodológica da pesquisa. O Estatuto da CIJ e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (doravante Convenção Europeia) não designaram seus respectivos tribunais como jurisdição obrigatória de forma direta, isto é, as respectivas Cortes se afirmaram pela construção jurisprudencial, desde sua gênese. De outro lado, o TPI apresenta-se como jurisdição obrigatória aos Estados Partes do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (doravante Estatuto de Roma)²⁵².

Nesse aspecto, o estudo comparativo entre os tribunais internacionais escolhidos tem como finalidade demonstrar que a construção do constitucionalismo compensatório empreendido pela Corte IDH necessita de sua feição como jurisdição obrigatória no espaço interamericano de proteção dos direitos humanos.

²⁵² Por meio da interpretação sistemática dos dispositivos do Estatuto de Roma, a jurisdição obrigatória do TPI funda-se nos artigos 1º e 5º, em consonância com o artigo 12, item 1:

“Artigo 1º - O Tribunal

É criado, pelo presente instrumento, um Tribunal Penal Internacional ("o Tribunal"). O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais. A competência e o funcionamento do Tribunal reger-se-ão pelo presente Estatuto.

(...)

Artigo 5º - Crimes da Competência do Tribunal

1. A competência do Tribunal restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto. Nos termos do presente Estatuto, o Tribunal terá competência para julgar os seguintes crimes:

- a) O crime de genocídio;
- b) Crimes contra a humanidade;
- c) Crimes de guerra;
- d) O crime de agressão.

2. O Tribunal poderá exercer a sua competência em relação ao crime de agressão desde que, nos termos dos artigos 121 e 123, seja aprovada uma disposição em que se defina o crime e se enunciem as condições em que o Tribunal terá competência relativamente a este crime. Tal disposição deve ser compatível com as disposições pertinentes da Carta das Nações Unidas.

Artigo 12 - Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º”.

1 A CIJ COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

A CIJ constitui um dos tribunais internacionais mais antigos. Sucessora da Corte Permanente de Justiça Internacional (doravante CPJI), a CIJ²⁵³ tem previsão expressa na Carta das Nações Unidas (doravante Carta da ONU) e se apresenta como órgão de solução de controvérsias dos Estados no plano internacional.

A natureza obrigatória da jurisdição da CIJ está prevista no artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça²⁵⁴ (doravante Estatuto da CIJ). O reconhecimento como obrigatória da jurisdição da CIJ poderá ser feita com condicionantes de reciprocidade entre os Estados Partes ou por prazo determinado.

²⁵³ A CIJ está situada no Palácio da Paz, em Haia, Holanda. Iniciou seus trabalhos em 1946, a partir de quando passou a substituir a CPJI, cuja existência estava atrelada à Liga das Nações. O Estatuto da CIJ segue os moldes do antigo Estatuto da CPJI e a jurisprudência da antiga Corte Permanente é oficialmente tida como fundamento para as deliberações da CIJ.

²⁵⁴ “A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

Os Estados, partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, *ipso facto* e sem acordos especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto:

- a) a interpretação de um tratado;
- b) qualquer ponto de direito internacional;
- c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional;
- d) a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.

As declarações acima mencionadas poderão ser feitas pura e simplesmente ou sob condição de reciprocidade da parte de vários ou de certos Estados, ou por prazo determinado.

Tais declarações serão depositadas junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas que as transmitirá, por cópia, às partes contratantes do presente Estatuto e ao Escrivão da Corte.

Nas relações entre as partes contratantes do presente Estatuto, as declarações feitas de acordo com o Artigo 36 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e que ainda estejam em vigor serão consideradas como importando na aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça, pelo período em que ainda devem vigorar e de conformidade com os seus termos.

Qualquer controvérsia sobre a jurisdição da Corte será resolvida por decisão da própria Corte.”

Há ainda outros instrumentos internacionais que preveem a jurisdição da CIJ como obrigatória. É o caso, por exemplo, do Protocolo de Assinatura Facultativa referente à solução obrigatória de controvérsias que acompanha a Convenção de Viena sobre Relações Consulares (doravante Protocolo de Assinatura Facultativa)²⁵⁵.

Este instrumento internacional protagonizou 3 demandas, em que Paraguai, Alemanha e México exerceram o direito de petição perante a CIJ, e discutiram o direito de assistência consular, previsto no artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares (doravante Convenção de Viena RC).

Nos dois últimos casos (Alemanha e México)²⁵⁶, com o objetivo de incrementar os esforços em defesa dos direitos humanos, a CIJ construiu o entendimento de sua jurisdição como obrigatória, em especial por se discutir a defesa da pessoa humana.

A CIJ julgou as demandas procedentes e determinou que os Estados Unidos procedessem com a revisão das sentenças condenatórias, que não levaram em consideração o procedimento previsto no artigo 36 da Convenção de Viena RC.

No entanto, um diálogo jurisprudencial foi instalado com os tribunais dos Estados Unidos, os quais negaram a aplicação da maioria dos julgamentos proferidos pela CIJ. Dentre os motivos, a ausência de prequestionamento, o respeito à separação dos poderes e ao regime federativo de Estado foram as justificativas utilizadas para o descumprimento.

Com este cenário, verifica-se a dificuldade de implementação das decisões da CIJ, o que acarreta o descumprimento do direito internacional e gera a responsabilidade internacional do Estado. O que se pretende com este tópico é estabelecer uma etapa comparativa com a Corte IDH.

Por meio da análise dos processos de construção da jurisdição obrigatória realizados pela CIJ, pretende-se verificar a contribuição da feição de jurisdição obrigatória da

²⁵⁵ “Artigo 1º - As controvérsias relativas à interpretação ou à aplicação da Convenção recaem na competência obrigatória da Corte Internacional de Justiça, a quem, por esse título, poderá ser apresentado um requerimento de qualquer parte na controvérsia que seja, ela própria, parte no presente Protocolo”.

²⁵⁶ O Estado do Paraguai solicitou a retirada do caso da pauta da CIJ, que ocorreu em 10/11/1998, conforme se verá em tópico próprio.

CIJ para a Corte IDH. Parte da doutrina internacional²⁵⁷ defende que para se posicionar como jurisdição obrigatória em matéria de direitos humanos, no julgamento do Caso LaGrand, a CIJ utilizou-se – de forma tácita – da lógica do direito de assistência consular desenvolvido pela Corte IDH²⁵⁸, em sede de opinião consultiva.

O que se busca, portanto, é verificar como o diálogo jurisprudencial realizado pela CIJ para se firmar como jurisdição obrigatória em matéria de direitos humanos pode contribuir para a construção do perfil da Corte IDH como jurisdição obrigatória.

1.1 ESTUDO DO CASO BREARD – PARAGUAI VS. ESTADOS UNIDOS

O primeiro caso proposto perante a CIJ que envolveu a discussão sobre o artigo 36 da Convenção de Viena RC foi o Caso Breard²⁵⁹. Apresentado em 1992 pelo Paraguai, em função da condenação à morte do paraguaio Angel Francisco Breard pelo cometimento de homicídio no Estado da Virgínia, o Estado paraguaio defendeu a tese de que a ausência de assistência consular prejudicou a defesa de seu cidadão perante o processo penal dos Estados Unidos.

O Estado do Paraguai tentou por medidas internas – judiciais e diplomáticas – reverter a condenação de seu nacional. Postulou perante a CIJ – dias antes da data marcada para a execução de seu nacional – medidas cautelares para garantir que seu nacional não fosse morto antes da decisão perante a CIJ.

A Corte deferiu a medida cautelar que determinava a adoção de providências para que o cidadão paraguaio não fosse executado antes do exame de mérito

²⁵⁷ SILVA, Alice Rocha da; MONT'ALVERNE, Tarin Cristino Frota. A construção da jurisprudência sobre direitos humanos a partir do diálogo entre juízes de tribunais internacionais, regionais e nacionais. In: GUIMARÃES, Antonio Marcio da Cunha; GOMES, Eduardo Biacchi e LEISTER, Margareth Anne (coord.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. Sobre o tema, compartilha a mesma opinião TAMS, Christian J. Consular Assistance: Rights, Remedies and Responsibility - Coments on the ICJ's Judgment in the LaGrand Case. *European Journal of International Law (EJIL)*, v. 13, n. 5, 1257-1259, 2002.

²⁵⁸ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 16, emitida em 01/10/1999, solicitada pelo México. “O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal”.

²⁵⁹ CIJ. Caso relativo à Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Paraguai vs. Estados Unidos).

pela CIJ. A Secretária de Estado dos Estados Unidos enviou uma carta ao Governador do Estado da Virgínia, solicitando a não execução de Breard. O Governador se recusou a cumprir a requisição por considerar que ela não era obrigatória.

Breard foi executado em 14/04/1998. Não obstante a apresentação de memorial pelo Paraguai perante a CIJ²⁶⁰, os Estados Unidos enviaram uma carta ao Paraguai, desculpando-se pela execução de seu nacional sem a observância do procedimento de assistência consular. Então, o Paraguai solicitou a retirada do caso da pauta da CIJ, o que ocorreu em 10/11/1998²⁶¹.

Com isso, o pronunciamento sobre o direito de assistência consular pela CIJ apenas ocorreu com o peticionamento da Alemanha e a formação do Caso LaGrand.

1.2 ESTUDO DO CASO LAGRAND – ALEMANHA VS. ESTADOS UNIDOS

O Estado alemão instaurou processo perante a CIJ contra os Estados Unidos em 02/03/1999, pela ofensa do direito de assistência consular previsto no artigo 36 da Convenção de Viena RC²⁶².

Dois cidadãos alemães – Karl e Walter LaGrand – foram presos em 1982 pelas autoridades do Estado do Arizona, acusados por tentativa de assalto seguida de homicídio. Em 1984, foram julgados e condenados a pena capital sem terem sido informados de seu direito de assistência consular, como exige a letra “b” do item 1 do artigo 36²⁶³ da Convenção de Viena RC.

²⁶⁰ CIJ. Caso relativo à Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Paraguai vs. Estados Unidos). Memorial apresentado pela República do Paraguai em 09/10/1998.

²⁶¹ CIJ. Caso relativo à Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Paraguai vs. Estados Unidos). Decisão de 10/11/1998.

²⁶² CIJ. Caso LaGrand (Alemanha vs. Estados Unidos). Julgamento de 27/06/2001.

²⁶³ “Artigo 36º - Comunicação com os nacionais do Estado que envia

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los;

b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua

Após saber da condenação dos irmãos LaGrand em 1992, a Alemanha promoveu diversas medidas judiciais na ordem jurídica interna dos Estados Unidos. No entanto, estas medidas não foram apreciadas com fundamento processual da ausência de prequestionamento desta questão. Em relação aos irmãos LaGrand, a alegação de ofensa ao artigo 36 da Convenção de Viena RC foi suscitada no judiciário federal dos Estados Unidos. Porém, tal argumento foi rejeitado pela via processual da carência de ação, vez que os interessados não fizeram valer de seus direitos previstos na Convenção de Viena perante a justiça estadual.

A Suprema Corte do Estado do Arizona decidiu que Karl seria executado em 24/02/1999 e Walter em 03/03/1999. A Alemanha ainda tentou inúmeras intervenções diplomáticas para adiar a execução de seus nacionais, inclusive com pedido de clemência por Karl LaGrand, o qual foi rejeitado, de modo que Karl foi executado na data programada.

Em 03/03/1999, a CIJ firmou entendimento de que tem competência para conhecer do caso a partir do artigo 1º do Protocolo de Assinatura Facultativa vinculado à Convenção de Viena RC. Em seguida, indicou medidas cautelares – com fundamento no artigo 41 de seu Estatuto e no artigo 75, parágrafo 1º, do seu Regulamento –, determinando aos Estados Unidos que obstassem a execução de Walter LaGrand enquanto o caso não fosse decidido pela CIJ. Em sua decisão, a Corte Internacional vinculou o Governador do Estado de Arizona aos compromissos internacionais assumidos pelos Estados Unidos.

jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira.

Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo;

c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.

2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1 do presente artigo serão exercidas de acôrdo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo.”

Entretanto, os Estados Unidos deixaram de cumprir a medida cautelar por não considerá-la como obrigatória. Assim, o último dos irmãos LaGrand foi executado na data programada.

Na apreciação do mérito do caso, os Estados Unidos reconheceram que violaram a letra “b” do item 1 do artigo 36 da Convenção de Viena RC e por esta ofensa fizeram surgir uma controvérsia com o Estado alemão. Além disso, também reconheceram a competência da CIJ – de acordo com o Protocolo de Assinatura Facultativa – para conhecer dessa controvérsia.

Em seus fundamentos, a CIJ teceu considerações sobre o direito consular. Para a Corte, o direito consular funda-se no direito de comunicação e de acesso (artigo 36, parágrafo 1º, alínea *a*). A alínea *b* consiste nas modalidades em que se deve realizar a comunicação consular. A alínea *c* prescreve as medidas que os agentes consulares podem tomar para fornecer assistência aos nacionais de seu país detidos no Estado de residência.

Nesse aspecto, quando o Estado de envio não tem conhecimento da detenção de seus nacionais, tendo em vista que o Estado de residência não efetuou (ou efetuou tardiamente) a notificação consular requisitada – o que ocorreu entre 1982 e 1992, no presente feito –, o Estado de envio encontra-se na impossibilidade prática de exercer – para todos os fins úteis – os direitos que lhe confere o parágrafo 1º do artigo 36.

Consoante o entendimento da CIJ, o parágrafo 1º do artigo 36 criou direitos fundamentais pertencentes a indivíduos, os quais podem exercê-los mediante a invocação pelo Estado do qual a pessoa detida tem a nacionalidade, em virtude do artigo 1º do Protocolo de Assinatura Facultativa. No presente feito, a CIJ considerou que estes direitos fundamentais foram violados pelos Estados Unidos.

Ao criar direitos fundamentais para indivíduos no parágrafo 1º do artigo 36, por consequência, os direitos visados no parágrafo 2º não designam apenas os direitos do Estado de envio, mas também aqueles das pessoas detidas. Enquanto os Estados Unidos orientaram sua defesa na regra processual da carência de ação, a CIJ considerou que o problema não estaria na regra em si, mas sim quando ela não permite a uma pessoa detida recorrer contra a sua condenação e a sua pena. A CIJ considerou que ao obstar este direito de recorrer, o qual teria a pretensão de se fundamentar no parágrafo 1º do artigo 36 da

Convenção de Viena, as autoridades nacionais competentes impediram esta pessoa de solicitar e obter a assistência consular do Estado de envio. Nesse aspecto, a CIJ concluiu que nas circunstâncias do presente caso, a regra de carência da ação teve por efeito impedir a plena concretização da finalidade contida no artigo 36 da Convenção de Viena, violando as disposições contidas no parágrafo 2º de referido dispositivo.

Nesse contexto, o objeto e a finalidade do Estatuto da CIJ são permitir à Corte Internacional desempenhar as funções que lhe são atribuídas por esse instrumento. E, em particular, propiciar a realização de sua missão fundamental, que consiste em solucionar judicialmente as controvérsias internacionais mediante julgamentos obrigatórios, em consonância com o artigo 59 do Estatuto da CIJ.

A CIJ fundamenta-se na existência de um princípio reconhecido pela CPJI. Segundo este princípio, as partes na causa devem se abster de toda medida suscetível de uma repercussão prejudicial à execução da decisão a ser tomada e, em geral, não deixar proceder a nenhum ato suscetível a agravar ou a estender a controvérsia, seja ele de qualquer natureza²⁶⁴.

De outro lado, a CIJ considerou que o artigo 94 da Carta da ONU não cria qualquer obstáculo para que as suas medidas cautelares tenham caráter obrigatório. Mediante a interpretação sistemática dos dispositivos internacionais, a CIJ atribuiu às suas medidas cautelares caráter obrigatório.

Como consequência da jurisdição obrigatória delineada pela CIJ, os Estados Unidos adotaram programa para assegurar o respeito ao artigo 36 da Convenção de Viena perante as jurisdições federais e estaduais. Isto demonstra que os Estados Unidos preocupou-se em adaptar seu ordenamento jurídico interno às obrigações assumidas perante a comunidade internacional. Revela, nesse aspecto, o reconhecimento, pelos Estados Unidos, da CIJ como jurisdição obrigatória.

Além do mais, como demonstração de sua feição de jurisdição obrigatória, a CIJ constatou que pode estabelecer uma ofensa a uma obrigação prevista no direito internacional. E, se as circunstâncias assim demonstrarem, a CIJ pode constatar que uma lei

²⁶⁴ CPJI. Caso Companhia de Eletricidade de Sofia e da Bulgária. Decisão de 05/12/1939, Série A/B n. 79, p. 199.

interna foi a causa dessa violação. Ao constatar a ofensa ao artigo 36 da Convenção de Viena, a CIJ verificou que a ofensa não ocorreu a partir da existência de uma lei material ou processual americana incompatível com as obrigações da Convenção de Viena imposta aos Estados Unidos. No presente feito, a ofensa ao parágrafo 2º do artigo 36 da Convenção de Viena decorreu das circunstâncias nas quais foi aplicada a regra da carência de ação – não da existência da própria regra.

No entanto, no caso *LaGrand*, a CIJ compreendeu que os Estados Unidos faltaram com sua obrigação de notificação consular em detrimento dos nacionais alemães, de tal sorte que o pedido formal de desculpas não se apresenta como instrumento adequado de reparação. Para a CIJ, os Estados Unidos deveriam permitir o exame e a revisão do veredito de culpabilidade e da pena, em virtude da ofensa aos direitos previstos na Convenção de Viena. Para esta obrigação de revisão, a Corte conferiu margem nacional de apreciação aos Estados Unidos.

Ao se apresentar como jurisdição obrigatória, a CIJ determinou aos Estados Unidos o engajamento de seus compromissos em relação ao artigo 36 da Convenção de Viena, para o fim de a Alemanha obter garantia geral de não-repetição deste evento com outro de seu nacional. Isto é, a CIJ condenou os Estados Unidos a cumprir obrigação no plano internacional não prevista no texto convencional, o que revela passo importante para a Corte, que fortalece a sua jurisdição obrigatória com a criação judicial realizada no presente caso.

Mesmo que este julgamento não tenha influenciado na decisão dos irmãos *LaGrand*, referido feito apresentou-se de suma importância no Caso *Avena* e outros mexicanos, em 2004²⁶⁵. Somado ao Caso *LaGrand*, o Caso *Avena* modificou a sentença de 54 mexicanos em situação análoga aos alemães, de modo que, nesse caso, os Estados Unidos reviram as condenações à morte prolatadas.

1.3 ESTUDO DO CASO AVENA – MÉXICO VS. ESTADOS UNIDOS

Dos casos analisados sobre a proteção consular e o fortalecimento da CIJ como jurisdição obrigatória em matéria de direitos humanos, o Caso *Avena* foi o mais

²⁶⁵ CIJ. Caso relativo a *Avena* e outros nacionais mexicanos (*México vs. Estados Unidos*). Julgamento de 31/03/2004.

técnico que os casos anteriores, seja pela especificidade que as partes trabalharam seus argumentos, seja pela própria análise mais detida realizada pela Corte.

O México se preparou anteriormente ao peticionamento perante a CIJ, com a solicitação da Opinião Consultiva n. 16/1999 perante a Corte IDH. O México buscou conhecer da Corte IDH o seu entendimento sobre as garantias judiciais mínimas e a aplicação do princípio do devido processo legal. Fez a consulta orientada para os casos de condenações judiciais de nacionais mexicanos a pena de morte nos Estados Unidos, sem a devida notificação das autoridades consulares, consoante previsto no artigo 36 da Convenção de Viena RC.

No contexto fático, eram 54 nacionais mexicanos que haviam sido presos, julgados e condenados à morte, espalhados por 10 Estados norte-americanos, sem terem recebido o direito de assistência consular.

O objetivo do México era saber se referido dispositivo poderia ser considerado um direito humano, bem como quais seriam as consequências jurídicas de sua inobservância pelos Estados.

Segundo o México, a ausência de notificação consular prevista no artigo 36 da Convenção de Viena RC causou sérias dificuldades na defesa dos nacionais mexicanos, haja vista que estes não tiveram o auxílio da repartição consular para sanear-lhes possíveis desvantagens, em especial a ignorância de seus direitos²⁶⁶.

Em sua manifestação, a Corte IDH considerou que os tratados – independentemente de qual seja seu objeto principal – podem dispor sobre direitos

²⁶⁶ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 16, emitida em 01/10/1999, solicitada pelo México. “O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal”. A manifestação do México perante a Corte IDH descreve a situação de descumprimento: “(...) los primeros momentos de la detención marcan de manera determinante la suerte que corre el reo; nada puede suplir una oportuna intervención consular en esos momentos, porque es cuando el reo requiere mayor asistencia y orientación, en razón de que en muchas ocasiones no conoce el idioma del país en que se encuentra, ignora sus derechos constitucionales en el Estado receptor, no sabe si tiene la posibilidad de que se le brinde asistencia jurídica gratuita y no conoce el debido proceso legal, y ningún tribunal interno ha proporcionado un remedio efectivo contra las violaciones al artículo 36.1.b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares”.

humanos. Deste modo, mesmo que o objetivo principal da Convenção de Viena RC seja regular as relações consulares, ela pode conter normas que confirmam direitos fundamentais aos particulares²⁶⁷.

Nesse contexto, pela opinião da Corte IDH, o artigo 36 da Convenção de Viena RC reconhece ao estrangeiro direitos fundamentais, que integram a proteção dos direitos humanos com fundamento no princípio da não discriminação. A inobservância da assistência consular afeta as garantias do devido processo legal, de maneira que a imposição de pena de morte sem a observância do artigo 36 da Convenção de Viena RC constitui ofensa ao direito de não ser privado da vida de modo arbitrário. Nesse aspecto, para a Corte IDH, todos os Estados Partes da Convenção de Viena RC devem respeitar o direito de assistência consular, independentemente dos respectivos sistemas jurídicos internos²⁶⁸.

Com o contexto alicerçado pela competência consultiva da Corte IDH, o México pretendeu que a CIJ declarasse que os Estados Unidos violaram a obrigação internacional contida no artigo 36 da Convenção de Viena RC, referente aos 54 nacionais mexicanos. E, nesta medida, a violação teria sido tanto do direito dos nacionais à consulta do corpo diplomático, como o direito do México de prestar assistência a seus cidadãos. O México ainda formulou o pedido de ofensa ao parágrafo 2º do artigo 36 da Convenção de Viena RC, pelo fato de o sistema judicial dos Estados Unidos não reconsiderar os processos julgados sem a observância do direito de assistência consular. Nessa medida, o México postulou o retorno ao *status* anterior, com a anulação das sentenças dos 54 mexicanos.

Os Estados Unidos apresentaram argumentos jurídicos para além do Caso LaGrand. Desde considerar a CIJ como uma espécie de tribunal de apelação – pela intromissão no sistema jurídico interno dos Estados Unidos –, o argumento da ausência de

²⁶⁷ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 16, emitida em 01/10/1999, solicitada pelo México. “O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal”.

²⁶⁸ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 16, emitida em 01/10/1999, solicitada pelo México. “O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal”.

esgotamento dos recursos internos e até a alegação do princípio da reciprocidade²⁶⁹ foram os principais argumentos levantados em sua defesa.

A CIJ afastou os argumentos de defesa dos Estados Unidos e decidiu que eles teriam violado a obrigação de informar aos estrangeiros mexicanos o direito de ter a assistência consular. A especificidade da análise da CIJ revelou que os Estados Unidos teriam ofendido a obrigação constante na alínea *a* do parágrafo primeiro do artigo 36 em 49 casos, enquanto que a obrigação contida na alínea *c* do referido dispositivo foi malferida em 34 casos.

Para a CIJ, os Estados Unidos também ofenderam o parágrafo 2º do artigo 36 da Convenção de Viena RC, na medida em que não permitiram o pleno efeito dos direitos de proteção e assistência consular. A Corte concluiu que os Estados Unidos deveriam permitir a revisão das sentenças dos nacionais mexicanos que foram privados dos seus direitos previstos na Convenção de Viena RC.

Com o pedido específico do México para a determinação de qual seria o meio mais adequado de revisão dos processos, a CIJ restringiu a margem nacional de apreciação conferida aos Estados Unidos e determinou que o processo judicial seria o meio mais adequado para satisfazer as reparações no caso em apreço²⁷⁰.

Ao final, a CIJ não avançou nas consequências do descumprimento do artigo 36 da Convenção de Viena RC como violação de um direito fundamental. Apenas asseverou que o não cumprimento dos dispositivos relacionados ao direito à assistência consular teria por efeito conferir vício de forma e tornar nulo qualquer procedimento penal do sistema jurídico interno dos Estados²⁷¹.

²⁶⁹ Segundo o fundamento levantado pelos Estados Unidos, o México também não cumpre com o disposto no artigo 36 da Convenção de Viena RC.

²⁷⁰ CIJ. Caso relativo a Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Julgamento de 31/03/2004, p. 48.

²⁷¹ “The Court would, however, observe that neither the text nor the object and purpose of the Convention, nor any indication in the *travaux préparatoires*, support the conclusion that Mexico draws from its contention in that regard” (CIJ. Caso relativo a Avena e outros nacionais mexicanos [México vs. Estados Unidos]. Julgamento de 31/03/2004, p. 49).

No entanto, apresentando o perfil de jurisdição obrigatória, a CIJ declarou que a decisão proferida no Caso Avena não impede que os fundamentos e conclusões possam ser aplicados a outros nacionais que se encontrem em situação parecida nos Estados Unidos²⁷². Com isso, o julgamento reforçou a obrigatoriedade das normas internacionais e ressaltou a importância do cumprimento da Convenção de Viena RC, apresentando-se como direcionamento para casos futuros. Demonstrou, também, a feição da CIJ como jurisdição obrigatória, não apenas em virtude da autorização conferida pelo artigo 1º do Protocolo de Assinatura, mas sobretudo em função da construção jurisprudencial realizada.

Após o julgamento, o Presidente dos Estados Unidos determinou que se procedesse com a revisão das sentenças dos mexicanos que não foram notificados do direito de assistência consular, consoante determinação da CIJ²⁷³.

No entanto, os Estados Unidos apresentam dificuldades para realizar a revisão dos processos dos nacionais mexicanos, o que promove o diálogo jurisprudencial sobre o tema.

1.4 DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL – CIJ VS. INSTÂNCIAS JUDICIAIS DOS ESTADOS UNIDOS

Com o desfecho do Caso Avena, diferentes efeitos foram provocados no sistema jurídico interno dos Estados Unidos, visto que não houve uma uniformidade como os Estados Unidos – por meio das autoridades de seus Estados – encararam o julgamento proferido pela CIJ²⁷⁴.

Como o objeto da presente tese não é o estudo da implementação dos julgamentos da CIJ, mas sim o efeito do constitucionalismo compensatório causado pela implementação dos julgamentos da Corte IDH, a controvérsia do presente tópico se

²⁷² CIJ. Caso relativo a Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Julgamento de 31/03/2004, p. 49.

²⁷³ Porém, em março de 2005 o Presidente retirou os Estados Unidos do Protocolo de Assinatura que conferia jurisdição obrigatória à CIJ para apreciar os casos em que se alegava ofensa ao direito de assistência e proteção consular (WEILAND, Sandra J. The Vienna Convention on Consular Relations: Persuasive Force or Binding Law?. *Denver Journal of International Law & Policy*, v. 33, p. 675, 2004).

²⁷⁴ DRINAN, Cara. Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts After LaGrand. *Stanford Law Review*, v. 54, p. 1303-1319, 2002.

restringirá aos principais casos que discutem a controvérsia sobre a implementação do julgamento Avena da CIJ. Estes casos promovem um verdadeiro diálogo jurisprudencial com a Suprema Corte dos Estados Unidos, cujo desfecho se analisará na medida de cada um dos casos analisados.

1.4.1 CASO OSVALDO TORRES AGUILLERA VS. OKLAHOMA

Neste exemplo, o mexicano Osvaldo Torres Aguilera foi beneficiado indiretamente pelos efeitos do julgamento Avena.

Após o término do caso perante a CIJ, o apenado buscou à Corte Criminal de Apelação de Oklahoma. A Corte acolheu seu pedido e suspendeu a execução de sua pena, bem como ordenou que o Juízo de primeira instância avaliasse se o apenado teria sido prejudicado pela ausência de aplicação do parágrafo primeiro do artigo 36 da Convenção de Viena RC. Antes desta verificação, o Governador do Estado atendeu a um pedido de clemência e substituiu a pena pela prisão perpétua²⁷⁵.

1.4.2 CASO SANCHEZ-LLAMAS VS. OREGON

O Caso Sanchez-Llamas foi o primeiro em que a Suprema Corte dos Estados Unidos se manifestou após o julgamento dos Casos LaGrand e Avena pela CIJ. Neste feito, além do nacional mexicano Sanchez-Llamas, o caso é apreciado juntamente com a discussão de outro feito, envolvendo o hondurenho Mario Bustillo. Em ambos, a discussão gravita em torno da ausência de cumprimento do artigo 36 da Convenção de Viena RC.

A controvérsia de ambos chegou à Suprema Corte pelo *writ of certiorari*, após a tramitação pelas instâncias judiciais dos Estados Unidos. Ao admitir o recurso, a Suprema Corte limitou a controvérsia em três questões: (i) se o artigo 36 da Convenção de Viena RC confere direitos fundamentais que podem ser suscitados por indivíduos em processos judiciais; (ii) se a supressão de evidências é um remédio apropriado para a ofensa ao artigo 36 da Convenção de Viena RC; e (iii) se, consoante as regras procedimentais existentes nos Estados Unidos, pode ser conhecida uma alegação com fundamento no artigo

²⁷⁵ QUIGLEY, John. Avena and Other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America): Must Courts Block Executions Because of a Treaty? *Melbourne Journal of International Law*, v. 4, n. 17, 2004.

36 da Convenção de Viena RC não suscitada nas instâncias superiores (discussão sobre a regra do prequestionamento)²⁷⁶.

Ainda que algumas Cortes dos Estados Unidos estivessem discutindo se os indivíduos poderiam ou não suscitar direitos previstos em tratados, a Suprema Corte reconheceu que os tratados podem conter cláusulas que confirmam direitos fundamentais a indivíduos, ainda que o objeto do tratado destine-se a regular outras relações entre Estados²⁷⁷.

Quanto à segunda questão, para a Suprema Corte, a Convenção de Viena RC não estabelece instrumento específico para cuidar da ofensa ao seu artigo 36. Nesse aspecto, asseverou que as Cortes dos Estados devem se orientar pelo próprio texto do tratado para estipular uma sanção. Nesse aspecto, a supressão de provas seria um instrumento desproporcional, visto que a supressão de evidências apenas é aplicada aos casos de ofensa a quarta e quinta emendas à Constituição dos Estados Unidos. Além do mais, o artigo 36 da Convenção de Viena RC protege determinados valores que outras regras constitucionais asseguram na ordem jurídica americana, razão pela qual se apresenta como desnecessária a supressão de evidências²⁷⁸.

A terceira questão refere-se à regra do prequestionamento. O argumento central apontado é que esta regra processual impede o estrangeiro de ter seu direito analisado pelas diferentes instâncias do sistema judicial dos Estados Unidos. Defenderam que os Estados Unidos estão obrigados a sujeitar-se à Convenção, de acordo com a interpretação realizada pela CIJ²⁷⁹.

Em resposta, a Suprema Corte compreende que a regra do artigo 36 pode ser condicionada à ordem jurídica do Estado receptor, de tal maneira que referido dispositivo pode ser interpretado em conjunto com a regra do prequestionamento. Assim,

²⁷⁶ EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Sanchez-Llama vs. Oregon. 548 U. S. (2006).

²⁷⁷ EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Sanchez-Llama vs. Oregon. 548 U. S. (2006), p. 7-13.

²⁷⁸ EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Sanchez-Llama vs. Oregon. 548 U. S. (2006), p. 7-13.

²⁷⁹ EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Sanchez-Llama vs. Oregon. 548 U. S. (2006), p. 20-22.

para a Suprema Corte, ainda que o entendimento da CIJ tenha sua importância na ordem jurídica internacional, os Estados Unidos não são obrigados a acatá-lo, pois cabe ao Poder Judiciário pronunciar-se sobre o que é lei nos Estados Unidos²⁸⁰.

1.4.3 CASO MEDELLÍN VS. TEXAS

O caso de Jose Ernesto Medellín deveria ser o primeiro a ser apreciado pelo Poder Judiciário dos Estados Unidos após o julgamento do Caso Avena, pela CIJ²⁸¹. Medellín foi condenado pelo estupro e assassinato de duas adolescentes, em 1994. Após o julgamento Avena, impetrou *habeas corpus*, almejando a revisão de sua condenação, mas teve o pedido negado. A Corte de Apelação do Texas também negou seu pedido, sob a alegação de ausência de prequestionamento da Convenção de Viena RC perante a instância inferior. Irresignado, Medellín impetrou o *writ of certiorary*, que foi admitido pela Suprema Corte dos Estados Unidos²⁸².

Este momento apresentou-se como delicado para o Chefe do Poder Executivo dos Estados Unidos. A decisão do Caso Avena somada a possível manifestação da Suprema Corte fez com que o Poder Executivo dos Estados Unidos executasse uma estratégia em três frentes: (i) o Presidente dos Estados Unidos orienta as Cortes dos Estados a cumprirem a decisão do Caso Avena por questão de cortesia; (ii) os Estados Unidos denunciam o Protocolo de Assinatura Facultativa vinculado à Convenção de Viena e (iii) o Departamento de Justiça requer à Suprema Corte a declaração de perda de objeto do caso Medellín²⁸³.

Em 28/02/2005, o Presidente dos Estados Unidos expediu memorando para o Advogado Geral, manifestando-se pelo cumprimento da decisão contida no Caso

²⁸⁰ EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Sanchez-Llama vs. Oregon. 548 U. S. (2006), p. 20-22.

²⁸¹ SERRA, Jordi Sellarés; SANTIAGO, Yanis Blanco. ¿Pacta sunt servanda? Quizás, quizás, quizás. El Tribunal Supremo de Estados Unidos no aplica el caso Avena en su sentencia del caso Medellín. *Revista electrónica de estudios internacionales*, n. 16, p. 18, 2008.

²⁸² EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Medellín vs. Dretke. 544 U. S. (2005).

²⁸³ CROOK, John R. General International and US Foreign Relations Law: US Strategy for responding to ICJ's Avena Decision. *American Journal of International Law*, v. 99, n. 2, 2005.

Avena. No memorando, a efetivação da decisão proferida pela CIJ se daria pelas Cortes dos Estados, segundo os princípios gerais de cortesia²⁸⁴.

Em seguida, os Estados Unidos denunciaram o Protocolo de Assinatura Facultativa vinculado à Convenção de Viena RC²⁸⁵. Por fim, o Departamento de Justiça, na qualidade de *amicus curiae*, formulou requerimento para que a Suprema Corte rejeitasse o pedido do impetrante. Como argumento, além da tese de que a Convenção de Viena RC não gera direitos fundamentais aos indivíduos, sustentou-se que as decisões da CIJ não são imediatamente aplicáveis nos Estados Unidos. Por 5 votos a 4, a Suprema Corte determinou o retorno do caso ao Texas, tendo em vista que o peticionante não exauriu a jurisdição do Estado do Texas²⁸⁶.

Perante a Corte do Estado do Texas, esta manteve sua posição original de ausência de questionamento, ainda sobre o argumento de que o Presidente dos Estados Unidos não teria autoridade para determinar o cumprimento de decisão da CIJ pela Corte Estadual, pois isso retrataria poder de legislação, o que não lhe é atribuído pela Constituição²⁸⁷.

Como o pedido de revisão no foi aceito, Medellín interpõe novamente o *writ of certiorary*, concedido pela Suprema Corte e apreciado em 28/03/2008²⁸⁸. A Suprema Corte, por maioria dos votos (6 votos a 3), opinou pela manutenção do julgamento da Corte do Estado do Texas. Para a Suprema Corte, o julgamento proferido pela CIJ no Caso Avena não é diretamente aplicável como legislação nacional nas Cortes Estaduais. Além disso, o Presidente dos Estados Unidos não tem o poder de obrigar os Estados a promoverem a revisão das condenações dos mexicanos citados no Caso Avena e a desconsiderarem a regra do questionamento²⁸⁹.

²⁸⁴ O'SCANNLAIN, Diarmuid F. Enforceability of International Tribunals': decisions in the United States. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 30, n. 1, p. 115-117, 2006.

²⁸⁵ JAEGER, Guilherme Pederneiras. O direito de assistência consular à luz do Caso Avena. *Amicus Curiae*, v. 6, n. 6, 2011.

²⁸⁶ EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Medellín vs. Dretke. 544 U. S. (2005).

²⁸⁷ JAEGER, Guilherme Pederneiras. Ob. cit., 2011.

²⁸⁸ EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Medellín vs. Texas. 552 U. S. (2008).

²⁸⁹ EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Medellín vs. Texas. 552 U. S. (2008).

Esgotadas as instâncias no sistema jurídico interno dos Estados Unidos, o Estado do Texas agendou a execução de Medellín para o dia 05/08/2008. Por sua vez, o México iniciou novos procedimentos perante a CIJ em 05/06/2008.

O México buscou perante a CIJ firmar o posicionamento de que o Caso Avena produzira uma “obrigação de resultado” e não apenas uma “obrigação de meio”. Com esta tese, a implementação do julgamento do Caso Avena deveria ser alcançada com efetiva revisão das condenações dos mexicanos, e não apenas com medidas destinadas a viabilizar tais revisões²⁹⁰.

Em 16/07/2008, a CIJ deferiu a medida cautelar, de maneira que os Estados Unidos devem assegurar que Jose Ernesto Medellín e outros mexicanos não sejam executados enquanto estiver pendente o pedido de interpretação de sentença interposto pelo México²⁹¹.

Na apresentação de seus memoriais, os Estados Unidos concordam com o México de que a obrigação fixada pelo julgamento Avena é de resultado e não de meio. Esclareceram, ainda, que estão eivando todos os esforços para implementar esta obrigação no cenário interno. No memorial, ficou explícita a movimentação política do Governo Federal perante as autoridades do Texas para implementar o julgamento Avena²⁹².

Em paralelo, Medellín acionou novamente o Poder Judiciário do Texas, com o escopo de ganhar tempo para a aprovação do projeto de lei “Avena Case Implementation Act of 2008”, apresentado em 14/07/2008 à Casa dos Representantes. No entanto, o pedido foi negado, com fundamento na regra do prequestionamento.

Diante deste cenário, Medellín foi executado em 05/08/2008, após negativa de *habeas corpus* impetrada perante a Suprema Corte dos Estados Unidos, sobre a conclusão da maioria de que nem o Presidente dos Estados Unidos, nem a CIJ tem a

²⁹⁰ CIJ. Interpretação da Sentença do Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Memorial do México, apresentado em 17/09/2008.

²⁹¹ CIJ. Interpretação da Sentença do Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Medida Cautelar deferida em 16/07/2008.

²⁹² CIJ. Interpretação da Sentença do Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Memorial dos Estados Unidos, apresentado em 06/10/2008.

autoridade para requerer ao Estado do Texas se a violação à Convenção de Viena RC prejudicou o peticionário²⁹³.

No julgamento de 19/01/2009, a CIJ não saiu das balizas da interpretação da sentença, previstas no artigo 60 de seu Estatuto²⁹⁴. Ao verificar que ambos os Estados concordam que a obrigação fixada no caso Avena é de resultado, a Corte não se pronunciou sobre a questão da implementação, suscitada pelo México. A resposta da Corte é que não havia determinado a forma de implementação, motivo pelo qual não poderia interpretar ou esclarecer o sentido de algo sobre o que não havia decidido²⁹⁵.

A CIJ optou por não avançar acerca do desenvolvimento do tema responsabilidade internacional do Estado, ignorando a necessidade de abordar as consequências do ato ilícito internacional praticado pelos Estados Unidos, bem como de determinar a medida reparatória obrigatória em tais circunstâncias²⁹⁶.

O que se verificou de toda a controvérsia exposta no Caso Medellín é que houve a tentativa de implementação do julgamento Avena pelos Estados Unidos. Mas os esforços para a implementação apenas se intensificaram com uma segunda possibilidade de intervenção da CIJ, quando do procedimento de interpretação da sentença do Caso Avena.

Não obstante o Poder Executivo ter afirmado que cumpriria o julgamento da CIJ, as questões constitucionais e federativas dos Estados Unidos apresentaram-se como um empecilho à rápida implementação do litígio. Questões culturais de ordem interna foram determinantes para o desfecho do Caso Medellín.

A atuação da CIJ demonstra que esta se fortaleceu após estes três litígios como jurisdição obrigatória em matéria de direitos fundamentais. No entanto, a própria

²⁹³ EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Medellín vs. Texas. 554 U. S. (2008).

²⁹⁴ “Artigo 60. A sentença é definitiva e inapelável. Em caso de controvérsia quanto ao sentido ou ao alcance da sentença, caberá à Corte interpretá-la a pedido de qualquer das partes.

²⁹⁵ CIJ. Interpretação da Sentença do Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Julgamento em 19/01/2009.

²⁹⁶ CIJ. Interpretação da Sentença do Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Julgamento em 19/01/2009. Voto dissidente do Juiz Sepúlveda-Amor.

Corte optou por não avançar sobre o tema, por uma opção de coerência na relação entre as obrigações internacionais entre os Estados.

No entanto, a forma de atuação dos julgamentos, os avanços na construção do argumento e a colocação “exortativa” da necessidade de se utilizar de seus fundamentos em situações semelhantes guardam características importantes para o processo de tomada de decisão de tribunais internacionais. Estas características podem ser verificadas também no exame dos julgamentos da Corte EDH, que a definem como uma jurisdição obrigatória no espaço europeu de proteção dos direitos humanos.

2 A CORTE EDH COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

O Tribunal de Estrasburgo é considerado como segundo elemento comparativo de análise em relação à Corte IDH. Com o propósito de promover a proteção dos direitos previstos na Convenção Europeia, a Corte EDH apresenta similaridades e diferenças importantes, que se revelam como fundamentais para a compreensão do papel que a Corte IDH deve desempenhar no âmbito dos Estados da América Latina.

Dentro deste contexto, passa-se ao exame dos fundamentos que constituem a Corte EDH jurisdição obrigatória entre os países europeus, para proteção dos direitos humanos. Em seguida, dedica-se o espaço para a abordagem dos aspectos relacionados à Corte IDH.

2.1 A CORTE EDH COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

O alcance das sentenças da Corte EDH apresenta-se como limitado e extenso. Limitado porque se tratam de julgamentos que – na maior parte das vezes – constatam situações de fato, em que determinado Estado violou direitos previstos na Convenção Europeia. Logo, grande parte dos julgamentos não tem efeito de cassação e, por consequência, não podem proteger de maneira direta e imediata o direito subjetivo lesionado. No primeiro momento, o alcance do julgamento limita-se às partes em litígio (efeito *inter partes*²⁹⁷).²⁹⁸

²⁹⁷ “Artigo 46 – Força vinculante e execução das sentenças

1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.”

De outro lado, quando se fala na extensão dos julgamentos, parte-se da premissa de que as sentenças são definitivas (artigo 42 da Convenção Europeia), de tal sorte que os demais Estados estão obrigados a obedecer este julgamento. Em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na jurisprudência dos Tribunais superiores, concede-se aos julgamentos da Corte EDH uma importância substancial, sobretudo quando do proferimento de julgamentos no âmbito interno, inclusive no debate parlamentar. Como a jurisprudência da Corte EDH é orientadora para a Europa, na prática as sentenças do Tribunal europeu tem um efeito *erga omnes* | *intra partes*²⁹⁹. Este posicionamento reforça a natureza da Corte EDH como jurisdição obrigatória aos Estados partes da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

No caso do Tribunal Constitucional Federal alemão, por exemplo, o efeito vinculante do julgamento da Corte EDH estende-se a todos os órgãos estatais da Alemanha e obriga a cessar a infração à Convenção, desde que a competência para processar o julgamento tenha sido respeitada e que a mesma não signifique uma ofensa à legislação e ao direito estabelecido no artigo 20, item 3³⁰⁰, da Lei Fundamental de Bonn³⁰¹.

Ainda que a Convenção Europeia não apresente *status* constitucional na Alemanha, em virtude da jurisdição obrigatória exercida pela Corte EDH, chega-se a conceder – de fato – a prevalência da Convenção Europeia frente à Lei Fundamental, por meio da exigência de que a Constituição alemã seja interpretada consoante com a

²⁹⁸ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz? In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 1062-1063.

²⁹⁹ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1063.

³⁰⁰ Como preceitua o texto constitucional alemão, o artigo 20, item 3 estabelece que “O poder legislativo está submetido à ordem constitucional; os poderes executivo e judiciário obedecem à lei e ao direito”.

³⁰¹ GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. *El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del Espacio Europeo de los Derechos*. Pamplona, Espanha: Civitas | Editorial Aranzadi (Thomson Reuters), 2010, p. 108-124.

Convenção³⁰². Para caracterizar esta situação, a Convenção Europeia sempre deve demonstrar no caso concreto maior proteção dos direitos fundamentais³⁰³.

Não obstante a confluência constitucional existente entre o texto constitucional e a Convenção Europeia, há casos em que haverá discordância sobre a interpretação dos direitos humanos pelos tribunais. Por exemplo, em um caso de medida de internação após o proferimento de sentença na Alemanha (procedimento denominado de *nachträgliche Sicherungsverwahrung*), o TCF considerou que a aplicação retroativa da medida não ofenderia a garantia da irretroatividade da lei penal³⁰⁴. Isto porque esta garantia fundamental seria aplicável ao direito penal e não ao caso, que cuidava de medida de segurança. Além disso, considerou que este procedimento não violaria a liberdade da vítima, mas, ao contrário, a imposição da medida consistiria em uma limitação a este direito constitucionalmente legítima, desde que imposta para garantir a segurança da coletividade e em virtude da periculosidade apresentada pelo infrator³⁰⁵.

Levado o tema à Corte EDH, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos entendeu que tanto a proibição de irretroatividade como o direito à liberdade haviam sido violados pelo Estado alemão em relação à medida de segurança aplicada. Para a Corte EDH,

³⁰² ALEMANHA. Caso Görgülü, BverfGE 111, 307. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>. Acesso em: 22/01/2015. Este caso - que tem como pano de fundo a disputa de direito de família envolvendo o cidadão turco Kazim Görgülü em relação a seu filho com a mãe alemã - tem a repercussão necessária na medida em que o TCF determina aos tribunais alemães de jurisdição ordinária que obedeçam os preceitos emanados dos julgamentos da Corte EDH. Para o desenvolvimento do tema, ver MÜLLER, Felix; RICHTER, Tobias. Report on the *Bundesverfassungsgericht's* Jurisprudence in 2005/2006. *German Law Journal*, v. 9, n. 2, p. 161-194, 2008, p. 162-170.

³⁰³ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1063.

³⁰⁴ Prevista no artigo 7º da Convenção Europeia: “Princípio da Legalidade. 1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida. 2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.”

³⁰⁵ ALEMANHA. BverfGE 109, 133, de 05/02/2004 e ALEMANHA. BverfGE 109, 190, de 10/02/2004. Ambos julgados estão disponíveis em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>. Acesso em: 22/01/2015.

a internação preventiva é uma sanção penal – equiparado a uma pena, na realidade – e seu prolongamento (que se apresenta imprevisível) ofenderia o direito à liberdade³⁰⁶.

O posicionamento da Corte EDH colocou o Estado alemão em uma difícil situação. Caso cumprisse a determinação da Corte no sentido de remover a legislação sobre medida de segurança, estaria desconhecendo a autoridade da Corte EDH e, politicamente, colocaria a Alemanha em falta frente aos outros Estados Partes da Convenção. De outro lado, se realizasse a reforma legislativa e promovesse a compensação constitucional determinada pela Corte EDH, promoveria a Alemanha uma ofensa à obrigação de proteção do Estado em respeito a seus cidadãos.

Dentro destas duas posições constitucionais possíveis, prevaleceu o entendimento da Corte EDH – cuja tendência é proteger com maior amplitude os direitos individuais – em detrimento da segurança coletiva. O Estado alemão providenciou uma nova lei para regular o procedimento de medida de segurança³⁰⁷. Dessa forma, o julgamento da Corte EDH delimitou o âmbito de atuação estatal, fortalecendo o conteúdo material dos direitos humanos referentes à liberdade e à aplicação do princípio da legalidade em sua modalidade de proibição de retroatividade da lei penal. Logo, sem ter o efeito de cassar a legislação anterior, o pronunciamento da Corte EDH implementou a compensação constitucional sem a ofensa ao sistema jurídico nacional alemão, fortalecendo o seu conceito como jurisdição obrigatória.

Com efeito, não é possível determinar uma linha jurisprudencial definitiva sobre o entendimento da Corte EDH sobre a prevalência da proteção individual dos direitos humanos em detrimento da proteção coletiva. A Corte EDH apresenta-se como jurisdição a indicar a existência de ofensa ao texto convencional. A princípio, lhe é vedado impor ou estabelecer os meios pelos quais o Estado deve corrigir a ofensa aos direitos humanos,

³⁰⁶ Há uma sequência de casos apreciados pelo Tribunal europeu, sendo que o primeiro é Corte EDH. *Caso M. vs. Alemanha*. Petição n. 19359/04. Grande Câmara. Mérito. Sentença de 05/05/2010, enquanto o último sobre este tema foi Corte EDH. *K. v. Alemanha*. Petição n. 61827/09. Grande Câmara. Mérito. Sentença de 07/09/2012.

³⁰⁷ De 22/12/2010, apresenta-se como lei sobre a nova regulamentação do direito de internação preventiva e dispõe sobre regulações complementares (Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu begleitenden Regelungen).

garantindo-lhes o uso da margem nacional de apreciação³⁰⁸. A doutrina europeia³⁰⁹ considera que a Corte EDH não busca avançar e ir além neste ponto. Ao contrário, o Tribunal Europeu apresenta-se bem delineado no propósito de reconhecer eventual ofensa aos dispositivos convencionais e atribuir aos Estados o papel de implementar o conteúdo material dos direitos humanos no âmbito dos respectivos sistemas jurídicos nacionais.

No entanto, para desempenhar a atividade de reconhecer a violação do texto convencional, a Corte EDH promoveu o desenvolvimento de sua jurisprudência, a fim de constituir critérios interpretativos que lhe confirmem a qualidade de jurisdição obrigatória em matéria de direitos humanos. O recorte desta evolução jurisprudencial passa a ser analisado neste momento.

2.2 O DESENVOLVIMENTO JURISPRUDENCIAL PELA INTERPRETAÇÃO “DINÂMICA-TELEOLÓGICA”: O CONCEITO DA CONVENÇÃO EUROPEIA COMO “INSTRUMENTO VIVO”

A partir da década de 1970, a Corte EDH iniciou o emprego de uma interpretação dinâmica e teleológica do conteúdo material da Convenção Europeia, considerando-a como um “instrumento vivo”. A partir do Caso Tyrer vs. Reino Unido, o Tribunal Europeu considera o sentido e a finalidade atual da norma jurídica, levando em consideração as modificações econômicas, sociais e culturais que ocorreram desde a assinatura da Convenção até os dias atuais. Nesse aspecto, ter a Convenção como

³⁰⁸ No plano dos julgamentos da Corte EDH, o estudo da margem nacional de apreciação pode ser conferido em SPIELMANN, Dean. *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* *Centre of European Legal Studies (CELS) - Working Paper Series*, University of Cambridge - Faculty of Law, Fev. 2012; ARAI-TAKAHASHI, YUTAKA. *The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg’s variable geometry.* *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, v. 2, p. 62 e ss, 2013; DE LA ROASILLA DEL MORAL, Ignacio. *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine.* *German Law Journal*, v. 7, p. 611-624, 2006 e SWEENEY, James A. *Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era.* *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 02, p. 459-474, 2005.

³⁰⁹ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. *Ob. cit.*, 2013, p. 1066.

instrumento vivo implica que seu texto deve ser interpretado à luz das condições jurídicas e sociais atuais³¹⁰.

Esta forma de interpretar a Convenção Europeia continua a ser desenvolvida no julgamento do caso *Selmouni vs. França*, em que se apresenta interpretação evolutiva dos conceitos de tratamento desumano ou degradante³¹¹, que podem passar a serem compreendidos como cometimento de torturas. Isto significa uma elevação do padrão interpretativo no âmbito dos direitos humanos, que requerem uma adequada proteção e firmeza no combate às violações dos valores fundamentais contidos nas sociedades democráticas³¹².

Nesse contexto, ao se realizar o estudo jurisprudencial dos casos apreciados pela Corte EDH que envolvem afronta à proteção contra a tortura, observa-se que o Tribunal Europeu desenvolve um importante papel hermenêutico. Incumbe-lhe interpretar e implementar os conceitos dos termos utilizados – tortura, pena desumana ou degradante e tratamento desumano ou degradante. A Corte EDH, portanto, possui o papel de dizer o significado dos termos que compõem a Convenção Europeia³¹³.

Com efeito, a ressonância dos julgados da Corte EDH ultrapassa o limite territorial europeu, exercendo influência nos demais sistemas jurídicos, com a criação e a

³¹⁰ Corte EDH. *Caso Tyrer vs. Reino Unido*. Petição n. 5856/72. Câmara. Mérito. Sentença de 25/04/1978, § 31, parte final: “The Court must also recall that the Convention is a living instrument which, as the Commission rightly stressed, must be interpreted in the light of present-day conditions. In the case now before it the Court cannot but be influenced by the developments and commonly accepted standards in the penal policy of the member States of the Council of Europe in this field. Indeed, the Attorney-General for the Isle of Man mentioned that, for many years, the provisions of Manx legislation concerning judicial corporal punishment had been under review.”

³¹¹ O artigo 3º da Convenção Europeia prevê a proteção a estas situações de violação à pessoa humana: “Proibição da tortura. Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

³¹² Corte EDH. *Caso Selmouni vs. França*. Petição n. 25803/94. Mérito. Sentença de 28/07/1999, § 101, parte final: “(...)the Court considers that certain acts which were classified in the past as “inhuman and degrading treatment” as opposed to “torture” could be classified differently in future. It takes the view that the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies.”

³¹³ Corte EDH. *Caso Tyrer vs. Reino Unido*. Petição n. 5856/72. Câmara. Mérito. Sentença de 25/04/1978.

proteção de valores fundamentais. Exemplo disso está no caso *Soering vs. Reino Unido*, no qual, em atenção aos valores fundamentais que compõem a ordem pública europeia, a Corte EDH exigiu salvaguardas dos EUA para permitir a extradição do peticionário Soering. Esta exigência se deu em função da possibilidade de fixação de pena de morte em território estado-unidense, o que vai de encontro aos valores fundamentais estabelecidos pela Convenção Europeia³¹⁴.

Logo, uma das consequências do caso está na imposição da restrição de que ninguém pode ser extraditado ou expulso para outro Estado (ainda que fora do âmbito territorial europeu) se existir a possibilidade de vir a ser submetido à tortura ou a tratamento degradante ou desumano. Esta construção jurisprudencial recebeu influência direta da Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes³¹⁵. Referido instrumento prevê, no seu artigo 3º, inciso 1, que nenhum Estado-Parte expulsará, entregará ou extraditará uma pessoa para outro Estado quando existam motivos sérios para crer que a pessoa possa ser submetida à tortura.

Nos julgados do Tribunal europeu de direitos humanos que apreciam a temática relacionada à tortura, há o desenvolvimento de dois critérios que se aperfeiçoam com a jurisprudência ao longo do tempo: (i) o critério da intensidade de sofrimento; e (ii) o critério de apreciação relativa do caso.

O critério da intensidade de sofrimento é utilizado para analisar o mínimo de sofrimento necessário para que a situação em debate constitua uma ofensa ao artigo 3º, e para a individualização das três categorias jurídicas presente no dispositivo: (i) tortura, (ii) tratamento desumano; e (iii) tratamento degradante. Em função da interpretação “viva” da Convenção, a construção jurisprudencial do “mínimo de gravidade” é variável no tempo. Em regra, tratamento desumano é todo aquele que, sem ou com intenção, confere humilhação e desumanização à pessoa. Tratamento degradante está reservado às condições

³¹⁴ Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido*. Petição n. 14038/88. Plenário. Mérito. Sentença de 07/07/1989.

³¹⁵ ONU. Convenção das Nações Unidas contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Adotada pela Resolução n. 39/46 da Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova Iorque em 10 de dezembro de 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 22/01/2015.

penitenciárias ou de detenção provisória. E o termo tortura é utilizado para casos mais graves, com um nível mais elevado de complexidade. A grande crítica feita à Corte EDH é o componente subjetivo desses conceitos, e a limitação cultural ao exercício dessa faculdade, uma vez que a dor varia de pessoa para pessoa.

Em função do entendimento cultural, a Corte EDH busca trabalhar de maneira “artesanal” nesse tema relacionado à proteção da vítima contra a tortura, em especial com os conceitos e as variantes de cada caso concreto, a fim de verificar o *quantum* de sofrimento foi experimentado pela pessoa em cada situação. Trata-se do exercício do critério de apreciação relativa, em que a Corte EDH, a partir de eleição de parâmetros – como a idade, o estado de saúde, o gênero, a duração da violação, dentre outros –, procura qualificar a vítima perante a violação da Convenção Europeia.

O sistema regional europeu foi o primeiro no mundo a enfrentar o tema da tortura e suas distinções, a partir do Caso Grego³¹⁶. Nesse caso, o sistema europeu conceituou tortura como um estágio agravado de tratamento desumano, deflagrado por uma motivação específica. A partir dessa decisão, as Convenções internacionais específicas sobre o tema foram fortemente influenciadas, o que confere indícios da existência de uma fertilização cruzada dessa esfera regional para as outras esferas regionais e globais.

Nesse julgado, estabeleceu-se um critério diferenciador entre tortura, tratamento desumano e tratamento degradante, que é a intensidade de sofrimento, a ser analisada em uma dupla perspectiva: (i) a quantidade de sofrimento necessária para que a conduta viole o conteúdo do artigo 3º da Convenção Europeia; e (ii) o grau de severidade que o sofrimento deve atingir para que constitua tortura.

Este critério ficou definitivamente assentado no caso *Irlanda do Norte vs. Reino Unido*³¹⁷, em que a intensidade de sofrimento foi colocada como parâmetro para a distinção entre a prática de tortura e os demais tratamentos desumanos e degradantes. Nesse caso, a Corte EDH discordou da opinião da Comissão EDH e considerou as técnicas utilizadas como tortura.

³¹⁶ Comissão EDH. *O Caso Grego - Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda vs. Grécia*. Petições n. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3324/67, de 1969.

³¹⁷ Corte EDH. *Caso Irlanda do Norte vs. Reino Unido*. Petição n. 5310/71. Plenário. Mérito. Sentença de 18/01/1978.

Por outro lado, a Corte EDH continuou a evoluir no conceito de tortura. No Caso *Khashiyev e Akayeva vs. Rússia*³¹⁸, o Tribunal Europeu traz novos elementos para a configuração da tortura, em especial no Estado de Exceção. No Caso *Nevmerzhitsky vs. Ucrânia*³¹⁹, a Corte EDH ampliou ainda mais a abrangência da proibição de tortura. Nessa hipótese, a Corte EDH tem qualificado como tortura situações ou condutas prisionais que provoquem grande sofrimento, ainda que esta situação não possua o elemento “finalidade”.

Assim, o tema tortura constitui uma das principais construções interpretativas realizadas pela Corte EDH, a partir do seu “trabalho artesanal” em analisar – caso por caso – as situações que violem a Convenção. A recepção dessa construção jurisprudencial nos sistemas jurídicos nacionais demonstra o papel da Corte EDH como jurisdição obrigatória, em especial no que tange na efetivação dos direitos humanos contidos na Convenção Europeia.

2.3 O EXERCÍCIO DA JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA PELA CORTE EDH COMO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS CONTIDOS NA CONVENÇÃO EUROPEIA

A efetividade dos direitos humanos pela Corte EDH – considerada como jurisdição obrigatória – está ligada ao nível de implementação material de seus julgamentos no âmbito dos Estados Partes. Esta relação de compensação constitucional é deixada de forma clara e expressa pela Corte EDH: o Tribunal Europeu tem estabelecido expressamente a necessidade de combinar adequadamente sua interpretação dinâmica e teleológica com o devido respeito à necessidade de segurança jurídica de seus julgamentos.

Ainda que não esteja vinculada a seus julgamentos anteriores, por interesse da certeza e da previsibilidade, a Corte EDH entende que não deveria se distanciar de seus precedentes sem expressar razões adequadas para tanto. Por esse motivo, no momento de definir entre a dinâmica e a certeza, a Corte EDH estabelece a necessidade de que a sentença

³¹⁸ Corte EDH. *Caso Khashiyev e Akayeva vs. Rússia*. Petições n.(s) 57942/2000 e 57945/2000. Primeira Seção. Mérito. Sentença de 06/07/2005.

³¹⁹ Corte EDH. *Caso Nevmerzhitsky vs. Ucrânia*. Petição n. 54825/2000. Segunda Seção. Mérito. Sentença de 12/10/2005.

concretize os direitos humanos de forma prática e efetiva, não de maneira teórica e ilusória³²⁰.

De outra parte, ao mesmo tempo que realiza a sua auto-restrição, a Corte EDH evita a realização do diálogo jurisprudencial com as demais Cortes Constitucionais. A Corte EDH busca realizar uma interpretação autônoma e independente da Convenção Europeia, afastando-se dos conceitos e das interpretações promovidas pelas ordens jurídicas nacionais. Ainda que possa ser útil à Corte EDH, ela busca evitar que os Estados – por meio da aplicação e da interpretação de seu direito interno – direcionem as garantias previstas pela Convenção Europeia, o que poderia provocar o *déficit* de proteção dos direitos humanos³²¹.

Por outro lado, a Corte EDH considera que os Estados Partes têm uma margem de apreciação acerca de quais serão os meios a serem utilizados para implementar o conteúdo material contido nos direitos humanos e que são delineados por seus julgamentos³²².

Nesse aspecto, é importante examinar duas situações em que a Corte EDH desempenha seu papel como jurisdição obrigatória na proteção dos direitos humanos. Inicialmente, será apresentada a construção jurisprudencial em torno do direito à vida para, em seguida, apreciar a feição de jurisdição obrigatória na análise de direitos processuais previstos na Convenção Europeia.

³²⁰ Corte EDH. *Caso Mamatkulov e Askarov vs. Turquia*. Petições n.(s) 46827/99 e 46951/99. Mérito. Sentença de 04/02/2005, § 121: “While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, in the interests of legal certainty and foreseeability it should not depart, without good reason, from its own precedents (...). However, it is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. It is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions”.

³²¹ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1069.

³²² Sobre o tema, conferir IGLESIAS VILA, Marisa. The National Margin of Appreciation Doctrine: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere. *Available at SSRN*, 2013 e TÜMAY, Murat. The “Margin of Appreciation Doctrine” developed by the case law of the European Court of Human Rights. *Ankara Law Review*, Vol. 5, n. 2 (Winter 2008), p. 201-234.

2.3.1 A JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE EDH EXERCIDA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS MATERIAIS: O ESTUDO DA PROTEÇÃO AO DIREITO À VIDA

Nos casos em que os direitos mais básicos estão em debate, como jurisdição obrigatória, a Corte EDH entende ser necessária a realização de uma dissuasão eficaz, que apenas poderia ser alcançada pela criminalização de determinadas condutas, sobretudo para proteção do direito à vida. Logo, a criminalização de condutas lesivas apresenta-se como meio necessário para a proteção dos direitos humanos, tendo em vista que o Tribunal tem determinado a adoção de medidas legislativas e judiciais neste sentido.

Em um primeiro exemplo – nos Casos *Mahmut Kaya vs. Turquia* e *Calvelli e Ciglio vs. Itália* – a Corte EDH determinou que o Estado deve assegurar o direito à vida mediante a implementação de disposições de direito penal efetivas³²³. Posteriormente, em *Önerlydiz vs. Turquia*, a Corte EDH asseverou que as obrigações do direito à vida contidas no artigo 2º não se restringem apenas ao texto convencional. Quando se verifica a perda de vidas em circunstâncias que envolvam a responsabilidade do Estado, a Convenção impõe ao ente estatal o dever de assegurar – mediante todos os meios à sua disposição – uma resposta adequada (seja ela judicial ou não). Com isso, o marco normativo e administrativo para proteger o direito à vida devem ser devidamente implementados, de modo que qualquer violação a este direito deve ser reprimida e castigada³²⁴.

³²³ Corte EDH. *Caso Mahmut Kaya vs. Turquia*. Petição n. 22535/93. Primeira Seção. Mérito. Sentença de 28/03/2000, § 85: “The Court recalls that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (...). This involves a primary duty on the State to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person, backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and punishment of breaches of such provisions. It also extends in appropriate circumstances to a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual or individuals whose life is at risk from the criminal acts of another individual”. Sobre a controvérsia, ver também: Corte EDH. *Caso Calvelli e Ciglio vs. Itália*. Petição n. 32967/96. Mérito. Sentença de 17/01/2002, § 51.

³²⁴ Corte EDH. *Caso Önerlydiz vs. Turquia*. Petição n. 48939/99. Mérito. Sentença de 30/11/2004, § 91: “The obligations deriving from Article 2 do not end there. Where lives have been lost in circumstances potentially engaging the responsibility of the State, that provision entails a duty for the State to ensure, by all means at its disposal, an adequate response - judicial or otherwise - so that the legislative and administrative

Este modelo de implementação dos direitos humanos revela uma forma de expressão da Corte EDH como jurisdição obrigatória, de maneira que as suas determinações não devem ser compreendidas de forma concreta, mas sim de modo abstrato. A Corte EDH exige que se moldem instrumentos necessários para a implementação dos direitos humanos neste cenário penal. Refere-se, fundamentalmente, ao dever de perseguir, e não apenas ao de castigar. Assim, a persecução penal apresenta-se como meio, enquanto que a punição é o resultado³²⁵.

Logo, a Corte EDH interpreta este dever como uma obrigação de meio e não de resultado. O Tribunal revela-se prudente neste ponto, ao exigir o estabelecimento de instrumentos adequados para a defesa dos direitos humanos em abstrato, sem definir quais sejam estes meios e nem exigir em concreto a obtenção do resultado. Nesse sentido, ao mesmo tempo em que compreende a Convenção Europeia como instrumento vivo, procura realizar uma auto-restrição judicial, limitando-se a exigir a obrigação de editar a legislação (em abstrato) e de criminalização de condutas (em concreto)³²⁶.

Nesse contexto, a criminalização é utilizada pela Corte EDH para proteger o direito à vida. Esta forma de proteção é denominada pela Corte de proteção processual³²⁷, que consiste no dever de persecução penal. Este instituto tem inspiração na Corte IDH, sobretudo ao tratar dos casos de anistia e desaparecimento forçado de pessoas³²⁸. No Caso Kurt vs. Turquia, por exemplo, verifica-se que a Corte EDH utiliza-se do conceito contido

framework set up to protect the right to life is properly implemented and any breaches of that right are repressed and punished.”

³²⁵ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1069-1070.

³²⁶ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1070.

³²⁷ A Corte EDH faz a distinção de proteção processual – que se materializa na persecução penal em si – da obrigação processual, que diz respeito à autonomia de determinado procedimento. Esta diferença é vislumbrada em sua jurisprudência. Sobre a proteção processual, ver Corte EDH. *Caso Halil Yüksel Akinci e outros vs. Turquia*. Petição n. 39125/04. Mérito. Sentença de 11/12/2012, § 78. Em relação à obrigação processual, conferir Corte EDH. *Caso Dink vs. Turquia*. Petições n.(s) 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 e 7124/09. Mérito. Sentença de 14/09/2010, § 76.

³²⁸ O tema será apreciado em parte específica da tese, sobretudo nos Capítulos 4 e 5.

na Convenção Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas³²⁹ e da definição adotada pela Corte IDH, sobretudo no Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras³³⁰.

Com a persecução penal, a Corte EDH busca tornar efetivas as proibições de matar e torturar. Cuida-se, nesse aspecto, de uma implementação do direito à vida exigida pelo artigo 2º da Convenção Europeia³³¹, na forma de obrigações positivas, derivadas do conteúdo material que compõe este direito humano fundamental³³².

A exigência destas obrigações positivas está ligada ao risco de o direito à vida ser violado. Nesse contexto, em um período de pouco mais de uma semana, a Corte EDH avaliou a existência deste risco em dois casos. No primeiro – Caso Mosendz vs. Ucrânia –, o risco do direito à vida efetivamente se concretizou com a automutilação por meio do suicídio, durante o serviço da vítima ao exército³³³. De outro lado, no Caso Mitić vs.

³²⁹ Corte EDH. *Caso Kurt vs. Turquia*. Petição n. 15/1997/799/1002. Mérito. Sentença de 25/11/1998. No § 66, a Corte EDH utiliza-se do conceito de referida Convenção contido em seu preâmbulo e no artigo 2º, bem como a definição desta conduta como crime contra a humanidade, prevista em referido artigo 4º.

³³⁰ Corte EDH. *Caso Kurt vs. Turquia*. Petição n. 15/1997/799/1002. Mérito. Sentença de 25/11/1998. Nos §§ 67-69, a Corte EDH se utiliza dos argumentos do Caso Velásquez Rodríguez para desenvolver a tese de desaparecimento forçado da vítima e condenar o Estado a implementar materialmente a reparação a este delito.

³³¹ “Artigo 2º - Direito à vida.

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;

b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;

c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.”

³³² AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1071.

³³³ Corte EDH. *Caso Mosendz vs. Ucrânia*. Petição n. 52013/08. Primeira Seção. Mérito. Sentença de 17/04/2013, § 80: “It is to be noted that in a number of cases the Court has considered that the Contracting States’ positive obligations flowing from this provision may even arise where the risk to a person derived from self-harm, including the procedural obligation to carry out an effective investigation into the circumstances of what appears to be a suicide”.

Sérvia, o direito à vida não foi violado, tendo em vista que o risco de violação ao direito humano não era previsível para o Estado³³⁴.

Diferentemente da Corte IDH, o Tribunal Europeu procura não estender para além do razoável as obrigações de proteção oriundas da Convenção Europeia, a fim de não impor uma carga impossível ou desproporcional às autoridades estatais³³⁵. Ao assumir o dever de criminalizar os abusos dos direitos humanos, a Corte EDH avança em sua interpretação ao exigir medidas repressivas ao invés de trabalhar apenas com medidas de proteção. Com isso, a Corte EDH realiza interpretação ampla do artigo 2º da Convenção, ao estabelecer o dever primordial do Estado em assegurar o direito à vida. Esta proteção ocorre mediante a criação de uma legislação dissuasiva no âmbito dos Estados, assim como mediante o estabelecimento de mecanismos que levem à prevenção, repressão e sanção destas violações³³⁶. Assim, o direito à vida é violado não apenas quando há o resultado morte, mas também quando a vida é colocada em perigo por agentes do Estado³³⁷.

³³⁴ Corte EDH. *Caso Mitić vs. Sérvia*. Petição n. 31963/08. Segunda Seção. Mérito. Sentença de 24/04/2013, § 46: “Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the scope of the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. Accordingly, not every claimed risk to life can entail for the authorities a Convention requirement to take operational measures to prevent that risk from materialising. For a positive obligation to arise regarding a prisoner with suicidal tendencies, it must be established that the authorities knew, or ought to have known at the time, of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual and, if so, that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk”.

³³⁵ Corte EDH. *Caso Mahmut Kaya vs. Turquia*. Petição n. 22535/93. Primeira Seção. Mérito. Sentença de 28/03/2000, § 86, primeira parte: “Bearing in mind the difficulties in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, the positive obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities”. De outro lado, o perfil da Corte IDH estabelece sentenças que buscam adequar a ordem jurídica interna aos ditames da Convenção Americana, em especial ao seu artigo 2º, como será visto no decorrer da tese.

³³⁶ Corte EDH. *Caso Dink vs. Turquia*. Petições n.(s) 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 e 7124/09. Mérito. Sentença de 14/09/2010, § 64: “La Cour rappelle que la première phrase de l’article 2 § 1 astreint l’Etat non seulement à s’abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (L.C.B. c. Royaume-Uni, 9

Desse modo, a Corte EDH não obriga o Estado a evitar o resultado morte. Porém, o Tribunal busca implementar os meios adequados e razoavelmente exigíveis para se evitar a morte de um indivíduo, em especial nos casos em que a vida do mesmo está sendo ameaçada de modo real e imediato. Portanto, a interpretação extensiva realizada pela Corte EDH em relação ao direito à vida não deve ser confundida com a tendência punitiva desenvolvida pela Corte IDH³³⁸.

De outro lado, em outro ponto de distinção com a Corte IDH³³⁹ diz respeito ao fato de a Corte EDH considerar que a Convenção Europeia não faz parte do direito nacional dos Estados. Isto porque ela faz a distinção entre a responsabilidade dos agentes estatais perante a legislação nacional (no caso, a legislação penal) e a responsabilidade internacional do Estado perante a Convenção Europeia.

Nesse aspecto, quando a Corte EDH declara que houve ofensa ao artigo 2º da Convenção, não está a afirmar a responsabilidade penal dos envolvidos. Sua competência esta limitada à responsabilidade internacional do Estado perante a Convenção,

juin 1998, § 36, Recueil des arrêts et décisions 1998-III). L'obligation de l'Etat à cet égard implique le devoir primordial d'assurer le droit à la vie en mettant en place une législation pénale concrète dissuadant de commettre des atteintes contre la personne et s'appuyant sur un mécanisme d'application conçu pour en prévenir, réprimer et sanctionner les violations. Cette disposition comporte aussi, dans certaines circonstances définies, l'obligation positive pour les Etats de prendre préventivement des mesures d'ordre pratique pour protéger l'individu dont la vie est menacée par les agissements criminels d'autrui”.

³³⁷ Corte EDH. *Caso Osman vs. Reino Unido*. Petição n. 87/1997/871/1083. Mérito. Sentença de 28/10/1998, § 115: “The Court notes that the first sentence of Article 2 § 1 enjoins the State not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction (...). It is common ground that the State’s obligation in this respect extends beyond its primary duty to secure the right to life by putting in place effective criminal-law provisions to deter the commission of offences against the person backed up by law-enforcement machinery for the prevention, suppression and sanctioning of breaches of such provisions. It is thus accepted by those appearing before the Court that Article 2 of the Convention may also imply in certain well-defined circumstances a positive obligation on the authorities to take preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual. The scope of this obligation is a matter of dispute between the parties.”

³³⁸ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1073.

³³⁹ O exame da relação da Convenção Americana com os sistemas jurídicos nacionais será realizado no Capítulo 4, ao se abordar o tema controle de convencionalidade.

cujas determinações devem ser interpretadas e aplicadas sobre os fundamentos e os propósitos da Convenção e à luz dos princípios de direito internacional. Assim, a Corte não se dedica a estabelecer determinações acerca da matéria que é de competência do Estado³⁴⁰.

De outro lado, a crescente carga de processos faz com que a Corte EDH avance em sua jurisprudência, para o fim de emitir fundamentação com conotação exortativa em seus julgamentos, sobretudo para se pronunciar sobre as falências sistêmicas nas ordens jurídicas estatais. No Caso *Opuz vs. Turquia*, ao apreciar questão de violência contra mulher, a Corte EDH manifestou-se sobre a vulnerabilidade da mulher turca, ao dizer que a passividade com que o Poder Judiciário local cuida da questão, bem como a discriminação em geral existente na Turquia têm criado um clima que conduz à violência doméstica³⁴¹.

Nesse aspecto relacionado ao caráter exortativo dos julgamentos, há aproximação direta com a Corte IDH³⁴², em que ambas recebem a crítica de assumirem como próprias as decisões que deveriam estar no âmbito de competência dos órgãos estatais³⁴³. O que busca a Corte EDH com o implemento da exortação em seus julgados é a

³⁴⁰ Corte EDH. *Caso Mosendz vs. Ucrânia*. Petição n. 52013/08. Primeira Seção. Mérito. Sentença de 17/04/2013, § 95: “It should be specified that criminal-law liability under national legislation is distinct from a State’s international-law responsibility under the Convention. In determining whether there has been a breach of Article 2, the Court does not assess the criminal responsibility of those directly or indirectly concerned. Its competence is confined to the State’s international responsibility under the Convention, the provisions of which are to be interpreted and applied on the basis of the object and purpose of the Convention and in the light of the relevant principles of international law. In other words, the responsibility of a State under the Convention, arising for the acts of its organs, agents and servants, is not to be confused with the domestic legal issues of individual criminal responsibility under examination in the national criminal courts. The Court is not concerned with reaching any findings as to guilt or innocence in that sense”.

³⁴¹ Corte EDH. *Caso Opuz vs. Turquia*. Petição n. 33401/02. Terceira Seção. Mérito. Sentença de 09/09/2009, § 198: “In the light of the foregoing, the Court considers that the applicant has been able to show, supported by unchallenged statistical information, the existence of a prima facie indication that the domestic violence affected mainly women and that the general and discriminatory judicial passivity in Turkey created a climate that was conducive to domestic violence.”

³⁴² O caráter exortativo dos julgamentos da Corte IDH é objeto de exame no Capítulo 4, ao se estudar o controle de convencionalidade.

³⁴³ MALARINO, Ezequiel. *Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo

conscientização dos Estados, a fim de que estes previnam futuras violações de direitos humanos, com a revisão de suas legislações, suas normas e regulações, bem como seus procedimentos públicos e suas práticas judiciais³⁴⁴.

Destaca-se, neste contexto, as recomendações do Conselho da Europa, que buscam implementar o efeito vinculante das decisões da Corte EDH ao estipular formas em que os Estados devem cumprir com a proteção efetiva dos direitos estabelecidos e já decididos pela Corte. Nestas recomendações, ressalta-se de forma reiterada a necessidade de adoção – pela legislação interna – do conteúdo material contido na Convenção e apreciado nos julgamentos da Corte EDH³⁴⁵.

Este posicionamento demonstra que não obstante a Corte EDH entenda que a Convenção Europeia não faz parte do direito nacional, o que ela busca é implementar em sua jurisprudência de proteção dos direitos materiais o controle difuso de convencionalidade³⁴⁶, que é uma inovação trazida pela Corte IDH ao direito internacional³⁴⁷.

Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales - Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2010, p. 50.

³⁴⁴ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1075.

³⁴⁵ CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Recomendação Rec(2004)6 do Comitê de Ministros para os Estados Membros na melhoria dos recursos internos. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/>>. Acesso em: 23/01/2015.

³⁴⁶ Sobre o controle de convencionalidade no âmbito da Corte EDH, conferir JIMENA QUESADA, Luis. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 299-329.

³⁴⁷ Como representativo desta inovação, conferir o pensamento de GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Rev. IUS, Puebla*, v. 5, n. 28, dic. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23/01/2015 e FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 9, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23/01/2015.

Para examinar esta tentativa de implementação e avanço interpretativo da Corte EDH, é necessário analisar seu perfil de jurisdição obrigatória quanto aos aspectos referentes aos direitos processuais contidos na Convenção Europeia.

2.3.2 *A JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE EDH EXERCIDA NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS PROCESSUAIS: O DIREITO AO PROCESSO EQUITATIVO E AO RECURSO EFETIVO*

Em relação aos direitos humanos contidos na Convenção Europeia, a Corte EDH apresenta tendências interpretativas a partir de direitos processuais contidos no texto convencional: o artigo 6º – direito ao devido processo³⁴⁸ – e o artigo 13 – direito da vítima ao recurso efetivo³⁴⁹.

³⁴⁸ “Artigo 6º - Direito a um processo equitativo:

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a protecção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.
2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.
3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:
 - a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;
 - b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;
 - c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;
 - d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;
 - e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.”

³⁴⁹ “Artigo 13º - Direito a um recurso efectivo:

Qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo

O direito ao devido processo orienta a investigação e a persecução que devem ser realizadas de acordo com as normas procedimentais existentes, as quais devem guardar harmonia com o conteúdo material contido na Convenção Europeia. Assim, as vítimas – individualmente consideradas – não têm como assegurado o direito a que seus ofensores sejam efetivamente perseguidos criminalmente. Não há, a partir da leitura do artigo 6º, o “direito à justiça” protegido pela Convenção³⁵⁰.

Esta é uma temática que diferencia a Corte EDH da Corte IDH. Ainda que seja objeto de críticas pela doutrina³⁵¹, o Tribunal Interamericano estabelece tratamento jurisprudencial mais acurado no que tange à proteção das vítimas.

Inicialmente, a Corte IDH ampliou o conceito de vítima pela via jurisprudencial com o Caso *Blake vs. Guatemala*, na medida em que o sofrimento dos familiares da vítima – sobretudo a integridade psíquica e moral – foi valorada pela Corte como ofensa do artigo 5º³⁵² da Convenção Americana por parte do Estado³⁵³. Logo, não apenas as vítimas, mas os seus familiares também são protegidos pela Corte IDH.

Interessante notar que no mesmo ano, a Corte EDH adotou posicionamento semelhante no Caso *Kurt vs. Turquia*. Neste caso, não obstante a Comissão EDH não ter levado em consideração o argumento apresentado pela petionante – mãe da vítima de desaparecimento forçado –, a Corte EDH compreendeu que ela também deveria ser considerada vítima. A Corte fundamentou seu entendimento em face da angústia e da

quando a violação tiver sido cometida por pessoas que actuem no exercício das suas funções oficiais.”

³⁵⁰ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1076-1077.

³⁵¹ Ezequiel Malarino considera que a criação jurisprudencial da Corte IDH relacionada ao direito de punir efetivamente os ofensores é uma medida anti-liberal e contrária à Convenção Americana, na medida em que a Corte IDH estaria criando um “super-estatuto” não escrito de proteção à vítima, em detrimento às garantias de proteção ao acusado previstas no texto convencional (MALARINO, Ezequiel. Ob. cit., 2010, p. 45-46).

³⁵² “Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.”

³⁵³ Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 24/01/1998, Série C n. 36, §§ 112-116.

situação estressante experimentada pela peticionante, sobretudo em decorrência da situação de tortura psicológica por ela experimentada, o que torna o Estado responsável pela violação do artigo 3º³⁵⁴ da Convenção Europeia em relação à peticionante³⁵⁵.

Este posicionamento, inclusive, foi utilizado pela Corte IDH na consolidação de sua jurisprudência sobre a extensão do conceito de vítima, em especial no Caso “Crianças de Rua” vs. Guatemala, quando considerou as mães das vítimas também objeto de tortura psicológica, tendo o Estado violado o artigo 5º, itens 1 e 2 da Convenção Americana em relação às familiares das vítimas³⁵⁶.

No entanto, o que distancia a Corte EDH da Corte IDH em matéria procedimental é o direito à justiça da vítima. O Tribunal Interamericano destaca-se por se esforçar em melhorar a proteção das vítimas que sofreram violação dos direitos humanos. Essa otimização foi conseguida pelo reconhecimento de novos direitos das vítimas, principalmente de fatos penais que não estão escritos na Convenção Americana e, por mais das vezes, promovem uma ponderação em relação a direitos fundamentais que se encontram garantidos pelo texto convencional.

Como exemplo deste cenário, o artigo 8º, item 4 do texto convencional americano destaca que o acusado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos se tiver sido absolvido por sentença transitada em julgado.

³⁵⁴ “Artigo 3º - Proibição da tortura

Ninguém pode ser submetido a torturas, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.”

³⁵⁵ Corte EDH. *Caso Kurt vs. Turquia*. Petição n. 15/1997/799/1002. Mérito. Sentença de 25/11/1998, §§ 130-134.

³⁵⁶ Corte IDH. *Caso “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19/11/1999, §§ 173-177. A influência da Corte EDH se deu por conta da menção do Caso Kurt como fundamento para decidir, contido no § 176: “La Corte Europea ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la condición de víctima de tratamientos inhumanos y degradantes de una madre como resultado de la detención y desaparición de su hijo a manos de las autoridades. Para determinar si se había violado o no el artículo 3 de la Convención Europea, correspondiente al artículo 5 de la Convención Americana, la Corte Europea ha valorado las circunstancias del caso, la gravedad del maltrato y el hecho de no contar con información oficial para esclarecer el mismo. En virtud de esas consideraciones y de que se trataba de la madre de la víctima de una violación de derechos humanos, la Corte Europea concluyó que también ella había sido víctima y que el Estado era responsable de la violación del artículo 3 mencionado”.

No entanto, a Corte IDH não considera o princípio do *ne bis in idem* como um direito humano absoluto. Assim, em determinadas situações a Corte IDH deixa de aplicar o artigo 8º, item 4 da Convenção, em especial quando: (i) a atuação do tribunal que encerrou o caso ou absolveu o acusado teve como objetivo de isentá-lo de sua responsabilização penal; (ii) não havia a real intenção de submeter o responsável à ação da justiça e (iii) o procedimento não foi instruído de forma independente ou imparcial, em consonância com as devidas garantias processuais³⁵⁷. O julgamento realizado nestas circunstâncias origina uma coisa julgada “aparente” ou “fraudulenta”³⁵⁸.

Além do mais, o Tribunal Interamericano considera que se o surgimento de novos fatos ou novas provas permitem a determinação dos responsáveis pela violação dos direitos humanos, ou ainda, dos responsáveis por crimes contra a humanidade, as investigações podem ser reabertas. Este procedimento é permitido inclusive se houve uma sentença absolutória com trânsito em julgado, tendo em vista que as exigências do direito à

³⁵⁷ Estas exceções estão elencadas no direito internacional, sobretudo na redação do artigo 20 do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional:

“Artigo 20. *Ne bis in idem*.

(...)

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.”

³⁵⁸ Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/11/2004, Série C n. 117, § 131: “El desarrollo de la legislación y de la jurisprudencia internacionales ha permitido el examen de la llamada “cosa juzgada fraudulenta” que resulta de un juicio en el que no se han respetado las reglas del debido proceso, o cuando los jueces no obraron con independencia e imparcialidad”. A crítica à atuação da Corte IDH neste ponto pode ser conferida em ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão e MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Ne bis in idem* e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales - Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011, p. 403-433.

justiça, os direitos das vítimas e o “espírito” da Convenção Americana têm o condão de modificar a proteção do *ne bis in idem*³⁵⁹.

Logo, a Corte IDH promove a neutralização das garantias convencionais previstas para o acusado em favor da vítima, e espera que este posicionamento seja respeitado pelos juízes nacionais. Justifica seu posicionamento sob a alegação de que os Estados não podem descumprir seus julgamentos, bem como assevera que eles devem controlar suas disposições de direito interno em consonância com a Corte IDH interpreta a Convenção Americana³⁶⁰.

Como se trata de uma criação jurisprudencial, o direito à justiça da vítima faz parte do bloco de constitucionalidade criado pela Corte IDH, o qual é responsável por agregar o conteúdo interpretativo diferenciado em matéria de direitos humanos, bem como ser o instrumento responsável pela implementação do constitucionalismo compensatório no âmbito dos Estados Nacionais³⁶¹.

³⁵⁹ Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 154, § 154: “esta Corte considera que si aparecen nuevos hechos o pruebas que puedan permitir la determinación de los responsables de violaciones a los derechos humanos, y más aún, de los responsables de crímenes de lesa humanidad, pueden ser reabiertas las investigaciones, incluso si existe un sentencia absolutoria en calidad de cosa juzgada, puesto que las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*.”. Na mesma linha, em especial para afastar as anistias concedidas no Peru, também foi decidido em Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006. Série C n. 162, § 226: “(...) tal como lo ha hecho desde la emisión de la Sentencia de este Tribunal en el caso *Barrios Altos vs. Perú*, el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro (supra párr. 152), ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio *non bis in idem* (supra párr. 182), o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables. Por ende, también deberán activarse, según corresponda, las investigaciones pertinentes contra quienes fueron investigados, condenados, absueltos o cuyas causas fueron sobreesidas en los procesos penales militares.”.

³⁶⁰ MALARINO, Ezequiel. Ob. cit., 2010, p. 46.

³⁶¹ O bloco de constitucionalidade desenvolvido pela Corte IDH será objeto de análise no Capítulo 4.

Por sua vez, a Corte EDH posiciona-se no sentido de que não há convencionalmente reconhecido o direito da vítima a que se faça justiça³⁶². Em alguns julgados, estipula-se que a obrigação do Estado consiste na investigação, e não diretamente na condenação do acusado³⁶³.

De outro lado, em relação ao direito ao recurso efetivo previsto no artigo 13 da Convenção Europeia, esta norma tem um rol cada vez mais significativo no âmbito da jurisprudência desenvolvida pelo Tribunal Europeu. A intensidade de sua importância está ligada a casos de violações mais graves – muitas vezes sistemáticas – de direitos humanos no âmbito europeu –, com o escopo de sanar *déficits* estruturais no plano das ordens jurídicas nacionais.

Com efeito, os julgamentos proferidos pela Corte EDH com esta tendência guardam similitude com o desenvolvimento jurisprudencial observado na Corte IDH³⁶⁴. A jurisprudência do Tribunal Europeu tem especificado que além da reparação, em harmonia com o artigo 13 da Convenção Europeia, o Estado deve realizar uma investigação exaustiva e independente, que propicie a identificação e a possibilidade de punição dos responsáveis, permitindo ao peticionário o acesso efetivo ao procedimento de investigação³⁶⁵.

³⁶² Como ressalta a Corte EDH, nem a proteção ao direito à vida tem o condão de proceder com a busca pelo “juízo justo”: “It should in no way be inferred from the foregoing that Article 2 may entail the right for an applicant to have third parties prosecuted or sentenced for a criminal offence (...) or an absolute obligation for all prosecutions to result in conviction, or indeed in a particular sentence” (Corte EDH. *Caso Önerlydiz vs. Turquia*. Petição n. 48939/99. Mérito. Sentença de 30/11/2004, § 96).

³⁶³ Corte EDH. *Caso M. C. vs. Bulgária*. Petição n. 39272/98. Primeira Seção. Mérito. Sentença de 04/03/2004, § 201: “Further, the Court has not excluded the possibility that the State's positive obligation under Article 8 to safeguard the individual's physical integrity may extend to questions relating to the effectiveness of a criminal investigation”.

³⁶⁴ A Corte IDH utiliza-se do artigo 25 da Convenção Americana, conforme exposição contida no Capítulo 4.

³⁶⁵ Corte EDH. *Caso El-Masri vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*. Petição n. 39630/09. Grande Câmara. Mérito. Sentença de 13/12/2012, § 255: “(...)the notion of an “effective remedy” entails, in addition to the payment of compensation where appropriate, a thorough and effective investigation capable of leading to the identification and punishment of those responsible and including effective access for the complainant to the investigatory procedure”.

O direito ao recurso efetivo é oriundo da norma de proteção do conteúdo material – contido no direito substantivo – de modo que tem validade apenas nos casos em que tenha existido ofensa aos direitos e liberdades contidos na Convenção Europeia³⁶⁶. Este artigo 13 apresenta-se como verdadeiro instrumento de configuração do bloco de constitucionalidade da Corte EDH e apresenta-se como uma ampliação do alcance de proteção dos direitos humanos de natureza material.

Esta interpretação extensiva do conteúdo material dos direitos humanos é objeto de críticas, em especial no fato de a Corte EDH estar realizando a inversão de carga probatória contra o Estado investigado. Isto é, se não há como provar que o agente estatal é responsável pela violação dos direitos humanos, pode responsabilizar o Estado de maneira subsidiária por não investigar quem foi o responsável pela violação dos direitos humanos³⁶⁷.

Neste aspecto, uma vez apresenta-se a convergência com a Corte IDH, na medida em que o Tribunal Interamericano considera violado o direito à vida em virtude da ausência de investigação dos fatos e de punição dos ofensores pelo desaparecimento forçado da vítima³⁶⁸. Logo, a tendência ao momento de interpretar os princípios fundamentais do processo penal e a ingerência da Corte EDH na política criminal dos Estados Partes parece não se distinguir da prática estabelecida pela Corte IDH.

³⁶⁶ Corte EDH. *Caso X e Y vs. Países Baixos*. Petição n. 8978/80. Câmara. Mérito. Sentença de 26/03/1985, §§ 22-23 e Corte EDH. *Caso Kaya vs. Turquia*. Petição n. 158/1996/777/978. Mérito. Sentença de 19/02/1998, § 86: “The Court recalls at the outset that the general legal prohibition on arbitrary killing by agents of the State contained in Article 2 of the Convention would be ineffective, in practice, if there existed no procedure for reviewing the lawfulness of the use of lethal force by State authorities. The obligation to protect the right to life under Article 2, read in conjunction with the State’s general duty under Article 1 of the Convention to “secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms in [the] Convention”, requires by implication that there should be some form of effective official investigation when individuals have been killed as a result of the use of force by, inter alios, agents of the State.”

³⁶⁷ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1080.

³⁶⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29/07/1988. Série C n. 4, § 148: “la Corte concluye que han sido probadas en el proceso: 1) la existencia de una práctica de desapariciones cumplida o tolerada por las autoridades hondureñas entre los años 1981 a 1984; 2) la desaparición de Manfredo Velásquez por obra o con la tolerancia de esas autoridades dentro del marco de esa práctica; y 3) la omisión del Gobierno en la garantía de los derechos humanos afectados por tal práctica.”

Este implemento de maior proteção dos direitos humanos no âmbito dos Estados Nacionais decorre de sua feição de jurisdição obrigatória, bem como contribui para fundar a ordem pública no espaço europeu de proteção dos direitos humanos.

2.4 O DESENVOLVIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS PELA JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE EDH COMO ELEMENTO FUNDANTE DA ORDEM PÚBLICA EUROPEIA

A ordem pública europeia apresenta-se como conceito que revela as exigências essenciais da constituição de uma vida em sociedade. A ordem pública apresenta-se como conjunto normativo tido como fundamental para a concretização da sociedade europeia³⁶⁹. No primeiro momento, no Caso *Loizidou vs. Turquia*, a Corte EDH assentou a noção de ordem pública europeia, de modo que a partir deste julgamento foram determinadas as condições de sua formação e o estabelecimento de sua função no espaço europeu de proteção dos direitos humanos³⁷⁰.

A ordem pública europeia se perfaz em torno de valores comuns, revelados por ações institucionais e pela interpretação do juiz europeu. Nesse aspecto, a conexão entre a Convenção Europeia e a noção de ordem pública é estabelecida pela Corte EDH. O Tribunal leva em conta o caráter especial da Convenção Europeia como um instrumento de ordem pública para a proteção da pessoa humana e responsável por garantir a observância dos compromissos assumidos pelos Estados Partes³⁷¹.

Ressalte-se que a Convenção Europeia não se resume a apenas a simples engagements interestatais, mas ela assegura – em nome de valores comuns e superiores aos Estados Partes – a proteção dos interesses dos indivíduos, inclusive com obrigações positivas perante os próprios Estados. As imposições destas obrigações pelos julgamentos da

³⁶⁹ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007, p. 59.

³⁷⁰ Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia*. Petição n. 15318/89. Câmara. Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995, § 75.

³⁷¹ Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia*. Petição n. 15318/89. Câmara. Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995. Ver, em especial, o § 93: “In addressing this issue the Court must bear in mind the special character of the Convention as an instrument of European public order (ordre public) for the protection of individual human beings and its mission, as set out in Article 19 (art. 19), ‘to ensure the observance of the engagements undertaken by the High Contracting Parties’.”

Corte EDH não decorrem do consentimento dos Estados, mas sim em função das conexões realizadas em nome da proteção da pessoa humana. Isso porque o caráter objetivo da Convenção como instrumento de proteção funda-se na solidariedade comum e opõe-se ao princípio geral de reciprocidade do direito internacional³⁷².

Desse modo, a Convenção Europeia deve ser lida em função de seu caráter específico de tratado de garantia coletiva de direitos humanos e de liberdades fundamentais. A sua natureza de instrumento de salvaguarda dos direitos humanos exige que as suas disposições sejam interpretadas de modo a torná-las efetivas. Além disso, é importante ressaltar que toda e qualquer interpretação dos direitos e liberdades garantidos tem de ser compatível com “o espírito geral da Convenção, um instrumento concebido para manter e promover os ideais e os valores de uma sociedade democrática”³⁷³.

Com efeito, ao afirmar que o espírito geral da Convenção Europeia é o de salvaguardar e promover os ideais e os valores de uma sociedade democrática³⁷⁴, a Corte EDH elenca a sociedade democrática como valor central da ordem pública europeia³⁷⁵. Nesse aspecto, por meio da interpretação convencional, a Corte EDH enumera os princípios estruturais deste modelo de sociedade: (i) o princípio da dignidade da pessoa humana³⁷⁶; (ii) o princípio da proeminência do direito³⁷⁷; (iii) o princípio do pluralismo³⁷⁸; e (iv) o princípio da não discriminação³⁷⁹.

