

***Ius constitutionale commune* latino-americano em  
Direitos Humanos e o Sistema Interamericano:  
perspectivas e desafios**

*Latin American Human Rights Ius constitutionale commune and the Inter-  
American Human Rights System: Perspectives and Challenges*

**Flávia Piovesan**

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil. E-mail:  
flaviapiovesan@terra.com.br.

Recebido e aceito em março de 2017.

### Resumo

Objetiva este artigo enfocar o impacto do sistema interamericano de direitos humanos na composição de um *ius constitutionale commune* latino-americano. Considerando o contexto social e político latino-americano, será estudado inicialmente o impacto transformador do sistema interamericano na região, a partir de uma tipologia de casos emblemáticos da jurisprudência da Corte Interamericana. À esta análise soma-se o exame do crescente empoderamento do sistema interamericano e sua força catalizadora na região, fruto da efetividade do diálogo jurisdicional em um sistema multinível. Por fim, pretende-se avaliar o impacto do sistema interamericano na pavimentação de um *ius constitutionale commune* latino-americano em matéria de direitos humanos, com ênfase em seus riscos, potencialidades e desafios.

**Palavras-chaves:** Sistema interamericano; direitos humanos; jurisprudência interamericana; *ius constitutionale commune*; sistema multinível.

### Abstract

The main purpose of this paper is to focus on the impact of the inter-american system in the creation of a *Ius Constitutionale Commune* in Latin America. In the light of the social and political latin-american context, the paper will study the transformative impact of the inter-american system on the region, adopting a typology of emblematic cases from the jurisprudence of the Inter-American Court. In addition, the paper will deal with the growing empowerment of the inter-american human rights system and its special impact in the region, which derives from a judicial dialogue in a multi level legal system. Finally, the study intends to evaluate the impact of the inter-american system in the consolidation of a *ius constitutionale commune* in Latin America in human rights, emphasizing its risks, potentialities and challenges.

**Keywords:** Inter-american system; human rights; inter-american jurisprudence; *ius constitutionale commune*; multi level system.

## 1. Introdução

Objetiva este artigo focar o impacto do sistema interamericano de direitos humanos na composição de um *ius constitutionale commune* latino-americano, com destaque às transformações fomentadas na região, com vistas ao fortalecimento do Estado de Direito, da democracia e dos direitos humanos na região.

Considerando o desafiador contexto latino-americano, sob as marcas da acentuada desigualdade, violência sistêmica e centralismo do poder político, será estudado inicialmente o impacto transformador do sistema interamericano na região, a partir de uma tipologia de casos emblemáticos da jurisprudência da Corte Interamericana.

À esta análise soma-se o exame do crescente empoderamento do sistema interamericano e sua força catalizadora na região, fruto da efetividade do diálogo jurisdicional em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais (a abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

Por fim, pretende-se avaliar o impacto do sistema interamericano na pavimentação de um *ius constitutionale commune* latino-americano em matéria de direitos humanos, com ênfase em seus riscos, potencialidades e desafios.

## 2. Desenvolvimento

### 2.1. Desafios do Contexto latino-americano: violência, desigualdade e centralismo do poder político

A América Latina ostenta o maior grau de desigualdade do mundo. A pobreza na região diminuiu do patamar de 48,3% a 33,2%, no período de 1990 e 2008.

Todavia, cinco dos dez países mais desiguais do mundo estão na América Latina, dentre eles o Brasil<sup>1</sup>. Na América Latina, 40,5% das crianças e adolescentes são pobres.

Sob o prisma étnico-racial, de acordo com o International Development Bank, a população afro-descendente corresponde a aproximadamente 25% da população latino-americana. No que se refere à população indígena, estima-se corresponder a 8% da população latino-americana. Indicadores sociais demonstram o sistemático padrão de discriminação, exclusão e violência a acometer as populações afro-descendentes e indígenas na região, sendo que mulheres e crianças são alvo de formas múltiplas de discriminação (*overlapping discrimination*). Conclui-se, assim, que em média 33% da população latino-americana enfrenta um grave padrão de violação a direitos. Povos indígenas e afro-descendentes estão desproporcionalmente representados entre a população em situação de pobreza e miséria, sendo que as mulheres sofrem ainda maior grau de vulnerabilidade, por meio da etnização e da feminização da pobreza.

Não bastando o acentuado grau de desigualdade, a região ainda se destaca por ser a mais violenta do mundo. Concentra 27% dos homicídios, tendo apenas 9% da população mundial. Dez dos vinte países com maiores taxas de homicídio do mundo são latino-americanos<sup>2</sup>.

Na pesquisa Latinobarômetro 2013 sobre o apoio à democracia na América Latina, embora 56% dos entrevistados considerarem a democracia preferível a qualquer outra forma de governo, a resposta afirmativa encontra no Brasil o endosso de apenas 49% e no México 37%. De acordo com a pesquisa, 31% consideram que pode haver democracia sem partidos políticos e 27% consideram que a democracia pode funcionar sem Congresso Nacional.

A região latino-americana marcada por sociedades pós-coloniais tem assim sido caracterizada por elevado grau de exclusão e violência ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região sofre com um centralismo

---

<sup>1</sup> Marta Lagos e Lucía Dammert, *La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina*, Latinobarómetro, 9 de maio de 2012, p.3.

autoritário de poder, o que vem a gerar o fenômeno do “hiperpresidencialismo” ou formas de “democracia delegativa”. A democratização fortaleceu a proteção de direitos, sem, contudo, efetivar reformas institucionais profundas necessárias à consolidação do Estado Democrático de Direito. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direitos e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

É neste contexto político, social e cultural, por compartilhar de problemas, desafios, dilemas e tensões similares, que se justifica a defesa de um *ius constitutionale commune* latino-americano.

## **2.2. Impacto transformador do Sistema Interamericano no contexto latino-americano**

A criação de um *ius constitutionale commune* latino-americano em matéria de direitos humanos decorre da combinação de 3 (três) importantes fatores ao longo do processo de democratização na região:

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

É neste cenário que o sistema interamericano gradativamente se legitima como importante e eficaz instrumento para a proteção dos direitos humanos. Com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de

---

<sup>2</sup> Marta Lagos e Lucía Dammert, *La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina*,

litigância, o sistema interamericano tem tido a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Dois períodos demarcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais; e o período da transição política aos regimes democráticos, marcado pelo fim das ditaduras militares na década de 80, na Argentina, no Chile, no Uruguai e no Brasil.

Em 1978, quando a Convenção Americana de Direitos Humanos entrou em vigor, muitos dos Estados da América Central e do Sul eram governados por ditaduras. Dos 11 Estados-partes da Convenção à época, menos que a metade tinha governos eleitos democraticamente, ao passo que hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região tem governos eleitos democraticamente<sup>3</sup>. Diversamente do sistema regional europeu que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos, o sistema regional interamericano tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Diversamente do sistema europeu, que surge como fruto do processo de integração europeia e tem servido como relevante instrumento para fortalecer este processo de integração, no caso interamericano havia tão somente um movimento ainda embrionário de integração regional.

