

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

LUCAS DANIEL CHAVES DE FREITAS

**ENTRE DITADOS E DUETOS:
uma análise teórico-empírica do diálogo
por precedentes entre a Corte IDH e o STF**

Brasília
2025



Universidade de Brasília - UnB
Faculdade de Direito - FD/UnB
Programa de Pós-Graduação em Direito



LUCAS DANIEL CHAVES DE FREITAS

**ENTRE DITADOS E DUETOS:
uma análise teórico-empírica do diálogo
por precedentes entre a Corte IDH e o STF**

Tese de Doutorado apresentada junto à
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília, como parte das exigências para a
obtenção do título de Doutor em Direito

Orientador: Prof. Dr. George Rodrigo Bandeira
Galindo

Brasília
2025

FOLHA DE APROVAÇÃO

Nome do autor: FREITAS, Lucas Daniel Chaves de Freitas

Título: ENTRE DITADOS E DUETOS: uma análise teórico-empírica do diálogo por precedentes entre a Corte IDH e o STF.

Tese de Doutorado apresentada junto à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte das exigências para a obtenção do título de Doutor em Direito

Apresentada em: 15 de fevereiro de 2025

Banca Examinadora:

Profª. Dra. Claudia Rosane Roesler

Instituição: Universidade de Brasília (UnB)

Julgamento: Aprovada

Prof Dr. Lucas Carlos Lima

Instituição: Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Julgamento: Aprovada

Dra. Tatiana de Almeida Freitas Rodrigues
Cardoso Squeff

Instituição: Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Julgamento: Aprovada

Dr. João Henrique Ribeiro Roriz (suplente)

Instituição: Universidade Federal de Goiás (UFG)

Julgamento: Ausente

Resultado: Aprovada

DEDICATÓRIA

Aos meus avós, Alice (*in memoriam*), Gonçalo (*in memoriam*) e Biá, sal, solo e sol de onde brotaram minhas raízes;

Aos meus pais, Raimundo e Digna, tronco de firmeza e doçura que me sustenta;

À minha irmã, Júlia, flor de mandacaru que me estimula e desafia;

À minha esposa, Luísa, ar que me dá sentido, alívio e inspiração;

Aos meus sobrinhos, Bia e Vicente, frutos pertencentes à Casa do Amanhã que renovam minha esperança nas auroras;

E às demais sementes do porvir e todos aqueles que sonhamos juntos com elas.

AGRADECIMENTOS

A escrita de uma tese é o criar de algo novo, que, como tudo na vida, exige uma comunidade. Sou muito grato a Deus porque a minha é feita de pessoas excepcionais.

Muitos se dispuseram a me doar diretamente seu tempo e seus recursos para que essa pesquisa fosse feita. Primeiramente, ela só existe porque o Brasil tem um ensino público superior de qualidade. Agradeço aos brasileiros e brasileiras que custearam meus estudos e a todos aqueles que fazem da Universidade de Brasília - casa da minha graduação, do meu mestrado e do meu doutorado - verdadeira *alma mater*. Nas palavras de nosso fundador, Darcy Ribeiro, a UnB é fadada a ser universidade-semente, como nossa nação merece, com o objetivo de, montada no saber, pensar o Brasil como problema. Talvez por isso, às vezes, incomode: mas eles passarão, e a UnB é livre passarinho.

Foi a UnB que me fadou a uma segunda paixão: o Ministério Público Federal, a quem agradeço por também ter me permitido afastar-me para a execução deste trabalho. Ser do MPF é um orgulho e um fardo de responsabilidade que tenho e, como cidadão, louvo a genialidade dos constituintes que, de modo inovador e quimérico, criaram uma instituição permanente e essencial à Justiça, com a difícil missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses da sociedade. Sabemos que muitas vezes teremos de perseguir moinhos, mas o que seria de um país sem o sonho? Prefiro, ao fim, ser quixotesco do que cínico, e essa tese espelha também essa parte de mim.

Agradeço também ao Instituto Max Planck de Heidelberg, que me recebeu para acolhedora visita de pesquisa. Lá pude comungar com tantos outros jusinternacionalistas e aprender mais sobre mim mesmo e sobre a alteridade. Esse colégio silencioso de que fazemos parte, ainda que fragmentário, será sempre de inestimável valor enquanto for diverso, crítico, empático e ético.

Contudo, mais do que instituições, essa jornada foi feita por e com pessoas, afinal são a estas que aquelas devem servir.

Meu orientador, o Professor Dr. George Rodrigo Bandeira Galindo, a quem sempre admirei pela ética e generosidade, agradeço a convivência que tivemos entre nossas sempre atribuladas agendas. A minha estima intelectual só cresceu e seu esforço pelo encontro com as perspectivas de mundo dos orientandos e respeito às nossas ideias é um presente raro e preciso que recebemos nesse processo.

Essa mesma generosidade marca os membros das minhas bancas de qualificação e tese: Professores Dr. Lucas Lima, Dra. Cláudia Roesler, Dra. Tatiana Squeff e Dr. João Roriz, suas opiniões e intervenções enriqueceram demais este trabalho e os tenho como verdadeiros co-orientadores nesse processo tão rico de produção.

Também são exemplos do espírito de ousadia fomentado por Darcy Ribeiro os professores e funcionários do PPGD-UnB, que me legaram tanto, a quem agradeço nas pessoas da Professora Dra. Gabriela Delgado e de Euzilene, mulheres exemplares na dedicação e ímpares na capacidade de acolhimento.

Na mesma linha, com a devida vênua do Professor George, tenho que agradecer a um outro grupo de orientadores e professores que me acompanhou a cada passo, os meus colegas da Academia: Luísa Anabuki, Jamilly, Eduardo, Fabrício e os quadrilheiros, em especial Anderson, Augusto, Bianca, Gabriela, Patrícia e Thais. Todos dedicaram horas preciosas à leitura e discussão deste texto.

Luísa, ter uma companheira de vida como você, que compartilha comigo paixões e oferece contribuições tão relevantes é um presente que tenho. A sua inteligência e disciplina me encantam e você é uma jurista excepcional.

Jamilly e Eduardo, é de uma felicidade incrível ter orgulho de quem se é amigo. Eduardo, você me ensina cada dia a ter um olhar diferente sobre o mundo, valorizando as milhares histórias que nos rodeiam como se fossem cada uma um filme, um protagonista de profunda sensibilidade. Jamilly, sua capacidade de luta me inspira e me move: meu povo saúda o seu porque em seu sangue pernambucano corre sabedorias imemoriais. Casal querido, conviver com vocês é um privilégio.

Fabrício, amigo de trincheiras desde o dia um. Ainda me atravessa a sua bondade profunda do seu ser, a fidelidade a seus amigos, a doação incondicional aos que você ama. Você conjuga humildade e profunda cultura, qualidades tantas vezes divorciadas. Ter compartilhado da sua caminhada me fez uma pessoa melhor.

Querida quadrilha: vocês são a prova que a Academia pode ser generosa e despir-se da vaidade para achar verdades. As contribuições de vocês estão tão embebidas nesta tese como o carinho por vocês está em mim. Obrigado por tanto.

Devo agradecer, também, aqueles que contribuíram com tantas ideias e reflexões para essas linhas: colegas da UnB, professores e colegas do CDI e parceiros de escrita acadêmica, em especial Fábria, João, Lucas e Tatiana. É incrível poder pensar o mundo com os olhos de vocês. Muito obrigado, também, aos meus revisores, Marcos e Guilherme, por ajudarem esse trabalho a crescer.

Essa tese também não estaria escrita sem outra comunidade, a dos que me apoiaram nesse quase lustro de escrita nas outras facetas da minha vida. A escrita envolve renúncia e abnegação, e em muitos espaços em que eu não podia estar outros se apresentaram para me auxiliar.

Sem a força e a generosidade dos que me circundavam no MP eu não poderia ter chegado ao derradeiro capítulo. Augusto, Nicolau, Darlan, Marília, Patrícia, Dani, Maria Cláudia, Rodolfo, André Alisson, Daniel, Márcio, Oliveiros, Viviane, Carol, Bruna, Giordano, Davvy, Henrique, Bruno, Thais, Flávia, Paulo, Kaly, Simone, Tamara, Fernanda, Ed, Tadeu, João e Antônio, equipe do Gabinete e das assessorias da PGR, demais colegas de MPU e de MP brasileiro, obrigado. Agradeço também Sérgio, Alexandre, Mariana, Graciél, Ana Paula, Rafael, Oziel, Nielsen e os demais colegas da PRM-Anápolis, que sustentaram o fardo das minhas ausências. Obrigado, companheiros da luta quixotesca pelos direitos humanos, do Ministério Público brasileiro e de fora dele.

Também foi a força da minha família e de seus cuidados que me motivou a terminar. Vó Beatriz, Painho Zeferino Jr., Mainha Maria Digna, Júlia, Mário, Vicente, Bia e Lêda, tios e tias, primos e primas, de mãe e de pai, sei que vocês estiveram torcendo, de perto e de longe. Sou profundamente abençoado por ter nascido no meu pé-de-serra, ter me banhado no meu mar salgado e ter, na hora devida, andado por esse país, mas sabendo sempre na bússola do meu peito que sempre teria um lugar pra voltar.

Agradeço também a família que Luísa Anabuki me deu de presente: Etelvina, Júlio, Zeca e Zé. Seu afeto tão genuíno e sua crença em mim me motivaram a terminar. Hoje também me sinto parte dessa terra querida, filha do sol do equador, margeada pelo Parnaíba, e isso é por conta de vocês.

Agradeço, por fim, às famílias que fiz nesses sertões, amigos que lá deixei, mas que comigo trago. Amigos da faculdade, do Lulus, do CEI e do Sei Lá, que sempre tiveram uma palavra de afeto na jornada. Também sou grato pela família de Brasília que me adotou há mais de 20 anos: Cláudia, Anderson, André e Artur, Deco e Marco, Elaine, Débora, Rafael e Gustavo. Vocês converteram o quadradinho em um lar para mim, e os conselhos de vocês são um bem dos mais preciosos.