³⁷² LIMA, José Antonio Farah Lopes de. Ob. cit., 2007, p. 60.

³⁷³ Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido*. Petição n. 14038/88. Plenário. Mérito. Sentença de 07/07/1989. Ver, em especial, o § 87: “In interpreting the Convention regard must be had to its special character as a treaty for the collective enforcement of human rights and fundamental freedoms (...). Thus, the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human beings require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective (...). In addition, any interpretation of the rights and freedoms guaranteed has to be consistent with ‘the general spirit of the Convention, an instrument designed to maintain and promote the ideals and values of a democratic society’.”

³⁷⁴ Corte EDH. *Caso Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen vs. Dinamarca*. Petições n.(s) 5095/71; 5920/72; 5926/72. Câmara. Mérito. Sentença de 07/12/1976, § 53.

³⁷⁵ Em especial, ver Corte EDH. *Caso Partido Comunista Turco vs. Turquia*. Caso n. 133/1996/752/951. Plenário. Mérito. Sentença de 30/01/1998.

³⁷⁶ Corte EDH. *Caso S.W. vs. Reino Unido*. Petição n. 20166/92. Câmara. Mérito. Sentença de 22/11/1995, § 44.

³⁷⁷ Comissão EDH. *Caso Golder vs. Reino Unido*. Petição n. 4451/70. Relatório da Comissão EDH, adotado em 01/06/1973, § 58.

Além do mais, a Corte EDH elenca os artigos 2º e 3º da Convenção Europeia como os que contêm as disposições mais fundamentais. Embora a ordem pública europeia não seja formada apenas por esses princípios, eles são portadores dos valores comuns essenciais e constituem a estrutura fundamental da ordem pública europeia de direitos humanos, constituindo os princípios diretores de toda a atividade dos Estados³⁸⁰.

A formação da ordem pública europeia tem como norte a vontade progressista apresentada pela construção da jurisprudência da Corte EDH, que busca assegurar a salvaguarda e o desenvolvimento dos direitos humanos. Sob essa perspectiva, ficou consignado a partir do Caso *Loizidou vs. Turquia* que a Convenção Europeia necessita de uma interpretação que torne as exigências concretas e com efetividade, de onde deriva a necessidade de promover a interpretação evolutiva do texto convencional. Por essa razão, a como acima assinalado, a Convenção Europeia é considerada um instrumento vivo, a ser interpretado sob o manto das condições de vida atuais³⁸¹.

Nesse aspecto, o interesse da construção jurisprudencial realizada pelo Caso *Loizidou vs. Turquia* consiste em precisar que esta interpretação evolutiva não se limite às disposições normativas da Convenção Europeia, mas permita ajustá-la à evolução dos costumes e das ideias, inclusive sobre o próprio controle jurisdicional³⁸².

Nesse contexto, a função da ordem pública europeia possui duas dimensões: (i) a dimensão procedimental; e (ii) a dimensão material. A função procedimental confere à Convenção a missão de defender a ordem pública europeia. As disposições

³⁷⁸ Corte EDH. *Caso Partido Comunista Turco vs. Turquia*. Caso n. 133/1996/752/951. Plenário. Mérito. Sentença de 30/01/1998, § 43.

³⁷⁹ Corte EDH. *“Relatando determinados aspectos das disposições normativas sobre o uso das linguagens em educação na Bélgica” vs. Bélgica*. Petições n.(s) 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63 e 2126/64. Plenário. Mérito. Sentença de. 23/07/1968. Ver, em especial, o § 10.

³⁸⁰ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. Ob. cit., 2007, p. 61.

³⁸¹ Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia*. Petição n. 15318/89. Câmara. Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995, §§ 71 e 72.

³⁸² WILDHABER, Luzius. The European Court of Human Rights: The Past, the Present, the Future. *American University International Law Review*, v. 22, n. 4, p. 521-538, 2007.

procedimentais referentes ao direito de recurso individual e à jurisdição obrigatória da Corte EDH apresentam-se como essenciais para a efetividade desse sistema regional³⁸³.

Desse modo, a ordem pública europeia – estruturada sobre esses fundamentos – prevalece sobre o princípio da autonomia da vontade estatal. Logo, esta ordem pública determina a total submissão do Estado Parte ao controle da Convenção, conferindo uma releitura às regras de direito internacional clássicas, utilizadas pelos Estados em suas manifestações perante os casos concretos³⁸⁴.

Por outro lado, a função material da ordem pública europeia impede que um acordo celebrado com um terceiro Estado possa gerar efeitos contrários à Convenção. Trata-se, sobretudo, de um parâmetro objetivo de exposição dos valores comuns do instrumento de proteção e a ponderação com as normas externas, as quais, se apontarem qualquer ameaça de violação, serão afastadas pela atuação da Corte EDH como jurisdição obrigatória³⁸⁵.

Esta função material da ordem pública europeia, principalmente no tocante à compatibilidade com as exigências e preceitos normativos das ordens jurídicas dos demais Estados, é construída pelo desempenho da Corte EDH como jurisdição obrigatória, a partir da fixação dos valores principais estatuídos pela Convenção Europeia no âmbito dos casos apreciados.

Sobre o prisma comparativo, o exame da Corte EDH como jurisdição obrigatória apresenta-se como parte de extrema relevância para a discussão da hipótese proposta para a presente tese. Nesse aspecto, a partir da experiência europeia, será importante examinar a evolução da Corte IDH, o contexto que envolve a apreciação dos casos por ela apreciados e a construção jurisprudencial que permite considerar a Corte IDH uma jurisdição obrigatória, semelhante ao perfil europeu analisado.

³⁸³ Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia*. Petição n. 15318/89. Câmara. Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995, §§ 70 e 93.

³⁸⁴ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. Ob. cit., 2007, p. 62-63. Em uma perspectiva crítica, conferir SEIBERT-FOHR, Anja, *European Comparative Perspective on the Rule of Law and Independent Courts* (June 29, 2010). Facultas, Forthcoming. *Available at SSRN*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1652598>>. Acesso em: 20/01/2015.

³⁸⁵ LIMA, José Antonio Farah Lopes de. Ob. cit., 2007, p. 63.

3 O DESENVOLVIMENTO ATIVO DA CORTE IDH: DE JURISDIÇÃO FACULTATIVA À JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

Esta parte do Capítulo dedica-se a apreciar o desenvolvimento ativo da Corte IDH. Por meio da sua evolução jurisprudencial, o Tribunal Interamericano buscou se qualificar como uma jurisdição obrigatória perante os Estados Partes e o direito internacional.

Para o exame dessa perspectiva, inicialmente será apreciado a transição de jurisdição facultativa para jurisdição obrigatória em sua jurisprudência. Em seguida, três itens serão dedicados ao desenvolvimento desta jurisdição obrigatória, sendo o primeiro de forma específica, o segundo de acordo com os direitos previstos na Convenção e desenvolvidos. Ao final, o item 3.5 dedica-se a verificar como a Corte IDH é vista pelo direito internacional, sobretudo pela jurisprudência do TPI, tribunal internacional cuja jurisdição é considerada obrigatória desde seu nascimento.

3.1 O “PAPEL ORIGINAL” DE JURISDIÇÃO FACULTATIVA DA CORTE IDH

O compromisso original dos Estados Partes – que aceitaram fazer parte do espectro de incidência normativa da Convenção Americana de Direitos Humanos – era o de respeitar, conforme dispõe o artigo 1º, item 1, de referida Convenção, os direitos e liberdades que estavam nela reconhecidos. Esta obrigação de respeitar inclui a de garantir a concretização dos direitos a qualquer ser humano que estivesse submetido sob sua jurisdição, sem discriminação por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de outros tipos, como de origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

A Corte IDH insere-se na proposta de consolidar, no âmbito do quadro das instituições democráticas dos Estados que compõe o plano interamericano, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, com lastro na respeitabilidade dos direitos humanos essenciais. No primeiro momento, esta inserção é planejada como uma proteção internacional, de natureza convencional, mas de caráter coadjuvante ou complementar da rede de proteção que os sistemas jurídicos nacionais dos Estados Partes oferecem, conforme enunciado no Preâmbulo da Convenção.

Esta proteção coadjuvante ou complementar é demonstrada não apenas pela enunciação do Preâmbulo, mas é reafirmada pelas disposições da Convenção, em especial pelo dever de adotar as disposições de direito interno, previsto no artigo 2º da Convenção. Isto se justifica se os direitos humanos essenciais, mencionados no artigo 1º, item 1, da Convenção, ainda não estiverem garantidos por disposições legislativas ou de outra natureza. Com isso, não haveria uma implementação do plano internacional imediata, mas sim o compromisso dos Estados Partes de se comprometerem a adotar – em consonância com suas normas constitucionais e com as disposições normativas concernentes à Convenção Americana – as medidas procedimentais necessárias para tornarem referidos direitos humanos essenciais efetivos.

Outra disposição convencional que reafirma este posicionamento está contida no artigo 46 da Convenção, em especial no tocante à prévia necessidade de esgotamento dos recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos³⁸⁶. Como a própria disposição convencional enfatiza, a primazia é de que a jurisdição do Estado Parte seja reconhecida como predominante, razão pela qual a atuação da Corte IDH, neste contexto sistemático convencional, apresenta-se como subsidiária.

Para enfatizar este aspecto, o artigo 62, item 1, da Convenção assegura que é prerrogativa do Estado Parte reconhecer a competência da Corte IDH em todos os casos contenciosos, referentes à interpretação ou aplicação da Convenção. Isto pode ser realizado no momento do depósito do seu instrumento de ratificação da Convenção, de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior. Esta declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos.

³⁸⁶ O esgotamento dos recursos internos é uma exceção preliminar reconhecidamente articulada pelos Estados Partes ao apresentarem suas defesas no âmbito de julgamento da Corte IDH. Este artigo 46 passou por uma releitura, a partir da Opinião Consultiva n. 11, emitida em 10 de agosto de 1990, a qual foi solicitada pela Comissão IDH. Ademais, a Corte IDH, em diversos casos, tem afastado esta exceção preliminar, seja em virtude da ausência de devido processo legal, seja pelo reconhecimento do impedimento da parte em esgotar os recursos da jurisdição interna, ou ainda, seja pela demora injustificada na decisão sobre mencionados recursos (artigo 46, item 2, da Convenção).

Destaque-se que, pelo texto convencional, a Corte IDH tem competência para conhecer de qualquer caso, referente à interpretação e à aplicação da Convenção, desde que os Estados Partes reconheçam referida competência.

Nota-se, pela interpretação sistemática da Convenção, que foi dada à Corte IDH competência subsidiária para apreciar e resolver casos em matéria de direitos humanos. Com esta condição, a Corte IDH passou por sérias controvérsias sobre o seu papel institucional, com tensões políticas provocadas por Estados Partes que estavam em desacordo com os deveres de cumprimento da Convenção³⁸⁷.

3.2 A “TENSÃO EVOLUTIVA”: A AFIRMAÇÃO DA CORTE IDH COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

No ano de 1999, a Corte IDH se deparou com um desafio institucional: duas demandas – Caso Ivcher Bronstein e Caso do Tribunal Constitucional – que chegaram a seu exercício, pela Comissão IDH, e foram oriundas da República do Peru.

Em Ivcher Bronstein vs. Peru, a vítima era proprietária de mais da metade de um importante meio de comunicação no Peru. Entretanto, de nacionalidade israelense, renunciou sua nacionalidade e adquiriu a cidadania peruana. Por seu meio de comunicação vincular reportagens sobre tortura e outros desabonos em relação ao Estado, a vítima se viu em um processo institucional de alteração legislativa, cujo resultado final foi a perda da sua naturalização mediante a edição de um decreto que autorizou o cancelamento da nacionalidade aos peruanos naturalizados.

Por sua vez, em relação ao Caso Tribunal Constitucional vs. Peru, a Corte Constitucional da República do Peru passou por um período de intensa pressão dos fatores reais de poder, no que diz respeito à análise de legislação sobre a eleição do Presidente da República no Peru. Depois de uma controvertida disputa política envolvendo a análise do

³⁸⁷ Destaque-se, nesta senda, a controvérsia relatada por Cançado Trindade, à época Presidente da Corte IDH, em que o Estado do Peru, comandado pelo então Ex-Presidente Fujimori, começou uma campanha maciça, a níveis diplomáticos na esfera internacional, para retaliar e desconstruir a imagem da Corte, o que levou a Corte IDH a iniciar uma série de tratativas institucionais, e a modificar o perfil originalmente descrito pela Convenção Americana (CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 5-9).

juízo³⁸⁸, três magistrados foram destituídos de seus cargos, e um conjunto de 27 parlamentares do Congresso da República do Peru ingressaram com o caso perante a Comissão IDH.

Em ambos os casos, no dia 16/07/1999, o representante da República do Peru perante a Corte IDH – o Embaixador da Costa Rica – devolvera os dois processos, nos quais continham uma nota técnica, de 15/07/1999, subscrita pelo representante do Ministério das Relações Exteriores do Estado do Peru, que descreve o procedimento adotado pela República do Peru.

O Congresso da República do Peru aprovou, por meio da Resolução Legislativa n. 27152, de 08/07/1999, a retirada do reconhecimento da competência contenciosa da Corte IDH. Na mesma data, o Governo da República do Peru efetuou o depósito – diante da Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA) – do instrumento que continha a retirada da declaração que reconhecia a cláusula facultativa de submissão à competência contenciosa da Corte IDH. Segundo a nota técnica apresentada à Corte, a retirada do reconhecimento da competência contenciosa da jurisdição da Corte produziria efeitos imediatos desde a data do mencionado instrumento de depósito perante a Secretaria Geral da OEA (a partir de 09/07/1999) e se aplicaria a todos os casos em que a República do Peru não houvesse contestado a demanda levada à jurisdição da Corte.

Ao apreciar os dois casos nas respectivas Sentenças que fixaram sua competência, a Corte IDH considerou ser inadmissível a pretensão de retirada, pela República do Peru, da declaração de reconhecimento da competência contenciosa da Corte com efeitos imediatos, assim como quaisquer consequências que derivam deste ato³⁸⁹.

Nos presentes casos, a Corte IDH firmou posicionamento de que por se tratar de um órgão jurisdicional, ela tem o poder inerente de determinar o alcance de sua própria competência. No desenrolar deste posicionamento, a Corte não pode abdicar desta

³⁸⁸ Confira-se a cronologia dos acontecimentos em Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, §§ 2-3.

³⁸⁹ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55, § 53 e Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54, § 54.

prerrogativa, posto que a reconhece como um dever, imposto pela Convenção Americana por meio do conteúdo essencial do artigo 62, item 3, para o exercício de suas funções³⁹⁰.

O papel institucional desempenhado pela Corte IDH é o de atuar com a finalidade de preservar a integridade do instituto de aceitação da cláusula facultativa da jurisdição obrigatória, previsto no artigo 62, item 1, da Convenção. vez que a Corte não pode estar condicionada a fatos distintos de suas próprias atuações. Deste modo, seria inadmissível subordinar sua jurisdição obrigatória a restrições e objeções agregadas pelos Estados Partes demandados ao término do procedimento de aceitação da competência contenciosa da Corte, porquanto isto afetaria a eficácia do instituto e impediria o seu desenvolvimento progressivo³⁹¹.

Nestes julgados, a Corte IDH promoveu uma distinção em relação a tribunais internacionais que desenvolveram sua jurisdição no âmbito do direito internacional geral. Nesse aspecto, a distinção em debate se deu em relação à CIJ, sobre a qual a Corte IDH promoveu um distanciamento interpretativo no que diz respeito à atuação dos Estados Partes no contencioso jurisdicional.

Pelo artigo 36 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça³⁹², o reconhecimento como obrigatória da jurisdição da CIJ poderá ser feita com condicionantes

³⁹⁰ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Ob. cit., §§ 32-33 e Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Ob. cit., §§ 31-32.

³⁹¹ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Ob. cit., §§ 34-35 e Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Ob. cit., §§ 33-34.

³⁹² A competência da Corte abrange todas as questões que as partes lhe submetam, bem como todos os assuntos especialmente previstos na Carta das Nações Unidas ou em tratados e convenções em vigor.

Os Estados, partes do presente Estatuto, poderão, em qualquer momento, declarar que reconhecem como obrigatória, ipso facto e sem acordos especial, em relação a qualquer outro Estado que aceite a mesma obrigação, a jurisdição da Corte em todas as controvérsias de ordem jurídica que tenham por objeto:

- a) a interpretação de um tratado;
- b) qualquer ponto de direito internacional;
- c) a existência de qualquer fato que, se verificado, constituiria violação de um compromisso internacional;
- d) a natureza ou extensão da reparação devida pela ruptura de um compromisso internacional.

de reciprocidade entre os Estados Partes ou por prazo determinado. O que pretende a Corte IDH, com o empenho argumentativo e institucional colocado nestas demandas, é afastar qualquer tipo de analogia entre a aceitação da cláusula de jurisdição obrigatória contida na Convenção Americana com a prática estabelecida pelos Estados Partes no âmbito da CIJ e que se assentara como um costume no plano internacional³⁹³.

Com efeito, para demonstrar o caráter normativo da Convenção Americana, a Corte IDH considera que a aceitação de sua competência contenciosa constitui uma cláusula pétrea, a qual não admite limitações, a não ser a que estejam expressamente contidas no texto convencional, posto que, diante de sua importância para o sistema de proteção dos direitos humanos, esta interpretação não pode ser restrita a limitações não previstas e que sejam invocadas pelos Estados Partes por razões de ordem interna³⁹⁴.

A construção da identidade da Corte IDH como um tribunal internacional que aprecia as controvérsias relacionadas aos direitos humanos passa pelo reconhecimento das obrigações diferenciadas que os Estados Partes devem assumir em relação a esta matéria. Em especial, os Estados Partes vinculados à Convenção devem garantir o cumprimento do conteúdo normativo em matéria de direitos humanos e os seus respectivos efeitos próprios,

As declarações acima mencionadas poderão ser feitas pura e simplesmente ou sob condição de reciprocidade da parte de vários ou de certos Estados, ou por prazo determinado.

Tais declarações serão depositadas junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas que as transmitirá, por cópia, às partes contratantes do presente Estatuto e ao Escrivão da Corte.

Nas relações entre as partes contratantes do presente Estatuto, as declarações feitas de acordo com o Artigo 36 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e que ainda estejam em vigor serão consideradas como importando na aceitação da jurisdição obrigatória da Corte Internacional de Justiça, pelo período em que ainda devem vigorar e de conformidade com os seus termos.

Qualquer controvérsia sobre a jurisdição da Corte será resolvida por decisão da própria Corte.

³⁹³ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Ob. cit., § 47 e Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Ob. cit., § 46.

³⁹⁴ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Ob. cit., § 35 e Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Ob. cit., § 36.

o que a Corte IDH denomina de *effet utile* (efeito útil)³⁹⁵ no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais.

Este parâmetro de atuação aplica-se não apenas com relação aos dispositivos convencionais que se remetem à proteção material dos direitos humanos, mas deve ser conferido também às normas procedimentais contidas na Convenção, em especial a cláusula de jurisdição obrigatória. Logo, esta cláusula é considerada pela Corte IDH como essencial à eficácia do mecanismo de proteção internacional e deve ser compreendida e aplicada com o escopo de ser concretizada na realidade constitucional, haja vista o caráter especial que reveste a Convenção, diante da natureza de tratado de direitos humanos³⁹⁶.

Além do mais, a Convenção de Viena do Direito dos Tratados estabelece como regra geral de interpretação, no seu artigo 31, item 1, que o tratado deve ser interpretado com a boa fé, consoante o sentido comum atribuível aos termos da parte dispositiva em seu contexto, e de acordo com os objetivos e as finalidades buscados em suas disposições normativas³⁹⁷.

Com esteio neste *standard* do direito internacional geral, a Corte IDH argumenta que não há norma na Convenção Americana que autorize os Estados Partes a retirar sua declaração de aceitação da competência obrigatória da Corte. Desse modo, uma interpretação de boa fé do conteúdo normativo da Convenção Americana, atendendo a seus objetivos e fins, indica que um Estado Parte apenas pode desvincular-se de suas obrigações assumidas de acordo com os ditames do próprio tratado. No caso da Convenção Americana,

³⁹⁵ “En la interpretación de la Convención, el principio del efecto útil, de tanta relevancia en el ámbito del Derecho Internacional, adquiere una importancia transcendental, y así ha sido enfatizado por la Corte”, de modo que “la Corte interamericana ha subrayado que la Convención debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias” (FAÜNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2004, p. 91).

³⁹⁶ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Ob. cit., § 36 e Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Ob. cit., § 37.

³⁹⁷ Convenção de Viena dos Direitos dos Tratados, artigo 31: “1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.”

a única via que dispõe o Estado Parte para se desvincular da competência contenciosa da Corte é a denúncia a todo o conteúdo da Convenção Americana, em consonância com os preceitos estabelecidos no artigo 78 da própria Convenção³⁹⁸.

Em uma visão sistemática, a Corte IDH utiliza-se das regras de interpretação previstas pela própria Convenção Americana, no artigo 29, item 1. Nesse aspecto, nenhuma disposição convencional pode ser interpretada a fim de permitir a qualquer dos Estados Partes, pessoas ou grupo de pessoas, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na referida Convenção ou limitá-los em maior medida no que no texto previsto por ela.

Assim, uma interpretação da Convenção Americana no sentido de permitir a um Estado Parte retirar o reconhecimento da competência obrigatória da Corte implicaria a supressão do exercício dos direitos e liberdades reconhecidos pela Convenção. Esta situação provoca uma colisão com os objetivos e os propósitos existentes como um tratado de direitos humanos, cuja consequência repercutiria na privação – a todos os beneficiários da Convenção – da garantia adicional de proteção dos direitos humanos mediante a atuação de seu órgão jurisdicional³⁹⁹.

A Corte IDH considera que a Convenção Americana, assim como outros tratados em matéria de direitos humanos, inspira-se em valores comuns superiores⁴⁰⁰, e que são diferenciados dos outros tratados. Isto se justifica porque estão dotados de mecanismos específicos de supervisão e aplicam-se em conformidade com a noção de garantia coletiva, com o escopo de consagrar obrigações de caráter objetivo⁴⁰¹. Assim, este cenário demonstra a distinção existente e necessária da Corte IDH em relação aos demais tribunais internacionais.

³⁹⁸ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Ob. cit., §§ 39-40.

³⁹⁹ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Ob. cit., § 40.

⁴⁰⁰ Valores que ensejam a leitura do direito internacional a partir do conteúdo essencial dos direitos humanos. Nesse sentido, conferir a opinião de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. General Course on Public International Law from Hague Academy of International Law, vol. 316, 2005. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

⁴⁰¹ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Ob. cit., § 42.

Este, inclusive, é o assentamento inicial do posicionamento da Corte IDH, quando do exame da Opinião Consultiva n. 2, de 1982, na qual demonstra esta diferenciação decorrente do conteúdo dos direitos humanos. Ao invés de os Estados Partes se submeterem a um sistema jurídico multilateral do tipo tradicional, com o intercâmbio recíproco de direitos e obrigações, provenientes da busca pela satisfação de interesses comuns entre Estados, eles se vinculam a um outro tipo de obrigação. Esta obrigação não diz respeito somente aos outros Estados, mas, em especial, estão conectadas às pessoas sob sua jurisdição⁴⁰².

As obrigações relacionadas à proteção dos direitos humanos independem da nacionalidade do indivíduo. São dirigidas contra o próprio Estado do nacional ou frente a outros Estados. Nesse contexto, ao aprovarem este tipo de tratado sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem jurídica diferenciada, no qual não assumem obrigações em relação a outros Estados, mas para o bem comum da comunidade⁴⁰³, em especial perante os indivíduos sob sua jurisdição. São obrigações de caráter objetivo,

⁴⁰² Corte IDH. Opinião Consultiva n. 02, de 24/09/1982. O Efeito das Reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 74 e 75) solicitada pela Comissão IDH, § 29.

⁴⁰³ Nesse ponto, em relação ao critério de sanções, é interessante notar que os indivíduos não serão responsabilizados. São apenas objeto de proteção deste tipo de tratado. A responsabilização será sobre o Estado, cujo agente realizou determinada vulneração a direitos da pessoa humana. De outro lado, Kelsen aborda a questão, ao assinalar que “o direito internacional não institui um procedimento destinado a estabelecer objetivamente que as condições da aplicação da sanção estejam bem concluídas, e, em particular, uma instância objetiva, uma jurisdição diante da qual esse procedimento seria perseguido”. Kelsen defende posicionamento contrário ao estabelecido pelos tribunais internacionais. Para o autor, os Estados não se vinculam à comunidade internacional. A possibilidade de sanção de um Estado apenas seria possível se aplicada por outro Estado. Para a comunidade internacional aplicar uma sanção a um Estado, ela deveria ser equiparada (juridicamente) a um Estado *stricto sensu* (KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Trad. Marcelo Dias Varella, Geilza Fátima Cavalcanti Diniz, Amábile Pierroti e Luiza Maria Rocha Nogueira. *Revista de Direito Internacional*, v. 8, n. 2, jul./dez. 2011, p. 81-83). De um modo geral, não obstante a evolução do direito internacional, as sanções aplicáveis a um Estado necessitam da aquiescência de outros Estados, que compõe determinado âmbito de atuação internacional. Perante a CIJ, necessita da aprovação do Conselho de Segurança. No âmbito da Corte EDH, dos membros do Conselho de Ministros, pertencente ao Conselho da Europa. Perante a Corte IDH, é necessário submeter a situação à OEA. Em todos os casos, os colegiados são formados por Estados.

destinadas a proteger os direitos fundamentais de todos os seres humanos contra a violação de parte dos Estados⁴⁰⁴.

O critério de vinculação à pessoa humana não foi criado exclusivamente pela Corte IDH, mas já fora desenvolvido pela própria CIJ, ao tratar da interpretação no tocante ao manejo de reservas, pelos Estados, em relação à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio, de 1951⁴⁰⁵. Na opinião da CIJ, nos tratados de conteúdo formado por direitos humanos, os Estados Partes contratantes não têm interesses próprios, senão interesses comuns, concretizados na consolidação dos propósitos que são a finalidade deste tipo de Convenção⁴⁰⁶.

Este desenvolvimento constitucional no plano internacional teve continuidade, sobretudo, com destaque para a manifestação do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. No âmbito do Sistema Europeu, as obrigações assumidas pelos Estados Partes no bojo da Convenção Europeia detém um caráter objetivo, destinadas a proteger o conteúdo essencial dos direitos humanos de violações dos Estados, ao invés de criar direitos e obrigações recíprocos entre estes. Indo além, as obrigações objetivas estabelecidas pela Convenção Europeia transfiguram-se em uma garantia coletiva⁴⁰⁷.

Desse modo, a Convenção Europeia deve ser compreendida em decorrência de seu caráter específico, como compromisso de garantia coletiva dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Assim, o objeto e o fim deste instrumento de proteção

⁴⁰⁴ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 02, de 24/09/1982. O Efeito das Reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 74 e 75) solicitada pela Comissão IDH, § 29.

⁴⁰⁵ Sobre a interpretação constitucional realizada pela CIJ, conferir a opinião de TRINDADE, Otávio Cançado. Kant na Haia: a abordagem constitucional do direito internacional pela Corte Internacional de Justiça (1945-1990). *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, p. 299-328, jan./jun. 2008, p. 306-307.

⁴⁰⁶ CIJ. Opinião Consultiva relativa a Reservas à Convenção para a Prevenção e Sanção do Delito de Genocídio (1951). Disponível em: <<http://www.icj-cij.org>>. Acesso em: 21/02/2014.

⁴⁰⁷ Corte EDH. *Caso Irlanda vs. Reino Unido*. Petição n. 5310/71. Mérito. Sentença de 18/01/1978, § 239.

exigem compreender e aplicar suas disposições de maneira a concretizar a proteção à pessoa humana⁴⁰⁸.

Por essa razão, o funcionamento do Sistema Interamericano de Proteção confere importância diferenciada à cláusula prevista no artigo 62 da Convenção Americana. Há várias maneiras de interpretar a cláusula facultativa de jurisdição obrigatória da Corte IDH. A Corte escolheu a compreensão que estabelece a obrigação dos Estados de garantir o conteúdo essencial dos dispositivos materiais e procedimentais da Convenção Americana. Esta escolha compreende a apreciação desta perspectiva à luz do objeto e do propósito da Convenção como tratado de direitos humanos, sempre buscando a concretização do seu “efeito útil”, mediante a consolidação do seu caráter normativo⁴⁰⁹.

E, por meio desta importância, a Corte IDH considera que a solução de casos confiados a tribunais de direitos humanos⁴¹⁰, como os Sistemas Regionais de Proteção, não admite equiparações com os órgãos de soluções de controvérsia internacionais em um contencioso envolvendo apenas relações interestatais. Isto se justifica diante do contexto diferenciado exposto, motivo pelo qual os Estados Partes não podem contar com o mesmo critério de discricionariedade quando a matéria envolve direitos humanos⁴¹¹. Com esse posicionamento, configura-se, assim, o padrão do artigo 62 da Convenção Americana como disposição normativa definidora da jurisdição obrigatória da Corte IDH.

Portanto, nos casos *Ivcher Bronstein* e *Tribunal Constitucional*, ambos em desfavor da República do Peru, a Corte IDH demonstrou sua feição de Corte Constitucional, ao delinear sobre o sistema de proteção da Convenção Americana. Com esses julgamentos, a Corte IDH atribuiu a si a competência de definição de sua jurisdição

⁴⁰⁸ Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido*. Petição n. 14038/88. Mérito. Sentença de 07/07/1989, § 87.

⁴⁰⁹ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Ob. cit., §§ 44-47. Por sua vez, o caráter normativo da Convenção Americana (*Law-Making Treaty*) teve sua inspiração na jurisprudência da Corte EDH, em especial no caso *Loizidou vs. Turquia* (Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia* Petição n. 15318/89. Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995, § 84).

⁴¹⁰ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional*: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 11.

⁴¹¹ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Ob. cit., § 47 e Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Ob. cit., § 48.

como jurisdição obrigatória. Além disso, realizou uma distinção, em termos de âmbito de atuação e de papéis institucionais desempenhados pelos Estados perante tribunais internacionais, como a CIJ.

Este posicionamento permitiu o desenvolvimento da proteção dos direitos humanos perante o sistema internacional, com o reforço interpretativo conferido à Convenção de Viena e ao direito dos tratados. Esta evolução contou com o uso da fertilização jurisprudencial e o subsídio teórico aplicado com os precedentes do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, para concretizar e fortalecer o entendimento acerca da força normativa da Convenção Americana e o desenvolvimento do papel da Corte IDH como jurisdição obrigatória.

3.3 O DESENVOLVIMENTO DO PAPEL DA CORTE IDH COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA

Diante do cenário construído nos casos Ivcher Bronstein e Tribunal Constitucional, o Sistema Interamericano prosseguiu com a evolução deste modelo de jurisdição obrigatória⁴¹².

O caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago é um produto da acumulação de 03 casos que foram submetidos separadamente pela Comissão IDH em desfavor do Estado de Trinidad e Tobago em 25/05/1999, 22/02/2000 e 05/10/2000.

As demandas perante a Comissão IDH tem sua origem em 32 denúncias, formuladas entre julho de 1997 e maio de 1999, cujas violações alegadas apresentam-se um caráter específico e concentrado em valores como: (i) a proibição à pena de morte (32 casos); (ii) a possibilidade de indulto (31 casos); (iii) a demora na prestação jurisdicional (25 casos); (iv) a realização de um julgamento justo (26 casos); (v) condições de detenção (21 casos); e

⁴¹² A esse respeito, o apanhado crítico foi realizado, em uma perspectiva metodológica, por PETERS, Anne. *International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties*. *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 14, n. 1, p. 1-34, 2003, p. 20-21.

(vi) indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (11 casos)⁴¹³.

A demanda proposta pela Comissão IDH diante da Corte IDH visa, neste aspecto, interferir no julgamento interno das supostas vítimas, em especial para que a pena de morte não seja a solução final nos seus casos perante a jurisdição penal interna. O objetivo da demanda é que as partes possam ter a opção de solicitar institutos como a anistia, o perdão, ou até mesmo a comutação das respectivas penas, bem como rediscutir violação de direitos em virtude da demora no processamento dos casos em um período razoável, além de indicar a necessidade de realização de um julgamento justo⁴¹⁴.

No tocante à fixação de sua competência, a Corte IDH deparou-se com uma situação mais drástica em relação ao conflito diplomático vivido com o Peru. Na hipótese, o Estado de Trinidad e Tobago – que havia depositado seu instrumento de ratificação da Convenção Americana em 28/05/1991 e reconhecido a competência contenciosa da Corte IDH em 26/05/1998 – realizou a denúncia à Convenção Americana, nos termos do seu artigo 78⁴¹⁵.

Conforme referido artigo 78, item 1, há a possibilidade dos Estados Partes denunciar a Convenção após o prazo de 05 anos de entrada em vigor do dispositivo protetivo, e mediante aviso prévio de 01 ano, em que após notificado, o Secretário Geral da OEA informará as outras partes.

⁴¹³ Isto pode ser exemplificado de acordo com a tabela, extraída do julgamento da Corte IDH, e colocada no Anexo I desta pesquisa (Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 1-3).

⁴¹⁴ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 4-11.

⁴¹⁵ Dispõe o artigo 78 da Convenção Americana:

- “1. Os Estados-partes poderão denunciar esta Convenção depois de expirado o prazo de cinco anos, a partir da data em vigor da mesma e mediante aviso prévio de um ano, notificando o Secretário Geral da Organização, o qual deve informar as outras partes.
2. Tal denúncia não terá o efeito de desligar o Estado-parte interessado das obrigações contidas nesta Convenção, no que diz respeito a qualquer ato que, podendo constituir violação dessas obrigações, houver sido cometido por ele anteriormente à data na qual a denúncia produzir efeito.”

Entretanto, em consonância com o item 2 do artigo 78, referida denúncia não terá o efeito de desligar o Estado Parte das obrigações contidas na Convenção Americana. Esta hipótese ocorre quando atos que importem violação ao texto convencional houverem sido cometidos pelo Estado Parte anteriormente à data em que a denúncia produzirá efeitos.

Neste contexto, a denúncia produziria efeitos a partir de 26/05/1999. Todavia, os fatos referentes ao presente caso ocorreram anteriormente a esta data, de modo que a denúncia efetuada pelo Estado não terá eficácia normativa em relação ao texto da Convenção Americana⁴¹⁶.

Não obstante o Estado de Trinidad e Tobago ter recusado o reconhecimento da Corte IDH para a apreciação destes casos, a Corte IDH fortaleceu sua jurisprudência, e implementou o entendimento firmado nos casos *Ivcher Bronstein e Tribunal Constitucional*, sobre a necessidade de reconhecer a sua jurisdição como obrigatória. Utilizando-se da perspectiva de interpretação de boa fé do texto convencional, em que a força normativa do artigo 62 da Convenção a qualifica como uma jurisdição obrigatória, a intervenção da Corte tem o escopo de compatibilizar a definição da sua competência com os fins e os objetivos de proteção dos direitos humanos previstos no texto convencional⁴¹⁷.

O argumento consolidado neste caso tem como finalidade legítima promover o distanciamento teórico do desenvolvimento da jurisdição obrigatória da Corte IDH do voluntarismo dos Estados Partes. Esta ação tem a intenção de promover a formação de uma comunidade internacional coesa e institucionalizada, cuja consequência é a movimentação de um direito internacional – antes disponível pelos Estados Partes – para uma esfera internacional focada na formação do *jus cogens*⁴¹⁸.

⁴¹⁶ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 12-13.

⁴¹⁷ Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 14-20.

⁴¹⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional*: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 12-16.

E, com esteio nesta perspectiva, é necessário vislumbrar a implementação deste modelo de jurisdição internacional obrigatória permanente, mediante o exame da jurisprudência desenvolvida pela Corte, sobretudo quanto ao fortalecimento dos dispositivos da Convenção Americana, para a formação de uma ordem pública interamericana em matéria de direitos humanos.

3.4 A CONSTRUÇÃO DA ORDEM PÚBLICA INTERAMERICANA A PARTIR DO PERFIL DE JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA DA CORTE IDH

Como visto anteriormente, a ordem pública europeia revela as exigências essenciais da formação dos valores fundamentais em sociedade. A construção jurisprudencial delineada pela Corte EDH assentou os pilares conceituais da ordem pública europeia, de modo que foram determinadas as condições de sua formação e o estabelecimento de sua função no espaço europeu de proteção dos direitos humanos. A constituição desta ordem pública a partir de valores comuns permitiu que a Corte EDH se tornasse jurisdição obrigatória entre os Estados em matéria de direitos humanos.

Nesse aspecto, para se consolidar como jurisdição obrigatória, a Corte EDH se utilizou da construção dos direitos humanos empreendida pela Corte IDH, seja por meio dos textos convencionais (Convenção sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas), seja mediante a utilização dos fundamentos contidos em seus julgamentos (sobretudo, o conceito de desaparecimento forçado empreendido no Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras).

Tal aspecto demonstra não apenas o diálogo jurisprudencial entre as Cortes pertencentes aos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos⁴¹⁹, que fortalece a Corte EDH como jurisdição obrigatória. Revela também que o conteúdo material desenvolvido pela Corte IDH apresenta-se útil e efetivo – inclusive a outro sistema regional –, credenciais que também qualificam o Tribunal Interamericano como jurisdição obrigatória em matéria de proteção dos direitos humanos.

⁴¹⁹ Ver, a esse respeito, GROPPi, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. Las referencias recíprocas entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo? *Revista de Derecho Público*, v. 80, p. 85-120, 2014, p. 91.

No entanto, há uma variação de interpretação entre os sistemas regionais de proteção, considerada natural em função da gênese das respectivas formações culturais. Os direitos humanos destacados como sendo mais relevantes para o conceito de ordem pública europeia (vida e proteção contra a tortura), ainda que sejam previstos na Convenção Americana, possuem conotações diferentes, porquanto os países do sistema interamericano guardam suas peculiaridades regionais.

A construção desta ordem pública interamericana está fundada na observância dos direitos humanos. As Convenções de Direitos Humanos deixam de ser simples compromissos recíprocos entre os Estados Partes e passam a ser obrigações objetivas, em que os Estados devem realizar todos os esforços para proceder com o cumprimento dos direitos humanos.

Em regra, os instrumentos internacionais preveem os mecanismos – condições de forma e de fundo – nos quais o conteúdo material dos direitos humanos podem se manifestar⁴²⁰. A norma geral da qual derivam esta conformação material deriva do artigo 29, item 2, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo documento conforma o exercício dos direitos humanos às exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.

Nesse contexto, a ordem pública no plano interamericano tem duas perspectivas de análise. A primeira diz respeito ao caráter procedimental do sistema, que se refere à formação do processo, à função das partes e à natureza da sentença. Por sua vez, a segunda perspectiva diz respeito ao sentido material, isto é, da colocação da ordem pública no contexto da ideia de sociedade democrática, na concretização dos direitos humanos.

Na perspectiva procedimental, a Comissão IDH desempenha papel relevante de ordem pública na tutela de direitos humanos, na concorrência e na colaboração para a implementação das reparações dos Estados às vítimas⁴²¹.

⁴²⁰ PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, editores del Puerto, 1997.

⁴²¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones. In: Corte IDH. *La Corte*

Nesse aspecto procedimental, o dever de reparar apresenta-se como elemento importante na ordem pública interamericana. Ainda que a vítima perdoe o autor do dano, ao se tratar de interesse público o Estado está obrigado a sancionar o causador do delito, tendo em vista que o processo envolvendo direitos humanos interessa à ordem pública⁴²².

Em relação ao aspecto material, o conceito de ordem pública é colocado pela Corte IDH como elemento de legitimação da construção da sua jurisprudência de direitos humanos. Com o reconhecimento da ordem pública interamericana, destaca-se a possibilidade da superação da vontade dos Estados Partes.

Assim, ao reconhecer a existência de uma ordem pública interamericana, a Corte IDH assevera a necessidade de o sistema de proteção verificar não apenas as condições formais dos atos. A ênfase que o Tribunal almeja diz respeito à natureza e à gravidade das alegadas violações, os requisitos e os interesses da justiça, as circunstâncias específicas que cercam o caso, as ações e as posições das partes, com o escopo de que o julgamento amolde-se aos fins que se busca cumprir o Sistema Interamericano⁴²³.

Como exemplo, o direito à vida é lido em uma perspectiva evolucionista, no escopo de assegurar a proteção à vida digna⁴²⁴, à morte digna⁴²⁵ e ao projeto de vida⁴²⁶. De

Interamericana de Derechos Humanos - Un Cuarto de Siglo: 1979-2004. San Jose, Costa Rica: Corte IDH, 2005, p. 17.

⁴²² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Ob. cit., 2005, p. 21. No entanto, tratando-se de interesse privado, o acordo entre as partes pertence também à ordem pública, de maneira que, não tendo a competência de suspender o processo judicial, a Corte IDH tem a possibilidade conceder prazo para que as partes cheguem a um acordo (Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones e Custas. Sentença de 27/08/1998, Série C n. 39, § 28-30).

⁴²³ Este argumento pode ser verificado nos seguintes casos: Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 02/05/2008, Série C n. 177, § 24 e Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolivia*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 27/11/2008. Série C n. 191, § 21.

⁴²⁴ Em específico, não se refere à construção da ideia de dignidade humana em si, mas do direito à vida como o acesso às condições que garantam uma existência digna. Este entendimento é tratado em Corte IDH. *Caso "Street Children" (Villagran-Morales et al.) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19/11/1999. Série C n. 63, § 144.

⁴²⁵ Na perspectiva de assegurar o tratamento adequado aos restos mortais da pessoa, de acordo com a cultura local. Ver, em especial, um dos primeiros casos em que o tema é

outro lado, a proteção contra a tortura desencadeia procedimentos interpretativos diferenciados, que refletem na alteração do processo constitucional dos Estados⁴²⁷. Este posicionamento possibilita a defesa de que o desenvolvimento do conteúdo essencial do direito à vida está conectado a proibição de atos de tortura. Isto se justifica tendo em vista que ao se analisar a dignidade como aspecto essencial do direito à vida, o direito de não ser torturado torna-se parte do conteúdo essencial do direito à vida, haja vista que a vida digna implica o respeito à integridade moral, física e mental do indivíduo, em uma verdadeira fusão dos artigos 4º e 5º da Convenção⁴²⁸.

Com efeito, no sentido material, a Corte IDH realiza a construção do conceito de ordem pública a partir da apreciação dos direitos humanos em cada caso concreto. Assim, a Corte IDH utiliza-se do termo ordem pública para legitimar o desenvolvimento do direito humano analisado. Exemplos são o direito de associação⁴²⁹, a

tratado: Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25/11/2000. Série C n. 70, § 200.

⁴²⁶ Na concepção da Corte IDH, o projeto de vida associa-se tanto à realização pessoal como às opções que devem ser oferecidas à pessoa, com o intuito de que ela atinja o seu desenvolvimento pessoal, de modo a estruturar a essencialidade do projeto de vida para o desenvolvimento de uma vida digna, com consequências para o reconhecimento da integridade e da dignidade da pessoa humana (Ver, em especial, Corte IDH. *Caso Loayza-Tamayo vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27/11/1998. Série C n. 42, §§ 147-150 e Corte IDH. *Caso “Crianças de Rua” (Villagran-Morales e outros) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19/11/1999. Série C n. 63. Voto separado do Juiz Cançado Trindade, § 8. Os temas transcritos serão abordados na perspectiva do adensamento de juridicidade do direito humano à vida, com especial relevo em capítulo próprio.

⁴²⁷ Esta perspectiva será analisada com maior ênfase em capítulo próprio. A Corte IDH inaugurou o debate sobre a tortura a partir do Caso Cantoral Benavides (Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000. Série C n. 69).

⁴²⁸ SILVA, Alice Rocha da (et. ali.). *A Subjetividade na atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Efetividade dos Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão*. Artigo escrito como resultado parcial de pesquisa para o grupo Internacionalização dos Direitos, vinculado ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Comunicação restrita, de 18/01/2014.

⁴²⁹ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/02/2001, Série C n. 72. Neste caso, há um interessante conflito entre o conceito de ordem pública definido pela Corte IDH e o conceito de ordem pública sustentada pelo Estado em seu sistema jurídico constitucional, para legitimar as medidas legislativas de regulamentação do direito de associação questionadas no caso.

liberdade de expressão da imprensa em uma sociedade democrática⁴³⁰, a relação da dignidade humana com a ordem pública⁴³¹, o controle regional sobre as situações de emergência dos demais Estados⁴³², bem como o princípio da igualdade e não discriminação – considerado norma de *jus cogens* e fundamentadora da construção da ordem pública⁴³³. Estes casos apresentam o modo como a Corte IDH constrói o seu conceito de ordem pública.

Nesse aspecto, a Corte IDH defende que a comunidade internacional e os valores que ela representa constituem a fundação do mais elevado nível de normas da ordem internacional, de modo que esta premissa reforça a proteção dos deveres que são erigidos em torno dela⁴³⁴.

Por essa razão, o desenvolvimento do conceito de ordem pública interamericana permite o reconhecimento da Corte IDH não apenas como tribunal responsável pela implementação dos direitos humanos no plano dos Estados da América Latina. Permite que a jurisdição obrigatória da Corte IDH seja reconhecida no plano do direito internacional.

3.5 O RECONHECIMENTO DA CORTE IDH COMO JURISDIÇÃO OBRIGATÓRIA NO PLANO INTERNACIONAL: O USO DA SUA JURISPRUDÊNCIA PELO TPI

Elemento que demonstra a importância dos julgamentos da Corte IDH e seu fortalecimento como jurisdição obrigatória é o diálogo jurisprudencial apresentado pelo

⁴³⁰ Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 06/02/2001, Série C n. 74.

⁴³¹ MEDINA QUIROGA, Cecilia. Las obligaciones de los Estados bajo a Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: Corte IDH. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos - Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San Jose, Costa Rica: Corte IDH, 2005, p. 210.

⁴³² MEDINA QUIROGA, Cecilia. Ob. cit., 2005, p. 269

⁴³³ Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Exceções Preliminares. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23/06/2005, § 184: “El principio de la protección igualitaria y efectiva de la ley y de la no discriminación constituye un dato sobresaliente en el sistema tutelar de los derechos humanos consagrado en muchos instrumentos internacionales y desarrollado por la doctrina y jurisprudencia internacionales. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*. Sobre él descansa el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y permea todo el ordenamiento jurídico”.

⁴³⁴ Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 22/09/2006, §§ 131-132.

Tribunal Penal Internacional (doravante TPI) com o Tribunal Interamericano. O artigo 21 do Estatuto de Roma do TPI atribui uma singular relevância à jurisprudência de outros sistemas de proteção (como a Corte EDH e a Corte IDH). O seu item 3 estabelece que as distintas fontes jurídicas delineadas pelo artigo 21 devem ser compatíveis com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos⁴³⁵.

Nesse aspecto, dispositivos da Convenção Americana – como o artigo 8º, referente às garantias processuais do acusado relacionadas ao direito fundamental a ter um devido processo, e o artigo 7º, relativo ao direito fundamental à liberdade – desempenharam um papel de destaque durante os cinco primeiros anos de funcionamento do TPI⁴³⁶.

Com efeito, a utilização da jurisprudência da Corte IDH pelo TPI não se restringe a estes dispositivos da Convenção Americana. O TPI tem se inspirado no desenvolvimento jurisprudencial sobre o conceito de reparação integral, delineado pela Corte

⁴³⁵ “Artigo 21 - Direito Aplicável

1. O Tribunal aplicará:

a) Em primeiro lugar, o presente Estatuto, os Elementos Constitutivos do Crime e o Regulamento Processual;

b) Em segundo lugar, se for o caso, os tratados e os princípios e normas de direito internacional aplicáveis, incluindo os princípios estabelecidos no direito internacional dos conflitos armados;

c) Na falta destes, os princípios gerais do direito que o Tribunal retire do direito interno dos diferentes sistemas jurídicos existentes, incluindo, se for o caso, o direito interno dos Estados que exerceriam normalmente a sua jurisdição relativamente ao crime, sempre que esses princípios não sejam incompatíveis com o presente Estatuto, com o direito internacional, nem com as normas e padrões internacionalmente reconhecidos.

2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores.

3. A aplicação e interpretação do direito, nos termos do presente artigo, deverá ser compatível com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos, sem discriminação alguma baseada em motivos tais como o gênero, definido no parágrafo 3o do artigo 7o, a idade, a raça, a cor, a religião ou o credo, a opinião política ou outra, a origem nacional, étnica ou social, a situação econômica, o nascimento ou outra condição.”

⁴³⁶ OLÁSULO ALONSO, Héctor; GALAIN PALERMO, Pablo. Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y el sistema de aplicación del Derecho penal internacional del Estatuto de Roma. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 1263.

IDH. Este conceito permite ao Tribunal Interamericano ampla margem de apreciação judicial para determinar as medidas de reparação, atendendo a natureza e as consequências da ofensa do direito pertencente às vítimas⁴³⁷.

Assim, o destaque principal do TPI em relação à ampla jurisprudência da Corte IDH em matéria de reparações refere-se ao Caso Lubanga⁴³⁸. Este feito se apoia expressamente nos conceitos de reparação desenvolvidos pelos Casos Aloeboetoe e outros vs. Suriname⁴³⁹ e Velásquez Rodríguez vs. Honduras⁴⁴⁰.

Nesse aspecto, nesse Caso Lubanga se verifica a melhor maneira de apreciar o significado do impacto da Corte IDH em matéria de reparações. Pela interface entre as Cortes, o TPI considera que os conceitos gerais sobre reparações estabelecidos pela

⁴³⁷ Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Competência. Sentença de 28/11/2003, Série C n. 104, § 64: “Dicha norma otorga a la Corte Interamericana un amplio margen de discreción judicial para determinar las medidas que permitan reparar las consecuencias de la violación.”

⁴³⁸ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Decisão estabelecendo os princípios e os procedimentos para aplicar as reparações, § 195: “In order to determine whether a suggested ‘indirect victim’ is to be included in the reparations scheme, the Court should determine whether there was a close personal relationship between the indirect and direct victim, for instance as exists between a child soldier and his or her parents. It is to be recognised that the concept of ‘family’ may have many cultural variations, and the Court ought to have regard to the applicable social and familial structures. In this context, the Court should take into account the widely accepted presumption that an individual is succeeded by his/her spouse and children.”

⁴³⁹ Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparções e Custas. Sentença de 10/09/1993, Série C n. 15, § 62: “Es una regla común en la mayoría de las legislaciones que los sucesores de una persona son sus hijos. Se acepta también generalmente que el cónyuge participa de los bienes adquiridos durante el matrimonio y algunas legislaciones le otorgan además un derecho sucesorio junto con los hijos. Si no existen hijos ni cónyuge, el derecho privado común reconoce como herederos a los ascendientes. Estas reglas generalmente admitidas en el concierto de las naciones deben ser aplicadas, a criterio de la Corte, en el presente litigio a fin de determinar los sucesores de las víctimas en lo relativo a la indemnización.”

⁴⁴⁰ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparação e Custas. Sentença de 21/07/1989, Série C n. 07, § 13. Neste parágrafo, a Corte IDH elenca dez pontos resolutivos, com o objetivo de buscar os dados de familiares da vítima, bem como com o escopo de conhecer como funciona o sistema jurídico privado de Honduras acerca do recebimento de indenizações e de herança.

jurisprudência da Corte IDH podem ser um guia útil para o desenvolvimento da matéria em seus julgamentos⁴⁴¹.

No referido caso, estão elencados os diferentes tipos de reparação (restituição, indenização, reabilitação, satisfação, garantias de não repetição, dentre outras) que são adotadas pela Corte IDH. Assim, o TPI utiliza-se de diversos precedentes da Corte IDH para definir os elementos de reparação.

O primeiro deles diz respeito ao conceito de *restitutio in integrum*, desenvolvido no Caso González e outros vs. México⁴⁴². O TPI utiliza-se do conceito de reparação integral deste caso da Corte IDH para reforçar a ideia da necessidade de restabelecimento da situação anterior e eliminação dos efeitos produzidos pela ofensa aos direitos humanos. Além da indenização como forma de compensar os danos causados, as reparações devem se apresentar como uma nova forma de transformação da situação de

⁴⁴¹ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 186, nota n. 377: “While human rights courts such as the IACtHR and the ECtHR have the power to order reparations against States rather than individuals, general concepts relating to reparations which have been established through the jurisprudence of these courts can provide useful guidance to the ICC”.

⁴⁴² Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo de Algodão”) vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 16/11/2009, Série C n. 205, § 450: “La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” (restitutio in integrum) implica el reestablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado (...), las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que éstas se consideren una doble reparación.”

vulnerabilidade, para o fim de se alcançar os efeitos restitutivo e corretivo. Com isso, buscase evitar o retorno da situação estrutural de violência e discriminação⁴⁴³.

A segunda situação apresentada pelo TPI diz respeito ao conceito de indenização, extraído do Caso Massacre de “Las Dos Erres” vs. Guatemala⁴⁴⁴, o qual deve incluir todas as formas de danos e perdas possíveis, incluindo os danos materiais, físicos e psicológicos⁴⁴⁵. Sobre a definição de danos físicos, o TPI se baseou no entendimento do Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras⁴⁴⁶ para apurar os efeitos e quantificar a respectiva indenização⁴⁴⁷.

Ainda sobre a questão relacionada aos danos, a Corte Penal Internacional fundamenta a construção das reparações em pelo menos três temas desenvolvidos pela Corte

⁴⁴³ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 223, nota n. 407.

⁴⁴⁴ Corte IDH. Caso Massacre de “Las Dos Erres” vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24/11/2009, Série C n. 211, § 226: “La Corte estima que con motivo de la denegación de justicia en perjuicio de las víctimas de muy graves violaciones a derechos humanos, como lo es una masacre, se presentan una diversidad de afectaciones tanto en la esfera individual como colectiva. En este sentido, resulta evidente que las víctimas de una impunidad prolongada sufran distintas afectaciones por la búsqueda de justicia no sólo de carácter material, sino también otros sufrimientos y daños de carácter psicológico, físico y en su proyecto de vida, así como otras posibles alteraciones en sus relaciones sociales y la dinámica de sus familias y comunidades. Este Tribunal ha señalado que estos daños se intensifican por la falta de apoyo de las autoridades estatales en la búsqueda efectiva e identificación de los restos, y la imposibilidad de honrar apropiadamente a sus seres queridos. Frente a ello, la Corte ha considerado la necesidad de otorgar diversas medidas de reparación, a fin de resarcir los daños de manera integral, por lo que además de las compensaciones pecuniarias, las medidas de satisfacción, restitución, rehabilitación y garantías de no repetición tienen especial relevancia por la gravedad de las afectaciones y el carácter colectivo de los daños ocasionados”.

⁴⁴⁵ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 229 e nota n. 412: “Consistent with internationally recognised human rights law, compensation requires a broad application, to encompass all forms of damage, loss and injury, including material, physical and psychological harm.”.

⁴⁴⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29/07/1988, Série C n. 04, §§ 156, 175 e 187.

⁴⁴⁷ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 230, letra “a” e nota n. 414.

IDH. O primeiro deles refere-se ao dano imaterial, o qual deve ter incluído em seu conceito o sofrimento físico, mental e emocional⁴⁴⁸. Em seguida, no Caso Amparo vs. Venezuela⁴⁴⁹, aproveita-se o desenvolvimento do conceito de danos materiais na perspectiva de lucros cessantes, o que inclui a perda da oportunidade de trabalho, de percepção de remuneração, da capacidade individual de exercer um ofício e de poupança⁴⁵⁰.

Ainda sobre os danos materiais, a terceira temática relaciona-se com a perda de uma chance, especificamente a perda de oportunidades, seja elas referentes a empregos, ao desenvolvimento educacional e aos benefícios sociais. Também neste conceito, como delineado nos casos Loayza Tamayo⁴⁵¹ e Cantoral Benavides⁴⁵² vs. Peru, inclui-se a

⁴⁴⁸ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 230, letra “b” e nota n. 415. Como referências, foram citados os seguintes casos: Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. Reparaciones e Custas. Sentença de 27/08/1998, Série C n. 39, § 49; Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Sentença de 19/11/2004, Série C n. 116, §§ 80-89 e 117; e Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 02/09/2004, Série C n. 112, § 295.

⁴⁴⁹ Corte IDH. *Caso Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones e Custas. Sentença de 14/09/1996, Série C n. 28, §§ 28-30.

⁴⁵⁰ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 230, letra “c” e nota n. 416: “Material damage, including lost earnings and the opportunity to work; loss of, or damage to, property; unpaid wages or salaries; other forms of interference with an individual’s ability to work; and the loss of savings.”

⁴⁵¹ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Reparaciones e Custas. Sentença de 27/11/1998, Série C n. 42, §§ 147-148: “Por lo que respecta a la reclamación de daño al ‘proyecto de vida’, conviene manifestar que este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del ‘daño emergente’ y el ‘lucro cesante’. Ciertamente no corresponde a la afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el ‘daño emergente’. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado ‘proyecto de vida’ atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El ‘proyecto de vida’ se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de

perda de posição social e a ingerência com direitos fundamentais, sobretudo ao se tratar de manutenção de práticas discriminatórias⁴⁵³.

Nesse aspecto, como destaque do tema reparações, outro ponto relevante nos julgamentos do TPI em relação ao uso do desenvolvimento jurisprudencial da Corte IDH é o direito ao projeto de vida⁴⁵⁴. Para o TPI, a jurisprudência da Corte IDH apresenta-se elevado grau de importância com respeito a: (i) necessidade de compensar os familiares das vítimas pelos danos imateriais sofridos, seja por serem sucessores, seja por dano próprio;

opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte.”

⁴⁵² Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Reparaciones e Custas. Sentença de 03/12/2001, Série C n. 88, § 80: “Estima la Corte que la vía más idónea para restablecer el proyecto de vida de Luis Alberto Cantoral Benavides consiste en que el Estado le proporcione una beca de estudios superiores o universitarios, con el fin de cubrir los costos de la carrera profesional que la víctima elija □ así como los gastos de manutención de esta última durante el período de tales estudios □ en un centro de reconocida calidad académica escogido de común acuerdo entre la víctima y el Estado”.

⁴⁵³ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 230, letra “d” e nota n. 418: “Lost opportunities, including those relating to employment, education and social benefits; loss of status; and interference with an individual's legal rights (although the Court must ensure it does not perpetuate traditional or existing discriminatory practices, for instance on the basis of gender, in attempting to address these issues).”

⁴⁵⁴ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 18/04/2012. Observações sobre questões referentes à reparação apresentadas pelo Gabinete da Defensoria Pública para as Vítimas, §§ 47-60. Em especial, a referência ao § 47: “None of existing forms of compensation is able to provide the former child soldiers with full reparations for the harms suffered as a result of the loss of their childhood. In this regard, the concept of “project of life” as developed by the international jurisprudence seems to be the most appropriate approach to be adopted by the Chamber for the purpose of determining a relevant form of compensation to be applied in respect of former child soldiers.” O conceito de dano ao projeto de vida teve inspiração em Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 147, como acima citado.

(ii) estabelecer um parâmetro de prova “flexível” em relação ao dano alegado, que permite inferências derivadas da prova circunstancial⁴⁵⁵; e (iii) definir medidas de caráter simbólico⁴⁵⁶.

Ainda em relação ao Caso Loayza Tamayo⁴⁵⁷ (o que inclui também o caso Barrios Altos⁴⁵⁸), o TPI faz referência ao custeio do processo e outros gastos periciais, assim como os referentes aos serviços médicos, psicológicos e à assistência social⁴⁵⁹. Ainda sobre tratamento médico, para resolver a controvérsia sobre o tratamento do HIV e da AIDS,

⁴⁵⁵ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 18/04/2012. Ob. cit., §§ 40-42. Como referências, foram utilizados os conceitos contidos em Corte IDH. *Caso Castillo-Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30/05/1999, Série C n. 52, § 62; Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Reparações e Custas. Ob. cit., § 51; Corte IDH. *Caso Paniagua Morales e outros (“Panel Blanca”) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 08/03/1998, Série C n. 37, § 72; Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 24/01/1998, Série C n. 36, § 49; Corte IDH. *Caso Gangaram-Panday vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/01/1994, Serie C n. 16, § 49 e Corte IDH. *Caso Cantoral-Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000, Série C n. 69, § 47: “Además de la prueba directa, sea testimonial, pericial o documental, los tribunales internacionales -tanto como los internos- pueden fundar la sentencia en prueba circunstancial, indicios y presunciones, siempre que de ellos puedan inferirse conclusiones sólidas sobre los hechos. Al respecto, ya ha dicho la Corte que en ejercicio de su función jurisdiccional, tratándose de la obtención y valoración de las pruebas necesarias para la decisión de los casos que conoce puede, en determinadas circunstancias, utilizar tanto las pruebas circunstanciales como los indicios o las presunciones como base de sus pronunciamientos, cuando de aquéllas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos”.

⁴⁵⁶ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 18/04/2012. Ob. cit., §§ 108-110. Como referências, foram mencionados os casos Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparação e Custas. Ob. cit., § 36: “Por lo demás, la Corte entiende que la sentencia sobre el fondo de 29 de julio de 1988 constituye, en sí misma, una forma de reparación y satisfacción moral de significación e importancia para los familiares de las víctimas” e Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparações. Ob. cit., § 93.

⁴⁵⁷ Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo vs. Peru*. Reparações e Custas. Ob. cit., § 129, letra “d”.

⁴⁵⁸ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 30/11/2001, Série C n. 87, § 42.

⁴⁵⁹ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 230, letra “e” e nota n. 419: “Costs of legal or other relevant experts, medical services, psychological and social assistance, including, where relevant, help for boys and girls with HIV and Aids”.

cuidados de natureza psicológica, psiquiátrica, bem como assistência social para o suporte de traumas, o TPI recorre aos casos *Massacre de Mapiripan*⁴⁶⁰ e *La Rochela*⁴⁶¹ vs. Colômbia, além do Caso *Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*⁴⁶² para firmar estes conceitos de reabilitação⁴⁶³. Nesse aspecto, além da reabilitação, o TPI desenvolve a jurisprudência sobre a

⁴⁶⁰ Corte IDH. *Caso “Massacre de Mapiripan” vs. Colômbia*. Sentença de 15/09/2005, Série C n. 134, § 312: “La Corte estima que es preciso disponer una medida de reparación que busque reducir los padecimientos psicológicos de todos los familiares de las víctimas ejecutadas o desaparecidas. Con el fin de contribuir a la reparación de estos daños, el Tribunal dispone la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente, sin cargo alguno y por medio de los servicios nacionales de salud, el tratamiento adecuado que requieran dichas personas, previa manifestación de su consentimiento para estos efectos, a partir de la notificación de la presente Sentencia a quienes ya están identificados, y a partir del momento en que realice su identificación en el caso de quienes no lo están actualmente, y por el tiempo que sea necesario, incluida la provisión de medicamentos. Al proveer el tratamiento psicológico se deben considerar las circunstancias y necesidades particulares de cada persona, de manera que se les brinden tratamientos colectivos, familiares e individuales, según lo que se acuerde con cada uno de ellos y después de una evaluación individual.”

⁴⁶¹ Corte IDH. *Caso Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11/05/2007, § 302: “Con el fin de contribuir a la reparación de los daños físicos y psicológicos, el Tribunal estima necesario disponer la obligación a cargo del Estado de brindar gratuitamente y de forma inmediata, a través de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares declarados víctimas, y por la víctima sobreviviente Arturo Salgado Garzón. El tratamiento médico de salud física debe brindarse por personal e instituciones especializadas en la atención de las dolencias que presentan tales personas que aseguren que se proporcione el tratamiento más adecuado y efectivo. El tratamiento psicológico y psiquiátrico debe brindarse por personal e instituciones especializadas en la atención de víctimas de hechos de violencia como los ocurridos en el presente caso. Dicho tratamiento médico y psicológico deber ser prestado por el tiempo que sea necesario, incluir el suministro de los medicamentos que se requieran, y tomar en consideración los padecimientos de cada uno de ellos después de una evaluación individual.”

⁴⁶² Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparações. Ob. cit., § 110.

⁴⁶³ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 233 e nota n. 422: “Rehabilitation shall include the provision of medical services and healthcare (particularly in order to treat HIV and Aids); psychological, psychiatric and social assistance to support those suffering from grief and trauma; and any relevant legal and social services”.

reintegração na sociedade de antigas crianças-soldados, as quais precisam retornar às suas comunidades de acordo com os programas de reparação em desenvolvimento⁴⁶⁴.

Por fim, o TPI utiliza-se de dois outros tipos de reparação inspirados na Corte IDH. Para a Corte Penal, a condenação e a pena de um tribunal internacional constituem exemplos de reparação devido ao significado que tem para as vítimas, as famílias e as comunidades em geral⁴⁶⁵. De outro lado, a ampla publicação da sentença de condenação pode servir para alcançar a opinião pública sobre o fenômeno delitivo e, a partir deste cenário, constituir um importante passo para a sua prevenção⁴⁶⁶.

Observa-se, em consonância com o artigo 75 do Estatuto de Roma, que a jurisprudência da Corte IDH apresenta um impacto significativo na forma como o TPI configurou, pela primeira vez, o conteúdo material do direito das vítimas à reparação. E esta

⁴⁶⁴ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 236 e nota n. 425: “The steps taken to rehabilitate and reintegrate former child soldiers may also include their local communities, to the extent that the reparations programmes are implemented where their communities are located. Programmes that have transformative objectives, however limited, can help prevent future victimisation, and symbolic reparations, such as commemorations and tributes, may also contribute to the process of rehabilitation”. Foi utilizado como referência o caso Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 42.

⁴⁶⁵ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 237 e nota n. 426: “The conviction and the sentence of the Court are examples of reparations, given they are likely to have significance for the victims, their families and communities”. Foram utilizados como parâmetro os casos Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Ob. cit., § 36; IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparaciones. Ob. cit., § 80; Corte IDH. *Caso Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 07/06/2003, Série C n. 99, § 172 e Corte IDH. *Caso Tibi vs. Ecuador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 07/09/2004, Série C n. 114, § 243: “La jurisprudencia internacional ha establecido reiteradamente que la sentencia constituye per se una forma de reparación”.

⁴⁶⁶ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Ob. cit., § 238 e nota n. 427: “The wide publication of the Article 74 Decision may also serve to raise awareness about the conscription and enlistment of children under the age of 15 and their use to participate actively in the hostilities, and this step may help deter crimes of this kind”. O caso de inspiração foi Corte IDH. *Caso Radilla-Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23/11/2009, Série C n. 209, §§ 345-347.

constatação mostra-se relevante para a configuração da Corte IDH como jurisdição obrigatória, na medida em que o TPI conferiu prevalência – em suas referências – ao Tribunal Interamericano, o qual atribui ao direito das vítimas à reparação um conteúdo significativamente mais amplo que a jurisprudência da Corte EDH⁴⁶⁷.

De outro lado, é importante salientar que não é apenas em matéria de reparações que o TPI busca inspiração na Corte IDH para a confecção de seus julgados. Pelo menos três criações jurisprudenciais da Corte IDH⁴⁶⁸ serviram de inspiração para a Corte Penal Internacional: (i) o direito à verdade; (ii) o direito à justiça; e (iii) o direito ao projeto de vida.

Em relação ao direito à verdade, o TPI compreende que o núcleo central do interesse da vítima está na determinação dos fatos, na identificação dos responsáveis e na respectiva declaração de responsabilidade destes. Estes três elementos constituem os fundamentos do direito à verdade para o TPI, no que concerne às vítimas de graves violações de direitos humanos⁴⁶⁹.

Nesse aspecto, o interesse central das vítimas na busca pela verdade apenas é satisfeito quando: (i) os responsáveis pelo cometimento dos delitos são declarados culpados e (ii) os que não são responsáveis pelos delitos são absolvidos, de maneira que a busca por aqueles que são responsáveis pode continuar⁴⁷⁰.

⁴⁶⁷ OLÁSOLO ALONSO, Héctor; GALAIN PALERMO, Pablo. Ob. cit., 2013, p. 1312.

⁴⁶⁸ A criação jurisprudencial da Corte IDH será objeto de estudo aprofundado nos Capítulos 4 e 5.

⁴⁶⁹ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui. Câmara de Instrução I. Feito n. ICC-01/04-01/07, de 13/05/2008. Decisão sobre o conjunto de direitos processuais ligadas à situação processual da vítima na fase de Instrução do Caso, § 32: “In this regard, the Single Judge underlines that the victims' core interest in the determination of the facts, the identification of those responsible and the declaration of their responsibility is at the root of the well-established right to the truth for the victims of serious violations of human rights”.

⁴⁷⁰ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui. Câmara de Instrução I. Feito n. ICC-01/04-01/07, de 13/05/2008. Ob. cit., § 36: “In this regard, the Single Judge considers that the victims' central interest in the search for the truth can only be satisfied if (i) those responsible for perpetrating the crimes for which they suffered harm are declared guilty; and (ii) those

Consoante exposto no julgamento, o direito à verdade compreendido nestes fundamentos tem como origem os artigos 32⁴⁷¹ e 33⁴⁷² do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10/06/1977, e foi desenvolvido posteriormente no âmbito nacional e internacional, em especial nos casos de desaparecimento forçado de pessoas.

not responsible for such crimes are acquitted, so that the search for those who are criminally liable can continue.”.

⁴⁷¹ “Artigo 32 - Princípio Geral

Na aplicação da presente Sessão, as atividades das Altas Partes Contratantes, das Partes em conflito e das organizações humanitárias internacionais mencionadas nas Convenções e no presente Protocolo deverão estar motivadas primordialmente pelo direito que têm as famílias de conhecer a sorte de seus membros.”

⁴⁷² “Artigo 33 - Desaparecidos

1. Tão logo quanto permitido pelas circunstâncias, no mais tardar desde o fim das hostilidades ativas, cada Parte em conflito efetuará a busca das pessoas cujo desaparecimento tenha sido noticiado por uma Parte adversa. A fim de facilitar tal busca, essa Parte adversa transmitirá todas as informações pertinentes sobre tais pessoas.

2. Com o propósito de facilitar a obtenção da informação - em conformidade com o disposto no parágrafo anterior, cada Parte em conflito deverá, relativamente às pessoas que se beneficiem de condições mais favoráveis em virtude das Convenções ou do presente Protocolo.

a) registrar na forma disposta no Artigo 138 da Quarta Convenção a informação sobre tais pessoas, quanto tenham sido detidas, encarceradas ou mantidas em qualquer outra forma de cativeiro durante mais de duas semanas como consequência das hostilidades ou da ocupação, ou que tiverem falecido durante um período de detenção;

b) em toda a medida do possível, facilitar e caso seja necessário, efetuar a busca e o registro da informação relativa a tais pessoas se elas tiverem falecido em outras circunstâncias como consequência das hostilidades ou da ocupação.

3. as informações sobre as pessoas cujo desaparecimento tenha sido notificado em conformidade com o parágrafo 1, e as requisições de tais informações, serão transmitidas diretamente, ou através da Potência Protetora ou da Agência Central de Busca do Comitê Internacional da Cruz Vermelha, ou das Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha (Crescente Vermelho (Crescente Vermelho Leão e Sol Vermelhos). Quando a informação não for transmitida através do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e de sua Agência Central de busca, cada Parte em conflito assegurar-se-á qual tal informação sejam também fornecida a essa Agência.

4. As Partes em conflito se esforçarão para colocar-se de acordo sobre disposições que permitam que grupos constituídos com a finalidade de busca identifiquem e recuperem os mortos nas áreas do campo de batalha; essas disposições poderão prever, quando apropriado, que tais grupos sejam acompanhados de pessoal da Parte adversa quando no cumprimento dessas missões nas áreas por ela controladas. O pessoal de tais grupos deverá ser respeitado e protegido enquanto se dedique exclusivamente a tais missões.”

A esse respeito, apresenta-se como relevante o papel desempenhado pela Corte IDH, em especial nos casos *Bàmaca-Velásquez vs. Guatemala*⁴⁷³, *Barrios Altos vs. Peru*⁴⁷⁴, *Massacre de Mapiripan vs. Colômbia*⁴⁷⁵ e *Almonacid-Arellano vs. Chile*⁴⁷⁶. Na Corte EDH, o direito à verdade foi abordado no *Caso Hugh Jordan vs. Reino Unido*⁴⁷⁷.

Como resultado deste reconhecimento por instrumentos internacionais de direitos humanos, pela jurisprudência dos sistemas regionais de proteção, determinados autores defendem que o direito das vítimas à verdade apresenta-se como uma norma consuetudinária emergente, bem como um princípio geral do direito internacional⁴⁷⁸.

Em relação ao direito à justiça, o TPI considera que os interesses das vítimas vão além da determinação do que aconteceu e a identificação dos responsáveis pelo delito. Buscam as vítimas a certeza de que haverá certo grau de punição aos responsáveis pela perpetração dos delitos que sofreram danos⁴⁷⁹.

⁴⁷³ Corte IDH. *Caso Bàmaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25/11/2000, Série C n. 70, § 201: “De todos modos, en las circunstancias del presente caso, el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”.

⁴⁷⁴ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito. Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 48.

⁴⁷⁵ Corte IDH. *Caso “Massacre de Mapiripan” vs. Colômbia*. Ob. cit., § 297: “La Corte reitera que el Estado está obligado a combatir esta situación de impunidad por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer la verdad de los hechos . Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio importante de reparación. Por tanto, en el presente caso, el derecho a la verdad da lugar a una expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer.”

⁴⁷⁶ Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 154, § 148.

⁴⁷⁷ Corte EDH. *Caso Hugh Jordan vs. Reino Unido*. Petição n. 24746/94. Terceira Seção. Mérito. Sentença de 04/08/2001, § 93.

⁴⁷⁸ A esse respeito, conferir a opinião de NAQVI, Yasmin. The right to the truth in international law: fact or fiction?. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 862, p. 245-273, 2006.

⁴⁷⁹ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui. Câmara de Instrução I. Feito n. ICC-01/04-01/07, de 13/05/2008. Ob. cit., § 38: “(...) the interests of victims go beyond the determination of what happened and the identification of those responsible, and extend to securing a

Estes interesses – a identificação nominal, a persecução punitiva, o julgamento e a punição dos responsáveis pelo delito – constituem os fundamentos do direito à justiça, aplicável às vítimas de graves violações de direitos humanos, cujos diferentes sistemas regionais de proteção têm desenvolvido os elementos constitutivos deste direito⁴⁸⁰.

Nesse aspecto, o TPI utiliza-se como fundamento diversos julgados da Corte IDH, como *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*⁴⁸¹, *Comunidade Moiwana vs. Suriname*⁴⁸², *Vargas-Areco vs. Paraguai*⁴⁸³ e *La Cantuta vs. Peru*⁴⁸⁴.

certain degree of punishment for those who are responsible for perpetrating the crimes for which they suffered harm”.

⁴⁸⁰ TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui. Câmara de Instrução I. Feito n. ICC-01/04-01/07, de 13/05/2008. Ob. cit., § 39: “These interests - namely the identification, prosecution and punishment of those who have victimised them by preventing their impunity - are at the root of the well-established right to justice for victims of serious violations of human rights, which international human rights bodies have differentiated from the victims' right to reparations.”

⁴⁸¹ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Ob. cit., §§ 162-166 e 174: “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.

⁴⁸² Corte IDH. *Caso Comunidad Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15/06/2005, Série C n. 124, § 204.

⁴⁸³ Corte IDH. *Caso Vargas-Areco vs. Paraguai*. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 155, § 153: “Este Tribunal ha señalado invariablemente que el Estado tiene el deber de evitar y combatir la impunidad, caracterizada como “la falta en su conjunto de investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y condena de los responsables de las violaciones de los derechos protegidos por la Convención Americana” . Se debe combatir la impunidad por todos los medios legales disponibles, tomando en cuenta, conjuntamente con la necesidad de hacer justicia en el caso concreto, que aquélla propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas”.

⁴⁸⁴ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006, § 222: “El Estado está obligado a combatir la situación de impunidad que impera en el presente caso por todos los medios disponibles, ya que ésta propicia la repetición crónica de las violaciones de derechos humanos y la total indefensión de las víctimas y de sus familiares, quienes tienen derecho a conocer toda la verdad de los hechos, inclusive quiénes son todos los responsables de los mismos. Este derecho a la verdad, al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, constituye un medio

Do conjunto analisado, vê-se que o uso da jurisprudência da Corte IDH transforma-se em um instrumento de legitimidade do TPI para a aplicação de um direito penal internacional que busca a proteção dos direitos fundamentais⁴⁸⁵. Isto demonstra que para ser utilizada como a principal fonte de direitos humanos do plano internacional, a Corte IDH estabelece-se no cenário internacional como uma verdadeira jurisdição obrigatória, cujos efeitos transcendem a realidade dos Estados Partes e contribui para a construção do acervo normativo no plano internacional.

importante de reparación y da lugar a una justa expectativa de las víctimas, que el Estado debe satisfacer”.

⁴⁸⁵ OLÁSULO ALONSO, Héctor; GALAIN PALERMO, Pablo. Ob. cit., 2013, p. 1313.

CAPÍTULO 3 – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE EXERCIDO PELA CORTE IDH: A FORMAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE INTERAMERICANO COMO INSTRUMENTO DA CONSTRUÇÃO CRIATIVA DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

A disposição constitucional interna não se revela como o único ponto de referência para hospedar princípios e valores atinentes aos direitos fundamentais e aos direitos humanos, com perfil de dignidade humana. A ordem jurídica internacional apresenta-se cada vez mais ampla, exigente e expressiva, no que tange ao direito internacional dos direitos humanos, amoldando-se em um catálogo dinâmico e expansivo, denominado de “estatuto contemporâneo do ser humano”. Este catálogo de direitos e obrigações apresenta-se em uma crescente dimensão, oriunda da ordem internacional, e é incorporada ao âmbito dos Estados por meio do costume internacional ou mediante a interpretação das disposições convencionais⁴⁸⁶.

O presente capítulo analisará a interpretação das disposições convencionais denominada de controle de convencionalidade. Buscará determinar seu sentido e alcance, bem como apresentará as distinções existentes entre o controle de convencionalidade concentrado exercido pela Corte IDH e o controle difuso de convencionalidade que devem exercer os juízes nacionais.

Em seguida, será analisada a consequência natural do exercício do controle de convencionalidade, que é a criação do bloco de constitucionalidade pela Corte IDH. Para compreender este bloco, será examinada a evolução da doutrina do bloco de constitucionalidade nos Estados da América Latina. A partir deste cenário, será possível verificar a influência desta doutrina na formação do que se denominará na tese de “bloco de constitucionalidade interamericano”.

⁴⁸⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Prólogo sobre El Control de Convencionalidad y La Recepción Interna Del Orden Internacional de Los Derechos Humanos. *In*: REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. XVIII-XIX.

1 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NA CORTE IDH

Esta parte do capítulo destina-se a acompanhar a evolução do contencioso desempenhado pela Corte IDH. Inicialmente predisposta a desempenhar um controle subsidiário em relação às jurisdições nacionais, a Corte IDH apresenta-se como jurisdição disposta a exercer o controle de convencionalidade de forma concentrada, adotando critérios repressivos e análises abstratas para o desempenho da fiscalização da Convenção Americana.

Por essa razão, esta parte destina-se também à análise dos artigos 1º, item 1 e 2º da Convenção Americana, bem como o artigo 2º do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos (doravante PIDCP), tendo em vista ser este tratado objeto de inspiração na confecção do texto da Convenção Americana.

Neste cenário, este desenvolvimento estará atrelado ao papel do magistrado nacional no desenvolvimento do controle de convencionalidade em sede de jurisdição nacional. O enfoque de análise será demonstrado a partir de sua importância para a construção do parâmetro interpretativo vinculado à Convenção Americana, para a construção da segunda parte de análise, com o bloco de constitucionalidade interamericano.

É importante ressaltar que a Convenção Americana constitui parte integrante do direito nacional, de tal maneira que se faz necessária a existência de uma ordem jurídica interna direcionada a tornar possível o cumprimento desta obrigação. O controle de convencionalidade busca criar elementos para que esta estrutura estatal tenha vontade e compreenda a sua finalidade de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos.

1.1 O CONCEITO DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A expressão “controle de convencionalidade” nasceu na França, a partir da Decisão n. 74-54 DC, de 15/01/1975, do Conselho Constitucional francês⁴⁸⁷. No

⁴⁸⁷ De acordo com a análise de referido julgado, realizada por Valério de Oliveira Mazzuoli, “indagava-se se a recém-criada lei relativa à interrupção voluntária da gestação estaria em contradição com a Constituição, uma vez que violaria a garantia do ‘direito à vida’ prevista na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ratificada pela França. A inconstitucionalidade não foi declarada e a lei, ao final, foi editada. O Conselho Constitucional também descartou o argumento de que seria competente para a análise prévia da convencionalidade pelo silogismo de que toda lei que viola um tratado também viola a Constituição, uma vez que a própria Constituição francesa, no art. 55,

entanto, foi no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, em especial, com a Corte IDH, e não com a Corte EDH⁴⁸⁸, por exemplo, que foi exigida a compatibilização da ordem jurídica dos Estados Nacionais com a Convenção Americana.

Nesse aspecto, a expressão “controle de convencionalidade” foi consagrada por todos os Juízes que compõem a Corte IDH no julgamento do Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, em 26/09/2006. Nesta apreciação, a Corte IDH entendeu que o Poder Judiciário dos Estados Nacionais deve exercer a fiscalização de convencionalidade entre as normas jurídicas da ordem interna – aplicáveis aos casos concretos – e a Convenção Americana. Assim, o Poder Judiciário deve ter em conta não apenas o texto normativo da Convenção Americana, mas também o sentido interpretativo⁴⁸⁹

prevê a superioridade dos tratados em relação às leis. Não obstante as críticas que poderiam ser formuladas à citada decisão do Conselho Constitucional francês, o certo é que, para os fins que interessam ao nosso estudo, ali se reconheceu que uma lei interna tem de passar por dois crivos de compatibilidade para que seja válida e, em última análise, eficaz: (1) a Constituição e (2) os tratados internacionais em vigor no país” (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 115-116). De outro lado, Ernesto Rey Cantor salienta que o *Caso das Pesqueiras*, apreciado pela Corte Internacional de Justiça (sentença de 25/07/1974, envolvendo o Reino Unido e a Alemanha contra a Islândia, considerou que uma lei proveniente do órgão legislativo islandês, que estendeu os direitos exclusivos de pesca da Islândia a 50 milhas marítimas, contadas das linhas de base, era incompatível com o artigo 2º da Convenção sobre o Alto Mar, de 1958, de modo que a promulgação deste ato legislativo gerou um fato ilícito), constitui o nascimento e a Consolidação do Controle de Convencionalidade das leis com os instrumentos do Direito Internacional (REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. LXIV).

⁴⁸⁸ Atualmente, a Corte EDH exerce este tipo de controle em seus julgamentos. Nesse sentido, são os ensinamentos de JIMENA QUESADA, Luis. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidade. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 299-330 e LÓPEZ GUERRA, Luis. El carácter dinâmico del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 331-348.

⁴⁸⁹ Confira a respeito o texto de MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

conferido a este texto pela Corte IDH⁴⁹⁰, a partir do desenvolvimento dos direitos humanos em seus diversos julgamentos⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C, n. 154, § 124: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”. Não obstante a Corte IDH tenha reconhecido em seu julgamento a expressão controle de convencionalidade apenas em 2006, anteriormente, no Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, o Juiz Sérgio Garcia Ramírez cunhou a expressão em seu voto concorrente: “Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio –sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto– y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del ‘control de convencionalidad’ que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional.” (Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25/11/2003, Série C n. 101. Voto concorrente do Juiz Sérgio Garcia Ramírez, § 27).

⁴⁹¹ A Fiscalização proporcionada pela convencionalidade foi desenvolvida também em Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, § 173. E, em especial, houve o desenvolvimento e a contextualização da convencionalidade com os princípios da necessidade e da proporcionalidade no fortalecimento da garantia do contraditório para a formação da prova testemunhal, discussão esta realizada em Corte IDH. *Caso Norín Catrín e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/05/2014, Série C n. 279, § 436: “La Corte estima que, en el marco del ordenamiento jurídico chileno aplicado en este caso, resulta adecuado ordenar a Chile que, para evitar violaciones como las declaradas en la presente Sentencia, regule con claridad y seguridad la medida procesal de protección de testigos relativa a la reserva de identidad, asegurando que se trate de una medida excepcional, sujeta a control judicial en base a los principios de necesidad y proporcionalidad, y que ese medio de prueba no sea utilizado en grado decisivo para

No entanto, apenas a “expressão” controle de convencionalidade foi adotada pela Corte IDH em referido caso. A interpretação das disposições convencionais, bem como o direcionamento da ordem jurídica interna sobre a necessidade de se adequar aos termos da Convenção Americana já foram objeto de apreciação pela Corte IDH em casos anteriores⁴⁹². Nestes casos, as disposições normativas internas foram declaradas “sem efeitos”, de acordo com os padrões estabelecidos na Convenção Americana.

O controle de convencionalidade revela-se, portanto, um exame de confrontação normativa entre determinada lei ou ato normativo pertencente ao sistema jurídico nacional com determinado instrumento internacional – tratado ou convenção – em matéria de direitos humanos. Cuida-se de uma adequação material do conteúdo dos dispositivos normativos internos com o conteúdo deste instrumento normativo internacional que versa sobre direitos humanos⁴⁹³. Este tipo de controle de compatibilidade em sede

fundar una condena, así como regular las correspondientes medidas de contrapeso que aseguren que la afectación al derecho de defensa sea suficientemente contrarrestada, de acuerdo con lo establecido en la presente Sentencia (*supra* párrs. 242-247). Adicionalmente, el Tribunal recuerda que a fin de garantizar dicho derecho de la defensa a interrogar testigos, las autoridades judiciales deben aplicar esos criterios o estándares establecidos por la Corte (*supra* párrs. 242-247) en ejercicio del control de convencionalidad.”

⁴⁹² Um exemplo sobre a adequação do sistema jurídico nacional à interpretação das disposições convencionais pode ser visto no Caso *Barrios Altos vs. Peru* – Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, em especial § 44: “Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”. Até no próprio caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, ao considerar as violações aos direitos à liberdade e à integridade pessoal, bem como ao direito à vida, a Corte IDH realizou uma espécie de controle de convencionalidade, pois confrontou os atos praticados por agentes do Estado com a Convenção Americana (Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29/07/1988. Série C n. 4, § 194).

⁴⁹³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 115-116.

internacional desenvolve-se não apenas em uma declaração internacional de direitos, mas também sobre a essência internacional da jurisdição que exerce este controle⁴⁹⁴.

Assim, no contexto interamericano, o controle de convencionalidade é desempenhado por jurisdições que visam a proteção dos *standards* de cumprimento e garantia dos direitos humanos no âmbito interno. Neste controle, deve-se deixar de aplicar as normas jurídicas de direito nacional contraditórias ou que confrontem⁴⁹⁵ as normativas contidas na Convenção Americana⁴⁹⁶. Apresenta-se a Corte IDH como uma espécie de jurisdição de uniformização regional, que tem como escopo unificar a interpretação jurídica dos países aderentes a este tipo de modelo⁴⁹⁷.

Com efeito, a lógica do modelo de controle convencional exercida sobre o Pacto de San José da Costa Rica reside na necessidade de apreciar a racionalidade, a oportunidade, a necessidade, a pertinência e a proporcionalidade de determinados fatos desde a perspectiva dos direitos humanos⁴⁹⁸.

Nesse aspecto, o controle de convencionalidade deve explorar as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso exposto à Corte IDH. Ainda que o exame jurídico da questão possa ser considerado simples, estabelecidos os fatos inerentes à disputa, estes

⁴⁹⁴ REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. LII e LXXV.

⁴⁹⁵ Como estabelece sua própria jurisprudência, a Corte IDH “puede confrontar los hechos internos –leyes, actos administrativos, resoluciones jurisdiccionales, por ejemplo– con las normas de la Convención y resolver si existe congruencia entre aquéllos y éstas, para determinar, sobre esa base, si aparece la responsabilidad internacional del Estado por incumplimiento de sus obligaciones de la misma naturaleza” (Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 155. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez, § 7).

⁴⁹⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 921-922.

⁴⁹⁷ HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014.

⁴⁹⁸ HITTERS, Juan Carlos. Ob. cit., 2009.

podem se apresentar de forma complexa, o que implicará em um julgamento prolongado, com custas elevadas e variáveis de complexidade a serem analisadas. De outro lado, pode ocorrer o inverso, com fatos devidamente esclarecidos, mas com uma necessária apreciação jurídica complexa e sofisticada, sujeita às variações de entendimentos jurisprudenciais, incertezas legislativas e discordâncias de posicionamentos no processo de tomada de decisão⁴⁹⁹.

No Sistema Interamericano, o controle de convencionalidade pode ser exercido de duas maneiras. A primeira – em sede internacional e de modo concentrado – é desempenhada pela Corte IDH, que se apresenta no papel de jurisdição internacional vinculante para os Estados Partes que aceitaram sua competência contenciosa. Por sua vez, a segunda forma é em sede nacional – pelas jurisdições nacionais –, as quais se apresentam por magistrados investidos pela constituição do Estado com poderes para dirimir conflitos internos⁵⁰⁰.

1.2 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELA CORTE IDH EM SEDE INTERNACIONAL

O controle de convencionalidade em sede internacional constitui um mecanismo utilizado pela Corte IDH – seja em sede contenciosa ou consultiva –, por meio do qual ela determina a compatibilidade ou incompatibilidade do direito nacional ou dos atos de agentes do Estado Parte. Este controle é concretizado mediante uma sentença internacional, em que é determinado o sentido e o alcance das disposições convencionais. Nela, pode-se determinar ao Estado Parte – como obrigação de resultado – modificar, suprimir ou derrogar normas de direito interno. Além disso, pode-se exigir do Estado a abstenção de práticas de agentes estatais contrárias aos atributos e garantias dos direitos assegurados pela Convenção Americana, bem como pelos tratados ou convenções que

⁴⁹⁹ Crítica extraída do voto concorrente do Juiz Sergio Garcia Ramírez no Caso *López Álvarez vs. Honduras* (Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 01/02/2006, Série C n. 141. Voto concorrente do Juiz Sergio Garcia Ramírez, § 30).

⁵⁰⁰ REY CANTOR, Ernesto. Ob. cit., 2008, p. LII-LIII.

complementam o Sistema Interamericano, com o escopo de resguardar o efetivo exercício dos direitos humanos⁵⁰¹.

Com efeito, além da Convenção Americana, outros tratados que compõem o acervo normativo do Sistema Interamericano também se apresentam como parâmetro de controle⁵⁰² para o exercício da convencionalidade no âmbito da Corte IDH, de acordo com a especificação temática de proteção dos direitos humanos⁵⁰³.

⁵⁰¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2013, p. 919.

⁵⁰² HITTERS, Juan Carlos. Ob. cit., 2009.

⁵⁰³ Integram o *corpus iuris* convencional dos direitos humanos, além da Convenção Americana, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o Protocolo de San Salvador (Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão e Resolução da Assembléia Geral da OEA sobre uma Lei-Modelo Interamericana sobre Acesso à Informação Pública. Acerca da prevenção contra a discriminação, há o Projeto de Convenção Interamericana contra o Racismo e toda a forma de Discriminação e Intolerância, bem como a Declaração da Conferência de Santiago. Sobre os direitos das mulheres, há a Convenção de Belém do Pará (Convenção Interamericana para prevenir, sancionar e erradicar a violência contra a mulher), o Estatuto da Comissão Interamericana de Mulheres, a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cívicos à Mulher, a Convenção Interamericana sobre a Concessão de Direitos Políticos à Mulher, o Regulamento da Comissão Interamericana de Mulheres e a Convenção sobre a Nacionalidade da Mulher. No aspecto de proteção das crianças, foram estabelecidas a Convenção Interamericana sobre a restituição internacional de menores, a Convenção Interamericana sobre conflitos de leis em matéria de adoção de menores, a Convenção Interamericana sobre tráfico internacional de menores e a Convenção Interamericana sobre obrigações alimentares. No campo de proteção dos povos indígenas, há três resoluções dos anos de 2004, 2005 e 2006 em etapa de elaboração do projeto para a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Acerca das pessoas com deficiência, se faz presente a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência. Sobre orientação sexual e identidade de gênero, há três resoluções (2008, 2009 e 2010) sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Em relação à administração da justiça, há Princípios e boas práticas sobre a proteção das pessoas privadas de liberdade nas Américas, o Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, a Convenção Interamericana contra a Corrupção e a Convenção Interamericana sobre Extradicação. Sobre a temática emprego, está presente a Declaração de Mar del Plata. Tortura e Desaparecimento forçado de pessoas contam com convenções específicas (Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura e Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas). A temática nacionalidade, asilo, refúgio e pessoas internamente deslocadas contam com uma série de documentos protetivos: Convenção sobre asilo territorial, Convenção sobre asilo político, Convenção

Dentro deste cenário, como compromisso assumido pelos Estados ao ratificar a Convenção Americana e ao aceitar a jurisdição contenciosa da Corte IDH, o controle de convencionalidade por ela realizado em sede internacional implica na subordinação de todo o ordenamento jurídico ao respeito e à garantia dos direitos humanos assegurados pela Convenção Americana. Esta vinculação tem como fundamento os direitos essenciais da pessoa humana, que se agregam ao bem comum interamericano⁵⁰⁴, categoria que absorve o bem comum nacional contido nos valores constitucionais previstos nas diferentes constituições dos Estados da América Latina⁵⁰⁵.

Nesse contexto, o Estado que não está disposto a se integrar no âmbito de proteção dos direitos humanos previstos pelo Sistema Interamericano tem a opção de realizar a denúncia ao Pacto de San José da Costa Rica, sob a justificativa de que os dispositivos constitucionais estariam colidindo com a sua Constituição⁵⁰⁶.

sobre asilo diplomático, Prevenção e redução da situação de apátrida e proteção das pessoas apátridas das Américas, Declaração de Cartagena sobre refugiados, Deslocados Internos, Princípios e Critérios para a Proteção e Assistência dos Refugiados, Repatriados e Deslocados Internos Centroamericanos na América Latina, Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, Declaração de Tlatelolco sobre Ações Práticas no Direito dos Refugiados na América Latina e no Caribe, Declaração e Plano de Ação de México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina, Proteção dos Solicitantes da Condição de Refugiados e dos Refugiados nas Américas e Direitos Humanos dos Migrantes, Parâmetros Internacionais e Diretiva Europa sobre o Retorno. No que tange ao uso da força e conflito armado, o Sistema Interamericano conta com duas convenções: Convenção Interamericana contra o Terrorismo e Convenção para Prevenir e Sancionar os atos de terrorismo configurados em delitos contra as pessoas e a extorsão conexa quando estes fatos tenham transcendência internacional. Todos estes documentos estão disponíveis em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/instrumentos>>. Acesso em: 06/01/2015. Estes documentos internacionais compõem o bloco de constitucionalidade promovido pela Corte IDH, cujo estudo aprofundado será realizado em tópico específico.

⁵⁰⁴ Sobre o bem comum e o tratamento conferido aos direitos humanos, conferir FASSBENDER, Bardo. La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional. In: PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 121-174.

⁵⁰⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2013, p. 919-920.

⁵⁰⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 8, n. 1, 2010. Disponível em:

O controle de convencionalidade exercido em sede internacional pela Corte IDH passou por diferentes etapas evolutivas, as quais merecem destaque no campo de apreciação da presente tese.

1.2.1 A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SUBSIDIÁRIO EM SEDE INTERNACIONAL PROMOVIDO PELA CORTE IDH

No primeiro momento, o controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH apresenta-se como controle subsidiário, que se aplica quando todos os controles jurisdicionais no plano nacional tenham falhado, e não reste alternativa para o indivíduo senão acessar o Sistema Interamericano⁵⁰⁷.

Ao se deparar com a jurisprudência da Corte IDH, verifica-se que a evolução dos casos contenciosos pode ser dividida em dois períodos. Inicialmente, na primeira década de apreciação de casos contenciosos pela Corte IDH – até 1998 –, a maioria das situações levadas até o Tribunal Interamericano dizia respeito a graves violações ao direito à vida, à liberdade pessoal e à deficiência de proteção judicial (obrigações do Estado relacionadas a investigar, processar e condenar os responsáveis). À época, os resultados dos julgamentos da Corte IDH restringiam de maneira acentuada as condenações a resoluções não-monetárias, isto é, apenas era realizada a reparação material e imaterial do dano causado aos direitos humanos das reconhecidas vítimas⁵⁰⁸.

