



CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL, SISTEMA HETERÁRQUICO E DIÁLOGO ENTRE CORTES NO CONSTITUCIONALISMO LATINO- AMERICANO

Luiz Guilherme Arcaro Conci

Gustavo Rodrigues Vêras

RESUMO

O presente artigo busca discutir o conceito de "Constitucionalismo Multinível" a partir de uma análise do Direito centrada em leitura heterárquica da relação entre as normas jurídicas do direito doméstico e do Direito Internacional, abandonando a constante análise hierárquica, usada usualmente para tanto. Nesse sentido, pontua a necessidade de se promover um consistente diálogo entre cortes, horizontal e vertical, para a melhor realização dos direitos humanos. Adota a revisão de literatura que trata dos desafios do constitucionalismo no atual cenário de entrelaçamento normativo com o Direito Internacional dos direitos humanos. Se propõe a analisar a jurisprudência de algumas cortes constitucionais latino-americanas e da Corte Interamericana de Direitos Humanos para ser traçado um panorama acerca do atual estado da arte na realidade da América Latina.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diálogos. Direitos Humanos. Pluralismo Constitucional.

◦ Professor de Direito Constitucional e de Teoria Geral do Estado na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP(graduação, mestrado e doutorado). Coordenador do Curso de Pós Graduação (Lato Sensu) em Direito Constitucional. Graduado em Direito, Mestre e Doutor(Direito do Estado) e Livre-Docente em Teoria do Estado pela PUC-SP. Professor do Mestrado Profissional em Governança Global e Políticas Públicas Internacionais da PUC-SP e do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul. Professor Visitante da Universidade de Bolonha(2016), da Universidade de Buenos Aires (2011-2014), Medellín(2019), Messina (2019), Turim(2021), Perugia(2022) e Talca(2023); Professor Titular de Teoria do Estado da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo - Autarquia.

◦ Mestrando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC-SP. Advogado.

INTRODUÇÃO

em direção a uma nova visão do direito. O impacto desta nova leitura no Direito Constitucional se traduz em um alargamento da concepção tradicional, até então existente, onde somente os Estados se responsabilizam apenas pelos direitos de seus cidadãos (FACHIN, 2020, p.54).

Não apenas a ampliação do rol de direitos, mas também, o surgimento de novos mecanismos de defesa e a multiplicidade de atores envolvidos torna a atividade de defesa da pessoa humana complexa demais para ser tratada unicamente pelas constituições nacionais. Uma vez que o surgimento de novos atores compostos por uma variedade de Estados faz com que o monopólio do Estado na criação de normas seja fortemente mitigado, o que se acentua com a expansão da jurisprudência criativa também em âmbito internacional, há de se questionar a capacidade impositiva do Estado, através da Constituição, de elaboração de normas e do exercício de suas competências. Isto exige uma busca da redefinição daquilo que se concebe tradicionalmente como ordem jurídica estatal, o que alcança, também, a essência da constituição (LINS, 2021, p.187).

Neste sentido, surge nova leva de situações onde instâncias de diversos níveis, desde as locais até as internacionais, buscam soluções para problemas semelhantes de natureza tradicionalmente tida como constitucional.

Assim, o que se propõe, é revisitar o tema do diálogo entre cortes, ou seja, a utilização da: (a) jurisprudência derivada uma corte internacional por outras cortes internacionais; (b) jurisprudência derivada de uma corte internacional por cortes nacionais; (c) jurisprudência derivada de uma corte nacional por cortes internacionais e, também, da (d) utilização de jurisprudência derivada de uma corte nacional por outra corte nacional, de Estado diverso.

O objetivo desses expedientes é entender que não somente os tribunais passaram a trocar experiências sobre seu funcionamento administrativo⁸⁷ de modo a dar eficiência ao seu labor técnico, mas, também, esse processo vem se expandindo para o labor jurisprudencial, apontado o aumento da reciprocidade na utilização de tais decisões judiciais. Isso porque: “Na área dos direitos humanos, particularmente, há um constante processo de internacionalização; cada vez mais, regras, princípios e Standards são incorporados em instrumentos de Direito Internacional e conquistam caráter universal” (GARLICKI, 2008, P. 509-530).

As cortes, como instâncias interpretativas e coordenadoras desta variedade de normas passam a ter um papel central, pois decidem sobre a aplicação de princípios jurídicos, além de outras normas jurídicas, o que exige entender o meio como tais elementos são “adotados no que diz respeito a problemas jurídicos semelhantes em diversos lugares” (L'HEUREUX-DUBE, 1998.p. 2). Decidir sobre a aplicação de princípios e soluções legais, cada vez mais envolve a ponderação acerca da abordagem adotada em situações semelhantes ao redor do mundo.

MODELO HETERÁRQUICO DE ORGANIZAÇÃO DAS NORMAS JURÍDICAS

⁸⁷ É o caso da Conferência de Cortes Constitucionais Europeias (confcoconsteu.org), da Associação de Conselhos de Estado e Jurisdições Administrativas da União Europeia (juradmin.eu), dentre outros.

Não é nova a ideia de que o direito não evolui partindo de uma lógica hierárquica. Nesta linha, Gunter Teubner identificou as “constituições civis”, compostas por sujeitos públicos ou privados dotados de organizações influentes e que conseguem atravessar os limites do Estado (TEUBNER, 2006, p.27). Semelhante pensamento é o de Eugen Eirlich que identificou as “constituições materiais”, ou “leis vivas”, que exercem domínio local através da cultura e dos costumes em detrimento da Constituição formal (FEBBRAJO, 2016, p.84). Outro termo que encontra correspondência é o “direito suprapositivo”, adotado para interpretar o direito além do positivo (GOUVEIA, 2017, p.43-57).

Logo, entendemos que este ponto, já preconizado pelos autores citados, encontra correspondência nos instrumentos e atores da contemporaneidade, que além de encontrar os caminhos para uma nova leitura do direito, também desconstroem e substituem conceitos até então estabelecidos.

Neste processo de reconsideração, conceitos consagrados e amplamente adotados pela doutrina ocidental no início do século XX perdem protagonismo e sentido, e devem ser revistos ou superados na busca de novas construções, que compreendam de maneira devida os movimentos que abrangem a relação dos Estados com os valores universais do direito, e com os instrumentos do direito internacional, cada vez mais influentes.

Nesta linha, os conceitos de monismo e dualismo, apesar de ainda serem bastante difundidos na doutrina brasileira, não se encaixam nas necessidades que os tempos atuais demandam, uma vez que são muito ligados a um modelo hierárquico de direito, que não é compatível com as interações entre os direitos humanos e fundamentais. Além disso, focam-se num Direito Internacional de moldes westfalianos, em que os Estados seriam os únicos atores nesse cenário. O monismo e dualismo, destarte, são ainda muito presentes como mortos-vivos, presenças de outros tempos (VON BOGDANDY; FERRER MAC-GREGOR; ANTONIAZZI, 2010, p. 287), que não compreendem o status atual dos estudos constitucionais e internacionais, cuja complexidade não pode ser lida através de um viés hierárquico, pois a escolha prévia da norma prevalecente seria prejudicada (MAGALHÃES, 2015, p.65).