Por fim, esse doutorado também me deu novas famílias. Uma é Amazonida: Cecília e Túlio, vocês me mostraram a força, doce e firme, da grandeza amazonense, costurada de bem-querer. A outra é de longa data, mas se renovou com rara beleza: *roadtrippers* Luísa Montenegro, Alexandre, Cris, Rafas e André, é muito bom ver os nossos laços mudarem, mas persistirem inquebrantáveis.

A minha comunidade é também composta por tantos que nesse quase lustro mantiveram minha cabeça, meu corpo e meu espírito sãos (enorme desafio em uma pós-graduação). Dona Socorro, Mariana, Rafael, Diego, Elis, Dayane, Lis, Laira, Sara, Alexandre: protetores do meu corpo, e muitas vezes do meu ânimo, obrigado pelas palavras de incentivo, muitas vezes em passagens tão duras. Zelar pelo outro é ato de profundo afeto, em especial quando feito fora da ribalta, e vocês representam muito disso. Tahian e Luciana, protetores de minha mente: nesse labirinto de Dédalo que é a busca do autoconhecimento vocês foram firmeza e doçura, compreensão e ação. Não poderia escolher melhores xerpas para a escalada deste Aconcágua. Pierre e Amigos da espiritualidade, protetores de minha alma: muitas vezes me senti carregado nos braços de algo muito mais forte do que eu.

Eu não ando só e sou muito feliz por isso.

E, na sua natureza dual geminiana, preciso agradecer novamente à Luísa Anabuki. Isso porque seria injusto não referenciar a enorme contribuição direta que você deu a esse texto ou não dizer do apoio profundo que recebi em todas as demais áreas de minha vida. Você é companheira em tantos sentidos e são tantas Luísas que me arrebatam que precisava retomar e encerrar esta lista nominal com você. Mais uma vez você provou com milhares de atos como casamento é parceria, plena de sacrifícios pelos projetos do outro, mas também de risos e confidências. Seu apoio foi imprescindível e você me sustentou quando eu mais precisava: cada vírgula desta tese é uma declaração de amor a você.

Sei que esqueço outros nomes e cometo injustiças, mas saibam que, se você faz parte da minha vida e lê essa página, tenha certeza que seu tijolo nessa construção foi de muito valor pra mim. Queridos cuidadores, de perto e de longe, materiais e espirituais, colegas de academia, profissão e de vida: meu nome figura na capa, mas a assinatura é conjunta de todos nós. Muito obrigado: sem vocês, nem sequer uma linha teria sido escrita.

Guarda sempre Ítaca em teu pensamento.
É teu destino aí chegar.
Mas não apresses absolutamente tua viagem.
É melhor que dure muitos anos
e que, já velho, ancores na ilha,
rico com tudo que ganhaste no caminho,
sem esperar que Ítaca te dê riqueza.
Ítaca deu-te a bela viagem.
Sem ela não te porias a caminho.
Nada mais tem a dar-te.

KAVÁFIS, Konstantinos. Poemas. São Paulo:
Odysseus, 2006. p. 101, 103. Tradução de Ísis
Borges B. da Fonseca.

Mire veja: o mais importante e bonito, do mundo,
é isto: que as pessoas não estão sempre iguais,
ainda não foram terminadas – mas que elas vão
sempre mudando. Afinam ou desafinam.

ROSA, Guimarães. Grande sertão: veredas.
Editora Nova Aguilar, 1994.

RESUMO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) se caracteriza pela interação entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e os tribunais nacionais, calcada nas noções de controle de convencionalidade e *res interpretata*. Propõe-se analisar esse fenômeno com base no diálogo de cortes por precedentes, compreendido como a atribuição de valor jurídico a uma decisão anterior de outro tribunal em um processo decisório. Adotaram-se duas abordagens metodológicas: a metodologia bibliográfico-documental, com o exame crítico da noção de regras de precedente no Direito Internacional e sua apropriação no SIDH, considerando-se as tensões subjacentes aos *estândares* interamericanos; e a análise textual discursiva, para analisar-se empiricamente o uso das decisões nacionais nas opiniões consultiva da Corte IDH e das decisões interamericanas pelo plenário do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF). Detectou-se que a Corte IDH emprega as decisões nacionais de modo heterogêneo, permanecendo controvertido se o consenso regional é fundamento para a expansão de seu mandato e a capacidade hermenêutica das cortes domésticas ante o *corpus juris* interamericano. Já no STF consolidou-se o controle de convencionalidade como *topos* argumentativo, mas ainda se disputa a função das decisões interamericanas e os poderes do STF (além de seus limites) diante delas. Conclui-se ser a noção de diálogo por precedentes conflituosa, servindo de argumento tanto de reforço como de relativização da vinculatividade das decisões do outro polo dessa interação, gerando uma tensão que pode prejudicar, mas também impulsionar, o SIDH.

Palavras-chave: Regras de precedente; Controle de convencionalidade; Estândares interamericanos; *res interpretata*.

ABSTRACT

The Inter-American Human Rights System (IAHRS) is characterized by the interaction between the Inter-American Court of Human Rights (I/A Court H.R.) and national courts, grounded in the concepts of conventionality control and *res interpretata*. This study aims to analyze this phenomenon through the lens of judicial dialogue through precedents, defined as the attribution of legal value to prior decisions by other courts in the decision-making process. Two methodological approaches were employed: a bibliographic-documentary approach, which critically examines the notion of rules of precedent in international law and their appropriation within the IAHRS, considering the tensions embedded in Inter-American standards; and an empirical, textual-discursive approach, which analyzes the use of national decisions in I/A Court H.R. advisory opinions and the incorporation of Inter-American decisions by the plenary of the Brazilian Supreme Federal Court (STF). The study finds that the I/A Court H.R. employs national decisions in a heterogeneous and strategic manner, and there remains controversy regarding whether regional consensus should serve as the basis for expanding its mandate and the interpretative role of domestic courts within the framework of the Inter-American *corpus juris*. Meanwhile, the STF has consolidated conventionality control as an argumentative *topos*, though the role of Inter-American decisions and the scope of STF powers (along with their limitations) remain subjects of ongoing dispute. The study concludes that the very concept of dialogue through precedents is conflictuous, serving both to reinforce and to challenge the binding nature of decisions from the opposing side of this interaction, creating a tension that both impairs and propels the development of the IAHRS.

Keywords: rules of precedent; conventionality control; Inter-American standards; *res interpretata*.

RESUMEN

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se caracteriza por la interacción entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y los tribunales nacionales, basada en las nociones de control de convencionalidad y *res interpretata*. Este estudio tiene como objetivo analizar este fenómeno a partir del diálogo de cortes por precedentes, entendido como la atribución de valor jurídico a una decisión previa de otro tribunal en un proceso de toma de decisiones. Se adoptaron dos enfoques metodológicos: uno bibliográfico-documental, que realiza un examen crítico de la noción de reglas de precedente en el Derecho Internacional y su apropiación dentro del SIDH, considerando las tensiones subyacentes en los estándares interamericanos; y otro empírico, textual y discursivo, que examina el uso de las decisiones nacionales en las opiniones consultivas de la Corte IDH y de las decisiones interamericanas por el pleno del Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF). Se constató que la Corte IDH utiliza las decisiones nacionales de manera heterogénea y estratégica, y persisten las controversias sobre si el consenso regional debe ser base para ampliar su mandato y sobre la capacidad hermenéutica de los tribunales nacionales frente al *corpus juris* interamericano. En el STF, el control de convencionalidad se ha consolidado como *topos* argumentativo, aunque la función de las decisiones interamericanas y los poderes del STF (y sus límites) en relación con ellas siguen siendo objeto de disputa. Se concluye que la noción de diálogo por precedentes es conflictiva, ya que se sirve como argumento tanto para reforzar como para relativizar el carácter vinculante de las decisiones del otro polo de esta interacción, generando una tensión que puede perjudicar, pero también impulsar, el SIDH.

Palabras clave: reglas de precedente; control de convencionalidad; estándares interamericanos; *res interpretata*.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Número de blocos de argumento mencionando decisões nacionais.....	213
Gráfico 2 – Blocos de argumento por finalidade no total das OCs.....	215
Gráfico 3 – Materiais jurídicos adjuntos aos blocos de argumento das decisões nacionais.....	220
Gráfico 4 – Decisões singularizadas de tribunais e órgãos internacionais e nacionais.....	223
Gráfico 5 – Frequência de decisões singularizadas citadas por OC ao longo do tempo.....	224
Gráfico 6 - Número de decisões citadas no total de OCS por país.....	227
Gráfico 7 – Nacionalidades dos juízes que integraram a Corte IDH.....	228
Gráfico 8 – Manifestações da Corte IDH referenciadas por ano.....	241
Gráfico 9 – Manifestações da Corte IDH referenciadas por ano e finalidade do uso.....	242
Gráfico 11 – Manifestações da Corte IDH referenciadas por tipo de manifestação.....	243
Gráfico 12 – Decisões da Corte IDH citadas por votante.....	249
Gráfico 13 – Votos com menção a Corte IDH no total de casos.....	250
Gráfico 14 – Número de decisões citadas por ano e ministro votante.....	251
Gráfico 15 a 20 – Usos das decisões interamericana por votante.....	252
Gráfico 21 – Número de casos e de decisões da Corte IDH referenciadas por tema.....	253

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Árvore de etiquetas usadas no MAXQDA para codificação das OCs.....	194
Tabela 2 – Número de blocos de decisão nas OCs da Corte IDH.....	214
Tabela 3 – Blocos de argumento por finalidade por OCs.....	216
Tabela 4 - Materiais jurídicos adjuntos aos blocos de argumento.....	220
Tabela 5 – Decisões singularizadas de tribunais e órgãos internacionais e nacionais.....	226
Tabela 6 – Regras de precedente quanto às decisões domésticas na perspectiva da Corte IDH.....	230
Tabela 7 – Árvore de etiquetas usadas no MAXQDA para codificação dos acórdãos.....	239
Tabela 8 – Casos do STF com menção à força vinculante das decisões da Corte IDH.....	246
Tabela 9 – Casos do STF com menção à vinculatividade das decisões da Corte IDH.....	247
Tabela 10 – Casos do STF com distinção entre a causa e decisão interamericana.....	248
Tabela 11 – Comparativo de tendências no engajamento do STF com a Corte IDH.....	289
Tabela 12 – Regras de precedente quanto às decisões interamericanas na perspectiva do STF.....	292
Tabela 13 - Lista de acórdãos do plenário do STF analisados.....	339
Tabela 14 - Lista de acórdãos do STF excluídos com a razão da exclusão.....	345