---

Latinobarómetro, 9 de maio de 2012, p.3.

<sup>3</sup> Como observa Thomas Buergenthal: “O fato de hoje quase a totalidade dos Estados latino-americanos na região, com exceção de Cuba, terem governos eleitos democraticamente tem produzido significativos avanços na situação dos direitos humanos nesses Estados. Estes Estados ratificaram a Convenção e reconheceram a competência jurisdicional da Corte”. (Prefácio de Thomas Buergenthal, Jo M. Pasqualucci, *The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. XV). Em 2012, 22 Estados haviam reconhecido a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. De acordo com: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/English/Basic4.Amer.Conv.Ratif.htm> (acesso em 06/01/12).

Considerando a atuação da Corte Interamericana, é possível criar uma tipologia de casos baseada em decisões concernentes a 6 (seis) diferentes categorias de violação a direitos humanos:

### 1) Violações que refletem o legado do regime autoritário ditatorial

Esta categoria compreende a maioria significativa das decisões da Corte Interamericana, que tem por objetivo prevenir arbitrariedades e controlar o excessivo uso da força, impondo limites ao poder punitivo do Estado.

A título de exemplo, destaca-se o *leading case* – Velasquez Rodriguez versus Honduras concernente a desaparecimento forçado. Em 1989 a Corte condenou o Estado de Honduras a pagar uma compensação aos familiares da vítima, bem como ao dever de prevenir, investigar, processar, punir e reparar as violações cometidas<sup>4</sup>.

Adicionem-se ainda decisões da Corte que condenaram Estados em face de precárias e cruéis condições de detenção e da violação à integridade física, psíquica e moral de pessoas detidas; ou em face da prática de execução sumária e extrajudicial; ou tortura. Estas decisões enfatizaram o dever do Estado de investigar, processar e punir os responsáveis pelas violações, bem como de efetuar o pagamento de indenizações.

No plano consultivo, merecem menção as opiniões a respeito da impossibilidade de adoção da pena de morte pelo Estado da Guatemala<sup>5</sup> e da impossibilidade de suspensão da garantia judicial de habeas corpus inclusive em situações de emergência, de acordo com o artigo 27 da Convenção Americana<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Velasquez Rodriguez Case, Inter-American Court of Human Rights, 1988, Ser. C, No. 4.

<sup>5</sup> Advisory Opinion No. 3/83, of 8 September 1983.

<sup>6</sup> Advisory Opinion No. 08/87, of 30 January 1987.

## 2) Violações que refletem questões da justiça de transição (*transitional justice*)

Nesta categoria de casos estão as decisões relativas ao combate à impunidade, às leis de anistia e ao direito à verdade.

No caso Barrios Altos (massacre que envolveu a execução de 15 pessoas por agentes policiais), em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de Barrios Altos”, de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas<sup>7</sup>.

Esta decisão apresentou um elevado impacto na anulação de leis de anistia e na consolidação do direito à verdade, pelo qual os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados das violações, realçando o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar violações aos direitos humanos.

Concluiu a Corte que as leis de “auto-anistia” perpetuam a impunidade, propiciam uma injustiça continuada, impedem às vítimas e aos seus familiares o acesso à justiça e o direito de conhecer a verdade e de receber a reparação correspondente, o que constituiria uma manifesta afronta à Convenção Americana. As leis de anistiam configurariam, assim, um ilícito internacional e sua revogação uma forma de reparação não pecuniária.

No mesmo sentido, destaca-se o caso *Almonacid Arellano versus Chile*<sup>8</sup> cujo objeto era a validade do decreto-lei 2191/78 -- que perdoava os crimes cometidos entre 1973 e 1978 durante o regime Pinochet -- à luz das obrigações decorrentes da Convenção Americana de Direitos Humanos. Decidiu a Corte pela invalidade do mencionado decreto lei de “auto-anistia”, por implicar a denegação de justiça às vítimas, bem como por afrontar os deveres do Estado de investigar,

<sup>7</sup> Barrios Altos case (Chumbipuma Aguirre and others vs. Peru). Judgment of 14 March 2001.

<sup>8</sup> Caso Almonacid Arellano and others vs. Chile. Judgment of 26 September 2006.

processar, punir e reparar graves violações de direitos humanos que constituem crimes de lesa humanidade.

Cite-se, ainda, o caso argentino, em que decisão da Corte Suprema de Justiça de 2005 anulou as leis de ponto final (Lei 23.492/86) e obediência devida (Lei 23.521/87), adotando como precedente o caso Barrios Altos.

Em 2010, no caso *Gomes Lund e outros versus Brasil*, a Corte Interamericana condenou o Brasil em virtude do desaparecimento de integrantes da guerrilha do Araguaia durante as operações militares ocorridas na década de 70<sup>9</sup>. A Corte realçou que as disposições da lei de anistia de 1979 são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação de graves violações de direitos humanos, nem para a identificação e punição dos responsáveis. Enfatizou que leis de anistia relativas a graves violações de direitos humanos são incompatíveis com o Direito Internacional e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados. Concluiu, uma vez mais, que as leis de anistia violam o dever internacional do Estado de investigar e punir graves violações a direitos humanos<sup>10</sup>.

Na mesma direção, em 2011, no caso *Gelman versus Uruguai*<sup>11</sup>, a Corte Interamericana decidiu que a “Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva” carecia de efeitos jurídicos por sua incompatibilidade com a Convenção Americana e com a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, não podendo impedir ou obstar a investigação dos fatos, a identificação e eventual sanção dos responsáveis por graves violações a direitos humanos.

---

<sup>9</sup> Caso *Gomes Lund and others versus Brasil*, Judgment of 24 November 2010. O caso foi submetido à Corte pela Comissão Interamericana, ao reconhecer que o caso “representava uma oportunidade importante para consolidar a jurisprudência interamericana sobre leis de anistia em relação aos desaparecimentos forçados e às execuções extrajudiciais, com a consequente obrigação dos Estados de assegurar o conhecimento da verdade, bem como de investigar, processar e punir graves violações de direitos humanos”.

<sup>10</sup> Sobre o impacto da decisão, veja-se: Marcelo Torelly, *Gomes Lund vs. Brasil cinco anos depois – histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas*. Em: Flávia Piovesan e Inês Virginia Prado Soares (orgs). *O Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência o STF*. Salvador: Jus Podium, 2016, 525-560.

<sup>11</sup> Caso *Gelman versus Uruguai*, Judgment of 24 February 2011.

### 3) Violações que refletem desafios acerca do fortalecimento de instituições e da consolidação do Estado de Direito (*rule of law*)

Esta terceira categoria de casos remete ao desafio do fortalecimento de instituições e da consolidação do *rule of law*, particularmente no que se refere ao acesso à justiça, proteção judicial e fortalecimento e independência do Poder Judiciário.

