# AS ESTRUTURAS DE DIÁLOGO ENTRE TRIBUNAIS NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

## *THE DIALOGUE STRUCTURES BETWEEN COURTS IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS*

Rodrigo de Almeida Leite*

***RESUMO:*** *O presente artigo busca discutir os modelos de diálogos existentes entre os tribunais no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Inicia o estudo mostrando como funcionam as comunicações transjudiciais. Em seguida, discute as características das estruturas flexíveis e rígidas. Estas estruturas (modelos) tratam das formas de relações entre as sentenças e jurisprudências dos tribunais. Os modelos flexíveis possuem como característica a não vinculação direta das decisões de um tribunal a outro. Como exemplo, utilizou-se o Transconstitucionalismo. Por sua vez, as estruturas rígidas advogam por uma ordem vinculante entre tribunais internacionais e nacionais, a exemplo do controle de convencionalidade. Para analisar essas questões, foi utilizado o método indutivo, através de observações da relação entre as decisões da Corte Interamericana e o cumprimento nos Estados, além da doutrina sobre o tema. Ao final, foi proposta a ideia de uma estrutura adequada para a relação entre a Corte Interamericana e os tribunais nacionais. A proposição mescla o caráter rígido do controle de convencionalidade com a técnica da margem de apreciação nacional, sendo que esta última funcionaria como uma espécie de "trava de segurança" do Sistema Interamericano.*
***Palavras-chave:*** *Sistema interamericano. Diálogo. Comunicações transjudiciais.*

***ABSTRACT****: This article seeks to discuss the models of dialogues between the courts in the inter-American human rights system. It starts the study showing how trans-judicial communications work. It then discusses the characteristics of flexible and rigid structures. These structures (models) deal with the forms of relations between the judgments and jurisprudence of the courts. Flexible models have the characteristic of not directly linking decisions from one court to another. As an example, Transconstitutionalism was used. In turn, rigid structures advocate a binding order between international and national courts, such as the control of convention. In order to analyze these questions, the inductive method was used, through observations of the relation between the decisions of the Inter-American Court and the fulfillment in the States, besides the doctrine on the subject. In the end, was proposed the idea of an adequate structure for the relationship between the Inter-American Court and the national courts. The proposition merges the rigid character of conventional control with the technique of national margin of appreciation, and the latter would act as a kind of "security lock" of the Inter-American System.*
***Keywords:*** *Inter-American system. Dialogue. Trans-judicial communication.*

* Universidade Federal Rural do Semi-Árido (Ufersa), Mossoró, RN, Brasil.
https://orcid.org/0000-0002-6722-4493

## 1 INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como principal organismo de prevenção e proteção dos direitos humanos no continente americano, tem protagonizado, nas últimas décadas, importantes mudanças no âmbito regional, por meio da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (adiante Corte Interamericana, Corte IDH, Corte ou Tribunal).

Em relação à Corte Interamericana, cabe ressaltar que nos casos da competência contenciosa (judicial), esta emite uma sentença com valor jurídico vinculante para as partes na qual determina ou não a violação da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e dos demais tratados que fazem parte do Sistema Interamericano. Os arts. 67 e 68.1 da CADH determinam que a sentença da Corte será definitiva e inapelável e que os Estados se comprometem a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.

Contudo, a realidade é que, em alguns países que fazem parte do sistema, existem barreiras para a execução completa dessas sentenças. Em algumas situações, o Poder Executivo até possui vontade de implementar as medidas de reparação ordenadas pela Corte Interamericana, mas as próprias normativas internas impedem os atores públicos de fazer cumprir as ordens, ainda mais quando as medidas devem ser implementadas por outro poder.

Assim, a execução das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o efeito de sua jurisprudência nos tribunais nacionais ainda se encontra de forma incerta. E assim o é porque não há uma definição exata do modo como se deve comportar os Estados no tocante ao cumprimento das sentenças da Corte. A obrigação básica dos Estados é seu "comprometimento" em cumprir com as decisões do Tribunal conforme determinado pelo art. 68.1 da CADH, o que remete ao fato de que cada Estado deverá executar as sentenças em que seja parte da maneira que cada ordenamento jurídico interno assim o permita, não importando a forma.

Dessa forma, essa ainda é uma estrutura clássica dos tribunais regionais de direitos humanos, a exemplo do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH) (BURGORGUE-LARSEN, 2009, p. 287).

No caso do Sistema Interamericano, os países sob a jurisdição da Corte Interamericana costumam atuar de diferentes maneiras: poucos consideram as sentenças e sua jurisprudência como superior às decisões de seus tribunais de maior hierarquia, alguns as tomam como um teor argumentativo, ou seja, levam em consideração na hora de proferir uma decisão, podendo seguir seus preceitos ou não, outros simplesmente consideram as constituições nacionais e as decisões das Cortes Constitucionais (ou Cortes Supremas) superior aos tratados que regem o Sistema, e inclusive há quem estabeleça que as decisões da Corte IDH devam passar uma espécie de procedimento de revisão na

Corte Suprema do país para verificar se a sentença do Tribunal Interamericano não se encontra violando a constituição nacional (este é o caso da Venezuela).

Nesse mesmo contexto, Alcalá (2011, p. 31-32) constata que as cortes nacionais podem utilizar a jurisprudência e os instrumentos normativos do Sistema de quatro formas: como argumento de autoridade, como critérios interpretativos, como precedente para resolver assuntos de certa complexidade fática, e como base do controle de convencionalidade.

Cabe ressaltar que essa atuação do Poder Judiciário dos Estados possui relação com a estrutura hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos nos ordenamentos internos. Assim, se uma constituição nacional estabelece expressamente que a Convenção Americana ou os tratados de direitos humanos são superiores ou possuem o mesmo grau hierárquico que a constituição, seguramente é mais fácil para as cortes nacionais acatarem a jurisprudência da Corte IDH, ou mesmo executarem suas decisões, quando assim seja o caso.

Ocorre que no meio dessas formas distintas de considerar as fontes normativas internacionais, o Sistema Interamericano acaba se tornando instável. Na medida em que os países não permitem uma maior abertura aos instrumentos jurídicos interamericanos, assim como os efeitos da jurisprudência da Corte Interamericana, se dificulta aos cidadãos dos Estados o acesso à justiça internacional e os benefícios deste arcabouço de proteção dos direitos humanos.

Em relação a essa situação, a doutrina e a própria Corte Interamericana vêm debatendo sobre a melhor maneira de se construir a relação entre a Corte IDH e os tribunais nacionais. Há quem defenda que a melhor solução para este tipo de relação é uma estrutura mais flexível, de modo a permitir um maior diálogo entre as Cortes (entre os tribunais e as próprias fontes jurídicas) envolvidas. Para os que sustentam esse tipo de estrutura, a cortesia e o respeito entre os tribunais faria com que houvesse uma melhor solução para os casos.

Por outro lado, a Corte Interamericana criou uma teoria do controle de convencionalidade, que estabelece uma estrutura mais rígida entre a Corte e os tribunais nacionais, fazendo com que os órgãos dos poderes nacionais dos Estados sejam obrigados a fazer este tipo de controle em todas as suas ações, de modo a verificar se os atos tomados estão violando a jurisprudência da Corte ou os instrumentos normativos do Sistema Interamericano.

Ambas as estruturas atualmente existem e são praticadas no Sistema, inclusive há Cortes Supremas que aplicam o controle de convencionalidade expressamente em seus processos decisórios.