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana
CIJ	Corte Internacional de Justiça
CPJI	Corte Permanente de Justiça Internacional
DH	Direitos Humanos
DI	Direito Internacional
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
OC	Opinião Consultiva
OEA	Organização dos Estados Americanos
ONU	Organização das Nações Unidas
RE	Recurso Extraordinário
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
SIDH	Sistema Interamericano de Direitos Humanos
STF	Supremo Tribunal Federal
TEDH	Tribunal Europeu de Direitos Humanos

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
PARTE 1: A TEORIA DOS PRECEDENTES E O CONTEXTO DO SIDH.....	28
CAPÍTULO 1: O PRECEDENTE NO DIREITO INTERNACIONAL.....	32
1.1 A caracterização do precedente depende da cultura jurídica em que está inserido.....	32
A) Da lógica do precedente para a lógica dos precedentes judiciais.....	32
B) A importância de uma leitura autônoma dos precedentes nos campos internacionais em relação às culturas jurídicas nacionais.....	37
1.2 Do precedente como fonte ao precedente como argumento.....	40
A) As limitações das fontes formais como meio de identificação das normas jurídicas.....	40
B) A autoridade semântica das cortes internacionais e o precedente como referencial argumentativo.....	48
CAPÍTULO 2: AS REGRAS DE PRECEDENTE NO DIREITO INTERNACIONAL.....	56
2.1 Da (não) vinculatividade binária à força vinculante dos precedentes no DI.....	56
A) A força vinculante dos precedentes como gradação variável.....	56
B) A onipresença velada das regras de precedente.....	60
2.2 A prática das cortes internacionais: uso generalizado com força vinculante variável.....	74
A) O uso generalizado dos precedentes no DI.....	74
B) A variação da força vinculante dos precedentes e os fatores de seu sopesamento.....	83
CAPÍTULO 3: O CONTEXTO DOS PRECEDENTES NO SIDH.....	92
3.1 Os fatores específicos do campo dos direitos humanos.....	92
A) O caráter objetivo dos tratados e a direcionalidade das obrigações de direitos humanos....	93
B) A consubstancialidade entre a proteção internacional dos direitos humanos e a proteção doméstica dos direitos fundamentais.....	96
3.2 Os fatores específicos ao marco normativo e institucional do SIDH.....	102
A) O modelo de garantia coletiva interamericano: entre a CIDH e a Corte IDH.....	102
B) O controle de convencionalidade e os tribunais nacionais como juízes interamericanos..	107
PARTE 2: AS DISPUTAS EM TORNO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA INTERAMERICANO: UMA ABORDAGEM TEÓRICA.....	118
CAPÍTULO 4: OS ESTÂNDARES INTERAMERICANOS DE DIREITOS HUMANOS COMO MEIO DE USO DOS PRECEDENTES.....	120
4.1 A apropriação do conceito de padrões pelo Sistema Interamericano.....	120
A) A indeterminação em torno do conceito de padrões de direitos humanos.....	120
B) O vetor expansivo do conceito de padrões de direitos humanos no SIDH.....	125
4.2 As críticas ao uso dos padrões de direitos humanos pela Corte Interamericana.....	136
A) A crítica à vinculatividade dos padrões interamericanos.....	137
B) O paradoxo da erosão das fontes na perspectiva da força vinculante dos precedentes.....	146

CAPÍTULO 5: O DIÁLOGO INTERAMERICANO POR PRECEDENTES.....	155
5.1 Problematicando a noção de diálogo por precedentes.....	156
A) As dificuldades em torno da noção de diálogo por precedentes na esfera internacional...	156
B) As peculiaridades do engajamento via precedentes no Sistema Interamericano.....	160
5.2 As cortes nacionais e a disputa pela geometria do Sistema Interamericano.....	165
A) As geometrias verticais e as disputas pelo vértice do SIDH.....	166
B) A tentativa de construção de uma geometria horizontal no SIDH.....	179
PARTE 3: A PRÁTICA DO DIÁLOGO POR PRECEDENTES NO SIDH.....	187
CAPÍTULO 6: A PRÁTICA DO DIÁLOGO POR PRECEDENTES A PARTIR DA CORTE IDH.	188
6.1 Aspectos metodológicos da análise na Corte IDH.....	188
A) Formação do corpo de análise: a escolha das opiniões consultivas.....	188
B) Estratégia de abordagem: análise qualitativa apoiada por software.....	191
6.2 Fundamento ou limite? A enunciação instável da função das decisões nacionais pela Corte IDH.....	196
A) O dissenso sobre o consenso regional como vetor hermenêutico.....	197
B) A disputa pelas margens: a afirmação de espaços de deferência via restrição.....	207
6.3 “Eu posso lá ficar americanizada?”: o uso heterogêneo dos precedentes externos pela Corte IDH.....	212
A) Um engajamento heterogêneo em temas e funções.....	212
B) Um engajamento heterogêneo em interlocutores.....	221
CAPÍTULO 7: A PRÁTICA DO DIÁLOGO POR PRECEDENTES A PARTIR DO STF.....	231
7.1 Aspectos metodológicos da análise no STF.....	231
A) Formação do corpo de análise: a escolha das decisões do plenário do STF.....	231
B) Estratégia de abordagem: análise qualitativa apoiada por software.....	233
7.2 Precedente ou sugestão? A ampliação crescente e heterogênea do engajamento do STF com a Corte IDH.....	240
A) Um engajamento crescente em uso de decisões.....	240
B) Um engajamento heterogêneo com a Corte IDH em modos, momentos e usuários.....	248
7.3 “Assim falava a canção que na América ouvi”: a disputa entre modelos de controle da convencionalidade e a força vinculante das decisões da Corte IDH no STF.....	255
A) A fase da afirmação: o debate sobre o controle de convencionalidade no STF entre 2008-2016.....	256
B) A fase da modelagem: os controles de convencionalidade no STF entre 2017-2024.....	268
CONSIDERAÇÕES FINAIS: PROJEÇÕES, DIÁLOGOS E A ARTE DO JUSTO.....	293
EPÍLOGO: NA DEFESA DE HISTÓRIAS SEM FIM.....	304
REFERÊNCIAS.....	308

INTRODUÇÃO

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. Há, aqui, um campo fértil de estudos, aberto aos pesquisadores, com o enfoque voltado para a posição ocupada no ordenamento jurídico interno pelos dispositivos legais internacionais, ou para o exame ou interpretação do direito interno pelos órgãos judiciais internacionais, ou para a presença e relevância do direito interno no processo legal internacional, ou para a implementação das decisões judiciais internacionais pelos tribunais internos. Controvérsias acerca da suposta “primazia” de uma, ou outra, ordem jurídica – a nacional e a internacional, – tornam-se, assim, supérfluas. Por meio desse novo enfoque pode-se evitar o antagonismo irreconciliável e ocioso entre as duas posições clássicas dualista e monista, baseadas em falsas premissas.

Antônio Augusto Cançado Trindade¹.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO E PROBLEMA DE PESQUISA: OS DIREITOS HUMANOS NA ENCRUZILHADA ENTRE A CONSTITUIÇÃO E AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS

O robustecimento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, conjugado à construção da doutrina do controle de convencionalidade no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), impactaram diretamente as atribuições dos atores do sistema de justiça regional para responderem às novas exigências para a efetivação dessas normas.

No aspecto constitucional, é fortalecido na América Latina o movimento de internacionalização, conceituado como o aumento da interação recíproca entre as ordens domésticas e internacional, envolvendo a expansão dos temas, instrumentos e atores do Direito Internacional e a ampliação de seu impacto no âmbito doméstico.² Na vertente do

¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A formação do Direito Internacional Contemporâneo: reavaliação crítica da teoria clássica de suas “fontes”. In: **XXIX Curso de Derecho Internacional: Recursos naturales, energía, medio ambiente y derecho internacional**. Sede del Comité Jurídico Interamericano. Rio de Janeiro, Brasil, 5 al 30 de Agosto de 2002. Disponível em <https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXIX_curso_derecho_internacional_2002_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf>. Acesso em: 25 jan 2024.

² Nesse sentido, DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste. **Revue internationale de droit comparé**, v. 52, n. 4, p. 753–780, 2008; D’ASPREMONT, Jean. The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order. In: **The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law**. Hart, 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1401019>>.

Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), na medida em que se multiplicam as obrigações internacionais dos Estados voltadas para relações jurídicas internas, ampliam-se as possibilidades de demandas aos tribunais domésticos visando a que sejam também seus efetivadores imediatos, ante a premissa do dever das cortes, como parte do Estado, darem cumprimento às obrigações internacionais assumidas³. Há um cenário de abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais aos tratados de direitos humanos, inclusive por meio da judicialização estratégica, com base no Direito Internacional, de pretensões perante os tribunais domésticos.⁴

Uma das principais técnicas adotadas no sistema interamericano de direitos humanos para aprofundar esse processo de internalização foi a construção da noção de controle de convencionalidade. Sua formulação, capitaneada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), envolveu o aprofundamento das implicações decorrentes dos deveres de garantia e de não repetição como medidas de reparação no contexto interamericano, em que se passou a exigir postura cada vez mais proativa do Judiciário doméstico na aplicação do Direito Internacional.⁵

No tocante aos parâmetros do controle de convencionalidade, a jurisprudência da Corte IDH paulatinamente foi afirmando sua maior amplitude, indo além da Convenção Americana de Direitos Humanos para alcançar também a interpretação conferida pelo Tribunal à convenção e aos demais instrumentos interamericanos, inclusive em medidas provisórias⁶ e opiniões consultivas.⁷

Essa ampliação do parâmetro de convencionalidade reconhece a existência de um cabedal jurídico de normas substantivas e de garantias que se costuma nominar de *corpus juris*. Por meio dele, a Corte IDH integra normas de diferentes matrizes (sistema universal,

Acesso em: 29 de julho de 2019; LIMA, Gabriela Garcia Batista. **A internacionalização dos Direitos e a Incomensurabilidade de Valores**: Sua proposta como reflexo de uma tradição. In: XVII Congresso Nacional CONPEDI - XX anos de Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios. Brasília: Conselho Nacional de Pesquisa e pós-graduação em Direito, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/09_486.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

³ TZANAKOPOULOS, Antonios. **Domestic Courts in International Law**: The International Judicial Function of National Courts. Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, vol. 34, 2011; NOLLKAEMPER, Andre. **National Courts and the International Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/11093>. Acesso em 8 maio 2024.