Neste ponto, Mattias Kumm (2006, p.04) afirma que o debate entre dualistas e monistas, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, se tornou distante da realidade que se desenha, dado que as cortes passam, como meio de enfrentamento e legitimação de suas próprias decisões, a elaborar doutrinas fundadas tanto no direito nacional quanto no direito internacional. Sobre o tema, Piza Escalante (1998, p.183), em uma passagem muito adequada, afirma:

“Isto mesmo, unido à natureza universal e indivisível dos direitos humanos, caracterizados precisamente por sua atribuição a todo o ser humano pelo simples fato de sê-lo, sem distinção de sexo, idade, cor, condição financeira, origem nacional ou social, nacionalidade ou nenhuma outra condição social, impõe definitivamente, a superação de toda a pretensão dualista para explicar a relação do Direito interno e o Direito Internacional. Porque, efetivamente, a coexistência de duas ordens jurídicas distintas sobre um mesmo objeto resulta logicamente impossível; com isto, vêm perdendo, por sua vez, todo o sentido, não apenas as clássicas alternativas ‘monismo’

e ‘dualismo’ na consideração das relações entre o Direito interno e o internacional, mas também a discussão sobre a prevalência de um ou outro, em caso de conflito, pelo menos no que se refere aos direitos humanos; com a consequência absolutamente obrigada de que, ou nesta matéria prevalece o Direito Internacional, ou em cada caso, aquele que melhor proteja e garanta ao ser humano, em aplicação, ademais, do princípio *pro homine* próprio do Direito dos Direitos Humanos”

Exige-se, assim, que se perceba que a interação entre o direito doméstico e o Direito Internacional não passa unicamente por problemas estruturais, mas, especialmente, por questões materiais ligadas à proteção da pessoa humana, pois, de acordo com Cançado Trindade (1999, p.45)⁸⁸:

“(…) no contexto da proteção dos direitos humanos a polêmica clássica entre monistas e dualistas revela-se baseada em falsas premissas e superada: verifica-se aqui uma interação entre o Direito Internacional e o direito interno, e os próprios tratados de direitos humanos significativamente consagram o critério da primazia da norma mais favorável aos seres humanos protegidos, seja ela norma de Direito Internacional ou de direito interno”.

Por seu turno, Cesar Landa (2006, p.118-119) também pontua, ainda que com uma visão teórica própria, que:

“Frente aos inconvenientes dogmáticos e práticos derivados das teses monistas e dualistas, a posição constitucional dos tratados vem assumindo uma opção mista, através da tese da coordenação. Esta última caracteriza o Direito Internacional como um direito de integração, sobre a base da responsabilidade internacional. Assim, em função da dita responsabilidade já não se postula a derrogação automática das normas internas, em caso de conflito com suas obrigações no plano internacional, mas sim sua harmonização fundamentada no *neojusnaturalismo* integrador.”

Significa dizer que o diálogo entre instituições, segundo uma dinâmica pluralista, e dos juízes, especificamente, funcionam como um instrumento importante para essa interação entre ordens jurídicas fundadas na proteção da pessoa humana, e que detém, assim, não somente a primazia da proteção, mas, também, fonte para a própria decisão jurídica no plano da legitimação. Além disto, tal dinâmica entre o internacional e o nacional e, de outro lado, entre o nacional e estrangeiro, não podem ficar reféns de leituras estruturais como as propostas pelas correntes monistas e dualistas.

⁸⁸Do mesmo autor, também: “*Las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno han sido enfocadas ad nauseam a la luz de la polémica clásica, estéril y ociosa, entre dualistas y monistas, erigida sobre falsas premisas. En la protección de sus derechos, el ser humano es sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, dotado en ambos de personalidad y capacidad jurídicas propias. Como se desprende de disposiciones expresas de los propios tratados de derechos humanos, y de la apertura del derecho constitucional contemporáneo a los derechos internacionalmente consagrados, no más cabe insistir en la primacía de las normas del derecho internacional o del derecho interno, por cuanto el primado es siempre de la norma –de origen internacional o interna– que mejor proteja los derechos humanos, de la norma más favorable a las víctimas. Constátase hoy, en efecto, la coincidencia de objetivos entre el derecho internacional y el derecho interno en cuanto a la protección de la persona humana, cabiendo, pues, desarrollar esta alentadora coincidencia hasta sus últimas consecuencias*”, (TRINDADE, 1997, p. 71) também, com alguma diferença,

Neste sentido, a doutrina tem sido pródiga em analisar contextos de normatividade com grau de complexidade expandida. Marcelo Neves (2014, p.198, 207 e 211) avança com a reflexão sobre a necessidade de se pensar o direito como uma “rede transversal construtiva”, envolvendo um entrelaçamento de ordens jurídicas em torno de um “mesmo problema constitucional”, implicando o “reconhecimento dos limites de observação de uma determinada ordem” por meio do diálogo, que não se reduz, unicamente, a um diálogo interjurisdicional, mas, também, como afirma em seus escritos sobre o transconstitucionalismo (NEVES, 2014, p.194), que:

“(…) surgem cada vez mais questões que poderão envolver instancias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais”.

Esta rede complexa e integrada por uma pluralidade de instituições e sistemas jurídicos, articula-se em diversos níveis normativos (FERRAJOLI, 2013, p.475), que, em nome do melhor interesse da pessoa humana, não vêm hierarquia entre si. O entrelaçamento de ordens não se resume à ordem jurídica de direito estatal, mas também às ordens jurídicas extraestatais, como aquelas referidas a comunidades tradicionais e a produção normativa e aplicação desse direito na sua diversidade (NEVES, 2014, p.201). Isso também pode ser visto, de outra banda, no plano jurídico nacional, ao se falar da abertura material dos direitos fundamentais aos direitos humanos. Rene Uruena (2013, p 303-305) alude a um termo, um tanto quanto veiculado, da “proteção multinível dos direitos humanos”. Significa isso que estamos a falar, com Alex Amado Rivadeneyra (2011, p.73), em uma necessária *interação* de ordens jurídicas nacionais e internacionais fundadas no princípio de subsidiariedade ou complementaridade (ROCA; FERNANDEZ; SANTOLAYA; CANOSA, 2012 p. 70)⁸⁹

Neste sentido, cabe anotar que ler as normas de direitos humanos sob um ângulo heterárquico não implica em descaracterizar por completo a soberania dos Estados, que seguem sendo os titulares das decisões e os primeiros que devem agir. O que ocorre, porém, é que os Estados não podem utilizar de sua soberania como se não fizessem parte de uma comunidade internacional. Assim, a soberania é reduzida por pressões externas e pela presença de entidades supranacionais, desta forma, a lógica predominante é mais móvel e se orienta a partir de normas produzidas por horizontes multiculturais. Os territórios, agora habitados por organizações transnacionais, observam que suas fronteiras são inadequadas e insuficientes para delimitar um controle eficiente em nível transnacional (FEBBRAJO, 2016, p.78).

Esta complexa rede de relações que os Estados compõem, implica na supremacia de princípios que são pacíficos entre eles e as demais entidades que compõem a comunidade internacional. É do consenso entre as normas internas, constitucionais e internacionais que se

⁸⁹ Sobre o tema voltarei em outro capítulo.

extrai aquilo que, em um modelo heterárquico, prevalece quando da decisão em uma situação onde se coloca em conflito a gama de normas em todos os níveis que envolvem os direitos humanos. Aplicado a um sistema em rede que não se pauta por hierarquias, prevalecem os mecanismos de melhor defesa da pessoa humana, independente do alcance aparente numa lógica hierárquica (HENDERSON, 2004, p.88).

CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL

Reconhecendo-se um modelo heterárquico, temos elementos que nos levam a considerar outro modelo constitucional, e nesta linha, se pode encontrar aquilo que a doutrina chama de Constitucionalismo Multinível, que nada mais é senão o redesenho institucional-constitucional (FACHIN, 2020, p.59) em uma via de mão dupla que não se guia de cima para baixo (VON BOGDANDY; VENZKE, 2016)

Ingolf Pernice (2014, p.17) desenvolve o conceito de Constitucionalismo Multinível a partir da experiência europeia, onde houve um processo de organização de poderes em diversos níveis de competência e atuação, que possuem efeitos desde a perspectiva dos indivíduos, que como membros da comunidade local, regional, nacional, europeia e global, têm sua vida afetada pelas ações das instituições titulares dos poderes em todos os níveis.

Ainda assim, é importante que não se confunda o modelo multinível da comunidade europeia com uma superestrutura estatal, uma vez que as ações de cada um dos níveis se orientam de acordo com o interesse dos cidadãos europeus (DE SOUSA LINS; MOREIRA; GURGEL, 2021. p.190). Na mesma linha, o Constitucionalismo Multinível desenvolve-se com o surgimento de novas estruturas de governo de maneira complementar às já existentes, e não de maneira excludente ((DE SOUSA LINS; MOREIRA; GURGEL, 2021. p.190).

Em razão do olhar mais amplo de interações entre ordens jurídicas, o modelo multinível enseja, também, maior desenvolvimento institucional, através de ferramentas que, assim como as cláusulas de abertura existentes nas constituições a funcionar como elo entre o direito interno e o direito internacional, viabilizem a interação entre as instituições em cada nível (ROCHA, 2021, p.140).

Este novo formato constitucional, que adota um sistema heterárquico, exige não apenas o reconhecimento de todos os níveis que compõem o mesmo sistema, como também maior articulação entre eles, partindo principalmente daquele que exerce poder e controle constitucional internamente nos Estados.

Esta articulação tem como um dos principais meios o diálogo entre os diferentes planos protetivos para a realização dos direitos humanos, o que demanda a relação entre sistemas constitucionais, e destes com o Direito Internacional dos direitos humanos (ROCHA, 2021, p.154).

Este processo de integração de ordens jurídicas exige que sua utilização seja organizada, a partir de fórmulas racionais. Os juízes, nesse ambiente, são as autoridades mais habilitadas para implementar esse processo de convergência normativa, especialmente, em matéria de direitos da pessoa humana. É o que Anne-Marie Slaughter (SLAUGHTER, 2003, p.199) afirma, citando a juíza da Suprema Corte Americana Ruth Ginsburg, pois, em “matéria de direitos humanos(...) as experiências de uma nação ou região devem inspirar ou informar outras nações ou regiões”.

Cançado Trindade (2006, p.58-59), sobre esse tema, também afirma:

“Assim como decisões judiciais de tribunais internacionais podem clarificar certas questões de direito interno, decisões judiciais de tribunais nacionais podem igualmente trazer uma importante contribuição ao discorrerem acerca de questões de direito internacional”.

Quer-se dizer que esse entrelaçamento pode se dar em uma variedade de planos: culturais, econômicos, políticos, etc. e que, em âmbito jurídico, podem ser também variados os campos de análise: normativos, doutrinários ou jurisprudenciais. Deve-se adotar uma leitura horizontal, em que redes normativas são formadas, fundando um processo de alimentação recíproca de ordens jurídicas, além de se perceber que há outros atores que disputam o cenário nacional e internacional com os tradicionalmente conhecidos. Enfrentar tal complexidade com leituras meramente hierarquizadas para o relacionamento entre ordens jurídicas empobrece o processo exageradamente (WALKER, 2003, p.04)⁹⁰

Esta leitura não consiste em uma tentativa de se revolucionar o modelo constitucional vigente em prol do estabelecimento de um novíssimo e subversivo modelo multinível. Os mecanismos para um diálogo que promova um modelo multinível já se encontram presentes na grande maioria das constituições das democracias ocidentais. Além das já citadas cláusulas de abertura, instituições de caráter constitucional, como as cortes superiores dos Estados, possuem competências capazes de promover e adotar um amplo diálogo entre cortes.

A INTERAÇÃO DE ORDENS JURÍDICAS PARA A PROTEÇÃO DE DIREITOS DA PESSOA HUMANA: O CASO LATINO-AMERICANO

A proteção da pessoa humana, desde há muito, deixou de ser prerrogativa dos estados nacionais em seu plano doméstico para avançar para o Direito Internacional dos direitos humanos e, conseqüentemente, para as instituições internacionais existentes. A abertura

⁹⁰“(...)states are no longer the sole locus of constitutional authority, but are now joined by other sites, or putative sites of constitutional authority, most proeminently (though by no means exclusively) and most relevantly for present purposes those situated at the supra-state level, and the relationship between state and non-state sites are better viewed as heterarchical rather than hierarchical”.

constitucional ao Direito Internacional dos direitos humanos foi o primeiro passo para essa caminhada.

O modo como os tratados de direitos humanos são referidos pelas constituições latino-americanas também passa por um processo de aproximação, pois outro tema que aparece no constitucionalismo dos países latino americanos desde a década de 1980 é a abertura constitucional para o Direito Internacional dos direitos humanos e por isso existe um novo status no Direito Constitucional da região fruto da onda de democracia e de centralização da pessoa humana, nos sistemas constitucionais, como fonte e destinatários de proteção.

As diferentes constituições regionais, através das cláusulas de abertura, tratam do Direito Internacional dos direitos humanos, especialmente do processo de relacionamento com o direito interno, de maneira diferente.

A Constituição Argentina, desde a reforma de 1994, inscreveu em seu texto novidades generosas. Primeiro, o artigo 75, inciso 22⁹¹, afirma que os tratados internacionais têm hierarquia suprallegal, ou superior às leis e, ademais, deu hierarquia constitucional a alguns tratados expressamente, sujeitando, inclusive, sua denúncia a aprovação por dois terços dos membros das Câmaras do Congresso Nacional.

A constituição venezuelana, de 1999, trouxe, em seu artigo 23⁹² disposição que atribui hierarquia constitucional aos tratados, pactos e convenções de direitos humanos e, ademais,

⁹¹ *Artículo 75.- Corresponde al Congreso: 22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.*

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

⁹² *Artículo 23 Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas en esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.*

que prevalecem sobre o direito interno se forem mais favoráveis à pessoa humana que as disposições da Constituição e leis nacionais, desde que ratificados.

Na Colômbia, a Constituição de 1991, em seu artigo 93⁹³, acentua que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Poder Legislativo nacional “que proíbem sua limitação nos estados de exceção, prevalecem na ordem interna”. Ademais, aponta que os direitos e deveres fundamentais previstos na Constituição “se interpretarão em conformidade com os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pela Colômbia”.

No México, desde a reforma de 2011, a qual alterou o artigo 1º da Constituição⁹⁴, afirma-se que o princípio *propersona* regula a relação entre tratados internacionais e direito interno.

Por fim, no Brasil, após 2004, com a Emenda Constitucional 45, se incluiu na Constituição um parágrafo 3º. ao artigo 5º⁹⁵, em que se instituiu procedimento para que alguns obtenham formalmente hierarquia constitucional, assemelhando-se ao processo de reforma constitucional.⁹⁶ Deste ponto, se inicia um novo debate sobre normas formal e materialmente constitucionais ou unicamente materialmente constitucionais (PIOVESAN, 2011, p.135).