Contudo, deve-se refletir sobre qual seria o melhor caminho para o Sistema Interamericano: uma estrutura mais rígida (como o controle de convencionalidade) ou uma relação mais flexível entre a Corte

Interamericana e os tribunais nacionais.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é discutir essas estruturas de diálogo (também denominadas de modelo) entre os tribunais do Sistema Interamericano, estabelecendo de que forma se dão os modelos mais flexíveis e rígidos, e materializando uma proposta que mescla uma estrutura mais rígida (que vincule obrigatoriamente os tribunais nacionais), mas com espaços para relativizações em casos excepcionais. Para tanto, utilizou-se o método indutivo, através de observações da relação entre as decisões da Corte Interamericana e o cumprimento nos Estados, além da doutrina sobre o tema.

Assim, passa-se a discutir essas estruturas, antes explicando como funciona o Sistema Interamericano e de que forma se materializam os diálogos entre ordens jurídicas distintas.

## 2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana são os dois principais órgãos internacionais destinados no continente americano à proteção dos direitos humanos e fazem parte do denominado Sistema Interamericano de Direitos Humanos. São principais porque atuam diretamente nas demandas do Sistema. No entanto, existem também órgãos políticos da Organização dos Estados Americanos (OEA) que participam no processo de respeito às obrigações oriundas dos tratados, a exemplo da Assembleia Geral da OEA, mas que atuam subsidiariamente.

A Comissão Interamericana foi estabelecida em 1959 e iniciou suas funções em 1960. Por sua vez, a OEA adotou a CADH em 1969 e, a partir de seu mandamento, criou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que começou a atuar em 1979. Cabe ressaltar que, no momento da criação da Corte, cada país deveria aderir à jurisdição do Tribunal, ou seja, ter a possibilidade de indicar juízes e ser julgado pelo órgão[1]. Neste momento, os Estados Unidos e o Canadá não ratificaram a adesão à Corte, e assim não podem ser julgados por violações à CADH. No entanto, qualquer país que não tenha aceitado a jurisdição do tribunal pode solicitar a adesão a qualquer tempo[2].

Neste Sistema, a Corte Interamericana e a Comissão funcionam em complementaridade, mas com papéis distintos. A Comissão atua no primeiro passo do Sistema, que consiste na análise da admissibilidade das denúncias

[1] Assim determina o art. 62.1 da CADH (1969): "Todo Estado-parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção".

[2] Uma lista com os países que fazem parte da CADH encontra-se em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm.

de violações de direitos humanos[3], tentando encontrar soluções consensuais entre as partes, bem como tem poderes investigatórios e a faculdade de apresentar relatórios sobre as condições dos direitos humanos nos países.

Por sua vez, a Corte é responsável por demandas contenciosas (judiciais), por emitir medidas provisórias e por proferir opiniões consultivas. É o órgão judicial do sistema e atua após a Comissão decidir levar o caso ao Tribunal. A função do Tribunal é julgar as violações aos tratados que compõem o Sistema e responsabilizar os Estados. Assim, frise-se que a Corte não é uma instância recursal ou tem poderes para revogar ou cassar decisões judiciais nacionais. O seu objetivo é apenas analisar as violações aos tratados do sistema e responsabilizar o país por tal fato, independentemente do agente ou poder (executivo, legislativo ou judiciário) nacional que tenha cometido a violação.

Dessa forma, é importante esclarecer que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto de uma complexa estrutura de mecanismos e procedimentos previstos tanto pela Carta da OEA como pelos dispositivos estabelecidos na CADH e seus protocolos adicionais. Assim, o seu funcionamento tem como base os tratados referidos, sendo que para fundamentar uma sentença, a Corte pode utilizar-se de outros tratados que fazem parte do Sistema, como por exemplo, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, o Protocolo de San Salvador, que é um protocolo adicional à CADH em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, e a Convenção de Belém do Pará, que visa à prevenção, à punição e à erradicação da violência contra a mulher[4].

Nesse sentido, o Sistema Interamericano se caracteriza por sua estrutura institucional dupla: uma derivada da Carta da OEA e outra com a entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Pode-se afirmar também que, igualmente na Europa, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi precedido por um organismo internacional de característica regional – que é a OEA. Ou seja, tanto a Comissão Interamericana quanto a Corte são órgãos da OEA. A principal diferença é que o Sistema Europeu surgiu como uma resposta a atrocidades da Segunda Guerra Mundial, e o Sistema Interamericano nasce a partir da interação política entre os países (CARULLA, 2007, p. 17-18; GARCÍA, 2007, p. 11) e do aumento de queixas de violações de direitos humanos nas décadas de 1960 e 1970.

[3] Neste trabalho, quando se fizer referência a "violações de direitos humanos", entenda-se que são violações à CADH e aos demais tratados que fazem parte do Sistema Interamericano.

[4] Uma lista com os tratados que fazem parte do Sistema pode ser encontrada em: http:// www.oas.org/pt/cidh/mandato/dbasicos.asp.

## 3 AS COMUNICAÇÕES TRANSJUDICIAIS HORIZONTAIS E VERTICAIS

As Cortes Nacionais são um dos meios para que o Estado possa guiar-se pelos tratados internacionais de direitos humanos. Por mais que os Poderes Executivos e Legislativos também devam ter o cuidado de observar as normas internacionais, é no Poder Judiciário que se produz (ou deveria) com mais frequência o contato com o direito internacional dos direitos humanos. Essa "viva interação", expressão utilizada por García-Sayan (2005, p. 5), é um processo pelo qual as interações entre o direito internacional e o direito interno devem ocorrer, e se espera que no futuro esses pontos de contato sejam cada vez mais frequentes e nítidos.

Nessa viva interação, a atitude dos entes envolvidos é fundamental para o avanço dos padrões internacionais na ordem jurídica interna. Estabelece-se, assim, um diálogo entre juízes, ou em outras palavras, uma comunicação transjudicial (ALCALÁ, 2011, p. 19).

Essa comunicação[5]ocorre quando uma jurisdição considera os precedentes de jurisdições provenientes de um Estado estrangeiro ou de uma jurisdição internacional ou supranacional. É uma forma de intercâmbio direto de argumentos entre juízes e tribunais no exercício de sua função jurisdicional (ALCALÁ, 2011, p. 23).

Esse diálogo pode ser classificado de duas formas: a primeira, um diálogo horizontal, que são as comunicações realizadas por tribunais que não se encontram vinculados pela ordem jurídica nacional, internacional ou supranacional; e a segunda, um diálogo vertical, no qual existe uma vinculação jurídica em virtude do direito internacional ou supranacional entre os tribunais nacionais e as cortes internacionais ou supranacionais, relação esta que muitas vezes é de caráter unidirecional, implicando o seguimento dos "tribunais nacionais de sentenças ou padrões fixados pelos tribunais internacionais ou supranacionais que têm um caráter vinculante para os operadores jurídicos domésticos, produto de obrigações convencionais" (ALCALÁ 2011, p. 24-25)[6].

O diálogo horizontal tem como característica ser livre e espontâneo, de uso voluntário, e se desenvolve entre tribunais de um mesmo nível hierárquico. Nesse sentido, pode-se dar, por exemplo, entre Cortes Constitucionais ou Supremas dos Estados[7], ou mesmo se configura no

[5] Huerta (2009, p. 535) prefere a denominação de "diálogo interjudicial".

[6] No original: "Tribunales nacionales de sentencias o estándares fijados por los tribunales internacionalles o supranacionales que tienen un carácter vinculante para los operadores jurídicos domésticos, producto de obligaciones".

[7] Sobre a comunicação transjudicial entre Cortes Supremas, Juárez (2009, p. 200-201) afirma que é comum encontrar referências explícitas ou implícitas à jurisprudência da Corte Suprema dos Estados Unidos em muitos tribunais de outros países. No entanto, a Corte Suprema de Justiça Norte Americana é um dos tribunais que menos realiza esta prática.

diálogo entre tribunais regionais de direitos humanos, como a Corte Interamericana e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos[8].