⁴ GAILNDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

⁵ NIKKEN, Pedro. **El derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno**. Revista IIDH, n. 57, 2013, p. 11–68. Consultado em 29 jul. 2019. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4646058>. Acesso em: 11 nov 2024.

⁶ CORTE IDH. **Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 25314.

⁷ CORTE IDH. **Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

convenções especializadas, tratados regionais...) e se entende autorizada a valer-se de outros instrumentos do DIDH na delimitação de obrigações aos Estados albergados por sua jurisdição, construindo os chamados estândares interamericanos.⁸ Contudo, é um ponto que suscita especial complexidade o reconhecimento explícito da necessidade de observância desses estândares extraídos dos precedentes judiciais interamericanos como parte integrante e vinculante desse *corpus iuris*.

Costuma-se indicar como primeira explicitação dessa obrigação o voto do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor na supervisão de cumprimento da sentença do caso *Gelman vs. Uruguai*, em que se faz menção à chamada doutrina da *res interpretata* no âmbito interamericano. Nesse voto, reconhece-se a existência da *res interpretata* como mais um efeito das decisões da Corte IDH, a partir de uma analogia com a *res judicata*. Enquanto esta é aplicável *inter partes*, aquela se constituiria em uma eficácia objetiva da decisão como definidora de parâmetros mínimos de vinculação do direito convencionalmente previsto que alcançam todos os Estados do SIDH.

Assim, em relação ao Estado que foi parte no processo, haveria vinculação direta, completa e absoluta; e, para os demais Estados, relativa, na medida em que viabiliza interpretações que confirmam maior efetividade à norma no âmbito convencional, pelo que haveria uma “margem interpretativa nacional”, desde que atrelada a potencializar a efetividade da norma convencional⁹.

Essa noção de vinculatividade relativa remete-nos imediatamente a noção de regras de precedente como “diretrizes estipulando como um precedente opera na prática de um determinado sistema jurídico”¹⁰. A noção de *res interpretata* pode ser vista como uma tentativa de enunciar uma diretriz que, em algum nível, torna obrigatória a observância dos precedentes interamericanos. Todavia, apesar da veemência da afirmação em diferentes modos da centralidade dos estândares interamericanos – e da jurisprudência da Corte IDH – para o controle de convencionalidade, são pouco frequentes nas suas decisões referências com

⁸ CORTE IDH. **Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.5.

⁹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto Razonado. Em: CORTE IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

¹⁰ JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: International Judicial Lawmaking. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, p. 36, tradução nossa. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023. No original: “The so-called rules of precedent are those guidelines stipulating how precedent operates in practice in a given legal system”.

um maior detalhamento sobre esse conceito e sobre como essa vinculação relativa se daria, de como a “margem interpretativa nacional” operaria ou mesmo de como se aproximam ou se diferenciam os padrões e as normas dos tratados como parâmetros de controle de convencionalidade.

Esse cenário se torna mais complexo quando considerada a consubstancialidade entre os direitos protegidos em termos constitucionais e convencionais e a função dos juízes nacionais na interpretação dos direitos fundamentais. Ambos os polos, o internacional e o doméstico, podem, a título próprio, reivindicar uma competência hermenêutica sobre a interpretação dos direitos humanos. Ocorre que, em caso de colisão de entendimentos, não se dispõe de um mecanismo inequívoco de sobreposição que a arbitre.

Em uma visão clássica e mais dualista de Direito Internacional, esse problema se coloca em uma dimensão menos complexa por meio de artifícios de evitação do próprio engajamento. Porém, na medida em que as duas ordens se interpenetram, essas posturas se tornam mais problemáticas, resultando em contradições e incoerências. Surge daí uma relação entre sistemas legais “pluralista em vez de monista, e interativa em vez de hierárquica”¹¹.

Costuma-se aludir nesse cenário à necessidade um “diálogo de cortes”, em que juízes nacionais e internacionais confluiriam a fim de garantir patamares protetivos minimamente similares, ou ao menos não contraditórios, em ambas as esferas. Nesse sentido, exige-se uma dimensão de engajamento com o órgão externo como um interlocutor cujos atos devem ser de algum modo considerados no processo decisório¹².

O presente trabalho enfoca essa relação na perspectiva do “diálogo por precedentes”, compreendido como a atribuição de valor jurídico a uma decisão anterior de outro tribunal em um processo decisório. Em outras palavras, trataremos aqui do emprego de precedentes externos ao tribunal como referencial decisório, o que, no caso do diálogo interamericano por precedentes, envolve a Corte IDH e um tribunal nacional, e como esse diálogo revela uma disputa sobre as regras de precedentes subjacentes a esse relação.

Essa atribuição de valor jurídico aos posicionamentos de atores externos convida, ademais, a uma reflexão sobre a própria vinculatividade dos precedentes na perspectiva argumentativa. A conjugação das fontes formais e das práticas argumentativas em torno das

¹¹ MACCORMICK, Neil. The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now. *European Law Journal*, v. 1, n. 3, p. 259–266, 1995, p. 264, tradução nossa.

¹² TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 75. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023.

decisões judiciais pretéritas aponta que o uso dos precedentes na argumentação é afetado por elementos materiais ligados ao seu emissor e à sua qualidade. Disposições sobre seu uso são construídas, refletindo, explícita ou implicitamente, os diferentes pesos autoritativos atribuídos às manifestações judiciais.

As regras de precedente nesse cenário pluralístico resultam, assim, de uma interação entre as fontes formais e as práticas argumentativas e podem ser caracterizadas como uma das dimensões de tradução, em termo de argumentação, dos diferentes níveis de autoridade semântica que se atribui às cortes em um sistema jurídico. São um retrato da capacidade que cada tribunal tem “de encontrar aceitação para as suas reivindicações interpretativas e de estabelecer as suas próprias declarações sobre o Direito como referências de conteúdo relevantes para o discurso jurídico, das quais outros atores têm dificuldade de se afastar”¹³.

Em uma analogia, as regras de precedentes estão para o diálogo por precedentes como a gramática está para os usos correntes da língua. Aquelas são uma descrição que conjuga as estipulações daquilo que podíamos apelidar como “norma culta”, fruto do histórico de formação da língua e dos eventos socioculturais que a circundam, enquanto essas refletem a apropriação pelos falantes desse mesmo cânone como meio de comunicação.

Entretanto, assim como a gramática e os usos correntes da língua são vivos, nem as regras de precedente nem a prática do diálogo por precedentes são fixos, pois contemplam, além de elementos mais rígidos dentro da construção do espaço de comunicação, elementos mais fluidos, reapropriados e adicionados, que, a depender de sua capacidade de afirmação entre os praticantes da linguagem dos direitos humanos, podem vir inclusive a se tornar um novo elemento do cânone. Nesse cenário, em uma dimensão estratégica, a internacionalização coloca diante das cortes internacionais e domésticas a escolha entre ampliar ou reduzir os espaços de engajamento, pondo em risco sua própria autoridade semântica por meio do equilíbrio entre reconhecimento e rejeição às enunciações dos demais tribunais interlocutores¹⁴.

Em síntese, subjacente à enunciação da *res interpretata* e de uma possível obrigação de diálogo entre os tribunais nacionais e a Corte IDH há um conflito de perspectivas sobre as

¹³ VENZKE, Ingo. Semantic authority. *In: Concepts for International Law*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 815, tradução nossa. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781783474677/9781783474677.00059.xml>>. Acesso em: 26 maio 2023.

¹⁴ NOLLKAEMPER, André; SHANY, Yuval; TZANAKOPOULOS, Antonios. Engagement of Domestic Courts with International Law Principled or Unprincipled?. *In: The engagement of domestic courts with International Law: comparative perspectives*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2024.

regras de precedentes aplicáveis ao SIDH e às diferentes autoridades semânticas e capacidades interpretativas das normas de direitos humanos pelos juízes nacionais e internacionais, cuja compreensão teórica e empírica é o cerne deste trabalho. Para entendê-la, a presente tese revisita criticamente o postulado do direito doméstico como mero fato, indagando sobre os meios pelos quais se dá o engajamento entre tribunais domésticos e internacionais no SIDH.

Coloca-se, dessa forma, como problema: tendo em conta as enunciações de vinculatividade e os usos recíprocos de suas decisões, como se dá o diálogo por precedentes entre a Corte IDH e o STF?

2 OBJETIVOS E ABORDAGEM METODOLÓGICA: UMA ANÁLISE TEÓRICO-EMPÍRICA

Objetivou-se na presente tese compreender, à luz da problemática da vinculatividade dos precedentes, o diálogo por precedentes entre a Corte IDH e o STF, visando a oferecer uma análise sistemática da evolução das posições dos dois tribunais a esse respeito.

Nesse sentido, foram adotados como objetivos específicos: examinar a teoria dos precedentes no contexto do SIDH, apresentando e problematizando as categorias “precedente”, “regras de precedente” e “vinculatividade” de modo correlacionado com o regime do DIDH e com o marco normativo e institucional do SIDH; descrever sistematicamente as disputas em torno da construção das categorias dos “estândares interamericanos” e da noção de “diálogo de cortes” e sua correlação com o uso dos precedentes no SIDH; examinar empiricamente e sistematizar as práticas da Corte IDH em relação ao uso das decisões dos tribunais internacionais em suas opiniões consultivas; e examinar empiricamente e sistematizar as práticas do plenário do STF em relação ao uso das manifestações da Corte IDH.

Para tanto, adotaram-se duas abordagens metodológicas complementares. A primeira, de cariz teórico, baseia-se na técnica da pesquisa bibliográfico-documental e examinou criticamente, a partir das contribuições da teoria dos precedentes no Direito Internacional e dos influxos do DIDH sobre as funções dos tribunais internacionais e domésticos, as bases dogmáticas do uso dos precedentes como razão de decidir e sua correlação com as tensões subjacentes à construção das noções de estândares interamericanos e de diálogo de cortes por precedentes. Na segunda, de cariz empírico e baseada na técnica da análise textual discursiva, realizou-se uma análise crítica das práticas da Corte IDH na enunciação da vinculatividade e

no uso das decisões domésticas em suas opiniões consultivas; e do STF na enunciação da vinculatividade e no uso das decisões interamericanas em suas decisões de plenário.