Destaca-se o caso do Tribunal Constitucional contra o Peru (2001)<sup>12</sup>, envolvendo a destituição de juízes, em que a Corte reconheceu necessário garantir a independência de qualquer juiz em um Estado de Direito, especialmente em Cortes constitucionais, o que demanda: a) um adequado processo de nomeação; b) um mandato com prazo certo; e c) garantias contra pressões externas.

Tal decisão contribuiu decisivamente para o fortalecimento de instituições nacionais e para a consolidação do Estado de Direito.

### 4) Violações de direitos de grupos vulneráveis

Esta quarta categoria de casos atém-se a decisões que afirmam a proteção de direitos de grupos socialmente vulneráveis, como os povos indígenas, as crianças, os migrantes, os presos, dentre outros.

Quanto aos direitos dos povos indígenas, destaca-se o relevante caso da comunidade indígena Mayagna Awas Tingni contra a Nicarágua (2001)<sup>13</sup>, em que a Corte reconheceu o direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição comunitária, e como um direito fundamental e básico à sua cultura, à sua vida espiritual, à sua integridade e à sua sobrevivência econômica. Acrescentou que para os povos indígenas a relação com a terra não é somente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual de

---

<sup>12</sup> Aguirre Roca and others vs. Peru case (Constitutional Court Case). Judgment of 31 January 2001.

<sup>13</sup> Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs. Nicaragua, Inter-American Court, 2001, Ser. C, No. 79.

que devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.

Em outro caso – caso da comunidade indígena Yakye Axa contra o Paraguai (2005)<sup>14</sup> –, a Corte sustentou que os povos indígenas têm direito a medidas específicas que garantam o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados sob a perspectiva cultural, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Adicionou que para os povos indígenas a saúde apresenta uma dimensão coletiva, sendo que a ruptura de sua relação simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial sobre a saúde destas populações.

No caso da comunidade indígena *Xákmok Kásek v. Paraguai*<sup>15</sup>, a Corte Interamericana condenou o Estado do Paraguai pela afronta aos direitos à vida, à propriedade comunitária e à proteção judicial (artigos 4º, 21 e 25 da Convenção Americana, respectivamente), dentre outros direitos, em face da não garantia do direito de propriedade ancestral à aludida comunidade indígena, o que estaria a afetar seu direito à identidade cultural. Ao motivar a sentença, destacou que os conceitos tradicionais de propriedade privada e de posse não se aplicam às comunidades indígenas, pelo significado coletivo da terra, eis que a relação de pertença não se centra no indivíduo, senão no grupo e na comunidade. Acrescentou que o direito à propriedade coletiva estaria ainda a merecer igual proteção pelo artigo 21 da Convenção (concernente ao direito à propriedade privada). Afirmou o dever do Estado em assegurar especial proteção às comunidades indígenas, à luz de suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais e suas especiais vulnerabilidades, considerando o direito consuetudinário, os valores, os usos e os costumes dos povos indígenas, de forma a assegurar-lhes o direito à vida digna, contemplando o acesso à água potável, alimentação, saúde, educação, dentre outros.

---

<sup>14</sup> Yakye Axa Community vs. Paraguay, Inter-American Court, 2005, Ser. C, No. 125.

<sup>15</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010 Serie C N. 214. Note-se que, no sistema africano, merece menção um caso emblemático que, ineditamente, em nome do direito ao desenvolvimento, assegurou a proteção de povos indígenas às suas terras. Em 2010, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que o modo pelo qual a comunidade Endorois

No caso dos direitos das crianças, cabe menção ao caso Villagran Morales contra a Guatemala (1999)<sup>16</sup>, em que este Estado foi condenado pela Corte, em virtude da impunidade relativa à morte de 5 meninos de rua, brutalmente torturados e assassinados por 2 policiais nacionais da Guatemala. Dentre as medidas de reparação ordenadas pela Corte estão: o pagamento de indenização pecuniária aos familiares das vítimas; a reforma no ordenamento jurídico interno visando à maior proteção dos direitos das crianças e adolescentes guatemaltecos; e a construção de uma escola em memória das das vítimas.

Adicione-se, ainda, as opiniões consultivas sobre a condição jurídica e os direitos humanos das crianças (OC 17, emitida em agosto de 2002, por solicitação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e sobre a condição jurídica e os direitos de migrantes sem documentos (OC18, emitida em setembro de 2003, por solicitação do México).

Mencione-se, também, o parecer emitido, por solicitação do México (OC16, de 01 de outubro de 1999), em que a Corte considerou violado o direito ao devido processo legal, quando um Estado não notifica um preso estrangeiro de seu direito à assistência consular. Na hipótese, se o preso foi condenado à pena de morte, isso constituiria privação arbitrária do direito à vida. Note-se que o México embasou seu pedido de consulta nos vários casos de presos mexicanos condenados à pena de morte nos Estados Unidos.

Com relação aos direitos das mulheres, destacam-se relevantes decisões do sistema interamericano sobre discriminação e violência contra mulheres, o que fomentou a reforma do Código Civil da Guatemala, a adoção de uma lei de violência doméstica no Chile e no Brasil, dentre outros avanços<sup>17</sup>. No caso González e outras contra o México (caso “Campo Algodonero”), a Corte Interamericana condenou o México em virtude do desaparecimento e morte de mulheres em Ciudad Juarez, sob o argumento de que a omissão estatal estava a contribuir para a cultura da

---

no Kenya foi privada de suas terras tradicionais, tendo negado acesso a recursos, constitui uma violação a direitos humanos, especialmente ao direito ao desenvolvimento.

<sup>16</sup> Villagran Morales et al versus Guatemala (The Street Children Case), Inter-American Court, 19 November 1999, Ser. C, No. 63.

<sup>17</sup> A respeito, ver caso María Eugenia versus Guatemala e caso Maria da Penha versus Brasil decididos

violência e da discriminação contra a mulher. No período de 1993 a 2003, estima-se que de 260 a 370 mulheres tenham sido vítimas de assassinatos, em Ciudad Juarez. A sentença da Corte condenou o Estado do México ao dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e adotando medidas preventivas necessárias de forma a combater a discriminação contra a mulher<sup>18</sup>.

Ineditamente, em 24 de fevereiro de 2012, a Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade internacional do Estado do Chile em face do tratamento discriminatório e interferência indevida na vida privada e familiar da vítima Karen Atala devido à sua orientação sexual<sup>19</sup>. O caso foi objeto de intenso litígio judicial no Chile, que culminou com a decisão da Corte Suprema de Justiça em determinar a custódia das três filhas ao pai, sob o argumento de que a Sra. Atala não deveria manter a custódia por conviver com pessoa do mesmo sexo, após o divórcio. No entender unânime da Corte Interamericana, o Chile violou os artigos 1º, parágrafo 1º e 14 da Convenção Americana, por afrontar o princípio da igualdade e da proibição da discriminação.