Neste cenário, a Corte IDH apenas apreciava a violação dos direitos individuais em relação ao artigo 2º da Convenção Americana. O Tribunal não conhecia dos pedidos formulados pela Comissão IDH, que postulava a imposição pela Corte IDH ao Estado Nacional o entendimento referente à reforma do sistema jurídico interno em virtude da incompatibilidade material existente com a Convenção Americana⁵⁰⁹.

<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 24/12/2014.

⁵⁰⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2013, p. 923.

⁵⁰⁸ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011, p. 26-28.

⁵⁰⁹ Como exemplo deste entendimento, ver Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Mérito e Custas. Sentença de 14/09/1996, Série C n. 28, § 60: “La Corte, de acuerdo con lo expresado en la Opinión Consultiva (n. 14/94), se abstiene de pronunciarse en

À época, a Corte IDH considerava que a sua competência contenciosa não tinha por objeto a revisão das legislações nacionais em abstrato. Para o Tribunal Interamericano, o seu foco de análise estava em resolver casos concretos, nos quais era alegado que determinado Estado Parte tinha violado os dispositivos da Convenção Americana, de modo que não haveria aptidão para ativar, de ofício, o controle abstrato de convencionalidade⁵¹⁰.

Nesse contexto, uma série de direitos consagrados na Convenção Americana não tinham sido analisados pela Corte. Estavam neste rol os direitos à personalidade jurídica, à privacidade, à liberdade de consciência e de religião, liberdade de expressão, o direito de resposta, a liberdade de associação, os direitos das crianças, os

abstracto sobre la compatibilidad del Código de Justicia Militar de Venezuela y sus reglamentos e instrucciones con la Convención Americana, y por lo tanto no cabe ordenar al Estado de Venezuela la reforma solicitada por la Comisión”.

⁵¹⁰ Este é o posicionamento da Corte em Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Exceções Preliminares, Sentença de 27/01/1995, Série C n. 21, § 50: “La competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención. La Corte, al conocer del fondo del asunto, tendrá que examinar si la conducta del Gobierno se ajustó o no a la Convención, pues, como ya ha dicho: tendría que considerar y resolver si el acto que se imputa al Estado constituye una violación de los derechos y libertades protegidos por la Convención, independientemente de que esté o no de acuerdo con la legislación interna del Estado”. Na sequência do julgamento de mérito, referido posicionamento foi mantido: “En relación con el incumplimiento por parte del Gobierno del artículo 2 de la Convención Americana por la aplicación de los decretos Nos. 591 y 600, esta Corte manifestó que la jurisdicción militar no viola per se la Convención (supra 84) y con respecto a la alegada aplicación de algunas de las disposiciones de dichos decretos que pudieren ser contrarias a la Convención, ya se determinó que en el presente caso no fueron aplicadas (supra 72). En consecuencia, la Corte no emite pronunciamiento sobre la compatibilidad de estos artículos con la Convención ya que proceder en otra forma constituiría un análisis en abstracto y fuera de las funciones de esta Corte.” (Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/01/1997, Série C n. 30, § 91). No mesmo sentido, ver Corte IDH. Opinião Consultiva n. 14, emitida em 09/12/1994, solicitada pela Comissão IDH. Responsabilidade Internacional pela expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção (artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos), § 48.

direitos a ter uma nacionalidade e os direitos políticos, dentre outros conteúdos materiais protegidos pela Convenção⁵¹¹.

Não obstante as graves violações ao direito à vida (massacres, violência paramilitar, violência policial, execuções sumárias) ainda sejam assunto necessário a ser considerado pela Corte IDH, ocorreram modificações importantes que alteraram este cenário. Houve a alteração da composição da Corte IDH ao final da década de 1990, bem como foram realizadas reformas institucionais nos Regulamentos da Comissão IDH e da Corte IDH⁵¹². Com este novo cenário, no início dos anos 2000, 106 novos temas – de naturezas distintas e referentes a outros direitos humanos consagrados nos instrumentos de proteção interamericano – chegaram para apreciação da Corte⁵¹³.

No final da década de 1990 e durante a primeira década do século 21, uma perspectiva mais ampla sobre os direitos e reparações emergiu. Cada vez mais, a Corte IDH tem estrategicamente decidido de maneira que os casos individuais emblemáticos podem ser usados para estimular mudanças mais amplas sobre os problemas persistentes ou estruturais dos direitos humanos em certos Estados (e mesmo em toda a região). Com esse amplo enfoque estratégico, os julgamentos da Corte IDH tornam-se relevantes para as vítimas em situação semelhante e para ativistas/movimentos de direitos humanos. Por sua vez, estes estimulam o contencioso local e internacional com fundamento em padrões judiciais interamericanos que, por sua vez, melhoram a aplicação efetiva do posicionamento da Corte IDH em decisões de nível nacional⁵¹⁴.

Como exemplo da modificação de seu posicionamento, a partir do Caso Suárez-Rosero⁵¹⁵ a Corte IDH reconheceu que a norma jurídica pertencente ao sistema

⁵¹¹ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 26-28.

⁵¹² Sobre o tema, conferir os apontamentos de MEDINA QUIROGA, Cecilia. Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 7, p. 117-126, 2011.

⁵¹³ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 26-28.

⁵¹⁴ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 26-28.

⁵¹⁵ Corte IDH. *Caso Suarez-Rosero vs. Ecuador*. Mérito. Sentença de 12/11/1997, Série C n. 35, §§ 98-99: “La Corte considera que esa excepción despoja a una parte de la población carcelaria de un derecho fundamental en virtud del delito imputado en su contra y, por ende, lesiona intrínsecamente a todos los miembros de dicha categoría de inculpados. En el caso concreto del señor Suárez Rosero esa norma ha sido aplicada y

jurídico dos Estados pode violar – por si só – o artigo 2º da Convenção Americana, quando está sendo aplicada (ou não) em um caso específico⁵¹⁶.

Sob essa nova perspectiva, a evolução dos casos que chegam à Corte IDH tem acompanhado o processo de democratização dos Estados que compõe a América Latina. A garantia dos direitos humanos é exigida para concretização de procedimentos envolvendo a justiça de transição e o restabelecimento da paz social em determinados Estados. Este movimento leva a Corte a examinar a convencionalidade de anistias⁵¹⁷ ou de

le ha producido un perjuicio indebido. La Corte hace notar, además, que, a su juicio, esa norma *per se* viola el artículo 2 de la Convención Americana, independientemente de que haya sido aplicada en el presente caso. En conclusión, la Corte señala que la excepción contenida en el artículo 114 bis citado infringe el artículo 2 de la Convención por cuanto el Ecuador no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivo el derecho contemplado en el artículo 7.5 de la Convención.”

⁵¹⁶ Corte IDH. *Caso Cantoral-Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000, Série C n. 69, § 176: “Como lo ha sostenido la Corte, los Estados Partes en la Convención no pueden dictar medidas que violen los derechos y libertades reconocidos en ella. Incluso este Tribunal ha afirmado que ‘una norma puede violar *per se* el artículo 2 de la Convención, independientemente de que haya sido aplicada en [un] caso concreto’.”

⁵¹⁷ São casos representativos desta controvérsia: Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219 e Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221. O exame doutrinário mais aprofundado foi feito por BINDER, Christina. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Amnistía y Derechos Humanos: a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Barrios Altos”. In: MÉNDEZ SILVA, Ricardo. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2002. Disponível em: <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=342>>. Acesso em: 04/12/2014, BINDER, Christina. The prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, 2011, p. 1203-1229, DELLA MORTE, Gabriele. *L’Amnistie en Droit International*. ESIL Web Publications–Papers, 2006, Paris Biennial Conference, 2007 e MARTIN-CHENUT, Kathia. Amnistie. prescription,

temas fundamentais concernentes ao exercício de direitos humanos em situações emergenciais⁵¹⁸. Grupos vulneráveis específicos – como crianças⁵¹⁹, imigrantes⁵²⁰, mulheres⁵²¹ e povos indígenas⁵²² – têm recebido cada vez mais espaço para apreciação na jurisprudência

grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité. *Chronique internationale*, RSC 03, jul./set. 2007, p. 628-640.

⁵¹⁸ Como referência sobre as situações emergenciais experimentadas pelos Estados, conferir ARCKEMAN, Bruce. The Emergency Constitution. *Yale Law Journal*, v. 113, n. 5, p. 1029-1091, 2004. A Corte IDH abordou a situação emergencial de restrição de direitos em Corte IDH. *Caso Trujillo Oroza vs. Bolívia*. Mérito. Sentença de 26/01/2000, Série C n. 64.

⁵¹⁹ Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31/08/2012, Série C n. 246). No plano doutrinário, ver, por todos, a contribuição de MOURE, Ana María. El Defensor Interamericano y la Defensa de los Derechos del Niño: Caso Furlán. *Revista chilena de derecho*, Santiago, v. 40, n. 3, set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000300009&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 03/12/2014.

⁵²⁰ Os casos que apreciaram direito dos migrantes são Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25/11/2004, Série C n. 119; Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2010, Série C n. 218 e Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/10/2012, Série C n. 251. A questão dos migrantes também foi debatida em Corte IDH. Opinião Consultiva n. 18, emitida em 17/09/2003, sobre Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes sem documentação, solicitada pelo México.

⁵²¹ A controvérsia sobre o direito das mulheres pode ser representada por Corte IDH. *Caso González e outras ("Campo Algodonero") vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16/11/2009, Série C n. 205. No campo doutrinário, importantes são as lições de STARK, Barbara. Nurturing Rights: an Essay on Women, Peace and International Human Rights. *Michigan Journal of International Law*, v. 13, p. 144-160, 1991 e VARELLA, Marcelo Dias; MACHADO, Natália Paes Leme. A dignidade da mulher no direito internacional: o Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista IIDH*, v. 49, p. 467-501, 2009.

⁵²² O direito dos povos indígenas está sendo discutido em Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do povo indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/05/2014, Série C n. 279. Na compreensão doutrinária, estão as lições de ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. XIV, 2014, p. 581-616 e ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 35, 2013, p. 113-187. Disponível em: <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol35/iss1/3>>. Acesso em: 03/12/2014.

da Corte. Direitos individuais como a liberdade de expressão⁵²³, o devido processo⁵²⁴ e a não discriminação⁵²⁵ tem desempenhado um papel de destaque nos últimos anos.

Estas mudanças nos direitos previstos na Convenção e as questões que a Corte foi chamada a interpretar também tem modificado progressivamente o papel da Corte e a finalidade de seus julgamentos⁵²⁶. Esta perspectiva vem sedimentando a natureza abstrata do controle de convencionalidade em sede internacional.

⁵²³ Como jurisprudência representativa do tema, ver Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/05/2008, Série C n. 177. O plano doutrinário aborda a questão com BARBOSA DELGADO, Francisco R. *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. Bogotá, Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2012; GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; GONZA, Alejandra. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José, Costa Rica: Corte IDH; México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2007; ORDUNA TRUJILLO, Eva Leticia. La libertad de pensamiento y de expresión vista desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Latinoamérica*, México, n. 53, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-85742011000200007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014 e MACHADO, Natália Paes Leme. A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 280-296.

⁵²⁴ O devido processo constitui uma das pretensões mais discutidas na jurisprudência da Corte IDH. Como caso representativo desta controvérsia, conferir Corte IDH. *Caso Mejía-Idrovo vs. Ecuador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/07/2011, Série C n. 228. A questão é debatida na teoria jurídica por COLOMBO CAMPBELL, Juan. El debido proceso constitucional. *In: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideu, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.

⁵²⁵ Questões discriminatórias são tratadas em diversos casos pela Corte IDH. Como exemplo desta problemática, é importante conferir Corte IDH. *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/02/2012, Série C n. 239. A repercussão doutrinária é realizada por ZUNIGA URBINA, Francisco. Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Atala Riffó y Niñas vs. Chile", de 24 de febrero de 2012. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100012&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014.

⁵²⁶ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 26-28.

1.2.2 DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE SUBSIDIÁRIO AO CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE INTERNACIONAL

Com a evolução constitucional dos Estados que compõe a América Latina, a modificação do constitucionalismo desenvolvido nestes países alterou a ênfase de atuação da Corte IDH.

O Tribunal Interamericano passou a desenvolver modalidade concentrada de controle de convencionalidade, de natureza repressiva e “em abstrato”. Esta versão advém do reconhecimento da Corte IDH como jurisdição internacional contenciosa⁵²⁷, perante a comunidade internacional⁵²⁸, o que lhe confere a possibilidade de exercer uma interpretação evolutiva do conteúdo essencial contido na Convenção Americana⁵²⁹.

Usualmente mais comum, este tipo de controle repressivo é realizado mediante a confrontação normativa de uma disposição do direito nacional que violou os direitos humanos reconhecidos pela Convenção Americana, pelos tratados e convenções a

⁵²⁷ Nos casos *Ivcher Bronstein* e *Tribunal Constitucional*, ambos em desfavor da República do Peru, a Corte IDH demonstrou sua feição contenciosa, ao delinear sobre o sistema de proteção da Convenção Americana, atribuindo a si a competência de definição de sua jurisdição como uma jurisdição obrigatória. Nestes julgamentos, a Corte realizou uma diferenciação, em termos de âmbito de atuação e de papéis institucionais desempenhados pelos Estados perante tribunais internacionais, como a CIJ. Este posicionamento permitiu o desenvolvimento jurídico do sistema internacional, com o reforço interpretativo conferido à Convenção de Viena e ao direito dos tratados, com o uso da fertilização jurisprudencial e o subsídio teórico aplicado com os precedentes do sistema europeu de proteção dos direitos humanos, para concretizar e fortalecer o entendimento acerca da força normativa da Convenção Americana e o desenvolvimento do papel da Corte IDH como jurisdição obrigatória (*Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54 e *Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55).

⁵²⁸ Sobre o conceito de comunidade internacional, conferir TOMUSCHAT, Christian. *La Comunidad internacional*. In: PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 93-119.

⁵²⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional*: Memórias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003 e PETERS, Anne. *International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties*. *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 14, n. 1, p. 1-34, 2003.

ela associados ou pela jurisprudência da Corte IDH, mediante a ofensa do padrão interpretativo desenvolvido por seus julgamentos.

Os Estados que são Partes da Convenção Americana e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (doravante PIDCP), por exemplo⁵³⁰, estão vinculados às obrigações gerais previstas em seus respectivos instrumentos. No PIDCP, as obrigações de respeitar os direitos humanos estão previstas no artigo 2º, itens 1 e 2⁵³¹. Na Convenção Americana, as obrigações estão relacionadas artigos 1º, item 1⁵³², e 2º⁵³³.

O artigo 2º do PIDCP estabelece que os Estados Partes devem assumir a obrigação de respeitar toda a pessoa humana em seu território ou que esteja sob sua jurisdição, com o fim de garantir e respeitar os direitos humanos reconhecidos no referido texto convencional. Isto implica que os Estados Partes devem se abster de violar os direitos

⁵³⁰ A utilização do PIDCP como exemplo comparativo em relação à Convenção Americana justifica-se porque referido diploma normativo internacional foi objeto de inspiração para o tratado interamericano de direitos humanos, tendo em vista a similitude dos textos normativos, em um processo de harmonização a partir da Internacionalização do Direito.

⁵³¹ “Artigo 2º

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.”

⁵³² “Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.”

⁵³³ “Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.”

protegidos (respeitar), além de adotar medidas para tornar estes direitos efetivos (garantir)^{534, 535}.

O artigo 2º do PIDCP recebeu interpretação autêntica do Comitê de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de modo que este dispositivo é responsável por impor uma obrigação geral de respeitar os direitos de referido Pacto e assegurar – de boa-fé – sua aplicação a todas as pessoas que se encontram sob a jurisdição do Estado⁵³⁶.

O parágrafo 2º do artigo 2º do PIDCP permite aos Estados Partes que tornem efetivos os direitos do Pacto em conformidade com os procedimentos constitucionais internos. Este dispositivo tem a finalidade de se evitar que os Estados Partes suscitem disposições de seu direito constitucional ou outros aspectos previstos na ordem jurídica interna para justificar a falta de cumprimento ou de aplicação das obrigações estabelecidas pelo tratado. Esta harmonização é possível tendo em vista que as obrigações do Pacto são vinculantes para todos os Estados Partes em conjunto. Desse modo, todos os atores/poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário) e outras autoridades (públicas ou estatais) de qualquer nível (nacional, regional ou local) estão em condições de assumir a

⁵³⁴ Como elemento sistemático, o artigo 14 do PIDCP conta com um rol de garantias judiciais para o exercício da defesa da vítima de forma imparcial e efetiva. A primeira parte do item 1 do artigo 14 revela esta ênfase: “1. Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.”.

⁵³⁵ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 910.

⁵³⁶ ONU. COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. 80º Período de Seções. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Observação Geral n. 31. Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto, aprovada em 29/03/2014, considerando n. 3: “En el artículo 2 se define el alcance de las obligaciones jurídicas contraídas por los Estados Parte en el Pacto. Se impone a los Estados Parte la obligación general de respetar los derechos reconocidos en el Pacto y de garantizar su disfrute a todos los individuos que se hallen en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción (véase el párrafo 10 infra). Con arreglo al principio expuesto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, los Estados Parte deben cumplir de buena fe las obligaciones que les impone el Pacto”.

responsabilidade do Estado Parte, a fim de que não sejam colocados obstáculos pelo sistema jurídico interno ao cumprimento das obrigações internacionais^{537 538}.

Para o Comitê de Direitos Humanos da ONU, este dispositivo proporciona o marco geral dentro do qual é possível promover e proteger os direitos especificados no Pacto. Este dispositivo apresenta importante relevância ao sistema de proteção de direitos humanos, de tal maneira que a Observação Geral n. 24 do Comitê de Direitos Humanos da ONU, por exemplo, indica ser incompatível com o Pacto toda a reserva ao artigo 2º. Isto se justifica tendo em vista que as reservas às normas peremptórias do direito internacional – inclusive o caráter procedimental para a adoção das medidas necessárias a nível interno para tornar os direitos reconhecidos no Pacto efetivos – não seriam compatíveis com o objeto e os fins do Pacto⁵³⁹.

⁵³⁷ Esta interpretação é oriunda do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, segundo o qual um Estado Parte “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

⁵³⁸ ONU. COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. 80º Período de Seções. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Observação Geral n. 31. Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto, aprovada em 29/03/2014, considerando n. 4: “Las obligaciones que imponen el Pacto en general y su artículo 2 en particular vinculan a cada Estado Parte en su totalidad. Todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango —nacional, regional o local— están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte. El poder ejecutivo que por lo común representa al Estado Parte en el plano internacional, señaladamente ante el Comité, no puede aducir el hecho de que un acto incompatible con una disposición del Pacto ha sido realizado por otro poder público para tratar de liberar al Estado Parte de responsabilidad por el acto y de la consiguiente incompatibilidad. Esta interpretación se desprende directamente del principio enunciado en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, en virtud del cual un Estado Parte “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Si bien el párrafo 2 del artículo 2 permite que los Estados Parte hagan efectivos los derechos reconocidos en el Pacto con arreglo a los procedimientos constitucionales internos, se desprende del mismo principio que los Estados Parte no pueden invocar las disposiciones de su derecho constitucional ni otros elementos del derecho interno para justificar el incumplimiento o la inaplicación de las obligaciones contraídas en virtud del tratado. A este respecto, el Comité recuerda a los Estados Parte de estructura federal lo estipulado en el artículo 50, en virtud del cual las disposiciones del Pacto “serán aplicables a todas las partes componentes de los Estados federales, sin limitación ni excepción alguna”.

⁵³⁹ ONU. COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. 52º Período de Seções. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Observação Geral n. 24, sobre questões

Por sua vez, a obrigação estipulada no parágrafo 1º do artigo 2º do PIDCP de que se respeitem e se façam efetivos os direitos reconhecidos no Pacto produz efeito imediato para todos os Estados Partes, de modo a não estar submetido a condições. A falta de cumprimento desta obrigação internacional não pode ser justificada por alegações de natureza política, social, cultural ou econômica no âmbito do Estado.⁵⁴⁰

Esta obrigação jurídica contida no parágrafo 1º do artigo 2º contém o duplo caráter (negativo e positivo) em relação ao papel do Estado na concretização dos direitos humanos previstos no Pacto. Nesse aspecto, os Estados devem se abster de ofender os direitos reconhecidos pelo Pacto e de realizar qualquer tipo de restrição a estes direitos.

relacionadas com as reservas formuladas por ocasião da ratificação do Pacto ou de seus Protocolos Facultativos, ou da adesão a eles, ou em relação com as declarações feitas em conformidade com o artigo 41 do Pacto, aprovada em 1994, considerandos n.(s) 8 e 9: “8. Las reservas contrarias a normas perentorias no serían compatibles con el objeto y fin del Pacto. Aunque los tratados constituyen un simple intercambio de obligaciones entre los Estados que les permite reservarse inter se la aplicación de normas de derecho internacional general, otra cosa son los tratados de derechos humanos, cuyo objeto es beneficiar a las personas que se encuentran en su jurisdicción. En consecuencia, las disposiciones del Pacto que son de derecho internacional consuetudinario (y a fortiori cuando tienen el carácter de normas perentorias) no pueden ser objeto de reservas. Así pues, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías. 9. Aplicando de manera más general la prueba del objeto y fin al Pacto, el Comité observa que, por ejemplo, la reserva al artículo 1 que deniegue a los pueblos el derecho a establecer libremente su condición política y a proveer a su desarrollo económico, social y cultural, sería incompatible con el objeto y fin del Pacto. Tampoco sería aceptable una reserva a la obligación de respetar y garantizar los derechos y hacerlo sobre una base no discriminatoria (párrafo 1 del artículo 2). Ni puede un Estado reservar su derecho a no adoptar las medidas necesarias a nivel interno para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto (párrafo 2 del artículo 2).”

⁵⁴⁰ ONU. COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS. 80º Período de Seções. Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos. Observação Geral n. 31. Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto, aprovada em 29/03/2014, considerandos n.(s) 5 e 14.

Eventual ponderação deve ser permitida em conformidade com as disposições inerentes ao Pacto. Nesse contexto, ao se introduzir determinada restrição, os Estados devem demonstrar sua necessidade, com o fim de adotar as medidas restritivas de forma proporcional à consolidação dos legítimos objetivos para se alcançar uma proteção constante e eficaz dos direitos do Pacto. Com isso, em nenhum caso deve-se aplicar as restrições ou invocar de uma maneira que menospreze a essência⁵⁴¹ de um direito previsto no Pacto⁵⁴².

Esta essência foi captada pela Convenção Americana e disposta nos seus artigos 1º, item 1, e 2º. Cuidam também de obrigações contidas no direito convencional internacional, tratando o seu conteúdo essencial de direitos fundamentais, como estabelecido no PIDCP⁵⁴³.

Se o Estado Parte da Convenção Americana também é vinculado à Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, as obrigações impostas pelo direito internacional devem ser cumpridas de boa-fé, de maneira que não podem ser invocadas as normativas do sistema jurídico interno para promover o seu descumprimento⁵⁴⁴.

Com efeito, no âmbito do direito internacional, o costume determina que se o Estado ratificou tratado em matéria de direitos humanos, deve ele implementar seu

⁵⁴¹ O artigo 2º do PIDCP impõe a inserção de seu conteúdo na consciência social, de modo a elevar os níveis de conhecimento sobre o Pacto para toda a população em geral (NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 135, p. 1167-1220, 2012, p. 1169-1170).

⁵⁴² ONU. COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. 80º Período de Seções. Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos. Observação Geral n. 31. Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto, aprovada em 29/03/2014, considerandos n. 6.

⁵⁴³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 135, p. 1167-1220, 2012, p. 1169-1170.

⁵⁴⁴ Inclusive sobre este tema, a Corte IDH manifestou-se nos seguintes termos: “esta Corte ha establecido que ‘[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno’. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.” (Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, § 125).

conteúdo material no direito interno, com as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas⁵⁴⁵.

Desde seu primeiro caso contencioso, a Corte IDH considera como obrigação dos Estados Partes a garantia do livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção Americana para toda a pessoa sujeita a sua jurisdição. Esta obrigação faz com que os Estados tenham o dever de organizar a sua estrutura institucional para assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e sancionar toda a ofensa dos direitos reconhecidos pela Convenção, bem como procurar o restabelecimento da situação jurídica anterior à violação ou promover a reparação dos danos produzidos⁵⁴⁶.

Dentro desse contexto, a obrigação de garantir os direitos humanos não se esvai com a existência de uma ordem jurídica direcionada a tornar possível o cumprimento desta obrigação. É necessário que exista uma estrutura estatal com vontade e finalidade de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ A Corte IDH apreciou a questão em Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 05/02/2001. Serie C n. 73, § 87. Confira-se também em Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16/08/2000. Serie C n. 68, § 136. De forma mais detalhada, são as lições de SCHNEEWEIS, Justine. *Durand and Ugarte v. Peru*. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 36, n. 1, p. 173-198, 2014.

⁵⁴⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29/07/1988. Série C n. 4, § 166: “La segunda obligación de los Estados Partes es la de “garantizar” el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención a toda persona sujeta a su jurisdicción. Esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”.

⁵⁴⁷ Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentença de 31/01/2006, Série C n. 140, § 142: “La obligación de garantizar los derechos humanos consagrados en la Convención no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (...). De tal manera, de esa

A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às suas disposições, com a finalidade de garantir o conteúdo material dos direitos nela previstos. Isso significa que o Estado deve adotar todas as medidas para proporcionar o cumprimento dos direitos convencionais no plano do sistema jurídico interno, como acentua o artigo 2º da Convenção. Este dever geral do Estado Parte faz com que as medidas a serem adotadas no direito nacional tenham a obrigação de serem efetivas, isto é, necessitam que o Estado adapte a sua atuação ao conteúdo normativo de proteção dos direitos humanos⁵⁴⁸.

Em consonância com o artigo 2º, o artigo 1º da Convenção Americana estabelece obrigações de exigibilidade imediata que o Estado deve praticar perante todas as pessoas que estão submetidas à sua jurisdição, sem qualquer tipo de discriminação⁵⁴⁹.

Nesse sentido, a adoção de medidas legislativas que a Convenção Americana estabelece como dever do Estado – quando não se encontram devidamente assegurados e garantidos os direitos previstos no texto convencional – implica na implementação material do conteúdo normativo dos direitos humanos. Esta implementação deve promover a adequação do sistema jurídico nacional, desde o texto constitucional até à disposição administrativa, com o fim de que os padrões normativos de compreensão da Convenção Americana sejam assegurados⁵⁵⁰.

obligación general de garantía deriva la obligación de investigar los casos de violaciones de esos derechos; es decir, del artículo 1.1 de la Convención en conjunto con el derecho sustantivo que debe ser amparado, protegido o garantizado.”

⁵⁴⁸ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/02/2001. Serie C n. 73, § 87: “(...) La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.”

⁵⁴⁹ MEDINA QUIROGA, Cecilia. Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 5, p. pág. 15-34, 2011.

⁵⁵⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2013, p. 915.

Em relação a estes padrões normativos, o Estado Parte da Convenção sempre terá a liberdade de assegurar um rol mais amplo do conteúdo material contido no texto convencional. Como estabelece o artigo 29 da Convenção⁵⁵¹, este dispositivo guarda pertinência com os postulados normativos da progressividade e de proteção à pessoa humana⁵⁵². Nesse contexto, sua interpretação deve possibilitar a aplicação dos padrões normativos de outros tratados de que o Estado seja parte e que estabeleçam *standards*

⁵⁵¹ “Artigo 29 – Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

1. permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
2. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
3. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
4. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”

⁵⁵² Este último postulado foi objeto de discussão no caso Corte IDH. Caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia. Sentença de 15/09/2005, Série C n. 134, § 106: “Asimismo, la Corte ha señalado, al igual que la Corte Europea de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. En este sentido, al interpretar la Convención debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”. A norma protetiva mais favorável à pessoa humana também foi debatida na competência consultiva da Corte IDH: Corte IDH. Opinião Consultiva n. 01, emitida em 24/09/1982, solicitada pelo Peru. “Outros Tratados” Objeto da função consultiva da Corte (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), § 24; Corte IDH. Opinião Consultiva n. 05, emitida em 13/11/1985, solicitada pela Costa Rica. A Filiação Obrigatória de Jornalistas (artigos 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), § 52; Corte IDH. Opinião Consultiva n. 07, emitida em 07/08/1986, solicitada pela Costa Rica. Exigibilidade do Direito de Retificação ou Resposta (artigos 14, 1º, item 1 e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos) e Corte IDH. Opinião Consultiva n. 18, de 17/09/2003. Condição Jurídica dos Imigrantes Sem Documentos, solicitada pelos Estados Unidos do México, § 156.

superiores em termos de atributos e garantias de direitos superiores ao o conteúdo normativo contido na Convenção Americana⁵⁵³.

Ao ratificar tratados em matéria de direitos humanos – em especial a Convenção Americana – no exercício de sua soberania⁵⁵⁴, o Estado consentiu em limitar o exercício de suas competências institucionais em benefício do bem comum superior⁵⁵⁵. Este bem comum corresponde ao respeito à dignidade inerente a toda a pessoa humana⁵⁵⁶, expressa no reconhecimento do conteúdo essencial dos direitos humanos ou fundamentais, os quais se apresentam como limite ao exercício do poder do Estado⁵⁵⁷.

Nesse sentido, o exercício das competências institucionais do Estado deve ser conformado mediante o respeito e a garantia efetiva do conteúdo essencial protegido pelos direitos humanos, reconhecidos pelos Estados no âmbito da Convenção Americana e na jurisdição contenciosa da Corte IDH. Esta última pode conferir o caráter vinculante e a obrigação do Estado de respeitá-la e concretizá-la como obrigação de resultado⁵⁵⁸, mesmo

⁵⁵³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2013, p. 915.

⁵⁵⁴ A visão crítica sobre o exercício da soberania do Estado pode ser encontrada em PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. *The European Journal of International Law*, vol. 20, n. 3, 2009; KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común*: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, n. 12, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 05/01/2013 e KRASNER, Stephen D. *Sovereignty: Organized Hypocrisy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

⁵⁵⁵ Nesse aspecto, conferir FASSBENDER, Bardo. La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional. In: PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 121-174.

⁵⁵⁶ Acerca da dignidade da pessoa humana, ver os apontamentos de WALDRON, Jeremy. Is Dignity the Foundation of Human Rights? *New York University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper* n. 12-73, 2013; DONNELLY, Jack. Human Dignity and Human Rights. *Agenda for Human Rights*, 2009 e MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of international Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.

⁵⁵⁷ Os limites deste exercício do poder estatal podem ser visualizados em HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2004.

⁵⁵⁸ Este aspecto será abordado em capítulo próprio da presente tese.

que isto implique na reforma do ordenamento jurídico nacional, inclusive o texto da Constituição do Estado Parte⁵⁵⁹.

Logo, os artigos 1º, item 1, e 2º da Convenção Americana são os fundamentos normativos para o exercício do controle de convencionalidade em abstrato pela Corte IDH. A violação das obrigações contidas neste dispositivo por algum dos órgãos ou dos agentes estatais configura fato ilícito internacional, o qual acarreta a responsabilização internacional do Estado, com a agravante de se estar vulnerando direitos humanos⁵⁶⁰. Mediante o exercício deste controle abstrato, o Estado Parte da Convenção Americana deve eliminar de seu ordenamento jurídico – bem como está impedido de criar – disposições normativas que vulnerem os direitos assegurados pelo texto convencional⁵⁶¹.

Nesse contexto, a obrigação contida no artigo 2º da Convenção Americana implica não apenas em uma medida positiva – em que os Estados são obrigados a adotar novas medidas –, mas também diz respeito a ações negativas – em que os Estados são obrigados a abolir as normas que sejam incompatíveis com a Convenção⁵⁶².

⁵⁵⁹ A Corte IDH possui uma vasta jurisprudência no que concerne à determinação de reforma legislativa pelos Estados Partes. Como referência desta hipótese, a Corte IDH determinou no Caso “La última tentación de Cristo” a alteração do artigo 19, n. 12, inciso final do texto constitucional chileno, sob a justificativa de que a disposição normativa interna era contrária ao artigo 13 da Convenção Americana, que assegura o direito à liberdade de expressão e informação sem censura prévia (Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 05/02/2001. Serie C n. 73, pontos resolutivos n.(s) 3 e 4: “(...) 3. declara que el Estado incumplió los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en conexión con la violación del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión señalada en el punto resolutivo 1 de la presente Sentencia. 4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.”).

⁵⁶⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2013, p. 918.

⁵⁶¹ Sobre o tema, conferir Corte IDH. Opinião Consultiva n. 14, emitida em 09/12/1994, solicitada pela Comissão IDH. Responsabilidade Internacional pela expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção (artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos).

⁵⁶² Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 30/05/1999, Série C n. 52, § 202.

Assim, o Estado ofende a Convenção: (i) ao não estabelecer as normas exigidas pelo artigo 2º ou (ii) adotando disposições normativas que não estejam em conformidade com as obrigações decorrentes da Convenção⁵⁶³. Esta medida independe de qual tipo de norma foi adotada em conformidade com a ordem jurídica interna, pois o cumprimento de uma exigência constitucional nem sempre impede que uma legislação aprovada pelo parlamento esteja violando as disposições relacionadas aos direitos humanos⁵⁶⁴.

⁵⁶³ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 13, emitida em 16/07/1993, solicitada pela Argentina e pelo Uruguai. *Certas Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos* (artigos 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), §§ 26-27: “Son muchas las maneras como un Estado puede violar un tratado internacional y, específicamente, la Convención. En este último caso, puede hacerlo, por ejemplo, omitiendo dictar las normas a que está obligado por el artículo 2. También, por supuesto, dictando disposiciones que no estén en conformidad con lo que de él exigen sus obligaciones dentro de la Convención. Si esas normas se han adoptado de acuerdo con el ordenamiento jurídico interno o contra él, es indiferente para estos efectos. En estas circunstancias, no debe existir ninguna duda de que la Comisión tiene a ese respecto las mismas facultades que tendría frente a cualquier otro tipo de violación y podría expresarse en las mismas oportunidades en que puede hacerlo en los demás casos. Dicho de otro modo, el hecho de que se trate de “leyes internas” y de que estas hayan sido “adoptadas de acuerdo con lo dispuesto por la Constitución”, nada significa si mediante ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos. Las atribuciones de la Comisión en este sentido no están de manera alguna restringidas por la forma como la Convención es violada.”

⁵⁶⁴ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 06, emitida em 09/05/1986, solicitada pelo Uruguai. A expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, § 22: “la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no queden al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona, dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución. A través de este procedimiento no sólo se inviste a tales actos del asentimiento de la representación popular, sino que se permite a las minorías expresar su inconformidad, proponer iniciativas distintas, participar en la formación de la voluntad política o influir sobre la opinión pública para evitar que la mayoría actúe arbitrariamente. En verdad, este procedimiento no impide en todos los casos que una ley aprobada por el Parlamento llegue a ser violatoria de los derechos humanos, posibilidad que reclama la necesidad de algún régimen de control posterior, pero sí es, sin duda, un obstáculo importante para el ejercicio arbitrario del poder.”

Logo, por meio da jurisprudência da Corte IDH – em especial sobre o artigo 2º da Convenção Americana – consegue-se vislumbrar a dimensão constitucional dos instrumentos interamericanos de proteção dos direitos humanos⁵⁶⁵.

1.2.3 EXEMPLOS SOBRE O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ABSTRATO EM SEDE INTERNACIONAL

A essência do exercício de fiscalização abstrata da convencionalidade foi possível por meio da etapa evolutiva gerada pela análise dos casos contenciosos por parte da Corte IDH. Nestes casos, foram determinados que os atos normativos dos Estados careceriam de efeitos jurídicos, como em *Barrios Altos vs. Peru*⁵⁶⁶, *Almonacid Arellano vs. Chile*⁵⁶⁷, *Gomes Lund vs. Brasil*⁵⁶⁸ e *Gelman vs. Uruguai*⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 28.

⁵⁶⁶ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 51, ponto resolutivo n. 4, em que a Corte declara “que las leyes de amnistía N° 26479 y N° 26492 son incompatibles con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y, en consecuencia, carecen de efectos jurídicos”.

⁵⁶⁷ Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C, n. 154, § 171, ponto resolutivo n. 6: “El Estado debe asegurarse que el Decreto Ley No. 2.191 no siga representando un obstáculo para la investigación, juzgamiento y, en su caso, sanción de los responsables de otras violaciones similares acontecidas en Chile, conforme a lo señalado en el párrafo 145 de esta Sentencia”.

⁵⁶⁸ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219, § 325, ponto resolutivo n. 3: “Las disposiciones de la Ley de Amnistía brasileña que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos son incompatibles con la Convención Americana, carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso, ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana ocurridos en Brasil”.

⁵⁶⁹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, § 312, ponto resolutivo n. 11: “El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia”.

Em outros casos, a Corte IDH também desempenhou o controle de convencionalidade repressivo e em abstrato em sede internacional. No Caso *Raxcacó Reyes vs. Guatemala*, a Corte IDH realizou o controle de convencionalidade abstrato entre a Convenção Americana e o Código Penal da Guatemala. Esta disposição normativa interna infringiu o conteúdo material do Pacto de San José ao permitir a pena de morte em determinadas circunstâncias, de tal forma que a Corte determinou que o Estado não ditasse a pena de morte e nem executasse os condenados pelo delito de fraude e sequestro⁵⁷⁰.

Neste caso, como ponto resolutivo a Corte IDH determinou que o Estado deve modificar o artigo 201 do Código Penal da Guatemala em um prazo razoável. Esta disposição tem o fim de permitir a estruturação de tipos penais diversos e específicos, com o intuito de estabelecer as diferentes formas de plágio ou sequestro em função de suas características. Também deve ser levado em consideração a gravidade dos fatos e as circunstâncias do delito, com a correspondente previsão de sanções distintas, proporcionais para individualizar a pena de maneira adequada com os fatos e com as características pessoais do autor do crime, em consonância com o estabelecimento do mínimo e máximo abstrato de cominação penal. O Tribunal fixou ainda que a modificação da legislação interna não poderá ampliar o rol de delitos sancionados com a pena de morte, conforme previsão normativa anterior à ratificação da Convenção Americana⁵⁷¹.

⁵⁷⁰ No caso em comento, o peticionário *Roland Raxcacó Reyes* foi condenado pela pena de morte por ter cometido os delitos de fraude e sequestro. No entanto, a pena de morte não se encontrava prevista no Código Penal no momento em que a Guatemala ratificou a Convenção Americana. Somente se admitia a pena de morte quando - na ocorrência desta fato típico - a pessoa sequestrada falecesse pela ação delituosa, o que não era o caso em apreço (Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 15/09/2005, Série C n. 133, § 145, pontos resolutivos n.(s) 5, 6, 7 e 8).

⁵⁷¹ Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 15/09/2005, Série C n. 133, § 145, pontos resolutivos n. 5: “El Estado debe modificar, dentro de un plazo razonable, el artículo 201 del Código Penal vigente, de manera que se estructuren tipos penales diversos y específicos para determinar las diferentes formas de plagio o secuestro, en función de sus características, la gravedad de los hechos y las circunstancias del delito, con la correspondiente previsión de punibilidades diferentes, proporcionales a aquéllas, así como la atribución al juzgador de la potestad de individualizar las penas en forma consecuyente con los datos del hecho y el autor, dentro de los extremos máximo y mínimo que deberá consagrar cada conminación penal. Esta modificación en ningún caso ampliará el catálogo de delitos

O segundo elemento que determinou a modificação da ordem jurídica interna neste julgamento é a adoção de procedimento que garanta a toda a pessoa condenada à morte o direito de solicitar e, dependendo do caso, obter indulto. Este procedimento deve estar adequado à regulamentação que estabeleça os pressupostos para procedência e o respectivo trâmite de concessão. Desse modo, nestes casos a sentença de execução deve ser suspensa enquanto a questão referente ao indulto ou a comutação solicitados pelos presos estiver sendo processada⁵⁷².

No entanto, a essência da atuação da fiscalização de convencionalidade em abstrato está na condenação da Corte IDH em deixar sem efeitos a pena imposta ao peticionário Raxcacó Reyes e determinar a emissão de outra sentença para o peticionário – sem a necessidade de um novo processo – que não contenha a condenação à pena de morte. A ser prolatada em um prazo razoável, o Estado deve assegurar que a sentença contenha nova pena proporcional à natureza e à gravidade do delito, bem como leve em conta as circunstâncias atenuantes e agravantes demonstradas pelo fato delituoso. Antes de se proferir a sentença, as partes devem ter a oportunidade de exercer o contraditório e a ampla defesa por meio do direito à realização de audiência sobre o caso⁵⁷³.

sancionados con la pena capital previsto con anterioridad a la ratificación de la Convención Americana.”

⁵⁷² Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 15/09/2005, Série C n. 133, § 145, pontos resolutivos n. 7: “El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, un procedimiento que garantice que toda persona condenada a muerte tenga derecho a solicitar y, en su caso, obtener indulto, conforme a una regulación que establezca la autoridad facultada para concederlo, los supuestos de procedencia y el trámite respectivo. En estos casos no debe ejecutarse la sentencia mientras se encuentre pendiente la decisión sobre el indulto o la conmutación solicitados.”

⁵⁷³ Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 15/09/2005, Série C n. 133, § 145, pontos resolutivos n. 8: “El Estado debe dejar sin efectos la pena impuesta al señor Raxcacó Reyes en la sentencia del Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente (supra párr. 43.10) dentro de un plazo razonable y, sin necesidad de un nuevo proceso, emitir otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte. El Estado deberá asegurar que la nueva pena sea proporcional a la naturaleza y gravedad del delito que se persigue, y tome en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren concurrir en el caso, para lo cual, previamente a dictar sentencia, ofrecerá a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia.”

Outro exemplo deste controle concentrado e abstrato de convencionalidade ocorreu no Caso *Boyce e outros vs. Barbados*, em que no plano interno foi realizada apenas o exame constitucional da questão. Não foram observadas pelo caso as obrigações que o Estado Parte possui perante a Convenção Americana e nem a jurisprudência da Corte IDH, havendo a invocação do direito interno em descumprimento ao artigo 26 da Convenção de Viena sobre os Direitos dos Tratados⁵⁷⁴.

Neste caso, além de determinar a comutação da pena de morte de uma das vítimas, a Corte IDH determinou que o Estado Parte assegurasse a exclusão da pena de morte do sistema jurídico interno. Ordenou, ainda, a alteração da Constituição de Barbados – sobretudo em relação a seu artigo 26 –, a fim de excluir a condição de impossibilidade de impugnação da legislação existente. Ao final, fixou a necessidade de posterior harmonização da Constituição e da legislação de Barbados com a Convenção Americana⁵⁷⁵.

⁵⁷⁴ Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20/11/2007, Série C n. 169, § 77: “El Estado debe dejar sin efectos la pena impuesta al señor Raxcacó Reyes en la sentencia del Tribunal Sexto de Sentencia Penal, Narcoactividad y Delitos contra el Ambiente (supra párr. 43.10) dentro de un plazo razonable y, sin necesidad de un nuevo proceso, emitir otra que en ningún caso podrá ser la pena de muerte. El Estado deberá asegurar que la nueva pena sea proporcional a la naturaleza y gravedad del delito que se persigue, y tome en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes que pudieren concurrir en el caso, para lo cual, previamente a dictar sentencia, ofrecerá a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de audiencia”.

⁵⁷⁵ Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20/11/2007, Série C n. 169, § 138, pontos resolutivos n. 6, 7 e 8: “El Estado debe conmutar, formalmente, la pena de muerte del señor Michael McDonald Huggins, dentro de un plazo de seis meses, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, en los términos de los párrafos 127(a) a 128 del presente Fallo. El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, aquellas medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que no se imponga la pena de muerte de manera tal que contravenga los derechos y libertades garantizados en la Convención y, en especial, que no se imponga a través de una sentencia obligatoria, en los términos de los párrafos 127(b) a 128 de este Fallo. El Estado debe adoptar, dentro de un plazo razonable, contado a partir de la fecha de notificación de la presente Sentencia, aquellas medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias para asegurar que la Constitución y la legislación de Barbados cumplan con la Convención Americana y, en especial, eliminar el efecto del artículo 26 de la Constitución de Barbados con respecto a la inimpugnabilidad de las “leyes existentes”, en los términos de los párrafos 127(c) a 128 de este Fallo”.

Esta adequação normativa⁵⁷⁶ implica na adoção de medidas em duas vertentes: (i) a supressão de normas e práticas de qualquer natureza que promovam a violação das garantias previstas na Convenção ou que desconheçam os direitos reconhecidos, bem como obstem o seu exercício; e (ii) a elaboração de normas e o desenvolvimento de práticas que conduzam à efetiva observância das garantias previstas na Convenção Americana. A adoção destas medidas destacam a importância da defesa e da observância dos direitos humanos à luz dos compromissos internacionais na perspectiva da compreensão justa sobre o tema⁵⁷⁷.

Esta modalidade de controle abstrato de convencionalidade realizada pela Corte IDH também se dirige ao sistema jurídico nacional dos Estados, com fundamento na confrontação entre o fato ocorrido e as normas da Convenção Americana. Em tese, a Corte IDH apenas pode confrontar os fatos ocorridos no sistema jurídico nacional – leis, atos administrativos e demais disposições normativas – com as normas da Convenção. E, nesse aspecto, resolver se existe congruência entre aqueles e estas, para determinar se haverá a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento das obrigações que envolvem a proteção dos direitos humanos.

A consequência imediata do exame da convencionalidade é que as obrigações impostas pelo direito internacional devem ser cumpridas de boa fé, de modo que

⁵⁷⁶ HITTERS, Juan Carlos. Ob. cit., 2009.

⁵⁷⁷ Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 12/08/2008, Série C n. 186, § 180: “La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías . Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”, según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos”.

não se pode invocar a aplicação das normas jurídicas contidas nos sistemas jurídicos nacionais para não estabelecer o cumprimento de referidas obrigações⁵⁷⁸.

Logo, por meio do controle de convencionalidade, a Corte IDH impõe o caráter vinculante de sua jurisprudência, sobretudo na forma como esta se projeta sobre as normas dos Estados Nacionais, como seu julgamento é recebido pelas jurisdições internas e o desempenho do cumprimento de sua decisão pelas autoridades nacionais⁵⁷⁹.

Esta interatividade com o conteúdo essencial da Convenção Americana – realizada pela Corte IDH – pode ser exercida também por outros atores, sobretudo os atores que compõe o sistema jurídico nacional.

1.3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE REALIZADO PELO JUIZ NACIONAL

A Corte IDH considera que o controle de convencionalidade deve ocorrer no plano interno⁵⁸⁰, a partir da obediência dos Estados Partes aos artigos 1º, item 1, e 2º da

⁵⁷⁸ Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, § 125 e Corte IDH. Opinião Consultiva n. 14, emitida em 09/12/1994, sobre Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis Violadoras da Convenção (artigos 1º e 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), § 35. Este, inclusive, é o posicionamento do artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados: “Direito Interno e Observância de Tratados - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

⁵⁷⁹ A discussão sobre o caráter vinculante dos julgamentos da Corte IDH está atrelado à apreciação da coisa julgada internacional, que será apreciada em capítulo próprio.

⁵⁸⁰ Esta é a linha de pensamento da Corte IDH de que todas as autoridades e todos os órgãos do Estado têm a obrigação de exercer o controle de convencionalidade: “La responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. Esto se asienta en el principio de complementariedad (subsidiariedad), que informa transversalmente el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el cual es, tal como lo expresa el Preámbulo de la misma Convención Americana, ‘coadyuvante o complementario de la [protección] que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’. De tal manera, el Estado ‘es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos’. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y

Convenção Americana. Depois, caso haja o eventual descumprimento destes dispositivos, somados a outras normas convencionais, a Corte IDH exerce sua jurisdição, por meio de um controle dinâmico e complementar⁵⁸¹, com o escopo de alcançar a compensação constitucional para a implementação dos direitos humanos no plano dos Estados Partes.

A convencionalidade almejada e controlada pela Corte IDH tem como exigência a existência de conformidade entre os atos normativos emanados do sistema jurídico nacional com os compromissos internacionais assumidos pelos Estados. Estes compromissos geram aos países determinados deveres e reconhecem, por consequência, certos direitos aos indivíduos⁵⁸².

No âmbito do Sistema Interamericano, o artigo 2º da Convenção Americana constitui um compromisso assumido pelos Estados Partes signatários do conteúdo essencial convencional. Este compromisso envolve a adoção das medidas legislativas – ou de outra natureza – necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades previstos na Convenção Americana, de acordo com as disposições de referida Convenção e de suas normas constitucionais.

Além da Constituição, da legislação existente e dos atos normativos, caracterizados como as “medidas legislativas” apontadas pelo artigo 2º da Convenção Americana, as sentenças, decisões judiciais e precedentes dos Tribunais entrariam na hipótese interpretativa deste artigo. A exegese em torno destes elementos decisórios justifica-

órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’” (Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30/11/2012, Série C n. 259, § 142).

⁵⁸¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 670.

⁵⁸² Esta adequação normativa à Convenção de Direitos Humanos, inclusive, pode ser realizada nos projetos de lei ou em propostas de alteração do texto constitucional, a fim de verificar a compatibilidade jurídica com os ditames convencionais. Nesse caso, a Corte IDH realiza o controle prévio de convencionalidade, a fim de verificar as propostas de modificação do sistema jurídico interno com o *standard interamericano*, criado pela Corte IDH com os julgamentos que interpretaram o texto normativo da Convenção Americana (REY CANTOR, Ernesto. Ob. cit., 2008, p. LIII).

se para equipará-los a produto de ativação do controle de convencionalidade no âmbito do sistema jurídico nacional, em decorrência da omissão normativa quanto à implementação dos direitos e liberdades convencionais⁵⁸³.

O exercício do controle de convencionalidade que os juízes nacionais devem praticar implica examinar – no âmbito da competência atribuída pela ordem jurídica nacional – se as normas jurídicas internas não violam as disposições normativas determinadas pela Convenção Americana. Esta modalidade de controle de convencionalidade implica em reconhecer que o direito vigente e vinculante não é apenas o previsto no sistema jurídico nacional, mas também o previsto pelas fontes internacionais. Nesse sentido, as duas fontes normativas devem ser asseguradas e garantidas pela concretização de suas atribuições jurisdicionais, de modo que a ausência de sua observância implicará na responsabilização internacional do Estado⁵⁸⁴.

Desse modo, os instrumentos internacionais são imediatamente aplicáveis no âmbito do sistema jurídico nacional, de maneira que os juízes nacionais são autorizados a realizar o controle de convencionalidade⁵⁸⁵.

Nesse contexto, a Corte IDH sistematizou a obrigação dos juízes nacionais em exercer o controle de convencionalidade de ofício – isto é, apreciar a conformidade da ordem jurídica interna com a Convenção Americana e outros tratados no plano interamericano⁵⁸⁶.

No âmbito do Sistema Interamericano, a Corte IDH promove uma inovação no direito internacional com este tipo de controle de convencionalidade. Ela exige que os juízes nacionais internalizem em sua atividade jurisdicional que também são juízes interamericanos no plano nacional. Eles devem sempre garantir a aplicação da Convenção Americana e dos pactos complementares, para o fim de impedir que os direitos e garantias assegurados sejam afetados por disposições normativas de direito interno. Estas disposições

⁵⁸³ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Ob. cit., 2008, p. XXI.

⁵⁸⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2012, p. 1170.

⁵⁸⁵ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Ob. cit., 2008, p. XXII.

⁵⁸⁶ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 30.

também incluem condutas e atos de agentes do Estado que desconheçam os *standards* estabelecidos convencionalmente, consoante a interpretação formulada pela Corte IDH⁵⁸⁷.

Esta medida visa, sobretudo, inaugurar uma nova etapa de melhor proteção do ser humano, a fim de consolidar o ambiente protetivo, em harmonia com a esfera internacional. Devem os Estados aplicarem as normas internacionais diretamente, no âmbito do processo de tomada de decisão de seus Tribunais, por meio da extensão da metodologia do controle de convencionalidade, o qual é exercido pela Corte IDH⁵⁸⁸.

Neste aspecto, os Estados Partes da Convenção Americana devem se abster de proferir decisões judiciais que se revelem arbitrárias e vulnerarem os direitos humanos, cuja consequência é a declaração judicial de ausência de eficácia jurídica da proteção humana⁵⁸⁹.

Por essa razão, os órgãos jurisdicionais dos Estados se encontram vinculados direta e imediatamente pelos direitos assegurados no texto convencional, ainda mais quando o ordenamento jurídico do Estado – ao ratificar a Convenção – a converte em direito nacional (sem que esta deixe de ser simultaneamente direito internacional)⁵⁹⁰.

Assim, nesta dupla dimensão de natureza nacional e internacional, a norma convencional vincula os juízes de jurisdição ordinária, constitucional e especial, de tal

⁵⁸⁷ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2012, p. 1170.

⁵⁸⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Ob. cit., 2008, p. XXIII.

⁵⁸⁹ Como exemplo desta situação, está a discussão sobre a liberdade de expressão e pensamento travada em Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 22/11/2005, Série C n. 135.

⁵⁹⁰ Juan Carlos Hitters defende que a Convenção Americana guarda *status* de norma supranacional (HITTERS, Juan Carlos. Ob. cit., 2009.). O Juiz Roberto Caldas, em voto concorrente no Caso Gomes Lund vs. Brasil, considera a Convenção Americana como norma supraconstitucional, ao equipará-la a uma “Constituição supranacional atinente a Direitos Humanos” (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219. Voto concorrente do Juiz Roberto de Figueiredo Caldas, § 5º). Manuel Eduardo Góngora Mera considera a Convenção Americana como norma pertencente aos Estados, visto que o Sistema Interamericano tem a qualidade de sistema “internacional” (entre Estados), e não supranacional (para além dos Estados), como o direito comunitário, por exemplo (GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011).

maneira que estes devem respeitar e garantir os atributos dos direitos humanos previstos convencionalmente⁵⁹¹.

Dessa forma, a obrigação normativa do artigo 2º da Convenção Americana tem a finalidade de facilitar a função do Poder Judicial dos Estados Nacionais. Com o texto convencional, o intérprete terá uma opção clara de como implementar fundamentos normativos no processo de tomada de decisão em matéria de direitos humanos. Ainda que haja a falha do Poder Legislativo do Estado em harmonizar e implementar o conteúdo material dos direitos humanos, a esfera judicial permanece vinculada ao dever de garantia previsto no artigo 1º, item 1, de tal forma que deve se abster de aplicar determinada normativa interna que vulnere o texto convencional. Isto porque o cumprimento de legislação interna que viole o texto da Convenção implica na responsabilidade internacional do Estado, a qual é estabelecida pela prática costumeira agregada ao direito internacional dos direitos humanos⁵⁹².

Logo, a realidade jurídica apresentada pelos dispositivos convencionais faz com que as obrigações internacionais vinculem também os juízes nacionais. Realiza-se esta vinculação com o escopo de que seus atos jurisdicionais não possam vulnerar os direitos

⁵⁹¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2012, p. 1170-1171.

⁵⁹² Os fundamentos podem ser contextualizados em Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C, n. 154, § 123: “La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”. Esta linha de pensamento também foi desenvolvida em Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04/07/2006, Série C n. 149, § 172 e Corte IDH. *Caso Baldeón García vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 06/04/2006, Série C n. 147, § 140.

humanos, impedindo que incida sobre o Estado a responsabilidade internacional por violação dos direitos humanos na sua qualidade de Estado juiz⁵⁹³.

A obrigação dos juízes nacionais de tornar concreto e efetivo o controle de convencionalidade foi reiterada de maneira uniforme em diversos julgamentos da Corte IDH⁵⁹⁴. Porém, no Caso “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú”, o Tribunal Interamericano delineou adequadamente o controle de convencionalidade, realizando a transição para o exercício do controle de convencionalidade de ofício pelos órgãos do Poder Judiciário entre as normas internas e a Convenção Americana⁵⁹⁵.

De outro lado, no Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, a Corte IDH introduz novas prescrições sobre o desenvolvimento do controle de convencionalidade pelas jurisdições nacionais. Neste caso, o Tribunal reconhece que as autoridades nacionais estão vinculadas ao cumprimento da lei e da Constituição. Porém, acentua que ao fazer parte de um tratado como a Convenção Americana, todos os órgãos e agentes do Estado – incluindo os magistrados – estão submetidos aos efeitos decorrentes da Convenção Americana. Por essa razão, os magistrados de todos os níveis estão obrigados a exercer o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana

⁵⁹³ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n. 135, p. 1167-1220, 2012, p. 1170-1171.

⁵⁹⁴ É a hipótese dos julgamentos *La Cantuta vs. Peru* - Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, § 173 - e Corte IDH. *Caso Norín Catrín e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/05/2014, Série C n. 279, § 436.

⁵⁹⁵ Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Perú*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2006, Série C n. 158, § 128: “Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”

– de ofício –, de modo a se aterem não apenas ao texto do tratado, mas à interpretação conferida pela Corte IDH sobre a Convenção Americana⁵⁹⁶.

Esta perspectiva delineada pela Corte IDH tem sido reiterada em diversos casos⁵⁹⁷, cujo objeto é delineado a partir da obrigação de concretizar o controle de convencionalidade, a fim de que seja este efetivamente desempenhado pelas jurisdições nacionais. Estas, por sua vez, podem auxiliar a Corte no avanço e no desenvolvimento dos padrões de interpretação dos direitos humanos no plano interamericano.

Nesse aspecto, quando a Corte IDH se refere a juízes nacionais, ela não está se limitando apenas aos juízes ordinários que integram o Poder Judiciário dos Estados. Refere-se também a todos os órgãos – e em todos os níveis – que participam da

⁵⁹⁶ Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/11/2010, Série C n. 220, § 225: “Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos judiciales vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”

⁵⁹⁷ Diversos casos fixaram o desenvolvimento deste ponto de vista da Corte, com os casos Corte IDH. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12/08/2008, Série C n. 186, § 180; Corte IDH. *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2009, Série C n. 209, § 339; Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 26/05/2010, Série C n. 213, § 208, nota n. 307; Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/08/2010, Série C n. 214, § 311; Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, § 193; Corte IDH. *Caso López Mendonza vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 01/09/2011, Série C n. 233, § 226 e Corte IDH. *Caso Norín Catrín e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do Povo Indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/05/2014, Série C n. 279, § 436.

administração da justiça, o que inclui também as Cortes Constitucionais, os órgãos que exerçam a jurisdição eleitoral⁵⁹⁸, e a todo o magistrado com competência especial delimitada por seu sistema jurídico nacional⁵⁹⁹.

Além do mais, os magistrados nacionais – de todas as instâncias – devem exercer o controle de convencionalidade contra normas internas que vulnerarem os direitos previstos no texto convencional. Tais juízes devem assegurar o objeto e o fim da Convenção, por meio da integração – no processo de tomada de decisão – dos atributos e das garantias dos direitos assegurados pela Convenção Americana e as convenções complementares ao Sistema Interamericano, com escopo de garantir o efeito útil ao dever de garantia dos direitos humanos⁶⁰⁰.

Cada vez que um magistrado – dentro de suas competências e consoante os procedimentos estabelecidos na ordem jurídica nacional – deixa de aplicar o conjunto normativo previsto na Convenção Americana, que assegura os direitos fundamentais, estará violando os direitos humanos e gerando a responsabilidade internacional do Estado⁶⁰¹.

Por essa razão, o controle de convencionalidade no âmbito dos Estados concretiza-se como uma espécie de comunicação interjurisdicional entre a Corte IDH e os magistrados nacionais⁶⁰² – uma “viva interação”⁶⁰³ – que se apresenta como “diálogo

⁵⁹⁸ BUSTILLO MARÍN, Roselia. *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. Líneas jurisprudenciales*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, s/a.

⁵⁹⁹ BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El Control de Convencionalidad*. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos | Facultad de Derecho | Universidad de Chile e Bogotá, Colômbia: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012.

⁶⁰⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2013, p. 926.

⁶⁰¹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Ob. cit., 2013, p. 928-929.

⁶⁰² Corte IDH. *Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/11/2010, Série C n. 220. Voto concorrente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor, § 7º: “Esta “interacción” se convierte, en realidad, en una “viva interacción” con intensos vasos comunicantes que propician el “diálogo jurisprudencial”, en la medida en que ambas jurisdicciones (la doméstica y la internacional) necesariamente deben atender a la normatividad “nacional” y a la “convencional” en determinados supuestos”.

jurisprudencial⁶⁰⁴, mas confere ênfase ao controle desenvolvido pela jurisprudência da Corte IDH. Nesse aspecto, a Corte IDH almeja que os tribunais nacionais implementem o conteúdo material desenvolvido pela Corte IDH – com escassa margem nacional de apreciação pelos Estados⁶⁰⁵.

Poucos são os casos em que a interatividade ocorre com o uso da jurisprudência dos tribunais nacionais pela Corte IDH, fazendo menção apenas aos julgamentos que cumprem os parâmetros definidos por ela⁶⁰⁶. No entanto, é importante assinalar que a linha jurisprudencial de desenvolvimento do conteúdo material da Corte IDH tem contribuído para que os Estados inovem no sistema jurídico nacional. Isto ocorre a partir da retirada do conjunto de normas jurídicas contrárias a Convenção, o que possibilita a melhora das condições estruturais que conferem a efetividade dos direitos humanos no âmbito dos Estados Nacionais⁶⁰⁷.

Para ocorrer esta interatividade entre a Corte IDH e os Estados, sobretudo, promovida pelo controle de convencionalidade, é necessário que os Estados sejam receptivos com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, a evolução desta receptividade está associada ao desenvolvimento da doutrina do bloco de constitucionalidade, seja ela no âmbito dos Estados, seja no contexto dos

⁶⁰³ GARCÍA-SAYÁN, Diego. Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos. In: Corte IDH. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2005, p. 323-384.

⁶⁰⁴ A ênfase sobre o diálogo jurisprudencial entre as Cortes será trabalhada em Capítulo próprio, a partir das referências de FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.

⁶⁰⁵ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑES POBLETE, Manuel. *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2014. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3160>>. Acesso em: 06/12/2014.

⁶⁰⁶ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, § 232.

⁶⁰⁷ ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 06, n. 11. Disponível em: <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm>. Acesso em: 16/01/2015.

julgamentos proferidos pela Corte IDH, como instrumento para a construção criativa do constitucionalismo compensatório em matéria de direitos humanos.

2 A FORMAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE INTERAMERICANO COMO INSTRUMENTO DE CONSTRUÇÃO CRIATIVA DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

O termo bloco de constitucionalidade apresenta-se como conceito heterogêneo no âmbito dos países da América Latina. Trata-se de conceito com diversos significados, sendo possível delinear parâmetros comuns para sua versão latino-americana.

O bloco de constitucionalidade é um instituto intensamente utilizado pelos sistemas jurídicos constitucionais contemporâneos. Sua principal função é de agregar todas as normativas que detêm *status* constitucional. O que há de comum em relação aos sistemas constitucionais da América Latina diz respeito a seu âmbito de aplicação inaugural, o qual se encontra no contexto da fiscalização abstrata de constitucionalidade realizada pelos diversos tipos de justiças constitucionais⁶⁰⁸.

Primando-se pela sua gênese dinâmica e evolutiva, o conceito de bloco de constitucionalidade sofre variações conceituais a depender de sua análise. No primeiro momento, o bloco de constitucionalidade é visto como parte da constituição. A sua finalidade é ser parâmetro normativo para o exercício do controle de constitucionalidade, em referência à dogmática do mecanismo de “parâmetro de controle”⁶⁰⁹.

No segundo momento, há o alargamento da doutrina do bloco, a fim de abarcar o conteúdo material de tratados internacionais em matéria de direitos humanos⁶¹⁰. Esta incorporação dos tratados de direitos humanos no bloco de constitucionalidade tem como finalidade: (i) realizar a interface do direito internacional dos direitos humanos com a constituição; e (ii) tornar o direito internacional dos direitos humanos parte do parâmetro normativo para o exercício do controle de constitucionalidade.

⁶⁰⁸ Sobre o tema, conferir as lições de FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.

⁶⁰⁹ No sentido, conferir o ensinamento de CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

⁶¹⁰ PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 19, p. 67-93, 2012.

Esta inserção é feita de forma expressa pelo texto constitucional, mediante (i) cláusulas de equiparação dos tratados em matéria de direitos humanos como normas constitucionais; (ii) cláusulas abertas, que permitem a inserção dos direitos humanos no bloco de constitucionalidade por meio da interpretação; e (iii) pela via jurisprudencial, com as decisões emanadas pelas cortes constitucionais⁶¹¹.

Na configuração do direito constitucional comum latino-americano, a expansão da doutrina do bloco de constitucionalidade oferece grande potencial para a convergência de padrões normativos em matéria de direitos humanos.

Nesta parte do capítulo, serão estudadas as origens da doutrina do bloco de constitucionalidade, desde a influência europeia até a sua migração para a América Latina. Em seguida, será analisada a difusão da doutrina do bloco de constitucionalidade para os países da América Latina, e como o conceito ganhou vida própria por meio do desenvolvimento do instituto pelas cortes constitucionais latino-americanas.

A última parte do capítulo será destinada à evolução do bloco de constitucionalidade pela Corte IDH. Com a ideia de bloco constitucionalidade associada ao conjunto de valores constitucionais, o instituto superaria a categoria constitucional dos Estados e atingiria outros instrumentos normativos com o conteúdo constitucional revelado, como a Convenção Americana.

Nesse ponto, o bloco de constitucionalidade desenvolvido pela Corte IDH apresenta-se como novo processo no cenário internacional, que aperfeiçoa o controle de convencionalidade é compõe a estrutura de concretização do constitucionalismo compensatório protagonizado pelo Tribunal Interamericano.

Para conhecer como a Corte IDH delinea a construção do seu bloco de constitucionalidade interamericano, é necessário vislumbrar a etapa evolutiva deste instituto

⁶¹¹ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La difusión del Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

no seio da teoria constitucional para, em sequência, visualizar a contribuição da Corte IDH na construção deste novo perfil de matriz interpretativa.

2.1 A ORIGEM EUROPEIA DA DOCTRINA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

A doutrina do bloco de constitucionalidade é de origem europeia. O conceito foi delineado inicialmente pelo Conselho Constitucional francês, em 1971⁶¹², tendo o bloco como parte da Constituição material. O Conselho Constitucional francês incluiu dentro do parâmetro de constitucionalidade os 89 artigos da Constituição de 1958, as normas mencionadas em seu preâmbulo, a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e os princípios consagrados no preâmbulo da Constituição de 1946⁶¹³.

O segundo modelo apresentado para a doutrina do bloco de constitucionalidade foi o construído pela Espanha. Na matriz espanhola, o bloco de constitucionalidade foi adotado como instrumento de resolução de conflitos federativos de competência entre o Estado e as comunidades autônomas. Estão incluídos no bloco as normas constitucionais, os estatutos autônomos e as leis orgânicas que regulam a distribuição de competências entre as ordens territoriais⁶¹⁴.

A Itália apresenta-se como terceiro modelo europeu de desenvolvimento do bloco de constitucionalidade. O conceito de bloco italiano está associado com a noção de “norma interposta”. Esta norma é definida com *status* de lei ordinária, mas por disposição explícita da Constituição, une ou limita outras normas como um parâmetro de controle de constitucionalidade. Desse modo, existem normas de nível legal que se atribui “valor constitucional” ao ser parte do parâmetro de controle de constitucionalidade, mas carecem de hierarquia constitucional⁶¹⁵.

⁶¹² FRANÇA. Conselho Constitucional da França. Decisão n. 71-44 DC, de 16/07/1971.

⁶¹³ JAN, Pascal. Le Conseil constitutionnel. *Pouvoirs*, v. 99, n. 4, p. 71-86, 2001.

⁶¹⁴ Sobre o tema, conferir MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. Comunidades Autónomas y Unión Europea: hacia una mejora de la participación directa de las Comunidades Autónomas en el proceso decisorio comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 22, p. 759-805, set./dez. 2005.

⁶¹⁵ A relação federativa do bloco de constitucionalidade italiano pode ser observada em SANTONOCITO, Ivana Maria Letizia. Il New Federalism ed Il Processo di Integrazione Europea-Compound Democracies a confronto. Catânia/Sicília, Itália: UNICT, 2012.

As normas que geralmente são introduzidas no bloco de constitucionalidade italiano são a constituição, os princípios sobre as competências das entidades regionais italianas, as leis que limitam os poderes legislativos do Poder Executivo.

Em função da postura dualista adotada pela Corte Constitucional italiana, os tratados possuem hierarquia legal. Com a reforma constitucional realizada, a Corte Constitucional italiana tem reconhecido a obrigação de interpretação conforme com a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Por meio desta via, tem reconhecido a Convenção como norma interposta, isto é, como parâmetro metodológico para o exame do controle de constitucionalidade, mas sem hierarquia constitucional.

Nestes três países, o conceito do bloco está relacionado com o conjunto de normas que conformam o parâmetro de constitucionalidade, o que inclui o texto constitucional e uma série de normas de origem nacional, que não pertencem à constituição e podem ter o mesmo nível das normas cuja inconstitucionalidade está em discussão.

Estes modelos se diferenciam conforme a função desempenhada no ordenamento jurídico interno. No caso francês, o bloco é composto por direitos humanos reconhecidos em instrumentos normativos nacionais prévios, que não foram incorporados de maneira explícita no texto constitucional vigente. Nos modelos espanhol e italiano, a função primordial do bloco diz respeito à regulação da distribuição de competências entre o Estado e as autoridades regionais.

Estes dois modelos tiveram diferentes graus de influência nos primeiros países que recepcionaram a ideia de bloco de constitucionalidade na América Latina. Panamá adotou a doutrina francesa no ano de 1990. Em 1993, Costa Rica e Colômbia combinaram a experiência francesa com a espanhola. Entre 1996 e 2004, o Peru se inspirou na doutrina italiana.

Nesse contexto, faz-se necessário compreender como a doutrina do bloco de constitucionalidade avançou nos Estados da América Latina, momento em que apresentou importante desenvolvimento para o direito internacional dos direitos humanos.

2.2 A DIFUSÃO DA DOUTRINA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NOS ESTADOS DA AMÉRICA LATINA

A doutrina do bloco de constitucionalidade foi introduzida no Panamá por sua jurisprudência constitucional. Na sentença de 24/07/1990, a Corte Suprema de Justicia do Panamá (doravante CSJ-Panamá) reconheceu a hierarquia constitucional do artigo 8º da Convenção Americana. Neste julgamento, ficou estabelecido que as garantias judiciais previstas no texto convencional integravam o “bloco de constitucionalidade”, em conjunto com o artigo 32 da Constituição do Panamá, referente às normas do devido processo⁶¹⁶.

A CSJ-Panamá teve como fundamento o artigo 4º da Constituição do Panamá, o qual estabelece que referido país obedece as normas de direito internacional. A partir desta referência normativa geral, a CSJ-Panamá conferiu hierarquia constitucional a alguns instrumentos internacionais, sob a condição de que não afetariam a soberania e a autodeterminação do Estado do Panamá. Nesse aspecto, a doutrina do bloco de constitucionalidade orientou-se a reconciliar o direito interno com o direito internacional⁶¹⁷.

Por sua vez, a Costa Rica adotou procedimento parecido. Por meio da sentença de esclarecimento, proferida em 10/11/1993, a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justicia da Costa Rica (doravante SC-CSJ-Costa Rica) adotou a doutrina do bloco de constitucionalidade como instrumento de harmonização entre a ordem constitucional interna e o direito internacional dos direitos humanos⁶¹⁸.

Esta harmonização foi possível tendo em vista que a SC-CSJ-Costa Rica fundamentou seu posicionamento na Lei da Jurisdição Constitucional, de 1989, que estabelece sua competência para verificar a compatibilidade da ordem constitucional interna com o direito internacional⁶¹⁹.

⁶¹⁶ PANAMÁ. Corte Suprema de Justicia. Sentença de 24/07/1990.

⁶¹⁷ HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, a. XXV, n. 75, p. 787-807, set./dez. 1992.

⁶¹⁸ COSTA RICA. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentença de esclarecimento n. 05759, de 10/11/1993.

⁶¹⁹ COSTA RICA. Ley n. 7135, de 11/10/1989. “Artículo 2: Le corresponde específicamente a la jurisdicción constitucional: (...) b) Ejercer el control de la constitucionalidad de las normas de cualquier naturaleza y de los actos sujetos al Derecho Público, así como la conformidad del ordenamiento interno con el Derecho

No que tange à ordem jurídica colombiana, a adoção do bloco de constitucionalidade ocorreu pela Sentença C-225, de 1995, proferida pela Corte Constitucional, em que se fez menção ao perfil francês de bloco de constitucionalidade⁶²⁰. Por meio da doutrina do bloco de constitucionalidade, houve o reforço da capacidade do juiz constitucional para controlar as fontes normativas em um contexto institucional marcado pelas diversas ameaças à estabilidade democrática.

Com efeito, a Corte Constitucional colombiana reconhece a Convenção Americana de Direitos Humanos como parte do bloco de constitucionalidade, em função da redação do artigo 93 da Constituição da Colômbia. Nesse aspecto, a Convenção Americana é interpretada de forma sistêmica com o texto constitucional colombiano⁶²¹.

De outro lado, a doutrina do bloco de constitucionalidade no Peru foi utilizada para solucionar conflitos de distribuição de competências territoriais entre 1996 até o ano de 2004⁶²², semelhante aos modelos de Espanha e Itália. De acordo com o Tribunal Constitucional do Peru (doravante TC-Peru), as normas com hierarquia legal podem ser incluídas dentro do parâmetro de constitucionalidade quando o texto constitucional exigir⁶²³.

Nestes casos, essas fontes assumem o papel de “normas sobre a produção legislativa”, tanto como (i) normas sobre a “forma” da produção da lei (quando há a capacidade de condicionar a elaboração de outras fontes normativas de mesmo nível), como (ii) normas sobre o “conteúdo” da produção legislativa (quando uma disposição constitucional estabelece que uma lei pode limitar o conteúdo de outras). Logo, a interpretação constitucional não se detém no texto constitucional, mas também nas leis que funcionam como normas sobre a produção legislativa da norma que se controla⁶²⁴.

Internacional o Comunitario, mediante la acción de inconstitucionalidad y demás cuestiones de constitucionalidad”.

⁶²⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença C-225/1995.

⁶²¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença C-028/2006.

⁶²² PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 0004-1996-I/TC, de 03/01/1997 e PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 0012-2001-I/TC, de 23/05/2002.

⁶²³ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 0007-2002-AI/TC, de 27/08/2003.

⁶²⁴ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 1049-2003-AA/TC, de 30/01/2004.

Assim, na sistemática peruana, em cada caso concreto o TC-Peru deve determinar quais são as normas que devem ser consideradas para o parâmetro do controle de constitucionalidade. Este conjunto normativo é denominado de “parâmetro eventual de constitucionalidade”⁶²⁵.

A segunda fase de difusão da doutrina do bloco de constitucionalidade ocorre desde o final dos anos 1990 e está caracterizada por uma série de influências horizontais dos 04 países pioneiros para outros países da região. A definição francesa continua tendo presença na região, com o reconhecimento da Sala Constitucional da Corte Suprema de El Salvador⁶²⁶ (doravante SC-CS-El Salvador) e do Tribunal Constitucional da Bolívia⁶²⁷ (doravante TC-Bolívia). No entanto, a definição do bloco de constitucionalidade que tem sido adotada pelos demais Estados da América Latina está mais próxima às definições de Colômbia e Costa Rica.

Nesta segunda fase de expansão, o conteúdo do bloco de constitucionalidade apresenta-se mais uniforme, destinado em regra ao texto constitucional e aos tratados de direitos humanos.

2.3 A CONVERGÊNCIA DA DOUTRINA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: EXPANSÃO AOS DEMAIS ESTADOS DA AMÉRICA LATINA

A diferença de adaptação da difusão do bloco revela-se importante nos países da América Latina. Enquanto na Europa a concepção de bloco restringe-se em sua grande parte ao nível nacional, usadas como parâmetro de controle de constitucionalidade, na América Latina o bloco absorve normas de origem internacional, com ênfase para os instrumentos de proteção dos direitos humanos, que atuarão no parâmetro de constitucionalidade.

No âmbito dos Estados da América Latina, o bloco de constitucionalidade apresentou duas funções primordiais. A primeira diz respeito à resolução da questão de hierarquia interna dos tratados de direitos humanos, com a finalidade de estabelecer um

⁶²⁵ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 0031-2005-PI/TC, de 20/03/2007.

⁶²⁶ EL SALVADOR. Sala Constitucional da Corte Suprema. Sentença 24-97.

⁶²⁷ BOLÍVIA. Tribunal Constitucional. Sentença 0045/2006.

mecanismo de harmonização horizontal entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos – casos de Colômbia e Costa Rica, por exemplo.

A segunda função referiu-se aos processos de transição democrática, em que houve a necessidade de consolidar a posição do Poder Judiciário em relação aos Poderes Legislativo e Executivo. Neste cenário, o direito internacional foi utilizado como reforço argumentativo aos compromissos do Estado em matéria de direitos humanos e como limite do não negociável no debate político – caso do Panamá, por exemplo. Assim, a doutrina do bloco de constitucionalidade foi escolhida como técnica para resolver diversas questões oriundas dos tratados de direitos humanos que ingressavam nos Estados ao final da década de 1990.

2.3.1 OS DIFERENTES TIPOS DE EXPANSÃO DA TÉCNICA DE UTILIZAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE

A técnica de utilização do bloco de constitucionalidade teve sua expansão a partir dos estudos de direito constitucional comparado. Outro fator importante para a expansão da técnica estava na reputação e na visibilidade da jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, em especial no desenvolvimento constitucional dos países da Comunidade Andina. Técnicas como a interpretação da cláusula aberta do texto constitucional para o reconhecimento dos tratados em matéria de direitos humanos⁶²⁸, a da construção do bloco por meio de precedentes⁶²⁹ e referências⁶³⁰ constitucionais, além dos mecanismos de exclusão das normas do bloco de constitucionalidade⁶³¹ são alguns dos principais exemplos.

Nesse contexto, após 2004 (sobretudo pela queda do ex-Presidente Fujimori), o TC-Peru demonstrou interesse na jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, em especial na busca de fundamentos para o princípio da proporcionalidade⁶³². Em relação ao bloco de constitucionalidade, houve uma mudança conceitual importante,

⁶²⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença C-401/2005.

⁶²⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença C-836/2001.

⁶³⁰ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença C-401/2005.

⁶³¹ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Auto 003/1992.

⁶³² PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 0048-2004-PI/TC, de 01/04/2005.

definindo o bloco como todo o conjunto de disposições a serem utilizadas para apreciar os vícios de inconstitucionalidade das normas sujeitas à fiscalização constitucional⁶³³.

Além das normas de origem nacional, os tratados de direitos humanos também ingressaram como parte do bloco, tendo inclusive o reconhecimento da hierarquia constitucional⁶³⁴. Por essa razão, o Peru é um dos países que convivem com dois modelos de bloco de constitucionalidade: a versão com normas de origem nacional e o conjunto de normas internacionais de direitos humanos integrado à Constituição, que o TC-Peru denomina de “bloco de constitucionalidade internacional”⁶³⁵.

A multiplicidade de atribuições conferidas ao bloco de constitucionalidade faz com que a doutrina constitucional comparada confira ao instituto novos conceitos. Por exemplo, no sistema constitucional colombiano, bloco de constitucionalidade “*lato sensu*” equivale às normas que exercerão o parâmetro do controle constitucional. Já bloco de constitucionalidade “*stricto sensu*” refere-se ao conjunto de normas com hierarquia constitucional⁶³⁶. Para este último, a Corte Constitucional colombiana delimitou seu conteúdo em: (i) Preâmbulo da Constituição; (ii) o texto da Constituição; e (iii) todos os tratados de direitos humanos⁶³⁷.

Exemplo destacado da expansão do bloco de constitucionalidade é a República Dominicana. A Corte Suprema de Justiça da República Dominicana (doravante CSJ-Rep. Dominicana) implementou a doutrina do bloco de constitucionalidade com a sentença de 13/11/2003. Neste julgamento, o bloco de constitucionalidade foi definido como o conjunto de fontes normativas nacional (Constituição e jurisprudência constitucional) e internacional (tratados, opiniões consultivas e julgamentos da Corte IDH). No entanto, em virtude da condenação sofrida na Corte IDH pelo Caso Niñas Yean e

⁶³³ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 002-2005-PI/TC, de 18/02/2005.

⁶³⁴ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 00047-2004-AI/TC, de 24/04/2006.

⁶³⁵ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 1776-2004-AA/TC, de 26/01/2007.

⁶³⁶ A distinção foi realizada pela Corte Constitucional colombiana. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença C-358/1997.

⁶³⁷ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentenças T-1303/2001 e T-1319/2001.

Bosico⁶³⁸, em 2005, a CSJ-Rep. Dominicana iniciou alteração em sua linha jurisprudencial, com o fim de alinhar as decisões das cortes internacionais ao mesmo patamar da Constituição⁶³⁹.

Outro importante fator de expansão da doutrina do bloco de constitucionalidade refere-se ao papel da Corte IDH como indutor de transformações no direito constitucional de países como Brasil, Chile e México. Nestes países, as Cortes Constitucionais são mais resistentes à adoção de uma doutrina completa do bloco de constitucionalidade.

A atuação destacada da Corte IDH tem gerado intensos debates judiciais e acadêmicos, cujo resultado é a reconsideração de posturas mais restritivas em relação ao direito internacional. Com isso, reformas constitucionais foram realizadas, com impacto na hierarquia dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos.

Nesse contexto, importante verificar como a Corte IDH influenciou as transformações do bloco de constitucionalidade, sobretudo em sistemas jurídicos nacionais, como os casos brasileiro e mexicano.

2.3.2 A EXPANSÃO DA DOCTRINA DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

O Supremo Tribunal Federal (doravante STF) apresenta características estruturais em sua jurisprudência que demonstram certa resistência à inserção de tratado de direitos humanos – com *status* de norma constitucional – no bloco de constitucionalidade. E, por consequência, esta resistência jurisprudencial quebra a sintonia das cortes constitucionais da América Latina de constitucionalizar este tipo de tratado⁶⁴⁰.

O STF desenvolveu um conceito próprio de bloco de constitucionalidade. Este conceito apresenta variações ao longo da evolução jurisprudencial experimentada pela

⁶³⁸ Corte IDH. *Caso Ninãs Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 08/09/2005. Série C n. 130.

⁶³⁹ REPÚBLICA DOMINICANA. Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. Sentença de 10/08/2005.

⁶⁴⁰ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011, p. 147.

Corte. Nesse sentido, a presente parte da pesquisa destina-se a verificar a evolução da doutrina do bloco na jurisprudência do STF, e o possível impacto perante a Corte IDH.

A primeira definição da doutrina do bloco no Brasil está ligada à ideia de parâmetro de controle. Isto se depreende dos julgamentos das ADI 514/PI e ADI 595/ES, em que se verifica o bloco de constitucionalidade como o conjunto válido de normas constitucionais para ser apreciado em sede de controle de constitucionalidade. Isto é, no bloco estão contidas as normas que seriam responsáveis por estabelecer o critério do controle de constitucionalidade⁶⁴¹.

Nessa primeira definição, o STF associa o bloco de constitucionalidade à ideia de parâmetro de controle, extraíndo sua definição da doutrina constitucional⁶⁴², a qual lhe apresenta duas posições. Na primeira posição, há a equivalência do parâmetro constitucional à constituição escrita ou leis com valor constitucional formal, de modo que o controle de constitucionalidade apenas poderia ser realizado em conformidade com as normas e princípios escritos da Constituição. De outro lado, na segunda posição, o parâmetro constitucional apresenta-se como ordem constitucional global, de modo que a composição do bloco de constitucionalidade para o exercício do controle realiza-se também com princípios não escritos, integrantes da ordem constitucional global.

Para a Corte, a delimitação conceitual do que representa o parâmetro de controle determinará a noção do que seja constitucional ou inconstitucional, considerado os elementos normativos de referência que compõem o bloco de constitucionalidade⁶⁴³.

Este posicionamento variou ao longo do tempo, como se depreende da expansão do bloco no âmbito da jurisprudência do STF.

A segunda variação da doutrina do bloco contém dois movimentos: (i) a associação do parâmetro de controle às razões de decidir, em função da causa de pedir aberta e (ii) a inclusão das normas que não possuem *status* constitucional no bloco de

⁶⁴¹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 514-MC/PI. Rel. Min. Celso de Mello. TRIBUNAL PLENO, julgado em 01/07/1991, DJ de 18/03/1994 e BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 595/ES. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão de 18/02/2002, DJU de 26/02/2002, Informativo n. 258.

⁶⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Ob. cit., 2003.

⁶⁴³ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 595/ES. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão de 18/02/2002, DJU de 26/02/2002, Informativo n. 258.

constitucionalidade⁶⁴⁴. Assim, as normas infraconstitucionais são utilizadas em conjunto com as normas constitucionais para compor as razões de decidir.

Esta modalidade confere uma nova função ao bloco de constitucionalidade. O bloco não tem apenas normas que estão na Constituição (sejam expressas ou implícitas), mas confere *status* constitucional provisório a normas infraconstitucionais⁶⁴⁵. Assim, este procedimento envolve o uso do bloco de constitucionalidade não apenas como parâmetro de controle, mas também como instrumento de fundamentação constitucional na construção da decidibilidade dos julgados analisados pelo STF.

Neste modelo, há o reforço das razões de decidir, na medida em que se apresenta uma construção hermenêutica de normas constitucionais e infraconstitucionais, que conferem formato à fundamentação do julgamento. Alguns casos apresentam-se relevantes para exemplificar esta evolução do bloco.

No julgamento em conjunto dos Mandados de Injunção n.(s) 670, 708 e 712, o STF considerou a possibilidade dos servidores públicos civis exercerem o direito fundamental à greve, previsto no artigo 37, inciso VII, da Constituição. No entanto, o que se revela mais instigante não é o resultado final em si, mas a forma como esse resultado fora desenhado pela Corte Constitucional brasileira.

A Corte entendeu pela aplicação de “partes” da Lei de Greve da iniciativa privada (Lei n. 7.783/89), mediante a integração – via interpretação analógica⁶⁴⁶. Entretanto, o STF é que escolheu quais “partes” seriam integradas, agregando essas partes à sua fundamentação.

Esse modelo ou tipo de prestação jurisdicional não foi pedido pela parte demandante em sede de formulação dos respectivos mandados de injunção. Ocorre que o

⁶⁴⁴ Este último aspecto aproxima-se do conceito de bloco de constitucionalidade *lato sensu*, desenvolvido pela Corte Constitucional da Colômbia.

⁶⁴⁵ Este posicionamento aproxima-se do conceito de bloco de constitucionalidade *stricto sensu* desenvolvido pela Corte Constitucional colombiana.

⁶⁴⁶ BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”

STF adotou o perfil de uma Jurisdição Constitucional Autônoma⁶⁴⁷, cuja característica consiste, entre outras, determinar a criação judicial do direito.

Para o exercício pleno dessa premissa, o STF se utiliza da técnica da causa de pedir aberta. Não obstante a parte demandante formular determinado pedido, o STF verifica se formalmente esse pedido é compatível e, em caso afirmativo, pode apreciar a questão levada ao seu conhecimento, utilizando-se de qualquer prisma constitucional contido no bloco de constitucionalidade⁶⁴⁸.

Nesse contexto, a Corte Constitucional brasileira experimentou ponto importante de inovação quanto ao bloco de constitucionalidade. O STF utiliza-se de qualquer fundamentação – contida não apenas na Constituição –, mas em todo e qualquer instrumento normativo que considere como apto a concretizar o resultado por ele almejado.

E, por meio dos instrumentos e dos valores que entende por constitucionais, o STF construiu uma estrutura normativa regulamentadora do artigo 37, inciso VII, da Constituição, cujo instrumento jurídico central da fundamentação foi a Lei de Greve dos trabalhadores da iniciativa privada⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Sobre o tema, confira o texto de HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una jurisdicción constitucional autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 09, p. 113-139.

⁶⁴⁸ Esta tese restou fixada na Questão de Ordem na ADI 2.982 e na ADI 1.144, quando foram apreciados pedidos não delineados na exordial e, por consequência, houve a declaração de inconstitucionalidade por arrastamento de outros dispositivos legais não suscitados pela parte proponente de referidas ADIs (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 2.982-QO/CE. Rel. Ministro Gilmar Mendes. TRIBUNAL PLENO, julgamento 17/06/2004, DJ de 12/11/2004 e BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 1.144/RS. Rel. Ministro Eros Grau. TRIBUNAL PLENO, julgamento 16/08/2006, DJ de 08/09/2006).

⁶⁴⁹ O problema da criação judicial do direito pela via do bloco de constitucionalidade são as possíveis lacunas decorrentes da regulação normativa. Em virtude da ausência da deliberação congressual, não restaram previstas todas as hipóteses de eventuais conflitos existentes. Por essa razão, esta composição normativa está sofrendo constantes atualizações jurisprudenciais, na medida em que os conflitos existentes no plano da realidade grevista do funcionalismo público chegam novamente à Suprema Corte, a fim de serem dirimidos. Nesse contexto, diversos temas estão sendo resolvidos após o julgamento dos referidos Mandados de Injunção, como, por exemplo, descontos dos dias parados – AI n. 795.300 AgR-SP, restituição de valores descontados referente aos

Essa construção da solução constitucional, utilizando-se de leis ordinárias, teve continuidade no decorrer da apreciação das questões constitucionais controvertidas no âmbito dos *leading cases* submetidos ao STF.

Outro julgamento importante para a etapa evolutiva da doutrina do bloco de constitucionalidade foi a ADI 3.510/DF⁶⁵⁰. Nesse caso, o STF foi instigado a apreciar a inconstitucionalidade do artigo 5º da Lei n. 11.105/2005 – Lei de Biossegurança.

Como resultado, a Corte criou o bloco de constitucionalidade relacionado à fundamentação do direito à vida. Além de interpretar o dispositivo atacado conforme a Constituição⁶⁵¹, o STF conferiu ao direito fundamental à vida, previsto no artigo 5º, *caput*, do texto constitucional, outros significados evolutivos.

Em seu artigo 5º⁶⁵², a Lei de Biossegurança autoriza a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos, produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento de fertilização. Algumas condições são expostas, como o fato de (i) serem considerados inviáveis (inciso I); (ii) serem embriões congelados há 3 anos ou mais⁶⁵³ (inciso II); e (iii) tenham o escopo de auxiliar as pesquisas e as formulações terapêuticas.

dias parados – AI n. 824.949 AgR-RJ, ponderação sobre greve de serviços essenciais, como no caso da Polícia – Rcl n. 6.568-SP, dentre outros.

⁶⁵⁰ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.510/DF. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, TRIBUNAL PLENO, julgado em 29/05/2008, DJe de 27/05/2010.

⁶⁵¹ Trata-se da técnica de interpretação conforme a Constituição, em que não se declara diretamente a inconstitucionalidade, mas se restringe a interpretação dos dispositivos para alinhá-las conforme o sentido “desejado” pela Constituição (ou o sentido desejado pelos Ministros do STF ao interpretar a Constituição). O aprofundamento do tema pode ser visto em MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁶⁵² Art. 5º É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

⁶⁵³ Conforme o inciso II transcrito na referência acima, a Lei de Biossegurança considerou dois marcos iniciais para utilização dos embriões – a data dela própria e a data dos novos embriões, a partir de seu congelamento.

Ao invés de se alinhar na apreciação apenas da constitucionalidade ou não do dispositivo impugnado, o STF foi além. A Corte criou em sua fundamentação uma composição normativa protetiva do embrião humano, desde sua formação até o período de 3 anos de congelamento. Com isso, além da vida humana (artigo 5º, *caput*) e da proteção da fauna e da flora (artigo 225, inciso VII), o material genético humano, contido no embrião, teve sua proteção adensada juridicamente, extrapolando o conteúdo programático do artigo 225, inciso II e alocando-se na interpretação do artigo 5º, *caput*, todos estes dispositivos do texto constitucional.

A segunda faceta exposta pelo julgamento fora a transmutação do direito fundamental à vida. Antes reconhecido como direito fundamental de primeira dimensão⁶⁵⁴, passa agora a integrar a categoria difusa da terceira dimensão.

Conforme fundamentação contida em referido julgamento, o embrião congelado a mais de 3 anos “se sacrificaria” para possibilitar a pesquisa com “suas”⁶⁵⁵ células-tronco embrionárias, com fins terapêuticos. O objetivo desta construção é permitir o enfrentamento, bem como a cura de patologias e traumatismos “que severamente limitam, atormentam, infelicitam, desesperam e não raras vezes degradam a vida de expressivo contingente populacional”⁶⁵⁶.

Esse sacrifício foi incorporado como modelo teórico de “constitucionalismo fraternal” – que traduz “verdadeira comunhão de vida” ou “vida social em clima de transbordante solidariedade”, em benefício da saúde e contra “eventuais tramas do acaso e até dos golpes da própria natureza”. Este modelo foi implementado com a

⁶⁵⁴ Sobre o tema, conferir SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

⁶⁵⁵ Em sede de audiências públicas, o embrião humano fora catalogado como material genético único, o que lhe conferiria, de uma perspectiva cultural, a sua individualidade. Entretanto, o “sacrifício” mencionado desta “individualidade única” decorreria da autorização dos seus genitores, como exposto pelo § 1º do artigo 5º da Lei de Biossegurança.

⁶⁵⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.510/DF. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, TRIBUNAL PLENO, julgado em 29/05/2008, DJe de 27/05/2010. Trechos em citação direta extraídos do voto do Ministro Celso de Mello.

finalidade de celebrar solidariamente a vida e conferir alento “aos que se acham à margem do exercício concreto e inalienável dos direitos à felicidade e do viver com dignidade”⁶⁵⁷.

Essa concepção embrionária de constitucionalismo fraternal, criada pelo STF a partir da instigação contida no voto do Ministro Celso de Mello, é produto desse modelo de bloco de constitucionalidade ora apresentado. Das linhas iniciais desenhadas no preâmbulo, o STF inaugurou uma nova vertente do direito à vida, extraindo da expressão “sociedade fraterna” o valor constitucional delineador e modelador do constitucionalismo fraternal. Com isso, o artigo 5º, *caput*, do texto constitucional conta com três hipóteses interpretativas⁶⁵⁸, fruto da construção jurisprudencial artesanal, realizada pelo STF, manifestada pela criação judicial no manejo da doutrina do bloco.

Em paralelo, o STF realizou a construção do terceiro modelo desta doutrina com o bloco de direitos fundamentais. Esta construção é evidente na ADPF n. 130, em que o relator – Ministro Carlos Ayres Britto – utiliza-se de técnica semelhante ao bloco de constitucionalidade *stricto sensu* colombiano para examinar a controvérsia relacionada à liberdade de expressão.

No caso, ao associar a liberdade de expressão ao conteúdo constitucional da dignidade da pessoa humana, o relator faz-se valer da doutrina do bloco para promover a ponderação de direitos fundamentais. Nesse aspecto, o julgamento promove a ponderação constitucional entre o bloco dos direitos que confere a liberdade de imprensa e o bloco dos direitos a imagem, honra, intimidade e vida privada. Logo, a ponderação revela a formação do bloco de constitucionalidade para cada categoria de direito fundamental analisado⁶⁵⁹.

O quinto modelo de desenvolvimento do bloco de constitucionalidade no sistema jurídico brasileiro é a inclusão dos tratados de direitos humanos. Ainda não há uma definição sobre o *status* que estes tratados alcançam. Preliminarmente, enquanto ganham

⁶⁵⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.510/DF. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, TRIBUNAL PLENO, julgado em 29/05/2008, DJe de 27/05/2010. Trechos em citação direta extraídos do voto do Ministro Celso de Mello.

⁶⁵⁸ A vida como direito fundamental de primeira dimensão, a proteção constitucional da identidade genética do embrião humano e a vida como direito fundamental de terceira dimensão.

⁶⁵⁹ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. TRIBUNAL PLENO, julgado em 30/04/2009, DJe de 05/11/2009.

status supralegal, determinados julgamentos conferem a tratados específicos o caráter constitucional.

A fixação da supralegalidade dos tratados em matéria de direitos humanos ocorreu com o julgamento do RE n. 466.343/SP. A discussão de fundo era sobre a prisão civil do depositário infiel. Nesta discussão, há uma aparente colisão entre a redação do artigo 5º, inciso LXVII, da Constituição⁶⁶⁰, com o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana⁶⁶¹.