A adoção de ambas as metodologias, em uma perspectiva sequenciada, pretendeu, de um lado, oferecer uma reflexão teórica sobre os fundamentos e limites das regras de precedente no Sistema Interamericano, consideradas as justificativas para a adoção da ideia de *res interpretata*, as previsões normativas do sistema e a jurisprudência; e, de outro, pela identificação das práticas argumentativas em torno dos precedentes, compreender até que ponto as enunciações da vinculatividade e os usos destes refletem diferentes concepções sobre as capacidades interpretativas das cortes em relação aos direitos humanos e de que maneira se dá o engajamento entre os polos nacional e internacional.

Especificamente quanto à abordagem metodológica empírica, fez-se a opção, dentro do gênero da análise textual de documentos, pela análise textual discursiva como via de abordagem qualitativa. Como destacado por Cellard¹⁵, o documento relaciona-se com a memória. Trata-se de um fenômeno que se liga a uma noção de momento histórico, marcado em uma narrativa de transformação. Entretanto, os documentos não são necessariamente um retrato fidedigno de um fato: é, em si, uma representação de uma perspectiva de realidade, reflexo inerente das ópticas daqueles que os produzem. As decisões judiciais, porém, são marcadas por serem um tipo específico de documento, que retira parte de seu valor exatamente da publicização e capacidade de impacto no campo, isto é, de “fazer precedente”.

No caso presente, examinando os aspectos de autenticidade, confiabilidade, natureza e lógica interna do texto dos documentos pesquisados, o acesso público às decisões, organizadas pelos órgãos oficiais, permitiu atribuir segurança ao conteúdo a ser analisado, o que é reforçado na medida em que interessou o discurso narrativo em sua acessibilidade. Portanto, o desafio de representação da realidade, conquanto deva ser reconhecido, é mitigado pelo foco que se faz na argumentação como elemento constitutivo em si mesmo da construção do que é juridicamente vinculante e das obrigações que daí decorrem.

A decisão judicial é, assim, um tipo especial de documento, que, por sua relação com o campo do dever ser, afirma e cria ao afirmar. Significa dizer que, dentro da dicotomia clássica na teoria da argumentação jurídica entre o contexto de descoberta e o da justificação da decisão,¹⁶ interessa ao presente estudo menos entender como os juízes pensavam e mais como

¹⁵ CELLARD, André. A análise documental. In: **A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 295–316.

¹⁶ STRUCHINER, Noel. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. In: **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 141.

fundamentaram o que pensavam. Assim, centra-se no domínio da justificativa explicitada, que visa a aceitação da comunidade epistêmica e dos interlocutores daquele que a expõe.

A escolha pela abordagem do conteúdo das decisões na via da análise textual discursiva visou a, a partir da unitarização, descrição e reconstrução dos argumentos em torno dos precedentes extraídos das decisões, testar os limites das enunciações da Corte IDH, em sua jurisdição consultiva, e do STF, em sua atuação em plenário, acerca do diálogo de cortes e da vinculatividade dos precedentes.

A análise textual discursiva está inserida dentro do gênero análise textual, colocando-se entre a análise do discurso e a análise do conteúdo. Sem buscar a saturação teórica da análise do discurso (normalmente ancorada em uma teoria epistemológica forte que permita uma interpretação crítica da realidade e dos próprios silêncios do discurso), mas indo além da perspectiva mais descritiva da análise de conteúdo (comumente menos ambiciosa nas inferências sobre o texto analisado), a análise textual discursiva quer, pela via de reconstrução, desafiar as categorias dominantes no campo descritivas dos fenômenos objeto de análise.¹⁷

No caso dos documentos jurídicos, combina técnicas de jurimetria, como contagem de palavras e segmentos, e de análise discursiva, como a contextualização de decisões e de silêncios como indicativos de posições dos interlocutores. Assim, mostrou-se adequada aos objetivos da pesquisa ao permitir indagar sobre o cenário e a harmonia entre o que se anuncia, nas decisões, serem os efeitos da existência dos precedentes e as práticas dos tribunais no uso dos precedentes a partir da confluência entre o produto da análise empírica e os parâmetros teóricos identificados.

Adotou-se, como *corpus* de análise empírica, dois conjuntos de decisões. Como descrevemos em maior profundidade nas seções metodológicas de cada capítulo na Parte 3, a análise centrou-se, na Corte IDH, na totalidade de suas opiniões consultivas, e, no STF, na totalidade das decisões do plenário que citam um precedente interamericano. Por meio desse estudo em duas etapas procuramos compreender se posições de um tribunal podem influenciar o outro e se há dificuldades dialógicas compartilhadas. A codificação foi implementada eletronicamente, com o auxílio do Software de pesquisa qualitativa MAXQDA, cujas ferramentas empregadas também são detalhadas na Parte 3. Todos os gráficos e tabelas apresentados foram produzidos no MAXQDA ou a partir de dados dele extraídos e

¹⁷ MORAES, Roque; GALIAZZI, Maria do Carmo. **Análise textual discursiva**. 3ª ed. Ijuí: Editora Unijuí, 2016.

organizados no aplicativo LibreOffice Writer.

3 ESTRUTURA DA EXPOSIÇÃO

A presente tese se organiza em três partes.

A Parte I, “A teoria dos precedentes e o contexto do SIDH”, é composta por três capítulos.

O primeiro apresenta a discussão sobre o precedente no Direito Internacional. Na perspectiva conceitual, a lógica do precedente é apropriada em um sistema judicial consoante as práticas da cultura jurídica subjacente, pelo que uma atenção especial precisa ser dedicada aos campos do DI para evitar projeções excessivas que visam a subordiná-lo a visões nacionais particulares (1.1). Em atenção para a dimensão argumentativa da juridicidade, a problemática dos limites da teoria das fontes no DI e da dissonância entre discursos e usos práticos do precedente nos seus campos conduz a que leitura do precedente como argumento exija atenção à autoridade semântica das cortes na construção do DI como fator de influência sobre os precedentes (1.2).

A partir desse cenário, o capítulo 2 debate o conceito de regras de precedente como diretrizes que traduzem a autoridade semântica das cortes internacionais em termos de argumentação jurídica. A vinculatividade dos precedentes é relida como produto da interação entre as previsões das fontes formais e a apropriação dessas nas práticas argumentativas, da qual resultam diferentes graus de vinculatividade (2.1). No caso do DI, é patente o uso generalizado dos precedentes na argumentação das diversas cortes, mas com forças vinculantes variáveis consoante diversos fatores sistêmicos dos múltiplos campos que o compõem (2.2).

O capítulo 3 apresenta o contexto dos precedentes no SIDH, como sistema protetivo que se vale de um aparato conjunto em que atuam as cortes interamericana e domésticas, e como o uso dos precedentes nessa articulação é impactado pela direcionalidade e consubstancialidade das obrigações de direitos humanos (3.1) e pelo marco normativo e institucional desenvolvido nas Américas, notadamente em razão do modelo protetivo jurisdicional bifásico e da construção do controle de convencionalidade (3.2).

A Parte II, “As disputas em torno dos precedentes no Sistema Interamericano: uma abordagem teórica” se centra na abordagem bibliográfico-documental das disputas em torno dos precedentes no SIDH. Este, ao se tornar um sistema com pretensão de interação direta

entre os Judiciários nacionais e a Corte IDH, produz tensões quanto às possibilidades e às formas de uso dos precedentes interamericanos e domésticos na definição do conteúdo e da aplicação dos direitos protegidos, que podem ser sintetizados pela construção dos padrões interamericanos e seus reflexos na interação entre os tribunais americanos no SIDH.

No capítulo 4, examinamos a função dos precedentes na construção dos chamados padrões interamericanos. Esse conceito, presente no campo do DIDH em geral, é apropriado na jurisprudência da Corte IDH como via de afirmação de sua autoridade e de afirmação da eficácia objetiva de suas decisões (4.1). Contudo, a precisão dos tipos de materiais jurídicos que podem ser manejados na formação dos padrões, os meios pelos quais devem ser identificados os conteúdos vinculantes e as possíveis técnicas pelas quais podem ser expandidos, limitados ou revistos são pouco claros (4.2).

No capítulo 5, a discussão é aprofundada na ideia de diálogo de cortes. São descritas as divergências sobre a possibilidade de que as decisões nacionais sejam também tomadas em consideração para a definição dos padrões interamericanos (5.1) e como as dissonâncias acarretam desafios na consideração recíproca de posições entre os tribunais nacionais e a Corte IDH e nos meios de delimitação ou integração das diferentes capacidades interpretativas, refletidas em uma diversidade de pretensões na organização da geometria do SIDH (5.2).

Na Parte III, “A prática do diálogo por precedentes no SIDH” é feita a análise empírica do engajamento entre a Corte IDH e o STF, em dois capítulos, visando a compreender, de um lado, como a Corte IDH visualiza a função e se vale dos precedentes domésticos na formação dos padrões interamericanos; e, de outro, como o STF visualiza a função e se vale dos precedentes interamericanos na sua prática argumentativa.

O capítulo 6 é dedicado à análise das opiniões consultivas da Corte IDH. Nele apresentamos os aspectos metodológicos e de justificativa na escolha e abordagem das OCs (6.1) e discutimos os resultados nas perspectivas da enunciação instável do valor jurídico das decisões domésticas (6.2) e do seu emprego heterogêneo como material decisório (6.3).

Já no capítulo 7, o foco se faz nas decisões do plenário do STF em que são citadas manifestações da Corte IDH. Após a justificativa do recorte (7.1), debatemos os resultados na perspectiva da ampliação e heterogeneidade do engajamento com os precedentes interamericanos (7.2) e da competição entre diferentes modelos de controle de convencionalidade no STF (7.3).

Nas considerações finais discutimos os resultados da pesquisa, conjugando uma descrição dos desafios verificados no diálogo de cortes, âmbitos possíveis de seu reconhecimento como dever jurídico e sua relação com as exigências democráticas na proteção interamericana aos direitos humanos.