Assim, as constituições são parte de um novo ciclo que transforma o tratamento dos direitos humanos, um movimento regional, que permite contemplar um novo ambiente internacional para tais direitos. Por um lado, tratam de forma generosa dos tratados internacionais de direitos humanos, nos textos constitucionais. Por outro, promove-se, em âmbito regional internacional, um processo de ratificação intensa da Convenção Americana de Direitos Humanos pelos estados nacionais⁹⁷, abrindo-se este espaço que se denomina Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Por outro lado, se avançou na necessidade de que não somente os textos internacionais, mas a jurisprudência internacional e comparada passasse a ser fonte de análise por juristas e juízes, principalmente. Em alguns casos, como Argentina, Chile e Colômbia,

⁹³ ARTICULO 93. *Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*

⁹⁴ Artículo 1o. *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.*

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia

⁹⁵ Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

⁹⁶ Sobre a inconstitucionalidade da emenda, ao estabelecer um processo de atribuição de hierarquia constitucional mais exigente que a própria reforma da Constituição, ver Luiz Guilherme Conci (2013, p.59-60).

⁹⁷ Ratificaram a Convenção Americana de Direitos Humanos: Argentina (1984); Brasil (1992); Chile (1990); Colômbia (1973); México (1981); Peru (1978); Uruguai (1985), dentre outros.

avançou a questão de modo satisfatório. Já nos casos de Brasil e Uruguai, tal processo se fez mais lento. Sobre os últimos, muito se fez em trabalhar, equivocadamente, o Direito Internacional a partir do direito nacional. O Poder Judiciário, seguidamente, deu interpretação fundada no direito doméstico aos tratados internacionais, desprezando a jurisprudência internacional.

No caso brasileiro, conforma retrata André de Carvalho Ramos (2012, p.511), pode-se ver tal processo a partir de um movimento que se nega a internalizar tal jurisprudência, afirmando:

“No Brasil, essa modalidade fez surgir uma nova espécie de norma: os tratados internacionais nacionais. O modo de criação dessa espécie tipicamente brasileira é o seguinte: o Brasil ratifica tratados e reconhece a jurisdição de órgãos internacionais encarregados de interpretá-los; porém, subsequentemente, o Judiciário nacional continua a interpretar tais tratados nacionalmente, sem qualquer remissão ou lembrança da jurisprudência dos órgãos internacionais que os interpretam.”

Significa, assim, que o processo de “integração por via dos direitos humanos” depende de dois processos, que devem ocorrer concomitantemente, mas que, na verdade, podem se distanciar. O primeiro, diz respeito, como se viu, à assinatura e ratificação dos tratados internacionais. O segundo, tão ou mais importante, que diz respeito à devida adaptação do direito doméstico ao direito internacional, passa, primeiro, pela necessidade de alteração de leis, atos administrativos e, em algum modo, a própria Constituição. Mas, ainda neste, exige-se que não somente os textos dos tratados, mas a jurisprudência produzida pelos órgãos internacionais seja também adotada e, aí, o tema do diálogo recobra forças.

A ocorrência da mera integração via tratados internacionais sem uma integração por via jurisprudência exige um intercâmbio entre as autoridades que procedem a decisão no plano doméstico, que devem se utilizar da jurisprudência de tribunais internacionais ou mesmo de órgãos quase judiciais. E essa deve ser, no plano ideal, uma via de mão dupla, em que os tribunais internacionais também levem em conta, nas suas decisões, o modo como tais questões vêm sendo tratadas em âmbito doméstico, pelos respectivos tribunais.

O que se pretende deixar claro é que ordens jurídicas comunicantes, em matéria de direitos humanos, especialmente, exigem que as autoridades responsáveis pela aplicação do direito troquem experiências jurisprudenciais, pois, fazem parte de um sistema jurídico que se comunica reciprocamente. Esse processo, conforme descrito, também deve envolver a relação entre os tribunais de estados nacionais diversos, o que definimos como uso da jurisprudência estrangeira.

Ruth Ginsburg e Deborah Jones Merrit (1999, p. 253-271) provocaram a questão em uma reflexão bastante apropriada, dizendo que na “área dos direitos humanos, a experiência de uma nação ou região deve informar ou inspirar outras regiões ou nações”.

O necessário diálogo entre cortes serve para alimentar qualitativamente a jurisprudência constitucional. Isso é ainda mais importante tendo em vista que se tratar de um quadrante da jurisdição excessivamente preocupado com as consequências de suas decisões. É neste ponto que se torna necessária a superação das clássicas visões de monismo e dualismo, conforme elaborado anteriormente.

A CONCEITUAR DIÁLOGO EM UMA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL

A utilização do termo diálogo gera uma porção de dúvidas. O que mera referência a decisões de outras ordens jurídicas (nacionais ou internacionais) permite dizer de um diálogo jurisprudencial? Quais os elementos que devem existir para se falar em um diálogo conceitualmente adequado?

Essas interrogações, à primeira vista simples, são mais profundas e exigentes no que se refere à sua fundamentação. Outra questão que desponta nesses momentos diz respeito ao porquê de se dialogar. E, neste diapasão, perquirir se o diálogo exige confirmação do que decidido por outros tribunais ou se pode, de outra banda, admitir o uso da tal jurisprudência para estabelecer uma contrariedade. Esta interação entre os tribunais pode ocorrer de modos bastante diversos, conforme a disposição de abrir seu processo decisório para o cenário internacional (ou estrangeiro⁹⁸) e com decisões advindas de outros tribunais alimentar o processo construtivo de decisões praticadas por juízes que devem se dispor, por conseguinte, a absorver conteúdos proferidos por outros juízes.

Neste ponto, vale dizer que tal interação, ou diálogo, pode ocorrer em ambiente intra-sistemático, caso de juízes nacionais e internacionais inseridos em um sistema internacional de proteção de direitos, caso, por exemplo, dos juízes nacionais dos estados-parte do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos e os da Corte Interamericana. E também, em ambiente extra sistemático, quando juízes que não se vinculam em algum sistema, fazem uso de jurisprudência de outros tribunais de estados nacionais diversos, tribunais internacionais de outros sistemas de proteção ou mesmo, juízes de tribunais internacionais diversos, ou seja, de variados sistemas de proteção⁹⁹.

Quando está se falar de tal diálogo entre juízes, não se pode negar que alguma interação existe em âmbito doméstico. Mas, neste sentido, está fundada em uma relação hierárquica, em que decisões de tribunais superiores se impõem sobre decisões de tribunais inferiores na estrutura hierarquizada do Poder Judiciário. Não se trata disto quando estamos a

⁹⁸ Essa nomenclatura, no presente texto, serve para separar os tribunais internacionais dos tribunais de outros estados nacionais (estrangeiros). A nomenclatura é facilitadora mas ao mesmo tempo problemática ao nível conceitual, como sabido.

⁹⁹ Como se percebe, o conceito de diálogo entre cortes, aqui, não está limitado a regiões ou ao pertencimento ao mesmo sistema. Em sentido oposto, ver Paola Andrea Acosta Alvarado, (2015)

falar sobre diálogo entre cortes. Não concebemos essa interação como diálogo¹⁰⁰, pois, a nosso sentir, o diálogo não pode se estabelecer em ambientes gravados pela hierarquia. Trata-se, unicamente, de um sistema de precedentes.