Ao tratar desse tipo de diálogo, Trindade (2011, p. 191-195) ressalta que o TEDH e a Corte Interamericana estão dando um belo exemplo de "diálogo frutífero e respeitoso" que serve de modelo a outros tribunais, formando parte de uma "rede policêntrica" de cortes internacionais, possível embrião de um futuro "Poder Judiciário Internacional".

Por sua vez, o diálogo jurisdicional vertical ou regulado é o tipo de comunicação que se estabelece entre jurisdições constitucionais e internacionais de direitos humanos ou de uma ordem supranacional. As regras desse diálogo acabam por limitar a atuação do juiz nacional em relação à jurisdição internacional, de forma que existe um caráter vinculante das decisões dos tribunais internacionais para os tribunais nacionais e os órgãos estatais (HUERTA, 2009, p. 553).

Mazzuoli (2010, p. 165-66) afirma que essa forma de diálogo vertical se realiza de maneira mais forte e agressiva entre as fontes internacionais e nacionais no momento de solucionar uma antinomia entre fontes jurídicas, o que pode gerar duas situações: a) um diálogo de inserção, no qual a norma internacional dispõe sobre um direito ou matéria que não está regulamentada na constituição nacional, e neste caso, ela pode ser incluída no rol dos direitos constitucionalmente garantidos, se a constituição possui uma cláusula aberta de recepção de direitos humanos estabelecidos em tratados internacionais; b) o diálogo de transigência, quando a norma internacional se choca com a constituição de um Estado, estabelecendo um direito de modo contrário a um dispositivo constitucional, favorecendo a aplicação dos parâmetros internacionais.

Sobre o tema, Alcalá (2011, p. 51) afirma que esta comunicação transjudicial entre os juízes, seja horizontal ou vertical, é uma das questões fundamentais no constitucionalismo contemporâneo. E é importante notar que a relação entre a Corte Interamericana e os tribunais nacionais não é unicamente vertical, mas possui também aspectos horizontais. É o caso de quando a Corte IDH utiliza em suas fundamentações da jurisprudência das Cortes Supremas ou Constitucionais nacionais para colaborar nas razões de suas sentenças, enriquecendo, assim, o conteúdo científico das decisões do Tribunal interamericano.

No entanto, ainda que um enfoque (horizontal ou vertical) domine todo o tempo a relação entre tribunais internacionais e nacionais, é mais provável que a escolha de uma regra de configuração apareça gradualmente. Esse desenvolvimento gradual possui o benefício de adequar a configuração

[8] Veja-se, por exemplo, que no Caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil, em que a Corte Interamericana, em suas fundamentações, faz referência tanto ao Sistema Europeu como ao Sistema Africano de Direitos humanos. Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Gomes Lund e outros *vs.* Brasil, Sentença de 24 de novembro de 2010, pár. 145-146.

selecionada para as necessidades específicas de cada sistema. Contudo, em áreas do direito nas quais se valoriza com grande importância a segurança jurídica ou se observa com receio a forma na qual as Cortes nacionais aplicam os padrões internacionais, a exemplo dos direitos humanos, pode ser que os benefícios de uma estrutura jurisdicional vertical seja o mais adequado (SHANY, 2009, p. 130).

## 4 ESTRUTURA FLEXÍVEL PARA A RELAÇÃO ENTRE OS TRIBUNAIS NACIONAIS E A JURISDIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA

Entre a dualidade de formas – horizontal e vertical –, há quem defenda que a relação entre os tribunais internacionais e nacionais deva ser mais flexível. Essa maleabilidade se materializa no diálogo que se estabelece entre as fontes jurídicas e os juízes e tribunais envolvidos em um caso concreto.

Sem embargo, a questão é mais complexa. Na esfera nacional, temos tribunais com diferentes graus de hierarquia, com as Cortes Superiores (ou Constitucionais) que proferem decisões com efeitos que vinculam as inferiores. Ou seja, é um poder de cassar sentenças.

Por sua vez, na esfera internacional a relação não é tão definida: primeiro porque a relação entre as jurisdições nacionais e internacionais não é claramente uma relação de hierarquia vinculante (verticalmente), e segundo porque o conflito entre essas jurisdições implica uma tensão resultante de instrumentos normativos distintos e, em muitos casos, em conflito (SILVA, 2010, p. 102).

Dessa forma, Silva (2010, p. 106) explica que na relação entre tribunais internacionais como as Cortes Regionais de Direitos Humanos e as instâncias judiciais nacionais, a questão não é saber qual é a prevalência de uma ordem sobre a outra, pois não se está a frente de um jogo binário, com a característica especial de vinculação entre ordens. A questão principal é saber qual é o valor das sentenças da ordem jurídica internacional.

Para discutir essa relação e posicionar-se sobre a matéria, Silva (2010) analisa o comportamento do Tribunal Constitucional Alemão em duas decisões: caso Caroline de Mônaco II[9], de 1999, e uma decisão sobre filhos fora do matrimônio, de 2004[10].

Nessa última decisão, o Tribunal Alemão consolidou que as decisões do TEDH não vinculam os tribunais nacionais. Contudo, por mais que não exista uma vinculação, a Corte Alemã considerou que não levar em consideração as decisões do TEDH seria incompatível com a proteção dos direitos fundamentais e o estado de direito. Dessa forma, o valor das decisões

[9] BVerfGE 101, 361.
[10] BVerfGE 111, 307.

do Tribunal Europeu seria argumentativo, e seus efeitos vinculariam unicamente as partes na demanda. Por outro lado, a jurisprudência do TEDH deve ser levada em consideração pelos tribunais nacionais na medida do metodologicamente sustentável, e se por acaso o TEDH considerar que a Alemanha violou a Convenção Europeia dos Direitos Humanos, os órgãos nacionais devem respeitar a decisão europeia de forma explícita. Em caso contrário, se os tribunais nacionais entenderem que os parâmetros e decisões nacionais são os mais justos, devem fundamentar de forma consistente, mostrando porque não seguem a interpretação internacional (SILVA, 2010, p. 108-109).

Partindo do fato de que não existe uma vinculação pura e simples entre o TEDH e o Tribunal Constitucional Alemão, Silva (2010, p. 108-111) explica que a relação entre as ordens jurídicas se torna complexa e de extrema importância, posto que a tensão entre as jurisdições pode ter um efeito benéfico de incluir outros parâmetros concretos para a aplicação do direito, ao permitir rechaçar decisões internacionais. O resultado é que o peso argumentativo desse rechaço é enorme, o que acaba gerando a criação de um encargo argumentativo adicional, possibilitando o aumento de um diálogo entre as jurisdições internacional e nacional.

## 4.1 O TRANSCONSTITUCIONALISMO

O jurista Marcelo Neves (2009), professor da Universidade de Brasília, elaborou uma obra específica sobre o tema ora discutido e a denominou de *Transconstitucionalismo*. Neves (2009) explica que o termo tem relação com as formas de relação entre ordens jurídicas diversas, cada uma com suas identidades, elementos e estruturas próprias. Contudo, essa multiplicidade de ordens diferenciadas não implica em um isolamento recíproco, isso porque quando um tribunal nacional faz referência a uma jurisprudência de uma ordem internacional, essa situação deve importar observações mútuas, em um contexto onde se desenvolvam formas de aprendizagem e intercâmbio, mas sem que se possa definir o primado definitivo de uma das ordens.

Esse diálogo entre ordens, na visão de Neves (2009, p. 117-118), não deve levar a uma ideia de cooperação permanente entre ordens jurídicas, pois são frequentes os conflitos entre tribunais de diferentes ordens. Na realidade, todo "diálogo" entre Cortes traz em si o potencial de enfrentamento. O problema é como solucionar essas disputas sem a imposição vinculativa na relação entre ordens.