PARTE 1: A TEORIA DOS PRECEDENTES E O CONTEXTO DO SIDH

A temática dos precedentes judiciais, mesmo especificamente no Direito Internacional (DI), não é nova¹⁸. Não obstante, isso não significa que a discussão sobre o tema esteja pacificada: ao contrário, trata-se de um campo de estudo que ainda toma considerável atenção, fôlego e tinta dos jusinternacionalistas¹⁹.

Impacta ainda mais esse quadro o robustecimento da jurisdição internacional, ao longo do século XX e do começo do século XXI, com a notável multiplicação dos números de tribunais e de suas respectivas decisões²⁰.

¹⁸ A fim de não adentrar em um decurso histórico despiciendo, que se perca como pretensa cronologia linear excessivamente diletante, basta tomar por referência para fins de demonstração do longo percurso da temática o debate sobre a vinculatividade dos precedentes no cenário da gênese do estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional, primeiro tribunal permanente contemporâneo de vocação jurisdicional geral em tema e global em geografia. O tema da função da jurisprudência e das decisões judiciais suscitou polêmica entre os membros do comitê de redação, notadamente tendo em conta os possíveis impactos da ausência do reconhecimento da jurisprudência como fonte na hipótese de lacunas nas fontes de aceitação mais unânime – tratados e costume –, com a possibilidade de declaração de *non liquet* prejudicar a própria legitimidade da Corte nascente; e qual seria o papel da Corte no desenvolvimento, e na própria criação, do Direito Internacional. Para uma síntese desse debate, vide o Primeiro Relatório apresentado por Charles Chernor Jalloh à Comissão de Direito Internacional (CDI) sobre meios auxiliares para a determinação das normas de direito internacional (JALLOH, Charles Chernor. **First report on subsidiary means for the determination of rules of international law** (A/CN.4/760). International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Geneva: United Nations, 2023, p. 71-84. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/4010690?v=pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2024). De outro lado, demonstra a contemporaneidade da questão exatamente o fato do debate sobre a função das decisões judiciais, como meios auxiliares da determinação das normas de direito internacional, estar entre os tópicos do programa de trabalho da CDI desde 2021, não sem sua própria cota de divergências. O trabalho da CDI, ainda em fase de desenvolvimento, será referenciado várias vezes ao longo desta tese. O guia analítico do tópico está disponível em https://legal.un.org/ilc/guide/1_16.shtml.

Entre ambos, vale referenciar pelo valor histórico do documento o trabalho de Hans Kelsen sobre um dos eventos simultaneamente mais dramáticos e mais marcantes na trajetória do direito internacional no século XX: os julgamentos de Nuremberg. Em debate com Robert Houghwout Jackson, e a fim de rejeitar que as decisões de Nuremberg pudessem se tornar precedentes para o Direito Internacional, o jurista alemão escreve à *International Law Quarterly*, em 1947, asseverando que “[a] precedent is a judicial decision which serves as a model for subsequent decisions of similar cases. In order to be a precedent, the decision of a tribunal must conform with certain formal and material conditions which the judgment of Nuremberg does not fulfil” (KELSEN, Hans. Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? **The International Law Quarterly**, v. 1, n. 2, p. 153, 1947).

¹⁹ Em uma interessante desabafo de Jalloh, no segundo relatório sobre meios auxiliares para a determinação das regras de DI: “There is an old and surprisingly still lively debate about the nature and place of “precedent” in judicial adjudication. Hundreds if not thousands of trees have been felled to provide paper for the judges, scholars and practitioners of international law seeking to unpack that notion in all its forms” (JALLOH, Charles Chernor. **First report on subsidiary means for the determination of rules of international law** (A/CN.4/760). International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Geneva: United Nations, 2023, p. 39. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/4010690?v=pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2024).

²⁰ Sobre o tema, Alford registra, ainda em 2000, a existência de mais de 50 tribunais internacionais, trinta dos quais só nas últimas duas décadas do século XX (ALFORD, Roger P. The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance. **Proceedings of the ASIL Annual Meeting**, v. 94,

Esse fenômeno se reflete também sobre as cortes regionais de direitos humanos. Nesse sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), marcado pelo acesso direto, lida com severas críticas de represamento²¹, tendo passado de, aproximadamente, 36 mil casos, em 2020, para mais de 50 mil, em 2022, e cerca de 40 mil casos, em 2023²².

A Corte Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, ainda que com uma situação de afirmação jurisdicional mais complexa, teve notável aumento no número de decisões²³. Já a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), mesmo com a filtragem de casos representada pela função da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH), no mecanismo de peticionamento individual (este também objeto de críticas por congestionamento²⁴), experimenta também aumento expressivo no número de casos em trâmite²⁵.

A criação e expansão de jurisdições e o consequente aumento das manifestações torna a questão dos precedentes mais delicada e, talvez, mais premente. O cenário de proliferação pode pôr em risco as exigências de coerência e de tratamento igualitário dos jurisdicionados, impactando o debate sobre a própria legitimidade do exercício da jurisdição internacional.

Por outro lado, o contexto de profusão teórica exige um cuidado semântico com os

p. 160–165, 2000). Ainda sobre o assunto, vide GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. **Revista de Direito Internacional**, v. 9, n. 2, p. 1–9, 13 jul. 2012.

²¹ LEMMENS, Koen. Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue. **European Constitutional Law Review**, v. 15, p. 691-713.

²² Estatísticas disponíveis no sítio eletrônico da Corte: https://public.tableau.com/app/profile/echr/viz/Analysis_statistics/Overview. Acesso em: 11 nov 2024.

²³ Sobre o tema, vide: DALY, Tom Gerald; WIEBUSCH, Micha. The African Court on Human and Peoples' Rights: mapping resistance against a young court. **International Journal of Law in Context**, v. 14, n. 2, p. 294–313, 2018.

²⁴ O cenário de acúmulo de petições individuais na CIDH se traduz pela evolução no número de petições e casos pendentes, que passou de 976 em 1997 para 1584 em 2010 e 4757 em 2019. Após acentuada redução em 2020, para 3089 petições e casos, os números voltam a subir, chegando em 2023 a 4304 (estatísticas extraídas do sítio eletrônico da CIDH e disponíveis em <https://www.oas.org/en/iachr/multimedia/statistics/statistics.html>. Acesso em: 11 nov 2024). Desde a aprovação da Resolução 1/2016, a CIDH tem implementado uma série de medidas visando a reduzir o chamado “backlog”, com bastante eficiência na redução do tempo inicial de análise, mas, até pela redução desse congestionamento inicial, com desafios na fase de exame de mérito e reflexos no tempo médio que uma petição leva para ser examinada. Mais recentemente, em 2023, foi adotada a Resolução 4/2023, em que aprovada a Política de Priorização de Petições e Casos, definindo critérios para a priorização de temas e situações mais sensíveis. Para uma visão das diferentes medidas e do contexto atual do congestionamento, vide o Relatório Anual de 2023 da CIDH, capítulo II (CIDH. **Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2023** (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II). Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2023. Washington: OAS, 2023. Disponível em https://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2023/chapters/IA2023_Cap_2_ENG.PDF. CIDH, 2024, fls. 64-65; 79-84. Acesso em: 11 nov. 2024).

²⁵ Ao final de 2023, a Corte IDH contava com 69 casos contenciosos e 3 pedidos de opinião consultiva em trâmite, e a média de duração de um caso na Corte era de 26 meses (CORTE IDH. **Informe Anual – 2023**. [San José]: OAS, 2023. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2023/espanol.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024).

conceitos utilizados, a fim de se evitar que as presunções e disputas oriundas das concepções teóricas e práticas das diferentes visões resultantes dos diferentes sistemas²⁶ e campos²⁷ jurídicos, e mesmo das diferentes vivências profissionais com o tema, impossibilitem a construção de um espaço comum de diálogo.

O objetivo desta Parte 1, mais do que apresentar conceitos estanques sobre os temas que serão versados nesta tese é realizar um alinhamento de expectativas teóricas entre o que se está categorizando como *regras de precedente* e sua relação com as diferentes concepções de vinculatividade e precedentes no Direito Internacional (DI), uma vez que tratar do referido tema com pretensões de teoria geral não só seria de pouca utilidade, mas também deletério, para os fins de se compreenderem as práticas de um sistema protetivo de direitos humanos específico, a saber, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH).

Para tanto, uma análise suficiente dos usos dos precedentes dentro do DI é necessária. Nada obstante, como se pretende demonstrar adiante, uma das problemáticas que motivam a controvérsia é a pretensão de dar tratamento geral e homogêneo a um tema que depende profundamente de uma série de escolhas jurídico-institucionais no delineamento de um sistema. Ademais, é subjacente ao tema forte disputa acerca das funções e dos fins a serem perseguidos, que os diferentes órgãos e atores reconhecem e desejam para cada sistema.

Assim, o Capítulo 1 pretende apresentar como o uso da lógica do precedente depende da cultura jurídica em que se insere, o que, no caso do DI, envolve uma reflexão

²⁶ No presente trabalho, serão diferenciados os termos sistema e campo jurídico. O termo sistema será reservado para contexto em que se pretende que exista um “conjunto formado por elementos que se relacionam segundo certos padrões de racionalidade” (GAMA, Tacio Lacerda. Sistema jurídico - Perspectiva dialógica. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1ª. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/100/edicao-1/sistema-juridico---perspectiva-dialogica>. Acesso em: 11 nov. 2024). Um sistema jurídico é um conjunto de normas jurídicas que se correlacionam em nexos de coordenação e fundamentação, sendo o maior exemplo neste trabalho o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

²⁷ Preferimos o termo campo jurídico, confessadamente com inspiração na obra de Pierre Bourdieu, para conjuntos normativos que, mesmo sendo também marcados pela pretensão de racionalidade em sua articulação normativa e com a identificação de espaços dialógicos que agregam em torno de si uma comunidade de atores, apresentam um grau menor de coerência interna, sendo mais atravessados por disputas conceituais indicativas de dimensões sociológicas, possivelmente agregando diferentes sistemas. Assim é que preferimos, em vez de sistema, usar a expressão campo jurídico para as diversas áreas do Direito Internacional, com seus colégios invisíveis, porém divisíveis (SCHACHTER, Oscar. Invisible College of International Lawyers. **Northwestern University Law Review**, v. 72, n. 2, p. 217–226, 1978; ROBERTS, Anthea. The Divisible College of International Lawyers. **Is International Law International?** Oxford: Oxford University Press, 2017).