Aqui vale uma reflexão importante. Percebe-se por que razão limitar o diálogo entre juízes ao que denominamos espaço judicial “intra-sistemático” se faz equívoco, pois confunde-se o seguimento de precedentes ao diálogo. Limitar o diálogo entre juízes, por exemplo, aos juízes dos estados nacionais que são parte do sistema interamericano e os da Corte Interamericana expõe este problema. Primeiro, porque não existe diálogo entre juízes nos casos em que determinado estado-parte tenha sido condenado, pois se está a falar em cumprimento de decisão internacional e não em diálogo entre juízes. Por outro lado, nos casos em que a jurisprudência deve ser aplicada mediante intermediação entre juízes do sistema interamericano e juízes nacionais a partir de jurisprudência não derivada de condenação dos estados nacionais dos quais são parte de sua estrutura judiciária, o espaço discricionário destes juízes lhes dá um espectro decisório com alguma largueza. Esta discricionariedade, ainda que menor que no caso de diálogo com tribunais de estados estrangeiros ou mesmo de tribunais internacionais de sistemas dos quais seus respectivos estados nacionais não são parte, é o elemento central para entender o conceito de diálogo entre cortes, a nosso sentir. Mesmo no caso desta comunicação jurisprudencial entre tribunais internacionais variados, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal de Direitos Humanos, deve-se entender ser este um diálogo, ainda que débil, pois se faz de modo direto entre “ambos sujeitos principais e que se encaminha a tentar alcançar soluções compatíveis como consequência da obrigatória deferência por outra instituição que realiza as mesmas funções” (GARCIA, FERNANDEZ, SANTOLAYA, 2012, p.98).

Quando observamos a interação entre juízes no campo jurisprudencial, a primeira fórmula que poderia ser referida, mas que não acredito ser um efetivo diálogo, seria a ausência de diálogo. Esse fenômeno hoje é quase inexistente no constitucionalismo ocidental, pois os tribunais, de alguma forma, conhecem o que decidem outros que não no mesmo território. Estariam inseridos nesse rol também os tribunais que se negassem a dialogar com a jurisprudência internacional ou comparada, mas, apesar disso, fizessem referência a tratados internacionais em seus julgados. Isso porque não se está a tratar de um diálogo com o Direito Internacional ou comparado, mas com outros tribunais. Sendo assim, podemos, inicialmente, dividir a disposição dos tribunais em três grupos. Os tribunais abertos ao diálogo; os tribunais que dialogam moderadamente; e os tribunais reticentes ao diálogo¹⁰¹.

¹⁰⁰ No mesmo sentido, Gonzalo Aguiar Cavallo (2015, p.154)

¹⁰¹ No que se refere ao relacionamento entre juízes, pode-se também estipular graus diferentes de interação, como dos “juízes que rechaçam”, que “conhecem, mas não se utilizam”, os que “somente mencionam” e os que “utilizam corretamente o direito estrangeiro e a comparação”, cf. (DE VERGOTTINI, 2010, p.36-37). Há uma outra classificação interessante em Sabrina Ragone (2011),

Os primeiros seriam aqueles que veem na jurisprudência de outros tribunais, tanto nacionais quanto internacionais, significante material para o processo de fundamentação de suas decisões, percebendo em tais julgados importante sede para obtenção de suporte para fundamentação de suas decisões e para sua legitimação. Seriam aqueles tribunais que percebem que em um mundo onde os problemas de determinados estados, e seus respectivos tribunais, são idênticos ou parecidos com os de outros, importa conhecer como esses outros tribunais decidem para fundamentar suas decisões. Penso ser um exemplo do que se afirma a experiência da Suprema Corte Argentina que, em uma variedade de situações afirmou que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), ainda que em processos em que a Argentina não fosse parte, são importantes, são conteúdo exigido para o seu processo decisório. No caso *Símón*¹⁰², em dos que discutiu a questão da anistia, cita a Suprema decisão proferida pela Corte IDH cujo seguimento é exigido por fazer aquele Estado parte do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos, ademais de que tal Convenção tem hierarquia constitucional segundo o artigo 75.22 da Constituição Argentina.

Os segundos seriam aqueles que, apesar de perceberem a jurisprudência alheia como importantes elementos, não têm o costume de utilizá-la corriqueiramente ou entendem que se trata de material sem importância, pois têm o seu espaço decisório baseado no direito doméstico e o que está para além dele seria de pouca importância. É o caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro que, apesar de fazer uso da jurisprudência da Corte IDH em uma variedade de casos (CONCI, GERBER, 2016, p.240), faz uso esporádico e sem que, com isso, estabeleça o poder vinculante das decisões da Corte IDH ou que, ao menos, estabeleça alguma diferença entre as referidas decisões e outras tomadas por outros tribunais nacionais, a respeito dos quais, aliás, faz uso mais constante de decisões da Suprema Corte Norte-Americana ou do Tribunal Constitucional Federal alemão que, em comparação, da própria Corte IDH.

Os últimos seriam aqueles que se posicionam de forma muito receosa quanto aos impactos dessa jurisprudência em seus julgados, de forma a não a terem como elementos importantes no processo de legitimação de suas decisões, pouco a utilizarem e, mesmo assim, não ter essa jurisprudência verdadeira importância nos resultados alcançados. Essa é a leitura da realidade norte-americana, especialmente (SLAUGHTER, 2005, p.278-279).

Verifica-se desta forma que a importância outorgada à jurisprudência internacional e/ou comparada é oportuna para esta análise. Na medida em que são utilizadas pelos tribunais nacionais, importa saber como esta interação entre cortes ocorre, significa dizer, qual é o papel destas sentenças internacionais ou comparadas nas decisões ditadas. Subdivide-se esta interação em três grupos: o primeiro, da subordinação; o segundo da interação aberta; e o último da *bricolagem* (colagem sem método).

¹⁰² Corte Suprema da Nação Argentina, 14 de junho de 2005.

A subordinação entre tribunais ocorre quando um destes observa o outro como um norte a seguir em matéria de decisões, seguindo sua jurisprudência de forma incontestada. Não se dispõe a contestar os argumentos ou a coerência de sua utilização. Somente tem como persuasivo a ascendência técnica ou intelectual do tribunal de onde se originam as decisões.

A interação aberta é outra forma de diálogo. Os tribunais trocam experiências, observando o modo de agir do outro, a forma como observam o tratamento de temas que são objetos de suas decisões, para construir um processo de fundamentação em rede. Este tipo de processo vem ocorrendo na América Latina como uma interação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os tribunais da Colômbia, México, Costa Rica e Argentina principalmente.

O último grupo é o da *bricolagem*. As referências de outros tribunais ocorrem sem adaptação alguma na fundamentação dos argumentos, são meras referências que operam no campo numérico (mais referências, mais investigação e conhecimento), mas que servem, ao final, como meros apoios unilaterais ao que se pretende decidir. As vezes, inclusive, não são necessários, estão equivocados ou superados pelos tribunais de origem. Neste sentido, *bricolagem* se pode compreender como (BASTOS JÚNIOR, 2007, p.265):

“por meio do qual o intérprete, a partir de uma atitude de abertura e pré-disposição a identificar fontes normativas que auxiliem o processo de tomada de decisão, recorre a experiências estrangeiras de maneira mais ou menos aleatória (1999, p. 1237).¹⁴ Neste último enfoque, o magistrado desenvolve o trabalho de “oferecer razões” como um bricoleur. Segundo o autor, o “feito” do uso de experiências estrangeiras pelo magistrado evidencia, ao mesmo tempo, que se encontra em marcha um processo de mudança na cultura jurídica nacional sobre esta temática (Tusgnnet, 1999, p. 1304) e que ele se reconhece como revestido de uma função ativa (participante) no processo de construção judicial.”

Finalmente, o diálogo pode ser estabelecido a partir da aceitação dos fundamentos das decisões internacionais ou comparadas (diálogo positivo) ou por sua eliminação (diálogo negativo).