## 5) Violações a direitos sociais

Nesta quinta categoria de casos emergem decisões da Corte que protegem direitos sociais. Importa reiterar que a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece direitos civis e políticos, contemplando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais (artigo 26). Já o Protocolo de San Salvador, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais, prevê que somente os direitos à educação e à liberdade sindical seriam tuteláveis pelo sistema de petições individuais (artigo 19, parágrafo 6º).

---

pela Comissão Interamericana.

<sup>18</sup> Ver sentença de 16 de novembro de 2009. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf).

<sup>19</sup> Caso Atala Riffo and daughters vs. Chile, Inter-American Court, 24 February 2012, Series C N.239.

À luz de uma interpretação dinâmica e evolutiva, compreendendo a Convenção Americana como um *living instrument*, no já citado caso Villagran Morales contra a Guatemala<sup>20</sup>, a Corte afirmou que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Introduziu a visão de que o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna – o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”. Esta interpretação lançou um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

Em outros julgados, a Corte tem endossado o dever jurídico dos Estados de conferir aplicação progressiva aos direitos sociais, com fundamento no artigo 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente em se tratando de grupos socialmente vulneráveis. No caso niñas Yean y Bosico versus Republica Dominicana, a Corte enfatizou o dever dos Estados no tocante à aplicação progressiva dos direitos sociais, a fim de assegurar o direito à educação, com destaque à especial vulnerabilidade de meninas. Sustentou que:

en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.<sup>21</sup>

Há, ademais, um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a idéia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos.

No caso Albán Cornejo y otros versus Equador<sup>22</sup> referente à suposta negligência médica em hospital particular -- mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito --, a Corte decidiu o

---

<sup>20</sup> Villagran Morales et al versus Guatemala (The Street Children Case), Inter-American Court, 19 November 1999, Ser. C, No. 63.

<sup>21</sup> Caso de las niñas Yean y Bosico v. Republica Dominicana, Inter-American Court, 08 November 2005, Ser. C, N.130.

caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*<sup>23</sup>, concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá*<sup>24</sup>, envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Peru*<sup>25</sup>, envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho.

Um outro caso emblemático é o caso “cinco pensionistas” versus Peru<sup>26</sup>, envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado com fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos 5 pensionistas.

No caso *Acevedo Buendia vs. Peru*<sup>27</sup>, a Corte reconheceu que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos,

---

<sup>22</sup> Albán Cornejo y otros v. Ecuador, Inter-American Court, 22 November 2007, serie C n. 171.

<sup>23</sup> Myrna Mack Chang v. Guatemala, Inter-American Court, 25 November 2003, serie C n. 101.

<sup>24</sup> Baena Ricardo y otros v. Panamá, Inter-American Court, 02 February 2001, serie C n. 72.

<sup>25</sup> Caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) v. Peru, Inter-American Court, 24 November 2006, serie C n. 158.

<sup>26</sup> Caso “cinco pensionistas” v. Peru, Inter-American Court, 28 February 2003, serie C n. 98.

sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles e sendo todos direitos exigíveis. Realçou ser a aplicação progressiva dos direitos sociais suscetível de controle e fiscalização pelas instâncias competentes, destacando o dever dos Estados de não-regressividade em matéria de direitos sociais.

## 6) Violações a novos direitos da agenda contemporânea

Finalmente, esta sexta categoria de casos compreende novos direitos da agenda contemporânea, com especial destaque aos direitos reprodutivos.

Em sentença proferida em 28 de novembro de 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Artavia Murillo e outros contra a Costa Rica*<sup>28</sup>, enfrentou, de forma inédita, a temática da fecundação “in vitro” sob a ótica dos direitos humanos. O caso foi submetido pela Comissão Interamericana, sob o argumento de que a proibição geral e absoluta de praticar a “fecundação in vitro” na Costa Rica desde 2000 estaria a implicar violação a direitos humanos. Com efeito, por decisão da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça de 15 de março de 2000, a prática da fertilização in vitro atentaria claramente contra a vida e a dignidade do ser humano. Todavia, no entender da Comissão, tal proibição estaria a constituir uma ingerência arbitrária com relação aos direitos à vida privada e familiar, bem como ao direito de formar uma família. A proibição estaria ainda a afetar o direito de igualdade das vítimas, eis que o Estado estaria a impedir o acesso a tratamento que permitiria superar uma situação de desvantagem relativamente a ter filhas e filhos biológicos, com impacto desproporcional nas mulheres. O argumento da Comissão é de que a proibição da fertilização in vitro afrontaria os direitos à vida privada e familiar; à integridade pessoal; à saúde sexual e reprodutiva; bem como o direito de gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico e o princípio da não discriminação.

---

<sup>27</sup> Caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”)* contra o Peru, sentença prolatada em 01 de julho de 2009.

A partir de uma interpretação sistemática e histórica, com destaque à normatividade e à jurisprudência dos sistemas universal, europeu e africano, concluiu a Corte Interamericana não ser possível sustentar que o embrião possa ser considerado pessoa. Recorrendo a uma interpretação evolutiva, a Corte observou que o procedimento da fertilização *in vitro* não existia quando a Convenção foi elaborada, conferindo especial relevância ao Direito Comparado, por meio do diálogo com a experiência jurídica latino-americana e de outros países, como os EUA e a Alemanha, a respeito da matéria. Concluiu que ter filhos biológicos, por meio de técnica de reprodução assistida, decorre dos direitos à integridade pessoal, liberdade e vida privada e familiar. Argumentou que o direito absoluto à vida do embrião -- como base para restringir direitos -- não encontra respaldo na Convenção Americana. Condenou, assim, a Costa Rica por violação aos artigos 5º, parágrafo 1º, 7º, 11, parágrafo 2º e 17, parágrafo 2º da Convenção Americana, determinando ao Estado adotar com a maior celeridade possível medidas apropriadas para que fique sem efeito a proibição de praticar a fertilização “*in vitro*”, assegurando às pessoas a possibilidade de valer-se deste procedimento sem impedimentos. Determinou também ao Estado a implementação da fertilização “*in vitro*”, tornando disponíveis os programas e os tratamentos de infertilidade, com base no princípio da não discriminação. Adicionou o dever do Estado de proporcionar às vítimas atendimento psicológico de forma imediata, fomentando, ademais, programas e cursos de educação e capacitação em direitos humanos, no campo dos direitos reprodutivos, sobretudo aos funcionários judiciais.

Ainda no campo dos direitos reprodutivos, em 29 de maio de 2013, ineditamente, a Corte concedeu medidas provisórias em face de El Salvador<sup>29</sup>, em conformidade com os artigos 63.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos e 27 do Regulamento da Corte, em caso envolvendo interrupção de gravidez em

---

<sup>28</sup> Caso *Artavia Murillo e outros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, Corte Interamericana de Direitos Humanos, sentença proferida em 28 de novembro de 2012.