Em síntese, utilizaremos sistema para conjuntos que enfatizam mais intensamente sua coerência interna, enquanto campo servirá para descrever conjuntos normativos com maior ênfase em sua dimensão contenciosa. Nessa linha, o SIDH se insere no campo do DIDH, a exemplo de outros sistemas protetivos, como o europeu. Sobre a acepção de Bourdieu de campo, vide: ALEIXO, Elvis Brassaroto. O ferramental sociológico de Pierre Bourdieu e sua múltipla teia conceitual. **Revista de Ciências Sociais e Jurídicas**, v. 1, n. 1, p. 86–110, 2019.

sobre o uso das teorias das fontes como elemento definidor do próprio campo jurídico na esfera internacional.

O Capítulo 2 explora a compreensão das regras de precedente, com um olhar crítico para os limites da teoria das fontes na definição da vinculatividade das normas jurídicas, consideradas as práticas argumentativas e os diversos fatores que estruturam os diferentes sistemas jurídicos dentro do DI (1.2).

Por fim, o Capítulo 3 visa a examinar as regras de precedente do SIDH em uma perspectiva teórica, analisando as dimensões do campo dos DDHH e da estrutura do SIDH como fatores que impactam a vinculatividade material dos precedentes interamericanos.

CAPÍTULO 1: O PRECEDENTE NO DIREITO INTERNACIONAL

O debate sobre o que seriam as regras de precedente no DI passa, em primeiro lugar, pela própria multiplicidade do que se entende por precedente e por regras de precedente. Na perspectiva da conceituação, a lógica do precedente é apropriada em um sistema judicial, consoante as práticas da cultura jurídica subjacente, pelo que uma atenção especial precisa ser dedicada aos campos do DI, para evitar projeções excessivas que visam a subordiná-lo a visões nacionais particulares (1.1). Atentando-se para a dimensão argumentativa da juridicidade, a problemática dos limites da teoria das fontes no DI e da dissonância entre discursos e usos práticos do precedente nos seus campos faz com que a leitura do precedente como argumento exija atenção à função das cortes como autoridades semânticas na construção do DI (1.2).

1.1 A caracterização do precedente depende da cultura jurídica em que está inserido

O raciocínio com base em precedentes não é uma exclusividade do Direito, apesar de nele ganhar especial relevância (A). Todavia, buscar uma fórmula única e universal desse uso é ignorar não só a diversidade de abordagens que o problema ganha em diferentes culturas jurídicas, mas também, no caso do DI, sua autonomia em relação aos sistemas e culturas jurídicas nacionais e as distinções entre seus diferentes campos jurídicos (B).

A) Da lógica do precedente para a lógica dos precedentes judiciais

O conceito de precedente, na perspectiva lógica, traz em si uma noção relacional, que conecta um evento do passado a expectativas futuras de padrões de conduta. Trata-se da identificação de uma dimensão de projeção, além de uma situação concreta singular para albergar outras posteriores, reconhecendo-se nessa extrapolação uma orientação.

Nesse sentido, Neil Duxbury define o precedente como “um evento passado – em Direito o evento é quase sempre uma decisão – que serve de guia para a ação presente”²⁸, o

²⁸ DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 1, tradução nossa. Texto original: “a past event – in law the event is nearly always a decision – which serves as a guide for present action”.

que leva à discussão acerca do que seria um “passado útil”.

Um primeiro ponto a se destacar do referido conceito é a noção de evento: a lógica do precedente não se resume a decisões judiciais. Isso é de especial relevância para o Direito Internacional, porque a abordagem jurídica do passado como precedente no campo do DI envolve uma multiplicidade de fatos. Historicamente, o precedente como fonte do Direito Internacional, até pelo cenário da jurisdição internacional no século XIX, reportava-se mais aos atos e práticas estatais²⁹, e essa leitura dos “atos precedentes” ainda possui especial relevância, hoje, em múltiplos aspectos do Direito Internacional, como no reconhecimento da existência de normas costumeiras, na interpretação dos tratados e no reconhecimento de obrigações decorrentes de condutas reiteradas em relações bilaterais³⁰.

Um segundo ponto a se salientar é a conexão entre precedente e o tempo. A utilização da lógica do precedente é um uso do passado que conecta dois momentos diacrônicos dentro de uma expectativa de coerência e tratamento igualitário, em que um passa a ser usado como guia para outro. A argumentação jurídica baseada em precedentes envolve a compreensão de que esses dois momentos – o do passado útil e o da escolha presente – têm uma identidade comum de elementos, o que conduz à relevância de se adotar, no segundo, a mesma solução do primeiro. Nesse sentido, os precedentes são, também, uma forma de argumentação e justificação no processo decisório, calcada na ideia de consistência oriunda de uma linha histórica^{31 32}.

²⁹ “Thus, when the sources of international law were discussed and applied in the nineteenth century, their application in courts and other judicial bodies was not yet central, except perhaps only to some extent in the domestic courts of the United States and Great Britain, i.e. the main common law countries. International law was first of all expressed and applied by Emperors, Tsars and kings, governments, and Ministries of Foreign Affairs (MFAs) in their bilateral relations, presenting claims and counterclaims in their interactions with counterparts rather than in courts, international or domestic. International precedents or case law were not usually court cases, but disputes in the annals of diplomatic history. Central to this understanding of the sources of international law were treaties concluded between the European sovereigns.” (MÄLKSOO, Lauri. Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: Insights from Practice and Theory. In: The Oxford Handbook of the Sources of International Law. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 152-153. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0007>>. Acesso em: 12 jun. 2023).

³⁰ Sobre o tema, vide: CAHIN, Gérard. Le Comportement des états et des organisations internationales comme precedent. In: **Le précédent en droit international**: colloque de Strasbourg. Paris: Éditions Pedone, 2016.

³¹ JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: International Judicial Lawmaking. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, v. 236, p. 38-39. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023.

³² Da mesma maneira que a noção de preservação de uma coerência entre o passado e o presente fortalece a argumentação no sentido da observância dos precedentes, a percepção de que houve uma ruptura dessa linha histórica pode robustecer o argumento oposto. A ideia de quebra da linha de coerência favorece posições no sentido do abandono dos precedentes ou, ao menos, aumenta o ônus argumentativo na demonstração de que ainda há o elemento de identificação que recomenda a preservação do precedente anterior. Para uma interessante síntese desse debate recomenda-se os escritos de MacCormick acerca da utilização dos precedentes na África do Sul no contexto pós-apartheid: MACCORMICK, Neil. The Significance of Precedent. **Acta Juridica**, v. 1998, p. 174–187, 1998.

É interessante, nesse contexto, distinguir a lógica do precedente da lógica analógica. Muito embora a literatura frequentemente compreenda a primeira como espécie da segunda, as motivações subjacentes a cada uma são distintas.

Apesar de compartilharem a premissa de situações similares, a lógica analógica guarda relação mais estreita com a persuasão, pois busca um evento-guia para apoiar-se como meio de obter boas razões que orientarão determinada escolha, enquanto a lógica do precedente vincula-se à noção de autoridade, pois a simples existência do evento-guia importa mais que o acerto ou desacerto de suas razões. Assim, na lógica precedencial, o fato, em si, de haver precedente sobre a matéria é o elemento que mais impacta na decisão presente, a tal ponto que o decisor, mesmo eventualmente discordando das razões que o fundamentam, poderá adotá-lo se suficientemente razoável.³³

A afirmação de que a lógica do precedente dispensa um juízo de valor acerca do acerto da decisão-guia não significa dizer que, nos diferentes campos e tradições jurídicas, não haja diferentes formas de excepcionar o precedente inadequado, ou mesmo descartar aqueles de má qualidade. Como se tratará na próxima seção, mesmo o sistema inglês, reputado como aquele que teria a regra de vinculatividade mais estrita, traz, inclusive formalmente, uma série de matizes para essa eficácia constritiva do precedente. A assertiva apenas implica dizer que, nos casos em que se adota como argumento para decidir a existência do precedente, não há necessariamente um rejugamento da causa, com a revalidação do acerto dos argumentos, mas, sim, a valoração da importância da manutenção da mesma escolha pelo exato fato de ela já ter sido tomada em caso tido por idêntico no passado.

Esse raciocínio tensiona, em duas dimensões diferentes, as escolhas do presente. De um lado, traz a questão da coerência com o passado, isto é, de que forma as opções que serão tomadas se harmonizam com os eventos precedentes para ela relevantes; de outro, traz a consciência de que cada nova escolha é um novo evento que poderá ser apropriado como um precedente, ou seja, como uma expectativa de padrão de comportamento no futuro. O precedente pode constranger, mesmo que ainda não exista, pelo imperativo de que, a partir da decisão que se tomará, passará a existir³⁴.

³³ SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. In: **Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013, fl. 45–56. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-94-007-4670-1_3>; VENZKE, Ingo. International Courts' De Facto Authority and its Justification. In: **International Court Authority**. Oxford: Oxford University Press, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198795582.003.0019>>.

³⁴ “In a similar vein, it bears noting that precedent is a Janus-faced concept. As the ‘usable past’, it is

É ilustrativa, nesse tema, a confecção de certos atos que já os caracteriza como excepcionais, no intuito de conter ou mitigar os efeitos futuros do “precedente”. Nesse sentido, um exemplo dos mais recentes é a Resolução ES-10/23, de 10 de maio de 2024, da Assembleia Geral da ONU, sobre a admissão de novos membros na organização, que decidiu, “em uma base excepcional e sem fixar um precedente”, conferir ao Estado da Palestina uma série de prerrogativas perante aquele órgão e nas conferências internacionais realizadas sob seus auspícios ou de outros órgãos da ONU³⁵. Não é infrequente também que se argumente contra a adoção de determinada linha de ação sob a justificativa da abertura de um “precedente perigoso”, o que também ocorreu no recente caso do conflito na Palestina³⁶.