Para resolver o aparente confronto, o STF fixou a supralegalidade dos tratados de direitos humanos, sempre que estes não forem incorporados ao sistema jurídico brasileiro a partir da regra contida no § 3º do artigo 5º do texto constitucional⁶⁶².

Em sede de controle difuso de constitucionalidade, o STF está consolidando o entendimento da supralegalidade dos tratados de direitos humanos, sobretudo com o julgamento do HC n. 87.585/TO⁶⁶³.

No entanto, neste mesmo julgado, o Ministro Celso de Mello propõe a superação da etapa da supralegalidade, por considerar os tratados em matéria de direitos humanos como normas de conteúdo constitucional, mesmo não passando pelo crivo do § 3º do artigo 5º da Constituição⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ “Não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

⁶⁶¹ “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandatos de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.”

⁶⁶² Este dispositivo foi incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁶⁶³ É o que se infere da ementa do julgado: “A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel.” (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 87.585/TO. Rel. Ministro Marco Aurélio. TRIBUNAL PLENO, julgamento de 03/12/2008, DJe de 25/06/2009).

⁶⁶⁴ Esta concepção implica em tornar efetivo a cláusula de abertura contida no § 2º do artigo 5º da Constituição e, com esse posicionamento, declarar a inconstitucionalidade do novel § 3º, introduzido pela EC n. 45/2004. Sobre o tema, conferir o posicionamento de PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Em outro julgamento – HC 96.772/SP⁶⁶⁵ – o Ministro Celso de Mello desenvolve o tema e propõe a adoção do marco da primazia dos direitos humanos em harmonia com o texto constitucional, aplicando-se a norma mais favorável ao cidadão, segundo o artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos⁶⁶⁶.

Nesta modalidade, os tratados em direitos humanos ingressaram como parte do parâmetro de controle de constitucionalidade. Inclusive, atendendo à inovação da segunda modalidade, referidos instrumentos internacionais ingressam no bloco de constitucionalidade e reforçam a estruturação das razões de decidir.

Destarte, ao longo de sua evolução jurisprudencial, verifica-se que o STF caminha na direção da harmonização da relação do direito internacional com o sistema jurídico nacional. Este tipo de interação começa a se desenvolver no México, após a reforma constitucional de 2011, que aproximou o direito internacional dos direitos humanos com a ordem constitucional mexicana.

2.3.3 *A NOVA VERSÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE: O EXEMPLO DO MÉXICO*

A modificação do tratamento constitucional dos direitos humanos é visível no México. Esta mudança apresenta-se com a abertura para a constitucionalização do

⁶⁶⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 96.772/SP. Rel. Ministro Celso de Mello. Segunda Turma, julgamento de 09/06/2009, DJe de 20/08/2009: “Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica”.

⁶⁶⁶ “Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

1. Permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
2. Limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
3. Excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo”.

direito internacional dos direitos humanos e a internacionalização de seu direito constitucional, em virtude da interação com o sistema interamericano⁶⁶⁷.

A interação da Corte IDH com o México inicia-se com a condenação do país em casos contenciosos⁶⁶⁸. No entanto, no Caso Radilla Pacheco⁶⁶⁹, o Tribunal Interamericano avança em sua jurisprudência e determina que os magistrados mexicanos exerçam o controle de convencionalidade de ofício entre as normas internas e a Convenção Americana.

Neste caso específico, o enfoque é para legitimar o juiz mexicano a deixar de aplicar o artigo 57 do Código de Justiça Militar, o qual permite a competência de foro militar em temas nos quais civis são vítimas de graves violações de direitos humanos. A Corte IDH determinou que medidas legislativas sejam tomadas para reformar referido dispositivo, bem como tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas, com a reforma do artigo 215-A do Código Penal Federal, com o escopo de adequá-lo aos padrões internacionais⁶⁷⁰.

⁶⁶⁷ HERRERA GARCÍA, Alfonso. El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras las reformas constitucionales del 2011. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 859-887.

⁶⁶⁸ Até o presente momento, o México foi condenado em 05 casos contenciosos - Jorge Castañeda, Campo Algodonero, Radilla Pacheco, Rosendo Cantú e Cabrera García e Montiel Flores. Os efeitos destes casos serão estudados em tópico próprio. Sobre os efeitos na ordem jurídica mexicana, conferir em RANGEL HERNANDEZ, Laura. Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional. *Revista. IUS*, Puebla, v. 5, n. 28, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 15/02/2015.

⁶⁶⁹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2009, Série C n. 209.

⁶⁷⁰ PELAYO MOLLER, Carlos María. El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XII, p. 959-1021, 2012.

Em junho de 2011, México realizou uma reforma com ruptura paradigmática, posicionando o país na tendência de constitucionalização dos direitos humanos. Com a reforma, incorporou-se no texto constitucional uma cláusula de interpretação conforme, que implica no reconhecimento da natureza jurídica das normas de direitos humanos. Foram estabelecidos parâmetros mínimos de proteção, que são suscetíveis de ampliação e interpretação, no sentido de serem mais favoráveis às pessoas, propiciando a integração das ordens jurídicas nacionais e internacionais pelo sistema de fertilização recíproca entre as fontes de proteção⁶⁷¹.

O início desta interação ocorreu com a resposta da Suprema Corte de Justicia de la Nación do México (doravante SCJN-México) ao Caso Radilla Pacheco. A SCJN-México considerou que as sentenças da Corte IDH, nas quais o México seja parte, constituem coisa julgada. O único procedimento é acatar e reconhecer a totalidade da sentença em seus termos⁶⁷².

Com este novo modelo – oriundo da reforma de 2011, que propicia a harmonização entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos – torna-se eficaz a doutrina do bloco de constitucionalidade. Em virtude da nova redação conferida ao artigo 1º da Constituição mexicana⁶⁷³, esta nova disposição – somada à solução criada pela SCJN-México – permitiu a harmonização da jurisprudência da Corte IDH em sua ordem jurídica nacional.

Exemplo desta aplicação é na hipótese de conflitos de normas referentes ao desaparecimento forçado de pessoas. O raciocínio delineado pela reforma constitucional e pela resolução da SCJN-México é, nos termos do artigo 1º da Constituição mexicana, afastar o artigo 57 do Código de Justiça Militar e aplicar o conteúdo material contido no

⁶⁷¹ CABALLERO OCHOA, José Luis. La Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio *Pro Persona* (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución). In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (coord). *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 109-110.

⁶⁷² MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010. Tribunal Pleno, 14/07/2011.

⁶⁷³ CARBONELL, Miguel. Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (coord). *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 63-102.

Caso Radilla Pacheco. Além do conteúdo delineado pela Corte IDH, deve-se utilizar os tratados em matéria de direitos humanos, sobretudo a Convenção Internacional e a Convenção Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas, enquanto estes instrumentos oferecerem a maior proteção, em consonância com o princípio *pro homine*.

Esta evolução da aproximação das versões de bloco de constitucionalidade com os julgamentos da Corte IDH revelam que o Tribunal Interamericano tem desenvolvido sua própria versão da doutrina do bloco, a partir da construção jurisprudencial de direitos humanos realizada em seus julgamentos, o que passa a ser investigado como “bloco de constitucionalidade interamericano”.

2.4 O BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE INTERAMERICANO

O “bloco de constitucionalidade interamericano” apresenta-se como um instrumento metodológico revelado como matriz interpretativa. Por meio deste instrumento, a Corte IDH adota perspectivas normativas – desenvolvidas pela doutrina do bloco de constitucionalidade nos Estados da América Latina – para estabelecer diretrizes, proceder com a análise e implementar os direitos humanos.

A depender do julgamento analisado, a Corte IDH utiliza-se de argumentos jurídicos diferenciados para a composição da solução do caso e aplicação dos direitos humanos vindicados, o que determina, por essa razão, a variedade da formação e estruturação deste bloco de constitucionalidade interamericano.

Destarte, por meio desta matriz interpretativa, a Corte IDH promove a releitura do direito internacional, utilizando-se de suas premissas para seus propósitos institucionais particulares, dentre eles o uso da regra do efeito útil⁶⁷⁴ e da interpretação pró-indivíduo⁶⁷⁵, concretizando uma interpretação evolucionista do direito internacional⁶⁷⁶.

⁶⁷⁴ Esta sistemática foi apreciada no Capítulo 2, com as lições de FAÜNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2004, p. 91.

⁶⁷⁵ Sobre a interpretação em favor da pessoa humana, conferir as lições de CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. General Course on Public International Law from Hague Academy of International Law, vol. 316, 2005. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.

A Corte IDH busca preservar – no âmbito dos casos apreciados – os objetivos e propósitos da Convenção Americana, para o fim de alcançar a efetividade do sistema⁶⁷⁷. Em consequência, a Convenção Americana não é mais considerada em sua interpretação literal, somente. Deve ser levado em conta o âmbito normativo⁶⁷⁸, em consonância com os objetivos e propósitos do sistema⁶⁷⁹, para a concretização dos direitos humanos⁶⁸⁰.

Com efeito, a matriz interpretativa do bloco de constitucionalidade interamericano reproduz a dinâmica natural da Corte IDH. É preciso adaptar a interpretação dos *standards* em matéria de direitos humanos com as novas necessidades apresentadas pelos indivíduos e, assim, ampliar seu âmbito de proteção⁶⁸¹, ainda que este passo signifique reinterpretar a vontade dos Estados⁶⁸².

⁶⁷⁶ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011 e disponível em Academia.edu. Acesso em: 09/01/2014, p. 7.

⁶⁷⁷ Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31/01/2001, § 41 e Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad and Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11/03/2005. Voto separado do Juiz Cançado Trindade, § 4º.

⁶⁷⁸ O âmbito ou contexto normativo é uma premissa interpretativa oriunda da semiótica, e explorada por MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

⁶⁷⁹ Esta conotação é conferida pela Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, em seu artigo 31, item 1: “Um tratado deve ser interpretado de boa-fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto, e à luz de seu objetivo e finalidade”.

⁶⁸⁰ Corte IDH. *Caso Prisão de Miguel Castro-Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25/11/2006, § 30. Em uma perspectiva atual, conferir a Opinião Consultiva n. 20, em seu § 26: “In light of the aforementioned standard, the Court has asserted that the ‘ordinary meaning of the terms’ cannot be a rule in itself, but must be considered within the context, and particularly within the object and purpose of the treaty. The Court has also expressed that the ‘ordinary meaning of the terms’ must be considered as part of a whole whose meaning and scope must be established based on the legal system to which it belongs. All of this is to guarantee a harmonious and current interpretation of the provision under consideration.” (Corte IDH. Opinião Consultiva n. 20, de 29/11/2009, requisitada pela República da Argentina, sobre a interpretação do artigo 55 da Convenção Americana de Direitos Humanos).

⁶⁸¹ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Ob. cit., 2011.

⁶⁸² No âmbito da Corte IDH, este fato ocorrerá nos casos relacionados à propriedade coletiva e aos povos indígenas: Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs.*

O bloco de constitucionalidade interamericano constitui a criação normativa da Corte IDH por meio do controle de convencionalidade⁶⁸³, e por ela exercido a partir de seus julgamentos⁶⁸⁴.

O que busca a Corte IDH não é apenas criar o controle de convencionalidade, mas também fortalecer o parâmetro deste controle, com o escopo de harmonizá-lo com o bloco de constitucionalidade desenvolvido no âmbito dos Estados⁶⁸⁵.

Por essa razão, a Corte IDH iniciou o desenvolvimento do seu bloco de constitucionalidade com o julgamento do Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Neste julgamento, o Tribunal Interamericano entendeu que os magistrados nacionais apenas

Paraguai. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17/06/2005 e Corte IDH. *Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17/06/2005.

⁶⁸³ SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *Ius Commune* Interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitucionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 449-468.

⁶⁸⁴ A terminologia “bloco de constitucionalidade interamericano” é utilizada na pesquisa para distinguir o produto criado pela Corte IDH do instituto bloco de constitucionalidade acima estudado e em constante uso pelas Cortes Constitucionais. Algumas outras expressões podem ser aplicáveis a esta criação da Corte IDH. Já se encontra em debate na academia a possibilidade do uso da expressão “bloco de normatividade” (GONTIJO, André Pires. Diálogo entre os juízes: bloco de constitucionalidade “ao avesso”? Ou bloco de normatividade interamericano? In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (orgs.). *Diálogo entre Juízes*. Brasília: UniCEUB, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5748/1/Di%C3%A1logos%20entre%20ju%C3%ADzes.pdf>>. Acesso em: 29/12/2014). De outro lado, Valerio Mazzuoli, por exemplo, prefere a expressão bloco de convencionalidade, a ser utilizada em áreas temáticas específicas, pela proximidade com o conteúdo material contido nas constituições (MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013, p. 412-413).

⁶⁸⁵ GONÇALVES, Vinicius de Almeida. A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 8, n. 2, p. 398-425, 2013, p. 418.

realizariam o controle de convencionalidade de forma efetiva se utilizassem – além das disposições convencionais – a interpretação conferida pela Corte IDH⁶⁸⁶.

No entanto, o “instituto” bloco de constitucionalidade interamericano⁶⁸⁷ foi reconhecido no voto concorrente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor, no Caso *Cabrera García e Montiel Flores vs. México*. Na hipótese, não apenas o texto convencional, mas a criação jurisprudencial realizada pela Corte IDH cria o “bloco de convencionalidade”, instrumento apto a exercer o controle difuso de convencionalidade. Nesse aspecto, os magistrados nacionais devem observar este “bloco”, o que implica a intensa atualização da jurisprudência da Corte IDH e a “viva interação” entre as jurisdições nacionais e a interamericana, com a finalidade de estabelecer parâmetros regionais para a proteção dos direitos humanos⁶⁸⁸.

Logo, o bloco de constitucionalidade interamericano apresenta-se como resultado da criação judicial⁶⁸⁹ desempenhada pela Corte IDH quando da apreciação dos

⁶⁸⁶ Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C, n. 154, § 124.

⁶⁸⁷ A Corte IDH adota a expressão bloco de convencionalidade. Como a tese propõe exame crítico do instituto, a fim de verificar as variações de seu uso pela Corte IDH e os elementos que ela extrai da doutrina do bloco de constitucionalidade desenvolvida pelos Estados, a opção metodológica para a tese foi a de utilizar a expressão bloco de constitucionalidade interamericano ou bloco de constitucionalidade desenvolvido pela Corte IDH.

⁶⁸⁸ Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/11/2010, Série C n. 220. Voto concorrente do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor, § 50: “Se forma de esta manera un auténtico ‘bloque de convencionalidad’ como parámetro para ejercer el ‘control difuso de convencionalidad’. Los jueces nacionales deben atender a este ‘bloque’, lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una ‘viva interacción’ entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos.”

⁶⁸⁹ Como explicitado na introdução desta pesquisa, a expressão criação judicial do direito será adotada pela tese, ao invés do ativismo judicial, com inspiração na opinião de COELHO, Inocêncio Mártires. *Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial*. Texto para debate na 2ª Reunião do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais - CBEC, em 10/04/2014. Sobre o tema, merece destaque a posição crítica de MALARINO, Ezequiel. *Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema*

casos a ela submetidos. Trata-se não apenas do proferimento do julgamento em si, mas da construção de argumentos que, em conjunto (isto é, em bloco), exerce o papel normativo diferenciado. Esta construção pode representar uma nova interpretação sobre determinado direito previsto na Convenção Americana⁶⁹⁰, a criação de novos direitos humanos – como no caso do direito à verdade⁶⁹¹ e as questões atinentes às comunidades indígenas⁶⁹² – ou a regulamentação de determinada situação concreta⁶⁹³.

Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales - Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2010.

⁶⁹⁰ Exemplo disto é a leitura do direito à vida e à liberdade de expressão no âmbito da Corte IDH, com os casos *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* (Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/11/2012, Série C n. 257) e *Kimel vs. Argentina* (Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/05/2008, Série C n. 177), por exemplo. No plano doutrinário, os casos são debatidos por A. CHÍA, Eduardo; CONTRERAS, Pablo. Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100015&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 26/11/2014, ORDUNA TRUJILLO, Eva Leticia. La libertad de pensamiento y de expresión vista desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Latinoamérica*, México, n. 53, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-85742011000200007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014 e MACHADO, Natália Paes Leme. A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 280-296.

⁶⁹¹ O direito à verdade apresenta-se como principal expressão da criação da Corte IDH, ao tratar dos temas relacionados à anistia como, por exemplo, os casos Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75 e Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219, e no plano doutrinário, as lições de DELLA MORTE, Gabriele. *L’Amnistie en Droit International*. ESIL Web Publications–Papers, 2006, Paris Biennial Conference, 2007 e BINDER, Christina. The prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, 2011, p. 1203-1229.

⁶⁹² O direito das comunidades indígenas de se manifestar sobre a terra também apresenta-se como uma destas importantes construções da Corte IDH, como no caso Corte IDH. *Caso Norín Catrimán e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do povo indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/05/2014, Série C n.

Desse modo, a criação jurisprudencial da Corte IDH representa construção de normas que derivam da interpretação da Convenção Americana e possui a mesma eficácia direta que referido tratado⁶⁹⁴.

O bloco de constitucionalidade criado pela Corte IDH vai além do tratamento dispensado pela *res interpretada*⁶⁹⁵, vez que ele não conjuga apenas a pretensão de servir de aplicação a outros casos concretos. O bloco de constitucionalidade criado pela Corte IDH busca ser o instrumento delineador e concretizador do artigo 2º da Convenção Americana, apresentando-se como verdadeiro “marco regulatório” dos direitos humanos.

Nesse contexto, a Corte IDH tem desenvolvido o pensamento de que o artigo 2º da Convenção Americana⁶⁹⁶ – o qual contém a norma de direito internacional

279. Na compreensão doutrinária, estão as lições de ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. XIV, 2014, p. 581-616 e ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 35, 2013, p. 113-187. Disponível em: <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol35/iss1/3>>. Acesso em: 03/12/2014.

⁶⁹³ A expansão protetiva realizada no Caso Furlan e familiares vs. Argentina demonstra a intenção da Corte IDH em irradiar o conteúdo material da Convenção por meio deste “bloco de constitucionalidade interamericano” (Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31/08/2012, Série C n. 246). No plano doutrinário, ver, por todos, a contribuição de MOURE, Ana María. El Defensor Interamericano y la Defensa de los Derechos del Niño: Caso Furlán. *Revista chilena de derecho*, Santiago, v. 40, n. 3, set. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000300009&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 03/12/2014.

⁶⁹⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; SILVA GARCÍA, Fernando. Homicidio de mujeres por razón de género. El Caso Campo Algodonero. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 296-297.

⁶⁹⁵ A coisa julgada internacional será objeto de análise em capítulo próprio.

⁶⁹⁶ Convenção Americana de Direitos Humanos, Artigo 2º: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais

geral⁶⁹⁷ – impõe aos Estados a obrigação de adaptar os sistemas jurídicos constitucionais ao cumprimento das obrigações internacionais⁶⁹⁸.

Esta premissa desenvolve o dever de afastar do direito interno todas as normas contrárias às obrigações internacionais⁶⁹⁹, bem como o dever de criar novas regras que auxiliem no cumprimento dos objetivos internacionais⁷⁰⁰. Ao mesmo tempo, esta premissa fortalece o dever de reformar toda a estrutura dos sistemas jurídico-constitucionais, além de adaptar o comportamento dos agentes estatais de acordo com as normas interamericanas⁷⁰¹.

direitos e liberdades.” O artigo 2º remete ao artigo 1º, item 1, da referida Convenção: “Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.”

⁶⁹⁷ Este entendimento ficou consignado em: Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 154, § 117: “Esta Corte tem afirmado em várias oportunidades que no direito internacional, uma norma consuetudinária prescreve que um Estado que tenha celebrado um convênio internacional, deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas. Esta norma aparece válida universalmente e tem sido qualificada pela jurisprudência como um princípio evidente (“príncipe allant de soi” – CPJI, Parecer Consultivo - *Echange des populations grecques at turques*, série B, n. 10, p. 20). Nesta ordem de idéias, a Convenção Americana estabelece a obrigação de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições de dita Convenção, para garantir os direitos nela consagrados.”

⁶⁹⁸ Ver a implementação desta posição, em especial, em Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducação Juvenil vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/09/2004, § 205, em especial referente ao efeito útil no cumprimento das disposições do direito internacional e adaptação ao direito interno.

⁶⁹⁹ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, §§ 171 e ss.

⁷⁰⁰ Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo-Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/02/2001, § 85.

⁷⁰¹ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, §§ 171 e ss. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 18, emitida em 17/09/2003, sobre Condições Jurídicas e Direitos dos Imigrantes sem documentação, § 81.

Dessa forma, com fundamento neste dever geral de adaptação, a Corte IDH tem declarado a incompatibilidade⁷⁰² de certas normas legais e constitucionais dos sistemas jurídicos nacionais com a ordem interamericana, bem como aquelas que violam a Convenção Americana.

Nesses casos, a Corte IDH tem determinado a anulação destas normas e dos processos judiciais que estão baseados nela, com efeitos gerais, imediatos e vinculativos. Igualmente, e conforme acima mencionado, como parte das medidas a serem tomadas, a Corte IDH tem determinado reformas no plano constitucional e legislativo dos Estados⁷⁰³.

Assim, utilizando-se do bloco de constitucionalidade interamericano, a Corte IDH tem rejeitado as reservas para tratados que promovam a evolução do sistema⁷⁰⁴, estendendo seu âmbito de proteção criado por esta matriz interpretativa⁷⁰⁵ e, conseqüentemente, tem determinado a modificação dos sistemas jurídicos constitucionais dos Estados Nacionais.

De acordo com os preceitos desenvolvidos pela Corte IDH, há um dever (inclusive de ofício) de todos os agentes estatais – quando do exercício de suas funções, em especial as autoridades judiciais – de interpretar os padrões normativos internacionais de acordo com as obrigações definidas no plano interamericano. E, se for encontrada eventual

⁷⁰² Trata-se do controle de convencionalidade, desenvolvido pela Corte IDH com esteio no artigo 2º da Convenção Americana. Sobre o tema, conferir: Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20/11/2007, §§ 77 e ss.

⁷⁰³ Como casos representativos desta modificação do direito nacional pela matriz interpretativa da Corte confirmam-se: Corte IDH. *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo-Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/02/2001; Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito. Sentença de 14/03/2001; Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/11/2006; Corte IDH. *Caso Heliodoro-Portugal vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12/08/2008 e Corte IDH. *Caso Anzualdo-Castro vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/09/2009.

⁷⁰⁴ Como representativos deste pensamento, conferir: Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 01/09/2001 e Corte IDH. *Caso Radilla-Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2009.

⁷⁰⁵ Ver, em especial: Corte IDH. *Caso “Street Children” (Villagran-Morales et al.) vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 19/11/1999 e Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000.

incompatibilidade, há o dever de retirar do sistema jurídico nacional a norma em questão ou evitar o seu uso⁷⁰⁶.

Logo, a matriz interpretativa do bloco de constitucionalidade interamericano evidencia o processo de constitucionalização da Corte IDH, por meio de seus julgados. Esta matriz interpretativa constitui, portanto, uma das chaves para a interpretação e articulação dos sistemas jurídicos nacionais com o Sistema Interamericano.

Este desenvolvimento do bloco de constitucionalidade interamericano ocorre por meio do controle de convencionalidade em abstrato – exercido pela Corte IDH – quando do exame dos casos concretos. No decorrer deste desenvolvimento, esta articulação entre os sistemas nacionais e o Sistema Interamericano fortalece a construção do padrão interpretativo de direitos humanos na região.

⁷⁰⁶ Corte IDH. *Caso Radilla-Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2009, § 114.

**PARTE 2 – O DESENVOLVIMENTO CRIATIVO DO
CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO PELA
JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH: O DESAFIO DA
INTERATIVIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO MATERIAL
NOS ESTADOS DA AMÉRICA LATINA**

CAPÍTULO 4 – O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO PELA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH: A FORMAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE INTERAMERICANO PELO EXERCÍCIO DO CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE

As disposições anteriores demonstraram que o controle de convencionalidade deveria se apresentar como um tipo de fiscalização subsidiária e complementar à jurisdição exercida pelo Estado Nacional.

No entanto, com a sistemática violação dos direitos humanos pelos Estados Partes, a Corte IDH inverte a lógica desta convencionalidade. A interpretação de seus julgamentos torna-se mais importante, de maneira que os Estados devem implementar a jurisprudência construída pela Corte IDH mediante o controle de convencionalidade exercido por ela.

O presente capítulo terá como enfoque a construção da matriz interpretativa desenvolvida pela Corte IDH – o bloco de constitucionalidade interamericano – a partir do controle abstrato de convencionalidade. O objeto do presente capítulo consiste em demonstrar como os julgamentos da Corte retratam a formação de seu bloco de constitucionalidade.

A doutrina do bloco desenvolvida pela Corte apresenta-se como um dos processos de inovação do direito internacional. Esta inovação tem como objetivo principal promover a implementação material dos direitos humanos nos Estados Nacionais, por meio do constitucionalismo compensatório.

Por essa razão, a primeira parte do capítulo retratará como o exercício do controle abstrato de convencionalidade propiciou o desenvolvimento da jurisprudência da Corte IDH. A jurisprudência da Corte IDH conferiu ao controle de convencionalidade inovações hermenêuticas, de modo que o controle não tem mais apenas as características de subsidiariedade e complementaridade. A Corte IDH propicia o fomento deste tipo de controle na via da abstração, realizada em sede internacional, para alcançar a criação interpretativa dos direitos humanos pela sua jurisprudência.

A segunda parte do capítulo será destinada ao exame da jurisprudência da Corte IDH, em especial sobre temas que propiciaram não apenas o desenvolvimento do controle de convencionalidade, mas também do bloco de constitucionalidade interamericano. Estes casos revelam-se importantes para demonstrar os processos criativos instalados pela Corte IDH no plano internacional.

1 A CRIAÇÃO INTERPRETATIVA DA CORTE IDH PELA VIA DO CONTROLE ABSTRATO DE CONVENCIONALIDADE EM SEDE INTERNACIONAL

Em resposta às violações de direitos humanos cometidas pelos Estados, a Corte IDH expande a influência de sua jurisdição por meio da construção jurisprudencial de proteção dos direitos humanos, em especial a partir do exame do artigo 2º da Convenção Americana. A Corte IDH tem reconhecido progressivamente ofensas ao conteúdo material dos direitos humanos, em virtude da incompatibilidade das normas jurídicas internas com o conjunto de normas previsto no texto convencional⁷⁰⁷.

O contencioso jurisprudencial interamericano tem evoluído a ponto de a Corte IDH realizar diretamente o confronto interpretativo com os parlamentos e os magistrados dos Estados Nacionais. Nesse contexto, a Corte IDH exerce o controle das normas nacionais, similar ao controle de constitucionalidade praticado pelas Cortes Constitucionais, em termos de questões com as quais o Tribunal Interamericano é confrontado, bem como das técnicas e das metodologias implementadas⁷⁰⁸.

Nesta primeira parte do capítulo, o objetivo é retratar a jurisprudência da Corte IDH por meio de julgados que conferem um tratamento metodológico ao controle abstrato de convencionalidade. Em regra, este controle abstrato exercido pela Corte IDH apresenta três tipos de resoluções: (i) declarações da existência de omissão legislativa; (ii) pedido genérico ao parlamento dos Estados para revogar ou alterar a norma jurídica em conflito com a Convenção; e (iii) determinações para anular a norma jurídica nacional

⁷⁰⁷ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011, p. 49.

⁷⁰⁸ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Ob. cit.*, 2011, p. 49.

conflitante, a qual impede o magistrado de aplicar a Convenção no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais⁷⁰⁹.

1.1 DECLARAÇÕES DE EXISTÊNCIA DE OMISSÃO LEGISLATIVA

A declaração de existência de omissão legislativa é um instrumento interessante utilizado pela Corte IDH. No primeiro momento, não há na Convenção Americana instrumento que regule a omissão normativa em relação às disposições dos sistemas jurídicos nacionais.

A omissão legislativa pode ser definida como uma situação de negligência das autoridades públicas do Estado quando há o dever constitucional de adotar regulamentação sobre determinado tema. Certos países da América Latina (Brasil, Colômbia, Costa Rica, Equador, Paraguai, Venezuela, províncias da Argentina e Estados-Membros do México) estabeleceram diferentes mecanismos para solucionar este problema. O controle da omissão legislativa realizado no Brasil⁷¹⁰ é considerado um dos mais avançados⁷¹¹.

O controle da omissão legislativa utilizado pelos Estados Nacionais possui grande afinidade teórica com os julgamentos proferidos pela Corte IDH. Um bom exemplo para demonstrar esta aproximação pode ser visualizado no Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai.

⁷⁰⁹ ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, n. 2, 2008.

⁷¹⁰ O controle da omissão legislativa no sistema jurídico brasileiro é realizado no âmbito do controle de constitucionalidade. No controle de constitucionalidade concentrado, há o instrumento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) que, com a reforma legislativa da Lei n. 9.868/99 pela Lei n. 12.063/2009, ganhou regulamento próprio. Por sua vez, o controle difuso de constitucionalidade aprecia a omissão legislativa mediante a garantia do Mandado de Injunção (MI), garantia constitucional que, juntamente com a sistemática da ADO, sofreu substancial evolução com a jurisprudência do STF, passando de meros instrumentos declarativos da omissão legislativa em ferramentas para regulamentação judicial e concretização dos direitos fundamentais vindicados. Para uma análise ampla da questão, conferir os ensinamentos de MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁷¹¹ É a opinião de GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 50.

Neste caso, a Corte IDH determinou a adequação do sistema jurídico interno para a adoção de procedimentos que regulamentem a reivindicação da terra pela comunidade indígena. E, com fundamento no artigo 2º da Convenção Americana, foi ordenado ao Paraguai adotar medidas legislativas voltadas para a criação de mecanismos em que os povos indígenas possam reivindicar as terras ocupadas por seus ancestrais⁷¹².

Nesse aspecto, ainda houve o acréscimo pela Corte IDH de alguns padrões normativos a serem incluídos na respectiva legislação. Além da efetividade na proteção do direito à reivindicação da terra, a Corte determinou que fossem levados em conta os valores, as práticas e os costumes da comunidade⁷¹³.

Outros casos contendo situações de omissão legislativa podem ser verificados, por exemplo, “Cinco Pensionistas” vs. Peru. Neste caso, ao não implementar um conjunto de medidas necessárias para conferir atendimento às determinações das sentenças judiciais, o Estado peruano não tornou efetivos os direitos consagrados na Convenção Americana. Dentre estes direitos, destacam-se os artigos 21 (propriedade privada) e 25 (proteção judicial). Com isso, o Estado deixou de cumprir a obrigação estipulada no artigo 2º da Convenção⁷¹⁴.

⁷¹² Sobre o tema relacionado ao direito indígena, conferir as lições de TRAMONTANA, Enzamária. *The Contribution of the Inter-American Human Rights Bodies to Envolving International Law on Indigenous Rights over Lands and Natural Resources. International Journal on Minority and Group Rights*, v. 17, p. 241-263, 2010 e FORERO-MANTILLA, Felipe. *Conectividad: Alcances del Derecho a la Propiedad Aborigen y Tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 16, p. 177-212, jan./jul. 2010.

⁷¹³ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17/06/2005, Série C n. 125, § 225: “La Corte considera que es necesario que el Estado garantice el goce efectivo los derechos reconocidos en su Constitución Política y en su legislación, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado, en un plazo razonable, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres.”.

⁷¹⁴ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/02/2003, Série C n. 98, § 167: “La Corte observa que el Estado, al haberse abstenido de adoptar por un largo período de tiempo el conjunto de medidas necesarias

No presente feito, como implementação material a ser alcançada pelo Peru, a Corte IDH conferiu margem nacional de apreciação⁷¹⁵ ao Estado para que os órgãos competentes apreciem eventuais consequências patrimoniais decorrentes da violação à propriedade privada, nos termos da legislação interna. Além disso, determinou que o Estado procedesse com a investigação pelo desacato das sentenças emitidas pelos tribunais peruanos e que não foram cumpridas pelos órgãos competentes⁷¹⁶.

Apresenta-se como segunda situação interessante o Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai. Nesta hipótese, a omissão legislativa existente diz respeito ao Estado não ter um procedimento judicial específico para cuidar de assuntos relacionados aos menores em conflito com a lei⁷¹⁷.

Os representantes das vítimas alegam o descumprimento do artigo 2º da Convenção Americana sobre a justificativa de que: (i) a legislação interna não estabelece critérios especiais para a privação de liberdade do menor; (ii) há um padrão de abusos aos direitos dos menores que origina o dever do Estado de adotar as medidas adequadas para a sua proteção; e (iii) o Estado deve garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos⁷¹⁸.

No caso em apreço, a justificativa de apreensão está presente pelo fato de o Estado não ter uma jurisdição especializada para os menores infratores, tendo apenas um

para dar pleno cumplimiento a las sentencias de sus órganos judiciales y consecuentemente hacer efectivos los derechos consagrados en la Convención Americana (artículos 21 y 25), incumplió la obligación estipulada en el artículo 2 de dicho tratado”.

⁷¹⁵ ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑES POBLETE, Manuel. *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*: proyecciones regionales y nacionales. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2014. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3160>>. Acesso em: 06/12/2014 e BARBOSA DELGADO, Francisco R. El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos*: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 1089-1117.

⁷¹⁶ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/02/2003, Série C n. 98, § 187, pontos resolutivos n.(s) 5 e 6.

⁷¹⁷ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/09/2004, Série C n. 112, §§ 207-213.

⁷¹⁸ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*. Ob. cit., § 207.

capítulo no Código de Processo Penal do Paraguai e um foro específico para tratar destas questões.

Nessa perspectiva, a Corte IDH estabeleceu os seguintes parâmetros⁷¹⁹ para o funcionamento desta jurisdição especializada: (i) a possibilidade de adotar medidas para tratar os menores sem recorrer a procedimentos judiciais⁷²⁰; (ii) em caso de necessidade de instalação de processo judicial, que seja assegurado tratamento psicológico para o menor durante o procedimento, controle na forma de se colher o testemunho do menor, bem como a regulamentação da publicidade do processo; (iii) a disposição de margem para o exercício da discricionariedade nas diferentes etapas do procedimento judicial e nas distintas fases da administração da justiça⁷²¹; e (iv) a preparação e a capacitação em matéria dos direitos humanos e em psicologia infantil para os agentes que cuidarão da administração da justiça.

⁷¹⁹ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*. Ob. cit., § 207.

⁷²⁰ Esta é uma exigência, inclusive, da Convenção Internacional de Proteção à Criança que, em seu artigo 40, estabelece:

“1. Os Estados Partes reconhecem o direito de toda criança a quem se alegue ter infringido as leis penais ou a quem se acuse ou declare culpada de ter infringido as leis penais de ser tratada de modo a promover e estimular seu sentido de dignidade e de valor e a fortalecer o respeito da criança pelos direitos humanos e pelas liberdades fundamentais de terceiros, levando em consideração a idade da criança e a importância de se estimular sua reintegração e seu desempenho construtivo na sociedade.

(...)

3. Os Estados Partes buscarão promover o estabelecimento de leis, procedimentos, autoridades e instituições específicas para as crianças de quem se alegue ter infringido as leis penais ou que sejam acusadas ou declaradas culpadas de tê-las infringido, e em particular:

a) o estabelecimento de uma idade mínima antes da qual se presumirá que a criança não tem capacidade para infringir as leis penais;

b) a adoção sempre que conveniente e desejável, de medidas para tratar dessas crianças sem recorrer a procedimentos judiciais, contando que sejam respeitados plenamente os direitos humanos e as garantias legais.”

⁷²¹ Este critério encontra-se disposto no item 6.1 das Regras de Beijing: “6.1 Habida cuenta de las diversas necesidades especiales de los menores, así como de la diversidad de medidas disponibles, se facultará un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en los distintos niveles de la administración de justicia de menores, incluidos los de investigación, procesamiento, sentencia y de las medidas complementarias de las decisiones.” (ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores [Regras de Beijing], adotadas pela Assembléia Geral por meio da Resolução n. 40/33, de 28/11/1985).

Estas medidas têm o intuito de evitar qualquer abuso da discricionariedade⁷²², bem como assegurar que as determinações de cada caso sejam consideradas idôneas e proporcionais⁷²³.

Esses critérios procuram reconhecer o estado de vulnerabilidade dos menores ante os procedimentos judiciais, além do impacto psicológico experimentado pelo menor ao ser submetido a um juízo criminal. Nesse aspecto, a Corte IDH não encontrou na legislação paraguaia a disposição destes critérios. Por essa razão, a omissão legislativa do Paraguai ao não estabelecer um órgão jurisdicional especializado para os menores em conflito com a lei ofendeu os artigos 2º e 8º, item 1 (garantia judicial), ambos em cotejo com o artigo 19 (proteção dos menores) e 1º, item 1, todos da Convenção Americana⁷²⁴.

Uma vez mais, a margem nacional de apreciação foi conferida pela Corte IDH. Nesse caso, o objetivo é de que o Paraguai – em consulta com a sociedade civil – possa realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional. Além deste ato, o Estado deve apresentar declaração contendo a elaboração de uma política pública de curto, médio e longo prazo sobre o tema dos menores em conflito com a lei.

Esta política deve ser adequada aos compromissos internacionais assumidos pelo Paraguai e deve contemplar estratégias e ações apropriadas para implementar os direitos humanos aos menores em conflito com a lei. Neste documento, deve estar incluído a separação dos menores dos presos comuns e condenados, além de medidas educativas e de apoio médico-psicológico no desenvolvimento do tratamento.⁷²⁵

⁷²² Esta disposição está no item 6.3 das Regras de Beijing: “6.3 Los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente preparados o capacitados para hacerlo juiciosamente y en consonancia con sus respectivas funciones y mandatos.” (ONU. Regras Mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de menores [Regras de Beijing], adotadas pela Assembleia Geral por meio da Resolução n. 40/33, de 28/11/1985).

⁷²³ O critério de proporcionalidade é observado pela Convenção Internacional de Proteção da Criança, em seu artigo 40, item 4: “Diversas medidas, tais como ordens de guarda, orientação e supervisão, aconselhamento, liberdade vigiada, colocação em lares de adoção, programas de educação e formação profissional, bem como outras alternativas à internação em instituições, deverão estar disponíveis para garantir que as crianças sejam tratadas de modo apropriado ao seu bem-estar e de forma proporcional às circunstâncias e ao tipo do delito”.

⁷²⁴ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*. Ob. cit., §§ 212-213.

⁷²⁵ Corte IDH. *Caso “Instituto de Reeducação Juvenil” vs. Paraguai*. Ob. cit., § 340, ponto resolutivo n. 11.

Em virtude da diversidade de casos que a Corte IDH apresenta, é necessário se valer de terceiro exemplo sobre a abordagem metodológica da omissão legislativa. No Caso *Claude Reyes e outros vs. Chile*, a Corte utiliza-se do comando normativo do artigo 2º para apreciar omissão legislativa referente à tutela de acesso à informação.

Não obstante o Estado chileno tenha adotado a proteção do acesso à informação em sua reforma constitucional, bem como ter colocado em discussão projeto sobre Lei de Acesso à Informação Pública – que conta com medida judicial específica para tratar do tema – a Corte IDH exige tratamento um pouco mais além.

O Tribunal Interamericano considera que o Chile deve adotar as medidas para assegurar a proteção ao direito de acesso à informação, dentro do qual deve conter procedimento administrativo adequado para tramitação e solução dos pedidos de informação. Esta solução deve contemplar a fixação de prazos para o exame e a entrega da informação pelos agentes do Estado responsáveis por seu fornecimento⁷²⁶.

E, como ponto resolutivo da controvérsia, determinou ao Estado chileno suprir a omissão legislativa referente ao direito de acesso à informação, em um prazo razoável, consoante o estabelecido pelo artigo 2º da Convenção Americana⁷²⁷.

O que há de comum nestes 3 casos assinalados é a omissão legislativa do Estado em regulamentar determinadas matérias. É importante destacar que a declaração de existência de omissão legislativa efetuada pela Corte IDH terá efeitos transcendentais mínimos para outros Estados no primeiro momento, pois além de os Estados verificarem situações diferenciadas de omissões em seus sistemas jurídicos, a ofensa à Convenção Americana pela ausência de legislação deve ser verificada caso a caso.

No entanto, este cenário de omissão legislativa pode ser modificado quando se trata de temas comuns aos Estados, como a questão relacionada ao desaparecimento forçado de pessoas⁷²⁸.

⁷²⁶ Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 19/09/2006, Série C n. 151, §§ 100-102 e 161-163.

⁷²⁷ Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Ob. cit., § 174, ponto resolutivo n. 7.

No Caso Trujillo-Ozora vs. Bolívia, a Corte IDH considera como ofensa à Convenção Americana a ausência de definição do delito de desaparecimento forçado de pessoas. Ainda que o Estado tenha proposto um projeto de regulamentação na matéria no âmbito do parlamento, a ausência de tipificação impediu o prosseguimento do processo criminal para investigar, julgar e punir eventuais delitos cometidos no caso concreto.

Por essa razão, a Corte IDH considerou que a reparação pela omissão legislativa apenas deve ser considerada completa quando a proposta legislativa tornar-se lei vigente, o que deve ocorrer em um prazo razoável, segundo o entendimento do Tribunal Interamericano⁷²⁹.

O direcionamento metodológicos dos efeitos dos julgamentos da Corte IDH a outros Estados pela via do controle de convencionalidade pode ser realizado para além de temas comuns, como o caso dos julgamentos que contém recomendações, denominados de julgamentos “exortativos”⁷³⁰.

1.2 JULGAMENTOS “EXORTATIVOS”

Os julgamentos exortativos guardam seu conceito próximo ao direito constitucional. Estão presentes quando a corte constitucional formula recomendações ou diretrizes para o parlamento legislar sobre determinadas questões, com indicações, orientações e princípios a serem seguidos. Em algumas situações, ao invés de declarar a

⁷²⁸ Consoante o Preâmbulo da Convenção sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, esta conduta “constituye una afrenta a la conciencia del Hemisferio y una grave ofensa de naturaleza odiosa a la dignidad intrínseca de la persona humana”, de modo que sua prática sistemática “constituye un crimen de lesa humanidad”. Sobre o tema, conferir a posição crítica de MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 10, n. 4, p. 475-489, 2010.

⁷²⁹ Corte IDH. *Caso Trujillo-Oroza vs. Bolívia*. Reparações e Custas. Sentença de 27/02/2002, Série C n. 92, §§ 96-98. Pelo entendimento da Corte, não em relação à matéria, mas em relação ao procedimento adotado no julgamento, referido caso serviu de inspiração para o Caso Claude-Reyes e outros vs. Chile, conforme acima explicitado.

⁷³⁰ Definição adotada por GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 52.

inconstitucionalidade de determinada norma jurídica, com pronúncia de nulidade, a corte constitucional declara apenas a sua incompatibilidade com a ordem constitucional vigente⁷³¹.

Com esta ação, a corte constitucional recomenda ao parlamento que revogue parcialmente ou promova modificações no texto normativo para corrigir os problemas detectados e as discrepâncias com a constituição, em um prazo já determinado. Neste intervalo, o tribunal promove a suspensão do diploma legislativo em vigor⁷³².

Utilizando-se de critério similar e com fundamento no artigo 2º da Convenção Americana, a Corte IDH determina que norma jurídica dos Estados deva ser alterada em função de sua incompatibilidade com a Convenção Americana ou outro instrumento de proteção de direitos humanos no plano interamericano⁷³³.

Em outros casos, a Corte IDH determina a adoção de modificações no plano normativo interno sem um prazo específico estipulado, ordenando apenas que seja

⁷³¹ Em algumas cortes constitucionais, há a declaração de inconstitucionalidade sem a redução de texto, em que o Tribunal fixa os parâmetros interpretativos válidos, mas sem necessidade de modificação do texto pelo parlamento. Ver o padrão adotado pelo STF, por exemplo, em MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Ob. cit., 2014 e TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. México: UNAM, IMDPC e Marcial Pons, 2008, p. 825-846. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2555>>. Acesso em: 01/09/2014.

⁷³² GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 52.

⁷³³ Esta hipótese ocorreu com a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, cuja conduta a Corte IDH considera “un fenómeno diferenciado caracterizado por la violación múltiple y continuada de varios derechos consagrados en la Convención, pues no sólo produce una privación arbitraria de la libertad, sino viola la integridad y la seguridad personal y pone en peligro la propia vida del detenido, colocándolo en un estado de completa indefensión y acarreando otros delitos conexos”, de maneira que a Corte “debe examinar no sólo las posibles violaciones a la Convención Americana, sino también aquellas que pudieron producirse respecto de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada, puesto que esta Convención, entre otras cosas, establece modos de proteger los derechos humanos que se violan cuando se perpetra este tipo de situaciones” (Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/11/2005, Série C n. 136, §§ 92-94).

alterada ou revogada a disposição interna em um prazo razoável⁷³⁴. Neste intervalo de tempo, diferentemente do procedimento adotado pelas cortes constitucionais, a disposição normativa mantém sua força jurídica no plano nacional, mas vulnera a responsabilidade internacional do Estado⁷³⁵.

Desse modo, a obrigação contida no artigo 2º da Convenção Americana continua sendo violada enquanto a norma incompatível com a Convenção continua a fazer parte de seu sistema jurídico interno. Apenas haverá o cumprimento de referido dispositivo quando a norma jurídica interna for modificada, anulada ou reformada⁷³⁶.

Nesse contexto, os juízes nacionais são capazes de se abster de aplicar a norma em um caso concreto, com o fim de evitar em incorrer na responsabilidade internacional do Estado⁷³⁷. De outro lado, a Corte IDH pode ordenar expressamente a não

⁷³⁴ Como aconteceu em Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 05/02/2001. Série C n. 73, § 103, ponto resolutivo n. 4: “el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto”.

⁷³⁵ A discussão sobre responsabilidade internacional do Estado pode ser trabalhada inicialmente em ROHT-ARRIAZA, Naomi. State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law. *California Law Review*, p. 449-513, 1990.

⁷³⁶ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 29/11/2006. Série C n. 162, § 172: “El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.”

⁷³⁷ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 52, nota n. 262. Góngora Mera cita um caso interessante na cidade de Necochea, em uma das províncias da Argentina, logo após a condenação deste Estado no Caso Kimel: “Es así que, continuar el procesamiento de ciudadanos por la presunta infracción a los artículos 109 y 110 del Código Penal, en los términos en que los mismos actualmente se encuentran redactados, implicaría el juzgamiento sobre la base de tipos penales que han sido declarados anticonvencionales, y que el propio Estado argentino así lo ha reconocido, colocándolo en situación - en caso de seguir adelante con este juicio - de volver a ser condenado internacionalmente por los mismos motivos indicados en ‘Kimel vs. Argentina’. (...) Corresponde en consecuencia declarar la anticonvencionalidad de los artículos 109 y 110 del Código Penal por resultar violatorios de los artículos 9 y 13.1 de

aplicação da norma interna ou até mesmo determinar a mudança da orientação jurisprudencial da corte constitucional quando o comportamento judicial do tribunal nacional ofende a Convenção Americana⁷³⁸.

De outro lado, a disposição normativa interna contrária à Convenção Americana pode se apresentar adequada ao texto constitucional do Estado. Há casos apreciados pela Corte IDH sobre este tema – como *Caesar vs. Trinidad e Tobago*⁷³⁹ – em que o Tribunal Interamericano considerou a legislação de Trinidad e Tobago referente a

la Convención Americana sobre Derechos Humanos y sobreseer al querellado por atipicidad del hecho.” (ARGENTINA. Corte Correccional de Necochea. Caso V., Myriam Esther sem calúnias e injurias, apreciado em 26/09/2008).

⁷³⁸ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30/06/2009, Série C n. 197, §§ 192-193: “el Tribunal declaró que en este caso Venezuela no garantizó adecuadamente la independencia judicial, puesto que sus normas y prácticas internas (en especial su línea jurisprudencial) consideran que los jueces provisorios no cuentan con la garantía de inamovilidad. Consecuentemente, la Corte considera que como garantía de no repetición, el Estado deberá, en un plazo razonable, adecuar su legislación interna a la Convención Americana a través de la modificación de las normas y prácticas que consideran de libre remoción a los jueces provisorios.”

⁷³⁹ Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11/03/2005, Série C n. 123, §§ 92-94: “Las violaciones del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención, en perjuicio del señor Caesar, resultaron no sólo de las acciones y omisiones de los agentes estatales sino, primordialmente, de la existencia misma y de los términos de la Ley de Penas Corporales. La Corte ha declarado que dicha ley es incompatible con el artículo 5 de la Convención Americana. Una vez que la Convención entró en vigor para Trinidad y Tobago, el Estado debió haber adaptado su legislación de conformidad con las obligaciones contenidas en dicho tratado, con el fin de asegurar la más efectiva protección de los derechos humanos consagrados en la misma. Es necesario reafirmar que, de conformidad con el artículo 2 de la Convención, la obligación de adaptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una de resultado y, consecuentemente, la denuncia de la Convención por parte del Estado no puede extinguir las obligaciones internacionales por éste asumidas mientras el tratado se encontraba en vigencia. Dichas obligaciones tienen un carácter autónomo y automático, y no dependen de ninguna declaración de los órganos de supervisión de la Convención respecto de una legislación interna específica. Al haber declarado la incompatibilidad de la Ley de Penas Corporales con la Convención Americana, y por el hecho de que el Estado no derogó o de cualquier manera anuló dicha ley después de la ratificación de la Convención, la Corte debe declarar que Trinidad y Tobago incumplió con las obligaciones establecidas en el artículo 2 de la Convención, en relación con el artículo 5.1 y 5.2 de la misma”.

castigos corporais como ofensiva à Convenção. Por essa razão, determinou ao Estado que adote medidas necessárias para revogar referido ato normativo⁷⁴⁰.

Neste caso em específico, o desenvolvimento interpretativo da Corte IDH foi além. Caso ela mantivesse a disposição do texto constitucional de Trinidad e Tobago em sua Seção 6, esta parte da Constituição legitimaria a existência da referida legislação de castigos corporais⁷⁴¹. Por essa razão, a Corte declarou a incompatibilidade desta parte do texto constitucional de Trinidad e Tobago com a Convenção, de modo a condenar o Estado a alterar a Seção 6 de sua Constituição dentro de um prazo razoável⁷⁴².

O impacto das recomendações da Corte IDH sobre os órgãos legislativos dos países pertencentes ao sistema convencional torna-se evidente se for levado em consideração a vinculação dos Estados às decisões da Corte IDH, mesmo quando não

⁷⁴⁰ Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 132: “Por haber declarado que la Ley de Penas Corporales es incompatible con los términos del artículo 5.1 y 5.2 de la Convención (supra párr. 73 y 94), la Corte requiere al Estado que adopte, dentro de un plazo razonable, las medidas legislativas o de otra índole necesarias para derogar la Ley de Penas Corporales.”

⁷⁴¹ Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 49.11: “La Sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago impide a los individuos la impugnación, en los términos de las Secciones 4 y 5 de la misma, de cualquier ley o estatuto ejecutados de conformidad con cualquier ley que estuviera en vigor en Trinidad y Tobago antes de 1976, año en que dicha Constitución entró en vigor”.

⁷⁴² Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 133: “La Corte ha establecido que ‘la sección 6 de la Constitución de la República de Trinidad y Tobago, que data de 1976, establece que ninguna norma anterior a la entrada en vigencia de ésta, puede ser objeto de impugnación constitucional en cuanto a sus Secciones 4 y 5 [...]. La Ley de Delitos contra la Persona es incompatible con la Convención Americana y, por lo tanto, cualquier disposición que determine su inimpugnabilidad, también lo es en virtud de que Trinidad y Tobago, al ser parte de la Convención en el momento de los hechos, no puede invocar las disposiciones de su derecho interno para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales’. En el mismo sentido, al imposibilitar que la Ley de Penas Corporales sea impugnada, la ‘cláusula de exclusión’ contenida en la Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención. En consecuencia, la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la mencionada Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en cuanto imposibilite a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección violaciones de sus derechos humanos”.

fizerem parte do julgamento⁷⁴³. Isto ocorre tendo em vista que a mera existência de determinado tipo de legislação no âmbito nacional pode configurar violação à Convenção Americana e, por consequência, dar lugar à responsabilização internacional do Estado.

Nesse caso, como medida preventiva, a ação legislativa é levada em consideração quando as normas nacionais são flagrantemente incompatíveis com os tratados que compõem a proteção dos direitos humanos, de acordo com o posicionamento jurisprudencial da Corte IDH.

Por outro lado, isto não implica uma recepção acrítica dos padrões interpretativos desenvolvidos pela Corte IDH a nível nacional. As razões da incompatibilidade da norma perante o Estado demandado devem ser bem avaliadas, para o fim de verificar se esta incompatibilidade é encontrada no plano interno também. Com esta oportunidade, o parlamento pode avaliar a situação e modificar o texto legislativo, de maneira a adequá-lo às normas constitucionais e convencionais.

1.3 DECLARAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DA INCOMPATIBILIDADE COM O TEXTO DA CONVENÇÃO AMERICANA

A declaração de nulidade de uma norma jurídica é utilizada pelas cortes constitucionais como técnica de fiscalização abstrata de constitucionalidade de atos normativos em face do texto constitucional. Esta nulidade pode gerar efeitos *ex tunc* (desde a criação da norma), *ex nunc* (desde a declaração da nulidade da norma) ou *pro futurum* (data a ser fixada pela corte constitucional)⁷⁴⁴.

Adaptada esta realidade aos julgamentos da Corte IDH, a hipótese mais usual em que há a declaração de nulidade pela incompatibilidade com o texto convencional é a dos casos de leis de autoanistias.

⁷⁴³ O desenvolvimento deste tema será realizado em capítulo próprio da presente tese.

⁷⁴⁴ A Lei n. 9.868/99 - que cuida do Processo Constitucional no Brasil - retrata bem as hipóteses de modulação da declaração de inconstitucionalidade em seu artigo 27: "Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado."

Em relação ao Peru, os casos Barrios Altos e La Cantuta tiveram como condenação a declaração de que as leis peruanas de autoanistias eram incompatíveis com o texto da Convenção desde o início (efeito *ex tunc*), de modo que não eram aplicáveis em qualquer caso.

A partir da implementação da doutrina do bloco de constitucionalidade, bem como com a reforma constitucional realizada, as sentenças da Corte IDH possuem caráter obrigatório e imediato no âmbito do sistema jurídico interno do Peru, de maneira que não foi necessário nenhuma tribunal nacional declarar a nulidade das leis de autoanistia⁷⁴⁵.

Nesses casos, a Corte IDH realiza um controle abstrato de convencionalidade das normas nacionais, cujo impacto ultrapassa os efeitos jurídicos do caso concreto em análise, com forte repercussão indireta. A declaração de nulidade com efeitos *ex tunc* das disposições normativas de um Estado Parte pode afetar a aplicabilidade de normas similares em outros Estados Partes.

Os magistrados nacionais estão vinculados pelos julgamentos da Corte IDH. Neste aspecto, a aplicação de disposições normativas nacionais em contrariedade com a Convenção e com os julgamentos em que foram proferidas as nulidades poderá acarretar a responsabilidade internacional do Estado. Isto implica que o efeito da declaração de nulidade vai além do Estado demandado, de modo que o juiz nacional – ao exercer o controle difuso de convencionalidade – pode aplicar o conteúdo material do pronunciamento de nulidade⁷⁴⁶.

Esta análise metodológica dos julgamentos da Corte IDH demonstra a evolução do controle de convencionalidade em sua modalidade abstrata. Esta modalidade, além de moldar os julgamentos da Corte IDH a proferirem estes modelos de sentenças, também é responsável por aperfeiçoar a construção dos direitos humanos, a partir da evolução dos julgamentos.

2 A FORMAÇÃO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE DA CORTE IDH PELA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DOS

⁷⁴⁵ GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. Ob. cit., 2011, p. 54.

⁷⁴⁶ Esta discussão será aprofundada em capítulo próprio, ao se discutir o diálogo jurisprudencial entre a Corte IDH e as cortes nacionais, sobretudo na questão relacionada à coisa julgada internacional.

DIREITOS HUMANOS: O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

Esta parte do capítulo é responsável por analisar um segundo efeito do controle abstrato de convencionalidade exercido pela Corte IDH: a criação jurisprudencial dos direitos humanos.

Apresenta-se impossível para a tese examinar as 291 manifestações da Corte IDH na série de casos contenciosos⁷⁴⁷. Por essa razão, foram escolhidos casos que representam as principais controvérsias suscitadas à Corte IDH, e cujo pronunciamento contribuiu para a formação do acervo normativo do direito internacional.

O exame dos casos terá como premissa vislumbrar o desenvolvimento do constitucionalismo compensatório. Nessa perspectiva, a abordagem dos casos levará em conta: (i) o breve resumo da narrativa dos fatos, com os fundamentos da resolução do caso pela Corte IDH; (ii) os principais argumentos que contribuem para a formação do bloco de constitucionalidade interamericano, na perspectiva da criação jurisprudencial dos direitos humanos; e (iii) se foi realizado o constitucionalismo compensatório.

Inicialmente, antes da abordagem dos casos, faz-se necessário o exame do tema *jus cogens* desenvolvido pela Corte IDH. Este assunto apresenta-se como transversal não apenas no que tange ao desenvolvimento jurisprudencial do instituto, mas sobretudo sua contribuição para a construção judicial dos demais direitos, que compõem o bloco de constitucionalidade criado pela Corte IDH.

⁷⁴⁷ Isto sem contar as medidas provisórias emitidas e que contém vasto conteúdo para o teste da hipótese do constitucionalismo compensatório. O último caso contencioso analisado foi o Caso J. vs. Peru, em sede de Interpretação da Sentença, em 20/11/2014 (Corte IDH. Caso J. vs. Peru. Interpretação da Sentença de Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20/11/2014, Série C n. 291).

2.1 O DESENVOLVIMENTO DA IDEIA DE *JUS COGENS* NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

O *jus cogens* é o fundamento de validade natural dos regimes especiais de direito internacional que se encontram fora de responsabilidade das ordens jurídicas dos Estados Nacionais⁷⁴⁸.

Trata-se da estrutura formal que expressa supremacia no plano internacional. O *jus cogens* apresenta-se como um corpo específico e superior de normas, que triunfa sobre os conflitos envolvendo os tratados⁷⁴⁹ e os costumes⁷⁵⁰ no âmbito do direito internacional. O *jus cogens* pode ser qualificado como uma norma constitucional⁷⁵¹, em um sentido formal e material, presente no direito internacional⁷⁵².

⁷⁴⁸ UNITED NATION. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi. Geneva, 13 April 2006, p. 83.

⁷⁴⁹ A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em seu artigo 53, expressa que “é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”. O artigo 64 da referida Convenção consolida a força e a importância da norma imperativa de direito internacional: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”. O tratamento especial às normas consideradas *jus cogens* ainda é verificado na Convenção de Viena nos artigos 44, item 5, que remete à indivisibilidade das disposições de um tratado, 66, letra “a”, que remete o conflito com o *jus cogens* para a Corte Internacional de Justiça e 71, que reflete as consequências da nulidade de um tratado em conflito com uma norma imperativa de direito internacional geral.

⁷⁵⁰ O tema foi tratado em Corte EDH. *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido*. Petição n. 35763/97. Mérito. Sentença de 21/11/2001, § 3.

⁷⁵¹ FISCHER-LESCANO, Andreas. Die Emergenz der Globalverfassung. Max-Planck-Institut, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, n. 63, p. 717-760, 2003. Disponível em: <http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_3_a_717_760.pdf>. Acesso em: 30/12/2013, p. 743-749.

⁷⁵² PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579-610, 2006, p. 598.

A estrutura metodológica do *jus cogens* compreende a formação de dois campos de normas jurídicas, em matéria de direitos humanos. O primeiro campo é composto por um núcleo universal, o qual é imponível a todos os Estados. O núcleo universal contém as regras previstas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, aceita por todos os Estados, que as convalidaram pela Conferência de Viena, de 1993⁷⁵³.

A expansão em torno desses núcleos significa a construção de valores fundamentais de convivência humana. Os valores fundamentais componentes do núcleo duro deste campo compreendem: (i) a restrição à tortura, ao tratamento desumano e degradante, bem como à escravidão; (ii) a não retroatividade da lei-penal; (iii) restrição ao genocídio, além da proteção contra a privação da liberdade de forma abusiva; (iv) a proibição da morte e da execução sumária; (v) a deportação forçada; e (vi) a discriminação racial sistemática. Como os Estados aceitaram e reconheceram como valores fundamentais comuns, o seu cumprimento é realizado pela comunidade internacional⁷⁵⁴.

Por sua vez, o segundo campo normativo é composto por um conjunto variável de normas aceitas como padrões nacionais de direitos humanos, que derivam ou não das normas jurídicas contidas no âmbito de convenções internacionais de proteção dos direitos humanos. Os pontos divergentes sobre a questão remeteriam a compreender a composição do núcleo essencial. Isto é, se a identidade do direito é derivada do plano internacional, compatível com a harmonização pela margem nacional de apreciação dos Estados⁷⁵⁵, ou se são normas derivadas do padrão cultural de direitos humanos de nações

⁷⁵³ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 320-321.

⁷⁵⁴ TURGIS, Sandrine. *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: Pedone, 2012. Disponível em: <http://www.pedone.info/iidh/Turgis/Introduction_Turgis.pdf>. Acesso em: 30/12/2013, p. 58.

⁷⁵⁵ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004, p. 14-18 e DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 39-128. Esta metodologia também é verificada em SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 1, p. 85-106, 1998.

centrais – como os países europeus ou os Estados Unidos –, com restrições inerentes à implementação interpretativa nos Estados⁷⁵⁶.

No plano internacional, a construção doutrinária e jurisprudencial estabelece um patamar diferenciado de alocação para o *jus cogens*. Ele é considerado como norma substantiva no plano internacional⁷⁵⁷, em especial no que tange ao processo de humanização do direito internacional⁷⁵⁸.

Para compreender como a Corte IDH utiliza o instituto em sua evolução jurisprudencial, é importante verificar como o seu desenvolvimento ocorreu no âmbito do direito internacional.

2.1.1 O DESENVOLVIMENTO DO JUS COGENS NO DIREITO INTERNACIONAL

O *jus cogens* está atrelado à evolução das normas voluntárias e necessárias no âmbito do direito internacional. O direito internacional necessário é composto pelas normas consideradas imprescindíveis⁷⁵⁹ para a atuação do Estado perante a comunidade internacional. De outro lado, o direito internacional voluntário remete-se ao conjunto de regras que são reguladas por dispositivos nacionais⁷⁶⁰. No entanto, por livre consentimento, os Estados atribuem capacidades e competências soberanas para o plano internacional, com o objetivo de realizar regulação em conjunto com os demais Estados⁷⁶¹.

Em virtude do aumento da interdependência entre os Estados, esta distinção apresenta-se mais tênue. Grande parte desta aproximação é devida ao aumento dos processos econômicos e políticos, que influenciam o sistema jurídico. Assim, os processos de integração revelam-se tão importantes que o Estado não tem a opção de rejeitar determinadas normas elaboradas no plano internacional, sob pena de ser excluído dos

⁷⁵⁶ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁷⁵⁷ WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

⁷⁵⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 75.

⁷⁵⁹ Considera-se como parte do direito internacional necessário as regras relacionadas a fronteiras, preservação de águas de rios internacionais, pássaros migratórios, casamento entre nacional e estrangeiro, bem como questões relacionadas à extradição.

⁷⁶⁰ Como exemplo deste modelo, estão as regras que protegem os recursos domésticos.

⁷⁶¹ VARELLA, Marcelo Dias. Ob. cit., 2013, p. 131.

conjuntos normativos que asseguram sua sobrevivência. Desse modo, os temas considerados internacionalizados pela vontade dos Estados tornam-se direito internacional necessário⁷⁶².

No plano jurídico, há duas situações em que o Estado deverá aceitar a colocação de normas independentemente de sua vontade. A primeira delas é no plano colegiado, quando as normas são aprovadas em organizações internacionais ou em sistemas regionais pelo quórum da maioria dos Estados membros. A segunda situação diz respeito às normas imperativas do direito internacional⁷⁶³.

As normas imperativas do direito internacional estão previstas na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Este instrumento internacional apresenta-se como uma consolidação dos costumes internacionais. Inúmeros países – dentre eles o Brasil⁷⁶⁴ – apresentaram resistência em sua internalização, tendo em vista a previsão deste conjunto de normas imperativas que alicerçam o direito internacional. Isto se justifica tendo em vista que os Estados sempre se apresentaram receosos para reconhecer limitações relacionadas ao seu poder de celebrar tratados⁷⁶⁵.

A previsão de existência do *jus cogens* está disposta na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (doravante Convenção de Viena DT), na medida em que este texto convencional criou uma hierarquia entre normas imperativas de direito internacional e os demais tratados. A aceitação do *jus cogens* implica no fato de os Estados estarem criando uma autolimitação do seu livre consentimento no plano internacional⁷⁶⁶.

Não há uma relação de normas aceitas como *jus cogens* pela comunidade internacional. Nesse aspecto, não há uma regulação procedimental acerca dos requisitos que

⁷⁶² VARELLA, Marcelo Dias. Ob. cit., 2013, p. 131-132.

⁷⁶³ VARELLA, Marcelo Dias. Ob. cit., 2013, p. 132.

⁷⁶⁴ O Decreto Legislativo n. 496, de 17/07/2009, aprovou o texto da Convenção. O Brasil depositou o instrumento de ratificação em 25/09/2009. No dia 14/12/2009, houve a promulgação do texto convencional pelo Decreto n. 7.030. O aceite do Brasil deu-se em virtude da consolidação do *jus cogens*, tendo em vista o reconhecimento de normas obrigatórias por diferentes tribunais internacionais.

⁷⁶⁵ Sobre o tema, conferi MEDEIROS, Antonio Paulo Cachapuz. *O poder de celebrar tratados*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

⁷⁶⁶ Na opinião de Varella, a existência de normas de direito imutáveis “representa uma regra objetiva, que limita a liberdade dos Estados e consolida um conjunto normativo criado em determinadas condições com o qual os novos governos nem sempre têm a intenção de concordar” (VARELLA, Marcelo Dias. Ob. cit., 2013, p. 135).

uma disposição normativa internacional deve cumprir para ser considerada *jus cogens*. Assim, há obstáculos importantes para a consolidação do instituto. O critério existente associa o reconhecimento por um tribunal internacional com o conjunto de valores de determinada época. Atualmente, os direitos humanos apresentam-se como espécie normativa que preenche estes dois requisitos.

Ao lhe conferir natureza de norma de direitos humanos, a aceitação geral do *jus cogens* teria condições de colocá-lo como parte do topo da hierarquia normativa do direito internacional. No entanto, esta construção interpretativa implica em um problema de posicionamento teórico entre os autores. Por essa razão, a aproximação da definição e da implementação de *jus cogens* é realizada no plano jurisprudencial⁷⁶⁷.

No plano jurisprudencial, a CIJ firmou seu posicionamento⁷⁶⁸ no caso Congo vs. Ruanda. Neste julgamento, a Corte Internacional estabeleceu uma distinção entre as obrigações dos Estados para a comunidade internacional como um todo e as obrigações contraídas entre Estados no âmbito da proteção diplomática. Quanto às primeiras, a CIJ as considera como obrigações *erga omnes*, que se estendem a todos os Estados, porquanto cada um deles pode ser detentor de um interesse jurídico a ser protegido⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ WET, Erika de; VIDMAR, Jure. Ob. cit., 2012 e ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011 e disponível em Academia.edu. Acesso em: 09/01/2014, p. 13.

⁷⁶⁸ A CIJ teve oportunidades anteriores de estabelecer o instituto. Porém, a posição consolidada foi adotada apenas a partir de um novo cenário internacional. Como exemplo, o conceito aparece em 1970, no caso Barcelona Traction. No contencioso envolvendo os Estados Unidos e o Irã, a CIJ identificou determinadas obrigações imperativas do direito internacional. Em 1996, no caso sobre a utilização de armas nucleares, a CIJ identificou a existência de um núcleo duro e inviolável de normas internacionais, oponíveis a todos os Estados, que se estabelecem como “princípios não-passíveis de transgressão do direito internacional costumeiro” e não necessitam do livre consentimento dos Estados. Houve também casos em que a CIJ não se habilitou a apreciar a questão, como no caso sobre a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, de 1997, e no contencioso entre Hungria e Eslováquia, no qual se recusou a se expressar sobre as normas imperativas em matéria ambiental. O argumento crítico sobre o tema pode ser acompanhado em VARELLA, Marcelo Dias. Ob. cit., 2013, p. 136-137 e em SIMMA, Bruno. Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009.

⁷⁶⁹ CIJ. Caso Atividades Armadas sobre o Território do Congo (República Democrática do Congo vs. Ruanda). Julgamento de 03/02/2006.

No Caso Etiópia vs. África do Sul e Libéria vs. África do Sul, o Juiz Tanaka defende a relação entre as normas imperativas de direito internacional com os direitos humanos. Ao considerar a introdução da categoria *jus cogens* no direito internacional – como um tipo de norma imperativa que contrapõe a disposição normativa alterável pelos Estados –, afirma que “o direito relacionado à proteção dos direitos humanos pode ser considerado como integrante do *jus cogens*”⁷⁷⁰.

Em recente julgamento, a CIJ apreciou a questão do *jus cogens* relacionada à imunidade de jurisdição. No Caso Alemanha vs. Itália⁷⁷¹, o principal questionamento era saber se normas de direitos humanos reconhecidamente com caráter de *jus cogens* poderiam afastar as disposições normativas relacionadas à imunidade de jurisdição do Estado.

No caso em apreço, os juízes nacionais da Itália estavam relativizando as normas aplicáveis à imunidade de jurisdição do Estado para responsabilizar a Alemanha por violação de normas de *jus cogens* no decorrer da 2ª Guerra Mundial.

A maioria dos juízes da CIJ realizou uma importante distinção entre o campo de atuação das normas de *jus cogens* e o âmbito normativo da disciplina relacionada à imunidade de jurisdição. Para a CIJ, as normas de *jus cogens* têm como foco disciplinar condutas materiais. Já as normas relativas à imunidade de jurisdição, estas dizem respeito à atuação procedimental dos Estados.

Ainda que não tenha considerado a prevalência do *jus cogens* sobre a imunidade de jurisdição, a CIJ ponderou que o direito internacional é um sistema normativo em evolução e que o julgamento não liquida a questão.

⁷⁷⁰ CIJ. Casos do Sudoeste da África (Caso Etiópia vs. África do Sul. Libéria vs. África do Sul). Julgamento de 18/07/1966. Opinião dissidente do Juiz Tanaka, p. 296: “If we can introduce in the international field a category of law, namely *jus cogens*, recently examined by the International Law Commission, a kind of imperative law which constitutes the contrast to the *jus dispositivum*, capable of being changed by way of agreement between States, surely the law concerning the protection of human rights may be considered to belong to the *jus cogens*”.

⁷⁷¹ CIJ. Caso sobre as Imunidades de Jurisdição do Estado (Alemanha vs. Itália, com intervenção da Grécia). Julgamento de 03/02/2012.

Em igual sentido, a Corte EDH⁷⁷² apreciou situação semelhante no Caso Jones e outros vs. Reino Unido. Não obstante tenha debatido a relação do *jus cogens* com o conceito de tortura, a Corte EDH não considerou que houve ofensa ao artigo 6º, parágrafo primeiro da Convenção Europeia. Assim como a CIJ, a Corte EDH fez prevalecer a imunidade de jurisdição do Estado sobre o conteúdo normativo do *jus cogens*.

Logo, a evolução do direito internacional demonstra que o *jus cogens* avança muito além dos tratados, estendendo-se a todo o direito internacional contemporâneo por meio dos precedentes jurisprudenciais. Ao ser atrelado ao conteúdo material dos direitos humanos⁷⁷³, o *jus cogens* projeta-se nos sistemas jurídicos nacionais, tornando inválido qualquer ato normativo incompatível com ele⁷⁷⁴.

Neste contexto, a emergência das normas imperativas e peremptórias do direito internacional em matéria de direitos humanos é amplamente reconhecida e difundida no âmbito dos julgamentos da Corte IDH. O Tribunal Interamericano apresenta-se como a jurisdição que mais contribuiu para a evolução conceitual das normas imperativas do direito internacional, no âmbito do exercício de suas funções de proteção à pessoa humana, procedendo com a ampliação do conteúdo material do *jus cogens*⁷⁷⁵.

2.1.2 A EVOLUÇÃO DO *JUS COGENS* NO ÂMBITO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH

A primeira etapa da evolução jurisprudencial do *jus cogens* no âmbito do Sistema Interamericano consistiu na proibição absoluta da tortura, em toda e qualquer

⁷⁷² Corte EDH. *Caso Jones e outros vs. Reino Unido*. Petições n.(s) 34356/06 e 40528/06. Quarta Seção. Mérito. Sentença de 02/06/2014.

⁷⁷³ BIANCHI, Andrea. Human Rights and the Magic of Jus Cogens. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008.

⁷⁷⁴ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Ob. cit., 2003, p. 75.

⁷⁷⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Ob. cit., 2003, p. 75. Em uma perspectiva crítica, Marcelo Varella acredita que a experiência de proteção dos direitos humanos adotada regionalmente, no manejo interpretativo do *jus cogens*, poderia compor de forma mais eficiente e democrática o núcleo rígido universal, mas não são levadas em consideração pelos países dominantes (VARELLA, Marcelo Dias. Ob. cit., 2013, p. 321).

circunstância⁷⁷⁶, inclusive no que tange à derivação para o tratamento cruel, desumano e degradante⁷⁷⁷.

Na perspectiva da Corte IDH, a tortura está proibida pelo direito internacional dos direitos humanos, de maneira absoluta e inderrogável. Esta proibição se estende, inclusive, para outras hipóteses, como: (i) situações emergenciais, como guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo; (ii) outros delitos, provenientes de um contexto de estado de exceção ou de emergência constitucional, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna; e (iii) além de outros tipos de emergência ou calamidades públicas⁷⁷⁸.

Nesse sentido, a Corte IDH consolidou este posicionamento no caso *Tibi vs. Equador*, ao contextualizar o *jus cogens* na perspectiva de um regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura, tanto física como psicológica⁷⁷⁹.

Este posicionamento encontra sua fundamentação na Convenção das Nações Unidas de 1984 e seu Protocolo, de 2002, na Convenção Interamericana (1985) e Europeia (1987), que compõem o conjunto de normas internacionais de proteção contra a tortura e fazem parte do parâmetro para a construção do bloco de constitucionalidade da Corte IDH⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ Em posicionamento contrário, no sentido da possibilidade do manejo da tortura, ver WET, Erika de; VIDMAR, Jure. Ob. cit., 2012, p. 76 e 154.

⁷⁷⁷ Neste sentido, é o posicionamento da Corte IDH, no caso *Cantoral Benavides vs. Peru*: “Ciertos actos que fueron calificados en el pasado como tratos inhumanos o degradantes, no como torturas, podrían ser calificados en el futuro de una manera diferente, es decir, como torturas, dado que a las crecientes exigências de protección de los derechos y las libertades fundamentales, debe corresponder una mayor firmeza al enfrentar las infracciones a los valores básicos de las sociedades democráticas” (Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000, § 99).

⁷⁷⁸ Corte IDH. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 08/07/2004. Série C n. 110, §§ 111-112.

⁷⁷⁹ Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 07/09/2004, Série C n. 114, § 143.

⁷⁸⁰ Sobre a construção do bloco de normas, denominado de bloco de constitucionalidade ou bloco de normatividade, confira-se a opinião de GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011, p. 178-181.

Além disso, este tipo de proteção foi inspirado na construção jurisprudencial adotada pela Corte EDH⁷⁸¹, que desde o julgamento do caso *Soering vs. Reino Unido*, considera que a proibição da tortura configura-se como expressão de um dos valores fundamentais das sociedades democráticas na contemporaneidade^{782 783}.

No plano interamericano, a Corte IDH ampliou o conteúdo material do *jus cogens*. A primeira ampliação contempla o princípio da igualdade e da não discriminação, quando da abordagem do tema pela Opinião Consultiva n. 18, emitida em 17/09/2003, sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Sem Documentos⁷⁸⁴.

Na opinião da Corte IDH, os Estados Partes tem o dever de respeitar e assegurar o conteúdo essencial dos direitos humanos à luz do princípio da igualdade e da não discriminação. Nesses moldes, qualquer tratamento de cunho discriminatório – no que tange ao exercício de tais direitos (inclusive os direitos sociais, de caráter trabalhista) – incorrerá na responsabilidade dos Estados. Isto porque, para a Corte, referido princípio fundamental ingressou no espectro material de incidência do *jus cogens*⁷⁸⁵.

Dessa forma, os Estados não podem tolerar situações discriminatórias, sobretudo em detrimento dos imigrantes, devendo garantir a manifestação do devido processo legal a qualquer pessoa, independentemente de sua qualidade de imigrante. Além do mais, devem adaptar suas políticas públicas, em especial as migratórias, em consonância com a irradiação do conteúdo material da igualdade e da não discriminação⁷⁸⁶.

⁷⁸¹ WET, Erika de; VIDMAR, Jure. Ob. cit., 2012, p. 153-156.

⁷⁸² Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido*. Petição n. 14038/88. Mérito. Sentença de 07/07/1989, § 88.

⁷⁸³ Esta construção é reforçada pelo julgamento do Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia, que no caso A. Furundzija considerou a proibição absoluta da tortura como uma norma de caráter imperativo de *jus cogens* (TPI. *Caso A. Furundzija*. Sentença de 10/12/1998, §§ 137-139, 144 e 160).

⁷⁸⁴ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 18, de 17/09/2003. Condição Jurídica dos Imigrantes Sem Documentos, solicitada pelos Estados Unidos do México, §§ 97-101 e 110-111.

⁷⁸⁵ Corte IDH. Opinião Consultiva n. 18, de 17/09/2003. Condição Jurídica dos Imigrantes Sem Documentos, solicitada pelos Estados Unidos do México, §§ 97-101 e 110-111.

⁷⁸⁶ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Ob. cit., 2003, p. 78. Esta construção leva à ingerência, no plano da margem nacional de apreciação, e a necessidade de efetuar uma medida compensatória no plano constitucional (PETERS, Anne. Ob. cit., 2006, p. 579-610).

O caráter aberto e principiológico conferido ao *jus cogens* – pela abordagem realizada nos precedentes da Corte IDH – transforma o instituto em uma categoria não fechada. Por essa razão, cargas axiológicas de normatividade são depositadas sobre o *jus cogens*, a ponto de expandir sua atuação pelas disposições normativas de proteção dos direitos humanos, presentes na Convenção Americana.

A primeira derivação desta constatação consiste na possibilidade de distinção do *jus cogens* pelo conteúdo essencial⁷⁸⁷, em especial em demandas que colocam o conjunto de normas imperativas do direito internacional equiparado à norma com *status* supraconstitucional⁷⁸⁸.

O segundo aspecto trabalhado diz respeito à extensão do *jus cogens* a outros dispositivos consagrados pela Convenção Americana. A Corte IDH estendeu a efetividade da norma imperativa de direito internacional para o âmbito de atuação dos artigos 8º e 25 da Convenção Americana. A finalidade do Tribunal Interamericano é a de caracterizar com imperatividade o acesso à justiça, entendido como plena concretização da mesma, levando o conteúdo essencial de referidos dispositivos, interpretados conjuntamente, como forma de garantir a intangibilidade de todas as garantias judiciais⁷⁸⁹.

A consolidação desta roupagem de imperatividade do acesso à justiça ocorreu no caso *La Cantuta vs. Peru*. Neste caso, os fatos narrados implicaram na ofensa às normas inderrogáveis do direito internacional. E, de acordo com o conteúdo normativo previsto no artigo 1º, item 1, da Convenção Americana, os Estados Partes estão obrigados a investigar as ofensas a direitos humanos, bem como a julgar e punir os responsáveis.

Diante da natureza e da gravidade que a narrativa dos fatos impõe, e tratando-se de um contexto de violação sistemática dos direitos humanos, a necessidade de erradicar a impunidade revela-se à comunidade internacional como um dever de cooperação interestatal para com estes efeitos.

⁷⁸⁷ PETERS, Anne. Ob. cit., 2006, p. 599 e WET, Erika de; VIDMAR, Jure. Ob. cit., 2012, p. 98-103.

⁷⁸⁸ Esta perspectiva foi abordada pela Corte IDH no caso *Gomes Lund vs. Brasil*, e será analisada criticamente no próximo item.

⁷⁸⁹ Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentença de 31/01/2006, Série C n. 140, § 64.

Logo, para a Corte IDH, o acesso à justiça constitui uma norma imperativa do direito internacional. Como tal perspectiva, produz efeitos que são necessários para não permitir o crescimento da impunidade destas violações, mediante o exercício da jurisdição obrigatória da Corte. Esta construção tem como escopo aplicar adequadamente o direito interno e o direito internacional, a fim de julgar e punir os responsáveis pelos fatos, ou procurando colaborar com outros Estados Partes que desejam fazê-lo⁷⁹⁰.

Ao estender a qualidade de *jus cogens* para os artigos 8º e 25 da Convenção Americana, a Corte IDH permitiu que sua jurisdição obrigatória adentrasse ao âmbito de proteção do processo constitucional dos Estados Nacionais.

Mediante os dispositivos do artigo 1º, item 1, e 2º, do texto convencional, a finalidade deste posicionamento é permitir que a Corte IDH operacionalize a construção de um ambiente propício para colocar em prática o constitucionalismo compensatório decorrente do *jus cogens*. Isto se justifica em virtude do *déficit* de proteção dos direitos humanos. Desse modo, ao tornar o artigo 25 da Convenção Americana parte do conteúdo material do *jus cogens*, a Corte IDH utiliza-se de sua interpretação evolutiva para incluir referido dispositivo em seu bloco de constitucionalidade.

Com este cenário, a Corte IDH busca legitimar o desenvolvimento jurisprudencial dos direitos humanos, seja fortalecendo o texto convencional existente, seja criando novos direitos humanos, a partir da estruturação de sua jurisprudência em seu bloco de constitucionalidade.

Mediante esta abordagem, passa-se ao exame do desenvolvimento do constitucionalismo compensatório pela construção jurisprudencial da Corte IDH em matéria de direitos humanos.

⁷⁹⁰ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, § 160.

2.2 O IMPLEMENTO DO *JUS COGENS* NO DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO: A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NOS CASOS DE ANISTIA

O papel da Corte IDH contra o legado de impunidade⁷⁹¹ – em especial com a criação das leis de autoanistia no âmbito dos Estados da América Latina – apresenta-se especialmente relevante. A Corte desenvolveu algumas de suas abordagens inovadoras e de grande alcance para a proteção dos direitos humanos em sua jurisprudência sobre anistia⁷⁹².

O dinamismo desempenhado pela Corte IDH parece ser particularmente necessário no contexto de graves violações de direitos humanos que ocorreram nos Estados latino-americanos, com instituições nacionais e sistemas democráticos frágeis⁷⁹³.

Nesse contexto, a construção da jurisprudência sobre anistias revela-se um dos temas mais importantes do desenvolvimento jurisprudencial da Corte IDH. Por essa razão, esta parte do capítulo destina-se a apreciar os principais casos que contribuíram para a elaboração do posicionamento sobre o tema anistia.

2.2.1 A APRECLIAÇÃO DO TEMA: CASO BARRIOS ALTOS VS. PERU

Como primeiro exemplo, no Caso Barrios Altos vs. Peru, a Corte IDH criou a regra que proíbe anistiar graves violações de direitos humanos praticadas no âmbito dos Estados Nacionais⁷⁹⁴.

O caso envolve os membros do Exército do Peru que atuavam como “esquadrão de eliminação” denominado “Grupo Colina”. O grupo tinha seu próprio programa de extermínio. Referido grupo ingressou em um evento festivo (no dia 03/11/1991), localizado em um prédio no bairro “Barrios Altos”. Neste evento, renderam as pessoas presentes, determinaram que elas deitassem no chão, quando dispararam de forma

⁷⁹¹ MARTIN-CHENUT, Kathia. Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l’homme en matière de lutte contre l’impunité. *Chronique internationale*, RSC 03, jul./set. 2007, p. 628-640.

⁷⁹² BINDER, Christina. The prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, p. 1203-1229, 2011, p. 1204.

⁷⁹³ BINDER, Christina. Ob. cit., 2011, p. 1205.

⁷⁹⁴ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75.

indiscriminada por um período de dois minutos, matando 15 pessoas e ferindo outras 04 pessoas, ficando uma delas incapacitada de modo permanente⁷⁹⁵.

As investigações pelas autoridades judiciais peruanas iniciaram-se apenas em 1995 e sugeriram que o atentado foi dirigido em represália a supostos integrantes do grupo Sendero Luminoso⁷⁹⁶. Cinco oficiais do exército foram denunciados⁷⁹⁷ e uma investigação formal iniciada. No entanto, o Conselho Supremo de Justiça Militar (doravante CSJM-Peru) estabeleceu uma resolução que impedia os investigados de se manifestarem, em função de investigação militar própria em curso. Paralelamente, as autoridades militares interpuseram perante a Corte Suprema Peruana instrumento reclamatório de sua competência para o caso, por se tratarem de oficiais militares do serviço ativo⁷⁹⁸.

Antes da apreciação pela Corte Suprema, o Congresso peruano editou uma lei de anistia – Lei n. 26479⁷⁹⁹ – que teve como efeito direto a determinação de arquivamento definitivo das investigações judiciais, de modo a se evitar a responsabilidade penal pelos praticantes do massacre. Dessa forma, todos os integrantes das forças de segurança e civis que foram objeto de denúncias, investigações ou até mesmo condenações por violações de direitos humanos (no período de 1980 a 1995) foram anistiados.

Não obstante o jogo político-institucional instalado, as autoridades judiciais que estavam investigando o caso realizaram uma interpretação conforme à

⁷⁹⁵ As testemunhas relataram que foram utilizados silenciadores, bem como foram encontrados 111 cartuchos e 33 projéteis de metralhadora do mesmo calibre (Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 2º).

⁷⁹⁶ Com o nome oficial de Partido Comunista do Peru – Sendero Luminoso (PCP-SL), é considerado por Estados Unidos e pela União Européia como o maior grupo terrorista do Peru e está entre os dois maiores da América Latina (ao lado das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia – FARC).

⁷⁹⁷ Inclusive, estes oficiais também participaram das ações ocorridas no caso La Cantuta (Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162).

⁷⁹⁸ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 2º.

⁷⁹⁹ A celeridade da tramitação legislativa é destacada pela Corte: “El proyecto de ley no fue anunciado públicamente ni debatido, sino que fue aprobado tan pronto como fue presentado, en las primeras horas del 14 de junio de 1995. La Ley fue promulgada de inmediato por el Presidente y entró en vigor el 15 de junio de 1995” (Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 2º).

Constituição peruana. Dessa maneira, consideraram que a Lei de Anistia em comento não seria aplicada aos processos penais pendentes (inclusive ao caso Barrios Altos), por referida legislação ser contrária às garantias constitucionais contidas no texto constitucional peruano e violar as obrigações internacionais que a Convenção Americana impunha ao Peru.

Desta decisão da autoridade judicial foram deflagrados dois procedimentos. O primeiro diz respeito ao recurso interposto para a Sala Penal da Corte Superior de Lima, que determinara a realização de audiência pública sobre o caso. O segundo procedimento relaciona-se com o Congresso peruano. O parlamento do Peru aprovou uma segunda Lei de Anistia – Lei n. 26.492 –, direcionada a interferir nas atuações judiciais no Caso Barrios Altos, de modo a determinar que a anistia concedida em lei anterior não era passível de revisão em sede judicial, sendo de aplicação obrigatória e imediata. O foco da segunda lei, portanto, era impedir que as autoridades judiciais se pronunciassem sobre a legalidade ou a aplicação da primeira lei de anistia, invalidando a investigação existente e impedindo decisões similares no futuro⁸⁰⁰.

Não sendo suficiente, a Sala Penal da Corte Superior de Justiça de Lima resolveu arquivar, em definitivo, o processo no caso Barrios Altos. Além disso, declarou a compatibilidade das leis de anistia com a Constituição do Peru e as obrigações internacionais assumidas pelo Estado. Nesse aspecto, estabeleceu que os juízes não poderiam decidir deixar de aplicar as leis de anistia adotadas pelo Congresso peruano, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes. Por fim, a Corte Superior de Justiça de Lima determinou que a autoridade judicial responsável pelo caso fosse investigada pelo órgão judicial de controle interno, em virtude da interpretação “equivocada” das normas de anistia⁸⁰¹.

A Comissão IDH transmitiu ao Estado do Peru o Informe n. 28/2000, com recomendações ao Estado do Peru para tornar as referidas leis de anistia sem efeito. A resposta do Estado peruano justificava a criação legislativa como medidas excepcionais de combate à violência terrorista. O Estado também informou que o Tribunal Constitucional

⁸⁰⁰ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 2º, letra “m”.

⁸⁰¹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 2º, letra “n”.

peruano havia declarado referidas medidas legislativas compatíveis com a Constituição do Peru. Após este informe, a Comissão IDH decidiu submeter o caso perante a Corte IDH⁸⁰².

Depois de um período institucional tormentoso⁸⁰³, o Estado do Peru reconheceu a competência contenciosa da Corte IDH⁸⁰⁴ e, em 19/01/2001, por meio de seus agentes acreditados, o Estado do Peru reconheceu a sua responsabilidade internacional em referido caso⁸⁰⁵.

Por unanimidade, a Corte IDH admitiu o reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado peruano pela violação do direito à vida⁸⁰⁶ (Convenção Americana, artigo 4º) e do direito à integridade pessoal⁸⁰⁷ (Convenção Americana, artigo 5º).

A Corte IDH também considerou que o Estado peruano responde pela violação dos artigos 1º, item 1 (Obrigação de Respeitar Direitos), 2º (Dever de Adotar as Disposições de Direito Interno), 8º (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial)⁸⁰⁸ da Convenção Americana. Esta condenação foi imposta em virtude da promulgação e da aplicação das Leis de Anistia n.(s) 26479 e 26492, pois a Corte considerou referidos diplomas

⁸⁰² Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, §§ 17-19.

⁸⁰³ A narrativa deste período pode ser acompanhada nos casos Ivcher Bronstein e Tribunal Constitucional (*Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência, Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54 e *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência, Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55).

⁸⁰⁴ Mediante a Resolução Legislativa n. 27.401, de 18/01/2001, que determinou o desfazimento de todos os atos gerados pela Resolução Legislativa n. 27.152, inclusive o restabelecimento - em plenitude para o Estado peruano - da competência contenciosa da Corte IDH.

⁸⁰⁵ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 31.

⁸⁰⁶ Em relação às vítimas Placentina Marcela Chumbipuma Aguirre, Luis Alberto Díaz Astovilca, Octavio Benigno Huamanyauri Nolazco, Luis Antonio León Borja, Filomeno León León, Máximo León León, Lucio Quispe Huanaco, Tito Ricardo Ramírez Alberto, Teobaldo Ríos Lira, Manuel Isaías Ríos Pérez, Javier Manuel Ríos Rojas, Alejandro Rosales Alejandro, Nelly María Rubina Arquiniño, Odar Mender Sifuentes Nuñez e Benedicta Yanque Churo.

⁸⁰⁷ Quanto às vítimas Natividad Condorcahuana Chicaña, Felipe León León, Tomás Livias Ortega e Alfonso Rodas Alvítez.

⁸⁰⁸ Os artigos 8º e 25 correspondem às garantias judiciais e a proteção judicial, na qual a Corte IDH considera como vítimas os familiares das vítimas acima citadas.

legislativos incompatíveis com a Convenção Americana e, por consequência, carecedores de efeitos jurídicos⁸⁰⁹.

Como elemento material de fundamentação do julgado, a Corte IDH considerou como inadmissíveis as disposições relacionadas à anistia, à prescrição e ao estabelecimento de excludentes de responsabilidade que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos. No rol destas graves violações, a Corte elenca atos como tortura, execuções sumárias (extralegais ou arbitrárias) e o desaparecimento forçado de pessoas. Todas estas condutas devem ser proibidas por contrariar direitos inderrogáveis⁸¹⁰, reconhecidos pelo direito internacional dos direitos humanos⁸¹¹.

Isto se deve porque as leis de autoanistia conduzem à ausência de defesa das vítimas e à perpetuação da impunidade, pois referidos diplomas legislativos são manifestamente incompatíveis com o texto normativo e com o espírito da Convenção Americana. Além do mais, este tipo de legislação não permite a identificação dos indivíduos responsáveis pelas violações dos direitos humanos, vez que se impede a investigação e o acesso à justiça, bem como impossibilita as vítimas e seus familiares de conhecer a verdade e receber a reparação correspondente⁸¹².

Sobre o tema, a Corte IDH desenvolveu o conceito de direito à verdade⁸¹³, o qual encontra sua compatibilidade material por meio da investigação assegurada a partir das garantias judiciais (artigo 8º) e da proteção judicial (artigo 25) previstas na Convenção

⁸⁰⁹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 39.

⁸¹⁰ Ainda que não mencione de forma explícita, a Corte IDH referia-se à equiparação à norma de *jus cogens*, cujo desenvolvimento jurisprudencial foi apreciado no tópico anterior deste capítulo.

⁸¹¹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 41.

⁸¹² Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 43.

⁸¹³ Em situação semelhante, a Corte IDH considerou que “el derecho a la verdad se encuentra subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención” (Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito, Sentença de 25/11/2000, Série C n. 70, § 201).

Americana. O direito à verdade é uma criação jurisprudencial realizada pela Corte IDH, a partir da interpretação evolutiva dos dispositivos acima mencionados. Tal direito consiste na possibilidade de a vítima e seus familiares obterem dos órgãos competentes do Estado o esclarecimento dos fatos violadores e as responsabilidades correspondentes⁸¹⁴.

Por essa razão, a Corte IDH determinou que o Estado peruano deve investigar os fatos, a fim de determinar os responsáveis pelas violações de direitos humanos, bem como divulgar ampla e publicamente os resultados de referida investigação e sancionar os responsáveis por estas violações.⁸¹⁵

Assim, como consequência manifesta da incompatibilidade entre as leis de autoanistia e a Convenção Americana, a Corte IDH considerou que referidas leis carecem de efeitos jurídicos. Nesse aspecto, a Corte proferiu sentença com declaração de nulidade da legislação peruana, por incompatibilidade com o texto convencional. Com isso, as autoridades peruanas não podem impedir a investigação dos fatos relacionados ao caso e nem a atribuição de responsabilização e sanção aos responsáveis⁸¹⁶.

Com o fim do regime Fujimori, o Estado peruano iniciou o retorno à normalidade democrática, bem como estreitou os laços com a comunidade internacional, sobretudo com seus compromissos em matéria de direitos humanos, perante o Sistema Interamericano. Na construção deste novo ambiente⁸¹⁷, o Peru pôde implementar o conteúdo material do Caso Barrios Altos, consoante a própria Corte IDH salientou no procedimento de Supervisão de Cumprimento de Sentença⁸¹⁸, de modo a suprimir os efeitos que as leis de anistia geraram em determinado momento.

⁸¹⁴ CAMPISI, Maria Chiara. From a Duty to Remember to an Obligation to Memory? Memory as Reparation in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Conflict and Violence (IJCV)*, Vol. 8 (1) 2014, p. 61-74.

⁸¹⁵ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, §§ 47-48 e 51, item 4.

⁸¹⁶ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 44. Neste ponto, a Corte IDH ainda considerou o efeito “erga omnes” a outros casos semelhantes que ocorreram no âmbito do Peru, a fim de garantir a proteção da Convenção Americana e sua aplicabilidade em referido Estado.

⁸¹⁷ Este retorno ao Estado de Direito será melhor visualizado no exame do Caso La Cantuta vs. Peru.

⁸¹⁸ Na Resolução de 22/09/2005, a Corte assinalou que o Peru cumpriu “b) la aplicación de lo dispuesto por la Corte en su sentencia de interpretación de la sentencia de fondo de

Em uma perspectiva de análise da fertilização cruzada⁸¹⁹, não obstante a Corte IDH não realizar qualquer citação expressa, parte da doutrina internacional⁸²⁰ considera que a Corte IDH se inspirou na Corte EDH⁸²¹ e no TPI para ex-Iugoslávia⁸²² para formular seu julgamento.

Esta influência está melhor delineada no Caso Almonacid Arellano vs. Chile, em que a proibição de anistiar graves violações de direitos humanos foi estendida pela

3 de septiembre de 2001 en este caso “sobre el sentido y alcances de la declaración de ineficacia de las Leyes N° 26479 y [N°] 26492” (punto resolutivo 5.a) de la Sentencia sobre Reparaciones de 30 de noviembre de 2001”. (Corte IDH. Caso Barrios Altos vs. Peru. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 22/09/2005, p. 24-25).