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O DIÁLOGO ENTRE CORTES: DUAS FACES DA MESMA MOEDA CHAMADA PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA

O relacionamento entre Direito Internacional dos direitos humanos e direito interno exige que esse processo se concretize não somente a partir de critérios normativos, mas também por critérios hermenêuticos.

Nesse sentido, os princípios *pacta sunt servanda* (TRINDADE, 2003, p.551-552), efeito útil e, especialmente, o princípio *pro persona*, devem indicar essa aproximação, tendo

em vista que não se está a falar em uma relação de supranacionalidade, mas de intersecção entre ordens jurídicas.

O princípio *pro-persona* consiste no estabelecimento do ser-humano no centro das discussões, buscando-se o afastamento do sujeito abstrato da modernidade jurídica, foca-se nas vítimas das mazelas de uma sociedade moderna, que muitas vezes se viram à margem do debate jurídico (FACHIN, 2020, p.56). No plano material, é o princípio *pro persona* que mobiliza o processo decisório. A respeito dele Monica Pinto (1997, p.163)¹⁰³ afirma:

“O princípio *pro homine* é um criterio hermenêutico que informa todo o direito dos direitos humanos, em virtude do qual deve adotar a norma mais ampla, ou a interpretação mais extensiva, quando se trata de reconhecer direitos protegidos e, inversamente, a norma ou a interpretação mais restritiva quando se trata de estabelecer restrições permanentes ao exercício dos direitos ou sua suspensão extraordinária.”

O princípio *propersona* impõe-se, pois na intersecção entre ordens jurídicas é a norma mais protetiva ao indivíduo, se a nacional ou a internacional, devendo prevalecer aquela que for mais expansiva, independentemente do *status* hierárquico interno que adquirem tratados internacionais de direitos humanos (TRINDADE, 1999, p.435).

Trata-se de norma jurídica que decorre do artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, no que diz respeito tanto ao conflito de interpretações que pode decorrer dos tratados e instrumentos internacionais¹⁰⁴, sejam do sistema regional ou do sistema global de proteção de direitos humanos, sejam dos tratados ou instrumentos e dos direitos fundamentais previstos nacionalmente, nos estados partes do sistema interamericano de proteção de direitos humanos¹⁰⁵.

¹⁰³ Também Rodolfo Escalante (1998, p. 183): “Esto mismo, unido a la naturaleza universal e indivisible de los derechos humanos, caracterizados precisamente por su atribución a todo ser humano por el sólo hecho de serlo, sin distinción de sexo, edad, color, riqueza, origen nacional o social, nacionalidad o ninguna otra condición social, impone definitivamente la superación de toda pretensión dualista para explicar la relación entre el Derecho interno y el Derecho Internacional. Porque, efectivamente, la coexistencia de dos órdenes jurídicos distintos sobre un mismo objeto resulta lógicamente imposible; con lo cual va perdiendo a su vez, todo sentido, no sólo la clásica alternativa ‘monismo’ y ‘dualismo’ en la consideración de las relaciones entre el Derecho interno y el Internacional, sino incluso la discusión sobre la prevalencia de uno u otro, en caso de conflicto, por lo menos en lo que se refiere a los derechos humanos; con la consecuencia absolutamente obligada de que, o en esta materia prevalece el Derecho Internacional, o bien, como debe, a mi juicio, decirse mejor, en realidad no prevalece ni uno ni otro, sino, en cada caso, aquél que mejor proteja y garantice al ser humano, en aplicación, además, del ‘principio pro homine’ propio del Derecho de los Derechos Humanos”.

¹⁰⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. La colegiación obligatoria de periodistas (arts. 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC/5, 13 de noviembre de 1985, par. 52: “En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce”.

¹⁰⁵ “Artigo 29 - Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias

No plano doméstico, faz-se necessária uma análise aprofundada de conteúdo do que decidiram os órgãos judiciais ou quase judiciais no plano internacional, para a composição do que denominamos bloco de convencionalidade. Dessa forma, o controle de convencionalidade é o instrumento para a implementação do princípio pro persona e o diálogo entre cortes o elemento que alimenta esse processo.

O mesmo é de se esperar das cortes internacionais. Que conheçam a jurisprudência dos estados que a ela se submetem e dela façam uso como peça fundamental de seus julgados.

Trata-se de um diálogo crítico, que, conforme Victor Bazán (2011):

“No fundo, e como se adiantava, a cooperação entre os tribunais internos e os tribunais internacionais não aponta para uma relação de hierarquização formalizada entre estes e aqueles, mas sim a trazer uma *vinculação de cooperação na interpretação pro homine dos direitos humanos*”

Ainda que limitado ao ambiente interamericano, ABRAMOVICH, BOVINO e COURTIS (2007, p. VI-VII) apontam que:

“Sem embargos, em um plano geral de discussão, ele não nos impede de advertir a conveniência de que se aprofunda um *diálogo jurisprudencial* entre a Corte IDH e os respectivos órgãos de encerramento da jurisdição constitucional dos Estados que compõem o sistema interamericano, ao final de que aquela tenha presentes as observações ou discordâncias que os mesmos formulem aos critérios jurisprudenciais trazidos pelo Tribunal interamericano para auxiliar a melhora de seus trabalhos jurisdicionais. Naturalmente, tudo aquilo que possa otimizar o modelo protetivo dos direitos fundamentais sobre a base de um adequado funcionamento das peças que o compõem, precisamente para fazer mais efetiva e eficiente a proteção daqueles em nossa região”.

Em muitos casos a prevalência de algumas normas sobre outras depende de um exame acurado da normatividade nacional e internacional. Isso ocorre porque caso a proteção a um direito seja mais efetiva em âmbito nacional, esta deve prevalecer, ainda que existam precedentes internacionais ou normas jurídicas derivadas de tratados ou outros instrumentos internacionais¹⁰⁶. Por outro lado, caso as cortes, ou mesmo um juiz nacional, esteja a decidir um caso em que se analisa a proteção de um direito em âmbito nacional, se dá de modo mais eficiente que aquele derivado de algum sistema internacional de proteção de direitos humanos, ela deve se abster de declarar inconvencional o ato nacional em análise.

que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

¹⁰⁶ Nesse sentido, Sérgio García Ramírez (2011, p. 139): “...corresponde aclarar – como se ha hecho em otro lugar de este trabajo – que las interpretaciones del tribunal interamericano pueden verse superadas por actos – instrumentos internacionales, disposiciones nacionales, actos de jurisdicción interna – que reconozcan a los individuos mayores o mejores derechos y libertades. El derecho internacional de los derechos humanos es el ‘piso’ de los derechos, no el ‘techo’. Esta conclusión, que deriva inmediatamente del principio pro homine, tiene soporte en las normas de interpretación contenidas en el artículo 29 de la Convención Americana”.

CONCLUSÃO

Esse paradigma se constrói por sobre a perspectiva de que é a pessoa humana, e não o Estado-parte, quem suporta como fundamento e para onde confluem como destinatários os objetivos de tutela do Direito Internacional dos direitos humanos¹⁰⁷ e, nesse sentido, sendo a tutela das liberdades dos indivíduos o fim último de qualquer sistema jurídico. Importa mais o *como* se protege, a intensidade da proteção, do que o *locus* ou a fonte de onde deriva a proteção. O princípio *pro persona* exige que se interpretem os direitos humanos de modo mais extensivo, quando a se falar em proteção, participação ou provisão, e, de outro lado, de modo mais restritivo, quando se trate de eventuais restrições a direitos. Monica Pinto afirma que “este princípio coincide com o traço fundamental do direito dos direitos humanos, isto é, estar sempre a favor do homem.”