<sup>29</sup> Medidas provisórias em face do Estado de El Salvador, Corte Interamericana de Direitos Humanos, 29 de maio de 2013.

virtude de anencefalia fetal. Na hipótese, a Senhora “B”<sup>30</sup> encontrava-se na 26ª de gravidez de um feto anencefálico, portador de anomalia incompatível com a vida extra-uterina. A Senhora “B” apresentava enfermidade materna grave com risco de morte materna.

A Corte determinou ao Estado de El Salvador a concessão de medidas necessárias para proteger a vida, a integridade pessoal e a saúde da Senhora “B”, considerando o urgente e iminente risco de dano irreparável. Endossou a necessidade do Estado de El Salvador de adotar e garantir, com urgência, todas as medidas que sejam necessárias e efetivas para que a equipe médica responsável pela Senhora “B” possa adotar, sem qualquer interferência, as medidas médicas para assegurar a devida proteção aos direitos consagrados nos artigos 4º e 5º da Convenção Americana, evitando, assim, danos que possam ser irreparáveis aos direitos à vida, à integridade pessoal e à saúde da Senhora “B”.

### **2.3. O empoderamento do Sistema interamericano mediante a efetividade do diálogo jurisdicional e crescente legitimação social**

O sistema interamericano é capaz de revelar as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias por direitos e por justiça na região latino-americana. O sistema apresenta uma particular institucionalidade marcada pelo protagonismo de diversos atores, em um palco em que interagem Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacionais e internacionais, a Comissão e a Corte Interamericana no âmbito da Organização dos Estados Americanos.

Neste contexto, o sistema interamericano gradativamente se empodera, mediante diálogos a permitir o fortalecimento dos direitos humanos em um sistema multinível. É sob esta perspectiva multinível que emergem duas vertentes do diálogo jurisdicional, a compreender o diálogo com os sistemas nacionais (a

---

<sup>30</sup> Por solicitação da Comissão Interamericana, em respeito à identidade e à privacidade da vítima, a mesma é identificada como Senhora “B”.

abranger o controle da convencionalidade) e o diálogo com a sociedade civil (a emprestar ao sistema interamericano crescente legitimação social).

A respeito do diálogo com os sistemas nacionais consolida-se o chamado “controle de convencionalidade”<sup>31</sup>. Tal controle é reflexo de um novo paradigma a nortear a cultura jurídica latino-americana na atualidade: da hermética pirâmide centrada no *State approach* à permeabilidade do trapézio centrado no *Human rights approach*.

Isto é, aos parâmetros constitucionais somam-se os parâmetros convencionais, na composição de um trapézio jurídico aberto ao diálogo, aos empréstimos e à interdisciplinariedade, a resignificar o fenômeno jurídico sob a inspiração do *human rights approach*.

No caso latino-americano, o processo de democratização na região, deflagrado na década de 80, é que propiciou a incorporação de importantes instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos pelos Estados latino-americanos. Hoje constata-se que os países latino-americanos subscreveram os principais tratados de direitos humanos adotados pela ONU e pela OEA.

De um lado, despontam Constituições latino-americanas com cláusulas constitucionais abertas, com destaque à hierarquia especial dos tratados de direitos humanos, à sua incorporação automática e às regras interpretativas alicerçadas no princípio *pro persona*.

Com efeito, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional. A título exemplificativo, a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no artigo 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra-constitucional, mas supra-legal, os tratados

---

<sup>31</sup> Uma descrição da evolução do conceito encontra-se disponível em: Marcelo Torelly, *Governança Transversal dos Direitos Fundamentais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, pp.236-258.

de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos. A Constituição Brasileira de 1988, no artigo 5º, parágrafo 2º, consagra que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os direitos decorrentes dos princípios e do regime a ela aplicável e os direitos enunciados em tratados internacionais ratificados pelo Brasil, permitindo, assim, a expansão do bloco de constitucionalidade. A então Constituição do Peru de 1979, no mesmo sentido, determinava, no artigo 105, que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional e não podem ser modificados senão pelo procedimento que rege a reforma da própria Constituição. Já a atual Constituição do Peru de 1993 consagra que os direitos constitucionalmente reconhecidos devem ser interpretados em conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Decisão proferida em 2005 pelo Tribunal Constitucional do Peru endossou a hierarquia constitucional dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, adicionando que os direitos humanos enunciados nos tratados conformam a ordem jurídica e vinculam os poderes públicos. A Constituição da Colômbia de 1991, reformada em 1997, confere, no artigo 93, hierarquia especial aos tratados de direitos humanos, determinando que estes prevalecem na ordem interna e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pelo país. Também a Constituição do Chile de 1980, em decorrência da reforma constitucional de 1989, passou a consagrar o dever dos órgãos do Estado de respeitar e promover os direitos garantidos pelos tratados internacionais ratificados por aquele país. Acrescente-se a Constituição da Bolívia de 2009, ao estabelecer que os direitos e deveres reconhecidos constitucionalmente serão interpretados em conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Bolívia, que prevalecerão em relação à própria Constituição se enunciarem direitos mais favoráveis (artigos 13,IV e 256). Na mesma direção, destaca-se a Constituição do Equador de 2008, ao consagrar que a Constituição e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado que reconheçam direitos mais favoráveis aos previstos pela Constituição

têm prevalência em relação a qualquer outra norma jurídica ou ato do Poder Público (artigo 424), adicionando que serão aplicados os princípios pro ser humano, de não restrição de direitos, de aplicabilidade direta e de cláusula constitucional aberta (artigo 416). A Constituição do México, com a reforma de junho de 2011, passou a contemplar a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos e a regra interpretativa fundada no princípio *pro persona*.

Por outro lado, o sistema interamericano revela permeabilidade e abertura ao diálogo mediante as regras interpretativas do artigo 29 da Convenção Americana, em especial as que asseguram o princípio da prevalência da norma mais benéfica, mais favorável e mais protetiva à vítima. Ressalte-se que os tratados de direitos humanos fixam parâmetros protetivos mínimos, constituindo um piso mínimo de proteção e não um teto protetivo máximo. Daí a hermenêutica dos tratados de direitos humanos endossar o princípio pro ser humano. Às regras interpretativas consagradas no artigo 29 da Convenção Americana, somem-se os tratados de direitos humanos do sistema global – que, por sua vez, também enunciam o princípio pro persona fundado na prevalência da norma mais benéfica, como ilustram o artigo 23 da Convenção sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, o artigo 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o artigo 16, parágrafo 2º da Convenção contra a Tortura e o artigo 4º, parágrafo 4º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Cláusulas de abertura constitucional e o princípio pro ser humano inspirador dos tratados de direitos humanos compõem os dois vértices - nacional e internacional - a fomentar o diálogo em matéria de direitos humanos. No sistema interamericano este diálogo é caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada.