⁸¹⁹ Sobre o tema, conferir GROPPi, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. Las referencias recíprocas entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo? *Revista de Derecho Público*, v. 80, (1) 2014, p. 85-120.

⁸²⁰ Esta relação de referências jurisprudenciais “implícitas” entre os tribunais internacionais está a cada dia mais evidente. Alice Rocha da Silva e Tarin Mont’alverne consideram que a CIJ se inspirou na Corte IDH para apreciar os Casos LaGrand e Avena (SILVA, Alice Rocha da; MONT’ALVERNE, Tarin Cristino Frota. A construção da jurisprudência sobre direitos humanos a partir do diálogo entre juízes de tribunais internacionais, regionais e nacionais. In: GUIMARÃES, Antonio Marcio da Cunha; GOMES, Eduardo Biacchi e LEISTER, Margareth Anne (coord.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Florianópolis: FUNJAB, 2013). Compartilha a mesma opinião TAMS, Christian J. Consular Assistance: Rights, Remedies and Responsibility - Comments on the ICJ’s Judgment in the LaGrand Case. *European Journal of International Law (EJIL)*, v. 13, n. 5, 1257-1259, 2002. Kai Ambos e Maria Laura Böhm asseveram que a Corte EDH se inspira na Corte IDH em seus julgamentos, mas não realiza a devida citação no momento da confecção dos votos (AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz? In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 1062-1063).

⁸²¹ A Corte EDH não desenvolveu caso específico que abordasse a questão da anistia ou do direito à verdade. No entanto, no Caso Kurt, o Tribunal europeu se inspirou na jurisprudência da Corte IDH para resolver questão relacionada ao desaparecimento forçado de pessoas na Turquia (Corte EDH. *Caso Kurt vs. Turquia*. Petição n. 15/1997/799/1002. Mérito. Sentença de 25/11/1998).

⁸²² TPI. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. Case n. IT-94-1-T - *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Opinion and Judgement, 07/05/1997.

jurisprudência da Corte IDH a outros casos, a fim de se considerar a vedação de anistia em relação a crimes reconhecidos pelo direito internacional.

2.2.2 O DESENVOLVIMENTO DO TEMA NO CASO *ALMONACID ARELLANO VS. CHILE: O CRIME CONTRA A HUMANIDADE*

A demanda encaminhada pela Comissão IDH à Corte IDH refere-se à presumida falta de investigação e sanção dos responsáveis pela execução extrajudicial do senhor Almonacid Arellano. O caso foi levado ao Sistema Interamericano em virtude da aplicação da Lei de Anistia criada pelo Estado do Chile – Decreto-Lei n. 2.191, de 1978 –, bem como pela suposta falta de reparação adequada a favor de seus familiares⁸²³.

A questão foi apreciada pela jurisdição interna do Chile, em especial na jurisdição militar⁸²⁴ (Segundo Juizado Militar de Santiago e, em seguida, a Corte Marcial). A primeira instância extinguiu o feito com a aplicação do Decreto-Lei n. 2.191, de 1978, sem realizar qualquer investigação ou diligência probatória. O argumento principal utilizado era o de que a anistia é um instituto fundado na segurança jurídica e visa a busca da paz social, de modo que se revela inútil investigar fatos que estão cobertos por referida legislação⁸²⁵.

Encaminhado o feito em grau de apelação à Corte Marcial, esta manteve a linha de julgamento definida na primeira instância. Referida Corte considerou a anistia uma causa objetiva de extinção de responsabilidade criminal, de forma que os efeitos jurídicos deste instituto produzem eficácia plena a partir do momento em que são estabelecidos por lei, porquanto é instituída por legislação de direito público, com ênfase no interesse geral da sociedade. Logo, para a Corte Marcial, estabelecida a anistia, não há a necessidade de esgotar a todo o *inter* procedimental investigativo⁸²⁶.

⁸²³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 154, § 3º.

⁸²⁴ A partir de um incidente de competência, provocado pela justiça militar chilena, a Corte Suprema declarou como competente o Segundo Juizado Militar de Santiago, para onde o caso foi remetido.

⁸²⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 82.

⁸²⁶ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 82.

A Corte Marcial também foi provocada em relação à aplicação do direito internacional, sobretudo no que tange à aplicação da Convenção de Genebra, do Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto de Direitos Civis e Políticos. Alega a Corte Marcial que referidos institutos não podem ser aplicados tendo em vista o princípio da irretroatividade da lei penal. No primeiro momento, a justificativa funda-se na a extinção da responsabilidade penal com a anistia. No segundo momento, o ressurgimento desta responsabilidade com a apreciação judicial apresenta-se como fundamento de violação do mandamento constitucional da segurança jurídica⁸²⁷.

No entanto, houve um voto vencido na Corte Marcial, cuja consideração fundamentou-se no fato de que “o homicídio” da vítima ocorreu em um delicado momento de “guerra interna”. Desse modo, o fato seria capitulado como uma das ações proibidas pelo artigo 3º da Convenção de Genebra, vez que o artigo 52 de referida Convenção considera imprescritível e inadmissível o cometimento de crimes de guerra⁸²⁸.

Houve a tentativa dos familiares da vítima em levar a questão até a apreciação da Corte Suprema do Chile, sob o argumento de que o Decreto-Lei de anistia em análise – diante do homicídio cometido por agentes do Estado – seria incompatível com a Convenção de Genebra neste ponto. Isto se justifica tendo em vista que o Chile era signatário de referido instrumento internacional à época dos fatos. Além disso, a conduta praticada em contrário a esta Convenção violava o direito à verdade e à justiça, sob o argumento de que referidos direitos dos familiares das vítimas revelavam-se como direitos originários e de maior hierarquia. Todavia, a Corte Suprema considerou que o apelo aviado era extemporâneo⁸²⁹.

Depois de encaminhada a demanda pela Comissão IDH, ao final, a Corte IDH determinou que o Estado chileno adequasse seu direito interno à Convenção Americana. Isso em função do não cumprimento das obrigações previstas no artigo 1º, item

⁸²⁷ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Ob. cit., § 82.

⁸²⁸ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Ob. cit., § 82.

⁸²⁹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Ob. cit., § 82.

1, e 2º de referido diploma convencional, bem como considerou como violados os artigos 8º, item 1, e 25 da Convenção, em prejuízo aos familiares da vítima⁸³⁰.

2.2.2.1 DESENVOLVIMENTO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO AO TEMA ANISTIA: A INFLUÊNCIA DO SISTEMA INTERNACIONAL NA CARACTERIZAÇÃO DA CONDUTA COMO CRIME CONTRA HUMANIDADE

Como parte do desenvolvimento de seu bloco convencional, a Corte IDH considerou que a execução extrajudicial cometida por agentes estatais contra o senhor Almonacid Arellano é um crime contra a humanidade. Por este crime, a Corte adota a definição do direito internacional, na qual este tipo de delito é em si mesmo uma grave violação aos direitos humanos, a qual afeta toda a humanidade.

Nesse ponto, a Corte IDH se inspirou na construção do direito internacional pela via do costume. A partir do julgamento do Tribunal Penal Militar Internacional – Tribunal de Nuremberg, com sua jurisdição estabelecida pelo Acordo de Londres –, a Corte IDH considerou que os crimes contra humanidade sempre existiram no plano internacional, e foram “revelados” na forma de um costume internacional⁸³¹.

Esta revelação acerca da proibição de crimes contra a humanidade foi corroborada pelas Nações Unidas em uma série de atos. Em 11/12/1946, a Assembleia Geral confirmou “os princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg e as sentenças de referido Tribunal”⁸³². Em 1947, a Assembleia Geral encarregou a Comissão de Direito Internacional a formular “os princípios de direito

⁸³⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 154, § 171.

⁸³¹ Referido Tribunal Penal Militar considerou que o Estatuto de Nuremberg “é a expressão do direito internacional existente no momento de sua criação; e nessa extensão é em si mesmo uma contribuição ao direito internacional.” Com isso, reconheceu-se a existência de um costume internacional, como uma expressão do direito internacional, que prescrevia estes delitos (Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 97).

⁸³² ONU. Resolução n. 95 (I) da Assembléia Geral, de 11/12/1946. Confirmação dos Princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2233.pdf?view=1>>. Acesso em: 17/09/2014.

internacional reconhecidos pelo Estatuto e pelas sentenças do Tribunal de Nuremberg”⁸³³, que foram adotados em 1950⁸³⁴.

Entre os princípios revelados, o Princípio VI.c qualifica o assassinato como um crime contra a humanidade⁸³⁵. De igual forma, o artigo 3º da Convenção de Genebra, de 1949, também proíbe o homicídio em todas as suas formas, em especial de pessoas que não participam diretamente dos conflitos armados⁸³⁶.

⁸³³ ONU. Resolução n. 177 (II) da 123ª Sessão Plenária da Assembléia Geral, de 21/11/1947. Formulação dos princípios reconhecidos pelo Estatuto e pelas Sentenças do Tribunal de Nuremberg. Disponível em: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/177\(II\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/177(II)&Lang=S&Area=RESOLUTION)>. Acesso em: 17/09/2014.

⁸³⁴ ONU. Documento A/CN.4/34. Relatório da Comissão de Direito Internacional em sua Segunda Sessão - 05/06/1950 a 29/07/1950. Extraído do Yearbook da Comissão de Direito Internacional. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_34.pdf>. Acesso em: 17/09/2014.

⁸³⁵ “II. Competências y principios generales
 Artículo 6 - El Tribunal establecido por el Acuerdo aludido en el Artículo 1 del presente para el enjuiciamiento y condena de los principales criminales de guerra del Eje Europeo estará facultado para juzgar y condenar a aquellas personas que, actuando en defensa de los intereses de los países del Eje Europeo, cometieron los delitos que constan a continuación, ya fuera individualmente o como miembros de organizaciones:
 (...)
 (c) **CRÍMENES CONTRA LA HUMANIDAD:** A saber, el asesinato, la exterminación, esclavización, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra población civil antes de la guerra o durante la misma; la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos en ejecución de aquellos crímenes que sean competencia del Tribunal o en relación con los mismos, constituyan o no una vulneración de la legislación interna de país donde se perpetraron.” **ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG.** Disponível em: <<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73ESP.pdf>>. Acesso em: 17/09/2014.

⁸³⁶ “Artigo 3º - No caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições:
 1) As pessoas que não tomem parte directamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de carácter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.
 Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

Nesse contexto, a Corte IDH reconhece que o Estatuto de Nuremberg realizou um papel significativo no estabelecimento dos elementos que caracterizam determinado delito como crime contra a humanidade. A Corte IDH considera que estes delitos podem ser cometidos tanto em tempos de paz como em momentos de guerra⁸³⁷.

Nesse aspecto, a Corte IDH considera que está incluída no rol interpretativo dos crimes contra a humanidade a prática de atos desumanos, como o assassinato cometido em um contexto de ataque generalizado ou sistemático contra a população civil. Logo, basta que apenas um ato ilícito seja cometido dentro do delineado para que se produza um crime contra a humanidade.

-
- a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;
 - b) A tomada de reféns;
 - c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;
 - d) As condenações proferidas e as execuções efectuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como a Comissão Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às partes no conflito.

As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não afectará o estatuto jurídico das Partes no conflito.”

⁸³⁷ ONU. Treaty Collection. Resolução n. 2391 (XXIII), adotada pela Assembléia Geral em 26/11/1968. Convenção de Imprescritibilidade para Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20754/v754.pdf>>. Acesso em: 17/09/2014. Dispõe o artigo 1º, letra “b”:

Artigo 1º - Os seguintes crimes são imprescritíveis, independentemente da data em que tenham sido cometidos:

(...)

(b) Crimes contra a humanidade, quer tenham sido cometidos em tempo de guerra ou em tempo de paz, conforme eles estão definidos no Estatuto do Tribunal Internacional Militar de Nuremberg, de 08/08/1945 e confirmado pelas Resoluções da Assembléia Geral das Nações Unidas n.(s) 3 (I), de 13/02/1946 e 95 (I), de 11/12/1946, evicção por um ataque armado ou ocupação, atos desumanos oriundos da polícia de apartheid, e do crime de genocídio, conforme definido na Convenção sobre a Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, de 1948, mesmo que tais atos não constituam uma violação do direito interno do país onde foram cometidos.”

Para construir este entendimento, a Corte IDH inspirou-se no julgamento realizado pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (doravante TPI ex-Iugoslávia) – Caso Prosecutor v. Dusko Tadic.

Nesse caso, o TPI ex-Iugoslávia considerou que “um só ato cometido por um perpetrador no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra a população civil traz consigo a responsabilidade penal individual”, de modo que “o perpetrador não necessita cometer numerosas ofensas para ser considerado responsável”⁸³⁸.

Dessa forma, a Corte IDH considerou a existência dos fundamentos do crime contra a humanidade presentes no âmbito do direito internacional geral. E, desse modo, os utilizou na apreciação da ofensa ao direito à vida do senhor Almonacid Arellano, quando de sua execução sumária⁸³⁹.

Com base nestes argumentos, a Corte IDH considera esta caracterização como crime contra a humanidade – assassinato executado no contexto de um ataque generalizado ou sistemático contra setores da população civil – ofensa a uma norma imperativa do direito internacional. Isto é, dita proibição de cometer crimes contra a humanidade é uma norma de *jus cogens*, de modo que a penalização para estes crimes é obrigatória, conforme o direito internacional⁸⁴⁰.

Esta situação já foi apreciada pela Corte EDH no Caso Kolk e Kislyiy vs. Estônia. As partes formularam pedido referente à violação do artigo 7º da Convenção Europeia de Direitos Humanos (doravante Convenção Europeia), a fim de que seja retirada a punição realizada pelo Estado da Estônia com fundamento na retroatividade da lei penal.

O artigo 7º da Convenção Europeia aborda a questão relacionada ao princípio da legalidade, que determina a necessidade de previsão legal para se imputar a condenação criminal de pessoa acusada. Referido dispositivo prevê também a gradação da

⁸³⁸ ONU. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. Case n. IT-94-1-T - *Prosecutor v. Dusko Tadic*. Opinion and Judgement, 07/05/1997, § 649.

⁸³⁹ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 96.

⁸⁴⁰ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 154, § 99.

pena, em que não pode ser aplicada uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi cometida. O segundo aspecto da abordagem consiste na manutenção da condenação de uma pessoa culpada por uma ação ou omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito internacional⁸⁴¹.

Os peticionários foram acusados de cometerem crimes contra a humanidade. No âmbito do sistema constitucional da Estônia, o artigo 3º, § 1º, do texto constitucional estipula que as regras gerais e os princípios reconhecidos pelo direito internacional são uma parte indispensável do sistema jurídico da Estônia. No artigo 23, § 1º, a Carta Fundamental da Estônia prevê que ninguém pode ser condenado por um ato que constitui uma infração penal nos termos da lei e no momento em que o ato foi cometido.

O Código Penal da Estônia estabelece a previsão para o crime contra humanidade e assevera que este será definido pelo direito internacional. Na época dos fatos, havia a previsão de crime contra a humanidade – seja em tempos de guerra ou de paz – conforme a Resolução das Nações Unidas sobre o tema, que consolidava o entendimento firmado pelo Tribunal Penal Internacional de Nuremberg, no bojo do Acordo de Londres.

Assim como a Corte IDH, a Corte Constitucional da Estônia reconheceu a existência da definição de crime contra a humanidade delineada pelo direito internacional. E, com esteio neste argumento, a Corte EDH rejeitou o processamento dos peticionamentos aviados, sob o argumento de consolidação da definição de crime contra a humanidade pelo direito internacional e sua adequada aplicabilidade no âmbito do sistema jurídico da Estônia⁸⁴².

Como se verifica da análise comparativa entre os Sistemas Regionais de Proteção, este tipo de crime produz a violação de uma série de direitos inderrogáveis

⁸⁴¹ “Artigo 7º - Princípio da legalidade

1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional. Igualmente não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infracção foi cometida.

2. O presente artigo não invalidará a sentença ou a pena de uma pessoa culpada de uma acção ou de uma omissão que, no momento em que foi cometida, constituía crime segundo os princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civilizadas.”

⁸⁴² Corte EDH. *Caso Kolk e Kislyiy vs. Estônia* (n.s 23052/04 e 24018/04). Decisão de admissibilidade de 17/01/2006.

reconhecidos no âmbito da Convenção Americana. Por essa razão, este tipo de delito não pode se tornar impune, de modo que os Estados não podem se esquivar do dever de investigar, identificar e punir os responsáveis pelos crimes contra a humanidade, em especial quando lhes aplica leis de anistia ou outro tipo de norma interna.

Logo, a Corte IDH considerou que os crimes contra a humanidade são delitos em que não se pode conceder anistia, de maneira a considerar o Decreto-Lei n. 2.191, de 1978, incompatível com a Convenção Americana, tornando-o carente de efeitos jurídicos, pela via do controle de convencionalidade⁸⁴³.

2.2.2.2 FORTALECIMENTO DA CONVENÇÃO AMERICANA COM O USO DO BLOCO CONVENCIONAL: REFERÊNCIA AO CASO BARRIOS ALTOS

Como medida de fortalecimento do bloco de constitucionalidade interamericano, a Corte IDH se utilizou do Caso Barrios Altos ao proferir a sentença de reconhecimento de nulidade da lei de anistia chilena, em função da incompatibilidade material com o texto da Convenção Americana.

De outro lado, em relação ao próprio Caso Barrios Altos, a Corte IDH avançou na fundamentação de seu julgamento. Como visto no capítulo anterior, neste Caso Almonacid Arellano, a Corte reconheceu a formação do seu bloco de constitucionalidade⁸⁴⁴, como parte integrante do exercício do seu controle de convencionalidade.

Como elemento de fundamentação do julgado, utilizou-se do conteúdo material desenvolvido pelo TPI ex-Iugoslávia e pela Corte EDH para implementar no Sistema Interamericano o conceito de crime contra a humanidade.

Logo, a Corte IDH trouxe para o âmbito do Sistema Interamericano conceitos existentes no direito internacional, mas cuja proteção e implementação não eram realizadas pelos Estados da América Latina.

⁸⁴³ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 154, § 104.

⁸⁴⁴ Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 124, em especial quando, do exercício do controle de convencionalidade, “el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”.

Desse modo, a real contribuição da Corte IDH neste caso foi o fortalecimento da proteção dos direitos previstos na Convenção Americana. Em especial, o texto convencional foi fortalecido ao considerar que determinadas práticas ofensivas aos direitos humanos são protegidas pelo direito internacional.

No caso em apreço, a Corte implementou esta proteção ao considerar o delito praticado contra o Sr. Almonacid Arellano crime contra a humanidade. Além do mais, a Corte IDH contribuiu para o fortalecimento do acervo normativo do plano internacional, ao considerar a proibição de cometer crimes contra a humanidade como norma de *jus cogens*.

Logo, com este parâmetro interpretativo, assim como no caso Barrios Altos, a Corte IDH contribuiu para o desenvolvimento do direito das vítimas ao acesso à justiça. Desta maneira, com a participação do Estado no reconhecimento de sua violação perante o texto convencional, os familiares das vítimas poderão ter acesso ao direito à verdade e à justiça, mediante os procedimentos judiciais internos do Estado, alcançando-se a compensação constitucional de seus direitos violados.

O tema anistia continuou sendo construído pela Corte IDH em outros casos. O avanço dos conceitos expostos nos casos anteriores e a realização do constitucionalismo compensatório do primeiro caso (Barrios Altos) pode ser conferido no exame do julgamento La Cantuta vs. Peru.

2.2.3 O APERFEIÇOAMENTO DO TEMA: CASO LA CANTUTA VS. PERU

A Comissão IDH submeteu a presente demanda à Corte IDH em virtude de suposta violação de direitos humanos do Professor Hugo Muñoz Sánchez e 9 de seus estudantes no âmbito da “Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle – La Cantuta”, em Lima⁸⁴⁵.

De acordo com os fatos apresentados pela Comissão IDH, na madrugada do dia 18/07/1992, as supostas vítimas teriam sido sequestradas e, posteriormente, desapareceram, além de algumas delas terem sido executadas sumariamente em seguida.

⁸⁴⁵ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162.

A Comissão IDH alega que além de não ter sido realizada uma investigação diligente dos fatos, o caso refletiria os abusos cometidos pelas forças militares e a prática sistemática de violações de direitos humanos. Dentre estas práticas, estão o desaparecimento forçado e as execuções extrajudiciais de pessoas, realizados por agentes estatais a partir de ordens dos chefes militares e policiais.

Por essa razão, a Comissão solicitou à Corte IDH que declare o Estado peruano como responsável pelas ofensas dos seguintes direitos contidos no texto convencional: (i) direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º); (ii) direito à vida (artigo 4º); (iii) direito à integridade pessoal (artigo 5º); (iv) direito à liberdade pessoal (artigo 7º); (v) direito às garantias judiciais (artigo 8º); e (vi) direito à proteção judicial (artigo 25), todos eles em consonância com a obrigação de respeitar direitos, prevista no artigo 1º, item 1, em prejuízo ao determinado conjunto de vítimas⁸⁴⁶.

Além do mais, a Comissão IDH requereu que o Estado também fosse condenado em relação aos familiares das vítimas, pelas condutas terem vulnerado os direitos à integridade pessoal (artigo 5º), às garantias judiciais (artigo 8º) e à proteção judicial (artigo 25), todos conjugados com a obrigação de respeitar direitos (artigo 1º, item 1), de acordo com o texto convencional.

Ao final, a Comissão IDH postulou que o Tribunal Interamericano declare que o Estado do Peru deixou de observar a obrigação de respeitar direitos (artigo 1º, item 1, da Convenção) e o dever de adotar as disposições de direito interno (artigo 2º da Convenção), em prejuízo de todas as supostas vítimas.

Durante o trâmite do caso perante a Corte IDH, houve o reconhecimento – por parte do Peru – de sua responsabilidade internacional pelo cometimento dos atos ilícitos praticados. Além de reconhecer os atos praticados, o Estado peruano elenca – dentre as razões para o cometimento dos ilícitos internacionais – a existência de situações institucionais, sobretudo no regime Fujimori, que legitimavam estas ações.

⁸⁴⁶ São as vítimas listadas pela Comissão IDH: Hugo Muñoz Sánchez, Bertila Lozano Torres, Dora Oyague Fierro, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Córdor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Felipe Flores Chipana, Marcelino Rosales Cárdenas e Juan Gabriel Mariños Figueroa.

Segundo a manifestação do TC-Peru, havia à época um plano sistemático para promover a impunidade em matéria de direitos humanos e em crimes contra a humanidade. Houve o reconhecimento, não apenas do Estado, mas também do TC-Peru do Grupo Colina – conjunto de militares responsável pelo cometimento destes atos⁸⁴⁷.

Nesse contexto, o representante do Estado peruano – no âmbito da audiência pública promovida pela Corte IDH – apresentou declaração oficial do Presidente da República, reconhecendo a sua responsabilidade pelos eventos e seu compromisso no cumprimento das obrigações internacionais⁸⁴⁸.

Ainda que tenha ocorrido o reconhecimento da responsabilidade do Estado, a Corte IDH prosseguiu com a análise do julgamento, em função de uma escolha técnica referente ao processo convencional. Para a Corte, é necessário verificar como ocorreram as violações, apreciar o contexto e as circunstâncias do caso, bem como delinear o alcance das obrigações estabelecidas pela Convenção.

⁸⁴⁷ Na definição da Corte IDH, o Grupo Colina fazia da política governamental existente que identificava e eliminava os grupos insurgentes ao governo: “Por su determinante papel en este caso, es preciso hacer notar la participación del denominado Grupo Colina, que en el seno de las fuerzas armadas hacía parte preponderante de una política gubernamental consistente en la identificación, el control y la eliminación de aquellas personas de quienes se sospechaba pertenecían a los grupos insurgentes, mediante acciones sistemáticas de ejecuciones extrajudiciales indiscriminadas, asesinatos selectivos, desapariciones forzadas y torturas. El grupo fue organizado directamente dentro de la estructura jerárquica del Ejército peruano y sus actividades y operaciones fueron desarrolladas, según diferentes fuentes, con conocimiento de la Presidencia de la República y del Comando del Ejército” (Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 83). Inclusive, a Corte IDH apreciou a questão envolvendo o mesmo grupo em outros casos, como Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. Sentença de 22/11/2005, Série C n. 136, § 54.1; Corte IDH. *Caso Huilca Tecse vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 03/03/2005, Série C n. 21, § 60.9, e Corte IDH. *Caso dos Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 08/07/2004, Série C n. 110, § 76.

⁸⁴⁸ “El Presidente de la República del Perú hace llegar su saludo a la Honorable Corte Interamericana de Derechos Humanos, reunida en esta oportunidad, para revisar el caso La Cantuta. El Estado peruano lamenta profundamente la suerte que corrieron este grupo de peruanos, nueve estudiantes y un profesor, y, al reiterar su pesar por el dolor causado a sus familias, también desea ratificar su compromiso de cumplir con sus obligaciones internacionales.” (Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 43).

Assim, o Tribunal Interamericano compreende que proferir a sentença na qual se determine os fatos e todos os elementos de mérito do caso – bem como suas respectivas consequências – constitui uma forma de contribuir para a preservação da memória histórica. Além disso, a sentença tem a função de auxiliar na reparação da violação ocorrida com os familiares das vítimas e de contribuir para se evitar a repetição de fatos semelhantes no âmbito do Estado⁸⁴⁹.

A Corte IDH promoveu a condenação do Estado do Peru, tendo em vista que os fatos praticados ensejaram a violação dos dispositivos convencionais. Nesse contexto, a Corte concluiu que durante o período em que as leis de anistia foram aplicadas, o Estado peruano deixou de cumprir sua obrigação de adequar seu direito interno à Convenção. Esta ofensa diz respeito ao artigo 2º da Convenção, o qual deve ser interpretado com o artigo 1º, item 1, bem como com os artigos 4º (direito à vida), 5º (integridade pessoal), 7º (direito à liberdade pessoal), 8º, item 1 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial), todos pertencentes ao texto convencional⁸⁵⁰.

Assim, não apenas as vítimas foram contempladas pela Corte, como também seus familiares tiveram o reconhecimento da violação dos direitos humanos. Dessa maneira, o Estado peruano foi condenado a reparar as ofensas aos direitos à vida, à integridade física e à liberdade pessoal das vítimas, e também a violação dos direitos de seus familiares, sobretudo dos direitos à integridade pessoal, à garantia e à proteção judiciais⁸⁵¹.

⁸⁴⁹ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 57: “(...) el Tribunal estima que dictar una sentencia en la cual se determinen los hechos y todos los elementos del fondo del asunto, así como las correspondientes consecuencias, constituye una forma de contribuir a la preservación de la memoria histórica, de reparación para los familiares de las víctimas y, a la vez, de contribuir a evitar que se repitan hechos similares”. Este posicionamento também foi delineado pela Corte nos casos Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 155, § 65; Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 22/09/2006, Série C n. 153, § 52 e Corte IDH. *Caso Servellón García e outros vs. Honduras*. Sentença de 21/09/2006, Série C n. 152, § 78.

⁸⁵⁰ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 189.

⁸⁵¹ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 198: “A la luz del reconocimiento de responsabilidad efectuado por el Estado (supra párr. 37 a 57), y de acuerdo con las consideraciones sobre el fondo expuestas en los capítulos anteriores, la Corte declaró que el Estado es responsable por la violación de los artículos 4.1 (Derecho a la Vida), 5.1 y 5.2 (Derecho a la Integridad Personal) y 7

Em relação ao desenvolvimento do bloco de constitucionalidade criado pela Corte IDH, o Caso La Cantuta contemplou o conteúdo material apreciado nos casos Barrios Altos e Almonacid Arellano.

2.2.3.1 DESENVOLVIMENTO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO AO TEMA ANISTIA

A sentença reconheceu que os fatos nela tratados infringiram normas de *jus cogens*. O julgamento reconheceu que o Estado peruano estava em um contexto de violação sistemática de direitos humanos. Por essa razão, na tentativa de erradicar a impunidade, a Corte IDH promoveu uma vez mais o desenvolvimento do direito à justiça. Para a Corte, o acesso à justiça constitui uma norma imperativa do direito internacional, razão pela qual gera obrigações de efeito *erga omnes* para os Estados. Dentre estas obrigações, os Estados devem adotar medidas necessárias para não permitir que estas ofensas permaneçam impunes, com o dever de exercer a jurisdição interna para investigar e, se for o caso, punir os responsáveis⁸⁵².

No presente feito, a Corte IDH continuou a desenvolver o argumento utilizado no Caso Almonacid Arellano. Para o Tribunal Interamericano, os fatos ocorridos contra as vítimas (execuções extrajudiciais e desaparecimento forçado) constituem crimes contra a humanidade, os quais são imprescritíveis e não podem ser anistiados⁸⁵³.

Com este posicionamento, a Corte IDH intensificou o desenvolvimento do bloco de constitucionalidade relacionado ao tema anistia. Além de considerar as condutas crimes contra humanidade e violadoras de normas de *jus cogens* – de modo a não serem passíveis de anistia –, a Corte IDH continuou a construção do bloco relacionado ao direito à justiça. Para o Tribunal Interamericano, o Estado deve remover todos os obstáculos –

(Derecho a la Libertad Personal) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 (Obligación de Respetar los Derechos) de la misma, en perjuicio de Hugo Muñoz Sánchez, Dora Oyague Fierro, Marcelino Rosales Cárdenas, Bertila Lozano Torres, Luis Enrique Ortiz Perea, Armando Richard Amaro Cóndor, Robert Edgar Teodoro Espinoza, Heráclides Pablo Meza, Juan Gabriel Mariños Figueroa y Felipe Flores Chipana (supra párr. 116). Además, el Estado violó los el derechos consagrados en los artículos 5.1, 8.1 y 25 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio de los familiares de esas personas”.

⁸⁵² Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 160.

⁸⁵³ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 225.

fáticos ou jurídicos – que mantenham a impunidade deste tipo de conduta. Além disso, deve o Estado se utilizar de todos os meios disponíveis para promover a investigação e, se for o caso, punir os responsáveis pelos fatos ocorridos⁸⁵⁴.

2.2.3.2 IMPLEMENTO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

Por outro lado, neste caso *La Cantuta vs. Peru*, verifica-se a essência do constitucionalismo compensatório praticado pela Corte IDH em matéria de direitos humanos previstos no texto convencional.

Por meio deste caso, pôde-se verificar o cumprimento efetivo do Caso *Barrios Altos* pelo Estado do Peru. Ainda que apresentem vítimas diferentes, ambos os casos estão inseridos na linha do que a Comissão IDH denomina de violação sistemática de direitos humanos. As violações de direitos humanos descritas nos casos ocorreram no período da era Fujimori, cujas condutas foram praticadas por integrantes de grupos militares que estavam sob ordens do regime totalitário⁸⁵⁵.

Após a saída de Fujimori do poder, as instituições estatais iniciaram o caminho de retorno à normalidade democrática e retomaram os compromissos internacionais, relacionados com a proteção dos direitos humanos.

Como defendido na presente tese, o constitucionalismo compensatório consiste na implementação material dos direitos humanos violados pelo Estado, após a constatação da deficiência no respeito e no cumprimento do conteúdo material destes direitos, previstos no texto convencional.

⁸⁵⁴ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 226.

⁸⁵⁵ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 82: “La particular gravedad de los hechos se revela en la existencia de toda una estructura de poder organizado y de procedimientos codificados mediante los cuales operaba la práctica de ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. Estos no constituían hechos aislados o esporádicos, sino que llegaron a configurar un patrón de conducta durante la época en que ocurrieron los hechos, como método de eliminación de miembros o sospechosos de pertenecer a organizaciones subversivas, empleada en forma sistemática y generalizada por agentes estatales, la mayoría de las veces por miembros de las Fuerzas Armadas”.

O reconhecimento do Estado peruano acerca dos fatos cometidos e das graves e sistemáticas violações de direitos humanos cometidas por seus agentes é o exemplo da atuação deste constitucionalismo compensatório construído pela Corte IDH⁸⁵⁶.

Além da exposição das falhas internas, o Estado peruano reconheceu a autoridade da Corte IDH – como jurisdição obrigatória – para auxiliá-lo a implementar a reparação dos direitos humanos violados.

O reconhecimento pelas partes em litígio do caráter incompatível das leis peruanas de autoanistia com a Convenção Americana confere efeito vinculante à coisa julgada estabelecida no Caso Barrios Altos⁸⁵⁷. O procedimento de interpretação de sentença de referido caso conferiu-lhe efeitos gerais, de modo que as autoridades estatais peruanas iniciaram a implementação material de referido julgado.

A sentença do Caso Barrios Altos tem sido um dos principais fundamentos para declarar infundadas alegações de anistia, de prescrição da ação penal, de coisa julgada ou a abertura de novas investigações penais, tudo isto com fundamento na inaplicabilidade das leis de anistia peruanas⁸⁵⁸.

Por sua vez, a CSJM-Peru – que havia aplicado as leis peruanas de anistia – declarou a nulidade desse ato por meio da execução suprema de 16/10/2001, em acatamento não apenas às disposições internas, mas também ao disposto pela Corte IDH no Caso Barrios Altos⁸⁵⁹.

⁸⁵⁶ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 56: “La Corte considera que el allanamiento del Estado constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana”.

⁸⁵⁷ Como acentuado pela Corte IDH, “el Estado no podrá volver a aplicar las leyes de amnistía, las cuales no generarán efectos en el futuro (supra párr. 152), ni podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, ni el principio non bis in idem (supra párr. 182), o cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables” (Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 226).

⁸⁵⁸ Cuidam-se de casos submetidos à justiça penal do Peru e que chegaram a conhecimento da Corte por meio das partes em litígio (Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 180).

⁸⁵⁹ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 188.

De outro lado, ao apreciar o tema, o TC-Peru⁸⁶⁰ considerou que a obrigação do Estado de investigar os fatos e aplicar a sanção aos responsáveis pela violação dos direitos humanos declarados na sentença do Caso Barrios Altos compreende efeitos distintos. Com efeito, o julgado proferido pela Corte IDH não apenas estabelece a nulidade dos processos em que houve a aplicação das leis de anistia n.(s) 26.479 e 26.492. A sentença interamericana também declarou que referidas leis não têm efeitos jurídicos, de maneira que toda a prática com a intenção de impedir a investigação e, se for o caso, a sanção pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal deve ser rechaçada.

Como se vê, o Caso La Cantuta aperfeiçoou o julgamento do Caso Barrios Altos, de tal modo que no período entre os casos se verificou o implemento do constitucionalismo compensatório no Peru. Isto pode ser ratificado pelo próprio posicionamento da Corte IDH que, após verificar o cumprimento por parte do Estado em relação à sentença do Caso Barrios Altos, deixou de condená-lo pela violação do tema anistia no Caso La Cantuta⁸⁶¹.

Do exame da disposição jurisprudencial e normativa do Estado peruano, a Corte concluiu que suas sentenças têm efeitos imediatos e vinculantes, de modo que o julgamento do Caso Barrios Altos está plenamente implementado no âmbito interno. Com isso, o conteúdo material decidido no caso tem efeitos gerais, de maneira que faz parte do sistema jurídico interno peruano, em virtude das medidas e das decisões dos órgãos estatais que estão aplicando e interpretando referido julgamento⁸⁶². Desse modo, o bloco de

⁸⁶⁰ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 4587-2004-AA/TC, de 29/11/2005, § 63.

⁸⁶¹ Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 189: “A su vez, no ha sido demostrado que, posteriormente y en la actualidad, el Estado haya incumplido con dichas obligaciones contenidas en el artículo 2 de la Convención, por haber adoptado medidas pertinentes para suprimir los efectos que en algún momento pudieron generar las leyes de amnistía, declaradas incompatibles ab initio con la Convención en el caso Barrios Altos. Tal como fue señalado (supra párrs. 167 y 169), dicha decisión se revistió de efectos generales. En consecuencia, dichas “leyes” no han podido generar efectos, no los tienen en el presente ni podrán generarlos en el futuro.”

⁸⁶² Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 186: “De las normas y jurisprudencia de derecho interno analizadas, se concluye que las decisiones de esta Corte tienen efectos inmediatos y vinculantes y que, por ende, la sentencia dictada en el caso Barrios Altos está plenamente incorporada a nivel normativo interno. Si esa Sentencia fue determinante en que lo allí dispuesto tiene

constitucionalidade da Corte IDH sobre o tema anistia está implementado no âmbito jurídico interno do Peru.

No entanto, assim como os Estados da América Latina apresentam suas diferenças em termos de organização jurídica, o constitucionalismo compensatório defendido pela Corte IDH também irá apresentar diferentes níveis de aceitação e concretude, a depender do caso em análise. Exemplo desta variação é o Caso Gomes Lund vs. Brasil, em que lógicas “próprias e distintas” confrontam-se em relação ao tema anistia.

2.2.4 A CONSOLIDAÇÃO DO TEMA? O CASO GOMES LUND VS. BRASIL

Em 26/03/2009, a Comissão IDH submeteu à Corte IDH a presente demanda contra o Brasil, em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e de seus familiares. A demanda diz respeito à suposta responsabilidade do Estado pela detenção arbitrária, pela tortura, e pelo desaparecimento forçado de 70 pessoas, entre membros do Partido Comunista do Brasil e camponeses da região. As violações decorreram de operações empreendidas pelo Exército brasileiro entre 1972 e 1975, com o objetivo de finalizar a Guerrilha do Araguaia, cujos fatos ocorreram no contexto da ditadura militar do Brasil (1964-1985).

A Comissão IDH submeteu o caso perante a Corte IDH em virtude de o Brasil ter adotado a Lei n. 6.683/79⁸⁶³ como sua lei de anistia. Em função deste diploma normativo, o Estado não promoveu uma investigação penal com o escopo de julgar e punir

efectos generales, esa declaración conforma ipso iure parte del derecho interno peruano, lo cual se refleja en las medidas y decisiones de los órganos estatales que han aplicado e interpretado esa Sentencia.”

⁸⁶³ Dispõe a Lei de Anistia brasileira:

“Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado).

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.”

os responsáveis pelo desaparecimento das 70 vítimas e pelas execuções extrajudiciais decorrentes do período.

Além disso, até mesmo as ações judiciais cíveis – que almejavam buscar informações sobre os fatos ocorridos na Guerrilha do Araguaia – não se apresentaram como instrumentos efetivos para garantir o acesso à informação aos familiares dos desaparecidos e das pessoas executadas extrajudicialmente. Isto ocorreu tendo em vista as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado, com o intuito de restringir indevidamente o direito de acesso à informação dos familiares.

Nesse aspecto, a situação do desaparecimento forçado das 70 vítimas, a execução extrajudicial de Maria Lúcia Petit da Silva, a impunidade dos responsáveis e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetam de forma negativa a integridade pessoal dos familiares das vítimas.

Por essa razão, a Comissão IDH requereu à Corte IDH que o Estado seja declarado responsável pela violação dos seguintes direitos estabelecidos no texto convencional: (i) direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º); (ii) direito à vida (artigo 4º); (iii) direito à integridade pessoal (artigo 5º); (iv) direito à liberdade pessoal (artigo 7º); (v) direito às garantias judiciais (artigo 8º); (vi) direito à liberdade de pensamento e expressão (artigo 13); e (vii) direito à proteção judicial (artigo 25).

Estes direitos são interpretados com a obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos (artigo 1º, item 1) e com o dever de adotar as disposições de direito interno (artigo 2º), todos previstos na Convenção Americana. Além da declaração de ofensa a estes direitos, a Comissão solicitou à Corte que ordene o Estado a adotar determinadas medidas para a respectiva reparação dos direitos violados.

A Comissão IDH defende que a apreciação deste caso apresenta-se como uma importante possibilidade para consolidar a jurisprudência interamericana sobre as leis de anistia, no contexto de violações como o desaparecimento forçado de pessoas e as execuções extrajudiciais. Além do mais, o caso apresenta-se como oportunidade para que os Estados revelem a verdade à sociedade, além de providenciarem a investigação, o processamento e eventual punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos.

Nesse contexto, a Comissão enfatizou o valor histórico do caso e a possibilidade do Tribunal Interamericano de afirmar a incompatibilidade da Lei de Anistia (incluindo também as leis de documentos secretos) com a Convenção Americana.

Em sua resposta (“contestação da demanda”), o Estado brasileiro apresentou exceções preliminares e considerações sobre o mérito. Na essência, o Brasil solicitou à Corte IDH que reconheça todas as ações que estão sendo empreendidas no âmbito interno, bem como julgue improcedente os pedidos formulados pela parte adversa. Segundo o Estado brasileiro, isto se justifica em razão de que está sendo construída uma solução compatível com as particularidades do País, com o objetivo de promover a consolidação da reconciliação nacional.

Não obstante as alegações expostas, a Corte IDH apenas acolheu parcialmente a exceção preliminar referente à competência temporal. Com o exame desta exceção preliminar, em relação às vítimas de desaparecimento forçado, a Corte IDH promoveu uma inovação no direito internacional.

Segundo a Corte, o caráter contínuo e permanente do desaparecimento forçado de pessoas tem sido reconhecido de maneira reiterada pelo direito internacional dos direitos humanos⁸⁶⁴. Para este ramo do direito, o ato de desaparecimento e sua execução inicia-se com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente ausência de informação sobre seu paradeiro, de maneira que os fatos não conseguem ser esclarecidos.

Nesse aspecto, para o Tribunal Interamericano, este tipo de ato – de caráter contínuo ou permanente – estende-se durante todo o período de tempo no qual o fato delituoso se desenvolve, em virtude da manutenção da violação de conformidade com a obrigação internacional⁸⁶⁵.

⁸⁶⁴ Perante o Sistema Interamericano, confira-se Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29/07/1988. Série C n. 4, § 155. No Sistema Europeu, a referência é Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia*. Petição n. 15318/89. Câmara. Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995, § 41.

⁸⁶⁵ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2009, Série C n. 209, §§ 22-23: “Al respecto, cabe distinguir entre actos instantáneos y actos de carácter continuo o permanente. Éstos últimos ‘se extiende[n] durante todo el tiempo en el cual el hecho continúa y se mantiene su falta de conformidad con la obligación internacional’. Por sus

Por essa razão, a Corte se pronunciou por sua competência para examinar as alegações de desaparecimento forçado das possíveis vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa pelo Estado brasileiro⁸⁶⁶.

De outro lado, a Corte considerou que as demais alegações podem ser objeto de seu exame e pronunciamento a partir de 10/12/1998, data em que o Brasil reconheceu a competência contenciosa da Corte IDH. Neste rol, estão os fatos e omissões do Estado ocorridos após esta data, o que inclui as alegações de violações do direito de acesso à justiça, bem como o sofrimento dos familiares das vítimas⁸⁶⁷.

Em relação ao mérito, o Estado brasileiro foi condenado em todos os aspectos jurídicos arguidos pela Comissão IDH. A Corte considerou que a Lei de Anistia brasileira impede a investigação e a sanção de graves violações de direitos, as quais são incompatíveis com a Convenção Americana. Por essa razão, a Corte considerou que referida disposição normativa carece de efeitos jurídicos e não pode prosseguir representando um obstáculo, tanto para a investigação dos fatos, como para as possíveis identificação e punição dos responsáveis. Além disso, referido diploma legislativo não pode ter impacto equivalente em outros casos de graves violações de direitos humanos que tenham ocorrido no Brasil⁸⁶⁸.

características, una vez entrado en vigor el tratado, aquellos actos continuos o permanentes que persisten después de esa fecha, pueden generar obligaciones internacionales respecto del Estado Parte, sin que ello implique una vulneración del principio de irretroactividad de los tratados. Dentro de esta categoría de actos se encuentra la desaparición forzada de personas, cuyo carácter continuo o permanente ha sido reconocido de manera reiterada por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el cual el acto de desaparición y su ejecución se inician con la privación de la libertad de la persona y la subsiguiente falta de información sobre su destino, y permanece hasta tanto no se conozca el paradero de la persona desaparecida y los hechos no se hayan esclarecido.”

⁸⁶⁶ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219, § 17.

⁸⁶⁷ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., §§ 12-18.

⁸⁶⁸ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 325, ponto resolutivo n. 3.

Logo, seguindo a linha dos casos anteriormente analisados⁸⁶⁹, a Corte IDH proferiu declaração de nulidade da Lei de Anistia brasileira por incompatibilidade com o texto da Convenção Americana⁸⁷⁰.

No tocante às supostas vítimas elencadas pela Comissão, o Brasil foi considerado responsável pelo desaparecimento forçado, o que implica na ofensa aos seguintes direitos contidos no texto convencional: (i) direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3º); (ii) direito à vida (artigo 4º); (iii) direito à integridade pessoal (artigo 5º); e (iv) direito à liberdade pessoal (artigo 7º). Estes direitos foram interpretados com a obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos (artigo 1º, item 1), igualmente prevista na Convenção Americana⁸⁷¹.

A Corte IDH considerou que o Estado deixou de cumprir com a obrigação de adequar seu sistema jurídico interno à Convenção Americana, em consonância com o artigo 2º de referido texto convencional. Em razão disto, quanto aos familiares das vítimas, a Corte considerou o Estado brasileiro como responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais (artigo 8º) e à proteção judicial (artigo 25), previstas no texto convencional. Isto ocorreu em virtude da falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como do respectivo julgamento e possível sanção dos responsáveis⁸⁷².

Ainda no que diz respeito aos familiares, a Corte IDH condenou o Brasil em mais dois aspectos. O primeiro, pela ofensa à liberdade de pensamento e expressão, sobretudo em função do direito de buscar e receber informação do Estado, assim como do direito de conhecer a verdade dos fatos. Além disso, esta condenação se estendeu em função do excesso de prazo para resolução da ação ordinária proposta na justiça brasileira para obter

⁸⁶⁹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 44; Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 154, § 119 e Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006. Série C n. 162, § 175.

⁸⁷⁰ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 174.

⁸⁷¹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., §§ 125 e 325, ponto resolutivo n. 4.

⁸⁷² Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 325, ponto resolutivo n. 5.

informações sobre as vítimas desaparecidas⁸⁷³. O segundo, em virtude da ofensa à integridade pessoal dos familiares, haja vista a tortura cometida decorrente da ausência de informação sobre o desaparecimento das vítimas⁸⁷⁴.

Em relação ao desenvolvimento do bloco de constitucionalidade criado pela Corte IDH, além de contemplar, o Caso Gomes Lund expandiu o conteúdo material apreciado nos casos Barrios Altos, Almonacid Arellano e La Cantuta.

2.2.4.1 DESENVOLVIMENTO DO BLOCO DE CONSTITUCIONALIDADE EM RELAÇÃO AO TEMA ANISTIA: O DESAPARECIMENTO FORÇADO DE PESSOAS

O primeiro tema desenvolvido pela Corte IDH diz respeito ao desaparecimento forçado de pessoas. A Corte aprecia o tema – a partir de uma perspectiva integral –, em função da pluralidade de condutas que, relacionadas a um único fim, violam de maneira permanente os bens jurídicos protegidos pela Convenção⁸⁷⁵.

A Corte IDH fundamenta o Caso Gomes Lund demonstrando que o direito internacional retrata a questão do desaparecimento forçado. O plano internacional iniciou o debate pela busca do conceito operacional da questão na década de 1980⁸⁷⁶. Como destaque, o conceito continha a detenção ilegal por agentes estatais ou por grupo organizado privado atuando em nome do Estado, ou contando com seu apoio, autorização ou consentimento.

⁸⁷³ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 325, ponto resolutivo n. 6.

⁸⁷⁴ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 325, ponto resolutivo n. 7.

⁸⁷⁵ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 101: “el fenómeno de la desaparición forzada de personas requiere de un análisis sistémico y comprensivo, por lo cual este Tribunal considera adecuado reiterar el fundamento jurídico que sustenta la necesidad de una perspectiva integral de la desaparición forzada en razón de la pluralidad de conductas que, cohesionadas por un único fin, vulneran de manera permanente bienes jurídicos protegidos por la Convención”.

⁸⁷⁶ ONU. Informativo do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário. Comissão de Direitos Humanos, 37º período de sessões, documento E/CN.4/1435, de 22/01/1981, § 4, e Informativo do Grupo de Trabalho sobre Desaparecimento Forçado ou Involuntário. Comissão de Direitos Humanos, 39º período de sessões, documento E/CN.4/1983/14, de 21/01/1983, §§ 130 a 132.

Estas discussões provavelmente subsidiaram a Corte IDH para construir o conceito de desaparecimento forçado no Caso Velásquez Rodríguez⁸⁷⁷. O conceito delineado pelo Tribunal Interamericano tem sido precursor na conscientização da gravidade e do caráter continuado ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas. Para a Corte, o desaparecimento forçado vulnera inúmeros direitos protegidos pela Convenção. Esta situação coloca a vítima completamente indefesa, o que possibilita ofensas conexas, apresentando-se de maneira grave quando forma parte de um padrão sistemático ou prática tolerada pelo Estado⁸⁷⁸.

Nesse aspecto, as características do conceito desenvolvido pelo Caso Velásquez Rodríguez possibilitaram que a Corte IDH influenciasse a formação do direito internacional. A influência não se limitou à Convenção Interamericana, mas alcançou a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado⁸⁷⁹, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional⁸⁸⁰, bem como os grupos de trabalho organizados no âmbito da ONU⁸⁸¹ e os julgamentos da Corte EDH⁸⁸².

⁸⁷⁷ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Ob. cit., § 155: “La desaparición forzada de seres humanos constituye una violación múltiple y continuada de numerosos derechos reconocidos en la Convención y que los Estados Partes están obligados a respetar y garantizar. El secuestro de la persona es un caso de privación arbitraria de libertad que conculca, además, el derecho del detenido a ser llevado sin demora ante un juez y a interponer los recursos adecuados para controlar la legalidad de su arresto, que infringe el artículo 7 de la Convención que reconoce el derecho a la libertad personal”.

⁸⁷⁸ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 103.

⁸⁷⁹ Artigo 2º: “Para efeitos da presente Convenção, entende-se por desaparecimento forçado a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, o apoio ou o consentimento do Estado, seguido da recusa em reconhecer a privação de liberdade, ou do encobrimento do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, colocando-a assim fora do âmbito de proteção da lei.”

⁸⁸⁰ Artigo 7º - Crimes contra humanidade:

“1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

(...)

i) Desaparecimento forçado de pessoas;

(...)

Além de influenciar o direito internacional, o bloco em torno do conceito de desaparecimento forçado alcançou as Cortes Constitucionais da América Latina, em um processo de interação múltipla da construção do direito pela jurisprudência da Corte IDH⁸⁸³.

Como reforço do bloco de constitucionalidade interamericano, a Corte IDH considera que a proibição à prática do delito de desaparecimento forçado de pessoas alcançou o caráter de norma de *jus cogens*⁸⁸⁴.

No entanto, como novidade no desenvolvimento do bloco convencional, a Corte associou o desaparecimento forçado de pessoas com o direito de acesso à justiça, o qual ela vem construindo em sua jurisprudência. Este direito impõe que as autoridades nacionais devem investigar o desaparecimento forçado de ofício⁸⁸⁵.

A segunda novidade sobre o tema para o direito internacional diz respeito à implementação do delito de desaparecimento forçado de pessoas no direito interno. Conforme delineado pela Corte IDH, para se alcançar uma investigação efetiva, os Estados devem estabelecer um marco normativo adequado para o desenvolvimento da persecução

2. Para efeitos do parágrafo 1º:

(...)

i) Por ‘desaparecimento forçado de pessoas’ entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.”

⁸⁸¹ ONU. Grupo de Trabalho sobre o Desaparecimento Forçado ou Involuntário de Pessoas, Observação Geral ao artigo 4º da Declaração sobre a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 15/01/1996. Informativo da Comissão de Direitos Humanos, documento E/CN. 4/1996/38, § 55.

⁸⁸² Corte EDH. *Caso Kurt vs. Turquia*. Petição n. 15/1997/799/1002. Mérito. Sentença de 25/11/1998.

⁸⁸³ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 104.

⁸⁸⁴ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 105.

⁸⁸⁵ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 143.

penal. Para o Tribunal Interamericano, isto implica regulamentar o desaparecimento forçado como delito autônomo no âmbito do sistema jurídico interno⁸⁸⁶.

Trata-se, sobretudo, de uma harmonização com a obrigação de implementar o conteúdo convencional por medidas legislativas, prevista pelo artigo 2º da Convenção Americana.

Diante da complexidade que a questão envolve, o bloco de constitucionalidade desenvolvido pela Corte IDH apresenta-se como instrumento relevante para delinear o conceito de desaparecimento forçado, conjugando a jurisprudência da Corte IDH com o desenvolvimento do direito internacional sobre o tema⁸⁸⁷.

2.2.4.2 DESENVOLVIMENTO DO BLOCO CONVENCIONAL EM RELAÇÃO AO TEMA ANISTIA: O DIREITO À JUSTIÇA

Criado pela Corte IDH no caso Velásquez Rodríguez⁸⁸⁸, o direito à justiça – que consiste na obrigação do Estado de investigar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis pelas violações de direitos humanos – adquire relevância diante da gravidade dos delitos cometidos e da natureza dos direitos lesionados. Diante do caráter de *jus cogens* da proibição do desaparecimento forçado de pessoas, esta categoria assume contornos importantes no desenvolvimento do direito à justiça⁸⁸⁹.

A obrigação de investigar a vulneração dos direitos humanos encontra-se dentro das medidas positivas que os Estados devem adotar para proteger os direitos estabelecidos no texto convencional. A Corte IDH considera este dever de investigar uma

⁸⁸⁶ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 109.

⁸⁸⁷ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 111: “En tal sentido, en el presente caso el análisis de las desapariciones forzadas debe abarcar el conjunto de los hechos que se presentan a consideración del Tribunal. Sólo de este modo el análisis legal de este fenómeno es consecuente con la compleja violación de derechos humanos que ésta conlleva, con su carácter continuado o permanente y con la necesidad de considerar el contexto en que ocurrieron los hechos, a fin de analizar sus efectos prolongados en el tiempo y enfocar integralmente sus consecuencias, teniendo en cuenta el corpus juris de protección tanto interamericano como internacional”.

⁸⁸⁸ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Ob. cit., § 166.

⁸⁸⁹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 137.

obligação de meio (e não de resultado), a qual deve ser assumida pelo Estado como dever jurídico próprio⁸⁹⁰.

Nesse contexto, uma das inovações que a Corte IDH promove no bloco convencional diz respeito à origem da obrigação de investigar. Além do parâmetro estabelecido pelo artigo 8º da Convenção, a obrigação de investigar deriva da legislação interna. Nesse aspecto, em seu sistema jurídico nacional, o Estado deve conter disposições normativas que permitam as vítimas ou seus familiares promoverem denúncias perante as autoridades do Estado, além de participarem processualmente da investigação penal, com a pretensão de estabelecer a verdade dos fatos⁸⁹¹.

Por essa razão, o implemento do direito à justiça exige que o Estado organize o seu aparato institucional, para o fim de assegurar o livre e pleno exercício dos

⁸⁹⁰ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 138: “El Tribunal reitera que la obligación de investigar violaciones de derechos humanos se encuentra dentro de las medidas positivas que deben adoptar los Estados para garantizar los derechos reconocidos en la Convención. El deber de investigar es una obligación de medios y no de resultado, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa, o como una mera gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de las víctimas, de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios. A la luz de ese deber, una vez que las autoridades estatales tengan conocimiento del hecho, deben iniciar ex officio y sin dilación, una investigación seria, imparcial y efectiva. Esta investigación debe ser realizada por todos los medios legales disponibles y orientarse a la determinación de la verdad”.

⁸⁹¹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 139: “La Corte también ha señalado que del artículo 8 de la Convención se desprende que las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en la búsqueda de una debida reparación. Asimismo, el Tribunal ha señalado que la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares no sólo se desprenden de las normas convencionales de derecho internacional, imperativas para los Estados Parte, sino que además deriva de la legislación interna que hace referencia al deber de investigar de oficio ciertas conductas ilícitas y a las normas que permiten que las víctimas o sus familiares denuncien o presenten querellas, pruebas, peticiones o cualquier otra diligencia, con la finalidad de participar procesalmente en la investigación penal con la pretensión de establecer la verdad de los hechos”.

direitos humanos. Ao não permitir a manutenção da impunidade em seu sistema jurídico, o Estado está descumprindo o direito à justiça referente às pessoas sujeitas à sua jurisdição⁸⁹².

Ademais, como desenvolvimento para o bloco convencional, a Corte IDH utiliza-se de diversos contenciosos presentes no direito internacional para reforçar seu posicionamento em relação à sua criação jurisprudencial – o direito à justiça.

Há uma fertilização cruzada recíproca entre as Cortes no plano internacional. Enquanto a Corte IDH se inspirou no Comitê de Direitos Humanos⁸⁹³ para estabelecer parte dos argumentos no Caso Velásquez Rodríguez, este, por sua vez, inspirou a ordem internacional – Corte EDH⁸⁹⁴ e manifestação do TPI para ex-Iugoslávia⁸⁹⁵ – em relação ao desenvolvimento do tema.

No que tange ao tratamento da questão referente à anistia, o instituto (e seus correspondentes análogos) tem sido um dos obstáculos suscitados por alguns Estados para deixar de promover a investigação, o processamento e, se for o caso, a punição dos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos.

O Sistema Interamericano – Comissão IDH e Corte IDH – desenvolveram o tema na década de 1990, com importantes pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações contidas no texto convencional, sobretudo quando se trata de graves violações dos direitos humanos.

O desenvolvimento do tema no âmbito interamericano influenciou seu tratamento perante o Sistema ONU. O Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos estabeleceu posicionamento de que as anistias e outras medidas análogas

⁸⁹² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Ob. cit., § 176.

⁸⁹³ ONU. Comitê de Direitos Humanos. *Caso Larrosa vs. Uruguai*. Comunicação n. 88/1981, Opinião de 25/03/1983, § 11.5 e ONU. Comitê de Direitos Humanos. *Caso Gilboa vs. Uruguai*. Comunicação n. 147/1983, Opinião de 1/11/1985, § 7.2.

⁸⁹⁴ Corte EDH. *Caso Kurt vs. Turquia*. Petição n. 15/1997/799/1002. Mérito. Sentença de 25/11/1998.

⁸⁹⁵ O TPI para ex-Iugoslávia considerou que não haveria sentido aguardar, de um lado, a condenação de violações graves de direitos humanos e, por outro, autorizar medidas estatais que confirmam anistias aos perpetradores da vulneração de referidos direitos (TPI. Ex-Iugoslávia. *Caso Procurador vs. Furundžija*. Feito n. IT-95-17/1-T, julgamento de 10/12/1998, § 155).

contribuem para a impunidade, de tal maneira que constituem um obstáculo para o direito à verdade, sobretudo quando há oposição para a investigação dos delitos praticados⁸⁹⁶.

De outro lado, a proibição de anistias que impeçam a investigação e eventual sanção dos responsáveis por cometer a vulneração dos direitos humanos continua sendo defendida no sistema universal.

Nesse aspecto, o Comitê de Direitos Humanos manifestou que os Estados devem assegurar a punição aos culpados por infrações reconhecidas como crimes no direito internacional ou na legislação nacional. Dentre essas infrações, o Comitê colocou em evidência: (i) a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; (ii) as execuções sumárias e arbitrárias contra a vida, além (iii) do desaparecimento forçado de pessoas. Para o Comitê, os responsáveis devem ser levados à justiça, e não podem ser eximidos de sua responsabilidade jurídica, em especial com a concessão de anistias⁸⁹⁷.

Nesse sentido, a Corte IDH promove a citação das diferentes comissões pertencentes ao Sistema ONU, dos casos do Sistema Europeu e dos feitos no âmbito do TPI especial para consolidar o seu posicionamento e desenvolver o seu bloco normativo, criado para a proteção dos direitos humanos.

Logo, além de contribuir para a formação do acervo normativo internacional, a Corte IDH extrai seus argumentos do desenvolvimento do direito internacional existente. A inovação – nesta última referência – está na forma como implementa e relaciona o conteúdo material extraído com os Estados.

Nesse contexto, como inovação promovida pelo Tribunal Interamericano no Caso Gomes Lund, além do exame do processo de adoção pelo Estado da Lei de Anistia, neste caso específico a Corte buscou analisar o motivo determinante de referida lei.

Com efeito, ao verificar que o objetivo da Lei de Anistia brasileira não era apenas um “acordo político”, mas sim deixar impunes as graves violações ao direito

⁸⁹⁶ ONU. Informativo da Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. O direito à verdade. Documento n. A/HRC/5/7, de 07/06/2007, § 20.

⁸⁹⁷ ONU. Comitê de Direitos Humanos. Observação Geral n. 31: Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto. Documento n. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26/05/2004, § 18.

internacional cometidas pelo regime militar instalado na época, a Corte fixou novo posicionamento sobre o tema.

Assim, para a Corte, a incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana – sobretudo em função da vulneração grave dos direitos humanos – não se apresenta apenas como uma questão formal. A partir deste caso, a Corte IDH passa a observar o aspecto material, a partir da interpretação sistemática dos artigos 8º e 25, em harmonia com as obrigações estabelecidas nos artigos 1º, item 1, e 2º da Convenção⁸⁹⁸.

Dessa forma, além dessas inovações incorporadas à formação do bloco convencional, como exposto nos julgamentos analisados, uma das maneiras da Corte IDH se relacionar com os Estados está no implemento do constitucionalismo compensatório.

2.2.4.3 IMPLEMENTO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

Em diversas oportunidades durante o julgamento do Caso Gomes Lund, o Estado brasileiro buscou demonstrar uma série de medidas que representavam a implementação material dos conceitos desenvolvidos pelo bloco convencional da Corte IDH. Destacam-se medidas de reparação e garantias de não repetição adotadas pelo Brasil.

No entanto, para o Tribunal Interamericano, ainda que relevantes, estas medidas não resultam suficientes para a devida implementação material, tendo em vista que os familiares das vítimas, por exemplo, não tiveram garantido o direito de acesso à justiça.

⁸⁹⁸ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 175: “En cuanto a lo alegado por las partes respecto de si se trató de una amnistía, una autoamnistía o un ‘acuerdo político’, la Corte observa, como se desprende del criterio reiterado en el presente caso, que la incompatibilidad respecto de la Convención incluye a las amnistías de graves violaciones de derechos humanos y no se restringe sólo a las denominadas ‘autoamnistías’. Asimismo, como ha sido señalado anteriormente, el Tribunal más que al proceso de adopción y a la autoridad que emitió la Ley de Amnistía, atiende a su *ratio legis*: dejar impunes graves violaciones al derecho internacional cometidas por el régimen militar. La incompatibilidad de las leyes de amnistía con la Convención Americana en casos de graves violaciones de derechos humanos no deriva de una cuestión formal, como su origen, sino del aspecto material en cuanto violan los derechos consagrados en los artículos 8 y 25, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención”.

Por essa razão, além da condenação imposta, a Corte IDH determinou que o Brasil cumprisse uma série de reparações⁸⁹⁹. Um grupo destas consiste no pagamento de indenizações por dano material e imaterial aos familiares das vítimas, além da concessão a eles de tratamento médico e psicológico. Foi determinado ainda a possibilidade de novos familiares – não identificados pelo Estado ou de desaparecidos não identificados – receberem a reparação material contida na Lei n. 9.140/95.

Outro grupo diz respeito a obrigações direcionadas ao aparelho institucional do Estado. Dentro destas obrigações, estão: (i) a condução da persecução penal, para se determinar o esclarecimento dos fatos e as correspondentes responsabilidades penais; (ii) encontrar o paradeiro das vítimas desaparecidas, e no caso do falecimento, providenciar a entrega dos restos mortais aos familiares; (iii) realizar a publicação da sentença, além de (iv) um ato público, para reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado brasileiro pelos fatos ocorridos; (v) adotar ações de treinamento das forças armadas em matéria de direitos humanos; e (vi) implementar o delito de desaparecimento forçado de pessoas como tipo penal próprio, bem como promover a persecução penal dos responsáveis dentro deste novo delito tipificado no sistema jurídico brasileiro.

Além destas reparações, como medida de compensação constitucional, o Estado brasileiro argumentou que estava em tramitação no âmbito do Congresso Nacional projeto de lei sobre a criação da Comissão Nacional da Verdade (doravante CNV-Brasil). Referida Comissão foi criada no âmbito da Casa Civil, em 18/11/2011, por meio da Lei n. 12.528, com o escopo de efetivar o direito à memória e à verdade histórica, além de promover a reconciliação nacional.

Instalada em maio de 2012, a CNV-Brasil apresentou avanços sobre o tema. Os membros da CNV-Brasil realizaram 80 audiências e sessões públicas pelo país e colheram 1121 depoimentos (132 deles de agentes públicos). Além disso, a CNV-Brasil realizou centenas de diligências investigativas e dezenas de perícias. Enquanto a demanda perante a Corte IDH listou 70 desaparecidos, a CNV-Brasil conseguiu realizar a lista de 434 desaparecidos forçados no período ditatorial no Brasil.

⁸⁹⁹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparções e Custas. Ob. cit., § 325, pontos resolutivos n.(s) 8 a 20.

No entanto, a CNV-Brasil não avançou como esperado em seus objetivos. Diante do esforço realizado, apenas identificou um desaparecido (dos 434 por ela listados). Além do mais, não teve o auxílio esperado dos agentes institucionais do Estado, sobretudo daqueles vinculados às forças armadas.

Em 17/10/2014, a Corte IDH realizou a primeira Supervisão de Cumprimento da Sentença do Caso Gomes Lund⁹⁰⁰. A Corte IDH destacou alguns pontos como desenvolvimento do constitucionalismo compensatório no Brasil: (i) a publicação da sentença no Diário Oficial; (ii) o pagamento das indenizações aos familiares das vítimas não identificadas, nos termos da Lei n. 9.140/95; (iii) as providências administrativas referentes a documentação de familiares, solicitadas pela Corte IDH; e (iv) a instalação da CNV-Brasil dentro dos padrões solicitados pela Corte⁹⁰¹.

De outra parte, o Tribunal Interamericano identificou o cumprimento parcial das medidas exigidas, como o pagamento de indenizações e as convocações determinadas. Além disso, a Corte IDH foi enfática em ressaltar que a Lei de Anistia continua sendo empecilho para a concretização do direito à justiça, sobretudo na investigação dos fatos, que possam implicar em eventual sanção dos responsáveis⁹⁰².

Ao final, a Corte IDH ressaltou que o Brasil deixou de cumprir 9 pontos resolutivos da sentença de mérito, razão pela qual o procedimento de Supervisão de Cumprimento de Sentença continuará aberto⁹⁰³.

Por outro lado, a Corte IDH considerou que o julgamento da ADPF n. 153 violou o direito à justiça delineado por sua jurisprudência. O STF não realizou o controle difuso de convencionalidade, em especial ao não considerar o exame da Lei de Anistia a partir dos dispositivos da Convenção Americana.

⁹⁰⁰ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17/10/2014.

⁹⁰¹ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17/10/2014, pontos resolutivos n.(s) 1 a 3.

⁹⁰² Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17/10/2014, pontos resolutivos n.(s) 4 e 5.

⁹⁰³ Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17/10/2014, pontos resolutivos n. 6.

A Corte Constitucional brasileira cingiu-se a considerar a Lei de Anistia como uma “lei-medida”⁹⁰⁴, que implementou uma decisão política no momento de transição do regime militar para o regime democrático, em 1979. O que caracterizaria a anistia não é apenas a autoabsolvição dos envolvidos, mas a sua objetividade, haja vista que ela é concedida a pessoas indeterminadas. Assim, para o STF, o acordo realizado pela classe política que permitiu a transição para o Estado de Direito teve como resultado a Lei de Anistia. Desse modo, o STF entendeu que apenas o Congresso Nacional poderia revistar referido diploma, visto que se julgou incompetente para alterar os textos normativos que concedem anistias⁹⁰⁵.

Em relação à ADPF n. 153, o feito ainda não foi julgado em definitivo. O processo encontra-se na fase de embargos de declaração, oportunidade em que o STF poderá rediscutir os fundamentos apreciados no julgamento anteriormente realizado⁹⁰⁶.

Em paralelo, foi proposta a ADPF n. 320 pelo Partido Socialismo e Liberdade (doravante PSOL). O principal objeto desta última ação cinge-se em solicitar que o STF reveja o posicionamento anterior da ADPF n. 153, a fim de harmonizar o seu entendimento com o julgamento do Caso Gomes Lund. Nesse aspecto, o PSOL requer que o STF realize o controle difuso de convencionalidade, para o fim de declarar que a Lei de Anistia brasileira não se aplica aos crimes de graves violações de direitos humanos e nem aos delitos de natureza continuada ou permanente. Ao final, formulou o pedido para que todos os órgãos do Estado brasileiro deem cumprimento integral aos 12 pontos resolutivos do Caso Gomes Lund⁹⁰⁷.

⁹⁰⁴ A “lei-medida” foi um conceito criado pelo relator, à época Ministro Eros Grau, para distanciá-la do conceito de “lei” adotado pela doutrina brasileira. Para o relator, a lei-medida não é uma regra para o futuro, de modo que deve ser interpretada em seu contexto histórico, e não na realidade atual.

⁹⁰⁵ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. Rel. Ministro Eros Grau. TRIBUNAL PLENO, julgamento de 29/04/2010, DJe de 05/08/2010.

⁹⁰⁶ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. Rel. Ministro Luiz Fux. Feito aguardando o julgamento de embargos de declaração. Conclusão para o relator desde 28/08/2014.

⁹⁰⁷ BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 320. Rel. Ministro Luiz Fux. Feito apensado à ADPF n. 153 e aguardando o julgamento de embargos de declaração da última ação. Conclusão para o relator desde 28/08/2014.

A propositura da ADPF n. 320 revela a interatividade promovida pelo constitucionalismo compensatório desenvolvido pela Corte IDH, em que parcela da sociedade civil almeja a implementação do conteúdo material de direitos humanos, desenvolvido pela Corte no Caso Gomes Lund e alinhado a seu bloco convencional.

Esta interatividade na busca pela implementação do constitucionalismo compensatório revela a necessidade de se aprofundar no diálogo jurisprudencial desenvolvido entre a Corte IDH e as Cortes Constitucionais em matéria de direitos humanos, tema a ser desenvolvido no próximo capítulo.

CAPÍTULO 5 – A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO POR MEIO DO DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

A jurisprudência da Corte IDH tem promovido o diálogo jurisprudencial com importantes tribunais pertencentes aos Estados da América Latina. A construção desta viva interação ocorre por meio do constitucionalismo compensatório, em especial em temas como a proibição de anistias para a vulneração grave de direitos humanos.

Grande parte dos tribunais nacionais está interagindo com o constitucionalismo compensatório, não apenas reconhecendo – no âmbito dos Estados – o *déficit* de proteção dos direitos humanos, como também implementando o conteúdo material desenvolvido pela jurisprudência da Corte, por meio do controle de convencionalidade.

Um dos objetivos da Convenção Americana é a harmonização do direito nacional com o seu conteúdo material. As obrigações de respeitar os direitos e garantir seu livre e pleno exercício (artigo 1º, item 1), bem como a obrigação de adotar medidas de direito interno para conferir efetividade aos direitos previstos no texto convencional (artigo 2º) são os principais dispositivos para concretizar esta harmonização. Aliados ao princípio da máxima proteção dos direitos humanos (artigo 29)⁹⁰⁸, esta harmonização entre as ordens jurídicas ocorre por meio do constitucionalismo compensatório.

Esta interação entre os padrões interpretativos internacionais com as ordens jurídicas nacionais – envolvendo ações e omissões dos agentes estatais – guarda uma expressão singular e fundamental nas sentenças dos tribunais. Esse aspecto relaciona-se diretamente com as funções do Estado e seu dever de organizar-se em consonância com as obrigações internacionais.

No âmbito do diálogo jurisprudencial, é imprescindível examinar se os tribunais nacionais estão contribuindo para o aperfeiçoamento da ordem internacional em matéria de direitos humanos. Referidas cortes nacionais possui o papel primordial de

⁹⁰⁸ GARCÍA-SAYÁN, Diego. Justicia interamericana y tribunales nacionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 805.

articular as normas e comportamentos dos agentes estatais com os compromissos internacionais do Estado, por meio do controle de convencionalidade.

Nesse aspecto, os Estados fazem parte dos tratados sobre direitos humanos por decisão soberana. Movimentam os sistemas de proteção e impõe a si mesmos o dever de controle de convencionalidade. Este dever consiste em aplicar no sistema jurídico interno os compromissos internacionais. Esse elemento essencial do direito internacional dos direitos humanos está na base conceitual de sua interação com o direito interno e o comportamento das distintas instituições do Estado⁹⁰⁹.

Na primeira parte deste capítulo será analisada a trajetória do Caso Gelman vs. Uruguai. Oriundo da vertente escolhida sobre a proibição das leis de anistias, o Caso Gelman utiliza-se dos fundamentos examinados nos casos anteriores e consolida a construção do bloco convencional relacionado à proibição das anistias.

A partir desta perspectiva, o Estado uruguaio cumpre parte do ponto resolutivo determinado pela Corte IDH e reconhece – em ato público celebrado no Parlamento uruguaio – o cometimento de graves violações de direitos humanos no passado. Além disso, promove a alteração legislativa e revoga as leis que concediam anistias para aqueles que praticaram graves crimes que vulneraram a pessoa humana.

No entanto, a Suprema Corte de Justiça do Uruguai (doravante SCJ-Uruguai) considera como inconstitucionais os procedimentos de investigação – autorizados pela novel legislação uruguaia, e em consonância com o direito de acesso à justiça, desenvolvido pelo bloco convencional da Corte IDH.

Com este cenário, nasce o recente diálogo jurisprudencial entre a Corte IDH e a SCJ-Uruguai. Por meio deste diálogo, o Tribunal Interamericano irá desenvolver os fundamentos da coisa julgada internacional de seus julgamentos entre as partes (*res judicata*), além da coisa julgada para os outros Estados pertencentes à Convenção, por meio da norma convencional interpretada (*res interpretata*). Deste processo resulta o fortalecimento do constitucionalismo compensatório desenvolvido pela Corte IDH.

⁹⁰⁹ GARCÍA-SAYÁN, Diego. Justicia interamericana y tribunales nacionales. Ob. cit., p. 806.

A segunda parte do capítulo é destinada aos limites impostos ao constitucionalismo compensatório. Nesse aspecto, será examinada a responsabilidade internacional do Estado no cumprimento dos julgamentos proferidos pela Corte IDH.

O segundo limite a ser explorado refere-se à crítica do *déficit* democrático dos seus julgamentos, e a relação destes com os valores democráticos dos Estados. Será analisado não apenas o conceito de democracia, mas como seus aspectos se relacionam com os julgamentos das Cortes pertencentes aos sistemas regionais de proteção.

Ao final, em consonância com os aspectos relacionados à democracia, o terceiro limite imposto ao constitucionalismo compensatório refere-se à doutrina da margem nacional de apreciação. Além de explorar o conceito e a finalidade da margem de apreciação, será realizada análise entre a margem praticada pela Corte EDH e a forma como a Corte IDH lida com a questão.

1 A INTERATIVIDADE DOS DIÁLOGOS ENTRE A CORTE IDH E AS CORTES CONSTITUCIONAIS: A IMPORTÂNCIA DA COISA JULGADA INTERNACIONAL PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

A interatividade desenhada entre a Corte IDH – no Caso Gomes Lund – e a Corte Constitucional brasileira – com a ADPF n. 153 – tem prosseguimento com o diálogo jurisprudencial estabelecido pela SCJ-Uruguai com a Corte IDH em função do Caso Gelman vs. Uruguai.

O Caso Gelman reforça a autoridade da coisa julgada⁹¹⁰ referente aos casos anteriores (Barrios Altos, Almonacid Arellano, La Cantuta e Gomes Lund), bem como contribui para a consolidação do bloco convencional relacionado às decisões sobre anistias.

Destarte, para compreender a contribuição decorrente do diálogo jurisprudencial, passa-se a apreciar os efeitos do Caso Gelman a partir do prisma da coisa julgada internacional.

⁹¹⁰ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 191-194.

1.1 A COISA JULGADA INTERNACIONAL: OS EFEITOS DO DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL NO CASO GELMAN VS. URUGUAI

Em dezembro de 1986, a República Oriental do Uruguai editou a Lei n. 15.848 – Lei de Caducidade⁹¹¹ – que impediu a investigação, o julgamento e eventual sanção aos responsáveis pelos delitos cometidos no período da ditadura militar, em que ocorreram casos graves de violação de direitos humanos.

Esta legislação foi declarada “sem efeitos” pela Corte IDH no julgamento do Caso Gelman vs. Uruguai. Neste julgado, a Corte IDH considerou dito diploma normativo incompatível com as obrigações estabelecidas pela Convenção Americana –

⁹¹¹ “Ley n. 15.848 - FUNCIONARIOS MILITARES Y POLICIALES - SE RECONOCE QUE HÁ CADUCADO EL EJERCICIO DE LA PRETENSION PUNITIVA DEL ESTADO RESPECTO DE LOS DELITOS COMETIDOS HASTA EL 1º DE MARZO DE 1985.

El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, DECRETAN:

CAPITULO I

Artículo 1º.- Reconócese que, como consecuencia de la lógica de los hechos originados por el acuerdo celebrado entre partidos políticos y las Fuerzas Armadas en agosto de 1984 y a efecto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, ha caducado el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1º de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales, equiparados y asimilados por móviles políticos o en ocasión del cumplimiento de sus funciones y en ocasión de acciones ordenadas por los mandos que actuaron durante el período de facto.

Artículo 2º.- Lo dispuesto en el artículo anterior no comprende:

- a) Las causas en las que, a la fecha de promulgación de esta ley, exista auto de procesamiento;
- b) Los delitos que se hubieren cometido con el propósito de lograr, para su autor o para un tercero, un provecho económico.

Artículo 3º.- A los efectos previstos en los artículos anteriores, el Juez interviniente en las denuncias correspondientes, requerirá al Poder Ejecutivo que informe, dentro del plazo perentorio de treinta días de recibida la comunicación, si el hecho investigado lo considera comprendido o no en el artículo 1º de la presente ley.

Si el Poder Ejecutivo así lo comunicare, el Juez dispondrá la clausura y el archivo de los antecedentes. Si en cambio, no contestare o informa que no se halla comprendido dispondrá continuar la indagatoria.

Desde la fecha de promulgación de esta ley hasta que el Juez reciba la comunicación del Poder Ejecutivo quedan suspendidas todas las diligencias presumariales en los procedimientos mencionados en el inciso primero de este artículo”. Disponível em: <[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15848&Anchor=>](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15848&Anchor=).

Acesso em: 25/10/2014.

artigos 2º, 8º, item 1, 25 e 1º, item 1 – e pela Convenção Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas (artigos I, letra b, III, IV e V).⁹¹²

Como medida de compensação constitucional e implemento material do conteúdo da Convenção Americana – contida na interpretação dada pela Corte IDH no Caso Gelman –, a República Oriental do Uruguai deu cumprimento ao julgamento com a promulgação da Lei n. 18.831, de 27/10/2011⁹¹³. Esta lei restabeleceu a possibilidade de exercer a pretensão punitiva dos delitos cometidos em aplicação do “terrorismo de Estado” desde 01/03/1985. Além da edição deste diploma legislativo, o Poder Executivo do Uruguai editou o Decreto n. 323, de 30/06/2011, que revogou os atos administrativos e mensagens do Poder Executivo que aplicaram o artigo 3º da Ley de Caducidad e realizaram um jogo interpretativo em torno do seu artigo 1º⁹¹⁴.

⁹¹² Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparaciones. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, § 312: “El Estado ha incumplido la obligación de adecuar su derecho interno a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, contenida en su artículo 2, en relación con los artículos 8.1, 25 y 1.1 de la misma y con los artículos I.b, III, IV y V de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, como consecuencia de la interpretación y aplicación que le ha dado a la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado respecto de graves violaciones de derechos humanos, de conformidad con los párrafos 237 a 241 y 246 de la Sentencia.”

⁹¹³ “Ley N° 18.831 - PRETENSIÓN PUNITIVA DEL ESTADO - RESTABLECIMIENTO PARA LOS DELITOS COMETIDOS EN APLICACIÓN DEL TERRORISMO DE ESTADO HASTA EL 1º DE MARZO DE 1985.

El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General, DECRETAN:

Artículo 1º.- Se restablece el pleno ejercicio de la pretensión punitiva del Estado para los delitos cometidos en aplicación del terrorismo de Estado hasta el 1º de marzo de 1985, comprendidos en el artículo 1º de la Ley N° 15.848, de 22 de diciembre de 1986.

Artículo 2º.- No se computará plazo alguno, procesal, de prescripción o de caducidad, en el período comprendido entre el 22 de diciembre de 1986 y la vigencia de esta ley, para los delitos a que refiere el artículo 1º de esta ley.

Artículo 3º.- Declárase que, los delitos a que refieren los artículos anteriores, son crímenes de lesa humanidad de conformidad con los tratados internacionales de los que la República es parte.

Artículo 4º.- Esta ley entrará en vigencia a partir de su promulgación por el Poder Ejecutivo”.

Disponível em:

<[http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18831&Anchor="](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18831&Anchor=)>.

Acceso em: 25/10/2014.

⁹¹⁴ Referido Decreto revoga os atos do Poder Executivo “en aplicación del artículo 3º de la Ley de Caducidad, que consideran que los hechos denunciados estaban comprendidos en las disposiciones del artículo 1º de la referida Ley y en su lugar declárase que dichos

Além disso, a Corte IDH determinou que o Uruguai realizasse – no prazo de 1 ano após o julgamento – um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional pelos fatos ocorridos no Caso Gelman⁹¹⁵. O ato de reconhecimento de responsabilidade internacional do Estado uruguaio foi realizado em 21/03/2012⁹¹⁶, no Parlamento uruguaio, em consonância com o ponto resolutivo n. 12 do julgamento⁹¹⁷.

Referido ato público – concebido como um ato de reparação – transformou-se em um evento de resgate do direito à memória⁹¹⁸ no Uruguai. Este ato de reparação expôs os contínuos antagonismos entre as narrativas de memória de violência e de justiça⁹¹⁹, as quais têm existido no cenário político e social do Uruguai desde 1985⁹²⁰.

hechos no estaban comprendidos en la citada norma legal” (FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 620).

⁹¹⁵ Como determinado pela sentença, “el Tribunal estima que el Estado debe realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional en relación con los hechos del presente caso, refiriéndose a las violaciones establecidas en esta Sentencia. El acto deberá llevarse a cabo mediante una ceremonia pública conducida por altas autoridades nacionales y con presencia de las víctimas del presente caso. El Estado deberá acordar con las víctimas o sus representantes la modalidad de cumplimiento del acto público de reconocimiento, así como las particularidades que se requieran, tales como el lugar y la fecha para su realización. Dicho acto deberá ser difundido a través de medios de comunicación y, para su realización, el Estado cuenta con el plazo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia” (Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, § 266).

⁹¹⁶ A íntegra do pronunciamento está disponível no Youtube: <<http://youtu.be/s9osFrV2cVk>>. Acesso em: 13/12/2014.

⁹¹⁷ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, § 312, ponto resolutivo n. 12.

⁹¹⁸ O avanço do reconhecimento do direito à memória e as determinações no sentido da reparação dos atos de violência praticados podem ser verificados com maior densidade em CAMPISI, Maria Chiara. From a Duty to Remember to an Obligation to Memory? Memory as Reparation in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Conflict and Violence (IJCV)*, Vol. 8 (1) 2014, p. 61-74.

⁹¹⁹ Sobre o tema, conferir a contribuição de RONIGER, Luis. La Sacralización del Consenso Nacional y las pugnas por la Memoria Histórica y la Justicia en el Uruguay Posdictatorial. *América Latina Hoy*, n. 61, 2012, p. 51-78.

⁹²⁰ LESSA, Francesca. Elusive Justice, Changing Memories and the Recent Past of Dictatorship and Violence in Uruguay: An Analysis of the 2012 Public Act in the

Estes atos implementaram o conteúdo material disposto no controle de convencionalidade realizado pelo julgamento da Corte IDH. Propiciaram também que a República Oriental do Uruguai promovesse o constitucionalismo compensatório, no que tange ao *déficit* de proteção existente no sistema jurídico interno.

Com a remoção do obstáculo principal que representava a Lei n. 15.848, o conteúdo material contido na Convenção Americana e na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas pôde ser implementado materialmente no âmbito do sistema jurídico do Uruguai. Isto permitiria a investigação, o julgamento e a eventual sanção aos responsáveis dos fatos descritos no Caso Gelman, bem como de outros casos de graves violações aos direitos humanos acontecidos no Uruguai nessa época⁹²¹.

No entanto, estas medidas que visam estabelecer o constitucionalismo compensatório implicam na retroatividade da lei penal *in malam partem*. Nesse aspecto, haveria a instauração de investigação e possível punição criminal retroativa, o que implicaria na ofensa ao princípio constitucional da irretroatividade legislativa⁹²² – estabelecido no âmbito penal⁹²³. Este conteúdo material é implementado em diversos ordenamentos jurídicos⁹²⁴ e é conhecido como direito humano de natureza consuetudinária⁹²⁵, com previsão no artigo 15 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos⁹²⁶.

Gelman Case. *International Journal of Conflict and Violence (IJCV)*, Vol. 8 (1) 2014, p. 75-90.

⁹²¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional... Ob. cit., 2013, p. 621.

⁹²² GARCIA RAMIREZ, Sergio; MORALES SANCHEZ, Julieta. Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales*, México, n. 24, jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014.

⁹²³ Com a ausência de previsão normativa para a punição à época, e posterior fixação legislativa, haveria a ofensa a dois axiomas do garantismo penal: A1 *Nulla poena sine crimine* – princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito – e A2 *Nullum crimen sine lege* – princípio da legalidade. Estes princípios definem o modelo garantista de direito ou de responsabilidade penal, regras do jogo fundamentais e adotadas pelos sistemas jurídicos nacionais (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 91).

⁹²⁴ No sistema jurídico brasileiro, a disposição é tida como garantia constitucional, prevista no artigo 5º, inciso XL da Constituição: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar

1.1.1 A INSTALAÇÃO DO DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ENTRE AS CORTES

No julgamento de 22/02/2013 – Sentença n. 20⁹²⁷, a SCJ-Uruguai instalou o diálogo jurisprudencial com a Corte IDH. A SCJ-Uruguai julgou parcialmente procedente a exceção de inconstitucionalidade suscitada pelas partes e declarou inaplicáveis os artigos 2º e 3º da Lei n. 18.831, de 2011 que havia implementado as determinações do Caso Gelman.

No caso, dois coronéis suscitaram a exceção de inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 3º da Lei n. 18.831, de 2011 sob o argumento de que referidos dispositivos conferem efeito retroativo à imprescritibilidade dos delitos referidos na Lei n. 15.848, de

o réu”. O Supremo Tribunal Federal manifestou-se sobre este conteúdo material em diferentes julgados, seja para corrigir a aplicação retroativa mais gravosa (“Homicídio praticado anteriormente à vigência da Lei 8.930/1994. Não obstante a determinação, no Decreto 5.993/2006, de que a vedação à comutação da pena refere-se somente aos crimes hediondos praticados após a Lei 8.072/1990, o juiz indeferiu a comutação da pena com fundamento na Lei 8.930/1994, que acrescentou o crime de homicídio no rol da Lei dos Crimes Hediondos. Franca violação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.” [BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 101.238, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-2-2010, Segunda Turma, DJE de 21-5-2010]), seja para a aplicação benigna da legislação penal (“O pedido da recorrente está prejudicado ante a revogação do art. 411 do CPP, pela Lei 11.689/2008, que introduziu, no art. 415, novas regras para a absolvição sumária nos processos da competência do Tribunal do Júri. (...) As novas regras, mais benignas, aplicam-se retroativamente.” [BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 602.561, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-10-2009, Segunda Turma, DJE de 4-12-2009]).

⁹²⁵ GÓMEZ-ROBLEDO V., Alonso. Natureza de los Derechos Humanos y su validez em Derecho Internacional Consuetudinário. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio, V. II. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, p. 796.

⁹²⁶ “Artigo 15

1. Ninguém poderá ser condenado por atos omissões que não constituam delito de acordo com o direito nacional ou internacional, no momento em que foram cometidos. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinqüente deverá dela beneficiar-se.

2. Nenhuma disposição do presente Pacto impedirá o julgamento ou a condenação de qualquer individuo por atos ou omissões que, momento em que forma cometidos, eram considerados delituosos de acordo com os princípios gerais de direito reconhecidos pela comunidade das nações.”

⁹²⁷ URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 20. IUE-2-109971/2001. Relator Ministro Jorge O. Chediak González. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 08/11/2014.

1986 (Lei de Caducidade). Para as partes, esta nova legislação permitiria a reapreciação dos ilícitos compreendidos neste diploma normativo. Defenderam que os ilícitos compreendidos na Lei de Caducidade não se enquadram, em sua maioria, como delitos considerados crimes contra a humanidade. Argumentaram que ao dispor de matéria penal com caráter retroativo, a Lei n. 18.831, de 2011 colide com o artigo 10, inciso II, da Constituição Uruguaia⁹²⁸, o qual, ao consagrar o mandamento da liberdade, vedaria implicitamente a retroatividade da lei penal. Ressaltaram que a irretroatividade da lei penal – a garantia que não se considere como ilícitas e delitivas condutas que ao tempo em que foram cometidas eram consideradas lícitas – também teria sido vulnerada pela Lei n. 18.831, de 2011 vez que constituiria um direito inerente à pessoa humana, com amparo no artigo 72 da Constituição Uruguaia^{929, 930}.

Em referido julgamento, a SCJ-Uruguai reconheceu a competência da jurisdição da Corte IDH no que tange à interpretação e implementação do conteúdo normativo disposto na Convenção Americana. No entanto, a SCJ-Uruguai fez ressalvas sobre a obrigatoriedade de se seguir a jurisprudência construída pela Corte IDH quando do exercício do controle de convencionalidade. O argumento principal era a inexistência de comando – com previsão na Convenção Americana – que estabeleça o caráter vinculante dos precedentes emanados pela Corte IDH⁹³¹.

⁹²⁸ “Artículo 10

(...)

II - Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁹²⁹ “Artículo 72.- La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”.

⁹³⁰ URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 20. IUE-2-109971/2001. Relator Ministro Jorge O. Chediak González. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 08/11/2014.

⁹³¹ A SCJ-Uruguai utilizou-se para realizar a ressalva dos argumentos o pensamento de MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales - Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011.

Diante desta ressalva, neste julgamento a SCJ-Uruguai considerou que os artigos 2º e 3º da Lei n. 18.831 ofendem os princípios constitucionais da legalidade e da irretroatividade da lei penal mais gravosa. Este posicionamento, no primeiro momento, teve como fundamento o respeito pelo Estado do Uruguai, das normas existentes no sistema internacional de Proteção dos Direitos Humanos, no caso, o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e o Estatuto de Roma⁹³².

Na Constituição Uruguia, a ausência expressa da irretroatividade da lei penal mais gravosa foi substituída pelos princípios da liberdade e da legalidade, expressões dos axiomas do garantismo penal⁹³³ e que são contemplados pelo artigo 10, incisos I e II, do texto constitucional uruguaio⁹³⁴. Além do mais, a SCJ-Uruguai reconhece a consagração do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa como uma garantia implícita e inerente à personalidade humana, consoante disposição do artigo 72 de referido texto constitucional, e de acordo com a própria Convenção Americana, em seu artigo 7º, item 2º^{935 936}.

No segundo momento, a SCJ-Uruguai utilizou-se da previsão dos tipos penais de crimes contra a humanidade – incorporados pelo Estado em diferentes diplomas legislativos, mas posteriores à Lei de Caducidade. Sob este argumento, além de o Estado ter

⁹³² URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 20. IUE-2-109971/2001. Relator Ministro Jorge O. Chediak González. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 08/11/2014.

⁹³³ Ver referência a nota supra, sobre os A1 *Nulla poena sine crimine* e A2 *Nullum crimen sine lege* (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 91).

⁹³⁴ “Artículo 10

I - Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados.

II - Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

⁹³⁵ “Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.”

⁹³⁶ URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 20. IUE-2-109971/2001. Relator Ministro Jorge O. Chediak González. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 08/11/2014.

a previsão de crimes contra a humanidade, a imprescritibilidade destes delitos não poderia retroagir para alcançar fatos consolidados no passado⁹³⁷.

Como o julgamento da SCJ-Uruguai refere-se exclusivamente ao caso concreto e não detém efeito vinculante e eficácia *erga omnes*⁹³⁸, outros julgamentos sobre o tema foram proferidos e reforçaram os argumentos delineados no primeiro caso.

Na sentença n. 152⁹³⁹, a SCJ-Uruguai complementou a argumentação exposta e reforçou a relação da margem nacional de apreciação existente entre o Caso Gelman vs. Uruguai e as disposições constitucionais de organização da ordem jurídica uruguaia. Nesse aspecto, o julgamento ressaltou que a Corte IDH não tem competência jurisdicional para apreciar temas em matéria penal, de modo que não se trataria do desconhecimento e da importância da matéria decidida no Caso Gelman, mas sim do exercício do controle de constitucionalidade pela SCJ-Uruguai, que está vinculada ao mandamento estabelecido pela Constituição uruguaia⁹⁴⁰.

Nestes julgamentos, observa-se que a SCJ-Uruguai utilizou-se de idêntica estrutura constitucional interpretativa aplicada pela Corte IDH. Isto é, foi manejada interpretação constitucional criativa para construir sistematicamente o argumento sobre a

⁹³⁷ URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 20. IUE-2-109971/2001. Relator Ministro Jorge O. Chediak González. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 08/11/2014.

⁹³⁸ Esta disposição é prevista pelo artigo 259 da Constituição da República Oriental do Uruguai: “El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y solo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado”.

⁹³⁹ URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 152. IUE-87-289/1985. Relator Ministro Julio César Chalar. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 09/11/2014.

⁹⁴⁰ Esta distinção foi ressaltada pela SCJ-Uruguai neste caso: “En definitiva, si bien está fuera de toda discusión que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la intérprete última de la Convención Americana de Derechos Humanos – naturalmente en el ámbito de sus competencias – tampoco puede desconocerse que la intérprete última de la Constitución de la República Oriental del Uruguay es la Suprema Corte de Justicia, según surge de nuestra propia Carta” (URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 152. IUE-87-289/1985. Relator Ministro Julio César Chalar. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 09/11/2014).

aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal que prejudica o réu, cujo conteúdo material não é explícito no texto constitucional da República Oriental do Uruguai.

Com este posicionamento da SCJ-Uruguai, houve a construção – pelo sistema jurídico nacional de referido país – da restrição à compensação constitucional criada pela Corte IDH no Caso Gelman vs. Uruguai.

Diante deste cenário, a Corte IDH analisou as implicações e as consequências deste posicionamento da SCJ-Uruguai no âmbito do procedimento de Supervisão do Cumprimento da Sentença, referente ao Julgamento do Caso Gelman vs. Uruguai, por meio da Resolução da Corte IDH de 20/03/2013⁹⁴¹.

1.1.2 O ESTABELECIMENTO DA COISA JULGADA INTERNACIONAL PELA CORTE IDH

No âmbito da Supervisão de Cumprimento de Sentença, a Corte IDH, considerou que o posicionamento da SCJ-Uruguai afetou o devido cumprimento do Caso Gelman. Neste procedimento, a Corte IDH pronunciou-se sobre vários aspectos importantes para o futuro do Sistema Interamericano.

Nesse contexto, a partir do diálogo com a Jurisdição Constitucional uruguaia, a Corte IDH foi instada a se manifestar sobre (i) a eficácia da sentença interamericana e a autoridade da coisa julgada internacional, no que tange à projeção direta para as partes (*res judicata*) e indireta aos Estados Partes da Convenção (*res interpretata*), além (ii) da autoridade da coisa julgada internacional em relação ao controle de convencionalidade⁹⁴².

O “diálogo” entre as Cortes não apenas fez prevalecer, no primeiro momento, a Supremacia da Constituição uruguaia. Ao declarar a inaplicabilidade dos artigos 2º e 3º da Lei n. 18.831, de 2011, a SCJ-Uruguai trouxe como consequência a prescrição dos delitos de desaparecimento forçado de pessoas, que a Corte IDH – no caso Gelman –

⁹⁴¹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte IDH de 20/03/2013.