Esse posicionamento, como se vê, respeita a perspectiva de que inexistente relação vertical entre tribunais internacionais ou órgãos quase judiciais e os tribunais nacionais, pois parte do pressuposto de que não existe supremacia hierárquica automática das decisões tomadas em detrimento daquelas nacionais¹⁰⁸. Trata-se também de um modo outro de se rotular a questão da limitação ou alteração da soberania do Estado, pois não há que se falar em soberania quando o centro do sistema protetivo está no indivíduo e não no próprio Estado. Não há soberania bastante para proteger com déficit os direitos fundamentais ou humanos da pessoa humana (LANDA, 2010, p.77)¹⁰⁹

¹⁰⁷ A Corte IDH desde há muito assim decidiu em Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982: "los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado, como frente a los otros contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción". También apuntando essa mudança de perspectiva, Eduardo MacGregor (2010, p. 159).

¹⁰⁸ Tal qual decidido pelo Tribunal Constitucional do Peru no caso EXP. N2730-2006-PA/CT — 21 de julho de 2006 - Caso De Arturo Castillo Chirinos: “15. Lo expuesto, desde luego, no alude a una relación de jerarquización formalizada entre los tribunales internaciones de derechos humanos y los tribunales internos, sino a una relación de cooperación en la interpretación pro homine de los derechos fundamentales. No puede olvidarse que el artículo 29.b de la Convención proscribiera a todo tribunal, incluyendo a la propia Corte, “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados. Ello significa, por ejemplo, que los derechos reconocidos en el ordenamiento interno y la interpretación optimizadora que de ellos realice la jurisprudencia de este Tribunal, también es observada por la Corte”.

¹⁰⁹ Nesse sentido, também, El deber de garantía del derecho a la salud a través de la prestación de servicios de salud. Extracto de la Sentencia de la Corte Constitucional, Colombia, 5 de junio de 2008, in Revista Diálogos Jurisprudenciales, Núm. 7 Julio-Diciembre de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, México, 2010, p. 117: “Abarca, también, la posibilidad de complementar las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico interno a favor de los derechos constitucionales con aquellas previstas en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos. Lo anterior supone, desde luego, la aplicación del principio pro homine, esto es, las normas han de complementarse de manera tal, que siempre se

Aqui devem ser feitas duas ponderações. A primeira, que isso se aplica em sistemas onde não existe a regra da supranacionalidade, como na União Europeia. A segunda, diz respeito a se retirar desse processo de diálogo eventuais condenações a estados nacionais. Uma condenação se funda na responsabilidade jurídica assumida pelo estado que implica, ademais, cumprir decisões de órgãos habilitados para tanto, daí porque a denúncia a tratados é a fórmula adequada para que tal submissão deixe de ocorrer em casos futuros, a cujo tempo o estado não esteve sob a jurisdições de tais órgãos.

Nesse sentido, a Corte IDH afirma que:

“[1]a Convenção Americana, ademais de outros tratados de direitos humanos, busca, a *contrario sensu*, ter no direito interno dos Estados Parte o efeito de aperfeiçoá-lo, para maximizar a proteção dos direitos consagrados, acarretando, neste propósito, sempre que necessário, na revisão ou revogação de leis nacionais [...] que não se conformem com seus Standards de proteção.”¹¹⁰

A prudência entre os atores envolvidos e a abertura a um diálogo constante são os meios de resolução do relacionamento que, em alguns momentos, pode se tornar conflitivo.

BIBLIOGRAFIA

ABRAMOVICH, Víctor. Introducción: Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino. *In*: ABRAMOVICH, Víctor; BOVINO, Alberto; COURTIS, Christian (org.). La aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local: la experiencia de una década. Buenos Aires: CELS - Canadian International Development Agency. Editores del Puerto, 2007.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. El diálogo judicial interamericano, un camino de doble vía hacia la protección efectiva. (MEZZETTI, CONCI, 2015) *In*: MEZZETTI Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo Entre as Cortes: a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação de ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília: OAB, Conselho Federal. 2015.

BASTOS JÚNIOR, Luiz Magno. [Utilización del Derecho Constitucional comparado en la interpretación constitucional: nuevos retos a la teoría constitucional](#). *In*: Revista del Centro de Estudios Constitucionales. n.º. 2, ano 5, p 251-274, 2007.

amplie la protección prevista en el orden jurídico interno y no se disminuya. En el evento en que la norma que se desprende del Tratado internacional sea más restrictiva, se aplicará de preferencia la norma de derecho interno. Por otro lado, en virtud de lo dispuesto por el artículo 94 superior, así como de lo consignado en el artículo 44 de la Constitución Nacional —sobre los derechos de los niños y de las niñas— la obligación de interpretar los derechos constitucionales de conformidad con lo dispuesto en los Pactos internacionales sobre Derechos Humanos aprobados por Colombia contiene, de igual modo, la posibilidad de adicionar el ordenamiento jurídico interno con nuevos derechos siempre, claro está, bajo aplicación del principio *pro homine* mencionado atrás”.

¹¹⁰ Corte IDH: Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, par. 14.

BASTOS JR., Luis Magno; LOIS, Caballero. Pluralismo constitucional e espaços transnacionais. *In*: SILVA, Artur Stamford da. (Org.). O judiciário e o discurso dos direitos humanos. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2011.

BAZAN, Víctor. Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cortes Supremas o Tribunales Constitucionales latinoamericanos: el control de convencionalidad y la necesidad de un diálogo interjurisdiccional crítico. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. Valencia, España: Fundación Profesor Manuel Broseta e Instituto de Derecho Público Universidad Rey Juan Carlos, nº 16, 2º Semestre de 2010, , 2011.

CAVALLO, Gonzalo Aguillar. El diálogo multinível. *In*: MEZZETTI, Luca; CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre cortes – a jurisprudência nacional e internacional como fator de aproximação entre ordens jurídicas em um mundo cosmopolita. Brasília. Editora OAB, 2015.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. Contribuições previdenciárias. Não recolhimento. Art. 95, d, da Lei 8.212/91. Inconstitucionalidade. *Revista dos Tribunais*, n. 736.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana. *Revista de Processo*, v. 232, p. 363, 2014.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos y los tribunales supremos nacionales: el caso de Brasil. *In*: MEZZETTI, Luca; PIZZOLO Calogero. (Org.). *Diritto costituzionale transnazionale Atti del Seminario internazionale di studi Bologna*. Bolonha: Filodiritto 1ed. , v. 1, p. 59-90. 6 marzo 2012. 2013.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Controle de convencionalidade e o diálogo entre ordens internacionais e constitucionais comunicantes por uma abertura crítica do direito brasileiro ao Sistema Interamericano De Proteção De Direitos Humanos. *In*: COELHO, Marcus Vinicius Furtado. (Org.). *Reflexões sobre a Constituição: uma homenagem da advocacia brasileira*. Brasília: LEYA 1ed., v. 1, p. 200-230. 2013,

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Decisões conflitantes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: vinculação ou desprezo. *In*: Marcelo Rebelo de Sousa et al. (Org.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Coimbra: Coimbra, 1ed. v. 5, p. 301-326. 2012.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro; GERBER, Konstantin. Diálogo entre Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Controle de convencionalidade concomitante ao controle de constitucionalidade. *In*: GERBER, Konstantin (Org.). **A Jurisprudência e o Diálogo entre Tribunais: A proteção dos direitos humanos em um cenário de constitucionalismo multinível**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 240.2016

DE SOUSA LINS, Ricardo Galvão; MOREIRA, Thiago Oliveira; GURGEL, Yara Maria Pereira. O Constitucionalismo Multinível de Ingolf Pernice: uma análise de pontos e contrapontos. *Cadernos de Dereito Actual*, n. 15, p. 186-203, 2021.