Note-se que um mesmo problema de direitos humanos que se enfrenta em uma ordem estatal pode apresentar-se no âmbito internacional, supranacional e transnacional, ou mesmo em mais de uma dessas ordens, o que implica conflitos e cooperações, exigindo aprendizagens recíprocas.

Essas situações complexas apontam para um "sistema jurídico mundial de níveis múltiplos", que "resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas" (NEVES, 2009, p. 733).

É importante ressaltar que em um conflito entre ordens, como pode ocorrer entre um tribunal nacional e a Corte Interamericana, ambas as jurisdições irão invocar, em primeiro lugar, seus modelos de construção de critérios e programas para a resolução dos casos. A tendência é o surgimento de colisões, e o problema reside na incompatibilidade das possíveis soluções apresentadas. É nesse ponto que Neves (2009, p. 128-129) propõe a busca de "pontes de transição", que servem a uma racionalidade transversal entre ordens jurídicas (modelo de entrelaçamento), e que não devem ser construídas de forma permanente, pois a solução das demandas irá exigir uma postura indutiva de construções e reconstruções de estruturas de acoplamento.

O *transconstitucionalismo*, assim, se caracteriza por ser uma proposta de método relativo a soluções de problemas jurídico-constitucionais que se apresentam entre ordens jurídicas distintas. Nesses casos, impõe-se a construção de "pontes de transição" entre as estruturas reflexivas das ordens, pois, a cada nova demanda, essas estruturas necessitam articular-se para possibilitar uma solução adequada, sem bloquear ou destruir a jurisdição concorrente ou cooperadora, contribuindo assim para que elas possam estar dispostas ao intercâmbio em futuros "encontros", nos quais se enfrentarão casos comuns (NEVES, 2009, p. 129).

Ao abordar a relação entre a Corte Interamericana e os tribunais nacionais, Neves (2009) sustenta que as decisões da Corte IDH não devem ser impostas aos órgãos judiciais nacionais, pois estes podem recriar sua jurisprudência com base nas decisões interamericanas, assim como a Corte Interamericana também deve estar disposta a um diálogo com questões constitucionais dos países membros do Sistema Interamericano.

Sem embargo, o próprio Neves (2009, p. 745) confessa que o *transconstitucionalismo* é uma prática pouco utilizada no mundo, e que não se espera que ela seja praticada com frequência em um curto ou médio prazo.

## 4.2 ASPECTOS GERAIS DAS ESTRUTURAS FLEXÍVEIS

Em uma oposição ainda mais expressa ao modelo vertical de vinculação das decisões e jurisprudências da Corte Interamericana, Bazàn (2010, p. 13-14) defende que, para que se concretize o diálogo jurisprudencial entre a jurisdição interamericana e a nacional, a Corte Interamericana deveria ser capaz de "digerir" as observações ou discordâncias que as Cortes Supremas ou Constitucionais fazem da jurisprudência interamericana, para que assim houvesse um melhoramento e evolução do conteúdo material da

jurisprudência da Corte IDH. Para Bazàn (2010), essa relação entre as jurisdições internacional e nacional não deve suportar um modelo hierárquico vertical, mas, sim, "trazar una vinculación de cooperación en la interpretación *'pro homine'* de los derechos humanos".

Ao analisar-se os posicionamentos dos que defendem um modelo de estrutura mais flexível entre os tribunais de direitos humanos e o Poder Judiciário nacional, nota-se que eles seguem quase sempre o mesmo padrão. Os autores costumam defender que as decisões dos tribunais internacionais não são vinculantes e que ambas as jurisdições devem chegar a um "acordo" nos casos concretos, ou seja, ambas devem estar dispostas a "aprender" com a outra jurisdição, de forma que a negação pura e simples não é a melhor solução.

Mazzuoli (2010) também comparte desse posicionamento ao estabelecer que os critérios clássicos de solução de antinomias (hierárquica, de especialidade ou cronológica) são insuficientes para atender às demandas de uma pluralidade de fontes do direito contemporâneo e, em especial, da relação entre o direito internacional dos direitos humanos e a ordem jurídica nacional. Sua tese tem como fundamento a concepção de "diálogo de fontes", que advoga pela convivência entre as normas jurídicas por meio de um diálogo. Em sua visão, o direito pós-moderno é um direito dialógico, pois se intercomunica com a diversidade cultural existente atualmente. E essa comunicação deve ser realizada por meio de "vasos comunicantes", a exemplo do que acontece em tratados internacionais de direitos humanos (e também da CADH em seu art. 29, b), que garante a aplicação da norma mais benéfica ao ser humano (princípio internacional *pro homine*).

A defesa do posicionamento de Mazzuoli (2010, p. 131-132) se baseia nas lições de dialogismo do linguista russo Mikhail Bakhtin, e assim na "dialógica jurídica" prevalece a lógica da coordenação e da coexistência de interesses, admitindo-se o convívio simultâneo de duas ou mais normas, unicamente com a variação do momento e da ordem de sua aplicação ao caso concreto, em lugar da obrigatoriedade da vitória de uma tese sobre a outra (ou de uma fonte sobre outra), como se atua na dialética (que conduz a um monólogo jurídico).

Deve-se ressaltar que essa estrutura mais flexível de um diálogo entre jurisdições internacionais e nacionais se baseiam no princípio da cortesia judicial que é aquele no qual as jurisdições respeitam, quando apropriado, outras Cortes, e tratam seus procedimentos e decisões com cortesia e respeito. Esse princípio representa uma estratégia para uma coordenação suave e harmonização entre diversas jurisdições. Ou seja, o diálogo interjudicial facilitado pela cortesia judicial provavelmente melhora a qualidade dos resultados judiciais e, em consequência, aumenta sua legitimidade (SHANY, 2009, p. 166-167).

Ao refletir sobre esse tipo de estrutura, Shany (2009, p. 170) afirma que

os padrões discricionais são, de fato, mais suscetíveis a abusos do que aqueles que são regulamentados por normas. E ao analisar-se qual é o melhor modelo para a relação entre jurisdições internacionais e nacionais, deve-se questionar se uma regra que determina um cumprimento automático de sentenças (por exemplo, de uma Corte internacional para tribunais nacionais) irá produzir decisões judiciais melhores, ou mesmo um grau mais alto de cumprimento, uma vez que a tão somente criação da norma não garante o seu respeito.

## 5 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: UM MODELO ESTRUTURAL RÍGIDO

A estrutura do controle de convencionalidade talvez seja o modelo mais rígido até agora construído para o Sistema Interamericano. Ele foi criado pela própria Corte Interamericana, por meio da sua jurisprudência. Note-se que, ainda que o Sistema Interamericano não tenha como base o caráter supranacional, com poder de cassação de decisões inferiores, o controle foi imaginado para vincular todos os órgãos públicos dos Estados ao que foi denominado de bloco de convencionalidade.

O bloco de convencionalidade – parâmetro de comparação do modelo – é composto por três elementos: a) os instrumentos normativos do Sistema Interamericana; b) as sentenças da Corte Interamericana em um caso concreto, e; c) a jurisprudência da Corte IDH. Desta forma, os Estados devem cumprir com todas as normas, decisões e interpretações que a Corte Interamericana faz dos instrumentos normativos do Sistema.

A jurisprudência da Corte Interamericana, ao estabelecer a forma desse controle, determinou que todos os órgãos dos Estados, sem exceção, devem atuar de conformidade com o bloco de convencionalidade. Assim, o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário devem respeito ao bloco. No caso deste último, não apenas as Cortes Supremas (ou Constitucionais) dos países estão obrigadas a seguir o estabelecido pelo controle. Todos os juízes, em todas as instâncias, devem também adequar seu modo de atuação aos parâmetros do Sistema Interamericano.