⁹⁴² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional... Ob. cit., 2013, p. 622.

expressamente declarou como imprescritíveis, por considerar como uma violação a normas de *jus cogens*⁹⁴³.

No segundo momento, este diálogo provocou um conflito para os juízes nacionais de qual precedente deve ser aplicado nos casos congêneres ao Caso Gelman. Nesse aspecto, o questionamento consiste em saber se os juízes nacionais devem se espelhar no posicionamento do órgão de cúpula da jurisdição nacional, ou se devem implementar diretamente o conteúdo material definido pelo julgamento da Corte IDH.

Ressalte-se que o artigo 68, item 1, da Convenção Americana⁹⁴⁴ preceitua a necessidade de implementação do julgamento proferido pela Corte IDH. Logo, ao escolher a segunda opção, o juiz nacional estaria se apresentando como legítimo ator no exercício do controle difuso de convencionalidade⁹⁴⁵.

Este posicionamento da SCJ-Uruguai cria um conflito de aplicação do precedente. Se apresenta ao juiz nacional a colisão de processos que se utilizam da metodologia de tomada de decisão constitucional.

No primeiro caso, aprecia-se pela via do controle de constitucionalidade⁹⁴⁶, em relação à dinâmica estabelecida com a estrutura do argumento constitucional criado. No entanto, o temor está em desmerecer as violações graves de direitos humanos, como o desaparecimento forçado de pessoas⁹⁴⁷. Este posicionamento levaria a inaplicação da Lei n.

⁹⁴³ “Esta desaparición forzada constituye, por la naturaleza de los derechos lesionados, una violación de una norma jus cogens, especialmente grave por haber acontecido como parte de una práctica sistemática de “terrorismo de Estado” a nivel inter-estatal” (Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, § 99). Esta disposição pode ser acompanhada também nos §§ 183, 225 e 254 de referido julgado.

⁹⁴⁴ Convenção Americana, artigo 68, item 1: “Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.”

⁹⁴⁵ REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 49-50.

⁹⁴⁶ HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014.

⁹⁴⁷ O desaparecimento forçado de pessoas constitui conceito tratado de maneira aprofundada pela Corte IDH no Caso Radilla Pacheco vs. México. Seu caráter

18.831 e provocaria a prescrição dos delitos dessa natureza, em evidente discordância com o estabelecido pela sentença internacional do Caso Gelman vs. Uruguai que, por sua natureza, adquiriu a autoridade de coisa julgada internacional.

No segundo caso, o juiz nacional exerceria o controle de convencionalidade de ofício, com a aplicação do Caso Gelman às violações graves de direitos humanos. Nesta hipótese, as razões de decidir que fundamentam a decisão do Caso Gelman seriam aplicadas, cuja eficácia direta e obrigatoriedade transmitem-se a todas as autoridades pertencentes ao Estado uruguaio e a todos os níveis, consoante a determinação contida no supracitado artigo 68, item 1, da Convenção Americana⁹⁴⁸.

No primeiro momento, é de se notar que o pronunciamento do Caso Gelman não violou a Constituição uruguaia. O texto constitucional uruguaio não prevê, de modo expreso, o princípio da vedação a irretroatividade da lei penal para a persecução criminal e eventual sanção a delitos praticados.

No segundo momento, a Corte IDH considera que o desaparecimento forçado de pessoas apresenta-se como delito de execução permanente⁹⁴⁹, cuja consumação se prolonga no tempo. Desse modo, para a Corte IDH, ao entrar em vigor a tipificação deste delito, a nova lei é aplicável⁹⁵⁰, sem que isso represente sua aplicação retroativa⁹⁵¹.

contínuo tem sido reconhecido reiteradamente pelo direito internacional dos direitos humanos, cujo ato de desaparecimento e sua execução iniciam-se com a privação de liberdade da pessoa e, por conseguinte, pela falta de informação sobre seu destino. Este *status* permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não estejam esclarecidos (GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009 [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas]. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 11, enero 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542011000100019&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014).

⁹⁴⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional... Ob. cit., 2013, p. 624-626.

⁹⁴⁹ GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Radilla Pacheco vs. México. Ob. cit., 2011.

⁹⁵⁰ GARCIA RAMIREZ, Sergio; MORALES SANCHEZ, Julieta. Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ob. cit., 2011.

⁹⁵¹ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, § 236.

O desaparecimento forçado de pessoas tem a dogmática de delito de execução permanente. Apesar de a Convenção Americana não conter expressamente uma norma que diga respeito a este tipo de situação, a Corte IDH construiu este conceito a partir da jurisprudência sobre o tema, consolidando estes precedentes em seu bloco convencional, a partir dos direitos que são vulnerados por este complexo fenômeno⁹⁵².

De outro lado, no âmbito do sistema jurídico interno, o debate constitucional e penal é alimentado por posicionamentos distintos. Em uma primeira perspectiva, apresenta-se a proteção ao desaparecido (e a seus familiares) e a possibilidade de sanção de um delito qualificado como crime internacional – seja na qualidade de crime contra a humanidade, seja como crime de guerra. Em outra, está a confluência de diferentes âmbitos de proteção. O direito penal estaria deslocado de suas funções e de seus princípios, porquanto necessitaria apresentar respostas que sobrepõe e excedem seu âmbito de aplicação, em especial diante de um delito pluriofensivo, o qual merece respostas institucionais nas quais se harmonizem a política criminal e a política social⁹⁵³.

Como se vê, os precedentes da Corte Constitucional uruguaia que destoam e afastam o entendimento da Corte IDH podem se converter em um guia interpretativo relevante para os juízes nacionais. Logo, os juízes podem seguir a orientação da SCJ-Uruguai, em detrimento da proteção dos direitos humanos estabelecida pela Corte

⁹⁵² APONTE CARDONA, Alejandro. Desplazamiento Forzado, Sistema Interamericano y Derecho Penal Interno: hacia una confluencia racional y consistente de diversos ámbitos de protección de derechos humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales - Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011, p. 71-125.

⁹⁵³ APONTE CARDONA, Alejandro. Desplazamiento Forzado, Sistema Interamericano y Derecho Penal Interno... Ob. cit., 2011, p. 71-125. Para uma implementação e uma investigação crítica do revestimento probatório do delito de desaparecimento forçado no plano do direito nacional, conferir as lições de CARO CORIA, Dino Carlos. La Prueba en el Crimen de Desaparición Forzada de Personas conforme a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales - Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011, p. 127-171.

IDH. No caso em apreço, seguir a Corte Constitucional uruguaia levaria à inaplicabilidade dos artigos 2º e 3º da Lei n. 18.831 e, como consequência, haveria a prescrição dos delitos desta natureza, em evidente discordância com o estabelecido na sentença internacional oriunda do Caso Gelman⁹⁵⁴.

Com efeito, os julgamentos proferidos pela SCJ-Uruguai violaram o efeito vinculante do controle de convencionalidade disposto no Caso Gelman. Isto é, os pronunciamentos de referida corte nacional ofenderam a autoridade da coisa julgada internacional estabelecida pelo controle de convencionalidade⁹⁵⁵.

No Caso Gelman, a Corte IDH estabeleceu a extensão dos efeitos de referido julgamento para os outros casos congêneres que ocorreram no Uruguai. Isto ocorreu ao determinar que a Lei de Caducidade carece de efeitos jurídicos, diante da incompatibilidade material com a Convenção Americana e com a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Nesse contexto, o Uruguai deve assegurar que referida Lei de Caducidade não venha a representar obstáculo para investigação dos fatos relacionados e a procedência da sanção dos responsáveis pelas similares violações de direitos humanos ocorridas no Uruguai⁹⁵⁶.

A incompatibilidade material apresentada no Caso Gelman revela o descumprimento das obrigações internacionais do Estado, as quais foram estabelecidas por normas jurídicas caracterizadas como *jus cogens*⁹⁵⁷, de natureza inderrogável⁹⁵⁸.

⁹⁵⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional... Ob. cit., 2013, p. 625-626.

⁹⁵⁵ Como se depreende da leitura do Caso, “el Estado debe disponer que ninguna otra norma análoga, como prescripción, irretroactividad de la ley penal, cosa juzgada, *ne bis in idem* o cualquier excluyente similar de responsabilidad, sea aplicada y que las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo” (Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, § 254).

⁹⁵⁶ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, § 253.

⁹⁵⁷ O critério das normas inderrogáveis - que se apresentam como *jus cogens* - já foi utilizado pela Corte IDH em casos como Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/09/2006, Série C n. 153, §§ 93 e 128; Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 01/09/2010, Série C n. 217, §§ 61 e 197 e Corte IDH. *Caso*

Contudo, os julgamentos realizados pela SCJ-Uruguai – em sua particular interpretação – afetam diretamente o cumprimento do julgamento do Caso Gelman, ao constituir uma interpretação contrária a sentença que adquiriu a autoridade de coisa julgada. Esta medida pode vir a representar um instrumento de perpetuação da impunidade⁹⁵⁹, haja vista que o delito de desaparecimento forçado de pessoas revela-se como uma violação de norma de *jus cogens*. Esta vulneração é considerada grave por ter ocorrido como parte de um processo sistemático de “terrorismo de Estado”⁹⁶⁰ e por revelar o descumprimento das obrigações internacionais do Estado estabelecidas por normas inderrogáveis⁹⁶¹.

No caso da Convenção Americana, as decisões da Corte IDH devem ser consideradas como vinculantes e de aplicação obrigatória pelos juízes nacionais, em especial no âmbito das resoluções dos casos propostos à respectiva consideração. Os juízes encontram-se obrigados a aplicar o controle de convencionalidade para a solução dos casos

Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219, § 137.

⁹⁵⁸ Este foi o fundamento material utilizado pela Corte IDH: “La falta de investigación de las graves violaciones de derechos humanos cometidas en este caso, enmarcadas en patrones sistemáticos, revelan un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado, establecidas por normas inderogables”, de maneira que visto a manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, “las disposiciones de la Ley de Caducidad que impiden la investigación y sanción de graves violaciones de derechos humanos carecen de efectos jurídicos y, en consecuencia, no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos del presente caso y la identificación y el castigo de los responsables, ni pueden tener igual o similar impacto respecto de otros casos de graves violaciones de derechos humanos consagrados en la Convención Americana que puedan haber ocurrido en el Uruguay” (Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221, §§ 231-232).

⁹⁵⁹ Como apontamento crítico a esta situação, conferir a crônica de MARTIN-CHENUT, Kathia. *Amnistie. prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l’homme en matière de lutte contre l’impunité*. *Chronique internationale*, RSC 03, jul./set. 2007, p. 628-640.

⁹⁶⁰ A abordagem sobre o terrorismo de Estado já foi apreciada pela Corte IDH em casos específicos, como Loayza-Tamayo, Castillo-Petruzzi, Cantoral-Benavides e Lori Berenson-Mejía, todos contra o Peru. O posicionamento crítico sobre o tema pode ser visto em GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011, p. 30-34.

⁹⁶¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional...* Ob. cit., 2013, p. 627-629.

nacionais, o que implica adequar as normas de direito interno, inclusive as de *status* constitucional à Convenção Americana.

As decisões adotadas no âmbito interno – seja pela justiça constitucional, seja pelo exercício da democracia direta – não se encontram isentas do controle de convencionalidade. Sua legitimidade não se estabelece apenas no aspecto formal da competência constitucional, senão também pelo conteúdo material, por meio da adequação e da decisão democrática relacionados à harmonização com a Convenção Americana⁹⁶².

Esta controvérsia do Caso Gelman demonstra a necessidade de se aprofundar a distinção dos efeitos da sentença interamericana e a autoridade da coisa julgada internacional, de modo a se diferenciar a projeção direta às partes (*res judicata*) e a perspectiva indireta para os Estados Partes da Convenção Americana (*res interpretata*).

1.2 A *RES JUDICATA* COMO MODALIDADE DIRETA E SUBJETIVA DA COISA JULGADA INTERNACIONAL

A coisa julgada revela-se como instituto processual que confere autoridade e eficácia à sentença judicial, quando não proceda em seu desfavor recursos ou outros meios de impugnação. Reveste-se de atributos como a coercibilidade, a imutabilidade e a irreversibilidade em outro processo posterior⁹⁶³.

Desse modo, a coisa julgada apresenta-se como garantia da segurança jurídica deste conteúdo material⁹⁶⁴. No âmbito do direito internacional público, a

⁹⁶² GARCÍA FALCONÍ, Ramiro J. Adaptación del Derecho Interno al Derecho Internacional, especialmente en lo que se refiere a Leyes Penales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales - Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011, p. 283-310.

⁹⁶³ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (...) Ob. cit., 2013, p. 632-633.

⁹⁶⁴ Neste enfoque específico, ver E. ACEVEDO, Domingo. La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (*non bis in idem*) en el Caso Loayza Tamayo. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio, V. I. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, p. 286-287.

jurisprudência da antiga CPJI⁹⁶⁵ e da atual CIJ tem estabelecido que as decisões de órgãos de caráter jurisdicional adquirem a força de coisa julgada e carregam consigo a obrigação de serem cumpridas⁹⁶⁶.

De modo geral, o conteúdo do princípio da autoridade da coisa julgada no direito internacional inspira-se no conceito desenvolvido no âmbito interno. A autoridade da sentença internacional não pode ser contestada pelas partes. Em regra, a sentença apresenta enunciado normativo, o qual indica a conduta que os Estados deverão manter. A norma que resulta desta sentença é obrigatória, e cuja existência deve ser respeitada pelos Estados⁹⁶⁷.

No plano interamericano, a sentença proferida pela Corte IDH apresenta-se revestida da autoridade de coisa julgada internacional. Ao se proceder com a notificação às partes, há a produção de eficácia vinculante e direta entre as mesmas. Esta natureza subjetiva e direta entre as partes da controvérsia internacional confere ao Estado a obrigação de cumprir o estabelecido na sentença interamericana, de maneira pronta, íntegra e efetiva⁹⁶⁸.

A Corte IDH confere efeito vinculante a seus julgamentos, visto que a Convenção Americana permite aos Estados Partes a implementação do julgado de acordo com as disposições internas de cumprimento de sentença em desfavor do Estado. De outro lado, a parte final do artigo 65⁹⁶⁹ permite a Corte IDH indicar as situações em que um Estado não tenha observado o cumprimento do julgamento proferido pela Corte IDH.

⁹⁶⁵ A identidade entre o efeito obrigatório e definitivo da sentença internacional e a autoridade da coisa julgada é confirmada pela CPJI no Caso Sociedade Comercial da Bélgica: “Reconhecer a coisa julgada decorrente de uma sentença não significa outra coisa, senão reconhecer que as disposições da sentença são definitivas e obrigatórias (CPJI. Caso Sociedade Comercial da Bélgica. Julgamento de 15/06/1939).

⁹⁶⁶ CIJ. Caso Canal de Corfu (Reino Unido vs. Albânia). Julgamento de 09/04/1949.

⁹⁶⁷ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público*. Ob. cit., p. 75.

⁹⁶⁸ Cuida-se de obrigação prevista na Convenção Americana, especificamente no artigo 68, item 1: “Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”, sistemicamente interpretado com o artigo 69, primeira parte: “A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso (...)”.

⁹⁶⁹ “Artigo 65 - A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre as suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças”.

Esta hipótese não implica que a Corte IDH deixe de realizar a supervisão do cumprimento de respectiva sentença⁹⁷⁰, pelo que a Corte IDH poderá seguir requerendo ao Estado que apresente informação referente ao cumprimento do respectivo julgamento quando for considerado pertinente⁹⁷¹.

Esta obrigação deriva do mandamento de responsabilidade internacional do Estado, o que implica no cumprimento de boa-fé⁹⁷² dos instrumentos internacionais fixados, sem que se possam invocar as disposições do direito interno^{973 974}.

⁹⁷⁰ Conforme disposto no artigo 69 do Regulamento da Corte IDH, a supervisão dos julgamentos da Corte (sentenças e demais decisões) realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas ou de seus representantes. A Comissão IDH deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas ou de seus representantes. Além disso, a Corte poderá requerer dados relevantes acerca do caso – mediante consulta a fontes diversas de informação – que possibilitem examinar o cumprimento de sentença. Para idêntica hipótese, poderá também requerer as perícias e relatórios que considere oportunos. De outro lado, a Corte IDH poderá convocar o Estado e os representantes das vítimas para realização de audiência com o escopo de proceder com a supervisão do cumprimento de suas decisões e nesta oportunidade escutará o parecer da Comissão IDH. Assim que a Corte IDH conte com a informação pertinente, procederá com a determinação ao Estado para o cumprimento do decidido e emitirá as resoluções que estime pertinentes.

⁹⁷¹ Este é o entendimento da Corte IDH, que em sede de cumprimento de sentença “podrá seguir requiriendo al Estado que presente información relativa al cumplimiento de la Sentencia respectiva cuando lo considere pertinente” (Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros [“Corte Primeira de lo Contencioso Administrativo”] vs. Venezuela*. Supervisão de cumprimento de sentença. Resolução de 23/11/2012, § 48).

⁹⁷² Sobre o cumprimento de boa-fé dos julgamentos, ver AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. ¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América? (Parte II). *Revista Derecho Estado*, Bogotá, n. 26, Jan. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932011000100003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014.

⁹⁷³ São os dispositivos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969:

“Artigo 26 - Pacta sunt servanda

Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

Artigo 27 - Direito Interno e Observância de Tratados

Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.”

⁹⁷⁴ Este é o posicionamento fixado na Corte IDH. Opinião Consultiva n. 14, emitida em 09/12/1994, solicitada pela Comissão IDH. Responsabilidade Internacional pela expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção (artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos), § 35: “Según el derecho internacional las

Diante deste caráter condenatório, todos os poderes, órgãos e autoridades do Estado condenado estão obrigados a cumprir com a sentença, sem que seja necessária a realização de procedimento ou interpretação no plano jurídico interno⁹⁷⁵.

Logo, em consonância com o disposto nos artigos 67 e 68, item 1, ambos da Convenção Americana, o julgamento da Corte IDH será definitivo e inapelável⁹⁷⁶, de modo que os Estados integrantes da Convenção Americana comprometem-se a cumprir a decisão nos casos em que são partes na demanda.

Estes dispositivos convencionais constituem o fundamento principal para outorgar às sentenças da Corte IDH o efeito vinculante de seus julgamentos, visto que não

obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno. Estas reglas pueden ser consideradas como principios generales del derecho y han sido aplicadas, aún tratándose de disposiciones de carácter constitucional, por la Corte Permanente de Justicia Internacional y la Corte Internacional de Justicia [Caso de las Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Serie B, No. 17, pág. 32; Caso de Nacionales Polacos de Danzig (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso de las Zonas Libres (1932), Series A/B, No. 46, pág. 167; Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la Misión del PLO) (1988), págs. 12, a 31-2, párr. 47]. Asimismo estas reglas han sido codificadas en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.”

⁹⁷⁵ É o entendimento construído pela Corte, em especial nos seguintes casos: Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 05/02/2013, § 5º; Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 07/09/2012, § 4º e Corte IDH. *Caso Castillo Petrucci e outros vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17/11/1999, § 3º.

⁹⁷⁶ A parte final do artigo 67 admite o manejo do instrumento de interpretação da sentença - no caso de divergência sobre o seu sentido e alcance - tendo as partes o prazo de 90 dias para apresentá-lo a partir da notificação da sentença. Esta instância não constitui propriamente um recurso, vez que somente tem como escopo esclarecer o sentido ou o alcance do julgamento, sem que possa modificar o conteúdo normativo do julgado. Nesse aspecto, o entendimento da Corte: “una solicitud de interpretación de sentencia no debe utilizarse como medio de impugnación de la decisión cuya interpretación se requiere. Dicha solicitud tiene como objeto, exclusivamente, determinar el sentido de un fallo cuando alguna de las partes sostiene que el texto de sus puntos resolutivos o de sus consideraciones carece de claridad o precisión, siempre y cuando esas consideraciones incidan en dicha parte resolutive. Por lo tanto, no se puede pedir la modificación o anulación de la sentencia respectiva a través de una solicitud de interpretación” (Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Resolução de 15/05/2011, § 11).

subsiste qualquer meio de impugnação e, nesse sentido, o julgamento não pode ser revisado no âmbito nacional por nenhuma autoridade⁹⁷⁷.

Nesse aspecto, o efeito vinculante das sentenças da Corte IDH levam em consideração as razões de decidir de seus julgamentos. Assim, a *ratio decidendi* apresenta-se como importante instrumento de implementação da coisa julgada internacional.

1.3 A *RATIO DECIDENDI* COMO INSTRUMENTO DE IMPLEMENTAÇÃO DA COISA JULGADA INTERNACIONAL

Em termos de vinculação entre as partes, os motivos determinantes que compõe os fundamentos da sentença interamericana – a *ratio decidendi* –, que conferem sentido à decisão, também fazem parte da coisa julgada.

Esta colocação justifica-se como um dos motivos em que o Estado pode se comprometer a cumprir a decisão da Corte IDH de boa-fé em todo o caso – como preceitua o artigo 68, item 1, da Convenção Americana. A *ratio decidendi* constitui elemento fundamental e necessário que deve considerar o Estado. A fundamentação do julgado constitui parte material importante para cumprir adequadamente os pontos resolutivos e dispositivos da sentença, para o fim de compreender toda a estrutura do comando normativo aplicado⁹⁷⁸.

⁹⁷⁷ Dispõe o Regulamento da Corte IDH, artigo 31.3: “Contra as sentenças e resoluções da Corte não procede nenhum meio de impugnação”. Não obstante a restrição de alteração dos julgamentos da Corte IDH, o conteúdo material delineado pode ser objeto de revisão ou de nova construção – do direito interno para o plano interamericano (VARELLA, Marcelo Dias. *Building International Law from the Inside Out (...)* Ob. cit., *Available at SSRN 2288209*, 2013), ou ainda, aperfeiçoado pela margem nacional de apreciação (ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑES POBLETE, Manuel. *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2014. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3160>>. Acesso em: 06/12/2014 e DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Direitos Humanos e Liberdade Religiosa*. Brasília: Edições do Senado Federal, Vol. 205, p. 231-242).

⁹⁷⁸ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (...) Ob. cit., 2013, p. 634-635. Esta linha, inclusive, é adotada desde o primeiro caso contencioso apreciado pela Corte, como se infere da leitura do seguinte trecho: “Aunque estas obligaciones no quedaron expresamente incorporadas en la parte resolutiva de la sentencia sobre el fondo, es un principio del derecho

Como exemplo desta medida, o TC-Peru tem conhecido o efeito vinculante das sentenças da Corte IDH. Nesse aspecto, o TC-Peru compreende que o efeito vinculante das sentenças da Corte IDH não se esgota na sua parte dispositiva, mas também se estende para a sua fundamentação. Com isso, a *ratio decidendi* do Tribunal Interamericano é vinculante para todo o poder público nacional, inclusive nos casos em que o Peru não tenha sido parte no processo perante a Corte. Cuida-se, nesse sentido, de interpretação sistemática entre o artigo 62 do texto convencional e a Constituição do Peru, razão pela qual os julgamentos tornam-se vinculantes a todos os poderes públicos, inclusive o TC-Peru⁹⁷⁹.

Segundo o TC-Peru, a qualidade constitucional desta vinculação é oriunda diretamente do texto da Constituição. E, dependendo do caso concreto, tem um duplo efeito: (i) reparador, vez o direito fundamental vulnerado é interpretado em consonância com os julgamentos da Corte IDH, promovendo uma adequada e eficaz proteção; e (ii) preventivo, pois com o cumprimento da *ratio decidendi*, evita-se as consequências institucionais do descumprimento das sentenças da Corte IDH. Trata-se, portanto, de dever do TC-Peru e de todo o poder público evitar que as consequências ocorram novamente no âmbito do Estado⁹⁸⁰.

procesal que los fundamentos de una decisión judicial forman parte de la misma. La Corte declara, en consecuencia, que tales obligaciones a cargo de Honduras subsisten hasta su total cumplimiento” (Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparaciones e Custas. Sentença de 21/07/1989. Série C n. 7, § 35).

⁹⁷⁹ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Sentença proferida no Caso Arturo Castillo Chirinos. Expediente n. 2730-06-PA/TC, de 21/07/2006, § 12: “La vinculatoriedad de las sentencias de la [Corte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la CDFT de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la [Corte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.

⁹⁸⁰ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Sentença proferida no Caso Arturo Castillo Chirinos. Expediente n. 2730-06-PA/TC, de 21/07/2006, § 13: “La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues

Outro exemplo da aceitação e do uso da *ratio decidendi* para a implementação material dos julgados da Corte IDH está no cumprimento do julgamento do Caso Radilla Pacheco vs. México⁹⁸¹ pela Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (doravante SCJN-México).

Em matéria de direitos fundamentais e direitos humanos, a SCJN-México convive com os dois modelos de controle de constitucionalidade – difuso e concentrado⁹⁸². Em processos constitucionais que apreciam este determinado tipo de questão, a Constituição do México possui dois critérios para os efeitos das sentenças.

Sempre que as controvérsias levadas até a SCJN-México versem sobre disposições gerais, impugnadas pelos diferentes entes federativos, e a Suprema Corte mexicana declare as disposições normativas inválidas, a sua resolução terá efeitos *erga omnes* e vinculantes quando for aprovada pela maioria de 08 votos de seus 11 membros⁹⁸³.

De outro lado, caso não seja alcançado o quórum de votação ou a controvérsia não se relacione às disposições gerais como acima mencionado, as resoluções da SCJN-México terão efeitos apenas para as partes do litígio.

interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrear las sentencias condenatorias de la [Corte Interamericana], de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere”.

⁹⁸¹ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 23/11/2009. Série C n. 209.

⁹⁸² CERVANTES BRAVO, Irina. El control de la constitucionalidad en materia electoral em México. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (coord.). *Derecho Procesal Constitucional*. Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional. Bogotá, Colômbia: VC Editores, 2010, p. 117-121.

⁹⁸³ É o que se depreende da leitura do artigo 105 da Constituição mexicana: “Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de los Estados o de los municipios impugnadas por la Federación, de los municipios impugnadas por los Estados, o en los casos a que se refieren los incisos c), h) y k) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiera sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos.”.

A partir do exame de controvérsia judicial no plano interno⁹⁸⁴, a SCJN-México considerou que o pronunciamento da Corte IDH vincula seu posicionamento como tribunal constitucional. A SCJN-México considerou que as resoluções pronunciadas pela Corte IDH são obrigatórias para todos os órgãos públicos quando o Estado figura como parte em um litígio concreto.

Desse modo, para a apreciação do Poder Judiciário, são vinculantes não apenas os pontos resolutivos do julgamento emanado pela Corte IDH, mas também a totalidade dos critérios contidos na sentença que põe fim ao litígio internacional⁹⁸⁵.

Esta modalidade de exercício do controle difuso de constitucionalidade⁹⁸⁶, além de ser uma diretiva proposta pela Corte IDH⁹⁸⁷, foi adotada posteriormente como tese fixada pela SCJN-México.

A SCJN-México teve como fim consolidar o entendimento de que a justiça constitucional em âmbito nacional não seria competente para analisar se uma

⁹⁸⁴ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010. Tribunal Pleno, 14/07/2011, §§ 22-36.

⁹⁸⁵ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010. Tribunal Pleno, 14/07/2011, § 19.

⁹⁸⁶ A esse respeito, confira-se FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 9, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23/01/2015.

⁹⁸⁷ Diretiva esta que se encontra no seguinte trecho do Caso Radilla Pacheco vs. México: “En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2009, Série C n. 209, § 339).

sentença oriunda da Corte IDH é correta ou incorreta, ou se apresenta excessos. Isto porque referidas sentenças constituem coisa julgada, tendo a natureza vinculante para o Poder Judiciário não apenas os pontos resolutivos, mas sim a totalidade dos critérios contidos no julgamento, incluindo as razões de decidir⁹⁸⁸.

Este diálogo jurisprudencial entre a SCJN-México e a Corte IDH demonstra não apenas o reconhecimento, por parte do México, da necessidade de implementar o constitucionalismo compensatório delineado pela Corte IDH mediante o exercício do controle de convencionalidade. Revela, sobretudo, que a *ratio decidendi* – como elemento da coisa julgada – apresenta-se como facilitador da implementação material do julgamento da Corte IDH. Desse modo, possibilita-se que o constitucionalismo compensatório constitua também momento institucional de instigar a ordem jurídica nacional a refletir sobre a implementação material dos direitos humanos.

⁹⁸⁸ Trata-se, neste ponto, da tese n. LXV/2011:

“SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella.” (MÉXICO. Tese do Tribunal Pleno - Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprovada em 28/11/2011 e publicada no *Seminário Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, dezembro de 2011, T. I, p. 556. Disponível em: <<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/160/160482.pdf>>. Acesso em: 14/12/2014.

Além da *ratio decidendi*, outro componente importante para o estabelecimento da coisa julgada internacional é o efeito *erga omnes* da sentença interamericana, alcançado por meio da norma convencional interpretada.

1.4 A NORMA CONVENCIONAL INTERPRETADA: O EFEITO *ERGA OMNES* DA SENTENÇA INTERAMERICANA POR MEIO DA *RES INTERPRETATA*

Além de conter os elementos da *ratio decidendi* na formação da coisa julgada – o que se revela como elemento facilitador da implementação do conteúdo material do julgamento da Corte IDH –, a sentença interamericana produz eficácia *erga omnes* para todos os Estados Partes da Convenção. Isto se justifica tendo em vista que estas autoridades estão vinculadas à efetividade da Convenção Americana e, por consequência, ao critério interpretativo estabelecido pela Corte IDH, na via do controle de convencionalidade.

O efeito *erga omnes* das sentenças da Corte IDH apresenta-se como norma convencional interpretada – coisa julgada indireta ou *res interpretata* – cuja implementação depende de uma construção hermenêutica, a partir da interpretação sistemática dos artigos 1º, item 1, 2º, 62, 67 e 69 da Convenção Americana.

Cria-se a obrigação dos Estados em respeitar a Convenção Americana, tornando não apenas o texto escrito – mas também a interpretação da Corte IDH – uma “garantia coletiva”⁹⁸⁹ dos direitos humanos. O respeito desta garantia coletiva conduz à construção da ordem pública no plano interamericano⁹⁹⁰, em matéria de direitos humanos⁹⁹¹.

⁹⁸⁹ O sistema de garantia coletiva tem como objetivo a proteção do conteúdo material de direitos humanos que, no plano internacional, pode ter a leitura de proteção do conteúdo material revestido no bem comum da comunidade internacional, a partir das lições de FASSBENDER, Bardo. La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional. In: PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 121-174.

⁹⁹⁰ A construção desta ordem pública interamericana está fundada na observância dos direitos humanos, em que as Convenções de Direitos Humanos deixam de ser simples compromissos recíprocos entre os Estados Partes e passam a ser obrigações objetivas, em que os Estados devem realizar todos os esforços para proceder com o cumprimento dos direitos humanos. A este respeito, a Corte IDH assinalou que “la Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre

Com o julgamento proferido pela Corte IDH, há a incorporação da interpretação objetiva realizada ao texto da Convenção Americana. Esta incorporação da compreensão abstrata do direito justifica o caráter absoluto da coisa julgada, independentemente do signatário do tratado⁹⁹².

Assim, a coisa julgada de caráter absoluto expressa-se como norma convencional interpretada, bem como justifica a organização da interpretação dos julgamentos no bloco de constitucionalidade criado pela Corte IDH.

Logo, o efeito *erga omnes* vem da construção da *res interpretata* com base nas disposições contidas nos artigos 1º, item 1, e 2º da Convenção Americana⁹⁹³, haja a vista o

los Estados Partes. Dicha noción de garantía colectiva se encuentra estrechamente relacionada con el efecto útil de las Sentencias de la Corte Interamericana, por cuanto la Convención Americana consagra un sistema que constituye un verdadero orden público regional, cuyo mantenimiento es de interés de todos y cada uno de los Estados Partes. El interés de los Estados signatarios es el mantenimiento del sistema de protección de los derechos humanos que ellos mismos han creado, y si un Estado viola su obligación de acatar lo resuelto por el único órgano jurisdiccional sobre la materia se está quebrantando el compromiso asumido hacia los otros Estados de cumplir con las sentencias de la Corte. Por tanto, la labor de la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos cuando se le presenta un incumplimiento manifiesto por parte de uno de los Estados de una Sentencia emitida por la Corte Interamericana, es precisamente la de proteger el efecto útil de la Convención Americana y evitar que la justicia interamericana se torne ilusoria al quedar al arbitrio de las decisiones internas de un Estado” (Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 23/11/2012, § 47).

⁹⁹¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (...) Ob. cit., 2013, p. 632-638.

⁹⁹² BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público*. Ob. cit., 2002, p. 202. Nesse posicionamento, Brant utiliza-se das lições de Georges Scelle: “Se a sentença internacional chega à interpretação abstrata de uma regra de direito positivo [...] convencional deve-se admitir que essa interpretação objetiva se incorpora à regra de direito, uma vez que não pode haver ou que não há interpretação legislativa. [...] É um efeito que tende a tornar-se regra em matéria de interpretação dos tratados de assinaturas múltiplas. Nesse caso, chega-se a uma autoridade absoluta da coisa julgada.”

⁹⁹³ Sobre o tema, conferir o aprofundamento em FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MOLLER, Carlos María. La Obligación de "Respetar" y "Garantizar" los Derechos Humanos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 10, n. 2, p. 57-140, 2012.

comprometimento dos Estados em adotar as medidas normativas que forem necessárias para tornar efetivo o conteúdo material disposto na Convenção Americana.

Enquanto no Sistema Interamericano o Estado compromete-se com a *res interpretata* pela redação cogente do artigo 2º da Convenção Americana⁹⁹⁴, em medida comparativa, a Convenção Europeia (em vigor desde 1953) não contém norma explícita desta natureza.

A eficácia interpretativa da norma convencional tem sido ressaltada pela doutrina europeia⁹⁹⁵ com a denominação de “coisa interpretada”. Esta expressão diz respeito à eficácia *erga omnes* que as sentenças da Corte EDH produzem para os Estados Partes da Convenção Europeia, os quais não participaram diretamente do processo internacional.

⁹⁹⁴ A expressão “ou de outro caráter” contém a obrigação convencional do artigo 2º que se apresenta como fundamento normativo do controle de convencionalidade. Com isso, qualquer medida não legislativa pode ser incluída, em especial as “interpretações” que as autoridades e os juízes realizam à Convenção Americana para tornar efetivos os direitos e liberdades, que estão obrigados a respeitar e garantir, nos termos do artigo 1º, item 1 do texto convencional. O Caso *La Cantuta vs. Peru* estabelece este posicionamento: “Ciertamente el artículo 2 de la Convención no define cuáles son las medidas pertinentes para la adecuación del derecho interno a la misma, obviamente por depender ello del carácter de la norma que la requiera y las circunstancias de la situación concreta. Por ello, la Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. El Tribunal ha entendido que la obligación de la primera vertiente se incumple mientras la norma o práctica violatoria de la Convención se mantenga en el ordenamiento jurídico y, por ende, se satisface con la modificación, la derogación, o de algún modo anulación, o la reforma de las normas o prácticas que tengan esos alcances, según corresponda.” (Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, § 172).

⁹⁹⁵ Sobre o tema, conferir DELICOSTOPOULOS, Ioannis S. *Un Pouvoir de ç Pleine Jurisdiction è pour la Cour Europeenne des Droits de Lôhomme*. The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice - The NYU Institutes on the Park. Disponível em: <<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/98/98-8-.html>>. Acesso em: 18/12/2014 e CHARLOTTE, Arnaud. *L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme: regard comparatiste sur une thèse prescriptive*. Disponível em: <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/arnaudT4.pdf>>. Acesso em: 19/12/2014.

Este critério interpretativo assinalado pela Corte EDH tem como função primordial não apenas decidir sobre os casos que são apreciados pelo Tribunal de Estrasburgo em geral, mas também para esclarecer, proteger e desenvolver as normas previstas na Convenção Europeia⁹⁹⁶.

O estágio de “norma convencional europeia interpretada” foi denominado pela Assembleia do Parlamento pertencente ao Conselho da Europa como princípio da solidariedade, o qual foi reconhecido pela Resolução n. 1226, de 28/09/2000, que trata sobre a execução das sentenças da Corte EDH⁹⁹⁷.

⁹⁹⁶ Este critério está delineado em Corte EDH. *Caso Irlanda vs. Reino Unido*. Petição n. 5310/71. Plenário, Sentença de 18/01/1978, § 154: “Nevertheless, the Court considers that the responsibilities assigned to it within the framework of the system under the Convention extend to pronouncing on the non-contested allegations of violation of Article 3 (art. 3). The Court’s judgments in fact serve not only to decide those cases brought before the Court but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (Article 19)”. Esta linha continua sendo desenvolvida atualmente pela Corte EDH, como se depreende do julgado *Opuz vs. Turquia*: “In carrying out this scrutiny, and bearing in mind that the Court provides final authoritative interpretation of the rights and freedoms defined in Section I of the Convention, the Court will consider whether the national authorities have sufficiently taken into account the principles flowing from its judgments on similar issues, even when they concern other States” (Corte EDH. *Caso Opuz vs. Turquia*. Petição n. 33401/02. Terceira Seção, Sentença de 09/09/2009, § 163). O julgado *Rantsev vs. Chipre e Rússia* também abordou este posicionamento: “the Court reiterates that its judgments serve not only to decide those cases brought before it but, more generally, to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention, thereby contributing to the observance by the States of the engagements undertaken by them as Contracting Parties (...). Although the primary purpose of the Convention system is to provide individual relief, its mission is also to determine issues on public-policy grounds in the common interest, thereby raising the general standards of protection of human rights and extending human rights jurisprudence throughout the community of the Convention States” (Corte EDH. *Caso Rantsev vs. Chipre e Rússia*. Petição n. 25965/04. Primeira Seção, Sentença de 07/01/2010, § 197).

⁹⁹⁷ CONSELHO DA EUROPA. Assembleia do Parlamento. Resolução n. 1226, oriunda do debate de 28/09/2000. Execução dos julgamentos da Corte Europeia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834>>. Acesso em: 18/12/2014.

Neste documento, o princípio da solidariedade é tratado de forma semelhante a como a Corte IDH desenvolve o texto da Convenção Americana, a partir de seu artigo 2º, bem como com o empenho pelo controle de convencionalidade⁹⁹⁸.

Nesse aspecto, no plano europeu, o princípio da solidariedade tem como objetivo tornar a jurisprudência desenvolvida pela Corte EDH como parte da Convenção Europeia. Como consequência, há a extensão do efeito vinculante – próprio da Convenção – para a jurisprudência da Corte EDH, alcançado todos os Estados Partes com a atribuição de efeito *erga omnes* a seus julgamentos.

Isso implica que os Estados não apenas devem executar as sentenças da Corte EDH de que são partes, mas também devem levar em consideração as possíveis implicações que os julgamentos de outros casos possam ter em seu sistema jurídico interno⁹⁹⁹, de modo a implementar o conteúdo material de direitos humanos por eles debatido¹⁰⁰⁰.

⁹⁹⁸ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, v. 45, n. 135, set./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014 e MEJÍA-LEMONS, Diego Germán. On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Right’s Relevant Case Law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, p. 117-151.

⁹⁹⁹ É a orientação fixada pelo Conselho da Europa quando, em Assembléia de seu Parlamento, debateu a questão referente à implementação dos julgamentos da Corte EDH: “The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention *erga omnes* (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice.” (CONSELHO DA EUROPA. Assembléia do Parlamento. Resolução n. 1226, oriunda do debate de 28/09/2000. Execução dos julgamentos da Corte Européia de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834>>. Acesso em: 18/12/2014).

¹⁰⁰⁰ Nesse sentido, confira-se a contribuição de HELFER, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime. *The European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 19, n. 1, p. 125-159, 2008, p. 125-132.

Com efeito, associado ao princípio da solidariedade está o pensamento acerca da vinculação da Corte EDH a seus próprios precedentes¹⁰⁰¹. No princípio, o Tribunal europeu está construindo progressivamente a convicção e orientando a prática dos Estados a considerar como obrigatória a jurisprudência da Corte EDH como parte de suas obrigações convencionais.

Este exemplo pode ser acompanhado pela série de discussões promovidas pelo Parlamento do Reino Unido sobre o direito dos prisioneiros a participar do sufrágio e exercer o seu voto nas eleições¹⁰⁰². O documento elaborado pela Casa dos Comuns condensa determinado conjunto de debates realizados pelo Parlamento sobre o cumprimento do julgamento da Corte EDH no Caso *Hirst vs. Reino Unido*. Neste caso, a Corte considerou que a ausência do exercício do sufrágio pelos presos violaria o artigo 3º¹⁰⁰³ do Protocolo n. 1 da Convenção Europeia¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰¹ Corte EDH. *Caso Mamatkoulov e Askarov vs. Turquia*. Petições n.(s) 46827/99 e 46951/99. Sentença de 04/02/2005, § 121: “While the Court is not formally bound to follow its previous judgments, in the interests of legal certainty and foreseeability it should not depart, without good reason, from its own precedents (...). However, it is of crucial importance that the Convention is interpreted and applied in a manner which renders its rights practical and effective, not theoretical and illusory. It is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions.”

¹⁰⁰² WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners’ voting rights*. House of Commons. Parliament and Constitution Centre. Standard Note SN/PC/01764, atualizada em 08/07/2014.

¹⁰⁰³ Esta é a redação do artigo 3º do Protocolo n. 1: “The High Contracting Parties undertake to hold free elections at reasonable intervals by secret ballot, under conditions which will ensure the free expression of the opinion of the people in the choice of the legislature.”

¹⁰⁰⁴ Neste ponto, a condenação da Corte EDH não aponta de forma conclusiva qual disposição foi violada pelo Reino Unido. Apenas realiza a crítica de que o Reino Unido não tem a preocupação de catalogar e diferenciar a gravidade dos delitos cometidos, a fim de permitir que determinada parcela de prisioneiros possam exercer o direito ao sufrágio, de modo que a ausência de um critério racional para catalogação dos presos foi o motivo determinante da condenação do Reino Unido pela Corte EDH, sem a necessidade de aprofundamento sobre o exercício da proporcionalidade. Nesse aspecto, vale conferir a conclusão da Corte EDH sobre este tema: “We would conclude, therefore, that the failure of the United Kingdom legal system to take into consideration the gravity and nature of the offence of which the prisoner has been convicted is only one of the aspects to be taken into account. The fact that by law a convicted person’s imprisonment is the ground for his or her disenfranchisement is, in our view, conclusive. The lack of a rational basis for that provision is a sufficient reason

Os debates no âmbito do Parlamento do Reino Unido começaram no dia 20/12/2010, em que o Governo anunciou que regularia o direito de voto dos presos sob custódia nas eleições perante o Parlamento do Reino Unido e o Parlamento Europeu. Em 10/02/2011, a moção recebeu uma divisão de 234 parlamentares contra 22. Em 01/03/2011, no Caso Greens and MT vs. Reino Unido¹⁰⁰⁵, a Corte EDH decidiu que o Reino Unido tinha o prazo de 06 meses para introduzir a proposta legislativa. Em 11/04/2011 o pedido de reconsideração elaborado pelo Reino Unido foi inadmitido e a Corte EDH fixou o prazo final de 06 meses a partir desta data. O Reino Unido conseguiu nova prorrogação utilizando-se da jurisprudência da própria Corte EDH, no Caso Scoppola vs. Itália¹⁰⁰⁶. Além disso, a Corte EDH autorizou, no Caso Hirst¹⁰⁰⁷, que o Reino Unido

for finding a violation of the Convention, without there being any need to conduct a detailed examination of the question of proportionality.” (Corte EDH. *Caso Hirst vs. Reino Unido (n. 2)*. Petição n. 74025/01. Grande Câmara. Sentença de 06/10/2005, p. 26-27).

¹⁰⁰⁵ É o que se verifica do extrato da parte dispositiva do julgamento, em que a Corte EDH, de forma unânime:

- “1. Joins the applications;
2. Declares the applications admissible;
3. Holds that there has been a violation of Article 3 of Protocol No. 1 to the Convention;
4. Holds that there has been no violation of Article 13 of the Convention;
5. Holds that the above violation has originated in the failure of the respondent State to execute the judgment of this Court in *Hirst v. the United Kingdom (no. 2)* [GC], no. 74025/01, ECHR 2005 IX;
6. Holds that the respondent State must:
 - (a) bring forward, within six months of the date upon which the present judgment becomes final, legislative proposals intended to amend the 1983 Act and, if appropriate, the 2002 Act in a manner which is Convention-compliant; and
 - (b) enact the required legislation within any such period as may be determined by the Committee of Ministers;” (Corte EDH. *Caso Greens and MT vs. Reino Unido*. Petições n.(s) 60041/08 e 60054/08. Quarta Seção. Sentença de 11/04/2011, p. 32-33).

¹⁰⁰⁶ Neste caso, a Corte EDH considerou que não houve violação do artigo 3º do Protocolo n. 1, de modo que a restrição imposta ao peticionário não ofenderam a liberdade de expressão do povo na escolha de seus representantes. Desse modo, foi mantida a integridade e a eficácia do processo eleitoral, por meio do sufrágio universal, de maneira que a margem nacional de apreciação não foi desrespeitada pela Itália. Eis trecho interessante do voto: “Taking the above considerations into account, the Court finds that, in the circumstances of the present case, the restrictions imposed on the applicant’s right to vote did not ‘thwart the free expression of the people in the choice of the legislature’, and maintained ‘the integrity and effectiveness of an electoral procedure aimed at identifying the will of the people through universal suffrage’ (see *Hirst (no. 2)*

tenha a margem nacional de apreciação¹⁰⁰⁸ para regulamentar como os presos pode exercer o seu direito ao sufrágio¹⁰⁰⁹.

O debate central entre o Parlamento britânico e a Corte EDH está no posicionamento democrático. Há o *déficit* de proteção dos direitos humanos em relação à possibilidade dos presos provisórios exercerem o direito à voto. Este *déficit* foi reconhecido pelo Reino Unido ao aceitar o julgamento da Corte EDH no Caso Hirst e argumentar pela margem nacional de apreciação. Portanto, em seu julgamento, a Corte EDH promoveu o

[GC], cited above, § 62). The margin of appreciation afforded to the respondent Government in this sphere has therefore not been overstepped. Accordingly, there has been no violation of Article 3 of Protocol No. 1.” (Corte EDH. *Caso Scoppola vs. Itália*. Petição n. 126/05. Grande Câmara. Sentença de 22/05/2012, § 110).

¹⁰⁰⁷ Corte EDH. *Caso Hirst vs. Reino Unido (n. 2)*. Petição n. 74025/01. Grande Câmara. Sentença de 06/10/2005.

¹⁰⁰⁸ Sobre a margem nacional de apreciação no plano dos julgamentos da Corte EDH, confira-se SPIELMANN, Dean. *Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?* *Centre of European Legal Studies (CELS) - Working Paper Series*, University of Cambridge - Faculty of Law, Fev. 2012; IGLESIAS VILA, Marisa. *The National Margin of Appreciation Doctrine: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere*. Available at SSRN, 2013; ARAI-TAKAHASHI, YUTAKA. *The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg’s variable geometry*. *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, v. 2, p. 62 e ss, 2013; TÜMAY, Murat. *The “Margin of Appreciation Doctrine” developed by the case law of the European Court of Human Rights*. *Ankara Law Review*, Vol. 5, n. 2 (Winter 2008), p. 201-234; DE LA ROASILLA DEL MORAL, Ignacio. *The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine*. *German Law Journal*, v. 7, p. 611-624, 2006 e SWEENEY, James A. *Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era*. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 02, p. 459-474, 2005. Inclusive, a margem nacional de apreciação foi defendida pelo voto dissidente do Juiz Costa, em que os Estados devem ter a margem de apreciação para organizar as condições próprias de oferecer o direito ao voto para o cidadão, antes de concluir que determinada exigência poderia violar o artigo 3º do Protocolo n. 1 (Corte EDH. *Caso Hirst vs. Reino Unido (n. 2)*. Petição n. 74025/01. Grande Câmara. Sentença de 06/10/2005. Voto dissidente do Juiz Costa, § 7).

¹⁰⁰⁹ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners’ voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014.

constitucionalismo compensatório – no âmbito do Reino Unido – em relação a este tema de proteção dos direitos humanos¹⁰¹⁰.

No entanto, há a resistência do Parlamento britânico em implementar materialmente o decidido pela Corte EDH, sobretudo em termos de construção do processo de tomada de decisão fora do ambiente de democracia instalado pelo Parlamento. Em 22/11/2012, foi cumprida a determinação da Corte EDH, e foi apresentado perante o Parlamento um rascunho da proposta de regulação (*Voting Eligibility [Prisoners] Draft Bill*).

Em 18/12/2013 o Comitê do Parlamento recomendou – a partir da autorização da margem nacional de apreciação pela Corte EDH – que a legislação deve abranger prisioneiros com sentenças condenatórias de 12 meses ou menos para participarem das eleições perante o Parlamento Britânico e o Parlamento Europeu. Por sua vez, o Chanceler e o Secretário de Justiça responderam ao Comitê em 25/02/2014, em que não há uma resposta afirmativa sobre a aprovação porque a proposta não foi incluída no Discurso da Rainha de 2014¹⁰¹¹.

Esta dinâmica revela o primeiro posicionamento dos debates travados no seio do Parlamento britânico, no sentido de deixar de cumprir a determinação da Corte EDH em nome da soberania do Parlamento.

¹⁰¹⁰ Destaca-se neste caso não apenas a divergência entre os magistrados sobre a condenação (ou não) do Reino Unido em assegurar o direito ao sufrágio para os presos provisórios, mas a discussão sobre o papel da Corte EDH e o seu alinhamento jurídico frente à ordem jurídica nacional, de tal maneira que a discussão sobre a proporcionalidade levou a Corte EDH em avaliar não apenas a adequação normativa e convencional em si, mas o debate parlamentar promovido no âmbito do Reino Unido, o que levou a Corte EDH a reforçar a sua legitimidade para examinar a questão, diante da ampla margem nacional de apreciação conferida aos Estados. Eis parte do trecho que merece destaque: “The different approach taken by the majority of the Court is, in our view, open to some of the criticism mentioned by Judges Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler and Jebens in their separate opinion. In particular, we note that the discussion about proportionality has led the Court to evaluate not only the law and its consequences, but also the parliamentary debate (see paragraph 79 of the judgment). This is an area in which two sources of legitimacy meet, the Court on the one hand and the national parliament on the other. This is a difficult and slippery terrain for the Court in view of the nature of its role, especially when it itself accepts that a wide margin of appreciation must be allowed to the Contracting States.” (Corte EDH. *Caso Hirst vs. Reino Unido* (n. 2). Petição n. 74025/01. Grande Câmara. Sentença de 06/10/2005, p. 27).

¹⁰¹¹ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014.

No entanto, em um segundo ponto de vista, o Parlamento Britânico deliberou por implementar o julgamento da Corte EDH, com o fim de reconhecer a sua importância para o Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos e evitar que outros Estados descumpram as normativas previstas na Convenção Europeia e interpretadas a partir da jurisprudência da Corte EDH¹⁰¹².

Este cenário demonstra que a Convenção Europeia apresenta-se como instrumento constitucional da ordem pública europeia¹⁰¹³. Isto permite consolidar a tese do efeito direto e *erga omnes* das sentenças da Corte EDH¹⁰¹⁴, a partir da interpretação do artigo

¹⁰¹² WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014.

¹⁰¹³ Expressão contida no seguinte posicionamento: “If, as contended by the respondent Government, substantive or territorial restrictions were permissible under these provisions, Contracting Parties would be free to subscribe to separate regimes of enforcement of Convention obligations depending on the scope of their acceptances. Such a system, which would enable States to qualify their consent under the optional clauses, would not only seriously weaken the role of the Commission and Court in the discharge of their functions but would also diminish the effectiveness of the Convention as a constitutional instrument of European public order (ordre public).” (Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia*. Petição n. 15318/89. Câmara. Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995, § 75).

¹⁰¹⁴ A propósito, confira-se a construção deste entendimento: “At first sight the Convention provides that the effects of the Court’s judgments are restricted to the parties to the case, that is, the applicant or applicants and the respondent State or States. This first reading is misleading, however, and a correct construction of Article 46 requires it to be read jointly with Article 1. In the light of these provisions read together, the Court’s judgments have a direct and *erga omnes* effect. In fact, the Court formulated the *erga omnes* effect of its judgments when it affirmed, in *Ireland v. the United Kingdom*, that the Court’s judgments served to elucidate, safeguard and develop the rules instituted by the Convention. Thus, the Court has on many occasions refused to strike out a case, even though the applicant had sought to withdraw his or her application, because it considered that the case raised questions of a general character affecting the observance of the Convention. The same underlying general interest justified the introduction of the concept of ‘potential victim’ and the practice of third party intervention. The ‘maintenance and further realization of human rights and fundamental freedoms’ in the Council of Europe and the ‘achievement of greater unity between its members’ indeed call for this broad understanding of the Court’s mission, not only in regard to the conditions for admissibility of applications to the Court and the striking out of applications, but also to the effects of its judgments. The collective nature of the Court’s input logically impacts on the *erga omnes* nature of its output. States Parties not involved in the proceedings must not turn a blind eye to the authoritative interpretation of the Convention made by the Court, which is the final instance invested with that power. If they were to do so, either wilfully or negligently, they would be at variance with

46 combinado com o artigo 1º da Convenção Europeia¹⁰¹⁵, o que demonstra que a autoridade “coisa interpretada” vai mais além que a coisa julgada entre as partes¹⁰¹⁶.

their own Convention engagements as interpreted by the Court, and thus fail to show the attentive commitment to the fulfillment of treaty obligations which is called for by the principle of good faith in performing a treaty. However, if the States Parties abide by the standards set in the Court’s case-law, even when they have not been involved in the particular disputes in respect of which the case-law was established, they not only avoid future findings of a violation, but also anticipate the implementation of the rights and freedoms foreseen in the Convention.” (Corte EDH. *Caso Fabris vs. França*. Petição n. 16574/08. Grande Câmara. Mérito. Sentença de 07/02/2013. Voto em separado do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque, p. 28-29).

¹⁰¹⁵ “Article 1 - Obligation to respect human rights

The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.

(...)

Article 46 - Binding force and execution of judgments

1 The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.

2 The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.

3 If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee.

4 If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph 1.

5 If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case.”

¹⁰¹⁶ Trata-se de entendimento fixado pela Corte de Cassação belga sobre os efeitos da norma convencional interpretada: “According to a judgment of 13 January 2009 of the European Court of Human Rights in [*Taxquet v. Belgium*, no. 926/05], the right to a fair trial guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention implies, where the Assize Court is concerned, that the decision on a criminal charge should highlight the considerations that have persuaded the jury of the accused’s guilt or innocence and should indicate the precise reasons why each of the questions has been answered in the affirmative or the negative. On account of the binding effect of interpretation now attaching to that judgment and the prevalence over domestic law of the international legal rule deriving from a treaty ratified by Belgium, the court is compelled to reject the application of

Como se vê, a construção europeia da coisa interpretada demonstra o alcance e a importância do posicionamento da Corte IDH em relação ao artigo 2º da Convenção Americana. Com isso, a construção da *res interpretata* também ocorre pelo uso de outras medidas normativas para a implementação do conteúdo material da Convenção Americana, como o bloco convencional, que delinea a jurisprudência da Corte IDH.

Não obstante a Corte IDH apresentar esta evolução em sua jurisprudência, o desenvolvimento do constitucionalismo compensatório apresenta alguns limites, os quais devem ser analisados.

2 LIMITES DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

Esta parte do capítulo dedica-se ao estudo dos limites para a implementação do constitucionalismo compensatório no âmbito dos Estados. A recusa do Estado em implementar o julgamento proferido pela Corte IDH é o primeiro desafio para estabelecer o constitucionalismo compensatório nas ordens jurídicas nacionais.

Dois outros limites foram escolhidos para serem apreciados. A existência de *déficit* democrático no âmbito dos julgamentos da Corte IDH e a doutrina da margem nacional de apreciação apresentam-se como outras condicionantes que devem ser analisadas para a implementação do constitucionalismo compensatório.

2.1 OS LIMITES DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO DIANTE DO DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL: A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO ANTE A RECUSA DA IMPLEMENTAÇÃO DO JULGAMENTO PROFERIDO PELOS TRIBUNAIS INTERNACIONAIS

O diálogo entre as cortes internacionais e os tribunais nacionais envolve discussões sobre a jurisdição e a implementação do conteúdo material de direitos humanos. Pelo direito internacional geral, a corte nacional não se submete ao tribunal internacional e

Articles 342 and 348 of the Code of Criminal Procedure in so far as they lay down the rule, now criticised by the European Court, that the jury's verdict does not contain reasons." (Corte EDH. *Caso Taxquet vs. Bélgica*. Petição n. 926/05. Grande Câmara. Sentença de 16/11/2010, § 33).

tampouco necessita concordar com o nível de proteção estabelecido, pois o tribunal internacional pode ter posicionamento diverso da corte nacional¹⁰¹⁷.

A controvérsia deste diálogo consiste na falta de instrumentos claros de internalização – ou até mesmo de recusa – dos julgamentos proferidos no âmbito internacional. A interação entre os tribunais podem ser realizadas por diversas maneiras, consoante o posicionamento dos Estados e dos tribunais¹⁰¹⁸.

Por exemplo, no caso brasileiro, parte da teoria jurídica defende que o tribunal internacional integra o plano jurisdicional a que se submete o Estado, como um conjunto formado pelos tribunais internos e internacionais. Como exemplo, ao internalizar a Carta da ONU, o Brasil teria concordado com a criação da CIJ¹⁰¹⁹ e, em uma perspectiva avançada, estaria aceitando a prevalência das decisões deste tribunal sobre as decisões nacionais¹⁰²⁰.

No plano interamericano, em caso de conflito entre o posicionamento jurisprudencial interno com os julgamentos da Corte IDH, o Estado brasileiro deveria optar pela defesa dos direitos humanos a partir do controle de convencionalidade, aplicando as decisões da Corte IDH¹⁰²¹. O argumento avança no sentido de, em certos casos, haver a determinação do cumprimento do julgamento da Corte IDH pelo juiz de primeira instância

¹⁰¹⁷ Nesse sentido, foi a conclusão da Suprema Corte dos Estados Unidos em relação ao julgamento dos casos *LaGrand* e *Avena*, pela CIJ, quando da apreciação do caso *Medellín vs. Texas*. Confira-se, a propósito, a discussão colacionada no capítulo 2 da presente tese.

¹⁰¹⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 192-193.

¹⁰¹⁹ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público*. Ob. cit., 2002.

¹⁰²⁰ Este posicionamento pode ser visto em VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito ...* Ob. cit., 2013, p. 193.

¹⁰²¹ Esta discussão está pendente entre o diálogo jurisprudencial travado pela Corte IDH – no Caso *Gomes Lund* – e o STF, na ADPF n. 153. Referido feito aguarda julgamento dos embargos de declaração, opostos pela OAB, no sentido de se proceder com a modificação do julgamento para se alinhar ao posicionamento estabelecido pela Corte IDH. Houve ainda a propositura da ADPF n. 320, cujo principal pedido era a determinação da implementação da parte dispositiva do julgamento da Corte no Caso *Gomes Lund*, em uma perspectiva de aplicação do controle de convencionalidade.

– sob pena de crime de responsabilidade do administrador público – em um integrado exercício do controle difuso de convencionalidade¹⁰²².

Os Estados estão vinculados às cortes internacionais por meio das regras de direito internacional público. Na hipótese de descumprimento de uma decisão oriunda da justiça internacional, poderá haver a responsabilidade internacional do Estado¹⁰²³.

No entanto, o Estado tem a opção política de não cumprir uma decisão relacionada ao plano internacional¹⁰²⁴. No plano interno, o não cumprimento será observado como uma opção política do Chefe de Estado (ou responsável pela internalização dos atos internacionais). No plano internacional, será considerado um ilícito internacional¹⁰²⁵.

Ainda que o Chefe de Estado deseje internalizar a norma, pode ele encontrar restrições nos demais órgãos do Estado, os quais realizam interpretações diferentes sobre os mesmos aspectos da controvérsia¹⁰²⁶. Em outros casos, a posição de

¹⁰²² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad ... Ob. cit., 2011.

¹⁰²³ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito ...* Ob. cit., 2013, p. 193.

¹⁰²⁴ Por exemplo, o Estado brasileiro realizou uma opção política ao não determinar a extradição de Cesare Battisti. O STF conferiu ao Presidente da República a prerrogativa de decidir pela remessa do extraditando, observados os termos do tratado, em virtude de ser um ato vinculado (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ext 1085/Rep. Italiana. Rel. Min. Cezar Peluso. TRIBUNAL PLENO, julgamento de 16/12/2009, DJe 15/04/2010). Por sua vez, o Presidente da República negou o pedido de extradição do Estado italiano sob o fundamento no próprio tratado de extradição entre Brasil e Itália, que autoriza a recusa à extradição por crimes políticos. Em seguida, em uma opção política, concedeu asilo político a Battisti. Em função desta construção política, a Itália suscitou perante o STF ofensa do Estado brasileiro ao tratado de extradição. O STF declarou-se incompetente para apreciar a matéria, sob o argumento de que se existir o descumprimento do tratado, a controvérsia deverá ser apreciada pela CIJ (BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 11243/Rep. Italiana. Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. TRIBUNAL PLENO, julgamento de 08/06/2011, DJe 04/10/2011).

¹⁰²⁵ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público*. Ob. cit., 2002. Em especial, Leonardo Brant retrata o tema quando da análise da jurisprudência da CIJ.

¹⁰²⁶ Uma vez mais, faz-se menção à controvérsia entre a CIJ e os Estados Unidos, onde o Presidente da República conclamou os judiciários nacionais a implementar a decisão do Caso Avena por meio do princípio da cortesia judicial. Por sua vez, as cortes dos Estados membros ignoraram referido pedido, sob a fundamentação dos princípios federativo e da separação dos poderes. O argumento central utilizado pelas cortes estaduais era o de que o nível federal americano apenas teria ingerência no judiciário

determinada corte internacional é preterida pelos Estados, visto que estes consideram que a proteção dos direitos humanos a nível interno será mais adequada se o direito for compreendido de maneira diversa daquela delineada pelo tribunal internacional¹⁰²⁷.

Com efeito, para o direito internacional público, os tribunais internacionais não integram o ordenamento jurídico dos Estados¹⁰²⁸. As cortes internacionais proferem decisões sobre a adequação material de determinado fato à ordem internacional. Incumbe aos Estados cumprir a determinação da corte ou permanecer em situação considerada como ilícito internacional¹⁰²⁹.

A decisão política sobre a implementação dos julgamentos dos tribunais internacionais pode apresentar um aparente conflito na regra da divisão dos poderes. O Chefe de Estado é o responsável por tomar a decisão política sobre a internalização dos julgamentos proferidos no plano internacional. Porém, por meio do diálogo jurisprudencial, as cortes nacionais podem implementar as decisões dos tribunais internacionais. Esta implementação, em regra, é efetuada por meio do reconhecimento da autoridade da coisa julgada internacional (quando o Estado é Parte no litígio internacional)¹⁰³⁰ ou da norma convencional interpretada (quando o Estado não é Parte no litígio internacional, mas reconhece a importância da implementação material do julgamento).

estadual por meio de ato normativo do Congresso Nacional dos Estados Unidos. O Presidente chegou a propor o *Avena Act*, mas sua tramitação não foi célere suficiente para reverter a execução do mexicano Medellín no Estado do Texas.

¹⁰²⁷ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito ...* Ob. cit., 2013, p. 193-194.

¹⁰²⁸ Nesse aspecto, a Corte IDH constrói processo diverso do direito internacional geral por meio de seu bloco convencional. Ao considerar que o magistrado nacional deve fazer o controle difuso de convencionalidade, estaria autorizando o juiz nacional a reconhecer a Convenção Americana como parte do direito nacional. Porém, ao estabelecer no Caso Almonacid Arellano (e posteriormente no Caso Cabrera García e Montiel Flores) que o juiz nacional deve implementar não apenas o texto convencional, mas também o entendimento formado pela Corte IDH em seu bloco de constitucionalidade, de certa maneira, a Corte IDH promove uma integração com a ordem jurídica interna, ao fazer parte (pelo menos indiretamente) do processo hermenêutico interno de proteção dos direitos humanos.

¹⁰²⁹ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito ...* Ob. cit., 2013, p. 194.

¹⁰³⁰ Exemplo do Caso Radilla Pacheco, decidido pela Corte IDH em relação ao México.

Além do mais, nada impede a existência de divergência sobre o conteúdo material entre decisões das jurisdições nacionais e internacionais¹⁰³¹, ou ainda entre duas jurisdições internacionais¹⁰³². Nesse aspecto, o direito internacional não apresenta solução para a divergência, visto a ausência de hierarquia formal entre as diferentes jurisdições¹⁰³³.

Como inicialmente exposto, o descumprimento de determinações oriundas dos julgamentos proferidos pelas cortes internacionais acarretam a situação de ilícito internacional. Dependendo do tribunal internacional, há diferentes tipos de resposta para este não cumprimento.

No âmbito da CIJ, os Estados que praticam o ilícito internacional poderiam receber uma sanção moral, uma penalidade pecuniária ou, de forma extrema, a ingerência do Conselho de Segurança da ONU¹⁰³⁴. Da mesma forma, é possível que a OEA realize a ingerência sobre determinado Estado que não cumpra as decisões da Corte IDH. Contudo, os membros da OEA e da ONU tendem a promover o cumprimento dos julgamentos de suas respectivas jurisdições, com o fim de manter a legitimidade do sistema¹⁰³⁵.

¹⁰³¹ Como exposto na tese, no Caso Gomes Lund vs. Brasil e a ADPF n. 153, e nos contenciosos da SCJ-Uruguaí em relação ao julgamento do Caso Gelman vs. Uruguaí, pela Corte IDH.

¹⁰³² A Diretiva de Retorno proposta pelo Parlamento Europeu motivou a Comissão IDH a editar a Resolução n. 03/2008, em decorrência das sérias preocupações referentes à falta de garantias suficientes para o respeito integral dos direitos de solicitantes de asilos e dos próprios migrantes. Este episódio demarca um dos pontos de divergência entre os sistemas europeu e o sistema interamericano, referente à consideração de seus valores constitucionais.

¹⁰³³ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito ...* Ob. cit., 2013, p. 194.

¹⁰³⁴ Do ponto de vista jurídico, os membros permanentes do Conselho de Segurança não receberiam ingerência, visto que possuem o direito de veto. Ainda que o artigo 27 da Carta da ONU não o mencione explicitamente, as decisões do Conselho de Segurança exigem os votos dos membros permanentes. Daí porque o poder de veto é considerado um instituto unânime entre as grandes potências. Sobre posicionamento crítico ao poder de veto, conferir LOPES, Dawisson Belém. A ONU tem autoridade? Um exercício de contabilidade política (1945-2006). *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 50, n. 1, p. 47-65, 2007.

¹⁰³⁵ VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito ...* Ob. cit., 2013, p. 198.

De outro lado, ainda que o não cumprimento de decisões dos tribunais internacionais pelos Estados desdobre na configuração do ilícito no plano internacional, situação diferenciada apresenta-se no âmbito da Corte IDH.

Ao longo do tempo, o Tribunal Interamericano promoveu o fortalecimento de sua jurisprudência, consolidando-se como jurisdição obrigatória. No entanto, no decorrer de sua evolução jurisprudencial, a Corte IDH promoveu a criação judicial dos direitos humanos, como o direito à justiça.

Nesse contexto, a evolução jurisprudencial da Corte IDH não foi objeto de apreciação e aceitação pelos Estados Partes da Convenção Americana. Logo, os Estados respondem por eventual descumprimento da jurisprudência da Corte IDH, cuja hipótese por eles não foi aprovada no plano internacional?

A resposta deste questionamento é encontrada no plano internacional. A interpretação desenvolvida pela Corte IDH foi qualificada como audaciosa, tendo em vista que seus julgamentos têm a pretensão de conferir efeito direto aos Estados, seja porque a Corte IDH anula as normas internacionais (como visto no caso de anistias), decide casos importantes (e com conotação política delicada, como Tribunal Constitucional vs. Peru) e, de certa maneira, não se apresenta ainda como uma instituição consolidada no direito internacional¹⁰³⁶.

Por mais de uma vez, a crítica realizada é a de que o Tribunal Interamericano apresenta-se como uma quarta instância¹⁰³⁷. Isto porque a Corte IDH

¹⁰³⁶ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1058.

¹⁰³⁷ Sobre o tema, conferir RODRÍGUEZ PINZON, Diego. The Victim Requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of Person in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 7, p. 369, 2000. De outro lado, a Corte IDH não se considera como Tribunal de quarta instância, mas como uma jurisdição internacional que “tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, razón por la cual no desempeña funciones de tribunal de “cuarta instancia”. Ello implica que la Corte no es un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre algunos alcances de la valoración de prueba o de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en derechos humanos. Es por ello que esta Corte ha sostenido que, en principio, ‘corresponde a los tribunales del Estado el examen de los hechos y las pruebas presentadas en las causas particulares’. Lo anterior implica que al valorarse el

interpreta a Convenção Americana como parte do direito nacional dos Estados, pela via do controle de convencionalidade¹⁰³⁸, do qual deriva obrigações com efeito direto e de natureza concreta aos Estados Partes na Convenção¹⁰³⁹.

A crítica realizada à Corte IDH é a de que esta chega a exceder os parâmetros de uma interpretação admissível como a prevista na Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹⁰⁴⁰. Talvez este excesso seja um dos motivos para o baixo nível de cumprimento de suas sentenças¹⁰⁴¹. Há tendências antidemocráticas, como impor a obrigação

cumplimiento de ciertas obligaciones internacionales, como la de garantizar que una detención fue legal, existe una intrínseca interrelación entre el análisis de derecho internacional y de derecho interno.” (Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/11/2010, Série C n. 220, § 16).

¹⁰³⁸ SERNA DE LA GARZA, José María. ¿Hacia un modelo dialógico en las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales de América Latina? In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 1031-1055.

¹⁰³⁹ Nesse aspecto, no Caso Gomes Lund vs. Brasil, a Corte IDH demonstrou a necessidade de exame da questão perante a Convenção Americana: “En el presente caso, la Corte Interamericana no está llamada a realizar un examen de la Ley de Amnistía en relación con la Constitución Nacional del Estado, cuestión de derecho interno que no le compete, y que fuera materia del pronunciamiento judicial en la Acción de Incumplimiento No. 153 (infra párr. 136), sino que debe realizar el control de convencionalidad, es decir, el análisis de la alegada incompatibilidad de aquella ley con las obligaciones internacionales de Brasil contenidas en la Convención Americana. En consecuencia, los alegatos referentes a esta excepción son cuestiones relacionadas directamente con el fondo de la controversia, que pueden ser examinados por este Tribunal a la luz de la Convención Americana sin contravenir la regla de la cuarta instancia. Por lo tanto, el Tribunal desestima esta excepción preliminar.” (Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219, § 49).

¹⁰⁴⁰ MALARINO, Ezequiel. Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales - Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2010.

¹⁰⁴¹ Em entrevista a determinado periódico peruano no ano de 2009, à época Presidente da Corte IDH Cecília Medina Quiroga afirmou que apenas 12% das sentenças da Corte

de editar nova legislação, independentemente da vontade democrática e legítima do órgão estatal parlamentar, e antiliberal, como a interpretação além do princípio da legalidade e do *in dubio pro reo* estabelecido nos Estados¹⁰⁴².

No entanto, a afirmação de tribunal dotado de audácia deve ser enfrentada em seu contexto histórico, visto que esta afirmação pressupõe que a Corte IDH necessitou ir além do que ela esperava. No primeiro momento, o tribunal teve de ir de encontro à vontade dos Estados, como ao estabelecer o dever do Estado de investigar e punir a quem violou os direitos humanos no Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras¹⁰⁴³. Paralelamente à apreciação deste caso, estavam em andamento os processos de transição das ditaduras para as democracias na América Latina.

IDH foram plenamente cumpridas pelos Estados em todos os seus pontos. O maior número de descumprimentos está relacionado com as sentenças que determinam a investigação, o processamento e eventual condenação dos culpados por graves violações de direitos humanos (SOLO EL 12% de los casos enjuiciados y sentenciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CorteIDH] están cerrados, es decir, con la sentencia cumplida por parte de los Estados. *La República*, Peru, 30/03/2009. Disponível em: <<http://www.larepublica.pe/30-03-2009/solo-12-de-sentencias-de-corte-interamericana-han-sido-cumplidas>>. Acesso em: 19/01/2015). Sobre a efetividade do cumprimento das decisões da Corte IDH, conferir BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. The effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: a quantitative approach to its functioning and compliance with its decisions. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 7, n. 12, p. 8-35, 2010 e GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. The effectiveness of the Inter-American Human Rights System: a study of the American States' compliance with the judgments of the Inter-American Court of Human Rights. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, v. 16, p. 115-142, 2010.

¹⁰⁴² Como visto, o Caso Gelman vs. Uruguai reúne estas tendências e foi objeto do diálogo jurisprudencial entre Corte IDH e a SCJ-Uruguai.

¹⁰⁴³ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29/07/1988. Série C n. 4, §§ 162-166 e 174: “El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.

Neste período, o direito internacional dos direitos humanos se restabeleceu na região, e com ele se instalou as reivindicações por justiça e punição¹⁰⁴⁴ aos responsáveis pelas graves violações de direitos humanos durante as ditaduras militares¹⁰⁴⁵.

Além disso, a Corte IDH buscou inspiração na CIJ para solucionar estas questões relacionadas à vulneração dos direitos humanos. Com a construção de seu bloco de constitucionalidade em relação à proibição de anistias, a Corte IDH avança na construção do direito internacional.

Isto porque nesses casos, o Tribunal Interamericano promoveu a criação judicial de direitos não previstos na Convenção. Contudo, ainda que se baseie nestes direitos – que não possuem a aquiescência dos Estados –, a Corte IDH determina a responsabilização do ente estatal¹⁰⁴⁶, sobretudo pela grave vulneração dos direitos humanos.

A justificativa deste entendimento está no fato de a Corte IDH ter considerado a proibição de anistias – para as graves violações dos direitos humanos – norma

¹⁰⁴⁴ O pensamento da Corte IDH pode ser expresso a partir de Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219, § 140: “la obligación conforme al derecho internacional de procesar y, si se determina su responsabilidad penal, sancionar a los autores de violaciones de derechos humanos, se desprende de la obligación de garantía consagrada en el artículo 1.1 de la Convención Americana. Esta obligación implica el deber de los Estados Parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos . Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de derechos humanos . Si el aparato del Estado actúa de modo que tal violación quede impune y no se restablece, en cuanto sea posible, a la víctima en la plenitud de sus derechos, puede afirmarse que ha incumplido el deber de garantizar su libre y pleno ejercicio a las personas sujetas a su jurisdicción”

¹⁰⁴⁵ Neste ponto, não foi um movimento isolado, tendo em vista que a nível internacional houve o apoio de vários governos e de organizações internacionais, além de ONGs. Houve a consolidação deste cenário com o movimento internacional para a instalação de uma justiça penal internacional, que se reiniciou com a queda do muro de Berlim e com o fim da confrontação entre os blocos (AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1061, nota n. 11).

¹⁰⁴⁶ ROHT-ARRIAZA, Naomi. State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law. *California Law Review*, v. 78, p. 449-513, 1990.

de *jus cogens*. Em virtude desta natureza, as obrigações destacadas pela Corte possuem efeitos *erga omnes*, que vinculam os Estados em decorrência da existência da ordem pública em matéria de direitos humanos¹⁰⁴⁷.

Cumprido ressaltar que nestes tipos de caso apreciados pela Corte IDH, ora os representantes estatais não discutiram os requisitos de admissibilidade, ora em mais uma de oportunidade solicitaram à Corte IDH tomar decisões em favor da política direitos humanos nos respectivos cenários internacionais. Nesse aspecto, a Corte IDH e os Estados provenientes da redemocratização, a princípio, almejavam a mesma política pró-direitos humanos. Por essa razão, além de compensar a qualificação de “audaciosa” imputada à Corte IDH¹⁰⁴⁸, os Estados devem responder pelo grave ilícito praticado, independentemente de sua aquiescência anterior¹⁰⁴⁹.

Ainda que haja certa convergência entre os Estados e o Tribunal Interamericano, esta conformação cogente da Corte IDH pode ser confrontada com os valores representativos, presentes nas instituições democráticas dos Estados.

2.2 OS LIMITES DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO: A RELAÇÃO DOS SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO COM A DEMOCRACIA

A democracia apresenta-se como conceito relativo, e não absoluto. Como instituição, não é responsável por defender valores absolutos. Porém, o respeito aos princípios democráticos e à prática democrática não podem ser relativizados¹⁰⁵⁰.

Em seu aspecto formal, a democracia apresenta-se como método de formação da decisão pública. A fonte de legitimação democrática vem da “autonomia”, conceito rousseauiano oriundo da liberdade positiva, que significa “se autogovernar”¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁷ Ainda que não haja nenhuma referência expressa, é provável que a Corte IDH tenha buscado inspiração na opinião dissidente nos julgamentos dos casos contenciosos relacionados à África do Sudoeste, apreciados pela CIJ em 1966.

¹⁰⁴⁸ AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Ob. cit., 2013, p. 1061-1062.

¹⁰⁴⁹ ROHT-ARRIAZA, Naomi. Ob. cit., 1990.

¹⁰⁵⁰ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Imparare la Democrazia*. Disponível em: <<http://www.cristosapienza.it/Docpdf/Gustavo%20Zagrebelksy.pdf>>. Acesso em 11/11/2014.

¹⁰⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democrazia Costituzionale e Diritti Fondamentali*. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coord.). *La Ciencia*

Esta necessidade de “se autogovernar” era o ingrediente necessário para os Estados da América Latina. Na metade do século XX, existia um amplo conjunto de países totalitários na América Latina, que reagiam aos progressos da democracia e à observância dos direitos humanos¹⁰⁵². Por essa razão, a Carta Democrática Interamericana prevê, em seu artigo 1º, que a democracia constitui um direito dos povos da América Latina e os Estados têm a obrigação de promovê-la e defendê-la.

Nesse aspecto, a democracia apresenta-se como valor fundamental das constituições. A controvérsia dos aspectos democráticos entra em debate quando são colocados em confronto com os tribunais internacionais. Trata-se do que se denomina de *déficit* democrático, em virtude da lógica do processo de tomada de decisão.

Parte da doutrina internacional defende que nos tribunais internacionais, o *déficit* democrático apresenta-se como óbice a sua legitimidade, em virtude da falta de representatividade e de transparência em seus processos decisórios¹⁰⁵³.

O argumento expande-se ao se vislumbrar tendências antidemocráticas na apreciação dos julgamentos. No âmbito do Sistema Interamericano, parte da doutrina critica o comportamento do Tribunal Interamericano, considerando suas práticas antidemocráticas e antiliberais. A Corte IDH introduz conjunto de novos direitos humanos, os quais não foram pactuados pelos Estados¹⁰⁵⁴. Dentre estes direitos, a vítima de violações de direitos humanos é beneficiada pela Corte IDH, enquanto os direitos fundamentais previstos nas

del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. México: UNAM, IMDPC e Marcial Pons, 2008, p. 505-527. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2555>>. Acesso em: 01/09/2014.

¹⁰⁵² GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “Navegación Americana” de los Derechos Humanos: Hacia un *Ius Commune*. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 473.

¹⁰⁵³ BENVENISTI, Eyal and DOWNS, George W. Court Cooperation, Executive Accountability and Global Governance. *NYU Journal of International Law and Politics*, 2009. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1409406>>. Acesso em: 12/02/2015.

¹⁰⁵⁴ A proibição de leis de anistia e o direito à justiça, estudados no capítulo anterior, revelam esta tendência da Corte IDH em promover a criação judicial de direitos humanos em seus julgamentos.

constituições dos Estados são relativizados em relação aos acusados destas violações. Por meio de suas sentenças reparadoras, a Corte IDH adentra em atividades desempenhadas pelos entes estatais, provocando (ou acentuando) o desequilíbrio entre as funções de poder do Estado¹⁰⁵⁵.

O *déficit* democrático aprofunda-se quando o controle convencional realizado pelos sistemas regionais vai de encontro ao que estabelece a organização do sistema jurídico nacional¹⁰⁵⁶. A crítica¹⁰⁵⁷ sobre o tema diz respeito ao nível de proteção constitucional dos direitos humanos em debate.

Há casos em que a revisão convencional do sistema jurídico nacional é fundada por discussões de decisões particulares. Nesta hipótese, não existe qualquer razão para supor que os direitos estão melhor protegidos no âmbito dos sistemas regionais de proteção, ao invés de aguardar a deliberação pelas legislaturas democráticas. A segunda crítica diz respeito à ilegitimidade da fiscalização realizada pelas Cortes regionais, sob o argumento de que seria democraticamente ilegítima¹⁰⁵⁸.

Porém, esta crítica é construída a partir de determinadas premissas, como:

(i) a sociedade em questão apresenta um bom trabalho com suas instituições democráticas e

¹⁰⁵⁵ Nas palavras de Ezequiel Malarino: “La Corte Interamericana desconoce el valor de la legalidad y de la seguridad jurídica, adopta posiciones que frontalmente se oponen a las conquistas liberales y subestima el valor del principio democrático y del principio de autogobierno de los pueblos.” (MALARINO, Ezequiel. *Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales - Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2010, p. 61).

¹⁰⁵⁶ Exemplo deste argumento foram tratados na tese, como a obrigatoriedade da Alemanha em modificar sua legislação sobre medidas de segurança em face de condenação da Corte EDH.

¹⁰⁵⁷ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 1346-1406, 2006.

¹⁰⁵⁸ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. Ob. cit., 2006.

(ii) grande parte de seus cidadãos levam o seu sistema jurídico à sério (ainda que possam discordar dele)¹⁰⁵⁹.

Não existindo estas premissas, a crítica ao controle convencional dos sistemas regionais pode ser revista¹⁰⁶⁰. Neste ponto, encontra-se a proposta do constitucionalismo compensatório. A atuação das Cortes pertencentes aos sistemas regionais de proteção (em especial a Corte IDH) visa justamente reparar o *déficit* de proteção dos direitos humanos, por o Estado não apresentar as premissas necessárias para estabelecer os valores democráticos no seio do seu sistema constitucional.

A relação entre a proteção dos valores democráticos nacionais e a atuação dos sistemas regionais pode ser visualizada a partir do debate institucional celebrado entre o Parlamento do Reino Unido e o Tribunal de Estrasburgo¹⁰⁶¹, em função da condenação do Estado no Caso *Hirst*¹⁰⁶².

Como assinalado em tópico anterior, o debate entre as instituições concentra-se no pensamento democrático. A postura do Parlamento britânico é de ter resguardada a soberania de suas decisões políticas, independentemente do ente (nacional ou internacional) que esteja em confronto com seu posicionamento.

Esta linha de pensamento é confirmada ao se analisar os debates em torno da implementação do julgamento proferido pela Corte EDH no âmbito do Parlamento. Os questionamentos realizados ao Primeiro-Ministro em 24/10/2012 demonstraram que o Parlamento do Reino Unido tinha a convicção de que o projeto de reforma e implementação do ato normativo para a autorização da votação dos presos não seria aprovado. Em sua

¹⁰⁵⁹ WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. Ob. cit., 2006.

¹⁰⁶⁰ Nas palavras de Jeremy Waldron: “Maybe there are circumstances – peculiar pathologies, dysfunctional legislative institutions, corrupt political cultures, legacies of racism and other forms of endemic prejudice – in which these costs of obfuscation and disenfranchisement are worth bearing for the time being.” (WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. Ob. cit., 2006, p. 1406).

¹⁰⁶¹ As considerações sobre a relação da democracia com o constitucionalismo compensatório realizado pela Corte IDH serão realizadas em tópico próprio, relacionado à implementação do constitucionalismo compensatório.

¹⁰⁶² Corte EDH. *Caso Hirst vs. Reino Unido (n. 2)*. Petição n. 74025/01. Grande Câmara. Sentença de 06/10/2005.

manifestação, o Primeiro-Ministro deixou claro que “não quer prisioneiros para ter voto”. Cuida-se do posicionamento da instância democrática pertencente ao Reino Unido¹⁰⁶³.

Na sequência dos debates, o Procurador-Geral compareceu perante a Comissão de Justiça do Parlamento na mesma data (24/10/2012), com o fim de prestar esclarecimentos sobre o Caso *Scoppola vs. Itália*¹⁰⁶⁴, apreciado no mesmo ano. Para o Procurador-Geral, a questão principal cinge-se em saber se o Reino Unido deseja ou não estar violando suas obrigações perante a comunidade internacional, e como esta decisão afetará a sua reputação.

Como colocado pelo Procurador-Geral, não se trata da perda de soberania do Parlamento em virtude do julgamento proferido pela Corte EDH. O Parlamento é soberano para aceitar ou rejeitar a condenação e, da mesma forma, os Estados podem se retirar do Conselho da Europa. Esclareceu o Procurador-Geral que o Reino Unido aceitou participar do Conselho da Europa. E, tendo o julgamento *Scoppola* (ainda que tenha condenado outro Estado, a Itália) contido determinações sobre o direito de sufrágio dos presos ao Reino Unido, há uma obrigação jurídica internacional imposta sobre o país, em virtude do reconhecimento da norma convencional interpretada¹⁰⁶⁵.

No dia seguinte, em discurso proferido na BPP Law School, o Procurador-Geral comentou sobre a relação do Parlamento com a Corte EDH. Mesmo com as determinações contra o Reino Unido, as condenações não tornam o Parlamento subserviente à Corte EDH.

¹⁰⁶³ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. House of Commons. Parliament and Constitution Centre. Standard Note SN/PC/01764, atualizada em 08/07/2014, p. 41-42. Na íntegra, a manifestação do Primeiro-Ministro: “I can absolutely give the hon. Gentleman that assurance. The House of Commons has voted against prisoners having the vote. I do not want prisoners to have the vote, and they should not get the vote—I am very clear about that. If it helps to have another vote in Parliament on another resolution to make it absolutely clear and help put the legal position beyond doubt, I am happy to do that. But no one should be in any doubt: prisoners are not getting the vote under this Government.”

¹⁰⁶⁴ Corte EDH. *Caso Scoppola vs. Itália*. Petição n. 126/05. Grande Câmara. Sentença de 22/05/2012.

¹⁰⁶⁵ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014, p. 42.

Para o Procurador-Geral, há a opção política do Parlamento não adotar as recomendações impostas pelo Tribunal de Estrasburgo. Fez questão de ressaltar que o cumprimento dos julgamentos da Corte EDH constitui uma obrigação jurídica decorrente da Convenção Europeia. No entanto, asseverou que é perfeitamente possível que o Parlamento não tome qualquer medida referente à observância do julgamento. A consequência é a violação da Convenção Europeia pelo Estado, com críticas e possíveis sanções do Conselho da Europa, bem como a fixação de reparações pela própria Corte¹⁰⁶⁶.

Uma das possíveis soluções para o Reino Unido seria se retirar da Convenção Europeia, sob o argumento de que seu cumprimento seria um entrave indesejável e desnecessário para o processo de tomada de decisão das questões relacionadas à soberania nacional. Todavia, o Procurador-Geral discorda, sob o argumento de que a retirada causaria danos à reputação e ao *status* do Reino Unido, considerado um país na vanguarda da promoção dos direitos humanos e do Estado de Direito¹⁰⁶⁷.

Neste debate, a soberania do Parlamento continua preservada. O Procurador-Geral também considera adequada a forma como a Convenção é aplicada a nível nacional e europeu. Além disso, seus princípios são incorporados ao sistema jurídico interno dos Estados, desde que seja considerada a deliberação democrática pelos parlamentos nacionais¹⁰⁶⁸.

Parte dos atores civis se manifestou sobre o tema. Em 02/11/2012, o jornal *Times* publicou uma carta redigida por 11 acadêmicos e juízes, cujo teor era de crítica ao posicionamento do Reino Unido em não implementar o julgamento proferido pela Corte EDH. Estabeleceu-se nas razões da carta que ao descumprir a Convenção Europeia, o Reino Unido estaria encorajando países que possuem uma tênue formação do Estado de Direito a fazer o mesmo. Além de violar o Código Ministerial, a atitude do Primeiro-Ministro aparenta

¹⁰⁶⁶ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014, p. 42-43.

¹⁰⁶⁷ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014, p. 42-43.

¹⁰⁶⁸ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014, p. 42-43.

ser claramente ilícita, pois não há previsão normativa para deixar de cumprir as decisões da Corte EDH, como há na dinâmica da União Europeia¹⁰⁶⁹.

Em 22/11/2012, Chanceler Grayling apresentou uma proposta pré-legislativa para deliberação, contendo três opções: (i) proibição para presos sentenciados a 04 anos ou mais; (ii) proibição de prisioneiros sentenciados a mais de 06 meses e (iii) a proibição para todos os prisioneiros condenados – uma reafirmação da proibição existente. A proposta será analisada por comitê conjunto das duas Casas do Parlamento.

O Comitê de Ministros vinculado ao Conselho da Europa manifestou-se favoravelmente à proposta legislativa apresentada pelo Reino Unido. Recordou a importância da implementação dos julgamentos da Corte EDH e fez uma observação sobre a terceira proposta. Para o Comitê, a terceira proposta estaria contrária às disposições da Convenção Europeia, na medida em que não promove o implemento do decidido pela Corte no Caso Hirst¹⁰⁷⁰.

Em paralelo a este debate, a Suprema Corte do Reino Unido apreciou duas questões levadas nos casos McGeoch e Chester. As partes suscitaram o direito de votar nas eleições para os parlamentos nacional e da União Europeia, com fundamento na incompatibilidade da proibição prevista no artigo 3º do Protocolo n. 1 da Convenção Europeia e no direito comunitário europeu.

Em 16/10/2013, a Suprema Corte rejeitou os apelos. Em sua fundamentação, considerou que o direito comunitário europeu não prevê um direito individual a voto, como foi reconhecido pela jurisprudência da Corte EDH. Note-se, nestes casos, que a Suprema Corte não avançou em relação a posição do Parlamento. Ainda que

¹⁰⁶⁹ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014, p. 43. Nesse sentido, destaca-se trecho da carta: “Disregard for the European Convention would encourage those nations whose commitment to the rule of law is tenuous. It also contravenes the Ministerial Code. Moreover, such defiance of the Court would not be on a par with measures such as the “veto” of the EU financial treaty, the proposed opt-out from EU criminal measures, or the threat to veto the EU budget. All those measures, whatever their merits, are perfectly lawful. In this case the Prime Minister appears set upon a course which is clearly unlawful.”.

¹⁰⁷⁰ CONSELHO DA EUROPA. Decisão do Comitê de Ministros, tomada na reunião de 04 a 06/12/2012.

houvesse a previsão do direito à voto pela Corte EDH, a Suprema Corte do Reino Unido não adentrou na competência do Parlamento para regulamentar este direito.

No âmbito do Parlamento, foi selecionado Comitê Conjunto específico para tratar do tema. Em 18/12/2013, o Comitê Conjunto editou relatório, no qual recomendou que o Estado cumpra com a condenação da Corte EDH no Caso Hirst. Neste projeto, o direito de voto seria conferido a alguns presos condenados, com as seguintes prescrições: (i) o direito de voto seria concedido a todos os presos que cumprem pena de 12 meses ou menos, para todas as eleições nacionais e no âmbito europeu; (ii) estes prisioneiros devem ser registrados para votar no domicílio eleitoral anterior à condenação; caso não sejam identificados, devem ser capazes de se cadastrar em determinado domicílio com a comprovação de uma conexão com o local e (iii) os presos devem ter o direito de atualizar o cadastro no seu domicílio eleitoral 06 meses antes das eleições¹⁰⁷¹.

O Comitê Conjunto salientou que o Tribunal de Estrasburgo conferiu ampla margem de apreciação, para que o Parlamento implementasse os critérios de edição da legislação nacional, com o fim de regulamentar o artigo 3º do Protocolo n. 1. O Comitê ressaltou ainda da necessidade que o Reino Unido tem de cumprir o julgamento proferido pela Corte EDH, com a finalidade de que o Estado seja considerado exemplo para outros países. Caso o Reino Unido não cumpra com a decisão da Corte, este ato pode ser apresentado como precedente para os demais Estados que não possuem tradição em respeitar os direitos humanos¹⁰⁷².

A proposta foi encaminhada ao Governo. Em 25/02/2014, o Chanceler e o Secretário de Justiça responderam ao Comitê. No entanto, não há uma resposta consolidada por parte do Governo Britânico. Além disso, a proposta não foi incluída no

¹⁰⁷¹ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014, p. 47.

¹⁰⁷² WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014, p. 47-48. Importante transcrever a opinião do Comitê sobre o tema: "The Joint Committee noted that the European Court of Human Rights had not provided the UK with specific guidance as to what was considered necessary for compliance with Article 3 of Protocol 1 of the ECHR, but that a refusal to implement the ECtHR's judgment 'would not only undermine the international standing of the UK; it would also give succour to those states in the Council of Europe who have a poor record of protecting human rights and who may draw on such an action as setting a precedent that they may wish to follow.'".

discurso da Rainha de 2014, que representa uma tradição da apreciação de matérias legislativas no Reino Unido¹⁰⁷³.

Sem a definição no Reino Unido, 2.281 casos pendentes contra o Estado sobre a temática foram reativados no âmbito da Corte EDH, os quais serão apreciados de acordo com a tramitação do Tribunal de Estrasburgo¹⁰⁷⁴.

A tendência do Reino Unido é a de implementar o julgamento proferido pela Corte EDH. Caso se concretize a implementação, este procedimento irá demonstrar que o Estado não somente aceitará o conteúdo material da Convenção Europeia, mas também a evolução jurisprudencial da Corte EDH. Com esta postura, além de implementar o constitucionalismo compensatório desenvolvido pelo sistema regional de proteção, a atitude tem como finalidade servir de exemplo para os outros Estados vinculados à jurisdição do Tribunal de Estrasburgo.

Neste caso, também foi observado um importante instituto para a compreensão da dinâmica dos sistemas regionais de proteção. A Corte EDH conferiu ampla margem nacional de apreciação, com o escopo de que o Reino Unido tivesse liberdade para promover a deliberação sobre a implementação da sua condenação.

Nessa perspectiva, a margem nacional de apreciação pode ser apresentada como outro importante limite ao constitucionalismo compensatório empreendido na proteção dos direitos humanos.

2.3 A MARGEM NACIONAL DE APRECIÇÃO COMO LIMITE AO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

A margem nacional de apreciação apresenta-se como um espaço de discricionariedade conferido aos Estados pelas Cortes regionais de proteção. O instituto tem por finalidade fixar o conteúdo e o alcance dos direitos humanos contidos no bloco convencional instituído pelas Cortes regionais. Leva em consideração as circunstâncias jurídicas, sociais e culturais, além de seu exercício estar sujeito ao controle das Cortes.

¹⁰⁷³ Como tradição no Reino Unido, o Parlamento britânico delibera apenas sobre as propostas que estão no Discurso da Rainha de referido ano. Portanto, para o Parlamento deliberar sobre o tema, a discussão do direito de voto dos presos deve estar no Discurso da Rainha de 2015, sob pena de ser deliberada apenas no ano seguinte.

¹⁰⁷⁴ WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. Ob. cit., atualizada em 08/07/2014, p. 49.

O fundamento da margem nacional de apreciação não se encontra presente nos textos convencionais. Trata-se de doutrina desenvolvida para balancear a abstração contida na interpretação dos julgamentos com as condicionantes que circundam a realidade dos Estados¹⁰⁷⁵.

A fim de que não falte um consenso na compreensão do sentido e do alcance do bloco convencional, a margem nacional de apreciação reconhece aos Estados a possibilidade de considerar as particularidades das distintas sociedades na interpretação dos direitos humanos. Isto beneficia o compromisso dos Estados em reconhecer e garantir a proteção dos direitos¹⁰⁷⁶.

A doutrina da margem tem como objetivo respeitar as particularidades de cada Estado. No entanto, neste ponto há diferenças importantes entre os sistemas – europeu e interamericano – de proteção dos direitos humanos.

O Tribunal europeu confere ampla margem nacional de apreciação aos Estados quando da condenação por violação dos direitos humanos. Alemanha e Reino Unido são exemplos desta constatação. No caso alemão, a Corte EDH determinou que o tratamento conferido à aplicação de medidas de segurança do Estado fosse modificado. A Alemanha optou por editar uma nova lei sobre medidas de segurança.