Como enfatiza a Corte Interamericana:

Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início careçam de efeitos jurídicos. (...) o poder Judiciário deve exercer uma espécie

de “controle da convencionalidade das leis. entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.<sup>32</sup>

Como sustenta Eduardo Ferrer Mac-Gregor<sup>33</sup>, o juiz nacional agora é também juiz interamericano, tendo como mandato exercer o controle de convencionalidade na modalidade difusa. Cortes nacionais exercem o controle da convencionalidade na esfera doméstica, mediante a incorporação da normatividade, principiologia e jurisprudência protetiva internacional em matéria de direitos humanos no contexto latino-americano. Frise-se: quando um Estado ratifica um tratado, todos os órgãos do poder estatal a ele se vinculam, comprometendo-se a cumpri-lo de boa fé.

A Corte Interamericana exerce o controle da convencionalidade na modalidade concentrada, tendo a última palavra sobre a interpretação da Convenção Americana. Na realização do controle de convencionalidade, a Corte Interamericana guia-se pelo princípio pro persona, conferindo prevalência à norma mais benéfica, destacando, em diversas sentenças, decisões judiciais proferidas pelas Cortes constitucionais latino-americanas, bem como menção a dispositivos das Constituições latino-americanas, como podem revelar os casos Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (sentença proferida em 27 de junho de 2012), Atala Riffo y ninas vs. Chile (sentença proferida em 24 de fevereiro de 2012) e Gelman vs. Uruguai (sentença proferida em 24 de fevereiro de 2012).<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Ver caso *Almonacid Arellano and others vs. Chile*. Judgment of 26 September 2006.

<sup>33</sup> Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad: El Nuevo paradigma para el juez mexicano*, In: Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi, *Estudios Avanzados de Derechos Humanos – Democracia e Integração Jurídica: Emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, ed. Campus Elsevier, 2013, p.627-705.

<sup>34</sup> A título ilustrativo, cabe menção à sentença proferida pela Corte Interamericana no caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador, de 27 de junho de 2012, em que a Corte incorpora precedentes judiciais em matéria indígena da Corte Constitucional Colombiana (sentencia C-169/01), no que se refere ao direito à consulta prévia dos povos indígenas, bem como ao pluralismo. Empresta ainda destaque às Constituições da Argentina, da Bolívia, do Brasil, do Peru e do Chile. Outro exemplo atém-se à sentença do caso *Atala Riffo y ninas vs. Chile*, de 24 de fevereiro de 2012, em que a Corte Interamericana faz alusão à jurisprudência da Suprema Corte de Justicia de la Nación do México, na AI 2/2010, concernente à proibição da discriminação por orientação sexual. No caso

Por fim, adicione-se o profícuo diálogo do sistema interamericano com a sociedade civil, o que lhe confere gradativa legitimação social e crescente empoderamento. O sistema enfrenta o paradoxo de sua origem – nasceu em um ambiente marcado pelo arbítrio de regimes autoritários com a expectativa estatal de seu reduzido impacto – e passa a ganhar credibilidade, confiabilidade e elevado impacto. A força motriz do sistema interamericano tem sido a sociedade civil organizada por meio de um transnational network, a empreender exitosos litígios estratégicos.

Na experiência brasileira, por exemplo, 100% dos casos submetidos à Comissão Interamericana foram fruto de uma articulação a reunir vítimas e organizações não governamentais locais e internacionais<sup>35</sup>, com intenso protagonismo na seleção de um caso paradigmático, na litigância do mesmo (aliando estratégias jurídicas e políticas) e na implementação doméstica de eventuais ganhos internacionais.

Na percepção de Kathryn Sikkink:

O trabalho das ONGs tornam as práticas repressivas dos Estados mais visíveis e públicas, exigindo deles, que se manteriam calados, uma resposta. Ao enfrentar pressões crescentes, os Estados repressivos buscam apresentar justificativas. (...) Quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera sua prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais.<sup>36</sup>

Adiciona a autora:

pressões e políticas transnacionais no campo dos direitos humanos, incluindo network de ONGs, têm exercido uma significativa diferença no sentido de permitir avanços nas práticas dos direitos humanos em

---

Guelman vs. Uruguai, por sua vez, a Corte destaca a jurisprudência da Venezuela, do México, do Chile, da Argentina e da Bolívia reconhecendo a natureza pluriofensiva e permanente do delito de desaparecimento forçado, bem como a jurisprudência latino-americana invalidando leis de anistia.

<sup>35</sup> Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 14ª ed. revista e atualizada, ed. Saraiva, São Paulo, 2014, p. 431.

<sup>36</sup> Ver Kathryn Sikkink, Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America, In: *International Organizations*, Massachusetts, IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology, 1993, p. 414-415.

diversos países do mundo. Sem os regimes internacionais de proteção dos direitos humanos e suas normas, bem como sem a atuação das networks transnacionais que operam para efetivar tais normas, transformações na esfera dos direitos humanos não teriam ocorrido<sup>37</sup>.

O sucesso do sistema interamericano reflete o intenso comprometimento das ONGs (envolvendo movimentos sociais e estratégias de mídia), a boa resposta do sistema e a implementação de suas decisões pelo Estado, propiciando transformações e avanços no regime interno de proteção dos direitos humanos.

Transita-se, por fim, ao enfoque do sistema interamericano na pavimentação de um *ius constitutionale commune* latino-americano, com ênfase em suas potencialidades e desafios.

### 3. Conclusão

A partir da análise do impacto da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos na região latino-americana, sob a perspectiva de um sistema multinível e dialógico a envolver as esferas regional e local, tendo ainda como força impulsionadora o ativismo transnacional da sociedade civil, vislumbra-se a pavimentação de um *ius constitutionale commune* latino-americano em direitos humanos.

É à luz desta dinâmica que emergem três desafios centrais à pavimentação deste constitucionalismo latino-americano em direitos humanos:

---

<sup>37</sup> Kathryn Sikkink e Thomas Risse, Conclusions, In: Thomas Risse, Stephen C. Ropp e Kathryn Sikkink, *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p.275.

**i) Fomentar uma cultura jurídica inspirada em novos paradigmas jurídicos e na emergência de um novo Direito Público: estatalidade aberta, diálogo jurisdicional e prevalência da dignidade humana em um sistema multinível<sup>38</sup>**

A existência de cláusulas constitucionais abertas a propiciar o diálogo entre as ordens jurídicas local, regional e global, por si só, não assegura a efetividade do diálogo jurisdicional em direitos humanos. Se, de um lado, constata-se o maior refinamento das cláusulas de abertura constitucional – a contemplar a hierarquia, a incorporação e as regras interpretativas de instrumentos internacionais de direitos humanos – por outro lado, esta tendência latino-americana não é suficiente para o êxito do diálogo jurisdicional em matéria de direitos humanos.

Isto porque interpretações jurídicas reducionistas e restritivas das ordens constitucionais podem comprometer o avanço e a potencialidade de cláusulas abertas.