Ao tratar do Poder Judiciário, deve-se ressaltar que a Corte Interamericana também declarou sua competência para declarar (inclusive *ex officio*) a inconvencionalidade de um ato estatal, ou seja, mesmo que não haja pedidos das partes em um processo perante o Tribunal, pode ela declarar uma lei do país inconvencional (contrária à CADH).

No âmbito normativo estatal, a Corte IDH inclusive já considerou inconvencional um dispositivo constitucional, determinando assim que mesmo as Constitucionais Nacionais não podem estabelecer direitos que violem a CADH. Por certo, esta questão e a obrigatoriedade dos juízes nacionais em seguir o bloco de convencionalidade – é o que causa a maior controvérsia no modelo do controle de convencionalidade.

Dessa forma, o controle de convencionalidade pode apresentar dois efeitos: a) repressivo (ou destrutivo), quando a norma nacional (ou uma decisão judicial) entre em colisão com os instrumentos normativos do Sistema Interamericano ou a jurisprudência da Corte IDH (além de alguma decisão concreta que condenou o país), e o resultado é a inconvencionalidade do ato, sendo o mesmo descartado ou invalidado no caso sob exame; b) efeito positivo (ou construtivo), pois os juízes serão obrigados a reciclar a aplicação do direito nacional para fazê-lo conforme a jurisprudência da Corte IDH e os instrumentos normativos do Sistema (SAGÜÉS, 2011, p. 384-385).

Todas essas questões de imposições diretas ao juiz nacional acabam por mostrar um perfil da Corte Interamericana como um órgão (quase) supranacional (SAGÜÉS,2011, p. 384).

Por mais que o controle de convencionalidade adote esta postura proativa e com caráter de certo modo supranacional, a Corte Interamericana em suas decisões não modifica de forma direta o direito interno, mas, sim, "controla" se as normas nacionais estão de acordo com o bloco de convencionalidade.

Caso a Corte IDH reconheça que há uma violação da CADH por uma norma nacional, por exemplo, o Tribunal determina (em sua decisão) que o país modifique os atos executados por qualquer dos poderes estatais para adequar-se aos padrões do Sistema Interamericano. Assim, a Corte não se converte em uma "quarta instância" recursal que deixa sem efeito as leis nacionais, inclusive tendo se pronunciado que ela "no tiene el carácter de tribunal de apelación o de casación de los organismos jurisdiccionales de carácter nacional"[11].

Sem embargo, deve-se ressaltar a observação de Hitters (1987, p. 10), quando afirma que nos crimes de lesa humanidade, as sentenças da Corte Interamericana parecem ter um aspecto diferenciado, pois em casos como *Barrios Altos*, *Tribunal Constitucional de Perú* y *La Cantuta,* a Corte IDH se comportou "como um verdadeiro "Tribunal Constitucional" declarando inaplicáveis em todo o país com efeito erga omnes as leis de anistias vigentes no Perú"[12].

Em termos práticos, a partir do modelo instituído pelo controle de convencionalidade, o juiz nacional (de qualquer instância) atuará fundamentalmente como aplicador dos parâmetros estabelecidos pela jurisprudência da Corte Interamericana. Em sua missão de julgar processos, analisará, antes mesmo de verificar as questões jurídicas nacionais, se no caso existe alguma questão ou norma que está violando o bloco de

[11] Cf. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Genie Lacayo, Sentença 29 de janeiro de 1997, pár. 94.

[12] No original: "como um verdadero `Tribunal Constitucional´ declarando inaplicables en todo el país y com efecto *erga omnes* las leyes de amnistía dictadas en Perú". Não se pode deixar também de levar em consideração a forte crítica a esta atuação da Corte Interamericana em Malarino (2011, p. 429).

convencionalidade. Em caso positivo, as inconvencionalidades devem ser reconhecidas e declaradas sem efeito, ainda que estejam conforme as leis nacionais (SAGÜÉS, 2011, p. 385). Neste caso, estamos ante uma norma nacional vigente no mundo jurídico (por sua compatibilidade com a ordem nacional), mas que é inválida (inconvencional). O resultado é que nem toda norma vigente será uma lei válida e o juiz nacional aqui estará obrigado a deixar de aplicar a lei inválida (MAZZUOLI, 2010, p. 212-213), até que a Corte Suprema (ou Constitucional) do país, ou mesmo o Poder Legislativo, retire sua vigência normativa.

Por fim, se um Estado alega haver realizado o controle de convencionalidade em um caso concreto, isto *per si* não constitui uma exceção preliminar admissível para eximir a Corte Interamericana de analisar o mérito de um processo (RIVAS, 2012, p. 112). Pode ocorrer de um Estado interpretar equivocadamente a CADH, por exemplo, e assim a simples menção ao controle de convencionalidade não pode ser capaz de eliminar a verificação de violações de direitos humanos.

## 5.1 A POSSIBILIDADE DE DIÁLOGO ENTRE FONTES NO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: **o príncipio *pro homine***

Ante a exposição feita sobre o controle de convencionalidade, cabe questionar-se se nesse modelo há espaço para o diálogo entre fontes jurídicas, ou se estamos ante uma estrutura extremamente rígida, que não aceita exceções à aplicação do bloco de convencionalidade como paradigma.

Nesse sentido, Mazzuoli (2010, p. 215) explica que o controle de convencionalidade não se distancia do diálogo das fontes. O autor defende que em casos concretos, nos quais a norma nacional é mais benéfica que o texto do tratado internacional, deve ser aplicado o dispositivo do ordenamento interno, em detrimento da normativa internacional.

Os fatores autorizadores desse princípio da norma mais favorável são "cláusulas de diálogo" contidas sobretudo em tratados internacionais, e que permitem relativizar a superioridade da norma internacional em razão de uma maior proteção que a norma nacional oferece aos indivíduos.

Assim estabelece o art. 31.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1979), quando determina que a interpretação de um tratado deve levar em consideração o fim e o objetivo da norma internacional, e os tratados de direitos humanos têm como fim garantir a proteção dos indivíduos frente à ação dos Estados, e não regulamentar a relação entre países

No caso do Sistema Interamericano, o princípio também está incluído no art. 29, b, da CADH. Assim, a aplicação da norma mais favorável é uma exigência do próprio princípio internacional *pro homine*. Resulta dessa afirmação que a aplicação de um dispositivo legal nacional mais benéfico

não deixa de respeitar a hierarquia das fontes jurídicas desenhadas pelo controle de convencionalidade, pois essa prática foi autorizada por um princípio de interpretação do tratado (cláusula de diálogo - art. 20, b, da CADH), que é hierarquicamente superior a qualquer normativa do ordenamento jurídico nacional (MAZZUOLI, 2010, p. 109-110).

Essa "força imperativa" do príncipio *pro homine* parece resultar de uma lógica material e não formal, contrariamente à hierarquia existente entre o direito interno e o direito internacional. Dessa forma, o controle de convencionalidade abre espaço para a aplicação do princípio, pois não é mais a origem da norma quem decide seu valor, mas, sim, o seu conteúdo (SCIOTTI-LAM, 2004).

Para exemplificar como o princípio *pro homine* pode estar presente nas normativas estatais, veja-se o caso da Constituição Federal do Brasil. No art. 4o., inciso II, é determinado que o país se reja em suas relações internacionais pelo predomínio dos direitos humanos. A doutrina considera que esse dispositivo comunica a ordem jurídica nacional com a internacional, estabelecendo um critério hermenêutico de solução de antinomias, no qual a norma que terá primazia em um conflito entre dispositivos nacionais e internacionais, será o ordenamento que melhor proteja o direito humano. Assim, a própria Constituição brasileira estaria autorizando a aplicação do princípio *pro homine*, estabelecendo assim um diálogo entre as fontes internacionais e nacionais (MAZZUOLI, 2009, p. 257).