Destaque importante para o desenvolvimento da margem é o exemplo do Reino Unido. Como acima ressaltado, no Caso Hirst, a Corte EDH determinou que o Estado implementasse o direito de voto dos presos. O Tribunal de Estrasburgo não falou como implementar (por medida legislativa ou administrativa), nem qual tipo de preso seria beneficiado (todos os presos, presos com condenação em diferentes tipos de ano). Deste modo, as particularidades locais de ambos os Estados foram respeitadas.

¹⁰⁷⁵ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en latinoamérica. *Ius et Praxis*, Talca, v. 9, n. 1, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100011&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 13/02/2015.

¹⁰⁷⁶ BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, Talca, v. 15, n. 1, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 24/06/2014.

No plano interamericano, a margem nacional de apreciação é bastante reduzida, se comparada ao sistema europeu. A Corte IDH avança na construção do controle de convencionalidade, e a depender do caso em questão, fortalece o seu bloco convencional sobre o tema, não permitindo que os Estados estabeleçam suas particularidades para a implementação dos direitos humanos¹⁰⁷⁷.

Logo, o pensamento inicial da doutrina da margem no plano interamericano indica que ela deve ser examinada em consonância com as circunstâncias específicas do caso e com as concepções relacionadas ao período histórico¹⁰⁷⁸.

Como exemplo desta tendência, no Caso “A Última Tentação de Cristo”, o Chile foi condenado a modificar seu ordenamento jurídico interno, para o fim de suprimir a censura prévia e permitir a exibição do filme que leva este mesmo nome¹⁰⁷⁹.

O efeito prático do julgamento seria o Chile alterar o seu texto constitucional, para excluir os dispositivos normativos que autorizavam esta censura. Ainda que não estivesse expressamente escrito pela Corte IDH¹⁰⁸⁰, alterar o texto constitucional é

¹⁰⁷⁷ Como analisado nos casos envolvendo a proibição de anistias, a margem foi extremamente reduzida, diante do fato de que a Corte IDH proferiu declaração de nulidade das leis de anistia por violação do texto da Convenção Americana.

¹⁰⁷⁸ BARBOSA DELGADO, Francisco R. El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: entre el Estado de Derecho y La Sociedad Democrática. In: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑES POBLETE, Manuel. *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2014. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3160>>. Acesso em: 06/12/2014, p. 58.

¹⁰⁷⁹ Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 05/02/2001. Serie C n. 73, § 103, ponto resolutivo n. 04: “(...)decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película ‘La Última Tentación de Cristo’”.

¹⁰⁸⁰ De outro lado, no Caso *Caesar vs. Trinidad e Tobago*, a Corte IDH determinou expressamente a alteração da Seção 6 do texto constitucional de Trinidad e Tobago, visto que incompatível com a Convenção Americana (Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 11/03/2005, Série C n. 123, § 133: “(...) al imposibilitar que la Ley de Penas Corporales sea impugnada, la ‘cláusula de exclusión’ contenida en la Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago es incompatible con la Convención. En consecuencia, la Corte considera pertinente ordenar que el Estado enmiende, dentro de un plazo razonable, la

uma medida considerada impactante, ao se considerar que a constituição representa a norma jurídica de maior relevância na ordem jurídica interna.

No entanto, no caso chileno, a condenação promovida pela Corte IDH foi elemento decisivo para a reforma constitucional do Chile. Nesse sentido, ainda que reduzida a margem de apreciação conferida pela Corte, esta redução foi relevante para a implementação do seu constitucionalismo compensatório e para o ambiente deliberativo democrático chileno, em que os favoráveis à alteração constitucional lograram êxito. Por consequência, houve o fortalecimento da liberdade de expressão na ordem jurídica chilena e no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

De outro lado, a margem nacional de apreciação revela-se como limite ao exercício do constitucionalismo compensatório. Como visto anteriormente, as razões de decidir dos julgamentos da Corte IDH são vinculantes para a implementação material dos direitos humanos e compõe o bloco de constitucionalidade interamericano delineado pela Corte IDH.

Todavia, determinados casos apresentam fundamentações dissociadas do objeto principal da controvérsia, o que coloca em debate a legitimidade da Corte IDH para avançar na criação jurisprudencial dos direitos humanos.

No Caso *Artavia Murillo e Outros (“Fecundação In Vitro”)* vs. Costa Rica, o Estado foi condenado a adotar medidas apropriadas para tornar sem efeito a proibição da fertilização *in vitro*. Com esta medida, a Corte IDH espera garantir às pessoas que desejem fazer uso desta técnica o exercício dos direitos humanos que se encontravam violados pelo Estado costarriquenho¹⁰⁸¹.

mencionada Sección 6 de la Constitución de Trinidad y Tobago, en cuanto imposibilite a las personas el acceso a un recurso efectivo ante un tribunal competente para la protección violaciones de sus derechos humanos”.

¹⁰⁸¹ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/11/2012, Série C n. 257, § 381, ponto resolutivo n. 02: “El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia”.

Neste julgamento, a construção do bloco convencional da Corte IDH inspira-se em diversos elementos. Dentre os direitos humanos debatidos pela Corte, esta considera o direito de proteção da família como fundamento para a necessidade de autorização da fertilização *in vitro*. Utiliza-se também de *Soft Law* relacionada à saúde sexual e reprodutiva para fundamentar a importância da alteração legislativa na Costa Rica¹⁰⁸².

No corpo das razões de decidir, a Corte IDH estabeleceu pontos polêmicos para a construção do argumento. Considera, por exemplo, que a incapacidade para ter filhos pode ser equiparada a um tipo de deficiência física. Nesse contexto, a ausência de acesso ao tratamento de fertilização *in vitro* pode ser considerada como um obstáculo à promoção da igualdade entre as pessoas (que podem ter filhos) no país. O Tribunal ainda considerou que esta impossibilidade de acesso a este tratamento pode ser considerada uma discriminação de gênero¹⁰⁸³.

No entanto, chama a atenção o argumento utilizado pela Corte, no sentido de que a proibição do uso da fertilização *in vitro* no Estado poderia ser considerada uma discriminação indireta em relação à situação econômica. Assim, as pessoas consideradas – jurídica e economicamente – pobres não teriam condições de realizar o tratamento de fertilização cruzada em outro país¹⁰⁸⁴.

Como medida de reparação, o instituto de seguridade social da Costa Rica (Caja Costarricense del Seguro Social, doravante CCSS) deverá incluir a disponibilidade da fertilização *in vitro* em seus programas de atenção à saúde, sobretudo nos de tratamento de

¹⁰⁸² Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., §§ 145 e 149.

¹⁰⁸³ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., §§ 293 e 294.

¹⁰⁸⁴ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas. Ob. cit., § 303: “Finalmente, la prohibición de la FIV tuvo un impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicarse la FIV en el extranjero. Consta del expediente que Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Oriéster Rojas, Julieta Gonzalez, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña, Geovanni Vega, Joaquinita Arroyo, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano y María del Socorro Calderón Porras no tenían los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la FIV en el extranjero”.

infertilidade. Esta inclusão fundamenta-se com o dever de garantia e de respeito ao princípio da não discriminação¹⁰⁸⁵.

A CCSS aguarda a aprovação do projeto de lei sobre fertilização *in vitro* e transferência de embriões humanos perante a Assembleia Legislativa do Estado, a fim de implementar estas técnicas, determinadas pela Corte IDH¹⁰⁸⁶. O projeto de lei está em amplo debate perante a Assembleia Legislativa da Costa Rica, em que diversas carências estão sendo apontadas na formação do texto legal¹⁰⁸⁷.

Não obstante ser um tema inusitado, verifica-se que a Corte IDH conferiu margem nacional de apreciação reduzida sobre a implementação deste direito. Ao invés de o Estado elaborar outras estratégias de políticas públicas, coube ao CCSS desenvolver programa específico para implementar a fertilização *in vitro* no âmbito do Estado.

De outro lado, observa-se que as autoridades da Costa Rica estão empenhadas em satisfazer o comando normativo desempenhado pela Corte IDH. Ainda que seja estranho ter como fundamento o combate à não discriminação e à pobreza, o Estado costarricense está se utilizando de seu aparato institucional para promover o constitucionalismo compensatório delineado pela Corte. O que antes era uma restrição de direitos fundamentais por parte da Costa Rica, agora passa a ser um esforço institucional para implementar o conteúdo material que, no caso, se configura com a tramitação e discussão do projeto de lei sobre fertilização *in vitro*.

¹⁰⁸⁵ Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Ob. cit., § 338: "En tercer lugar, en el marco de las consideraciones desarrolladas en el presente Fallo, la Caja Costarricense de Seguro Social deberá incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación".

¹⁰⁸⁶ SIU, Maria. CCSS espera aprobación de proyecto de ley para implementar técnicas de fertilización *in vitro*. *CRHOY.COM - NOTICIAS 24/7*. Disponível em: <<http://www.crhoy.com/ccss-espera-aprobacion-de-proyecto-de-ley-para-implementar-tecnicas-de-fertilizacion-in-vitro/>>. Acesso em: 13/02/2015.

¹⁰⁸⁷ Os debates podem ser acompanhados pelo link disponibilizado pela própria Assembléia Legislativa da Costa Rica: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZJDJobD4P9g>>. Acesso em 10/02/2015.

Logo, mesmo ultrapassando os limites argumentativos, a Corte IDH proporciona margem nacional de apreciação relativamente pequena em relação à Corte EDH, mas que permite avançar na implementação dos direitos humanos.

A margem de apreciação poderia ser utilizada pela Costa Rica como limite ao constitucionalismo compensatório, para o fim deixar de implementar o comando normativo da Corte IDH, visto que seu fundamento ingressou no âmago das definições de políticas públicas.

Porém, o Estado costarrriquenho considerou relevante o bloco convencional apresentado pela Corte IDH e está eivando esforços para promover a compensação relacionada ao *déficit* de direitos fundamentais, que antes existia na ordem jurídica interna.

Assim, a situação que se apresentava como eventual limite ao constitucionalismo compensatório, transformou-se em uma oportunidade para a implementação do conteúdo material delineado pelo julgamento da Corte IDH.

3 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO PELA INTERATIVIDADE DO DIÁLOGO JURISPRUDENCIAL ENTRE AS CORTES NACIONAIS E A CORTE IDH

Esta parte dedica-se a analisar a implementação do constitucionalismo compensatório desenvolvido pela Corte IDH em matéria de direitos humanos. Como primeiro passo, será examinado a primeira utilização do bloco de constitucionalidade da Corte IDH como norma convencional interpretada. Trata-se da implementação do conteúdo material do Caso Barrios Altos pela Corte Suprema de Justicia de la Nación da Argentina (doravante CSJN-Argentina).

Em seguida, a interatividade do diálogo jurisprudencial será analisada em duas partes. A primeira, no que diz respeito à implementação material do bloco convencional da Corte IDH referente à proibição das anistias.

A segunda parte dedica-se à aceitação da jurisprudência da Corte IDH por determinados tribunais nacionais. Esta tendência faz com que o constitucionalismo

compensatório se desenvolva, de modo que as cortes nacionais passem a decidir tendo como parâmetro o bloco convencional.

Ao final, a última análise do capítulo diz respeito à harmonização da ordem jurídica interna com a ordem internacional, promovida pelo México a partir de sua reforma constitucional, que entrou em vigor em 2011. Dentre outros aspectos, será examinada a possibilidade de uso do controle difuso de convencionalidade pelos juízes mexicanos, em especial como elemento de efetivação do constitucionalismo compensatório.

3.1 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO PELA NORMA CONVENCIONAL INTERPRETADA

Como se depreende da construção dos argumentos expostos nesta parte da pesquisa, o efeito vinculante da jurisprudência da Corte IDH pode ser direcionado de forma direta e subjetiva – *res judicata* –, ou pode assumir contornos objetivos e se direcionar a todos os Estados Partes, com a formulação da *res interpretata*.

O Caso Gelman não foi o primeiro em que a discussão sobre a *res interpretata* foi ventilada. Com o julgamento do Caso Barrios Altos vs. Peru, a Corte IDH buscou conferir certo padrão internacional de comportamento ao Estado na condução de sua produção legislativa, tendo como parâmetro o conteúdo da Convenção Americana¹⁰⁸⁸.

Depois de referido julgamento, ao perceber a carga normativa colocada pela Corte IDH, a Comissão IDH solicitou esclarecimento perante a Corte IDH sobre o sentido e o alcance de referido julgamento. A Comissão IDH questionou se os efeitos jurídicos da decisão no Caso Barrios Altos seriam aplicados apenas ao caso ou, de outra forma, haveria a extensão do conteúdo material para todas as situações de violação de direitos humanos, semelhantes às referidas leis peruanas de anistia¹⁰⁸⁹.

Mediante o procedimento de Interpretação de Sentença referente ao Caso Barrios Altos, a Corte IDH expressou que o julgamento proferido contém efeitos gerais. Estes efeitos são extensíveis aos demais casos nos quais as legislações contrariam

¹⁰⁸⁸ REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 112.

¹⁰⁸⁹ REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. Ob. cit., 2008, p. 112-113.

manifestamente as obrigações assumidas pelo Estado e estabelecidas na Convenção Americana, o que implica na responsabilização internacional do Estado¹⁰⁹⁰.

Este tipo de interpretação – conferida pelo controle de convencionalidade exercido pela Corte IDH – já fora utilizado em casos anteriores¹⁰⁹¹. Nestes casos, a Corte IDH já enfatizou o dever dos Estados de adotar medidas que supram as normas e as práticas de qualquer natureza, e que impliquem na ofensa das garantias estabelecidas pela Convenção Americana. Esta determinação também é direcionada à confecção de normas e ao desenvolvimento de práticas que não sejam condizentes com a observância destas garantias, sobretudo em relação ao conteúdo estabelecido pelo artigo 2º da Convenção Americana¹⁰⁹².

Com efeito, o dever geral dos Estados Partes de adequar as disposições de seu sistema jurídico à Convenção Americana implica que as medidas de direito interno devem ser efetivas (isto é, apresentem o princípio do *effet utile*¹⁰⁹³). Isto revela que o Estado

¹⁰⁹⁰ Nesse sentido, o pronunciamento da Corte IDH sobre o tema: “18. La promulgación de una ley manifestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado Parte en la Convención constituye *per se* una violación de ésta y genera responsabilidad internacional del Estado. En consecuencia, la Corte considera que, dada la naturaleza de la violación constituida por las leyes de amnistía No. 26479 y No. 26492, lo resuelto en la sentencia de fondo en el caso Barrios Altos tiene efectos generales, y en esos términos debe ser resuelto el interrogante formulado en la demanda de interpretación presentada por la Comisión.” (Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 03/09/2001 – Interpretação da Sentença de Mérito, Série C n. 83, § 18).

¹⁰⁹¹ A esse respeito, colaciono os seguintes casos julgados: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/02/2001. Serie C n. 73, §§ 85-87; Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16/08/2000. Serie C n. 68, § 137 e Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30/05/1999. Serie C n. 52, § 207.

¹⁰⁹² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MOLLER, Carlos María. La Obligación de “Respetar” y “Garantizar” los Derechos Humanos ... Ob. cit., 2012.

¹⁰⁹³ “En la interpretación de la Convención, el principio del efecto útil, de tanta relevancia en el ámbito del Derecho Internacional, adquiere una importancia transcendental, y así ha sido enfatizado por la Corte”, de modo que “la Corte interamericana ha subrayado que la Convención debe ser interpretada en función de su carácter específico de tratado de garantía colectiva de los derechos humanos y libertades fundamentales, y que el objeto y fin de este instrumento de protección de seres humanos exigen comprender y aplicar sus disposiciones de manera que haga efectivas y concretas aquellas exigencias” (FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*: aspectos institucionales y procesales. 3. ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2004, p. 91).

deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção Americana seja cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como preconiza o seu artigo 2º, porquanto estas medidas somente são efetivas quando o Estado adapta sua atuação ao conjunto normativo de proteção estabelecido pela Convenção¹⁰⁹⁴.

Logo, os efeitos gerais conferidos pela Corte IDH estendem-se aos casos que tem como pano de fundo a matéria penal e que discutem a aplicação das leis de anistia. Este direcionamento justifica-se em virtude da impunidade conferida aos infratores de direitos humanos, cujas violações aos familiares das vítimas abrangem o não esclarecimento da verdade, o não estabelecimento da justiça e a ausência de reparação da vulneração dos direitos humanos¹⁰⁹⁵.

Como observado na presente pesquisa, os efeitos gerais do Caso Barrios Altos foram aplicados como precedente no Caso La Cantuta vs. Peru¹⁰⁹⁶, em que o tema foi retomado e debatido novamente, alcançando-se avanços significativos no estabelecimento do *standard* de proteção em matéria de anistias.

Os efeitos jurídicos conferidos ao julgamento do Caso Barrios Altos – com a declaração de nulidade das disposições normativas relacionadas à anistia, em virtude

¹⁰⁹⁴ Este entendimento da Corte foi expresso nos seguintes julgados: Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/02/2001. Serie C n. 73, §§ 85-87; Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16/08/2000. Serie C n. 68, § 137 e Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30/05/1999. Serie C n. 52, § 207.

¹⁰⁹⁵ REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 113.

¹⁰⁹⁶ Em específico, a Corte IDH utilizou os argumentos do Caso Barrios Altos para considerar como inadmissíveis as disposições de anistia, de prescrição e de excludente de responsabilidade que tenham como escopo impedir a investigação e a punição dos responsáveis pelas violações graves dos direitos humanos, como torturas, execuções sumárias e desaparecimento forçados, por considerar que estas condutas violam direitos inderrogáveis e reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, § 41). Estes argumentos tiveram por finalidade desconstituir a coisa julgada aparente ou fraudulenta estabelecida no sistema jurídico interno (Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006, Série C n. 162, §§ 152 e 153).

da incompatibilidade material com o texto convencional – assemelham-se à declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelas cortes constitucionais¹⁰⁹⁷.

As declarações de inconstitucionalidade adotadas pelos modelos de justiça constitucional¹⁰⁹⁸ conferem caráter “executivo”¹⁰⁹⁹, de modo que alcançam o plano da existência ou da validade da norma jurídica¹¹⁰⁰, o que implica na remoção da norma do ordenamento jurídico interno.

¹⁰⁹⁷ HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014; VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés. *Teoría Constitucional del Proceso: Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, Colômbia: Ediciones Doctrina Y Ley, 2009, p. 69-96; GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, J. Jesús. Sistemas de control de constitucionalidad. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (coord.). *Derecho Procesal Constitucional: Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, Colômbia: VC Editores, 2010, p. 263-276 e MARTINS, Leonardo (org.). *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.

¹⁰⁹⁸ Sobre os modelos de Justiça Constitucional, são importantes as lições de FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004. A diversidade de “justiças constitucionais” pode ser apreciada também em VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (coord.). *Derecho Procesal Constitucional: Memorias del Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*. Vol. II, Tomo I. Bogotá, Colômbia: VC Editores, 2011.

¹⁰⁹⁹ Na leitura de Domingo García Belaunde, “la sentencia ha señalado que *carecen de efectos jurídicos*, con lo cual acepta una técnica similar al control difuso que se ejerce mediante la *judicial review*, cual es dejar intacta la ley, pero declarar que no es aplicable. Dicho en otros términos: carecer de efectos jurídicos o no ser aplicable, son prácticamente lo mismo” (GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Amnistía y Derechos Humanos: a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Barrios Altos”. In: MÉNDEZ SILVA, Ricardo. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 2002. Disponível em: <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=342>>. Acesso em: 04/12/2014, p. 255.

¹¹⁰⁰ No sistema jurídico brasileiro, a discussão do controle de constitucionalidade de normas pelo Supremo Tribunal Federal - se atuação se dá no plano da existência ou da validade - é direcionada por Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014). De forma aprofundada, esta discussão sobre a incidência da

Note-se que com o Caso Barrios Altos, a Corte IDH buscou creditar às leis de autoanistia não apenas a incompatibilidade com a Convenção Americana, mas também a carência de efeitos jurídicos perante o direito internacional dos direitos humanos. Referidas leis foram consideradas fonte de ilicitude no plano internacional, a ensejar a responsabilização internacional do Estado. A vigência de referidas normas afeta de forma continuada direitos inderrogáveis – como a vida e a integridade pessoal, dentre outros – que estão no domínio de normas consideradas *jus cogens*.¹¹⁰¹

Com o cenário de que as leis de anistia carecem de efeitos jurídicos, os juízes nacionais têm a obrigação internacional de não aplicar referidas legislações. Esta obrigação – no âmbito dos casos concretos – é cumprida mediante o exercício do controle de convencionalidade em sede nacional, em virtude da incompatibilidade material existente com a Convenção Americana¹¹⁰².

Nesse aspecto, os magistrados devem aplicar diretamente o texto convencional, com o escopo de resolver internamente o caso penal a favor dos familiares das vítimas, com a aplicação da legislação penal vigente à época dos fatos, cuja finalidade consiste em iniciar ou continuar com as investigações penais e promover a sanção aos autores dos respectivos delitos, evitando-se a instalação do quadro de impunidade¹¹⁰³.

No âmbito do Estado peruano, houve o implemento material das disposições contidas no Caso Barrios Altos vs. Peru. Enquanto que a Interpretação de

inconstitucionalidade no plano da existência ou da validade da norma jurídica é vista por Marcos Bernardes de Mello (MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995 e MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000).

¹¹⁰¹ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75. Voto concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, § 11.

¹¹⁰² NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, v. 45, n. 135, set./dez. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014. Em uma perspectiva crítica, conferir MEJÍA-LEMON, Diego Germán. On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Right’s Relevant Case Law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, p. 117-151.

¹¹⁰³ REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008, p. 117-118.

Sentença de referido caso foi realizada em 03/09/2001¹¹⁰⁴, pouco mais de 1 mês depois, em 16/10/2001, o Conselho Supremo de Justiça Militar do Peru (doravante CSJM-Peru) promoveu o constitucionalismo compensatório, com a implementação material do Caso Barrios Altos em seus julgamentos. O CSJM-Peru declarou nula a aplicação do benefício de anistia aos militares peruanos, determinando que os processos retornem ao estado processual anterior à aplicação do benefício de anistia¹¹⁰⁵.

Além do efeito vinculante do Caso Barrios Altos verificado no sistema jurídico interno do Peru, a extensão deste efeito assumiu o *status* de norma convencional interpretada. Referido Caso integrou os fundamentos da *ratio decidendi* da Corte Suprema de Justicia de la Nación da Argentina (doravante CSJN-Argentina), em demanda específica tratada por referida Corte Constitucional¹¹⁰⁶.

O caso envolve o sequestro de uma criança recém-nascida (Cláudia Victoria Poblete) de seus pais (José Liborio Poblete e Gertrudis Marta Hlaczik). A família estava detida no cárcere da ditadura argentina (centro clandestino de detenção “El Olimpo”)

¹¹⁰⁴ Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 03/09/2001 - Interpretação da Sentença de Mérito, Série C n. 83.

¹¹⁰⁵ Informações colhidas de Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006, § 80.63. Eis o inteiro teor: “El 16 de octubre de 2001 la Sala Plena del CSJM, en relación con la causa No. 157-V-93, “sobre la cual se aplicó las Leyes de Amnistía[, ...] a efectos de dar cumplimiento a la sentencia de interpretación de la Corte Interamericana [...] de fecha tres de septiembre [de 2001] del caso ‘Barrios Altos’”, dispuso lo siguiente: [...] declarar NULA en todos sus extremos, la Ejecutoria Suprema de dieciséis de junio de mil novecientos noventa y cinco, que resolvió aplicar el beneficio de Amnistía al General de brigada Ejército Peruano Juan Rivero Lazo, Coronel Ejército peruano Federico Augusto Navarro Pérez, Mayores ejército Peruano Santiago Enrique Martín Rivas y Carlos Eliseo Pichilingue Guevara; Capitán Ejército Peruano José Adolfo Velarde Astete; Teniente Ejército Peruano Aquilino Portella Núñez, técnico de tercera ejército peruano Julio Chuqui Aguirre, Nelson Rogelio Carbajal García, Jesús Antonio Sosa Saavedra y el corte de secuela de juicio al Teniente Ejército Peruano en situación de retiro Aquilino Portella Núñez. [...] que los presentes autos vuelvan al estado procesal anterior a la aplicación del beneficio de amnistía, al haber quedado sin efectos jurídicos la aplicación de beneficio de amnistía otorgado a estos sentenciados, debiendo remitirse la presente causa al Vocal Instructor a fin que proceda conforme a Ley y cumpla con la ejecución de sentencia de fecha tres de mayo de mil novecientos noventa y cuatro; y los devolvieron.”

¹¹⁰⁶ ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014.

por agentes à serviço da ditadura militar – Júlio Hector Simón¹¹⁰⁷ e Juan Antonio Del Cerro – que são os recorrentes do caso perante a CSJN-Argentina¹¹⁰⁸.

No primeiro momento, o Juízo de primeira instância argentina realizou, de ofício, o controle difuso de convencionalidade e declarou a invalidez dos artigos 1º da Lei n. 23.492¹¹⁰⁹ e 1º, 3º e 4º da Lei n. 23.521¹¹¹⁰, por serem incompatíveis com os artigos 1º, item 1,

¹¹⁰⁷ Membro da Polícia Federal Argentina e integrante de um grupo de tarefas que dependia do Primeiro Corpo do Exército Argentino e que formava parte do sistema clandestino de repressão (1976-1983).

¹¹⁰⁸ As informações foram extraídas do relatório do julgamento: ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014.

¹¹⁰⁹ A Ley n. 23.492 foi sancionada em 23/12/1986 e promulgada em 24/12/1986, tendo sido publicada no “Boletín Oficial” do Estado argentino em 29/12/1986. Foi denominada de “Punto Final” em função da extinção da ação penal, prevista em seu artigo 1º:

“Art. 1 - Se extinguió la acción penal respecto de toda persona por su presunta participación en cualquier grado, en los delitos del art. 10 de la ley 23.049, que no estuviere profugo, o declarado en rebeldía, o que no haya sido ordenada su citación a prestar declaración indagatoria, por tribunal competente, antes de los sesenta días corridos a partir de la fecha de promulgación de la presente ley.

En las mismas condiciones se extinguió la acción penal contra toda persona que hubiere cometido delitos vinculados a la instauración de formas violentas de acción política hasta el 10 de diciembre de 1983.”

¹¹¹⁰ A Ley n. 23.521 foi sancionada em 04/06/1987 e promulgada em 08/06/1987, tendo sido publicada no “Boletín Oficial” do Estado argentino em 09/06/1987. Foi denominada de “Ley de obediencia debida” em virtude da situação descrita em seu artigo 1º:

“Art. 1 - Se presume sin admitir prueba en contrario que quienes a la fecha de comisión del hecho revistaban como oficiales jefes, oficiales subalternos, suboficiales y personal de tropa de las fuerzas armadas, de seguridad, policiales y penitenciarias, no son punibles por los delitos a que se refiere el art. 10, punto 1 de la ley 23.049 por haber obrado en virtud de obediencia debida.

La misma presunción será aplicada a los oficiales superiores que no hubieran revistado como comandante en jefe, jefe de zona, jefe de subzona o jefe de fuerza de seguridad, policial o penitenciaria si no se resuelve judicialmente, antes de los treinta días de promulgación de esta ley, que tuvieron capacidad decisoria o participaron en la elaboración de las ordenes.

En tales casos se considerará de pleno derecho que las personas mencionadas obraron en estado de coerción bajo subordinación a la autoridad superior y en cumplimiento de ordenes, sin facultad o posibilidad de inspección, oposición o resistencia a ellas en cuanto a su oportunidad y legitimidad.

(...)

2º, 8º e 25 da Convenção Americana, artigo XVIII da Declaração Americana de Derechos Humanos¹¹¹¹, artigos 2º e 9º do Pacto Internacional de Derechos Civis e Políticos¹¹¹², e com o

Art. 3 - La presente ley se aplicara de oficio. Dentro de los cinco (5) dias de su entrada en vigencia, en todas las causas pendientes, cualquiera sea su estado procesal, el tribunal ante el que se encontraren radicadas sin mas tramite dictara, respecto del personal comprendido en el art. 1, primer parrafo, la providencia a que se refiere el art. 252 bis delCodigo de Justicia Militar o dejara sin efecto la citacion a prestar declaracion indagatoria, segun correspondiere.

El silencio del tribunal durante el plazo indicado, o en el previsto en el segundo parrafo del art. 1 producira los efectos contemplados en el parrafo precedente, con el alcance de cosa juzgada.

Si en la. causa no se hubiere acreditado el grado o funcion que poseia a la fecha de los hechos la persona llamada a prestar declaracion indagatoria, el plazo transcurriera desde la presentación del certificado o informe expedido por autoridad competente que lo acredite.

Art. 4 - Sin perjuicio de lo dispuesto por la ley 23.492, en las causas respecto de las cuales no hubiera transcurrido el plazo previsto en el art. 1 de la misma, no podra disponerse la citacion a prestar declaracion indagatoria de las personas mencionadas en el art. 1, primer parrafo de la presente ley.”

¹¹¹¹ “Artigo XVIII. Toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos. Deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve, mediante o qual a justiça a proteja contra atos de autoridade que violem, em seu prejuízo, qualquer dos direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.”

¹¹¹² “ARTIGO 2

1. Os Estados Partes do presente pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os individuos que se achem em seu território e que estejam sujeitos a sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo. língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer condição.

2. Na ausência de medidas legislativas ou de outra natureza destinadas a tornar efetivos os direitos reconhecidos no presente Pacto, os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a tomar as providências necessárias com vistas a adotá-las, levando em consideração seus respectivos procedimentos constitucionais e as disposições do presente Pacto.

3. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a:

a) Garantir que toda pessoa, cujos direitos e liberdades reconhecidos no presente Pacto tenham sido violados, possa de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais;

b) Garantir que toda pessoa que interpuser tal recurso terá seu direito determinado pela competente autoridade judicial, administrativa ou legislativa ou por qualquer outra autoridade competente prevista no ordenamento jurídico do Estado em questão; e a desenvolver as possibilidades de recurso judicial;

c) Garantir o cumprimento, pelas autoridades competentes, de qualquer decisão que julgar procedente tal recurso.

(...)

objeto e fim da Convenção contra a Tortura e outros tratamentos penais cruéis, desumanos ou degradantes¹¹¹³ (em consonância com o artigo 18 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados¹¹¹⁴).

ARTIGO 9

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais. Ninguém poderá ser preso ou encarcerado arbitrariamente. Ninguém poderá ser privado de liberdade, salvo pelos motivos previstos em lei e em conformidade com os procedimentos nela estabelecidos.

2. Qualquer pessoa, ao ser presa, deverá ser informada das razões da prisão e notificada, sem demora, das acusações formuladas contra ela.

3. Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

4. Qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal.

5. Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegais terá direito à repartição.”

¹¹¹³ “ARTIGO 1º

1. Para os fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.

2. O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.”

¹¹¹⁴ “Artigo 18 - Obrigação de Não Frustrar o Objeto e Finalidade de um Tratado antes de sua Entrada em Vigor

Um Estado é obrigado a abster-se da prática de atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado, quando:

a) tiver assinado ou trocado instrumentos constitutivos do tratado, sob reserva de ratificação, aceitação ou aprovação, enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado; ou

Em sequência, o Juízo de primeira instância conjugou o controle difuso de convencionalidade com o controle de constitucionalidade e, com fundamento no artigo 29 da Constituição Argentina¹¹¹⁵, declarou a inconstitucionalidade – com nulidade insanável – dos mesmos dispositivos. O fundamento do duplo controle é resultado do tratamento degradante e da prática de tortura no centro clandestino de detenção provisória, considerados crimes contra humanidade¹¹¹⁶.

A Segunda Instância – Sala II da Câmara Nacional de Apelações no campo Criminal e Correccional Federal (em 09/11/2001) confirmou a decisão do Juízo de origem e manteve a declaração de inconstitucionalidade¹¹¹⁷.

Os recorrentes alegam em suas respectivas insurgências recursais fundamentos semelhantes aos casos apreciados pela SCJ-Uruguai¹¹¹⁸, quando do diálogo jurisprudencial realizado com a Corte IDH – em relação ao Caso Gelman. Nesse sentido, invocaram os axiomas garantistas *nullum crimen nulla poena sine lege*, bem como a proibição de aplicar a lei penal maléfica *ex post facto*.

b) tiver expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser indevidamente retardada.”

¹¹¹⁵ Eis a redação do dispositivo: “Artículo 29.- El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia, facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones o supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria.”

¹¹¹⁶ ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014.

¹¹¹⁷ ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014.

¹¹¹⁸ Como apreciado acima, em especial os argumentos da Sentença n. 20 da SCJ-Uruguai (URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 20. IUE-2-109971/2001. Relator Ministro Jorge O. Chediak González. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 08/11/2014).

Sustentam que foi aplicada retroativamente uma norma de natureza penal – Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas (aprovada pela Lei n. 24.556, tendo a hierarquia constitucional sido conferida pela Lei n. 24.820), tendo como consequência a eliminação da prescrição referente à ação e à pena. Defendem que não se pode aplicar de forma inquebrantável o artigo 18 da Constituição Argentina¹¹¹⁹, em detrimento dos princípios gerais reconhecidos pela comunidade internacional (artigo 4º da Lei n. 23.313)¹¹²⁰.

No campo da fundamentação do julgamento, a CSJN-Argentina posicionou-se em alinhamento com as instâncias anteriores, com o escopo de retirar do sistema jurídico argentino as leis que determinavam a anistia dos acontecimentos ocorridos em pleno regime militar.

Inicialmente, ao abordar as leis que concederam a anistia, a Corte Suprema Argentina considerou a essência dos diplomas legislativos em debate a necessidade de proceder com a anistia diante do cenário político conturbado, em que a anistia aparecia como única alternativa possível para alcançar a paz social. Com isso, a preservação da harmonia sócio-política era mais prestigiada pelo legislador que a persecução criminal daqueles que praticaram delitos de natureza bárbara no período do regime militar. Referida

¹¹¹⁹ Redação do dispositivo presente na Carta Constitucional Argentina: “Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice.”

¹¹²⁰ Argumentos extraídos de ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014.

regulamentação normativa, portanto, foi considerada o resultado do exercício da ponderação legislativa sobre os graves interesses em jogo¹¹²¹.

Entretanto, a CSJN-Argentina buscou revisitar o tema à luz do direito internacional dos direitos humanos, em especial com o patamar alcançado pelos direitos humanos na Constituição argentina, em seu artigo 75, inciso 22¹¹²². Nessa perspectiva, o

¹¹²¹ Nesse aspecto, destaco a apreciação da Corte Constitucional Argentina: “la ratio legis era evidente: amnistiar los graves hechos delictivos cometidos durante el anterior régimen militar, en el entendimiento de que, frente al grave conflicto de intereses que la sociedad argentina enfrentaba en ese momento, la amnistía aparecía como la única vía posible para preservar la paz social. La conservación de la armonía sociopolítica era valorada por el legislador como un bien jurídico sustancialmente más valioso que la continuación de la persecución penal de los beneficiarios de la ley. Dicha ley fue juzgada, en consecuencia, como el resultado de una ponderación acerca de los graves intereses en juego, privativa del poder político, y como tal fue admitida por este Tribunal.” (ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014).

¹¹²² O artigo 75, inciso 22 da Constituição Argentina apresenta o Estado como dualista com primazia do direito internacional em relação à matéria infraconstitucional. No entanto, não obstante considerar diversos tratados em nível constitucional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, neste ponto a Constituição Argentina - em virtude de sua primazia - optou por ser dualista com primazia do direito interno, ao estabelecer sua força normativa, no sentido de que os diplomas normativos internacionais não podem revogar os dispositivos constitucionais anteriormente existentes. Vale conferir a redação do dispositivo: “Artículo 75.- Corresponde al Congreso: (...) 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos

novo enfoque internacional – trazido pela CSJN-Argentina – prevê a revisitação da questão anteriormente decidida no plano legislativo. Assevera o tribunal que o conteúdo material dos direitos humanos não autoriza o Estado a tomar decisões no sentido da ponderação realizada¹¹²³ – em prestigiar o estabelecimento da anistia em detrimento da renúncia à persecução penal de crimes contra a humanidade¹¹²⁴.

A CSJN-Argentina considera as diretivas da Comissão IDH e os julgamentos da Corte IDH como parâmetros interpretativos dos deveres e das obrigações derivados da Convenção Americana. No caso em apreço, a CSJN-Argentina considerou os fundamentos do Caso Barrios-Altos vs. Peru como razões de decidir, de modo que utilizou como *ratio decidendi* de seu julgamento os argumentos postos em referido precedente.

Dentre a fundamentação colacionada, estão o dever do Estado de organizar e articular sua estrutura institucional, para assegurar a vigência dos direitos humanos – o que inclui o dever de prevenir, investigar e sancionar toda a ofensa reconhecida à Convenção Americana. Nesse aspecto, o posicionamento atual da Corte IDH enfatiza a necessidade de declarar sem efeitos todos os institutos jurídicos de direito interno que legitimem o Estado a descumprir seu dever internacional de investigar, julgar e punir as violações graves dos direitos humanos¹¹²⁵.

Uma das justificativas para a apreciação pela CSJN-Argentina das leis “punto final” e “obediencia debida” por meio do controle de convencionalidade está no fato de que referidos institutos legislativos terem sido submetidos à Comissão IDH. Ela recomendou ao Estado argentino a adoção de medidas necessárias ao esclarecimento dos

terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

¹¹²³ Em uma perspectiva crítica, conferir a opinião de HITTERS, Juan Carlos. La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, U. N. L. P., 2014, p. 1-17.

¹¹²⁴ ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014, considerando 14.

¹¹²⁵ ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014, considerando 19.

fatos e à individualização dos responsáveis pelas violações dos direitos humanos ocorridas durante o período da ditadura militar¹¹²⁶.

Nesse aspecto, independentemente do pronunciamento da Corte IDH sobre o tema, especificamente para o Estado argentino, a CSJN-Argentina utiliza-se dos fundamentos do Caso Barrios Altos vs. Peru para tornar sem efeito os diplomas legislativos que resguardaram a realização da anistia¹¹²⁷.

Deste modo, a CSJN-Argentina se valeu da *res interpretata* – sobretudo a declaração da Corte IDH de responsabilidade internacional do Estado pela violação ao bloco de normas presentes na Convenção Americana. Este bloco convencional é composto pelos direitos à vida (artigo 4º) e à integridade pessoal (artigo 5º), pelas ofensas às garantias judiciais (artigo 8º) e à proteção judicial (artigo 25), além das obrigações de respeitar direitos (artigo 1º, item 1) e de adotar as disposições convencionais no direito interno (artigo 2º). Referido bloco constitucional tem como escopo assinalar a inadmissibilidade das disposições que conferem anistia, que estabelecem a prescrição e as excludentes de responsabilidade, bem como aquelas que pretendam impedir a investigação e a sanção dos responsáveis pelas graves violações dos direitos humanos¹¹²⁸.

¹¹²⁶ Comissão IDH. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 e 10.311. Informe n. 28, de 02/10/1992.

¹¹²⁷ ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014, considerando 23.

¹¹²⁸ De acordo com a Corte IDH, atos como torturas, execuções sumárias - extralegais ou arbitrarias - e os desaparecimentos forçados são proibidos em função de ofender direitos inderrogáveis, reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nesse sentido, assinala a Corte IDH: “La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y

Para a CSJN-Argentina, a transposição¹¹²⁹ das conclusões da Corte IDH no Caso Barrios Altos ao julgamento da Corte Suprema nacional é imperativa, haja vista que o conteúdo material delineado pela Corte IDH deve ser interpretado de boa-fé e implementado pela pauta jurisprudencial.

Este posicionamento justifica-se tendo em vista que as disposições normativas argentinas – “punto final” e “obediencia debida” – apresentam os mesmos vícios que levaram a Corte IDH a declarar sem efeitos as leis peruanas de autoanistia¹¹³⁰, pois a finalidade de todas estas legislações eram evitar a persecução penal de lesões graves aos direitos humanos¹¹³¹.

recibir la reparación correspondiente. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana” (Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75, §§ 41, 43 e 44).

¹¹²⁹ DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004, p. 14-18 e DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006, p. 39-128. Esta metodologia da “transposição” também é verificada em SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 1, p. 85-106, 1998.

¹¹³⁰ ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014, considerando 24.

¹¹³¹ O posicionamento crítico da CSJN-Argentina foi reconhecido pela balizada doutrina sobre o tema. Conforme as lições de Christina Binder, “Los tribunales nacionales en Argentina y Colombia parecen dar mayor importancia a la ‘jurisprudencia sobre amnistía’ de la Corte Interamericana; especialmente el caso Barrios Altos es frecuentemente citado. La doctrina del ‘control de convencionalidad’ de la Corte Interamericana es explícitamente aceptada en sentencias recientes de la Corte Suprema de Argentina. El efecto expansivo de la jurisprudencia de la Corte Interamericana parece así considerable: la legislación de amnistía no es aplicada a casos específicos o es declarada anticonstitucional, entre otros, en razón de los criterios establecidos en las sentencias de la Corte Interamericana (...). De esta manera, en Argentina, es aceptada la autoridad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en el terreno de las leyes de amnistía; no solamente el razonamiento de la Corte Interamericana guía los tribunales nacionales cuando deben decidir sobre la inconstitucionalidad de las leyes de amnistía” (BINDER, Christina. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La

Como se vê, com a sistemática da violação dos direitos humanos pelos Estados, provoca-se um *déficit* de proteção à pessoa humana. Para reverter esta ausência de proteção, o constitucionalismo compensatório – oriundo da interpretação dos julgamentos da Corte IDH – apresenta-se como elemento importante para resolver esta questão.

Dessa maneira, os Estados devem implementar o constitucionalismo compensatório, com o fim de incorporar a jurisprudência construída pela Corte IDH nos seus sistemas jurídicos nacionais, mediante o controle de convencionalidade exercido por ela.

3.2 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO: A INCORPORAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE IDH PELOS TRIBUNAIS NACIONAIS

Importantes tribunais nacionais – dentre eles cortes constitucionais – têm promovido o diálogo jurisprudencial com a Corte IDH, mas no sentido de incorporar o conteúdo normativo contido em seus precedentes.

A incorporação do bloco convencional desenvolvido pela Corte IDH faz com que a ordem jurídica nacional aproxime-se dos objetivos traçados pelo Tribunal Interamericano, no sentido de internalizar o conteúdo material da Convenção Americana. Neste processo dialético de interação, revela-se fundamental o papel dos juízes nacionais na implementação dos padrões interpretativos de proteção da pessoa humana à nível interno.

Nesse aspecto serão examinados dois processos de implementação do constitucionalismo compensatório na via jurisprudencial: (i) quando o tema diz respeito a graves violações de direitos humanos e (ii) no que tange à interpretação da dignidade da pessoa humana.

jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 181-183).

3.2.1 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO EM CASOS GRAVES DE VIOLAÇÕES DOS DIREITOS HUMANOS

Nos tópicos anteriores, buscou-se analisar na presente pesquisa a construção jurisprudencial do bloco convencional da Corte IDH relacionado ao tema anistia. Nos casos examinados, verificou-se a evolução da jurisprudência da Corte IDH, com o uso de instrumentos do direito internacional já existentes, bem como com a sua contribuição para o plano internacional, empregando a dinâmica de novos processos, além de criar novos direitos, com o fim de proteger a pessoa humana.

Neste cenário, o que se pretende nesta parte da pesquisa é verificar a utilização da jurisprudência da Corte, com o manejo dos novos processos perante os sistemas jurídicos nacionais, dentre eles o constitucionalismo compensatório.

Diversos Estados estão incorporando os padrões interpretativos desenvolvidos pela Corte IDH, relacionados à proibição de edição de leis para anistiar graves violações dos direitos humanos.

Como acima analisado, a Argentina foi o primeiro Estado a implementar o bloco convencional em matéria de anistias. Além de tornar sem efeitos as disposições normativas que asseguravam a anistia aos autores de delitos graves, um dos fundamentos utilizados pela CSJN-Argentina é o de que quem foi beneficiado pelas leis argentinas de anistia não podem invocar nem a proibição de retroatividade da lei penal mais grave e nem a coisa julgada.

A justificativa da CSJN-Argentina baseia-se no fato de que o Estado está sujeito à jurisdição da Corte IDH, a qual impede que o princípio da irretroatividade da lei penal seja invocado para deixar de cumprir os deveres assumidos em matéria de persecução de graves violações de direitos humanos¹¹³².

No Chile, a Corte Suprema de Justiça (doravante CSJ-Chile) concluiu que as anistias referentes ao delito de desaparecimento forçado abarcariam apenas determinado período de tempo, e não todo o lapso de duração do desaparecimento forçado, e tampouco

¹¹³² ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014.

seus efeitos. Para a CSJ-Chile, a soberania do Estado reconhece seu limite nos direitos humanos, pois são valores que são superiores a toda a norma que podem dispor as autoridades do Estado¹¹³³.

Em outro caso, a CSJ-Chile anulou uma sentença que absolvía determinada parte e invalidou a aplicação da lei de anistia chilena (Decreto-Lei n. 2.191/78), por meio de uma sentença de substituição.

Para a CSJ-Chile, o delito de sequestro tem natureza de crime contra a humanidade, de modo que não há como se invocar a anistia como uma causa de extinção da responsabilidade penal¹¹³⁴. Em especial, este entendimento é resultado do constitucionalismo compensatório, pois a CSJ-Chile aplicou a fundamentação contida no Caso Almonacid Arellano, que condenou o Estado chileno a rever a sua lei de anistia, por considerar os delitos anistiados praticados como crimes contra a humanidade¹¹³⁵.

Nesse contexto, a CSJ-Chile considera que a lei de anistia deve ser interpretada em conformidade com os textos convencionais de proteção dos direitos fundamentais do indivíduo, e que determina as sanções aos graves atentados cometidos durante a vigência de referida legislação de anistia¹¹³⁶.

Ao final, a CSJ-Chile considerou que a proibição de autoanistia implica também na suspensão da vigência da prescrição da ação penal, concebidas para operar em

¹¹³³ CHILE. Corte Suprema de Justicia de Chile. Decisão do Pleno a respeito da instância que examinará a aplicação da Lei de Anistia no caso do sequestro de Miguel Angel Sandoval. Rol n. 517-2004. Caso n. 2477, de 17/11/2004.

¹¹³⁴ CHILE. Corte Suprema de Justicia de Chile. Caso de Claudio Abdón Lecaros Carrasco seguido pelo delito de sequestro qualificado. Rol n. 47.205. Recurso n. 3302/2009. Resolução n. 16698. Sentença de Apelação e Resolução n. 16699. Sentença de Substituição, de 18/05/2010.

¹¹³⁵ Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 154.

¹¹³⁶ CHILE. Corte Suprema de Justicia de Chile. Caso de Claudio Abdón Lecaros Carrasco seguido pelo delito de sequestro qualificado. Rol n. 47.205. Recurso n. 3302/2009. Resolução n. 16698. Sentença de Apelação e Resolução n. 16699. Sentença de Substituição, de 18/05/2010.

um contexto de paz social, mas não em situações de vulneração de todas as instituições estatais, em benefício de quem determinava a sua erosão¹¹³⁷.

De outro lado, o TC-Peru considerou como nulas as leis de anistia e as resoluções judiciais proferidas com o propósito de garantir a impunidade da violação de direitos humanos cometida pelos agentes do Estado¹¹³⁸. No caso em questão, a justificativa para afastar os atos normativos estatais não se deu apenas em função do Caso Barrios Altos. O TC-Peru considerou o Caso Almonacid Arellano – na perspectiva da norma convencional interpretada – tendo em vista que considerou a vontade do legislador penal em encobrir crimes contra a humanidade praticados no Peru.

A seu turno, a Corte Constitucional colombiana fixou em sua jurisprudência a necessidade de observância das obrigações internacionais nos casos de graves violações de direitos humanos, bem como o dever de evitar a aplicação de disposições internas de anistia.

Nesse aspecto, referida corte constitucional criticou as figuras como as leis de ponto final – que impedem o acesso à justiça –, as anistias em branco para qualquer delito e as autoanistias (benefícios concedidos pelos detentores do poder e seus cúmplices dos delitos cometidos). Além disso, asseverou que qualquer outra modalidade que tenha como propósito impedir as vítimas de acessar um recurso judicial efetivo – para fazer valer seus direitos – será considerado como atentatório do dever internacional dos Estados de prover recursos judiciais para a proteção dos direitos humanos¹¹³⁹.

Pelo exame dos precedentes em análise, observa-se que determinados Estados acolheram o constitucionalismo compensatório desempenhado pela Corte IDH, sobretudo na implementação dos julgados da Corte IDH em suas ordens nacionais, por meio do diálogo jurisprudencial.

¹¹³⁷ CHILE. Corte Suprema de Justicia de Chile. Caso de Claudio Abdón Lecaros Carrasco seguido pelo delito de sequestro qualificado. Rol n. 47.205. Recurso n. 3302/2009. Resolução n. 16698. Sentença de Apelação e Resolução n. 16699. Sentença de Substituição, de 18/05/2010.

¹¹³⁸ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Caso Santiago Martín Rivas. Recurso de agravo constitucional. Expediente n. 679-2005-PA/TC, Sentença de 02/03/2007.

¹¹³⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Revisão da Lei n. 742, de 05/06/2002. Expediente n. LAT-223, Sentença n. C-578/02, de 30/07/2002.

Esta interação entre os tribunais nacionais e a Corte IDH intensifica-se quando o diálogo jurisprudencial é realizado com a dignidade da pessoa humana, sobretudo em sua face de princípio *pro omine*, previsto no artigo 29 do texto convencional.

3.2.2 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO RELACIONADA À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os direitos humanos têm como uma de suas atribuições proteger a dignidade inerente a toda a pessoa humana¹¹⁴⁰. Por meio deles, a Corte IDH promove o desenvolvimento interpretativo do texto convencional, de modo a estruturar o conteúdo material em seu bloco de constitucionalidade. Este bloco convencional possui uma interface de implementação no âmbito das constituições dos Estados, mediante o uso interpretativo da dignidade da pessoa humana¹¹⁴¹.

No plano interamericano, a dignidade humana é prevista no artigo 29 do texto convencional e é lida pela Corte IDH como princípio *pro homine*¹¹⁴². Referido princípio é tido como critério hermenêutico, responsável por ampliar ou reduzir a dimensão interpretativa dos direitos humanos no plano internacional.

Nesse aspecto, a dignidade humana é utilizada pela Corte IDH como instrumento para a construção do conteúdo dos direitos humanos, no âmbito do seu processo de tomada de decisão. Com isso, a dignidade humana permite que a Corte adote interpretações que revelem o conteúdo material dos direitos humanos em cada caso¹¹⁴³.

Esta implementação material dos julgamentos da Corte IDH cria um sistema integrado de proteção que propicia a formação de um núcleo substancial e

¹¹⁴⁰ BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MEZZARROBA, Orides. Fundamental human rights and controversial cultural practices: a new reading of the concept of human dignity. *Filosofia Unisinos*, v. 13, n. 1, p. 2-14, jan./abr. 2012.

¹¹⁴¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional ... Ob. cit., 2013, p. 671.

¹¹⁴² PINTO, Mónica. *El principio pro homine*: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. Argentina: UNLP, 2014.

¹¹⁴³ MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.

indissolúvel dos direitos humanos, responsável por preservar e garantir a dignidade e a cidadania dos indivíduos pertencentes aos Estados vinculados à Convenção Americana¹¹⁴⁴.

Assim como visto em relação às graves violações dos direitos humanos, o constitucionalismo compensatório também é verificado em relação ao tema dignidade humana, por meio do manejo da jurisprudência da Corte IDH pelos tribunais nacionais. Com o fim de solucionar seus casos, diversas cortes nacionais estão incorporando o uso da dignidade humana, desenvolvida nos padrões interpretativos delineados pela Corte IDH.

A CSJN-Argentina tem aplicado o princípio *pro homine* na conjugação da proteção dos direitos fundamentais – contidos no plano constitucional – e dos direitos humanos, definidos pelos tratados. Para a Corte, aplicar o princípio *pro homine* implica para o Estado o dever de tomar todas as medidas necessárias para remover os obstáculos que impedem o exercício dos direitos fundamentais, sejam os contidos na constituição, sejam os previstos nos tratados indicados no artigo 75, inciso 22, do texto constitucional¹¹⁴⁵.

Por sua vez, a Corte Constitucional da Colômbia também aplica, em favor da pessoa, o princípio *pro homine*. Para a corte constitucional, este princípio de interpretação impõe a aplicação das normas jurídicas que sejam mais favoráveis ao ser humano e a seus direitos. Nesse aspecto, prepondera a interpretação em favor da dignidade humana na aplicação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais, sendo um fim essencial do Estado garantir este direito¹¹⁴⁶.

A SC-CS-Costa Rica reitera sua jurisprudência (desde 1992) e afirma que os direitos humanos contidos no texto convencional formam parte dos direitos fundamentais contidos na Constituição da Costa Rica. Eles constituem verdadeiras regras

¹¹⁴⁴ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional ... Ob. cit., 2013, p. 671.

¹¹⁴⁵ ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. G. 1015. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años. *Causa n. 46/85 A*.

¹¹⁴⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Julgamento T-129/11, de 03/03/2011.

jurídicas, plenamente exigíveis perante às autoridades públicas, e prevalecem ou são aplicados preferencialmente sobre a constituição, desde que assegurem maior proteção¹¹⁴⁷.

O Tribunal Constitucional do Chile (doravante TC-Chile) também reconhece o papel do princípio *pro homine* em favor da pessoa. O TC-Chile assevera que, no exercício de suas funções, deve buscar a interpretação que se alinhe da maneira mais adequada com o respeito dos direitos previstos no texto constitucional. Ao citar a Opinião Consultiva n. 05/85 da Corte IDH, salienta que o princípio *pro homine* deve ser aplicado, com o fim de restringir em menor escala o direito protegido¹¹⁴⁸.

Em El Salvador, a Corte Suprema de Justicia (doravante CSJ-El Salvador) não se utiliza da hierarquia entre normas constitucionais e tratados de direitos humanos, determinando que o parâmetro interpretativo diz respeito à aplicação da norma que melhor proteja os direitos das pessoas, por meio do princípio *pro homine*. Nesse aspecto, salienta que corresponde à ordem jurídica interna assegurar a implementação das normas mais favoráveis à dignidade da pessoa humana¹¹⁴⁹.

Desse modo, para a CSJ-El Salvador, os tratados de direitos humanos promovem a interação entre suas disposições com a ordem jurídica interna. Neste cenário, a Constituição atende a necessidade de prevenir e evitar os conflitos normativos relacionados à efetividade dos direitos humanos. Com isso, há a contribuição para permitir a perfeita interação e confluência entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno, com o objetivo de proteger os direitos vinculados à dignidade humana¹¹⁵⁰.

No âmbito do TC-Peru, o princípio *pro homine* é considerado parte do bloco de constitucionalidade, por meio da harmonização realizada pelo artigo 55 do texto

¹¹⁴⁷ COSTA RICA. Sentença da Corte Suprema da Costa Rica. Sala Constitucional. Expediente n. 08-012101-0007-CO. Julgamento de 19/12/2008.

¹¹⁴⁸ CHILE. Tribunal Constitucional do Chile. Rol n. 1361-09. Sentença de 13/05/2009.

¹¹⁴⁹ EL SALVADOR. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sala Constitucional. Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras. Sentença 52-2003/56-2003/57-2003, de 01/04/2004.

¹¹⁵⁰ EL SALVADOR. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sala Constitucional. Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras. Sentença 52-2003/56-2003/57-2003, de 01/04/2004.

constitucional peruano. Com isso, integra o bloco normativo responsável por desenvolver o conteúdo essencial dos direitos fundamentais¹¹⁵¹.

A partir do exame dos casos assinalados, verifica-se os tribunais constitucionais dos Estados deixam de aplicar o critério tradicional da hierarquia normativa entre constituição e tratados de direitos humanos. Passam, nesse aspecto, a utilizar o princípio *pro homine*, como forma de melhor proteger os direitos humanos em análise, implementando o constitucionalismo compensatório e propiciando uma harmonização da ordem jurídica nacional com a ordem jurídica interamericana.

3.3 A IMPLEMENTAÇÃO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO PELA HARMONIZAÇÃO DA ORDEM JURÍDICA NACIONAL COM A ORDEM JURÍDICA INTERAMERICANA: O EXEMPLO DO MÉXICO

A reforma constitucional ocorrida no México – em 10/06/2011 – propiciou um dos momentos de maior implementação do constitucionalismo compensatório no âmbito dos Estados da América Latina. Em decorrência das condenações sofridas no âmbito da Corte IDH, o México implementou, no artigo 1º de seu texto constitucional¹¹⁵², cláusula que possibilita a confluência e a harmonização da ordem jurídica interna com a ordem jurídica desenvolvida pela Corte IDH.

Esta evolução da aproximação das versões de bloco de constitucionalidade nacional com o interamericano revelam a efetividade da doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte, sobretudo a partir da construção jurisprudencial em prol dos direitos humanos.

O bloco de constitucionalidade desenvolvido pela Corte IDH em matéria de anistias teve grande contribuição para esta aproximação entre as ordens jurídicas. A consolidação de conceitos pela Corte – provenientes do direito internacional, como graves violações de direitos humanos, a capitulação de condutas como crimes contra a humanidade

¹¹⁵¹ PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Caso Manuel Anicama Fernández, expediente n. 1417-2005-AA/TC.

¹¹⁵² Eis a redação do dispositivo: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección mas amplia”.

e a nivelção da proibição de anistiar estas condutas como normas de *jus cogens* – provocaram a mudança na forma de pensar os direitos humanos em alguns Estados da América Latina.

Desde a década de 1990, países como Costa Rica e Colômbia adotam pensamento semelhante, com o desenvolvimento da confluência constitucional dos direitos humanos nos respectivos textos constitucionais, bem como na prática de suas cortes constitucionais. Contudo, a reforma constitucional – promovida pelo México – apresenta-se como produto direto do bloco constitucional construído pela Corte IDH em matéria de anistias.

A interação da Corte IDH com o México inicia-se antes da reforma constitucional, com a condenação do país em casos contenciosos. Não obstante a importância destas condenações¹¹⁵³, como ressaltado no tópico anterior, foi no Caso Radilla Pacheco¹¹⁵⁴ em que houve o início de maior interação entre as ordens jurídicas.

Neste caso, a Corte IDH avançou em sua jurisprudência e determinou que os juízes nacionais exerçam o controle de convencionalidade de ofício entre as disposições normativas nacionais e a ordem jurídica interamericana. O enfoque conferido pela Corte tem por finalidade legitimar o magistrado mexicano a deixar de aplicar o artigo 57 do Código de Justiça Militar. Este dispositivo permite a competência de foro militar em apreciar temas nos quais civis são vítimas de graves violações de direitos humanos.

A Corte IDH determinou que medidas legislativas sejam tomadas para retirar mencionado dispositivo da ordem jurídica mexicana. Além disso, determinou que o

¹¹⁵³ O México foi condenado pela Corte IDH em 05 casos contenciosos (Jorge Castañeda, Campo Algodonero, Radilla Pacheco, Rosendo Cantú e Cabrera García e Montiel Flores). Acerca da implicação destes casos no sistema jurídico mexicano, ver a opinião de RANGEL HERNANDEZ, Laura. Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional. *Revista. IUS*, Puebla, v. 5, n. 28, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 15/02/2015.

¹¹⁵⁴ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2009, Série C n. 209.

México tipifique o delito de desaparecimento forçado de pessoas, para o fim de adequar seu sistema jurídico nacional aos padrões do bloco convencional interamericano¹¹⁵⁵.

Diante desta condenação, como resposta ao Caso Radilla Pacheco, no Expediente n. 912/2010, a SCJN-México considerou que as sentenças da Corte IDH – nas quais o México seja parte – são dotadas de efeito vinculante e constituem coisa julgada. Com isto, o único procedimento é acatar e reconhecer a totalidade da sentença em seus termos¹¹⁵⁶.

Este diálogo jurisprudencial – entre a SCJN-México e a Corte IDH – mostrou-se frutífero, de forma a contribuir para a implementação da reforma constitucional, ocorrida em 10/06/2011.

Com a reforma, foi incorporada à Constituição mexicana cláusula de interpretação conforme. Este dispositivo tem o objetivo de reconhecer a natureza jurídica das normas de direitos humanos. Ele contém parâmetros mínimos de proteção, os quais podem ser ampliados e interpretados, com o escopo de serem mais favoráveis às pessoas, permitindo a interação dos sistemas jurídicos nacional e interamericano na proteção da pessoa humana¹¹⁵⁷.

Este novo modelo representa a implementação material do constitucionalismo compensatório na ordem jurídica mexicana. Com a nova disposição contida no artigo 1º de seu texto constitucional¹¹⁵⁸, o México aproxima-se da formatação

¹¹⁵⁵ PELAYO MOLLER, Carlos María. El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XII, p. 959-1021, 2012.

¹¹⁵⁶ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010. Tribunal Pleno, 14/07/2011.

¹¹⁵⁷ CABALLERO OCHOA, José Luis. La Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio *Pro Persona* (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución). In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (coord). *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 109-110.

¹¹⁵⁸ CARBONELL, Miguel. Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (coord). *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011, p. 63-102.

desejada pela Corte IDH. Este novo modelo permite a harmonização do direito constitucional mexicano com o direito internacional dos direitos humanos.

Com isso, tanto o bloco de constitucionalidade mexicano como o bloco convencional da Corte IDH podem ser alimentados com o desenvolvimento mais adequado das normas de proteção dos direitos humanos.

Exemplo desta alimentação recíproca está no tratamento de conflitos de normas referentes ao desaparecimento forçado de pessoas. O raciocínio delineado pela reforma constitucional e pela resolução da SCJN-México é, nos termos do artigo 1º da Constituição mexicana, afastar o artigo 57 do Código de Justiça Militar e aplicar o conteúdo material contido no Caso Radilla Pacheco.

Aplicando-se o princípio *pro homine* ao tema para resolver a questão, deve-se utilizar os tratados de direitos humanos – as Convenções Internacional e Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas –, bem como a interpretação delineada pela Corte IDH no Caso Radilla Pacheco. Por meio desta interpretação sistêmica, alcança-se o constitucionalismo compensatório em matéria de direitos humanos: o *déficit* de proteção criado pelo artigo 57 do Código de Justiça Militar é compensado pelo bloco convencional delineado pela Corte IDH.

Com esta nova disposição, percebe-se como é nítida a modificação do tratamento constitucional dos direitos humanos no México. A interação com o sistema interamericano propicia a implementação do constitucionalismo compensatório, que, ao mesmo tempo, realiza a abertura para a constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos e a internacionalização do direito constitucional mexicano¹¹⁵⁹.

O constitucionalismo compensatório permitiu ao México estabelecer um novo marco normativo constitucional. Com o fortalecimento dos direitos humanos na

¹¹⁵⁹ HERRERA GARCÍA, Alfonso. El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras las reformas constitucionales del 2011. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 859-887.

Constituição, o Estado pode promover a compensação constitucional de várias décadas de atraso em diversos temas, haja vista a comparação com outros Estados latino-americanos¹¹⁶⁰.

Logo, o constitucionalismo compensatório, construído a partir dos processos de inovação da Corte IDH – a formação da Corte como jurisdição obrigatória em matéria de direitos humanos, o desenvolvimento do controle de convencionalidade, a conformação de sua jurisprudência no bloco constitucional –, apresenta-se como novo processo de inovação no direito internacional, promovido pela Corte.

O México demonstrou que é possível harmonizar a proteção constitucional com a proteção dos direitos humanos em sua Constituição, a partir da implementação do constitucionalismo compensatório.

Com isso, o modelo mexicano torna-se um exemplo de implementação dos anseios do Sistema Interamericano, em ver a construção interpretativa dos direitos humanos sendo aplicada no corpo normativo dos Estados.

A consequência imediata do constitucionalismo compensatório adotado pelo México é o fortalecimento das autoridades nacionais, sobretudo para desempenhar o controle de convencionalidade¹¹⁶¹. Em sua modalidade difusa e, a depender do caso, de ofício, o controle convencional será um importante instrumento para o desenvolvimento da Corte, enquanto projeto de constitucionalização do direito internacional.

Portanto, mediante o exercício do controle de convencionalidade, as autoridades mexicanas poderão contribuir com a Corte IDH, por meio da harmonização de posicionamentos, a fim de se alcançar a construção de um direito comum latino-americano, em um objetivo conjunto de desenvolver a proteção dos direitos humanos.

¹¹⁶⁰ CABALLERO OCHOA, José Luis. La Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio *Pro Persona* ... Ob. cit., 2011, p. 104.

¹¹⁶¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. Ob. cit., 2011.

CONCLUSÃO

O constitucionalismo compensatório desenvolvido pela Corte IDH promove uma inovação no direito internacional. Por meio deste instrumento, a ordem jurídica nacional e a ordem jurídica interamericana iniciaram uma aproximação conceitual para a proteção dos direitos humanos.

O constitucionalismo compensatório contribui para a expansão do conteúdo jurídico dos direitos humanos. Mediante este instrumento, além do texto convencional, a jurisprudência da Corte IDH – com o desenvolvimento e a criação de novos direitos humanos – é implementada no âmbito dos Estados da América Latina.

A construção do constitucionalismo compensatório compreende um conjunto de processos utilizados pela Corte IDH para a efetivação deste instrumento. Estes processos foram abordados ao longo dos capítulos que compõem a tese.

No capítulo 1, os direitos humanos foram analisados, a partir de sua perspectiva como conceito em movimento. Os direitos humanos apresentam-se como matéria-prima do constitucionalismo compensatório, na medida em que sua transição conceitual alcança a emergência do direito internacional dos direitos humanos.

Esse conceito de direitos humanos recebe uma nova leitura com a constitucionalização do direito internacional. O direito internacional dos direitos humanos passa a ser desenvolvido pelos tribunais internacionais, em especial pelas Cortes que compõem os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

Neste processo, verificou-se a abordagem constitucional realizada pelos tribunais internacionais, em especial no âmbito do processo de tomada de decisão. Tanto no âmbito da CIJ, como nos casos desenvolvidos pela Corte EDH e pela Corte IDH, verificou-se o tratamento constitucional conferido ao tema internacional. Esta abordagem constitucional permitiu não apenas o desenvolvimento dos direitos humanos. Permitiu o desenvolvimento dos diferentes processos desencadeados por estes tribunais internacionais.

A partir desta etapa evolutiva, o capítulo 2 conferiu ênfase à construção do constitucionalismo compensatório pela Corte IDH. Nesse aspecto, o primeiro processo utilizado pela Corte IDH para alcançar o constitucionalismo compensatório foi transformar-

se em uma jurisdição obrigatória em matéria de direitos humanos. Para chegar a este estágio, a Corte IDH inspirou-se nos processos realizados pela CIJ e pela Corte EDH, no que tange à formação de suas jurisdições como obrigatórias, a partir de sua jurisprudência.

Além de contribuir para a abordagem constitucional do direito internacional, por meio de sua jurisprudência, a CIJ demonstra que se fortaleceu como jurisdição obrigatória, em especial no que tange à proteção de direitos fundamentais. O modo de atuação dos julgamentos *LaGrand* e *Avena*, os avanços na construção do argumento e a colocação “exortativa” da necessidade de se utilizar de seus fundamentos em situações semelhantes guardam características importantes para o processo de tomada de decisão de tribunais internacionais.

Estas características foram verificadas também no exame dos julgamentos da Corte EDH, que a definem como uma jurisdição obrigatória no espaço europeu de proteção dos direitos humanos. Grande parte de seus julgamentos não tem efeito de cassação. Por consequência, não podem proteger de maneira direta e imediata o direito subjetivo lesionado. O Tribunal europeu confere aos Estados a margem nacional de apreciação, para o fim de eles implementarem os direitos humanos no plano interno.

A Corte EDH desenvolve processos importantes para a vinculação de seus julgamentos. A Convenção Europeia assume diferentes *status*, a depender de como os Estados europeus a recepcionam na ordem interna. Não obstante a Alemanha lhe conferir *status* suprallegal, com a exigência de que a Lei Fundamental alemã seja interpretada conforme o conteúdo material da Convenção. Além de modificar – pelo menos de fato – o *status* da norma convencional, a Corte EDH afirma-se como jurisdição obrigatória, ao verificar o cumprimento de seus julgados pelo Estado alemão.

O desenvolvimento dos direitos humanos pela jurisdição obrigatória da Corte EDH tem como consequência tornar o texto convencional um elemento de ordem pública. Esta ordem pública europeia apresenta-se como elemento importante, na medida em que são constituídas obrigações para os Estados, as quais são por eles inegociáveis.

A ordem pública europeia é responsável por desempenhar uma função material quanto aos direitos humanos, principalmente no tocante à compatibilidade com as exigências e preceitos normativos das ordens jurídicas dos demais Estados. Este argumento é

construído pelo desempenho da Corte EDH como jurisdição obrigatória, a partir da fixação dos valores principais estatuídos pela Convenção Europeia no âmbito dos casos apreciados.

Semelhante ao perfil europeu analisado, comporta-se o desenvolvimento ativo da Corte IDH. Por meio de sua jurisprudência, a Corte IDH buscou se qualificar como jurisdição obrigatória em matéria de direitos humanos, tanto perante os Estados, como também no plano internacional.

Nota-se que neste processo de transição da jurisdição facultativa para a jurisdição obrigatória, a validação da transformação da Corte IDH não ocorreu apenas por meio de sua jurisprudência. Houve, por parte dos outros tribunais (CIJ, Corte EDH e TPI) o reconhecimento da Corte IDH como jurisdição obrigatória, na medida em que se utilizaram dos precedentes da Corte IDH para justificarem as suas construções normativas e se afirmarem também como jurisdições obrigatórias no plano internacional.

O segundo expediente escolhido pela Corte IDH para delinear o constitucionalismo compensatório encontra-se no desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade, objeto de estudo do capítulo 3. Não obstante o controle convencional não ter sido criado pela Corte IDH, a adoção por sua jurisprudência fez com que a Corte IDH fosse a única jurisdição internacional a desenvolver este instituto com mais clareza e com o estabelecimento de procedimentos de análise.

Nesse aspecto, o controle “abstrato” e “repressivo” de convencionalidade é o principal instrumento com o qual a Corte IDH promove o desenvolvimento de sua jurisprudência. Diante do *déficit* de proteção e do descumprimento dos direitos humanos pelos Estados, a Corte IDH busca avançar na doutrina do controle de convencionalidade, a fim de determinar que os Estados implementem o conteúdo material contido na ordem jurídica interamericana.

Como parte deste desenvolvimento, o terceiro processo utilizado pela Corte IDH foi a construção criativa do constitucionalismo compensatório, a partir da criação de seu próprio bloco de constitucionalidade, inspirada na doutrina do bloco, desenvolvida pelos Estados da América Latina.

O bloco de constitucionalidade interamericano apresenta-se como elemento chave para a implementação do constitucionalismo compensatório. Delineado pela

Corte, este instrumento visa construir entendimento comum sobre a proteção de determinado direito humano. Ao agregar o texto convencional com o entendimento jurisprudencial da Corte IDH, o bloco convencional busca implementar este entendimento comum no âmbito dos Estados que apresentem *déficit* de proteção dos direitos humanos, por meio do constitucionalismo compensatório.

A importância deste bloco de normas pode ser vislumbrada na segunda parte da pesquisa, relacionada ao desenvolvimento e implementação do constitucionalismo compensatório. O entendimento construído pela Corte IDH sobre anistia revela-se como um dos principais temas relacionados ao instituto.

Inicialmente, no capítulo 4, discutiu-se o desenvolvimento do constitucionalismo compensatório pela jurisprudência da Corte IDH. Este processo levou em conta que a formação do bloco de constitucionalidade interamericano se dá pelo exercício do controle abstrato de convencionalidade. Por essa razão, a primeira parte deste capítulo dedicou-se a abordar o aspecto metodológico do controle abstrato de convencionalidade, ao apresentar casos em que a Corte IDH desenvolveu este conceito.

Após esta etapa preparatória, a segunda parte do capítulo dedicou-se ao exame da formação do bloco de constitucionalidade da Corte IDH pela criação jurisprudencial dos direitos humanos.

Desde o período de instalação da Corte IDH, com o exame das primeiras opiniões consultivas e do Caso Velásquez Rodríguez, o Tribunal Interamericano vem desenvolvendo conceitos operacionais importantes. Dentre estes conceitos, destacam-se o direito à verdade, o desaparecimento forçado de pessoas e a necessidade de se implementar o direito à justiça – em suas diferentes faces.

O desenvolvimento do constitucionalismo compensatório ocorreu quando estes conceitos operacionais foram agregados ao tema anistia. Neste tema, a jurisprudência da Corte IDH contribuiu para a formação do acervo normativo do direito internacional.

A partir do Caso Barrios Altos, o tema anistia é melhor delineado pela Corte IDH. Neste caso, a Corte avançou no exame de compatibilidade da norma nacional atacada com a Convenção Americana. Com isso, a Corte declarou as leis de anistias peruanas sem efeitos jurídicos.

Esta decisão provocou diversificados efeitos na ordem jurídica interamericana. No âmbito do Estado peruano, houve o implemento do constitucionalismo compensatório. O Peru reconheceu o *déficit* de proteção dos direitos humanos e diversos órgãos judiciais declararam as leis peruanas de anistia nulas.

Entretanto, o efeito do constitucionalismo compensatório foi bem mais adiante. Além de reconhecer a deficiência de proteção dos direitos humanos em outros julgamentos (como no Caso La Cantuta), o Peru promoveu a modificação de seu sistema jurídico interno. Alterou o seu texto constitucional, para recepcionar os tratados de direitos humanos com *status* de norma constitucional e reconheceu, pela sua jurisprudência, o efeito vinculante dos julgamentos da Corte IDH, inclusive com extensão desta vinculação à *ratio decidendi* das sentenças emanadas do Tribunal Interamericano. Assim, o constitucionalismo compensatório foi implementado de forma plena no Peru.

A segunda influência do Caso Barrios Altos ocorreu nos julgamentos da própria Corte IDH. A partir do conteúdo material de referido caso, a Corte IDH promoveu a evolução do tema anistia, agregando a eles conceitos operacionais, sejam eles provenientes da ordem internacional, sejam eles criados pela própria Corte.

No Caso Almonacid Arellano, do ponto de vista metodológico, a Corte IDH acolheu a expressão controle de convencionalidade, bem como estabeleceu as balizas da formação do seu bloco convencional. Em relação ao conteúdo material, a Corte promoveu uma etapa evolutiva em relação ao tema anistia. Implementou no âmbito interamericano a ideia de crime contra a humanidade.

A Corte qualificou as condutas concernentes às graves violações de direitos humanos com a tipificação de crimes contra a humanidade. Para tal desiderato, inspirou-se na ordem internacional (TPI ex-Iugoslávia e Corte EDH) para implementar este conceito no âmbito dos Estados da América Latina.

A real contribuição da Corte IDH neste caso foi o fortalecimento da proteção dos direitos previstos no texto convencional. Em especial, a Convenção foi fortalecida ao considerar que determinadas práticas ofensivas aos direitos humanos são protegidas pelo direito internacional. Por essa razão, a Corte IDH contribuiu para o

fortalecimento do acervo normativo do plano internacional, ao qualificar como *jus cogens* a proibição de anistiar aqueles que cometeram crimes contra a humanidade.

Com o desenvolvimento deste bloco convencional, assim como no caso Barrios Altos, a Corte IDH contribuiu para fortalecer o direito das vítimas ao acesso à justiça. Assim, diante da participação do Estado no reconhecimento de sua vulneração perante a Convenção, os familiares das vítimas poderão ter acesso à verdade e à justiça, por meio dos procedimentos judiciais internos do Estado. Com isso, alcança-se o constitucionalismo compensatório referente aos direitos dos familiares que foram violados.

Na sequência, a Corte IDH firmou estes conceitos no Caso La Cantuta. Neste julgamento, ficaram melhor definidos os conceitos relacionados à proibição de anistias como norma de *jus cogens*, bem como a qualificação do conceito de desaparecimento forçado de pessoas como crime contra a humanidade, conduta esta que é imprescritível e não pode ser anistiada.

Diante do contexto em que o Peru experimentava uma situação de violação sistemática de direitos humanos, a Corte IDH promoveu o desenvolvimento do direito à justiça. No caso, a Corte estabeleceu que o acesso à justiça constitui uma norma imperativa do direito internacional. Com esta definição, este tipo de norma acarreta obrigações de efeito *erga omnes* para os Estados. Dentre estas obrigações, a Corte determinou que os Estados devem adotar medidas necessárias para não permitir que estas ofensas permaneçam impunes, com o dever de exercer a jurisdição interna para investigar e, se for o caso, punir os responsáveis.

O avanço no desenvolvimento do bloco convencional foi verificado no Caso Gomes Lund. Neste julgamento, a Corte IDH demonstrou o processo de interação com a ordem internacional. Tanto houve a utilização de conceitos em desenvolvimento no direito internacional – destaque para o conceito de desaparecimento forçado de pessoas –, como houve a contribuição, por parte da Corte IDH, em fortalecer o conteúdo material deste conceito, por meio de seus julgamentos.

Nesse aspecto, a influência da Corte IDH sobre este tema no plano internacional não se limitou à Convenção Interamericana de Desaparecimento Forçado de Pessoas. A influência atingiu também a Convenção Internacional sobre o mesmo tema, o

Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, além dos grupos de trabalho organizados no âmbito da ONU e dos julgamentos realizados pela Corte EDH.

Com este desenvolvimento do bloco convencional, a proibição à prática do delito de desaparecimento forçado de pessoas alcançou a natureza de norma de *jus cogens*, e influenciou também os tribunais nacionais da América Latina, mediante uma interação múltipla na construção dos argumentos jurídicos pela jurisprudência da Corte IDH.

A Corte associou o desaparecimento forçado de pessoas com o direito de acesso à justiça, impondo às autoridades nacionais o dever de investigar esta conduta de ofício. Esta novidade no desenvolvimento do bloco convencional somou-se à necessidade de implementar a conduta desaparecimento forçado de pessoas como delito no âmbito do direito interno. Esta determinação constitui uma harmonização com a obrigação de implementar o conteúdo convencional por medidas legislativas, prevista pelo artigo 2º da Convenção Americana.

A Corte IDH não apenas se preocupou com o aspecto material da conduta. Neste Caso Gomes Lund, o Tribunal Interamericano também avançou para o desenvolvimento do direito à justiça, delineado nos precedentes anteriores.

Nesse aspecto, a Corte considera que a obrigação de investigar deve derivar da legislação interna. Por esse motivo, o implemento do direito à justiça exige que o Estado organize o seu aparato institucional, com o escopo de assegurar o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Ao permitir a manutenção da impunidade em seu sistema jurídico, o Estado vulnera o direito à justiça referente aos sujeitos à sua jurisdição.

Outro ponto de inovação diz respeito ao desenvolvimento do tema anistia. Neste julgado, a Corte IDH deixa clara a relação do tema com o direito internacional, ao promover a citação das diferentes comissões pertencentes ao Sistema ONU, dos casos perante a Corte EDH e dos feitos relativos ao TPI especial, todos com o objetivo de consolidar o seu posicionamento e desenvolver o seu bloco normativo.

Desse modo, além de contribuir para a formação do acervo normativo internacional sobre a temática da anistia, a Corte IDH extrai seus argumentos do desenvolvimento do direito internacional existente. A inovação promovida pela Corte –

quanto ao tema anistia – está na forma como implementa e relaciona o conteúdo material extraído do plano internacional com os Estados.

No julgamento Gomes Lund, a Corte IDH deixou de apreciar o tema apenas como uma questão formal. A partir desta controvérsia, a Corte passa a examinar o aspecto material, sobretudo por meio da interpretação sistemática dos artigos 8º e 25, em harmonia com as obrigações estabelecidas nos artigos 1º, item 1, e 2º da Convenção.

Logo, ao verificar que a finalidade da Lei de Anistia brasileira não era somente realizar um “acordo político”, e sim deixar impunes as graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar instalado na época, a Corte declarou a nulidade de referida lei, não apenas pela ofensa ao texto convencional, mas em decorrência da incompatibilidade com o conteúdo material da Convenção Americana.

Com a formação deste bloco convencional, o capítulo 5 dedica-se à implementação do constitucionalismo compensatório. O diálogo jurisprudencial apresenta-se como a principal via de interação da Corte IDH com os Estados da América Latina.

Nesse aspecto, a interatividade dos diálogos entre a Corte IDH e os tribunais nacionais exigiu a discussão sobre a importância da coisa julgada internacional, sobretudo para a implementação do constitucionalismo compensatório.

O tema foi suscitado diante do diálogo estabelecido pela SCJ-Uruguai com a Corte IDH, em virtude do julgamento do Caso Gelman vs. Uruguai. No Caso Gelman, a Corte IDH aplicou o entendimento consolidado no bloco convencional desenvolvido em matéria de anistias. Reconhecendo o *déficit* de proteção dos direitos humanos, o Estado uruguaio reconheceu, publicamente, as graves violações de direitos humanos cometidas, e revogou as leis de anistia existentes. Nas disposições normativas criadas em virtude do Caso Gelman, foi determinada a persecução penal dos responsáveis por estas violações. Houve, neste primeiro momento, o implemento do constitucionalismo compensatório.

No entanto, a SCJ-Uruguai reconheceu como inconstitucional as novas disposições normativas criadas pelo Parlamento uruguaio. Isto fez com que a Corte – no âmbito do procedimento de Supervisão do Cumprimento de Sentença do Caso Gelman – demonstrasse a força da coisa julgada internacional.

A partir desta análise, a pesquisa procurou demonstrar a importância da coisa julgada internacional para o constitucionalismo compensatório. Foi demonstrado, nesse sentido, a importância das razões de decidir desenvolvidas pela Corte como instrumento de implementação da coisa julgada internacional.

Além disso, a pesquisa procurou realizar a distinção de dois desdobramentos conceituais: a coisa julgada entre as partes (*res judicata*) e a coisa julgada extensível aos Estados que não foram partes da demanda perante a Corte (*res interpretata*). Por meio deste último desdobramento conceitual, nos casos de graves violações de direitos humanos, a sentença interamericana atinge o efeito *erga omnes*, sobretudo pela obrigação internacional ali fixada ter caráter de norma de *jus cogens*.

Neste aspecto, *res interpretata* transforma a norma convencional em norma convencional interpretada. Isto se justifica tendo em vista que estas autoridades estão vinculadas à efetividade da Convenção Americana e, por consequência, ao critério interpretativo estabelecido pela Corte IDH, na via do controle de convencionalidade.

A norma convencional interpretada apresenta-se, assim, como quarto processo responsável pelo desenvolvimento do constitucionalismo compensatório. Por meio deste processo, torna-se o texto convencional e a interpretação da Corte IDH um conjunto normativo responsável pela “garantia coletiva” dos direitos humanos. O respeito desta garantia coletiva conduz à construção da ordem pública no plano interamericano, em matéria de direitos humanos, na qual se cria a obrigação dos Estados em respeitar este bloco normativo convencional.

Este efeito *erga omnes* é oriundo da construção da *res interpretata*, com fundamento nas disposições contidas nos artigos 1º, item 1, e 2º da Convenção Americana, em virtude do comprometimento dos Estados em adotar as medidas normativas que forem necessárias para tornar efetivo o conteúdo material disposto na Convenção Americana.

Pelo estudo da pesquisa, verificou-se que a norma convencional interpretada também está em desenvolvimento no âmbito do Sistema Europeu. A comunidade europeia tem consciência da importância de proteção dos direitos humanos. Inclusive, houve o reconhecimento, pelo Conselho da Europa, da necessidade de aplicação, como princípio da solidariedade.

Diante do fato de a Convenção Europeia não dispor de preceito semelhante ao artigo 2º da Convenção Americana, verifica-se que o desenvolvimento da norma convencional interpretada no plano interamericano serviu de exemplo para o sistema europeu de proteção.

Nesse contexto, a pesquisa apresentou o debate entre a Corte EDH e o Parlamento do Reino Unido, com o intuito de demonstrar as dificuldades de implementação do constitucionalismo compensatório. Com isso, foi revelado que o seu desenvolvimento e sua implementação podem apresentar alguns limites.

No âmbito do diálogo jurisprudencial, como primeiro limite colocado ao constitucionalismo compensatório, a pesquisa abordou a possibilidade de recusa do Estado em implementar a decisão proferida por um tribunal internacional.

Na discussão realizada pela pesquisa, no contexto do direito internacional geral, observou-se que os tribunais nacionais não necessitam se submeter aos julgamentos do tribunal internacional. Este exemplo ficou claro quando da abordagem da Suprema Corte dos Estados Unidos, no Caso *Medellín vs. Texas*, em relação aos argumentos da CIJ desenvolvidos nos Casos *LaGrand* e *Avena*.

Se os tribunais nacionais não estão vinculados em virtude da ausência de hierarquia entre as cortes, o Estado (como um todo) submete-se às cortes internacionais em virtude das regras de direito internacional público. Como analisado, o Estado tem a opção política de não cumprir uma decisão internacional. Porém, se o Estado fizer, poderá haver a sua responsabilização no plano internacional.

No plano interamericano, este limite foi superado em virtude da aceitação da evolução da Corte IDH por parte dos Estados. Esta concordância é decorrente do período de redemocratização na América Latina, em que houve uma aparente convergência na busca pela defesa dos direitos humanos.

Mesmo com a criação judicial de direitos – como visto no tema sobre anistias – os Estados devem responder pelo ilícito internacional por se tratarem de graves violações de direitos humanos. Em virtude da qualificação destas normas como *jus cogens*, as obrigações destacadas pela Corte possuem efeitos *erga omnes*, que vinculam os Estados em decorrência da existência da ordem pública em matéria de direitos humanos.

Esta conformação cogente da Corte IDH foi confrontada com os valores democráticos presentes nos Estados. Logo, o segundo limite ao constitucionalismo compensatório analisado refere-se à relação dos sistemas regionais de proteção com a democracia, em especial com o *déficit* democrático apresentado pelos julgamentos dos tribunais internacionais.

Como apreciado pela pesquisa, a crítica desenvolvida sobre o tema é bastante contundente. Como resposta a ela, o trabalho observou que a atuação dos tribunais internacionais (em especial a Corte IDH) visam reparar o *déficit* de proteção dos direitos humanos, por o Estado não apresentar as condições necessárias para estabelecer os valores democráticos no seio do seu sistema constitucional.

Outro importante ponto debatido na tese foi a relação entre a proteção de valores democráticos nacionais e a atuação dos sistemas regionais de proteção. A discussão do Parlamento britânico acerca do Caso Hirst demonstrou inúmeros aspectos importantes para o tema, como: (i) a posição do Primeiro-Ministro, de não querer implementar a decisão da Corte EDH, com o fim de manter a soberania do Parlamento; e (ii) o posicionamento jurídico do Procurador-Geral e a manifestação de parte da sociedade civil, em que demonstraram a necessidade de implementar o julgamento da Corte EDH, parte porque o seu descumprimento seria considerado ilícito, parte pela necessidade de o seu cumprimento ser considerado exemplo para os demais países.

As discussões do Parlamento salientaram que a Corte EDH conferiu ampla margem de apreciação para o Reino Unido. Sobre este aspecto, a doutrina da margem nacional de apreciação foi o terceiro limite ao constitucionalismo compensatório apreciado pela pesquisa.

Enquanto a Corte EDH prevê a abertura para que os Estados implementem o conteúdo material da Convenção Europeia, a Corte IDH apresenta margem de apreciação bastante reduzida, em especial em casos como os que compuseram o bloco convencional, como o tema da anistia.

Todavia, ao apreciar a margem reduzida em outros dois casos – Última Tentação de Cristo vs. Chile e Artavia Murillo vs. Costa Rica –, observou-se que os motivos para o Estado não implementar o conteúdo material delineado pela Corte IDH

representaram, na verdade, o estímulo necessário para promover o constitucionalismo compensatório no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais.

No caso chileno, a determinação da Corte IDH consistia em alterar o texto constitucional do Chile, para se retirar disposições sobre a censura. Como a constituição representa referência importante para o sistema jurídico nacional, a medida pareceu extrema para ser cumprida.

O Chile implementou a decisão da Corte IDH. O julgamento serviu como estímulo para acelerar propositura normativa que já estava em curso. Com isso, a censura foi retirada da Constituição do Chile.

No caso da Costa Rica, a medida também foi considerada extrema. Foi determinado que a CCSS implementasse gratuitamente o acesso ao tratamento de fertilização *in vitro*, sob pena de se considerar ofensa ao direito à igualdade de condições econômicas, à não discriminação e, por consequência, à pobreza.

O que poderia ser motivo de eventual restrição para o Estado implementar a decisão da Corte IDH passou a ser enfrentado como elemento importante para o desenvolvimento das políticas públicas na Costa Rica. Projeto de lei sobre a regulamentação da fertilização *in vitro* já foi encaminhado à Assembleia Legislativa da Costa Rica. Além disso, a CCSS está debatendo a questão no âmbito do parlamento, a fim de se alinhar para o cumprimento das razões de decidir fixadas pela Corte IDH.

Com esse panorama, a última parte da pesquisa enfrentou a implementação do constitucionalismo compensatório, por meio do exame do diálogo jurisprudencial entre os tribunais nacionais e a Corte IDH.

O primeiro exemplo de implementação do constitucionalismo compensatório foi verificado por meio da norma convencional interpretada. Nesse sentido, o Caso Barrios Altos foi o primeiro julgamento da Corte IDH a ser lido a partir da ideia de *res interpretata*. A CSJN-Argentina reconheceu o efeito vinculante da coisa julgada internacional, e implementou o conteúdo decisório do julgamento em sua jurisprudência. Assim, reconheceu a discussão jurídica do caso na forma de norma convencional interpretada, aplicando as razões de decidir na solução de seu caso concreto.

O segundo exemplo de constitucionalismo compensatório abordado na tese consistiu no exame da incorporação da jurisprudência da Corte IDH pelos tribunais nacionais. A pesquisa procurou abordar esta incorporação de duas formas: (i) o exame da incorporação pelos tribunais do bloco convencional em matéria de anistias; e (ii) a análise da incorporação relacionada à dignidade humana.

A operatividade e a eficácia de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos – como o constitucionalismo compensatório – necessitam da participação do Estado. É por meio dos agentes estatais que as medidas necessárias poderão ser adotadas para o cumprimento dos direitos protegidos pelo bloco convencional.

Dentro deste contexto, a participação dos tribunais nacionais é fundamental para a implementação da compensação constitucional delineada pela Corte IDH. Há uma viva interação em construção entre a jurisprudência do Tribunal Interamericano e os precedentes emanados das cortes nacionais, que se perfaz pela instrumentalização do controle de convencionalidade. Este é um elemento fundamental para a harmonização da ordem jurídica interna com os procedimentos internacionais em matéria de direitos humanos.

Com isso, constatou-se pela pesquisa que a interatividade promovida pelo constitucionalismo compensatório entre a Corte IDH e os Estados da América Latina apresenta-se fortalecida, sobretudo quando está em discussão graves violações de direitos humanos, como a questão da anistia.

Por meio deste sistema, a produção, a aplicação e a interpretação dos direitos humanos na América Latina transcende a jurisdição do sistema jurídico nacional e se instala no espaço de interação interpretativa, em que juízes nacionais interagem, influenciam e são influenciados por outros juízes nacionais e pela Corte IDH.

A aplicação do conteúdo material da Convenção Americana no plano dos Estados leva a uma maior convergência das normas regionais com as normas constitucionais internas, e o respectivo condicionamento do diálogo entre a Corte IDH e as cortes constitucionais. Esta interação jurisprudencial tem um importante papel no processo de construção de um direito constitucional comum no plano interamericano.

Sobre este aspecto, o último tópico relacionado à implementação do constitucionalismo compensatório referiu-se ao exemplo mexicano, com a harmonização da ordem jurídica nacional com a ordem jurídica interamericana.

A cláusula de interpretação conforme – implementada no artigo 1º da Constituição mexicana pela reforma constitucional de 2011 – possibilitou a confluência constitucional entre o sistema jurídico mexicano e a ordem jurídica desenvolvida pela Corte IDH. Trata-se de avanço alcançado pela Corte IDH, que desenvolve a doutrina do controle de convencionalidade almejando este tipo de posicionamento do Estado.

O bloco convencional em matéria de anistia teve grande contribuição para esta aproximação entre os dois sistemas jurídicos. A consolidação dos conceitos desenvolvidos pela Corte IDH provocaram a mudança de mentalidade nas autoridades do Estado mexicano.

Há outros países – como Costa Rica, Colômbia, Peru e Argentina – que avançaram na confluência do texto constitucional com os direitos humanos. Todavia, a reforma institucional promovida pelo México apresenta-se como produto direto do bloco constitucional construído pela Corte IDH em matéria de anistias.

O constitucionalismo compensatório permitiu ao Estado mexicano estabelecer um novo marco constitucional. Com o fortalecimento dos direitos humanos na Constituição, o México poderá promover a compensação constitucional de várias décadas de atraso em diversos temas.

O Estado mexicano demonstrou que é possível harmonizar a proteção constitucional com a proteção dos direitos humanos em seu texto constitucional, a partir da implementação do constitucionalismo compensatório. Por esse motivo, o modelo mexicano apresenta-se como exemplo de implementação dos anseios do Sistema Interamericano: a construção interpretativa dos direitos humanos delineada pela Corte IDH sendo aplicada no sistema jurídico dos Estados.

A consequência imediata do constitucionalismo compensatório adotado pelo Estado mexicano é o fortalecimento das autoridades nacionais, sobretudo para desempenhar o controle de convencionalidade. O controle convencional difuso será um

importante instrumento para o desenvolvimento da Corte IDH, enquanto projeto de constitucionalização do direito internacional.

Neste cenário, mediante o exercício do controle de convencionalidade, as autoridades mexicanas poderão contribuir com a Corte IDH, por meio da harmonização de posicionamentos. Isto permitirá alcançar o desenvolvimento de um direito comum latino-americano, no âmbito do objetivo conjunto de desenvolver a proteção dos direitos humanos.

É possível concluir que a Corte IDH contribuiu para a inovação do direito internacional. Construído a partir dos processos de inovação da Corte IDH (a formação da Corte como jurisdição obrigatória em matéria de direitos humanos, o desenvolvimento do controle de convencionalidade, a conformação de sua jurisprudência no bloco constitucional e as suas sentenças como norma convencional interpretada), o constitucionalismo compensatório apresenta-se como novo processo de inovação no direito internacional.

Com esse instrumento, a hipótese proposta foi testada e confirmada pela pesquisa. Não houve supressão de competências constitucionais dos Estados pela Corte IDH. O Tribunal Interamericano atuou nos espaços estatais de deficiência de proteção dos direitos humanos.

Para se pretender pensar na salvaguarda da pessoa humana, é preciso que os Estados desenvolvam os temas relacionados aos direitos humanos. A Corte IDH pode contribuir com esta iniciativa no âmbito da América Latina, a partir da interatividade promovida pelo constitucionalismo compensatório. Esta inovação – proposta ao direito internacional pela Corte IDH – é destinada a harmonizar as ordens jurídicas nacionais para protegerem a pessoa humana.

REFERÊNCIAS

LIVROS E CAPÍTULOS DE LIVRO

1. ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑES POBLETE, Manuel. *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2014. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3160>>. Acesso em: 06/12/2014.
2. ALEXY, Robert. *El Concepto y la validez del derecho*. Trad. Jorge M. Seña. Barcelona: Editorial Gedisa, 2004.
3. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
4. AMBOS, Kai; BÖHM, María Laura. Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos. ¿Tribunal tímido vs. Tribunal audaz? In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.
5. AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. *Human Rights In Cross-Cultural Perspectives: a quest for consensus*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1992.
6. APONTE CARDONA, Alejandro. Desplazamiento Forzado, Sistema Interamericano y Derecho Penal Interno: hacia una confluencia racional y consistente de diversos ámbitos de protección de derechos humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales – Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011, p. 71-125.
7. ARANGO, Rodolfo. Fundamentos del ius constitutionale commune en América Latina: derechos fundamentales, democracia y justicia constitucional. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 25-35.