DE VERGOTTINI, Giuseppe. *Oltre il dialogo tra le corti*. Bologna: IIMulino, 2010.

ESCALANTE, Rodolfo E. Piza. El valor del derecho y la jurisprudencia internacionales de derechos humanos en el derecho y la justicia internos el ejemplo de costa rica, *in* ZAMUDIO, Héctor Fix. *Liberamicorum*. São José, CIDH, v.I., 1998.

- FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e (m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*, v. 1, n. 1, p. 53-68, 2020.
- FALK, Richard. Sovereignty and human dignity: the search for reconciliation. In: STEINER, Henry; ALSTON, Philip; GOODMAN, Ryan. *International Human Rights in context: law, politics, morals: text and materials*. Oxford University Press New York: 3^oed, 1998.
- FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do Constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*. Curitiba: Juruá Editora, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia: 1. Teoría del derecho*. Principia iuris, 2013.
- FERRER-MAC GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. Disponível em <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>
- GARCÍA, Roca Javier; FERNÁNDEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA, Pablo. *El Diálogo entre los Sistemas Europeo y Americano de Derechos Humanos*. Cizur Menor, Tomson/Civitas, 2012.
- GARLICKI, Lech. Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe, *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, issue 3-4, July-October 2008, p. 509–530. DOI: <https://doi.org/10.1093/icon/mon025>
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. A Constituição Global. In: Portela, Irene Maria. (Org.). *Os Novos Horizontes do Constitucionalismo Global*. Barcelos: Instituto Politécnico de Barcelos, p. 43-57. 2017.
- GINSBURG, Ruth Bader; MERRIT, Deborah Jones. Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue. *Cardozo L. Rev.*, v. 21 p. 253-271. 1999.
- HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista IIDH*, v. 39, n. 29, p. 02-023, 2004.
- KUMM, Mattias. *Constitutional Democracy Encounters International Law: Terms of Engagement*. Public Law Research Paper, n. 06-40, 2006.
- LANDA ARROYO, César. *Constitución y fuentes del derecho*. Lima: Palestra, 2006.
- L'HEUREUX-DUBE, Claire. The importance of dialogue: globalization and the international impact of the rehnquist court. *Tulsa LJ*, v. 34, p. 15, 1998.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 1, n. 1, 2010.
- MAGALHÃES, Breno Baía et al. Pluralismo constitucional interamericano: a leitura plural da Constituição de 1988 e o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2015.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de informação legislativa*, v. 51, n. 201, p. 193-214, 2014.

LANDA ARROYO, César. Constitución y fuentes del derecho. Lima: Palestra, 2006

LANDA, César, “Sentencias fundamentales del Tribunal Constitucional Peruano”. *In*: BAZÁN, Víctor; NASH, Claudio (Eds.). Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Aportes de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Perú, Uruguay y Venezuela – 2009. Montevideo: Programa Estado de Derecho de la Fundación Konrad Adenauer y Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2010.

GARLICKI, Lech. GARLICKI, Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe. *International Journal of Constitutional Law*, v. 6, issue 3-4, July-October 2008, p. 509–530. DOI: , <https://doi.org/10.1093/icon/mon025>

PERNICE, Ingolf. La dimensión global del Constitucionalismo Multinivel. *In*: El modelo europeo: contribuciones de la integración europea a la gobernanza global. Biblioteca Nueva, 2014. p. 17.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Justiça Internacional. São Paulo: Saraiva, 2 ed. 2011.

PINTO, Monica. El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para La regulación de los derechos humanos. *In*: La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales- Editorial del Puerto, 1997.

RAGONE, Sabrina. La Administración en los EE.UU.: un breve recorrido entre sus reformas hasta la crisis actual. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, año 8, n. 16, julio-diciembre/2011. Disponible en <http://www.ugr.es/~redce/REDCE16/ReDCEportada16.htm>.

RAMIREZ, Sergio Garcia. El control judicial interno de convencionalidad, *Revista IUS – Revista Científica del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, no 28, julho-dezembro de 2011.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 106/107 p. 497 - 524 jan./dez. 2011/2012.

RIVADENEYRA, Alex. La Emergencia del Principio de Interacción y el diálogo Jurisprudencial a la luz del denominado Derecho Constitucional Internacional. *Revista Jurídica online*.< <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistasjuridicas/derecho-publico>, v. 6, 2011.

ROCA, Javier García; FERNANDEZ, Pablo Antonio; SANTOLAYA, Pablo; CANOSA, Raul (Ed.). El diálogo entre los sistemas europeo y americano de derechos humanos. *In*: [Revista española de derecho constitucional](#) Civitas, 2012.

ROCHA, Isly Queiroz Maia. Limites da Constitucionalização do Direito Internacional no Sistema Interamericano: Uma Análise dos Modelos Teóricos do Pluralismo Constitucional e do Constitucionalismo Multinível. *Revista Vertentes Do Direito*, v. 8, n. 1, p. 132-159, 2021.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A brave new judicial world. *In*: American exceptionalism and human rights. Princeton University Press, 2009. p. 277-303..

SLAUGHTER, Anne-Marie. A Global Community of Courts. *Harvard International Law Journal*. v. 44, n. 1, 2003.

TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, p. 27, 2016.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. A humanização do direito internacional. Del Rey, Belo Horizonte: 2006.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Desafios de la protección internacional de los derechos humanos al final del siglo xx. *In*: Seminario sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica, IIDH, 1997.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O legado da Declaração Universal de 1948 e o futuro da proteção internacional dos direitos humanos. *In*: ZAMUDIO, Hector Fix. México y las declaraciones de derechos humanos. Cidade do México: UNAM, 1.999.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. I. Porto Alegre: SAFE, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos. v. II. Porto Alegre: SAFE, 1999.

URUENA, Rene. Luchas locales, cortes internacionales: una exploración de la protección multinivel de los derechos humanos en América Latina. **Revista Derecho del Estado**. Bogotá: Universidad de los Andes, n. 30, 2013

VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Igno. ¿ En nombre de quién?: una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional. Universidad Externado, 2016.

VON BOGDANDY, Armin; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela. La Justicia Constitucional Y Su Internacionalización. Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina? T. I. 2010.

WALKER, Neil.(Ed.). *Sovereignty in transition*. Oxford, Hart, 2003.

**MULTINIVEL CONSTITUTIONALISM: HETEROARCHICAL SISTEM
AND COURTS DIALOGUE AT THE LATIN-AMERICAN
CONSTITUTIONALISM**

ABSTRACT: The following paper intends to establish a concept of multinivel constitutionalism, through na analysis of the Law by a heteroarchival vision, looking to a need to promote an wide, horizontal and vertical dialogue between courts to a better achievement of the human rights and the new constitutional law. It adopts a literature revision about the challenges of the constitutionalism at the current scenario of interlacement with the international human rights system. It intends to analyze the precedents of the constitutional latin-americans courts and the Inter-American Court of Human Rights to draw a landscape about the current situation of Latin-America reality.

KEY-WORDS: Constitutionalism; Inter-American Court of Human Rights; Dialogs; Human Rights; Constitutionl Pluralism.