Por fim, cabe ressaltar que o princípio da norma mais favorável já foi referido por diversas vezes pela Corte Interamericana em suas decisões, ocasiões nas quais o Tribunal considerou que o art. 31.1 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados é a chave para uma interpretação *pro homine*[13].

## 5.2 DIFICULDADES PARA A CONCRETIZAÇÃO DO MODELO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Não restam dúvidas de que o modelo do controle de convencionalidade busca fornecer elementos para uma maior proteção dos direitos humanos e para a aplicação vinculativa do bloco de convencionalidade no âmbito nacional. Contudo, a construção dessa estrutura oferece algumas barreiras a conceitos tradicionais.

Na doutrina, Sagüés (2011) foi quem melhor descreveu as vantagens e dificuldades para a implementação do controle de convencionalidade. E por mais que se sustente o modelo do controle de convencionalidade como o mais adequado (ainda que façam algumas relativizações), não se pode fechar

[13] Vid. Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, pár. 52.

os olhos para as barreiras que já se mostram presentes no contexto dos países sob a jurisdição da Corte Interamericana.

Uma das questões que antes dificultava a aplicação do controle é de ordem prática. Não existia uma resenha ou sumário das sentenças ou opiniões consultivas da Corte Interamericana. No entanto, desde 2015, a Corte IDH publica um caderno de jurisprudência por tema, o que facilita a busca das decisões do Tribunal e a consequente aplicação por parte do juiz nacional.

Outra questão – e talvez esta seja o "calcanhar de Aquiles" da doutrina do controle de convencionalidade – é a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Nos países onde os tratados são equiparados à lei ordinária, ou mesmo em casos onde o tratado é superior à lei, mas inferior à Constituição, certamente a estrutura do controle de convencionalidade não será fácil de se adaptar. O mais previsível é que o modelo seja visto com "bons olhos" nos Estados onde os tratados estão na mesma hierarquia da Constituição. No entanto, mesmo assim pode não funcionar, pois o controle supõe uma superioridade à própria norma constitucional (SAGÜÉS, 2010, p. 457).

Dessa forma, para evitar a atuação heterogênea dos juízes nacionais em seu dever de realizar o controle de convencionalidade, o mais correto seria, além de "oficializar" o controle de convencionalidade em nível internacional (por meio de um protocolo adicional à CADH, já que atualmente ele foi criado através da própria Corte Interamericana, via jurisprudência), atuar em nível nacional em duas frentes: a) estabelecer o grau supra constitucional aos instrumentos normativos do Sistema Interamericano; e b) estabelecer mecanismos processuais específicos que obriguem os juízes nacionais a realizar o controle de convencionalidade nos processos nos tribunais, além de mecanismos para a execução direta das sentenças da Corte e suas consequências, como reabertura de processos, a ruptura da coisa julgada, o pagamento de indenizações e mecanismos para a proposição de medidas legislativas quando ordenado pelas sentenças da Corte IDH.

Essas proposições poderiam fazer com que os juízes nacionais do Sistema Interamericano, com o passar do tempo, estabelecessem um nível homogêneo de decisões nos Estados, criando uma "ordem pública interamericana", que ao final, é a intenção da doutrina do controle de convencionalidade.

## 6 A PROPOSIÇÃO DE UM TERCEIRO MODELO: UM CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE "RELATIVIZADO"

A análise realizada até agora demonstrou que o controle de convencionalidade é uma ferramenta fundamental no esforço para fazer efetivas as sentenças e jurisprudência da Corte Interamericana.

No entanto, há situações nas quais existem valores das sociedades que fogem dos denominadores comuns do sistema, e assim, em nome de um respeito a esses "direitos especiais", se limita (ou relativiza) a aplicação dos instrumentos legais do Sistema Interamericano.

A proposta a ser realizada então seria:

a) distanciar-se da estrutura clássica intergovernamental que existe entre as decisões dos tribunais internacionais e os Estados;

b) estabelecer o controle de convencionalidade como regra geral do Sistema Interamericana, com todas as suas regras e efeitos;

c) aplicar a teoria da margem de apreciação nacional como uma espécie de trava de segurança do sistema, visando garantir o respeito a elementos culturais e valores específicos de determinadas sociedades.

Essa proposta de mesclar o controle de convencionalidade com a teoria da margem de apreciação nacional, à primeira vista pode parecer impossível. No entanto, é totalmente viável pelo fato de que, ainda que seja uma estrutura (o controle de convencionalidade) de certo modo "radical" (ou mesmo extrema), abre possibilidades de atenuar sua força vinculativa em casos excepcionais. O sistema passaria, assim, a estabelecer um mecanismo de segurança, para que o próprio sistema não produza uma injustiça em nome da imposição de seus dogmas e jurisprudências quando não haja um consenso sobre a matéria.

A razão da reunião desses institutos dentro do Sistema Interamericano tem duas justificativas. A primeira seria que o modelo intergovernamental adotado atualmente pelo sistema apresenta dificuldades de manter um padrão de efetividade das decisões da Corte, necessitando de uma estrutura mais eficiente para que os Estados possam ter uma mentalidade de vinculação das sentenças do Tribunal e para que haja uma pressão maior com o objetivo de que o Estado realize ingerências burocráticas necessárias ao cumprimento das decisões com maior celeridade.

A segunda razão tem por fundamento o fato de que o controle de convencionalidade "puro", como proposto pela Corte Interamericana, é de difícil aceitação por todos os Estados que estão sob a jurisdição da Corte, certamente pelo medo de perder sua soberania e a restrição dos poderes do Poder Judiciário nacional, especialmente das Cortes Supremas (Constitucionais) Nacionais.

Dessa forma, a margem de apreciação nacional seria um elemento chave no processo de discussão política para o fortalecimento da jurisdição da Corte Interamericana (e para que a mudança da estrutura atual seja uma possibilidade viável). Por um lado, porque torna mais "suave" a proposta de estabelecer o controle de convencionalidade como regra no Sistema Interamericano. Por outro, porque faz justiça com determinados direitos culturais e valores morais específicos e delicados das sociedades, e que merecem um tratado diferenciado, a ser analisado em cada caso. A margem

de apreciação assim serve como uma ponte com a jurisdição nacional, permitindo que esta decida o caso concreto por ter uma maior compreensão da realidade local em questão.

Ante essas considerações iniciais, passamos a explicar como de fato funciona a margem de apreciação nacional.

## 6.1 A TEORIA DA MARGEM DE APRECIAÇÃO NACIONAL

A margem de apreciação nacional é uma técnica desenvolvida pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos que tem relação com o diálogo e respeito às particularidades dos Estados que fazem parte do Sistema Europeu de Direitos Humanos. Partindo da relação entre as ordens jurídicas internacional e nacional, o TEDH verificando uma situação excepcional na qual não há um consenso europeu sobre a matéria, remete a decisão à legislação (ou decisão) nacional como a ordem competente para determinar o direito e resolver o litígio. Assim, de acordo com Poblete (2012, p. 5), é o próprio instrumento internacional "o que renuncia a formular certos conceitos com pretensões de universalidade ou homogeneidade quando se adverte a ausência de um consenso fundamental sobre seus conteúdos"[14].

Ainda que autores detectem o nascimento dessa teoria no direito francês, foi no TEDH onde a técnica mais desenvolveu-se. Encontram-se registros de seus primeiros passos em 1986, momento em que o TEDH determinou que há aspectos da vida social nos quais as autoridades nacionais são livres para escolher as medidas que estimem apropriadas dentro dos aspectos regidos pela Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), utilizando pela primeira vez a expressão "margem de apreciação nacional" no caso *De Wilde, Ooms et Versyp* contra *Bélgica*[15].