8. ARCKEMAN, Bruce. *Nós, O Povo Soberano: fundamentos do direito constitucional*. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
9. ARENDT, Hannah. *As Origens do Totalitarismo*. 2. ed. Trad. Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Editora Documentário, 1979.
10. ARMINGEON, Klaus; MILEWICZ, Karolina; PETER, Simone e PETERS, Anne. The constitutionalisation of international trade law. *In* Constitutionalism and multilayered governance, p. 69-103.
11. ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010.
12. AYTON-SHENKER, Diana. *The Challenge of Human Rights and Cultural Diversity*. United Nations Department of Public Information, March 1995. Disponível em: <<http://www.un.org/rights/dpi1627e.htm>>. Acesso em: 01/02/2014.
13. BARBOSA DELGADO, Francisco R. El Margen Nacional de Apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la Sociedad Democrática. In: ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea; NÚÑES POBLETE, Manuel. *El Margen de Apreciación en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: proyecciones regionales y nacionales*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2014. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=3160>>. Acesso em: 06/12/2014.
14. BARBOSA DELGADO, Francisco R. *El margen nacional de apreciación y sus límites en la libertad de expresión: análisis comparado de los sistemas europeo e interamericano de derechos humanos*. Bogotá, Colômbia: Universidad Externado de Colombia, 2012.
15. BARTELSON, Jens. *A Genealogy of Sovereignty*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.
16. BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio. *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El Control de Convencionalidad*. Santiago, Chile: Centro de Derechos Humanos | Facultad de Derecho | Universidad de Chile e Bogotá, Colômbia: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2012.
17. BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. Trad. André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

18. BELL, Lynda S.; NATHAN, Andrew J.; PELEG, Ilan (coord.). *Negotiating Culture and Human Rights*. New York: Columbia University Press, 2001
19. BINDER, Christina. ¿Hacia una Corte Constitucional de América Latina? La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con un enfoque especial sobre las amnistías. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
20. BOBBIO, Noberto. *A Era dos Direitos*. 9. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
21. BOGDANDY, Armin von. Ius Constitutionale Commune Latinoamericanum. Una aclaración conceptual. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
22. BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.
23. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 16. ed. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
24. BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. *A Autoridade da Coisa Julgada no Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
25. BUSTILLO MARÍN, Roselia. *El control de convencionalidad: La idea del bloque de constitucionalidad y su relación con el control de constitucionalidad en materia electoral. Líneas jurisprudenciales*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, s/a.
26. CABALLERO OCHOA, José Luis. La Cláusula de Interpretación Conforme y el Principio *Pro Persona* (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución). In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (coord.). *La Reforma Constitucional de*

- Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.
27. CABRITA, Isabel. *Direitos Humanos: Um Conceito em Movimento*. Coimbra: Almedina, 2011.
 28. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
 29. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*. General Course on Public International Law from Hague Academy of International Law, vol. 316, 2005. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2006.
 30. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEYTRIGNET, Gerard; SANTIAGO, Jaime Ruiz. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário e direito dos refugiados*. Brasília: IIDH, 1996.
 31. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
 32. CARBONELL, Miguel; ARIZA, Santiago Satre (org.). *La ciencia Jurídica ante el neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2003.
 33. CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010.
 34. CARBONELL, Miguel. Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución mexicana. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro (coord). *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: un Nuevo Paradigma*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.
 35. CARO CORIA, Dino Carlos. La Prueba en el Crimen de Desaparición Forzada de Personas conforme a la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto

- de Ciencias Criminales – Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011, p. 127-171.
36. CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1976.
 37. CERVANTES BRAVO, Irina. El control de la constitucionalidad en materia electoral em México. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (coord.). *Derecho Procesal Constitucional: Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, Colômbia: VC Editores, 2010.
 38. CLARK, Ian. *Globalization and Fragmentation: International Relations in the Twentieth Century*. New York: Oxford University Press, 1997.
 39. CLARK, Ian. *Globalization and International Relations Theory*. New York: Oxford University Press, 1999.
 40. DELMAS-MARTY, Mireille. *Leçons inaugurales de Collège de France: Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Paris, França: Collège de France, Fayard, 2003.
 41. DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
 42. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l'universel*. Paris: SEUIL, 2004.
 43. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (II): le pluralisme ordonné*. Paris: SEUIL, 2006.
 44. DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit (III): la refondation des pouvoirs*. Paris: SEUIL, 2007.
 45. DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Direitos Humanos e Liberdade Religiosa*. Brasília: Edições do Senado Federal, Vol. 205.
 46. DUPUY, Pierre-Marie. *L'Unité de L'Ordre Juridique International*. Cours general de droit international public (2000). Académie de Droit International de La Haye, *Recueil des cours*, tomo 297 (2002).

47. DWORKIN, Ronald. *Justiça para Ouriços*. Trad. Pedro Elói Duarte. Coimbra: Almedina, 2012.
48. DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
49. E. ACEVEDO, Domingo. La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre enjuiciamiento penal múltiple (*non bis in idem*) en el Caso Loayza Tamayo. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio, V. I. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998, p. 286-287.
50. FASSBENDER, Bardo. La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional. In: PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 121-174.
51. FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor. *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3. ed. San José, Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), 2004.
52. FAVOREU, Louis. *As Cortes Constitucionais*. São Paulo: Landy, 2004.
53. FASSBENDER, Bardo. La protección de los derechos humanos como contenido central del bien común internacional. In: PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010.
54. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
55. FERRAJOLI, Luigi. Democrazia Costituzionale e Diritti Fondamentali. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. México: UNAM, IMDPC e Marcial Pons, 2008.
56. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Teoria da norma jurídica: ensaio de pragmática da comunicação normativa*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

57. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficácia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la Convención Americana (res interpretata). In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2013.
58. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *ius constitutionale commune americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay). In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 329-381.
59. FOWLER, Michael Ross; BUNCK, Julie Marie. *Law, Power and The Sovereign State: The Evolution and Application of the Concept of Sovereignty*. Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 1995.
60. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Amnistía y Derechos Humanos: a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Barrios Altos”. In: MÉNDEZ SILVA, Ricardo. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2002. Disponible en: <<http://info5.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=342>>. Acceso en: 04/12/2014.
61. GARCÍA FALCONÍ, Ramiro J. Adaptación del Derecho Interno al Derecho Internacional, especialmente en lo que se refiere a Leyes Penales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemania: Instituto de Ciencias Criminales – Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011, p. 283-310.
62. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; GONZA, Alejandra. *La libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), 2007.
63. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Reparaciones. In: Corte IDH. *La Corte*

- Interamericana de Derechos Humanos – Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San Jose, Costa Rica: Corte IDH, 2005.
64. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La “Navegación Americana” de los Derechos Humanos: Hacia un *Ius Commune*. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.
65. GARCÍA-SAYÁN, Diego. Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos. In: Corte IDH. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San José, Costa Rica: Corte IDH, 2005.
66. GARCÍA-SAYÁN, Diego. Justicia interamericana y tribunales nacionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.
67. GÓMEZ-ROBLEDO V., Alonso. Natureza de los Derechos Humanos y su validez em Derecho Internacional Consuetudinário. In: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Liber Amicorum*, Héctor Fix-Zamudio, V. II. San José, Costa Rica: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.
68. GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011.
69. GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano. In: BOGDANDY, Armin von; FIX-FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Rasgos, Potencialidades y Desafíos*. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 301-327.
70. GONTIJO, André Pires. Diálogo entre os juízes: bloco de constitucionalidade “ao avesso”? Ou bloco de normatividade interamericano? In: MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (orgs.). *Diálogo entre Juízes*. Brasília: UniCEUB, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5748/1/Di%C3%A1logos%20entre%20ju%C3%ADzes.pdf>>. Acesso em: 29/12/2014.

71. GONTIJO, André Pires. O Tempo & o Espaço nos Estudos Jurídicos Comparativos: o exame da Desordem Normativa no Processo de Internacionalização dos Direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (coord.). *A Construção Sociojurídica do Tempo: Teoria do Direito e do Processo*. Curitiba: Juruá, 2012.
72. GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, J. Jesús. Sistemas de control de constitucionalidad. In: VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (coord.). *Derecho Procesal Constitucional: Memorias del Primer Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, Colômbia: VC Editores, 2010, p. 263-276.
73. GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. *El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del Espacio Europeo de los Derechos*. Pamplona, Espanha: Civitas | Editorial Aranzadi (Thomson Reuters), 2010.
74. GRIFFIN, James. *On Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2008.
75. HÄBERLE, Peter. *El Estado Constitucional*. México: Instituto de Investigações Jurídicas, UNAM, 2003. Disponível em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=14>>. Acesso em: 11/01/2014.
76. HÄBERLE, Peter. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*. Trad. Joaquín Brage Camazano. Madrid: Dykinson, 2004.
77. HÄBERLE, Peter. México y los contornos de un derecho constitucional común americano: un ius commune americanum. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: UNAM, 2011. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=545>>. Acesso em: 24/12/2014.
78. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Trad. Emilio Mikunda Franco. Madrid: Tecnos, 2000
79. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol. II, 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
80. HANNUM, Hurst. *Autonomy, Sovereignty and Self-Determination. The Accommodation of Conflicting Rights*. Revised Edition. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996.

81. HELLER, HERMANN. *Teoria del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
82. HERRERA GARCÍA, Alfonso. El diálogo jurisprudencial de la Suprema Corte mexicana con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos tras las reformas constitucionales del 2011. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2013.
83. HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
84. HUNT, Lynn Avery. *Inventing Human Rights: A History*. New York: W. W. Norton & Company, 2007.
85. HURRELL, Andrew. Power, principles and prudence: protecting human rights in a deeply divided world. In: DUNNE, Tim e WHEELER, Nicholas J. *Human Rights in Global Politics*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
86. ISHAY, Micheline R. *The History of Human Rights: from ancient times to the globalization era*. Berkeley, California: University of California Press, 2004.
87. JIMENA QUESADA, Luis. El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch, 2013.
88. KOTZUR, Markus. La soberanía hoy. Palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano sobre un atributo del Estado constitucional moderno. In: HÄBERLE, Peter; KOTZUR, Markus. *De la Soberanía al Derecho Constitucional Común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*. Trad. Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Ensayos Jurídicos, n. 12, 2003. Disponible em: <<http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.html?l=545>>. Acesso em: 05/01/2013.
89. KRASNER, Stephen D. *Sovereignty: Organized Hypocrisy*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 1999.

90. KRIELE, Martin. *Introdução à Teoria do Estado*. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2009.
91. KRISCH, Nico. *Beyond Constitutionalism*. Postnational Law in Search of a Structure. Publicado pela Oxford Scholarship Online, 2011.
92. LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.
93. LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
94. LIMA, José Antonio Farah Lopes de. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Leme, São Paulo: J. H. Mizuno, 2007.
95. LÓPEZ GUERRA, Luis. El carácter dinámico del Sistema Europeo de Protección de los Derechos Humanos. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.
96. M. CRUZ, Luis. *La Constitución como orden de valores*. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Colección filosofía, derecho y sociedad. Granada: Comares, 2005.
97. MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los Órganos Interamericanos de Protección de Derechos Humanos para los Tribunales Judiciales Nacionales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales – Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011, p. 435-455.
98. MALARINO, Ezequiel. Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto

- de Ciências Criminais – Departamento de Direito Penal Extranjero e Internacional, 2010.
99. MANILI, Pablo Luis. *El Bloque de Constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*. Buenos Aires: La Ley, 2003.
100. MARINHO, Maria Edelvacy; SILVA, Solange Teles da; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva (orgs.). *Diálogo entre Juízes*. Brasília: UniCEUB, 2014. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/235/5748/1/Di%C3%A1logos%20entre%20ju%C3%ADzes.pdf>>. Acesso em: 29/12/2014.
101. MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade: Um panorama latino-americano*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.
102. MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
103. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.
104. MEDINA QUIROGA, Cecilia. Las obligaciones de los Estados bajo a Convención Americana sobre Derechos Humanos. In: Corte IDH. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos – Un Cuarto de Siglo: 1979-2004*. San Jose, Costa Rica: Corte IDH, 2005.
105. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
106. MELLO, Marcos Bernardes. *Teoria do fato jurídico: plano da validade*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
107. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
108. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

109. MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
110. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
111. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales, en especial, para los Tribunales Constitucionales. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.
112. OLÁSULO ALONSO, Héctor; GALAIN PALERMO, Pablo. Diálogo jurisprudencial en materia de acceso, participación y reparación de las víctimas entre el sistema interamericano de protección de Derechos Humanos y el sistema de aplicación del Derecho penal internacional del Estatuto de Roma. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.
113. OST, François; KERCHOVE, Michel van de. *Legal System Between Order and Disorder*. Trad. Iain Stewart. Oxford: Oxford University Press, 1994.
114. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *La universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.
115. PETERS, Anne. Constitucionalismo compensatorio: las funciones y el potencial de las normas y estructuras internacionales. In: PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010.
116. PETERS, Anne. Soft Law as a New Mode of Governance. In: DIEDRICHS, Udo; REINERS, Wulf; WESSELS, Wolfgang (ed.). *The Dynamics of Change in EU Governance. Studies in EU Reform and Enlargement*. Cologne, Germany: University of Cologne, Germany, 2011.
117. PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010.

118. PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. In: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos aires, editores del Puerto, 1997.
119. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
120. PIOVESAN, Flávia. Fuerza Integradora y Catalizadora del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: desafíos para la formación de un constitucionalismo regional (Trad. Eduardo Ferrer-Mac-Gregor). In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, Max-Planc-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, p. 431-448.
121. PIOVESAN, Flávia. Igualdade, Diferença e Direitos Humanos: Perspectivas Global e Regional. In: SARMENTO, Daniel; IKAWA, Daniela e PIOVESAN, Flávia. *Igualdade, Diferença e Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
122. RADBRUCH, Gustav; SCHMIDT, Eberhard WELZEL, Hans. *Derecho Injusto y Derecho Nulo*. Madrid: Aguilar, 1971.
123. RAMOS, André de Carvalho, *Processo internacional de direitos humanos*, 2a. ed., São Paulo, Saraiva, 2012.
124. REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008.
125. REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.
126. ROSS, Alf. *El Concepto de Validez y Otros Ensayos*. México: Fontamara, 2006.
127. SACHS, Ignacy. Desenvolvimento, Direitos Humanos e Cidadania. In: PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (coord.). *Direitos Humanos no Século XXI*. Brasília: IPRI, 2002.

128. SAGÜÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *Ius Commune* Interamericano. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.). *La Justicia Constitucional y su Internacionalización: ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?* Tomo II. México: UNAM, Max-Planck-Institute für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.
129. SANTOS, Karla Margarida Martins. *Cartéis Internacionais: uma abordagem dos mecanismos extraterritoriais de persecução*. São Paulo: LTr, 2007.
130. SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2005.
131. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
132. SCELLE, Georges. *Règles générales du droit de la paix*. Recueil des cours, v. 46 (1933-IV), p. 327-703.
133. SHAW, Martin. *Global Society and International Relations*. Cambridge/Oxford: Polity Press/Blackwell Publishers, 1994.
134. SILVA, Alice Rocha da; MONT’ALVERNE, Tarin Cristino Frota. A construção da jurisprudência sobre direitos humanos a partir do diálogo entre juízes de tribunais internacionais, regionais e nacionais. In: GUIMARÃES, Antonio Marcio da Cunha; GOMES, Eduardo Biacchi e LEISTER, Margareth Anne (coord.). *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Florianópolis: FUNJAB, 2013.
135. SIU, Maria. CCSS espera aprovação de proyecto de ley para implementar técnicas de fertilización in vitro. *CRHOY.COM – NOTICIAS 24/7*. Disponível em: <<http://www.crhoy.com/ccss-espera-aprobacion-de-proyecto-de-ley-para-implementar-tecnicas-de-fertilizacion-in-vitro/>>. Acesso em: 13/02/2015.
136. SLAUGHTER, Anne-Marie. *A New World Order*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2004.
137. TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. *Proteção Internacional da Pessoa Humana: sistemas normativos regionais de proteção*. Brasília: EdUCB, 2014.

138. TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. México: UNAM, IMDPC e Marcial Pons, 2008, p. 825-846. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2555>>. Acesso em: 01/09/2014.
139. TEUBNER, Gunther. Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. In: TEUBNER, Gunther (ed.). *Global Law Without a State*. Brookfield: Dartmouth, 1997.
140. TOMAZETTE, Marlon. *Direito Societário e Globalização: Rediscussão da Lógica Público-Privada do Direito Societário diante das Exigências de um Mercado Global*. São Paulo: Atlas, 2014.
141. TOMUSCHAT, Christian. La Comunidad internacional. In: PETERS, Anne; J. AZNAR, Mariano; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio (ed.). *La constitucionalización de la Comunidad internacional*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2010.
142. TRIEPEL, Carl Heinrich. *Les rapports entre le droit interne et le droit international*. Recueil des cours, v. 1 (1923-I), p. 77-121.
143. TURGIS, Sandrine. *Les interactions entre les normes internationales relatives aux droits de la personne*. Paris: Pedone, 2012. Disponível em: <http://www.pedone.info/iidh/Turgis/Introduction_Turgis.pdf>. Acesso em: 30/12/2013.
144. TUSHNET, Mark V. *Taking the Constitution away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 2000.
145. VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade*. Brasília: UniCEUB, 2013.
146. VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2010.

147. VELANDIA CANOSA, Eduardo Andrés (coord.). *Derecho Procesal Constitucional: Memorias del Segundo Congreso Colombiano de Derecho Procesal Constitucional*. Vol. II, Tomo I. Bogotá, Colômbia: VC Editores, 2011.
148. WEILAND, Sandra J. The Vienna Convention on Consular Relations: Persuasive Force or Binding Law?. *Denver Journal of International Law & Policy*, v. 33, p. 675, 2004.
149. WET, Erika de; VIDMAR, Jure. *Hierarchy in International Law: The Place of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.
150. ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho Dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trad. Marina Gascón. 7. ed. Madrid: Trotta, 2007.
151. ZILLI, Marcos; MONTECONRADO, Fabíola Girão e MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Ne bis in idem e coisa julgada fraudulenta. A posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales – Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011.

ARTIGOS E PAPERS

152. A. CHÍA, Eduardo; CONTRERAS, Pablo. Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación *In Vitro*”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100015&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 26/11/2014.
153. ABRAMOVICH, Víctor. De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el sistema interamericano de derechos humanos. *SUR-Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 06, n. 11. Disponível em: <http://www.surjournal.org/esp/conteudos/getArtigo11.php?artigo=11,artigo_01.htm>. Acesso em: 16/01/2015.
154. ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Strasbourg, San José and the constitutionalization of international law*. Texto elaborado em 2011 e disponível em Academia.edu. Acesso em: 09/01/2014.

155. AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. ¿Surgimiento de un derecho constitucional común en América? (Parte II). *Revista Derecho Estado*, Bogotá, n. 26, Jan. 2011. Disponible em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0122-98932011000100003&lng=en&nrm=iso>. Acceso em: 12/12/2014.
156. ALTER, Karen J. Delegating to International Courts: Self-binding vs. Other-binding Delegation. *The Buffett Center for International and Comparative Studies – Northwestern University*, Working Paper n. 07-004, July 2007.
157. ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 35, 2013, p. 113-187. Disponible em: <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol35/iss1/3>>. Acceso em: 03/12/2014.
158. ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 46, n. 2, 2008.
159. ARAI-TAKAHASHI, YUTAKA. The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry. *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, v. 2, p. 62 e ss, 2013.
160. ARANGO OLAYA, Mónica. El Bloque de Constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Revista Precedente 2004*, 2011, p. 79-102.
161. BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MEZZARROBA, Orides. Fundamental human rights and controversial cultural practices: a new reading of the concept of human dignity. *Filosofia Unisinos*, v. 13, n. 1, p. 2-14, jan./abr. 2012.
162. BASCH, Fernando; FILIPPINI, Leonardo; LAYA, Ana; NINO, Mariano; ROSSI, Felicitas; SCHREIBER, Bárbara. The effectiveness of the Inter-American System of Human Rights Protection: a quantitative approach to its functioning and compliance with its decisions. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, v. 7, n. 12, p. 8-35, 2010.
163. BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et Praxis*, Talca, v. 15, n. 1, 2009. Disponible em:

- <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000100009&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 24/06/2014.
164. BENVENISTI, Eyal and DOWNS, George W. Court Cooperation, Executive Accountability and Global Governance. *NYU Journal of International Law and Politics*, 2009. Available at SSRN: <<http://ssrn.com/abstract=1409406>>. Acesso em: 12/02/2015.
165. BIANCHI, Andrea. Human Rights and the Magic of Jus Cogens. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 3, p. 491-508, 2008.
166. BINDER, Christina. The prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, 2011, p. 1203-1229.
167. BOGDANDY, Armin von. Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law. *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, n. 3-4, p. 397-413, 2008.
168. BUANI, Christiani Amaral. A justiça de transição: ápice da internacionalização do direito? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 123-150.
169. BUERGENTHAL, Thomas. The Normative and Institutional Evolution of International Human Rights. *Human Rights Quarterly*, v. 19, n. 4, nov. 1997.
170. BUGNION, François. Droit de Genève et droit de La Haye. *Revue Internationale de la Croix-rouge*, n. 844, 2001.
171. BURGORGUE-LARSEN, Laurence. A internacionalização do diálogo dos juízes: missiva ao Sr. Bruno Genevois, presidente do conselho de estado da França. *Prismas: Direito, Políticas Públicas e Mundialização*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 261-304, jan./jun. 2010.
172. BURRI, Mira. Cultural Diversity as a Concept of Global Law: Origins, Evolution and Prospects. *Diversity*, n. 2, p. 1059-1084, 2010.
173. CAMPISI, Maria Chiara. From a Duty to Remember to an Obligation to Memory? Memory as Reparation in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Conflict and Violence (IJCV)*, Vol. 8 (1) 2014, p. 61-74.

174. CHARLOTTE, Arnaud. L'autorité de la chose interprétée par le Conseil constitutionnel et par la Cour européenne des droits de l'homme: regard comparatiste sur une thèse prescriptive. Disponível em: <<http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN4/arnaudT4.pdf>>. Acesso em: 19/12/2014.
175. CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. Do império da lei à lei do império: quem governa o direito? *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 249-272.
176. COELHO, Inocêncio Mártires. *Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial*. Texto para debate na 2ª Reunião do Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC, em 10/04/2014.
177. COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse/Peter Häberle: um retorno aos fatores reais de poder. *Revista Diálogo Jurídico*, a. I, vol. I, n. 7, out. 2001.
178. COLOMBO CAMPBELL, Juan. El debido proceso constitucional. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I. Montevideo, Uruguai: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004, p. 157-250.
179. CRAIG, Paul. Constitutional Process and Reform in the EU: Nice, Laeken, the Convention and the IGC. *European Public Law*, v. 10, n. 4, p. 653-675, 2004.
180. CROOK, John R. General International and US Foreign Relations Law: US Strategy for responding to ICJ's Avena Decision. *American Journal of International Law*, v. 99, n. 2, 2005.
181. DE LA ROASILLA DEL MORAL, Ignacio. The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine. *German Law Journal*, v. 7, p. 611-624, 2006.
182. DE MORAIS BENEDETTI, Andrea Regina; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. Corte Interamericana de Derechos Humanos e os Desafios à Implementação de suas Decisões: Estudo Comparado entre Brasil, Colômbia e Peru. *Revista de Estudos Internacionais*, v. 4, n. 2, p. 05-19, 2014.
183. DELICOSTOPOULOS, Ioannis S. *Un Pouvoir de ç Pleine Jurisdiction è pour la Cour Europeenne des Droits de Lõhomme*. The Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law & Justice – The NYU Institutes on the Park. Disponível

- em: <<http://www.jeanmonnetprogram.org/archive/papers/98/98-8-.html>>. Acesso em: 18/12/2014.
184. DELLA MORTE, Gabriele. *L'Amnistie en Droit International*. ESIL Web Publications–Papers, 2006, Paris Biennial Conference, 2007.
185. 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*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 201-228.
186. DRINAN, Cara. Article 36 of the Vienna Convention on Consular Relations: Private Enforcement in American Courts After LaGrand. *Stanford Law Review*, v. 54, p. 1303-1319, 2002.
187. DONDERS, Yvonne. Human Rights and Cultural Diversity: too hot to handle? *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 30/4, p. 377-381, 2012.
188. DONNELLY, Jack. Human Dignity and Human Rights. *Agenda for Human Rights*, 2009.
189. DOWTY, Alan; LOESCHER, Gil. Refugee flows as grounds for international action. *International Security*, v. 21, n. 1, p. 43-71, 1996.
190. DUNOFF, Jeffrey L. Constitutional Conceits: The WTO's 'Constitution' and the Discipline of International Law. *European Journal of International Law*, v. 17, n. 3, p. 647-675, 2006.
191. DUPUY, Pierre-Marie. The Danger of Fragmentation or Unification of The International Legal System and The International Court of Justice. *International Law and Politics*, vol. 31, p. 791-807, 1999.
192. ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. XIV, 2014, p. 581-616.
193. FASSBENDER, Bardo. The Better Peoples of the United Nations? Europe's Practice and the United Nations. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 5, p. 857-884, 2004.

194. FASSBENDER, Bardo. Review essay: Quis judicabit? The Security Council, its powers and its legal control. *European Journal of International Law*, v. 11, n. 1, p. 219-232, 2000.
195. FASSBENDER, Bardo. The United Nations Charter As Constitution of the International Community. *Columbia Journal of Transnational Law*, v. 36, p. 529-619, 1998.
196. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 9, n. 2, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002011000200014&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23/01/2015.
197. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; PELAYO MOLLER, Carlos María. La Obligación de “Respetar” y “Garantizar” los Derechos Humanos a la Luz de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana: Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios Constitucionales*, Chile, v. 10, n. 2, p. 57-140, 2012.
198. FISCHER-LESCANO, Andreas. Die Emergenz der Globalverfassung. Max-Planck-Institut, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, n. 63, p. 717-760, 2003. Disponível em: <http://www.zaoerv.de/63_2003/63_2003_3_a_717_760.pdf>. Acesso em: 30/12/2013.
199. FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. *Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of Global Law*. Trad. Michelle Everson. *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, p. 999-1046, 2004.
200. FOLLESDAL, Andreas. When Common Interests Are Not Common: Why the Global Basic Structure should be Democratic. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, a. 16, n. 585, 2009.
201. FORERO-MANTILLA, Felipe. Conectividad: Alcances del Derecho a la Propiedad Aborigen y Tribal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n. 16, p. 177-212, jan./jul. 2010.
202. GARCIA RAMIREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, Puebla, v. 5, n. 28, dez. 2011. Disponível em:

- <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 23/01/2015.
203. GARCIA RAMIREZ, Sergio; MORALES SANCHEZ, Julieta. Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales*, México, n. 24, jun. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000100006&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014.
204. GARCÍA-SAYÁN, Diego. The Inter-American Court and Constitutionalism in Latin America. *Texas Law Review*, v. 89, p. 1835, 2010.
205. GARDBAUM, Stephen. Human Rights as International Constitutional Rights. *The European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 19, n. 4, 2008.
206. GLENSY, Rex D. Constitutional Interpretation through a Global Lens. *Missouri Law Review*, vol. 75, p. 1171-1241, 2010.
207. GOLDMANN, Matthias. Inside Relative Normativity: From Sources to Standard Instruments for the Exercise of International Public Authority. *German Law Journal*, vol. 09, n. 11, p. 1865-1908, 2008, p. 1865-1868.
208. GOMEZ-ROBLEDO VERDUZCO, Alonso. Corte Interamericana de Derechos Humanos: Caso Radilla Pacheco vs. México. Sentencia del 23 de noviembre de 2009 [excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas]. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, v. 11, enero 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542011000100019&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014.
209. GONÇALVES, Vinicius de Almeida. A figura do bloco de convencionalidade nas decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 8, n. 2, p. 398-425, 2013.
210. GONTIJO, André Pires. Os caminhos fragmentados da proteção humana: o peticionamento individual, o conceito de vítima e o *amicuscuriae* como indicadores do acesso aos sistemas interamericano e europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012.
211. GONTIJO, André Pires. A responsabilidade de proteger: uma releitura da soberania a partir das premissas da diversidade cultural e da racionalidade social, no

- contexto da idéia da autodeterminação do indivíduo em matéria de direitos humanos. *Universitas Jus (UniCEUB Law Journal)*, v. 23, n. 2, 2012.
212. GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. The effectiveness of the Inter-American Human Rights System: a study of the American States' compliance with the judgments of the Inter-American Court of Human Rights. *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, v. 16, p. 115-142, 2010.
213. GOODMAN, Ryan.; JINKS, Derek. How to Influence States: Socialization and International Human Rights Law. *Duke Law Journal*, n. 54, p. 7-55, 2004. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=519565>>. Acesso em: 30/12/2013.
214. GROPPI, Tania; COCCO-ORTU, Anna Maria Lecis. Las referencias recíprocas entre la Corte Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿de la influencia al diálogo? *Revista de Derecho Público*, v. 80, p. 85-120, 2014.
215. GRUBBA, Leilane Serratine. Direitos Humanos: o paradoxo da condição humana e do mercado autorregulado. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 11, n. 1, 2014, p. 133-145.
216. JAEGER, Guilherme Pederneiras. O direito de assistência consular à luz do Caso Avena. *Amicus Curiae*, v. 6, n. 6, 2011.
217. HÄBERLE, Peter. El Tribunal Constitucional Federal como modelo de una Jurisdicción Constitucional Autónoma. Trad. Joaquín Brage Camazano. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, Madrid, n. 09, p. 113-139.
218. HELFER, Laurence R. Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime. *The European Journal of International Law (EJIL)*, Vol. 19, n. 1, p. 125-159, 2008, p. 125-132.
219. HITTERS, Juan Carlos. Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 7, n. 2, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002009000200005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014.
220. HITTERS, Juan Carlos. La reforma de la Constitución Argentina de 1994 y los tratados sobre Derechos Humanos a 20 años de su vigencia. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, U. N. L. P., 2014, p. 1-17.

221. HOWSE, Robert. Human Rights in the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, p. 651-659, 2002.
222. HOYOS, Arturo. El control judicial y el bloque de constitucionalidad en Panamá. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, a. XXV, n. 75, p. 787-807, set./dez. 1992.
223. IGLESIAS VILA, Marisa. The National Margin of Appreciation Doctrine: In Search of a Balance between Democracy and Rights in the International Sphere. *Available at SSRN*, 2013.
224. JAN, Pascal. Le Conseil constitutionnel. *Pouvoirs*, v. 99, n. 4, p. 71-86, 2001.
225. KADELBACH, Stefan; KLEINLEIN, Thomas. International Law—a Constitution for Mankind?. *German Yearbook of International Law*, v. 50, n. 2007, 2008.
226. KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Trad. Marcelo Dias Varella, Geilza Fátima Cavalcanti Diniz, Amábile Pierroti e Luiza Maria Rocha Nogueira. *Revista de Direito Internacional*, v. 8, n. 2, jul./dez. 2011.
227. KLEINLEIN, Thomas. Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism. *Goettingen Journal of International Law*, v. 4, n. 2, 2012, p. 385-416.
228. KLEINLEIN, Thomas. Between Myths and Norms: Constructivist Constitutionalism and the Potential of Constitutional Principles in International Law. *Nordic Journal of International Law*, n. 81, p. 79-132, 2012.
229. KLEINLEIN, Thomas. On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 1075-1084, 2010.
230. KOH, Harold Hongju. International law as part of our law. *American Journal of International Law*, p. 43-57, 2004.
231. KOH, Harold Hongju. Why Do Nations Obey International Law? *The Yale Law Journal*, v. 106, 1997, p. 2599-2659.

232. KUMM, Mattias. The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis. *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 15, n. 5, p. 907-931, 2004.
233. LESSA, Francesca. Elusive Justice, Changing Memories and the Recent Past of Dictatorship and Violence in Uruguay: An Analysis of the 2012 Public Act in the Gelman Case. *International Journal of Conflict and Violence (IJCV)*, Vol. 8 (1) 2014, p. 75-90.
234. LIMA, Gabriela Garcia Batista. O pluralismo jurídico e efetividade jurídica na relação entre proteção ambiental e investimentos estrangeiros: os casos Santa Elena, Metalclad e Tecmed. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 27-58.
235. LOPES, Ana Maria D'Ávila. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 164, out./dez. 2004.
236. LOPES, Carla Patrícia Frade Nogueira. Internacionalização do direito e pluralismo jurídico: limites de cooperação no diálogo de juízes. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 229-249.
237. LUPI, André Lipp Basto; MONTE, Mário João Ferreira; VIVIANI, Maury Roberto. Em busca de fundamentos para o constitucionalismo global: esboço de tendências teóricas para a constitucionalização no âmbito de uma nova ordem mundial. *Revista Novos Estudos Jurídicos – Eletrônica*, v. 19, n. 4, edição especial 2014, p. 1220-1251. Disponível em: <<http://www.univali.br/periodicos>>. Acesso em: 13/12/2014.
238. MACHADO, Natália Paes Leme. A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 280-296.
239. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José. Comunidades Autónomas y Unión Europea: hacia una mejora de la participación directa de las Comunidades Autónomas en el proceso decisorio comunitario. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, n. 22, p. 759-805, set./dez. 2005.
240. MARTIN-CHENUT, Kathia. Amnistie, prescription, grâce: la jurisprudence interaméricaine des droits de l'homme en matière de lutte contre l'impunité. *Chronique internationale*, RSC 03, jul./set. 2007, p. 628-640.

241. MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.
242. McDOUGAL, Myres S. Human Rights and World Public Order: Principles of Content and Procedure for Clarifying General Community Policies. *The Virginia Journal of International Law*, v. 14, n. 03, p. 387-419, 1974.
243. MEDINA QUIROGA, Cecilia. Modificación de los reglamentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al procedimiento de peticiones individuales ante la Corte. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 7, p. 117-126, 2011.
244. MEDINA QUIROGA, Cecilia. Los 40 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Anuario de Derechos Humanos*, n. 5, p. pág. 15-34, 2011.
245. MEJÍA-LEMONS, Diego Germán. On the ‘Control de Convencionalidad’ Doctrine: a Critical Appraisal of the Inter-American Court of Human Right’s Relevant Case Law. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, p. 117-151.
246. MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis. The Crime of Forced Disappearance of Persons According to the Decisions of the Inter-American Court of Human Rights. *International Criminal Law Review*, v. 10, n. 4, p. 475-489, 2010.
247. MONEBHURRUN, Nitish; VARELLA, Marcelo Dias; O que é uma boa tese de doutorado em Direito? Uma análise a partir da própria percepção dos programas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 10, n. 1, jul./dez. 2013, p. 423-443.
248. MOURE, Ana María. El Defensor Interamericano y la Defensa de los Derechos del Niño: Caso Furlán. *Revista chilena de derecho*, Santiago, v. 40, n. 3, set. 2013. Disponível em:
<http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372013000300009&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 03/12/2014.
249. MÜLLER, Felix; RICHTER, Tobias. Report on the *Bundesverfassungsgericht’s* Jurisprudence in 2005/2006. *German Law Journal*, v. 9, n. 2, p. 161-194, 2008.
250. NAQVI, Yasmin. The right to the truth in international law: fact or fiction?. *International Review of the Red Cross*, v. 88, n. 862, p. 245-273, 2006.

251. 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.
252. NEUMAN, Gerald L. Humanitarian law and counterterrorist force. *European Journal of International Law*, v. 14, n. 2, p. 283-298, 2003.
253. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Diálogo Interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Estudios Constitucionales, Chile*, v. 10, n. 2, p. 57-140, 2012.
254. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, v. 45, n. 135, set./dez. 2012. Disponible em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332012000300008&lng=es&nrm=iso>. Acceso em: 12/12/2014.
255. ONUMA, Yasuaki. A transcivilizational perspective on international law. Questioning prevalent cognitive frameworks in the emerging multi-polar and multi-civilization world of the twenty first century. *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, v. 342, 2010.
256. ORDUNA TRUJILLO, Eva Leticia. La libertad de pensamiento y de expresión vista desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Latinoamérica*, México, n. 53, dez. 2011. Disponible em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-85742011000200007&lng=es&nrm=iso>. Acceso em: 12/12/2014.
257. O'SCANNLAIN, Diarmuid F. Enforceability of International Tribunals' decisions in the United States. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 30, n. 1, p. 115-117, 2006.
258. PAULUS, Andreas L. The international legal system as a constitution. *Ruling the world*, p. 69-109, 2009.
259. PELAYO MOLLER, Carlos María. El proceso de creación e incorporación de los estándares internacionales en materia de desaparición forzada de personas en México y su revisión por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XII, p. 959-1021, 2012.

260. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. Interações transjudiciais e transjudicialismo: sobre a linguagem irônica do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 169-200.
261. PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579–610, 2006.
262. PETERS, Anne. Humanity as the A and Ω of Sovereignty. *The European Journal of International Law*, vol. 20, n. 3, 2009.
263. PETERS, Anne. International Dispute Settlement: A Network of Cooperational Duties. *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 14, n. 1, p. 1-34, 2003.
264. PETERS, Anne. The merits of global constitutionalism. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, n. 2, p. 397-411, 2009.
265. PETERSMANN, Ernst-Ulrich. Constitutionalism and international organizations. *Northwestern Journal of International Law & Business*, v. 17, p. 398, 1996.
266. PETERSMANN, Ernst - Ulrich. Time for a United Nations ‘Global Compact’ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration. *European Journal of International Law*, v. 13, n. 3, p. 621-650, 2002.
267. PIOVESAN, Flávia. *A Judicialização do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: impacto, desafios e perspectivas*. DHnet. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_justicializac_ao_sip_oea.pdf>. Acesso em: 01/02/2014.
268. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista brasileira de direito constitucional*, n. 19, p. 67-93, 2012.
269. POST, Robert; SIEGEL, Reva. Popular Constitutionalism, Departmentalism, and Judicial Supremacy. *California Law Review*, v. 92, p. 1027-1044, 2004.
270. QUEREJAZU ESCOBARI, Amaya. Responsabilidad de las organizaciones internacionales por actos Ultra vires. *Rev. Derecho*, Barranquilla, n. 39, 2013. Disponível em:

- <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-86972013000100001&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 11/02/2015.
271. QUIGLEY, John. Avena and Other Mexican Nationals (Mexico vs. United States of America): Must Courts Block Executions Because of a Treaty? *Melbourne Journal of International Law*, v. 4, n. 17, 2004.
272. RAGIMBEAU, Laure. Qu'est ce que Le bloc de constitutionnalité. *Droit Constitutionnel.net*. Disponível em: <http://www.droit-constitutionnel.net/article/constitution/constitutionnalite_408.htm>. Acesso em: 19/09/2013.
273. RANGEL HERNANDEZ, Laura. Sentencias condenatorias al Estado mexicano dictadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y sus implicaciones en el orden jurídico nacional. *Revista. IUS*, Puebla, v. 5, n. 28, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472011000200008&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 15/02/2015.
274. RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro. La generación del Tribunal Constitucional. In: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Tomo I, a. 10. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2004.
275. RODRÍGUEZ PINZON, Diego. The Victim Requirement, the Fourth Instance Formula and the Notion of Person in the Individual Complaint Procedure of the Inter-American Human Rights System. *ILSA Journal of International & Comparative Law*, v. 7, p. 369, 2000.
276. ROHT-ARRIAZA, Naomi. State responsibility to investigate and prosecute grave human rights violations in international law. *California Law Review*, p. 449-513, 1990.
277. RONIGER, Luis. La Sacralización del Consenso Nacional y las pugnas por la Memoria Histórica y la Justicia en el Uruguay Posdictatorial. *América Latina Hoy*, n. 61, 2012, p. 51-78.
278. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 8, n. 1, 2010. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100005&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 24/12/2014.

279. SAGÜÉS, Néstor Pedro. Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos: experiencias en latinoamérica. *Ius et Praxis*, Talca, v. 9, n. 1, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100011&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 13/02/2015.
280. SALDANHA, Jânia Maria Lopes; VIEIRA, Lucas Pacheco. Modelos de controle de convencionalidade sob uma perspectiva otimizadora. *Revista Libertas, UFOP*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2013.
281. SANDS, Philippe. Treaty, Custom and the Cross-fertilization of International Law. *Yale Human Rights & Development Law Journal*, vol. 1, p. 85-106, 1998.
282. SANTONOCITO, Ivana Maria Letizia. Il New Federalism ed Il Processo di Integrazione Europea-Compound Democracies a confronto. Catânia/Sicília, Itália: UNICT, 2012.
283. SANTOS, Karla Margarida Martins. Os cartéis transnacionais e a transnacionalização das decisões do direito concorrencial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 59-92.
284. SCHNEEWEIS, Justine. Durand and Urgarte v. Peru. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 36, n. 1, p. 173-198, 2014.
285. SEIBERT-FOHR, Anja, European Comparatives Perspective on the Rule of Law and Independent Courts (June 29, 2010). Facultas, Forthcoming. Available at SSRN. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1652598>>. Acesso em: 20/01/2015.
286. SERNA DE LA GARZA, José Maria. ¿Hacia un modelo dialógico en las relaciones entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces constitucionales de América Latina? In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; HERRERA GARCÍA, Alfonso (coord.). *Diálogo Jurisprudencial en Derechos Humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia, Espanha: Tirant Lo Blanch, 2013.
287. SERRA, Jordi Sellarés; SANTIAGO, Yanis Blanco. ¿Pacta sunt servanda? Quizás, quizás, quizás. El Tribunal Supremo de Estados Unidos no aplica el caso Avena en su sentencia del caso Medellín. *Revista electrónica de estudios internacionales*, n. 16, p. 18, 2008.

288. SILVA, Alice Rocha da (et. ali.). *A Subjetividade na atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a Efetividade dos Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão*. Artigo escrito como resultado parcial de pesquisa para o grupo Internacionalização dos Direitos, vinculado ao Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Comunicação restrita, de 18/01/2014.
289. SILVA, Virgílio Afonso. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. *Revista de Direito do Estado*, n. 4, 2006, p. 23-51.
290. SIMMA, Bruno. Universality of International Law from the Perspective of a Practitioner. *The European Journal of International Law*, v. 20, n. 2, p. 265-297, 2009.
291. SLAUGHTER, Anne-Marie; BURKE-WHITE, William. An International Constitutional Moment. *Harvard International Law Journal*, v. 43, n. 1, p. 1-22, 2002.
292. SOLO EL 12% de los casos enjuiciados y sentenciados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [CorteIDH] están cerrados, es decir, con la sentencia cumplida por parte de los Estados. *La República*, Peru, 30/03/2009. Disponível em: <<http://www.larepublica.pe/30-03-2009/solo-12-de-sentencias-de-corte-interamericana-han-sido-cumplidas>>. Acesso em: 19/01/2015.
293. SOMEK, Alexander. Kelsen lives. *European Journal of International Law*, v. 18, n. 3, p. 409-451, 2007.
294. SPIELMANN, Dean. Allowing the Right Margin the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? *Centre of European Legal Studies (CELS) – Working Paper Series*, University of Cambridge – Faculty of Law, Fev. 2012.
295. SPIERMANN, Ole. Humanitarian Intervention as a Necessity and the Threat or Use of *Jus Cogens*. *Nordic Journal of International Law*, v. 71, p. 523-543, 2002.
296. STARK, Barbara. Nurturing Rights: an Essay on Women, Peace and International Human Rights. *Michigan Journal of International Law*, v. 13, p. 144-160, 1991.
297. SWEENEY, James A. Margins of Appreciation: Cultural Relativity and the European Court of Human Rights in the Post-Cold War Era. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 02, p. 459-474, 2005.

298. TAMS, Christian J. Consular Assistance: Rights, Remedies and Responsibility – Comments on the ICJ’s Judgment in the LaGrand Case. *European Journal of International Law (EJIL)*, v. 13, n. 5, 1257-1259, 2002.
299. TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. Fontes não codificadas do direito internacional. *Revista do Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 97-125, jul./dez. 2004.
300. TEUBNER, Gunther. The Anonymous Matrix: Human Rights Violations by “Private” Transnational Actors. *The Modern Law Review*, a. 2006, v. 69, n. 3, p. 327-346.
301. THE RESPONSIBILITY TO PROTECT. Report of the International Commission on Intervention and State Sovereignty.
302. TIVERON, Raquel. Ébano e Marfim: a justiça restaurativa e o TPI orquestrados para a paz sustentável em Uganda. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 151-168.
303. TOMAZETTE, Marlon. Internacionalização do Direito além do Estado: a nova *lexmercatoria* e sua aplicação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 93-122.
304. TRAMONTANA, Enzamaría. The Contribution of the Inter-American Human Rights Bodies to Envolving International Law on Indigenous Rights over Lands and Natural Resources. *International Journal on Minority and Group Rights*, v. 17, p. 241-263.
305. TRINDADE, Otávio Cançado. Kant na Haia: a abordagem constitucional do direito internacional pela Corte Internacional de Justiça (1945-1990). *Revista Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 52, p. 299-328, jan./jun. 2008.
306. TRUBEK, David M.; TRUBEK, Louise G. Hard and Soft Law in the Construction of Social Europe: the Role of the Open Method of Co - ordination. *European Law Journal*, v. 11, n. 3, p. 343-364, 2005.
307. TÜMAY, Murat. The “Margin of Appreciation Doctrine” developed by the case law of the European Court of Human Rights. *Ankara Law Review*, Vol. 5, n. 2 (Winter 2008), p. 201-234.

308. UNITED NATION. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. 58th session. *Fragmentation of International Law: difficulties arising from the diversification and expansion of International Law*. Report A/CN.4/L.682 of the Study Group of the International Law Commission, finalized by Martti Koskenniemi. Geneva, 13 April 2006.
309. VAN AAKEN, Anne. A Functional Approach of International Constitutionalism: The Value Added of a Social Science Contribution. University of St. Gallen Law School: *Law and Economics Research Paper Series*, Working Paper n. 2008-08, May 2008.
310. VARELLA, Marcelo Dias; MACHADO, Natália Paes Leme. A dignidade da mulher no direito internacional: o Brasil face à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. *Revista IIDH*, v. 49, p. 467-501, 2009.
311. VARELLA, Marcelo Dias. A crescente complexidade do sistema jurídico internacional: alguns problemas de coerência sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 167, p. 135-170, jul./set. 2005.
312. VARELLA, Marcelo Dias. Building International Law from the Inside Out: The Making of International Law by Infra-State and Non-State Actors. *Available at SSRN 2288209*, 2013.
313. VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012.
314. VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 02, 2013.
315. WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406, 2006.
316. WALDRON, Jeremy. Is Dignity the Foundation of Human Rights? *New York University School of Law*. Public Law & Legal Theory Research Paper Series, Working Paper n. 12-73, 2013.
317. WALKER, Neill. *Multilevel constitutionalism: looking beyond the German debate*. LEQS Paper n. 08/2009, June 2009.

318. WESSEL, Ramses A. The UN, the EU and *Jus Cogens*. 2006.
319. WET, Erika de. Holding international institutions accountable: the complementary role of non-judicial oversight mechanisms and judicial review. In: *The Exercise of Public Authority by International Institutions*. Springer Berlin Heidelberg, 2010. p. 855-882.
320. WET, Erika de. The prohibition of torture as an international norm of jus cogens and its implications for national and customary law. *European Journal of International Law*, v. 15, n. 1, p. 97-121, 2004.
321. WET, Erika de. The emergence of international and regional value systems as a manifestation of the emerging international constitutional order. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, n. 03, p. 611-632, 2006.
322. WET, Erika de. The international constitutional order. *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, n. 01, p. 51-76, 2006.
323. WET, Erika de. The role of European courts in the development of a hierarchy of norms within international law: evidence of constitutionalisation?. *European Constitutional Law Review*, v. 5, n. 02, p. 284-306, 2009.
324. WHITE, Isobel; HORNE, Alexander. *Prisoners' voting rights*. House of Commons. Parliament and Constitution Centre. Standard Note SN/PC/01764, atualizada em 08/07/2014.
325. WIENER, Antje. *Towards a Transnacional Nomos: The Role of Institutions in the Process of Constitutionalization*. Jean Monet Working Paper 9/03. Heidelberg: Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2003.
326. YOUNG, Ernest A. The Trouble with Global Constitutionalism. *Texas International Law Journal*, vol. 38, p. 527-545, 2003.
327. ZAGREBELSKY, Gustavo. *Imparare la Democrazia*. Disponível em: <<http://www.cristosapienza.it/Docpdf/Gustavo%20Zagrebelsky.pdf>>. Acesso em 11/11/2014.
328. ZANITELLI, Leandro Martins. Corporações e direitos humanos: o debate entre voluntaristas e obrigacionistas eo efeito solapador das sanções. *Revista internacional de direitos humanos: SUR*, 2011. Disponível em:

<http://www.surjournal.org/conteudos/getArtigo15.php?artigo=15,artigo_02.htm>
 . Acesso em: 24/12/2014.

329. ZUMBANSEN, Peer. Comparative, global and transnational constitutionalism: The emergence of a transnational legal-pluralist order. *Global Constitutionalism*, v. 1, n. 01, p. 16-52, 2012.
330. ZUNIGA URBINA, Francisco. Comentario a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", de 24 de febrero de 2012. *Estudios constitucionales*, Santiago, v. 10, n. 1, 2012. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002012000100012&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 12/12/2014.

JURISPRUDÊNCIA/CASOS DA CORTE IDH

331. Corte IDH. Caso J. vs. Peru. Interpretação da Sentença de Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20/11/2014, Série C n. 291.
332. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17/10/2014.
333. Corte IDH. *Caso Norín Catrín e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do povo indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/05/2014, Série C n. 279.
334. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte IDH de 20/03/2013.
335. Corte IDH. *Caso Albán Cornejo e outros vs. Equador*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 05/02/2013.
336. Corte IDH. *Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 30/11/2012, Série C n. 259.
337. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros ("Fecundación in Vitro") vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/11/2012, Série C n. 257.

338. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 23/11/2012.
339. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 07/09/2012.
340. Corte IDH. *Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/10/2012, Série C n. 251.
341. Corte IDH. *Caso Furlan e Familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31/08/2012, Série C n. 246.
342. Corte IDH. *Caso Atala Riffó y Niñas vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/02/2012, Série C n. 239.
343. Corte IDH. *Caso López Mendonza vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 01/09/2011, Série C n. 233.
344. Corte IDH. *Caso Mejía Idrovo vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/07/2011, Série C n. 228.
345. Corte IDH. *Caso Fernández Ortega e outros vs. México*. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Resolução de 15/05/2011.
346. Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguai*. Mérito e Reparações. Sentença de 24/02/2011, Série C n. 221.
347. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/11/2010, Série C n. 220. Voto concorrente do Juíz Eduardo Ferrer Mac-Gregor.
348. Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/11/2010, Série C n. 220.
349. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219. Voto concorrente do Juíz Roberto de Figueiredo Caldas.

350. Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219.
351. Corte IDH. *Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2010, Série C n. 218.
352. Corte IDH. *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 01/09/2010, Série C n. 217.
353. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/08/2010, Série C n. 214.
354. Corte IDH. *Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações. Sentença de 26/05/2010, Série C n. 213.
355. Corte IDH. *Caso Massacre de “Las Dos Erres” vs. Guatemala*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2009, Série C n. 211.
356. Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/11/2009, Série C n. 209.
357. Corte IDH. *Caso González e outras (“Campo de Algodão”) vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16/11/2009, Série C n. 205.
358. Corte IDH. *Caso Anzualdo-Castro vs. Peru*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/09/2009.
359. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 1/07/2009, Série C n. 198.
360. Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30/06/2009, Série C n. 197.
361. Corte IDH. *Caso Ticona Estrada y otros vs. Bolívia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27/11/2008. Série C n. 191.

362. Corte IDH. *Caso Heliodoro-Portugal vs. Panamá*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 12/08/2008.
363. Corte IDH. *Caso Castañeda Gutman vs. México*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 06/08/2008. Série C n. 183.
364. Corte IDH. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/08/2008. Série C n. 182.
365. Corte IDH. *Caso Salvador Chiriboga vs. Equador*. Exceção Preliminar e Mérito. Sentença de 06/05/2008. Série C n. 179.
366. Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/05/2008, Série C n. 177.
367. Corte IDH. *Caso Boyce e outros vs. Barbados*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 20/11/2007, Série C n. 169.
368. Corte IDH. *Caso Massacre de La Rochela vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11/05/2007.
369. Corte IDH. *Caso La Cantuta vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/11/2006. Série C n. 162.
370. Corte IDH. *Caso Prisão de Miguel Castro-Castro vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25/11/2006.
371. Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro e outros) vs. Perú*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2006, Série C n. 158.
372. Corte IDH. *Caso Vargas Areco vs. Paraguai*. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 155. Voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez.
373. Corte IDH. *Caso Vargas-Areco vs. Paraguai*. Sentença de 26/09/2006, Série C n. 155.

374. Corte IDH. *Caso Almonacid-Arellano e outros vs. Chile*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26/09/2006, Série C, n. 154.
375. Corte IDH. *Caso Goiburú e outros vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/09/2006, Série C n. 153.
376. Corte IDH. *Caso Claude Reyes e outros vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 19/09/2006. Série C n. 151.
377. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04/07/2006, Série C n. 149.
378. Corte IDH. *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colômbia*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 01/07/2006. Série C n. 148. Voto do Juiz Cançado Trindade.
379. Corte IDH. *Caso Baldeón Garcia vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 06/04/2006, Série C n. 147.
380. Corte IDH. *Caso Acevedo Jaramillo y otros vs. Peru*. Sentença de 7/02/2006, Série C n. 144.
381. Corte IDH. *Caso López Álvarez vs. Honduras*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 01/02/2006, Série C n. 141. Voto concorrente do Juiz Sergio Garcia Ramírez.
382. Corte IDH. *Caso Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Sentença de 31/01/2006, Série C n. 140.
383. Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Exceção Preliminar. Sentença de 30/11/2005, Série C n. 139.
384. Corte IDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/11/2005, Série C n. 136.
385. Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, Sentença de 22/11/2005, Série C n. 135.

386. Corte IDH. *Caso “Massacre de Mapiripán” vs. Colômbia*. Sentença de 15/09/2005, Série C n. 134.
387. Corte IDH. *Caso Raxcacó Reyes vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15/09/2005, Série C n. 133.
388. Corte IDH. *Caso Ninãs Yean e Bosico vs. República Dominicana*. Sentença de 08/09/2005. Série C n. 130.
389. Corte IDH. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. Mérito, Reparação e custas da sentença de 24/06/2005. Série C n. 129.
390. Corte IDH. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. Exceções Preliminares. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 23/06/2005.
391. Corte IDH. *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17/06/2005.
392. Corte IDH. *Caso Comunidade Moiwana vs. Suriname*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 17/06/2005, Série C n. 124.
393. Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11/03/2005, Série C n. 123.
394. Corte IDH. *Caso Caesar vs. Trinidad and Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11/03/2005. Voto separado do Juiz Cançado Trindade.
395. Corte IDH. *Caso Lori Berenson Mejía vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25/11/2004, Série C n. 119.
396. Corte IDH. *Caso Carpio Nicolle e outros vs. Guatemala*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22/11/2004, Série C n. 117.
397. Corte IDH. *Caso Massacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Reparações. Sentença de 19/11/2004, Série C n. 116.
398. Corte IDH. *Caso Tibi vs. Equador*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 07/09/2004, Série C n. 114.

399. Corte IDH. *Caso Instituto de Reeducação Juvenil vs. Paraguai*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/09/2004.
400. Corte IDH. *Caso Hermanos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 08/07/2004. Série C n. 110.
401. Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/07/2004. Série C n. 107.
402. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá*. Competência, Sentença de 28/11/2003, Série C n. 104.
403. Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/02/2003, Série C n. 98.
404. Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94.
405. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 03/12/2001, Série C n. 88.
406. Corte IDH. *Caso Hilaire vs. Trinidad e Tobago*. Exceções Preliminares. Sentença de 01/09/2001.
407. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Sentença de 03/09/2001 – Interpretação da Sentença de Mérito, Série C n. 83.
408. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75.
409. Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75. Voto concorrente do Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade.
410. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 06/02/2001, Série C n. 74.
411. Corte IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 05/02/2001. Serie C n. 73.

412. Corte IDH. *Caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/02/2001, Série C n. 72.
413. Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31/01/2001.
414. Corte IDH. *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 25/11/2000. Série C n. 70.
415. Corte IDH. *Caso Cantoral Benavides vs. Peru*. Mérito. Sentença de 18/08/2000. Série C n. 69.
416. Corte IDH. *Caso Durand e Ugarte vs. Peru*. Mérito. Sentença de 16/08/2000. Serie C n. 68.
417. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 17/11/1999.
418. Corte IDH. *Caso Tribunal Constitucional vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 55.
419. Corte IDH. *Caso Ivcher Bronstein vs. Peru*. Competência. Sentença de 24/09/1999, Série C n. 54.
420. Corte IDH. *Caso Castillo Petruzzi e outros vs. Peru*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30/05/1999. Serie C n. 52.
421. Corte IDH. *Caso Loayza-Tamayo vs. Peru*. Reparações e Custas. Sentença de 27/11/1998. Série C n. 42.
422. Corte IDH. *Caso Garrido e Baigorria vs. Argentina*. Reparações e Custas. Sentença de 27/08/1998, Série C n. 39.
423. Corte IDH. *Caso Paniagua Morales e outros ("Panel Blanca") vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 08/03/1998, Série C n. 37.
424. Corte IDH. *Caso Blake vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 24/01/1998, Série C n. 36.

425. Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Mérito. Sentença de 12/11/1997. Série C n. 35.
426. Corte IDH. *Caso Castillo Páez vs. Peru*. Mérito. Sentença de 03/11/1997. Série C n. 34.
427. Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 29/01/1997, Série C n. 30.
428. Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparações e Custas. Sentença de 14/09/1996, Série C n. 28.
429. Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Exceções Preliminares, Sentença de 27/01/1995, Série C n. 21.
430. Corte IDH. *Caso Gangaram-Panday vs. Suriname*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/01/1994, Serie C n. 16.
431. Corte IDH. *Caso Aloeboetoe e outros vs. Suriname*. Reparações e Custas. Sentença de 10/09/1993, Série C n. 15.
432. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Reparações e Custas. Sentença de 21/07/1989. Série C n. 7.
433. Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29/07/1988. Série C n. 4.

CASOS COMISSÃO IDH

434. Comissão IDH. Demanda ante a la Corte IDH en el caso de José Alfredo Mejía Idrovo (Caso n. 12.530) contra la República del Ecuador, submetida em 19/11/2009.
435. Comissão IDH. Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 e 10.311. Informe n. 28, de 02/10/1992.

OPINIÕES CONSULTIVAS DA CORTE IDH

436. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 01, emitida em 24/09/1982, solicitada pelo Peru. “Outros Tratados” Objeto da função consultiva da Corte (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).
437. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 02, de 24/09/1982. O Efeito das Reservas sobre a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos (artigos 74 e 75) solicitada pela Comissão IDH.
438. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 04, de 19/01/1984. Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada com a Naturalização, solicitada pela Costa Rica.
439. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 06, emitida em 09/05/1986, solicitada pelo Uruguai. A expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.
440. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 09, emitida em 06/10/1987, sobre Garantias Judiciais em Estados de Emergência (artigos 27, item 2, 25 e 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos).
441. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 13, emitida em 16/07/1993, solicitada pela Argentina e pelo Uruguai. Certas Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (artigos 41, 42, 44, 46, 47, 50 e 51 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).
442. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 14, emitida em 09/12/1994, solicitada pela Comissão IDH. Responsabilidade Internacional pela expedição e aplicação de leis violadoras da Convenção (artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos).
443. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 16, emitida em 01/10/1999, solicitada pelo México. “O direito à informação sobre a assistência consular no marco das garantias do devido processo legal”.
444. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 18, de 17/09/2003. Condição Jurídica dos Imigrantes Sem Documentos, solicitada pelos Estados Unidos do México.
445. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 19, de 28/11/2005. Controle de legalidade no exercício das atribuições da Comissão Interamericana de Direitos

Humanos (artigos 41 e 44 a 51 da Convenção Americana de Direitos Humanos), solicitada pela Venezuela.

446. Corte IDH. Opinião Consultiva n. 20, de 29/11/2009, requisitada pela República da Argentina, sobre a interpretação do artigo 55 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

JURISPRUDÊNCIA/CASOS DA CORTE EDH

447. Corte EDH. *Caso Jones e outros vs. Reino Unido*. Petições n.(s) 34356/06 e 40528/06. Quarta Seção. Mérito. Sentença de 02/06/2014.
448. Corte EDH. *Caso Mitić vs. Sérvia*. Petição n. 31963/08. Segunda Seção. Mérito. Sentença de 24/04/2013.
449. Corte EDH. *Caso Mosendz vs. Ucrânia*. Petição n. 52013/08. Primeira Seção. Mérito. Sentença de 17/04/2013.
450. Corte EDH. *Caso Fabris vs. França*. Petição n. 16574/08. Grande Câmara. Mérito. Sentença de 07/02/2013. Voto em separado do Juiz Paulo Pinto de Albuquerque.
451. Corte EDH. *Caso El-Masri vs. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*. Petição n. 39630/09. Grande Câmara. Mérito. Sentença de 13/12/2012.
452. Corte EDH. *Caso Halil Yüksel Akinci e outros vs. Turquia*. Petição n. 39125/04. Mérito. Sentença de 11/12/2012.
453. Corte EDH. *K. v. Alemanba*. Petição n. 61827/09. Grande Câmara. Mérito. Sentença de 07/09/2012.
454. Corte EDH. *Caso Scoppola vs. Itália*. Petição n. 126/05. Grande Câmara. Sentença de 22/05/2012.
455. Corte EDH. *Caso Greens and MT vs. Reino Unido*. Petições n.(s) 60041/08 e 60054/08. Quarta Seção. Sentença de 11/04/2011.
456. Corte EDH. *Caso Taxquet vs. Bélgica*. Petição n. 926/05. Grande Câmara. Sentença de 16/11/2010.

457. Corte EDH. *Caso Dink vs. Turquia*. Petições n.(s) 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 e 7124/09. Mérito. Sentença de 14/09/2010.
458. Corte EDH. *Caso M. vs. Alemanha*. Petição n. 19359/04. Grande Câmara. Mérito. Sentença de 05/05/2010.
459. Corte EDH. *Caso Rantsev vs. Chipre e Rússia*. Petição n. 25965/04. Primeira Seção, Sentença de 07/01/2010.
460. Corte EDH. *Caso Opuş vs. Turquia*. Petição n. 33401/02. Terceira Seção, Sentença de 09/09/2009.
461. Corte EDH. *Caso Cabourdin versus France (n. 60796/00)*, Sentença de 11/04/2006.
462. Corte EDH. *Caso Nevmerzhitsky vs. Ucrânia*. Petição n. 54825/2000. Segunda Seção. Mérito. Sentença de 12/10/2005.
463. Corte EDH. *Caso Hirst vs. Reino Unido (n. 2)*. Petição n. 74025/01. Grande Câmara. Sentença de 06/10/2005.
464. Corte EDH. *Caso Hirst vs. Reino Unido (n. 2)*. Petição n. 74025/01. Grande Câmara. Sentença de 06/10/2005. Voto concorrente dos juizes Tulkens e Zagrebelsky.
465. Corte EDH. *Caso Khashiyev e Akayeva vs. Rússia*. Petições n.(s) 57942/2000 e 57945/2000. Primeira Seção. Mérito. Sentença de 06/07/2005.
466. Corte EDH, *Caso Mathews versus Francia (n. 62740/01)*, Sentença de 31/03/2005.
467. Corte EDH. *Caso Mamatkoulou e Askarov vs. Turquia*. Petições n.(s) 46827/99 e 46951/99. Sentença de 04/02/2005.
468. Corte EDH. *Caso Öneriyildiz vs. Turquia (n. 48939/99)*. Sentença de 30/11/2004.

469. Corte EDH. *Caso M. C. vs. Bulgaria*. Petição n. 39272/98. Primeira Seção. Mérito. Sentença de 04/03/2004.
470. Corte EDH, *Caso Sabin Popescu versus Romania (n. 48102/99)*, Sentença de 2/03/2004.
471. Corte EDH. *Caso Calvelli e Ciglio vs. Itália*. Petição n. 32967/96. Mérito. Sentença de 17/01/2002.
472. Corte EDH. *Caso Bankovic vs. Bélgica e outros (n. 52207/99)*. Decisão de admissibilidade de 12/12/2001.
473. Corte EDH. *Caso Al-Adsani vs. Reino Unido (n. 35763/97)*. Sentença de 21/11/2001.
474. Corte EDH. *Caso McElbinney vs. Irlanda (n. 31253/96)*. Sentença de 21/11/2001.
475. Corte EDH. *Caso Hugh Jordan vs. Reino Unido*. Petição n. 24746/94. Terceira Seção. Mérito. Sentença de 04/08/2001.
476. Corte EDH. *Caso Mahmut Kaya vs. Turquia*. Petição n. 22535/93. Primeira Seção. Mérito. Sentença de 28/03/2000.
477. Corte EDH. *Caso Immobiliare Saffi versus Italia (n. 22774/93)*, Sentença de 28/07/1999.
478. Corte EDH. *Caso Selmouni vs. França (n. 25803/94)*. Sentença de 28/07/1999.
479. Corte EDH. *Caso Kurt vs. Turquia*. Petição n. 15/1997/799/1002. Mérito. Sentença de 25/11/1998.
480. Corte EDH. *Caso Osman vs. Reino Unido*. Petição n. 87/1997/871/1083. Mérito. Sentença de 28/10/1998.
481. Corte EDH. *Caso Kaya vs. Turquia*. Petição n. 158/1996/777/978. Mérito. Sentença de 19/02/1998.

482. Corte EDH. *Caso Partido Comunista Turco vs. Turquia* (n. 133/1996/752/951). Sentença de 30/01/1998.
483. Corte EDH. *Caso S.W. vs. Reino Unido* (n. 20166/92). Sentença de 22/11/1995.
484. Corte EDH. *Caso Loizidou vs. Turquia*. Petição n. 15318/89. Câmara. Exceções Preliminares. Sentença de 23/03/1995.
485. Corte EDH. *Caso Soering vs. Reino Unido* (n. 14038/88). Sentença de 07/07/1989.
486. Corte EDH. *Caso Langborger vs. Suécia*. Sentença de 22/01/1989.
487. Corte EDH. *Caso X e Y vs. Países Baixos*. Petição n. 8978/80. Câmara. Mérito. Sentença de 26/03/1985.
488. Corte EDH. *Caso Campbell e Fell vs. Reino Unido*. Sentença de 28/06/1984.
489. Corte EDH. *Caso Tyrer vs. Reino Unido*. Petição n. 5856/72. Câmara. Mérito. Sentença de 25/04/1978.
490. Corte EDH. *Caso Irlanda vs. Reino Unido*. Petição n. 5310/71. Plenário, Sentença de 18/01/1978.
491. Corte EDH. *Caso Kjeldsen, Busk Madsen e Pedersen vs. Dinamarca* (n.(s) 5095/71, 5920/72 e 5926/72). Sentença de 07/12/1976.
492. Corte EDH. *Caso "Relatando certos aspectos do direito no uso de linguagens em educação na Bélgica" vs. Bélgica* (n.(s) 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63 e 2126/64). Sentença de 23/07/1968.

CASOS COMISSÃO EDH

493. Comissão EDH. *Caso Golder vs. Reino Unido* (n. 4451/70). Relatório adotado em 01/06/1973.

494. Comissão EDH. *O Caso Grego – Dinamarca, Noruega, Suécia e Holanda vs. Grécia*. Petições n. 3321/67, 3322/67, 3323/67 e 3324/67, de 1969.

JURISPRUDÊNCIA/CASOS DA CIJ E DA CPJI

495. CIJ. Interpretação da Sentença do Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Julgamento em 19/01/2009.
496. CIJ. Interpretação da Sentença do Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Julgamento em 19/01/2009. Voto dissidente do Juiz Sepúlveda-Amor.
497. CIJ. Interpretação da Sentença do Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Memorial do México, apresentado em 17/09/2008.
498. CIJ. Interpretação da Sentença do Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Medida Cautelar deferida em 16/07/2008.
499. CIJ. Interpretação da Sentença do Caso Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Memorial dos Estados Unidos, apresentado em 06/10/2008.
500. CIJ. Caso Atividades Armadas sobre o Território do Congo (República Democrática do Congo vs. Ruanda). Julgamento de 03/02/2006.
501. CIJ. Caso relativo a Avena e outros nacionais mexicanos (México vs. Estados Unidos). Julgamento de 31/03/2004.
502. CIJ. Caso LaGrand (Alemanha vs. Estados Unidos). Julgamento de 27/06/2001.
503. CIJ. Caso relativo à Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Paraguai vs. Estados Unidos). Decisão de 10/11/1998.
504. CIJ. Caso relativo à Convenção de Viena sobre Relações Consulares (Paraguai vs. Estados Unidos). Memorial apresentado pela República do Paraguai em 09/10/1998.
505. CIJ. Contencioso Barcelona Traction, decisão de 05/02/1970.

506. CIJ. Casos relativos à África do Sudoeste (Etiópia vs. África do Sul e Libéria vs. África do Sul). Julgamentos de 18/07/1966.
507. CIJ. Caso Canal de Corfu (Reino Unido vs. Albânia). Julgamento de 09/04/1949.
508. CPJI. Caso Companhia de Eletricidade de Sofia e da Bulgária. Decisão de 05/12/1939, Série A/B n. 79.

OPINIÕES CONSULTIVAS DA CIJ E DA CPJI

509. CIJ. Consequências jurídicas da edificação de um muro no território palestino ocupado. Opinião Consultiva emitida em 09/07/2004.
510. CIJ. *Legalidade da ameaça ou do uso de armas nucleares*. Opinião Consultiva emitida em 08/07/1996.
511. CIJ. Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença continuada da África do Sul na Namíbia (África Sudoeste), não obstante a Resolução do Conselho de Segurança da ONU n. 276/1970, de 21/06/1971.
512. CIJ. Opinião Consultiva sobre as consequências jurídicas para os Estados da presença continuada da África do Sul na Namíbia (África Sudoeste), não obstante a Resolução do Conselho de Segurança da ONU n. 276/1970. Memoriais apresentados por Holanda, Polônia, Paquistão, Hungria, Tchecoslováquia, França, Finlândia e Iugoslávia de 28/08/1970 a 16/11/1970.
513. CIJ. Opinião Consultiva sobre a admissibilidade de audiências com peticionários no Comitê da AG-ONU para a África do Sudoeste, de 01/06/1956.
514. CIJ. Opinião Consultiva sobre o procedimento de votação em questões relacionadas a relatórios e petições sobre o território da África do Sudoeste, de 07/06/1955.
515. CIJ. Opinião Consultiva sobre Reservas à Convenção para a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio, de 28/05/1951.
516. CIJ. Opinião Consultiva sobre o *Status* Internacional da África do Sul, de 11/07/1950.

517. CPJI. Parecer Consultivo – *Echange des populations grecques at turques*, série B, n. 10.

JURISPRUDÊNCIA/CASOS DOS TPI(S)

518. TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 07/08/2012. Decisão estabelecendo os princípios e os procedimentos para aplicar as reparações.
519. TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Thomas Lubanga Dyilo. Câmara de Julgamento I. Feito n. ICC-01/04-01/06, de 18/04/2012. Observações sobre questões referentes à reparação apresentadas pelo Gabinete da Defensoria Pública para as Vítimas.
520. TPI. Situação na República Democrática do Congo no Caso Procurador vs. Germain Katanga e Mathieu Ngudjolo Chui. Câmara de Instrução I. Feito n. ICC-01/04-01/07, de 13/05/2008. Decisão sobre o conjunto de direitos processuais ligadas à situação processual da vítima na fase de Instrução do Caso.
521. TPI. *Caso A. Furundzija*. Sentença de 10/12/1998.
522. TPI. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of Former Yugoslavia since 1991. Case n. IT-94-1-T - *Prosecutor v. Dusko Tadić*. Opinion and Judgement, 07/05/1997.
523. TPI ex-Iugoslávia. *Caso Tadić*. Decisão em defesa de sua jurisdição, de 10/08/1995.

JURISPRUDÊNCIA/CASOS DOS TRIBUNAIS NACIONAIS

524. ALEMANHA. Caso Görgülü, BverfGE 111, 307. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>. Acesso em: 22/01/2015.
525. ALEMANHA. BverfGE 109, 133, de 05/02/2004. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>. Acesso em: 22/01/2015.
526. ALEMANHA. BverfGE 109, 190, de 10/02/2004. Disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>>. Acesso em: 22/01/2015.

527. ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. G. 1015. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Gualtieri Rugnone de Prieto, Emma Elidia y otros s/ sustracción de menores de 10 años. *Causa n. 46/85 A*.
528. ARGENTINA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. S. 1767. XXXVIII. *Recurso de Hecho*. Simón, Julio Héctor e outros sem privação de liberdade. *Causa n. 17.168*. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/>>. Acesso em: 20/12/2014.
529. BOLÍVIA. Tribunal Constitucional. Sentença 0045/2006.
530. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ext 1085/Rep. Italiana. Rel. Min. Cezar Peluso. TRIBUNAL PLENO, julgamento de 16/12/2009, DJe 15/04/2010.
531. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Rcl 11243/Rep. Italiana. Rel. Min. Gilmar Mendes, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux. TRIBUNAL PLENO, julgamento de 08/06/2011, DJe 04/10/2011.
532. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 153. Rel. Ministro Eros Grau. TRIBUNAL PLENO, julgamento de 29/04/2010, DJe de 05/08/2010.
533. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 320. Rel. Ministro Luiz Fux. Feito apensado à ADPF n. 153 e aguardando o julgamento de embargos de declaração da última ação. Conclusão para o relator desde 28/08/2014.
534. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 101.238, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 2-2-2010, Segunda Turma, DJE de 21-5-2010.
535. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 602.561, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 27-10-2009, Segunda Turma, DJE de 4-12-2009.
536. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 514-MC/PI. Rel. Min. Celso de Mello. TRIBUNAL PLENO, julgado em 01/07/1991, DJ de 18/03/1994.
537. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 595/ES. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão de 18/02/2002, DJU de 26/02/2002, Informativo n. 258.

538. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 2.982-QO/CE. Rel. Ministro Gilmar Mendes. TRIBUNAL PLENO, julgamento 17/06/2004, DJ de 12/11/2004.
539. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.510/DF. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, TRIBUNAL PLENO, julgado em 29/05/2008, DJe de 27/05/2010.
540. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 3.510/DF. Rel. Ministro Carlos Ayres Britto, TRIBUNAL PLENO, julgado em 29/05/2008, DJe de 27/05/2010. Trechos em citação direta extraídos do voto do Ministro Celso de Mello.
541. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto. TRIBUNAL PLENO, julgado em 30/04/2009, DJe de 05/11/2009.
542. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI n. 1.144/RS. Rel. Ministro Eros Grau. TRIBUNAL PLENO, julgamento 16/08/2006, DJ de 08/09/2006.
543. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 87.585/TO. Rel. Ministro Marco Aurélio. TRIBUNAL PLENO, julgamento de 03/12/2008, DJe de 25/06/2009.
544. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC n. 96.772/SP. Rel. Ministro Celso de Mello. Segunda Turma, julgamento de 09/06/2009, DJe de 20/08/2009.
545. CHILE. Corte Suprema de Justicia de Chile. Decisão do Pleno a respeito da instância que examinará a aplicação da Lei de Anistia no caso do sequestro de Miguel Angel Sandoval. Rol n. 517-2004. Caso n. 2477, de 17/11/2004.
546. CHILE. Corte Suprema de Justicia de Chile. Caso de Claudio Abdón Lecaros Carrasco seguido pelo delito de sequestro qualificado. Rol n. 47.205. Recurso n. 3302/2009. Resolução n. 16698. Sentença de Apelação e Resolução n. 16699. Sentença de Substituição, de 18/05/2010.
547. CHILE. Tribunal Constitucional do Chile. Rol n. 1361-09. Sentença de 13/05/2009.

548. COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. Julgamento T-129/11, de 03/03/2011.
549. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Revisão da Lei n. 742, de 05/06/2002. Expediente n. LAT-223, Sentença n. C-578/02, de 30/07/2002.
550. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença C-028/2006.
551. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença C-401/2005.
552. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença C-836/2001.
553. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Auto 003/1992.
554. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença C-358/1997.
555. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença T-1303/2001.
556. COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentença T-1319/2001.
557. COSTA RICA. Sentença da Corte Suprema da Costa Rica. Sala Constitucional. Expediente n. 08-012101-0007-CO. Julgamento de 19/12/2008.
558. COSTA RICA. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Sentença de esclarecimento n. 05759, de 10/11/1993.
559. EL SALVADOR. Sala Constitucional da Corte Suprema. Sentença 24-97.
560. EL SALVADOR. Corte Suprema de Justicia de El Salvador. Sala Constitucional. Caso Inconstitucionalidad de la ley anti maras. Sentença 52-2003/56-2003/57-2003, de 01/04/2004.
561. EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Medellín vs. Texas. 554 U. S. (2008).
562. EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Medellín vs. Texas. 552 U. S. (2008).

563. EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Sanchez-Llama vs. Oregon. 548 U. S. (2006).
564. EUA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS. Caso Medellín vs. Dretke. 544 U. S. (2005).
565. FRANÇA. Conselho Constitucional da França. Decisão n. 71-44 DC, de 16/07/1971.
566. MÉXICO. Tese do Tribunal Pleno – Suprema Corte de Justicia de la Nación, aprovada em 28/11/2011 e publicada no *Seminário Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro III, dezembro de 2011, T. I, p. 556. Disponível em: <<http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/160/160482.pdf>>. Acesso em: 14/12/2014.
567. MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente Varios 912/2010. Tribunal Pleno, 14/07/2011.
568. PANAMÁ. Corte Suprema de Justicia. Sentença de 24/07/1990.
569. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Caso Manuel Anicama Fernández, expediente n. 1417-2005-AA/TC.
570. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Caso Santiago Martín Rivas. Recurso de agravio constitucional. Expediente n. 679-2005-PA/TC, Sentença de 02/03/2007.
571. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Sentença proferida no Caso Arturo Castillo Chirinos. Expediente n. 2730-06-PA/TC, de 21/07/2006.
572. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 0004-1996-I/TC, de 03/01/1997.
573. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 0012-2001-I/TC, de 23/05/2002.
574. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 0007-2002-AI/TC, de 27/08/2003.

575. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 1049-2003-AA/TC, de 30/01/2004.
576. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 0031-2005-PI/TC, de 20/03/2007.
577. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 0048-2004-PI/TC, de 01/04/2005.
578. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 002-2005-PI/TC, de 18/02/2005.
579. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 00047-2004-AI/TC, de 24/04/2006.
580. PERU. Tribunal Constitucional do Peru. Expediente n. 1776-2004-AA/TC, de 26/01/2007.
581. REPÚBLICA DOMINICANA. Corte Suprema de Justicia de República Dominicana. Sentença de 10/08/2005.
582. URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 20. IUE-2-109971/2001. Relator Ministro Jorge O. Chediak González. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 08/11/2014.
583. URUGUAI. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. Sentencia n. 152. IUE-87-289/1985. Relator Ministro Julio César Chalar. Voto Divergente do Ministro Ricardo C. Pérez Manrique. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/poder-judicial/suprema-corte-de-justicia.html>>. Acesso em: 09/11/2014.

DISPOSIÇÕES NORMATIVAS INTERNACIONAIS

584. CIJ. Estatuto da CIJ. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em 10/11/2014.

585. CONSELHO DA EUROPA. Assembléia do Parlamento. Resolução n. 1226, oriunda do debate de 28/09/2000. Execução dos julgamentos da Corte Européia de Direitos Humanos. Disponível em:
<<http://assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=16834>>. Acesso em: 18/12/2014.
586. CONSELHO DA EUROPA. Comitê de Ministros. Recomendação Rec(2004)6 do Comitê de Ministros para os Estados Membros na melhoria dos recursos internos. Disponível em: <<https://wcd.coe.int/>>. Acesso em: 23/01/2015.
587. CONSELHO DA EUROPA. Convenção Européia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Disponível em:
<http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 17/09/2012.
588. CONSELHO DA EUROPA. Decisão do Comitê de Ministros, tomada na reunião de 04 a 06/12/2012.
589. CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE DIREITO DOS TRATADOS, concluída 23/05/1969. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm
. Acesso em: 22/09/2014.
590. DECLARAÇÃO UNIVERSAL DA DIVERSIDADE CULTURAL, adotada pela Conferencia Geral das Nações Unidas sobre Organização Educacional, Científica e Cultural, na 31ª sessão, de 02/11/2001. Disponível em:
<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CulturalDiversity.aspx>>. Acesso em: 01/02/2014.
591. ESTATUTO DEL TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DE NUREMBERG. Disponível em:
<<http://www.ehu.es/ceinik/tratados/7TRATADOSRELATIVOSACRIMENESDEGUERRA/CG73ESP.pdf>>. Acesso em: 17/09/2014.
592. OEA. Convenção Americana de Direitos Humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22/11/1969. Disponível em:
<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 17/09/2012.

593. OEA. Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, Bogotá, 1948. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 23/09/2012.
594. ONU. Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em 10/11/2014.
595. ONU. COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. 80º Período de Seções. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Observação Geral n. 31. Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto, aprovada em 29/03/2014.
596. ONU. COMITÊ DE DIREITOS HUMANOS. 52º Período de Seções. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Observação Geral n. 24, sobre questões relacionadas com as reservas formuladas por ocasião da ratificação do Pacto ou de seus Protocolos Facultativos, ou da adesão a eles, ou em relação com as declarações feitas em conformidade com o artigo 41 do Pacto, aprovada em 1994.
597. ONU. Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na XL Sessão, de 10/12/1984, realizada em Nova York. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 23/12/2014.
598. ONU. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na XXI Sessão, de 16/12/1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 23/12/2014.
599. ONU. Resolução n. 95 (I) da Assembleia Geral, de 11/12/1946. Confirmação dos Princípios de Direito Internacional reconhecidos pelo Estatuto do Tribunal de Nuremberg. Disponível em: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2233.pdf?view=1>>. Acesso em: 17/09/2014.
600. ONU. Resolução n. 177 (II) da 123ª Sessão Plenária da Assembleia Geral, de 21/11/1947. Formulação dos princípios reconhecidos pelo Estatuto e pelas Sentenças do Tribunal de Nuremberg. Disponível em: <[http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/177\(II\)&Lang=S&Area=RESOLUTION](http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/RES/177(II)&Lang=S&Area=RESOLUTION)>. Acesso em: 17/09/2014.

601. ONU. Documento A/CN.4/34. Relatório da Comissão de Direito Internacional em sua Segunda Sessão – 05/06/1950 a 29/07/1950. Extraído do Yearbook da Comissão de Direito Internacional. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/a_cn4_34.pdf>. Acesso em: 17/09/2014.
602. ONU. Informativo da Oficina do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. O direito à verdade. Documento n. A/HRC/5/7, de 07/06/2007.
603. ONU. Comitê de Direitos Humanos. Observação Geral n. 31: Natureza da obrigação jurídica geral imposta aos Estados Partes no Pacto. Documento n. CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, de 26/05/2004.
604. ONU. Treaty Collection. Resolução n. 2391 (XXIII), adotada pela Assembléia Geral em 26/11/1968. Convenção de Imprescritibilidade para Crimes de Guerra e Crimes contra a Humanidade. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/Volume%20754/v754.pdf>>. Acesso em: 17/09/2014.
605. TPI. Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 10/11/2014.

DISPOSIÇÕES NORMATIVAS NACIONAIS

606. ARGENTINA. Ley n. 24.430 – Constitución de la Nación Argentina. Disponível em: <<http://www.presidencia.gob.ar/images/stories/constitucion-nacional-argentina.pdf>>. Acesso em: 20/12/2014.
607. ARGENTINA. Ley n. 23.492 - “Punto Final”. Sancionada em 23/12/1986, promulgada em 24/12/1986 e publicada no “Boletín Oficial” do Estado argentino em 29/12/1986. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=21864>>. Acesso em: 20/12/2014.
608. ARGENTINA. Ley n. 23.521 - “Ley de obediencia debida”. Sancionada em 04/06/1987, promulgada em 08/06/1987 e publicada no “Boletín Oficial” do Estado argentino em 09/06/1987. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=21746>>. Acesso em: 20/12/2014.

609. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10/10/2014.
610. BRASIL. Lei n. 11.105/2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm>. Acesso em: 10/11/2014.
611. BRASIL. Lei n. 9.868/99. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 10/11/2014.
612. BRASIL. Lei n. 9.474/97. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9474.htm>. Acesso em: 10/11/2014.
613. BRASIL. Lei n. 6.683/79. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm>. Acesso em: 10/11/2014.
614. BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 10/12/2014.
615. COSTA RICA. Ley n. 7135, de 11/10/1989.
616. COSTA RICA. Debates sobre o projeto de lei referente à fertilização *in vitro* no âmbito da Assembléia Legislativa da Costa Rica: <<https://www.youtube.com/watch?v=ZJDJobD4P9g>>. Acesso em: 10/02/2015.
617. MÉXICO. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>>. Acesso em 13/01/2015.
618. URUGUAI. Constitución de la República Oriental del Uruguay. Disponível em: <<http://www.presidencia.gub.uy/normativa/constitucion-de-la-republica>>. Acesso em: 12/10/2014.
619. URUGUAI. Ley n. 15.848 - FUNCIONARIOS MILITARES Y POLICIALES - SE RECONOCE QUE HÁ CADUCADO EL EJERCICIO DE LA PRETENSION PUNITIVA DEL ESTADO RESPECTO DE LOS DELITOS COMETIDOS HASTA EL 1º DE MARZO DE 1985. Disponível em:

<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=15848&Anchor=>>. Acesso em: 25/10/2014.

620. URUGUAI. Ley n. 18.831 - PRETENSÓN PUNITIVA DEL ESTADO - RESTABLECIMIENTO PARA LOS DELITOS COMETIDOS EN APLICACIÓN DEL TERRORISMO DE ESTADO HASTA EL 1º DE MARZO DE 1985. Disponível em:
<<http://www.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=18831&Anchor=>>. Acesso em: 25/10/2014.

621. URUGUAI. Ato do reconhecimento da responsabilidade internacional do Estado uruguaio perante o Caso Gelman. Íntegra do pronunciamento disponível no Youtube: <<http://youtu.be/s9osFrV2cVk>>. Acesso em: 13/12/2014.

TESES DE DOUTORADO

622. DINIZ, Geilza Fátima Cavalcanti. *Os Domínios Recalcitrantes do Direito Internacional: as tensões entre as Diversidades Religiosas e o processo de Internacionalização dos Direitos Humanos*. 413 f. Tese apresentada no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília [UniCEUB], sob a orientação do Prof. Marcelo Dias Varella. Brasília: UniCEUB, 2014.
623. LIMA, Gabriela Garcia Batista. *La compensation en droit de l'environnement: un essai de typologie*. Tese apresentada no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília [UniCEUB], sob a orientação do Prof. Marcelo Dias Varella e co-orientação da Profa. SandrineMaljean-Dubois: Brasília, UniCEUB, 2014.
624. PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *A Circulação Global dos Precedentes: esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos*. 634 f. Tese apresentada no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília [UniCEUB], sob a orientação do Prof. Marcelo Dias Varella. Brasília: UniCEUB, 2014.
625. TIVERON, Raquel. *Justiça Restaurativa e Emergência da Cidadania na Dicção do Direito: a construção de um novo paradigma de justiça criminal*. 488 f. Tese apresentada no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília [UniCEUB], sob a orientação do Prof. Roberto Freitas Filho. Brasília: UniCEUB, 2014.
626. TOMAZETTE, Marlon. *Por Uma Regulação Mais Privada Do Direito Societário: rediscussão da lógica público-privada do direito societário diante das exigências de*

um mercado global. Tese apresentada no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília [UniCEUB], sob a orientação do Prof. Marcelo Dias Varella e co-orientação do Prof. Daniel Amin Ferraz. Brasília: UniCEUB, 2014.

DISSERTAÇÕES DE MESTRADO

627. GONTIJO, André Pires. *A Sociedade Aberta Universal: a (Re)Discussão do Papel do Sujeito perante os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos no contexto de uma Sociedade Pluralista de Risco*. 266 f. Dissertação apresentada no Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília [UniCEUB], sob a orientação da Profa. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Brasília: UniCEUB, 2009.
628. TASSINARI, Clarissa. *Ativismo Judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana*. 141 f. Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos [UNISINOS], sob a orientação do Prof. Lenio Luiz Streck. São Leopoldo: UNISINOS, 2012.

ANEXO 1

O caso *Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago* é um produto da acumulação de 03 casos que foram submetidos separadamente pela Comissão IDH em desfavor do Estado de Trinidad e Tobago em 25/05/1999, 22/02/2000 e 05/10/2000.

As demandas perante a Comissão IDH têm sua origem em 32 denúncias, formuladas entre julho de 1997 e maio de 1999, cujas violações alegadas apresentam-se um caráter específico e concentrado em valores como (i) a proibição à pena de morte (32 casos), (ii) a possibilidade de indulto (31 casos), (iii) a demora na prestação jurisdicional (25 casos), (iv) a realização de um julgamento justo (26 casos), (v) condições de detenção (21 casos) e (vi) indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (11 casos).

Isto pode ser exemplificado pelo exame da presente tabela, extraída do julgamento da Corte IDH¹¹⁶²:

TABELA 1 – RELAÇÃO DE CASOS E VIOLAÇÕES ALEGADAS

	Suposta vítima	N. do Caso	Violações alegadas
1	Haniff Hilaire	11.816	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 5.6) Demora na prestação jurisdicional (Artigos 1.1, 2, 7.5, 25)
2	George Constantine	11.787	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)
3	Wenceslaus James	11.814	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6)
4	Denny Baptiste	11.840	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25)
5	Clarence Charles	11.851	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6)

¹¹⁶² Corte IDH. *Caso Hilaire, Constantine, Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21/06/2002, Série C n. 94, §§ 1-3.

	Suposta vítima	N. do Caso	Violações alegadas
			Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25)
6	Keiron Thomas	11.853	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2) Realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 8.2(d), 8.2(e))
7	Anthony Garcia	11.855	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)
8	Wilson Prince	12.005	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)
9	Darrin Roger Thomas	12.021	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)
10	Mervyn Edmund	12.042	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)
11	Samuel Winchester	12.043	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)
12	Martin Reid	12.052	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 8.2(c)) Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)
13	Rodney Davis	12.072	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)
14	Gangadeen Tahaloo	12.073	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2) Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)
15	Noel Seepersad	12.075	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)

	Suposta vítima	N. do Caso	Violações alegadas
			Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)
16	Wayne Matthews	12.076	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)
17	Alfred Frederick	12.082	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)
18	Natasha De Leon	12.093	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)
19	Vijay Mungroo	12.111	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)
20	Phillip Chotalal	12.112	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2) Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)
21	Naresh Boodram	12.129	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)
22	Joey Ramiah	12.129	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)
23	Nigel Mark	12.137	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)
24	Wilberforce Bernard	12.140	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de julgamento justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25) Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2) Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)
25	Steve Mungroo	12.141	Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1) Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6) Demora na prestação jurisdicional e realização de

	Suposta vítima	N. do Caso	Violações alegadas
			<p>juízo justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25)</p> <p>Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)</p>
26	Peter Benjamin	12.148	<p>Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1)</p> <p>Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6)</p> <p>Realização de juízo justo (Artigos 1.1, 8.1)</p>
27	Krishendath Seepersad	12.149	<p>Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1)</p> <p>Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6)</p> <p>Demora na prestação jurisdicional e realização de juízo justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25)</p> <p>Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2, 5.6)</p>
28	Allan Phillip	12.151	<p>Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1)</p> <p>Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6)</p> <p>Demora na prestação jurisdicional e realização de juízo justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25)</p>
29	Narine Sooklal	12.152	<p>Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1)</p> <p>Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6)</p> <p>Demora na prestação jurisdicional e realização de juízo justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 8.2(d), 25)</p> <p>Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)</p>
30	Amir Mowlah	12.153	<p>Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1)</p> <p>Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6)</p> <p>Demora na prestação jurisdicional e realização de juízo justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25)</p> <p>Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)</p> <p>Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)</p>
31	Mervyn Parris	12.156	<p>Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1)</p> <p>Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6)</p> <p>Demora na prestação jurisdicional e realização de juízo justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25)</p> <p>Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2)</p> <p>Indisponibilidade de assistência técnica para proposição de recursos constitucionais (Artigos 1.1, 8, 25)</p>
32	Francis Mansingh	12.157	<p>Pena de morte obrigatória (Artigos 1.1, 4.1, 5.1, 5.2, 8.1)</p> <p>Possibilidade de indulto (Artigos 1.1, 4.6)</p> <p>Demora na prestação jurisdicional e realização de juízo justo (Artigos 1.1, 2, 7.5, 8.1, 25)</p> <p>Condições de detenção (Artigos 1.1, 5.1, 5.2, 5.4)</p>

ANEXO 2

TABELA 2 – ADESÃO DOS ESTADOS À CONVENÇÃO AMERICANA E RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO CONTENCIOSA DA CORTE IDH

<i>País</i>	<i>Estado Parte da Convenção Americana (22.11.1969) desde</i>	<i>Aceitação da Jurisdição Contenciosa da Corte IDH desde</i>
<i>Argentina</i>	05.09.1984	05.09.1984
<i>Barbados</i>	05.11.1981	04.06.2000
<i>Bolívia</i>	19.06.1979	27.07.1993
<i>Brasil</i>	25.09.1992	10.12.1998
<i>Chile</i>	21.08.1990	21.08.1990
<i>Colômbia</i>	31.07.1973	21.06.1985
<i>Costa Rica</i>	08.04.1970	02.07.1980
<i>Rep. Dominicana</i>	19.04.1978	25.03.1999
<i>Equador</i>	28.12.1977	24.07.1980
<i>El Salvador</i>	23.06.1978	06.06.1995
<i>Guatemala</i>	25.05.1978	09.03.1987
<i>Haiti</i>	14.09.1977	20.03.1998
<i>Honduras</i>	08.09.1977	09.09.1981
<i>México</i>	24.03.1981	16.12.1998
<i>Nicaragua</i>	25.09.1979	12.02.1991
<i>Panamá</i>	22.06.1978	09.05.1990
<i>Paraguai</i>	24.08.1989	26.03.1993
<i>Peru</i>	28.07.1978	21.01.1981
<i>Suriname</i>	12.11.1987	12.11.1987
<i>Uruguai</i>	26.03.1985	19.04.1985
<i>Venezuela</i>	09.08.1977	24.06.1981

ANEXO 3

TABELA 3 – ANÁLISE DE CASOS DA CORTE IDH COM O DESENVOLVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO

<i>Caso</i>	<i>Estado</i>	<i>Tipo de Sentença</i>	<i>Doutrina Convencionalidade</i>	<i>Status coisa julgada</i>	<i>Status de norma convencional interpretada</i>	<i>Referência para outros casos da Corte IDH</i>	<i>Recebeu influência expressa de outro tribunal?</i>	<i>Recebeu influência expressa de outros casos da Corte IDH?</i>	<i>Corte IDH promoveu inovação no direito internacional?</i>
<i>Barrios Altos</i>	Peru	Lei de anistia não produz efeitos jurídicos	Declaração de nulidade por incompatibilidade com o texto da Convenção	Estado cumpriu determinação contida na sentença da Corte IDH	Sim, Argentina	Sim, os listados	Não, foi implícita	Sim, mas em argumentos parciais que formam a razão de decidir	Sim
<i>Almonacid Arellano</i>	Chile	Lei de anistia não produz efeitos jurídicos	Declaração de nulidade por incompatibilidade com o texto da Convenção	Estado cumpriu determinação contida na sentença da Corte IDH	Não	Sim, os listados	Sim, Corte EDH e TPI	Sim, em argumentos parciais que formam a razão de decidir e direta	Sim
<i>La Cantuta</i>	Peru	Lei de anistia não produz efeitos jurídicos	Declaração de nulidade por incompatibilidade com o texto da Convenção	Estado cumpriu determinação contida na sentença da Corte IDH	Não	Sim, os listados	Não, foi implícita	Sim, em argumentos parciais que formam a razão de decidir e direta	Sim
<i>Gomes Lund</i>	Brasil	Lei de anistia não produz efeitos jurídicos	Declaração de nulidade por incompatibilidade com o texto da Convenção	Estado cumpriu em parte determinação contida na sentença da Corte IDH	Não	Sim, os listados	Sim, Corte EDH, ONU, TPI	Sim, em argumentos parciais que formam a razão de decidir e direta	Sim
<i>Gelman</i>	Uruguai	Lei de anistia não produz efeitos jurídicos	Declaração de nulidade por incompatibilidade com o texto da Convenção	Estado cumpriu em parte determinação contida na sentença da Corte IDH	Não	Sim, os listados	Não, foi implícita	Sim, em argumentos parciais que formam a razão de decidir e direta	Sim