Daí a necessidade de fomentar uma doutrina e uma jurisprudência emancipatórias no campo dos direitos humanos inspiradas na prevalência da dignidade humana<sup>39</sup> e na emergência de um novo Direito Público marcado pela estatalidade aberta em um sistema jurídico multinível. A formação de uma nova cultura jurídica, baseada em uma nova racionalidade e ideologia, surge como medida imperativa à afirmação de um *ius constitutionale commune* latino-americano.

---

<sup>38</sup> Ver Armin von Bogdandy, Flavia Piovesan e Mariela Morales Antoniazzi (coord.), *Estudos Avançados de Direitos Humanos -- democracia e integração jurídica: emergência de um novo Direito Público*, São Paulo, Campus Elsevier, 2013.

<sup>39</sup> Para Habermas, o princípio da dignidade humana é a fonte moral da qual os direitos fundamentais extraem seu conteúdo. Adiciona Habermas: “The appeal to human rights feeds off the outrage of the humiliated at the violation of their human dignity (...) The origin of human rights has always been resistance to despotism, oppression and humiliation (...)”. (Jurgen Habermas, *The Crisis of the European Union: A Response*, Cambridge, Polity Press, 2012, p.75).

**ii) Fortalecer o sistema interamericano de proteção de direitos humanos: universalidade, institucionalidade, independência, sustentabilidade e efetividade**

Outro importante desafio à consolidação de um *ius constitutionale commune* latino-americano atém-se ao aprimoramento do sistema interamericano, considerando a agenda de reformas do sistema<sup>40</sup>.

Com relação à universalidade do sistema interamericano há se expandir o universo de Estados-partes da Convenção Americana (que contava com 24 Estados-partes em 2014) e sobretudo do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (que contava apenas com 16 Estados-partes em 2014). Outra medida essencial é ampliar o grau de reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a contar com o aceite de 21 Estados, em 2014. Observa-se que a OEA compreende 34 Estados membros.

Outra relevante medida é assegurar a elevada independência e autonomia dos membros integrantes da Comissão e da Corte Interamericana, que devem atuar a título pessoal e não governamental. Faz-se necessário densificar a participação da sociedade civil no monitoramento do processo de indicação de tais membros, doando-lhe maior publicidade, transparência e *accountability*.

Também fundamental é fortalecer a efetividade do sistema interamericano, seja no que se refere à supervisão das decisões da Corte e da Comissão.<sup>41</sup> Diversamente do sistema europeu, no sistema interamericano são seus próprios órgãos que realizam o *follow up* das decisões que eles próprios proferem. Isto porque a Convenção Americana não estabelece mecanismo específico para supervisionar o cumprimento das decisões da Comissão ou da

---

<sup>40</sup> No debate acerca da reforma do sistema interamericano, há controvertidas propostas formuladas por Estados visando à restrição do poder da Comissão Interamericana em conceder medidas cautelares e à limitação de relatorias especiais, como a relatoria especial sobre a liberdade de expressão e acesso à informação. Para um enfoque crítico destas propostas, ver Deisy Ventura, Flávia Piovesan e Juana Kweitel, *Sistema Interamericano sob Forte Ataque*, Folha de São Paulo, p. A3, 07 de agosto de 2012.

<sup>41</sup> No sistema europeu, a título exemplificativo, o Comitê de Ministros (órgão político) tem a função de supervisionar a execução das decisões da Corte Européia, atuando coletivamente em nome do Conselho da Europa. Para uma análise comparativa dos sistemas regionais, ver Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*, São Paulo, 5ª edição revista, ampliada e atualizada, ed. Saraiva, 2014.

Corte, embora a Assembléia Geral da OEA tenha o mandato genérico a este respeito, nos termos do artigo 65 da Convenção Americana<sup>42</sup>. Na avaliação de Antônio Augusto Cançado Trindade:

(...) a Corte Interamericana tem atualmente uma especial preocupação quanto ao cumprimento de suas sentenças. Os Estados, em geral, cumprem as reparações que se referem a indenizações de caráter pecuniário, mas o mesmo não ocorre necessariamente com as reparações de caráter não pecuniário, em especial as que se referem às investigações efetivas dos fatos que originaram tais violações, bem como à identificação e sanção dos responsáveis, – imprescindíveis para por fim à impunidade (e suas consequências negativas para o tecido social como um todo). (...) Atualmente, dada a carência institucional do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos nesta área específica, a Corte Interamericana vem exercendo *motu proprio* a supervisão da execução de suas sentenças, dedicando-lhe um ou dois dias de cada período de sessões. Mas a supervisão – como exercício de garantia coletiva – da fiel execução das sentenças e decisões da Corte é uma tarefa que recai sobre o conjunto dos Estados-partes da Convenção<sup>43</sup>.

Ademais, as decisões internacionais em matéria de direitos humanos devem produzir eficácia jurídica direta, imediata e obrigatória no âmbito do ordenamento jurídico interno, cabendo aos Estados sua fiel execução e cumprimento, em conformidade com o princípio da boa fé, que orienta a ordem internacional. Para Antonio Augusto Cançado Trindade: *“O futuro do sistema internacional de proteção dos direitos humanos está condicionado aos*

<sup>42</sup> De acordo com o artigo 65 da Convenção: “A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da OEA, 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”.

<sup>43</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, 2ª ed. atualizada e ampliada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e ACNUR, 2004, p.434. Propõe o autor: “Para assegurar o monitoramento contínuo do fiel cumprimento de todas as obrigações convencionais de proteção, em particular das decisões da Corte, deve ser acrescentado ao final do artigo 65 da Convenção Americana, a seguinte frase: “A Assembléia Geral os remeterá ao Conselho Permanente, para estudar a matéria e elaborar um informe, a fim de que a Assembléia Geral delibere a respeito.” Deste modo, se supre uma lacuna com relação a um mecanismo, a operar em base permanente (e não apenas uma vez por ano, ante a Assembléia Geral da OEA), para supervisionar a fiel execução, por todos os Estados-partes demandados, das sentenças da Corte”. (op. cit. p.91-92).

*mecanismos nacionais de implementação.*”<sup>44</sup>

Outra medida emergencial atém-se à sustentabilidade do sistema interamericano, mediante o funcionamento permanente da Comissão e da Corte, com recursos financeiros<sup>45</sup>, técnicos e administrativos suficientes.

### **iii) Avançar na proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região**

Finalmente, considerando o contexto latino-americano marcado por acentuada desigualdade social e violência sistêmica, fundamental é avançar na afirmação dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região.

Ao enfrentar os desafios de sociedades pós coloniais latino-americanas - em que direitos humanos tradicionalmente constituíam uma agenda contra o Estado - o sistema interamericano empodera-se e com sua força invasiva contribui para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região.

O sistema interamericano rompe com o paradoxo de sua origem. Nascido em um contexto regional marcado por regimes ditatoriais – seguramente com a expectativa de reduzido impacto por parte dos então Estados autoritários – o sistema se consolida e se fortalece como ator regional democratizante, provocado por competentes estratégias de litigância da sociedade civil em um *transnational network* a lhe conferir elevada carga de legitimação social.