A partir desse caso, notaram-se três tipos de situações nas quais o TEDH restringiu a aplicação da CEDH em favor das normas nacionais: a) em casos em que se busca decretar estado de exceção, e para isso limita o exercício de alguns aspectos dos direitos nacionais; b) nas possibilidades de limitar o exercício dos direitos contidos nos artigos 8, 9, 10 e 11 da CEDH[16]; e c) o conteúdo e alcance de certos direitos (CASALS, 2011, p. 302).

Para criar esse mecanismo, o TEDH baseou-se no fato de que deve existir uma ordem comum europeia. Contudo, não se pode deixar de detectar que há particularidades dos Estados onde não existe um consenso europeu

[14] No original: "el que renuncia a formular ciertos conceptos con pretensiones de universalidad u homogeneidad cuando se advierte la ausencia de un consenso fundamental sobre sus contenidos".

[15] Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Caso *De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgica*, sentença de 10 de março de 1972. Para um registro detalhado dos primeiros casos, vid. Delgado (2011, p. 110-111).

[16] Os direitos correspondentes a estes artigos são: o direito ao respeito à vida privada e familiar; a liberdade de pensamento, de consciência e de religião; a liberdade de expressão; e a liberdade de reunião e associação.

sobre o direito em jogo. Assim, o equilíbrio entre "o respeito às diversidades jurídicas e sociais, a falta de consenso e a efetiva proteção dos direitos humanos é o que levou o TEDH a aplicar a margem de apreciação" (CASALS, 2011, p. 298)[17]. E essa técnica permitiu que essa ordem pública seja construída respeitando-se as diferenças, sem imposições, esperando o momento certo para estabelecer critérios homogêneos de interpretação do direito (CASALS, 2011, p. 298).

Nesse sentido, veja-se o conceito da margem de apreciação nacional definido por Casals (2011, p. 298):

> A teoria da margem de apreciação nos mostra definitivamente que onde não existe um mínimo comum europeu para entender de determina maneira o conteúdo de um direito, se abre para o estado uma margem de ação que o permite fixar de acordo com circunstâncias jurídicas, sociais e culturais, o conteúdo e alcance de certos direitos, à espera por parte do TEDH de poder encontrar elementos novos que o permita conceder conteúdos que o integrará à ordem pública europeia e serão portanto, aplicáveis a todos os membros do Conselho da Europa por igual"[18].
> .

Sobre a natureza dessa técnica, Roca (2010, p. 219-221) afirma que a margem de apreciação nacional é mais um critério hermenêutico que uma fase processual. O TEDH passa assim a considerar como adequada uma decisão nacional prévia e deixa que esta prevaleça no processo que está em curso na Corte de Direitos Humanos Europeia.

Deve-se ressaltar que na evolução da técnica da margem de apreciação, o TEDH desenvolveu um controle ao exercício das faculdades permitidas ao Estado, determinando que ele próprio (o TEDH) tem a competência para revisar as condições nas quais o Estado atuou e se as medidas foram as estritamente necessárias. Assim, ao mesmo tempo em que permite ao Estado impor sua decisão sobre o caso, também pode revisar o ato nacional, para

[17] No original: "el respeto a las diversidades jurídicas y sociales, la falta de consenso y la efectiva protección de los derechos humanos es lo que ha llevado al TEDH a aplicar el margen de apreciación".

[18] No original: "La teoría del margen de apreciación nos indica en definitiva que allí donde no existe un mínimo común europeo para entender de una determinada manera el contenido de un derecho, se abre para el estado un margen de acción que le permite fijar de acuerdo a circunstancias jurídicas, sociales y culturales el contenido y alcance de ciertos derechos, a la espera por parte del TEDH de poder encontrar elementos nuevos que le permitan establecer contenidos que se integrarán al orden público europeo y serán por tanto aplicables a todos los estados miembros del Consejo de Europa por igual".

que este não viole as regras gerais da CEDH (CASALS, 2011, p. 302).

Sem embargo, essa mesma técnica que respeita valores nacionais, e que faz com que o TEDH não julgue um processo e ratifique a decisão nacional, não é isenta de críticas pelo seu grande caráter de discricionariedade nas mãos do Tribunal Europeu.

Crítico da margem de apreciação, Roca (2007) declara que essa técnica é um "instrumento impreciso", de "origem obscura", com "geometria variável" e de "construção débil". Essas afirmações do autor se fundamentam na percepção de que não se nota com segurança o motivo pelo qual se deve respeitar a solução nacional sobre a imparcialidade de "um tribunal, a investigação da paternidade, o véu religioso, o divórcio, a utilidade pública de uma desapropriação ou a configuração legal do sufrágio, mas não em outros casos, não menos controvertidos, como o casamento de transexuais ou as limitações à expulsão de um estrangeiro" (ROCA, 2007, p. 142)[19].

Contudo, não nos surpreende que Roca (2007), apesar de criticar a discricionariedade da margem de apreciação nacional e a falta de critérios mais precisos para sua utilização, declara válida e necessária à atitude de deferência para as autoridades nacionais em situações em que elas estejam em melhor local para valorar a decisão mais correta, principalmente levando-se em consideração a pluralidade cultural e jurídica atual dos Estados Membros do Conselho da Europa (ROCA, 2007, p. 142-143).

Assim, por maiores benefícios que existam no uso dessa técnica, há que se ter cautela no uso da margem de apreciação para que ela não funcione como uma imunidade estatal contra atos de violações de direitos humanos, fazendo com que o mecanismo deixe em aberto um caminho para a impunidade (GROVER, 2010, p. 62-70).

Por fim, note-se que a complexidade social do mundo atual determinou um aumento da presença de conceitos indeterminados e vagos nas legislações, impedindo os ordenamentos jurídicos de regulamentar com todos os detalhes e facilitar a solução das possíveis demandas nos tribunais.

Talvez seja essa a explicação pela qual o TEDH não fixou critérios específicos para o uso da margem de apreciação. De fato, resulta muito difícil estabelecer parâmetros rígidos quando o objeto do modelo da margem é justamente analisar em cada caso concreto, as especificidades, os valores morais, políticos, culturais e sociais que estão envolvidos em um caso e assim permitir que a decisão nacional prevaleça sobre a norma internacional. Dessa forma, pode-se concluir que – por mais imprecisões que existam sobre a técnica da margem de apreciação, ela segue em sua missão de reconhecer que determinados casos, por suas especificidades, devem ter uma solução à

[19] No original: "un tribunal, la investigación de la paternidad, el velo religioso, el divorcio, la utilidad pública de una expropiación o la configuración legal del sufragio, pero no en otros casos, no menos controvertidos, como el matrimonio de los transexuales o las limitaciones a la expulsión de los extranjeros".

luz das normas e valores nacionais, alcançando assim a proteção mais benéfica aos cidadãos.

Em suma, essa técnica se encaixa perfeitamente no modelo do controle de convencionalidade, formando parte de uma estrutura de diálogo entre os tribunais do Sistema Interamericano que estabelece uma maior rigidez para a aplicação dos instrumentos normativos do sistema e das decisões e jurisprudência da Corte Interamericana, sem deixar de conter uma trava de segurança para casos especiais que necessitam fugir ao padrão do controle de convencionalidade. Esses casos, alerta-se, deverão ser excepcionalmente aqueles que envolvam aspectos culturais, políticos, morais da sociedade, que não encontram valores comuns nas regras gerais do Sistema Interamericano ou que fogem do padrão médio dos países do Sistema.

## 7 CONCLUSÃO

A análise acima mostrou a dificuldade que se tem ao tratar-se das relações entre a Corte Interamericana e o Poder Judiciário nacional dos estados membros do Sistema Interamericano. Por mais que o Tribunal Interamericano determine o respeito pelo Controle de Convencionalidade, os tribunais nacionais dos países podem sentir-se confrontados em suas competências e desrespeitar as decisões interamericanas.

Há quem defenda que a estrutura de um tribunal internacional como a Corte Interamericana deva ser rígida, vertical, transformando a Corte de Direitos Humanos em uma espécie de tribunal supranacional, devendo ser cumprida à risca o controle de convencionalidade. No entanto, percebe-se que há diversas opiniões apontando para uma relação mais flexível.

Entre estas, destacam-se as teorias do *transconstitucionalismo* e da interpretação *pro homine*. Em evidência também se destacou que a margem de apreciação nacional, já aplicada pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos, pode ser uma saída para as comunicações transjudiciais internacionais, pois a Corte de Direitos Humanos poderia permitir que a decisão estatal em determinado caso fosse válida, quando se trata de questões delicadas e específicas de um país, onde ainda há um consenso na região.

Por certo, a defesa de uma outra espécie de relação acaba por estabelecer posições em relação ao direito internacional. Os que são mais entusiastas deste, e a favor de uma maior eficácia e respeito do Sistema Interamericano, seguramente irá preferir a defesa do controle de convencionalidade como estabelecido pela Corte Interamericana. Aqueles que são conscientes das dificuldades das relações entre o direito constitucional e internacional, preferirá uma estrutura mais flexível, deixando-se para cada caso a análise e prevalência de normas e decisões nacionais ou internacionais.

Por sua vez, defendeu-se aqui uma comunicação transjudicial

intermediária: o estabelecimento e respeito de um controle de convencionalidade e a aplicação da margem de apreciação nacional. Dessa forma, o sistema interamericano poderia ser regido por uma estrutura de respeito às decisões e normas do sistema pelos países, mas deixaria nas mãos da Corte Interamericana o poder de decidir se em um caso específico, a decisão ou norma nacional deveria ter prevalência.

Alerta-se que – para que este modelo tenha êxito – duas questões são fundamentais: a) que órgãos públicos nacionais (incluídos os tribunais nacionais) sejam conscientes que fazem parte de um sistema de proteção dos direitos humanos e verifiquem no caso concreto se as decisões que tomam não violam as normas e jurisprudência do Sistema; e b) que os juízes da Corte Interamericana sejam capazes de compreender as peculiaridades nacionais dos casos delicados que envolvam questões políticas, culturais e religiosas, por exemplo, que não encontram semelhanças nos países as região, respeitando assim as decisões nacionais.

## REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno. **Estudios Constitucionales**, ano 9, n. 2, p. 17-76, 2011.

BAZÀN, Victor. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes nacionales: acerca del control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional sustentable. *In:* VIII Congreso Mundial de La Asociación Internacional De Derecho Constitucional - "Constituciones y Principios", 10 dez 2010, México. **Ponencias** ... México D. F., 2010, p. 1-17. Disponível em: http://www.juridicas.unam.mx/wccl/ponencias/13/215.pdf. Acesso em: 20 jun 2016.

BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Sistema interamericano de protección de los derechos humanos: entre clasicismo y creatividad. *In:* BOGDANDY, Armin Von; ARROYO, César Landa; ANTONIAZZI, Mariela Morales (eds). **¿Integración suramericana a través del derecho? un análisis interdisciplinario y multifocal**. Madrid: CEPC, 2009. p. 241-260.

CARULLA, Santiago Ripol. **El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español**. Barcelona: Atelier, 2007.

CASALS, María Angélica Benavides. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. **Revista Ius Et Praxis**, v. 15, n. 1, p. 295-310, 2009.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (CADH). **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 4 fev. 2022.

DELGADO, Francisco R. Barbosa. Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales, **Revista Derecho del Estado,** n. 26, p. 107-135, ene./jun. 2011.

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL. Convencion Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). **San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.** Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm. Acesso em: 4 fev. 2022.

GARCÍA, Fernando Silva. **Derechos humanos:** efectos de las sentencias internacionales. México: Porrúa, 2007.

GARCÍA-SAÝAN, Diego. Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos. *In:* Corte Interamericana de Derechos Humanos (org.). **La Corte Interamericana de Derechos Humanos:** Un Cuarto de Siglo: 1979-2004. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005. p. 323-384.

GROVER, Sonja C. **The European Court of Human Rights as a Pathway to Impunity for International Crimes.** New York: Springer, 2010.

HITTERS, Juan Carlos. Legitimación democrática del Poder Judicial y Control de Constitudonalidad. *Justicia:* **Revista de Derecho Procesal**, n. 2, p. 421-434, 1987.

HUERTA, Mauricio Ivan del Toro. El diálogo interjudicial entre las jurisdicciones constitucionales y los tribunales internacionales de derechos humanos. Especial referencia al Sistema Interamericano. *In:* Universidad Nacional Autónoma de México (org.). **I Congreso Internacional Sobre Justicia Constitucional**. México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. p. 531-576.

JUÁREZ, José Antonio Caballero. La recepción de la jurisprudencia internacional y la ejecución de fallos en tribunales nacionales. Apuntes para su estudio. *In:* RAMÍREZ, Sergio García; HERNÁNDEZ, Mireya Castañeda (coord.). **Recepción Nacional del Derecho Internacional de Los Derechos Humanos y Admisión de La Competencia Contenciosa De La Corte Interamericana.** México D. F: Universidad Nacional Autónoma de México, 2009. p. 191-210.

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la Pretendida Obligatoriedad de la Jurisprudencia de los Órganos Interamericanos de Protección de los Derechos Humanos Para los Tribunales Judiciales Nacionales. *In:* AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (eds.). **Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional.** Tomo II. Uruguay: Fundación Konrad Adenauer, 2011. p. 435-456.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista Direito e Justiça:** reflexões sociojurídicas, ano 9, n. 12, p. 235-276, mar. 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno**. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Mandato e Funções. **Documentos básicos em matéria de direitos humanos no sistema interamericano.** Disponível em: http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/dbasicos.asp. Acesso em: 4 fev. 2022.

POBLETE, Manuel A. Núñez. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional. La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos. *In:* ALVARADO, Paola Andrea Acosta; POBLETE, Manuel A. Núñez (coord.). **El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos:** proyecciones regionales y nacionales. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 3-50.

RIVAS, Juana María Ibáñez. Control de convencionalidad: precisiones

para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Chileno de Derechos Humanos**, 2012. p. 103-113.

ROCA, Javier García. **El margen de apreciación nacional en la interpretación del convenio europeo de derechos humanos:** soberanía e integración. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.

ROCA, Javier García. La Muy Discrecional Doctrina del Margen de Apreciación Nacional Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración. **Teoría y Realidad Constitucional**, n. 20, p. 117-143, 2007.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El "Control de Convencionalidad" En El Sistema Interamericano, Y sus Anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y Diferencias Con el Sistema Europeo. *In:* BOGDANDY, Armin Von. et. al. (coords.). **Construcción y Papel de Los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitucional e commune en América Latina**. México D. F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. p. 381-417.

SCIOTTI-LAM, Claudia. **L'applicabilité des Traités Internationaux Relatifs Aux Droits De L'homme em Droit Interne.** Bruxelles: Bruylant, 2004.

SHANY, Yuval. **Regulating jurisdiccional relations between nacional and internacional courts**. New York: Oxford University Press, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional. *In:* NEVES, Marcelo (org.). **Transnacionalidade do direito:** novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 101-112.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **El Ejercicio de la Función Judicial Internacional:** Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

Recebido: 24/12/2018.
Aprovado: 22/11/2021.

***Rodrigo de Almeida Leite***
*Doutor em Ciência Política pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE).*
*Mestre em Direito pela Universidade de Lisboa.*
*Graduado em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco.*
*Professor do Curso de Direito e Coordenador da Especialização em Direito Constitucional e Tributário da Universidade Federal Rural do Semi-Árido (Ufersa).*
*E-mail: rodrigoleite@ufersa.edu.br.*