Como evidenciado por este artigo, o sistema interamericano permitiu a desestabilização dos regimes ditatoriais; exigiu justiça e o fim da impunidade nas

<sup>44</sup> Antônio Augusto Cançado Trindade e Manuel E. Ventura Robles, *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos humanos*, 2ª ed., revista e atualizada, San José/Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos e UNHCR, 2004, p. 91.

<sup>45</sup> A título ilustrativo, o orçamento da Corte Européia corresponde aproximadamente a 20% do orçamento do Conselho da Europa, envolvendo 41 milhões de euros, enquanto que o orçamento conjunto da Comissão e da Corte Interamericana corresponde aproximadamente a 5% do orçamento da OEA, envolvendo apenas 4 milhões de dólares norte-americanos. Observe-se, ainda, que os 5% de orçamento da OEA cobre tão somente 55% das despesas da Comissão e 46% das despesas da Corte Interamericana.

transições democráticas; e agora demanda o fortalecimento das instituições democráticas com o necessário combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos mais vulneráveis.

O seu impacto transformador na região – fruto sobretudo do papel vital da sociedade civil organizada em sua luta por justiça e por direitos – é fomentado pela efetividade do diálogo regional-local em um sistema multinível com abertura e permeabilidade mútuas. De um lado, o sistema interamericano se inspira no princípio pro ser humano, mediante regras convencionais interpretativas baseadas no princípio da norma mais protetiva e favorável à vítima, endossando contemplar parâmetros protetivos mínimos. Por outro lado, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas de abertura constitucional a propiciar o diálogo em matéria de direitos humanos, concernentes à hierarquia, incorporação e impacto dos tratados de direitos humanos. No sistema interamericano este diálogo é ainda caracterizado pelo fenômeno do “controle da convencionalidade”, na sua forma difusa e concentrada. Constata-se também a crescente abertura da Corte Interamericana ao incorporar em suas decisões a normatividade e a jurisprudência latino-americana em direitos humanos, com alusão a dispositivos de Constituições latino-americanas e à jurisprudência das Cortes Constitucionais latino-americanas. O diálogo jurisdicional se desenvolve em dupla via: movido pelos vértices de cláusulas constitucionais abertas e do princípio pro ser humano.

É neste contexto que o sistema interamericano tem a potencialidade de exercer um extraordinário impacto na pavimentação de um *ius constitutionale commune* latino-americano, contribuindo para o fortalecimento dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito na região mais desigual e violenta do mundo.

### Referências bibliográficas

BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. (coord) Direitos humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

BUERGENTHAL, Thomas. Foreword. In: PASQUALUCCI, Jo M.. The Practice and Procedure of the Inter-American Court on Human Rights, Cambridge, Cambridge University Press, 2003.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. ROBLES, Manuel E. Ventura. *El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. 2.ed. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos y ACNUR, 2004.

DONNELLY, Jack. *Universal human rights in theory and practice*. 2.ed. Ithaca: Cornell University, 2003, p.57-126.

DWORKIN, Ronald. "Rights as trumps". In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. Nova Iorque: Oxford University, 1984, p.153-67.

HENKIN, Louis. *et au. Human rights*. New York: New York Foundation, 1999, p.92-116.

HERRERA FLORES, Joaquín. Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade da resistencia.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p.117-34.

LAGOS, Marta; DAMMERT, Lucía. La Seguridad Ciudadana: El problema principal de América Latina. *Latinobarómetro*, 9 de maio de 2012, p.3.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: estudo comparativo dos sistemas interamericano, europeu e africano*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAZ, Joseph. "Rights based moralities". In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*. New York: Oxford University, 1984, p.182-200.

SOUZA SANTOS, Boaventura. "Para uma concepção intercultural dos direitos humanos". In: SARMENTO, Daniel. IKAWA, Daniela.

STEINER, Henry J. ALSTON, Philip. GOODMAN, Ryan. *International human rights in context: law, politics and morals*. 3.ed. Oxford: Oxford University, 2008.

TORELLY, Marcelo. "Gomes Lund vs. Brasil cinco anos depois – histórico, impacto, evolução jurisprudencial e críticas". Em: Flávia Piovesan e Inês Virginia Prado Soares (orgs). *O Impacto das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na Jurisprudência o STF*. Salvador: Jus Podium, 2016, 525-560.

TORELLY, Marcelo. *Governança Transversal dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

### **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, sentença de 29 de julho de 1988.

- \_\_\_\_\_. Caso “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala,  
\_\_\_\_\_. Caso Aguirre Roca y otros vs. Peru (Caso Tribunal Constitucional),  
sentença de 31 de janeiro de 2001.
- \_\_\_\_\_. Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, sentença de 2 de fevereiro de  
2001.
- \_\_\_\_\_. Caso Barrios Altos vs. Peru, sentença de 14 de março de 2001.
- \_\_\_\_\_. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community vs.  
Nicaragua, sentença de 31 de agosto de 2001.
- \_\_\_\_\_. Caso “cinco pensionistas” vs. Peru, sentença de 28 de fevereiro de 2003.
- \_\_\_\_\_. Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala, sentença de 25 de novembro de  
2003.
- \_\_\_\_\_. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguai, sentença de 17 de  
junho de 2005.
- \_\_\_\_\_. Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, sentença de 8  
de setembro de 2005.
- \_\_\_\_\_. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentença de 26 de setembro  
de 2006.
- \_\_\_\_\_. Caso Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru,  
sentença de 24 de novembro de 2006.
- \_\_\_\_\_. Caso Albán Cornejo y otros vs. Ecuador, sentença de 22 de novembro de  
2007.

\_\_\_\_\_. Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru, sentença de 01 de julho de 2009.

\_\_\_\_\_. Caso González y otras (caso “Campo Algodonero”) vs. México, sentença de 16 de novembro de 2009.

\_\_\_\_\_. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. vs. Paraguai, sentença de 24 de agosto de 2010.

\_\_\_\_\_. Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil, sentença de 24 de novembro de 2010.

\_\_\_\_\_. Caso Gelman vs. Uruguai, sentença de 24 de fevereiro de 2011.  
Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Atala Riffo y hijas vs. Chile, sentença de 24 de fevereiro de 2012.

\_\_\_\_\_. Caso Artavia Murillo y otros (“fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, sentença proferida em 28 de novembro de 2012.

#### **Sobre a autora**

##### **Flávia Piovesan**

Professora doutora em Direito Constitucional e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; visiting fellow do Human Rights Program da Harvard Law School (1995 e 2000); visiting fellow do Centre for Brazilian Studies da University of Oxford (2005); visiting fellow do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (Heidelberg – 2007; 2008; 2015; e 2016); Humboldt Foundation Georg Forster Research Fellow no Max Planck Institute (Heidelberg – 2009-2014); e membro do OAS Working Group para o monitoramento do Protocolo de San Salvador em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais. E-mail: flaviapiovesan@terra.com.br.

**A autora é a única responsável pela redação do artigo.**