Se a lógica da argumentação com base na ideia de precedente não se refere exclusivamente às decisões judiciais, em relação a elas assume especial relevo, pois são projetadas expectativas sobre as cortes de que atuem com objetividade, coerência e continuidade, e é subjacente à própria noção moderna de Direito uma promessa de tratamento isonômico³⁷.

backward-looking. This is perhaps the more traditional way of looking at the concept. But, paraphrasing Schauer, today is not only yesterday's tomorrow, it is also tomorrow's yesterday. If precedents have the potential to constrain, as claimed in this paper, present decisions will be the precedents of the future. Judges aware of this will craft their judgments accordingly by using more guarded language or couching their judgments in explicit reservations so to not open the floodgates of any unwanted future developments. At other times, they might sow seeds to bloom later. Assuming that is true and perplexing though it may at first seem, this means that precedent constrains even where there is no prior decision” (JACOB, Marc. *Precedents: Lawmaking Through International Adjudication*. In: *International Judicial Lawmaking*. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, v. 236, p. 56. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023).

³⁵ Eis o texto original do terceiro ponto da referida Resolução: “3. Decides, on an exceptional basis and without setting a precedent, to adopt the modalities set out in the annex to the present resolution for the participation of the State of Palestine in the sessions and work of the General Assembly and the international conferences convened under the auspices of the Assembly or other organs of the United Nations, as well as in United Nations conferences” (GENERAL ASSEMBLY OF THE UN. **Admission of new Members to the United Nations** (Res. A/ES-10/L.30/Rev.1). New York: UN, 2024. Disponível em <https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/n24/129/97/pdf/n2412997.pdf?token=vHv6q52gOTHg4lymJI&fe=true>. Acesso em: 11 nov 2024).

³⁶ Basta referenciar a reação do Primeiro-ministro israelense, Benjamin Netanyahu, ao pedido formulado por Karim Khan, procurador-chefe do Tribunal Penal Internacional (TPI), aos pedidos de expedição de mandados de prisão contra si e outras autoridades israelenses, afirmando que “[w]hile decisions made by the court in the Hague will not affect Israel's actions, they will set a dangerous precedent that threatens soldiers and public figures” (REUTERS. “**Netanyahu says ICC decisions will not affect Israel's actions, set dangerous precedent**”. Notícia de 26 de abril de 2024. Disponível em <https://www.reuters.com/world/middle-east/netanyahu-says-icc-decisions-will-not-affect-israels-actions-set-dangerous-2024-04-26/>. Acesso em: 11 nov 2024).

³⁷ Adiantando alguns dos pontos que serão tratados adiante, vale referenciar a feliz síntese de MacCormick sobre a relação entre a exigência da igualdade e coerência e a questão dos precedentes: “And clearly the promise of equality in one important sense, that of equality before the law, and the promise of commitment to the rule of law, entail promises of consistency and coherency in judicial decision-making. Those who come before the courts have a demand in the name of equality that the courts shall not treat their cases differently, certainly not less favourably, than they have treated materially similar cases in the past. Those who seek to live under the law are entitled to demand that the law not be subject to arbitrarily varying interpretations from case to case. The same law in a similar interpretation should apply to my case as to yours; there should not be special interpretations of the same law, tailor made with reference to the person before the court, but not applied to other

Em outras palavras, diferentemente de outros atores cuja conduta incoerente pode ser justificada por motivos políticos, econômicos, sociais ou meramente volitivos, a expectativa de atuação vinculada ao Direito que recai sobre as cortes – cuja atuação deve, ao menos argumentativamente, ser justificada tendo em conta os valores já referidos – torna importante a discussão acerca dos efeitos jurídicos da existência de uma decisão anterior sobre as deliberações futuras³⁸.

É necessário considerar também a dimensão criativa do precedente judicial. O uso do precedente envolve um esforço para alcançar uma coerência diacrônica, no sentido de que o intérprete legal, diante da mudança contínua do Direito, simultaneamente busca suporte e modifica certa cultura jurídica³⁹. Assim, de um lado, o precedente atribui peso a certos argumentos jurídicos, que se tornam mais prevalentes do que outros em razão da própria existência do precedente.

De outro, porém, a sustentabilidade do precedente depende não só de como ele reflete o cânone, mas também se, em uma perspectiva sincrônica, seus critérios de justificação ainda se sustentam diante dos demais referenciais normativos do sistema e, na medida em que se distanciam de outras razões, especialmente das fortes indicativas de uma nova direção decisória, abre-se maior espaço ao questionamento de sua autoridade⁴⁰.

A partir de agora, será abordado um tipo específico de evento tomado por precedente: a decisão judicial (doravante chamada apenas de precedente). Também se

persons apparently similar in situation.” (MACCORMICK, Neil. The Significance of Precedent. *Acta Juridica*, v. 1998, p. 174–175).

³⁸ No mesmo sentido, escreve Schauer: “It is, arguably, the special responsibility of law to pursue these values of settlement, stability, and consistency. While these values do have their place in other decision making domains, and are seen throughout our decision making lives, the greater centrality of precedent in law may reflect a certain role that the legal system is expected to play more than, say, a legislature enacting a law, an executive administering the law, a physician diagnosing an illness, or a therapist counseling a patient. Reasoning from precedent, and the constraints that precedent imposes, may exist in numerous places, but may exist somewhat more in law than elsewhere because of the particular function that legal systems are expected to fulfill.” (SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. In: **Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013, p. 53. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-94-007-4670-1_3. Acesso em: 31 maio 2023).

³⁹ Adota-se aqui o conceito de cultura jurídica apresentado por Cláudia Roesler: “[p]or cultura jurídica entende-se, portanto, a forma pela qual os juristas compreendem o que é o Direito e onde ‘nascem’ os direitos. Em um determinado espaço e tempo, considera-se ‘normal’ argumentar de um certo modo quando se tematiza o Direito. Neste sentido, existe uma forma de argumentar que nos permite traduzir aquilo que é o conteúdo do Direito. A forma de argumentar não é nunca completamente explicada ou discutida explicitamente, mas se revela na medida pela qual os participantes da cultura jurídica adquirem-na como natural nas suas próprias práticas discursivas e advém dos processos de socialização profissional e acadêmica realizados por diversas instituições” (ROESLER, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In: **Retórica e Argumentação Jurídica: modelos em análise**. 1ª ed. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 24).

⁴⁰ PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. In: **Interpreting precedents: a comparative study**. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 471.

abordará um tipo específico de raciocínio baseado em precedentes, a saber, aquele que ocorre quando está em jogo a tomada de uma decisão também por um julgador. Em síntese, focar-se-á nos efeitos que a existência de precedentes exerce sobre a tomada de decisão judicial.

B) A importância de uma leitura autônoma dos precedentes nos campos internacionais em relação às culturas jurídicas nacionais

A noção de precedente é dotada de ampla fluidez e varia consideravelmente, tendo em conta os efeitos que exercem sobre as decisões judiciais e os usos dos precedentes na prática de determinado sistema, campo ou tradição jurídica⁴¹. Assim, diferentes autores, tendo por referência variadas culturas jurídicas, exigem requisitos, mais ou menos numerosos, para categorizar uma decisão judicial como precedente, valendo o mesmo para o reconhecimento de possíveis efeitos vinculantes a estes. Fundamentam essa divergência distintas perspectivas sobre o fenômeno jurídico, atravessadas por questões históricas e filosóficas sobre o reconhecimento das fontes do direito e sobre a função desempenhada pelo Judiciário.

A mais imediatamente reconhecível, conquanto também hodiernamente uma das mais fluidas, é a distinção entre as tradições jurídicas romano-germânica e anglo-saxã. É comum que os estudos sobre precedentes se iniciem por uma digressão acerca do uso dos precedentes nessas duas ópticas⁴². Não se fará neste estudo o exame percutiente desse

⁴¹ Reservaremos o conceito de “tradição jurídica” para campos de maior saturação e projeção de questões históricas e identitárias, a exemplo das “famílias” da *common law* e da “*civil law*”. Não se pretende nem sobrevalorizar, nem subestimar o impacto dessas tradições na prática jurídica: busca-se apenas com tal distinção que, mais além dos sistemas e campos singularmente considerados, o fenômeno jurídico também pode compartilhar formantes em contextos culturais mais profundamente atravessados por disputas, narrativas históricas e cosmovisões diversas, capazes também de gerar restrições e potencialidades para os operadores das normas jurídicas enquanto criam, recriam e desconstróem essas mesmas tradições, sujeitas elas mesmas a tensionamentos e “traduções”, na forma de transplantes e analogias, na formação do DI. Sobre o tema das tradições como referenciais culturais e sua relação com o desafio das traduções, vide: FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures. **História do Direito**, v. 1, n. 1, fl. 351, 2020.

⁴² Tanto que no relatório sobre fontes subsidiárias no DI Charles Chernor Jalloh sentiu a necessidade de também abordar a questão à luz da dicotomia *common law/civil law* (JALLOH, Charles Chernor. **First report on subsidiary means for the determination of rules of international law** (A/CN.4/760). International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Geneva: United Nations, 2023, p. 39-42. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/4010690?v=pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2024).

contraste, já melhor conduzido em outros trabalhos⁴³. Importa mais, para os fins deste estudo, apontar a frequente conclusão da literatura: a diferenciação entre essas grandes tradições jurídicas têm cada vez mais cedido a uma aproximação, em que as premissas de aderência absoluta dos precedentes na tradição do *common law* e a irrelevância absoluta dos precedentes no *civil law* são, atualmente, difíceis de serem sustentadas, se é que em algum momento não o foram.⁴⁴

Se, mesmo para o Direito Comparado, a dicotomia *civil law/common law* é incompleta, chama ainda mais atenção a persistência da centralidade do debate em torno desses supostos modelos europeus nos estudos acadêmico e sua inadequação quando se versa sobre a construção de uma concepção própria dos precedentes nos campos do DI.

Isso se explica, ao menos em parte, pela gênese da universalização do DI, no contexto da modernidade-colonialidade como exportação, de pluma e canhão, do *ius publicum europeum*, que também ainda se reflete em uma geopolítica do conhecimento⁴⁵ e em um modelo⁴⁶ do DI contemporâneo. Contudo, essa insistência também indica certo favorecimento desses modelos de matriz europeia como possibilidade de desenvolvimento futuro do DI, bem como a concorrência entre elas quanto ao domínio do imaginário do campo.

Manter o debate nesses termos, além de oferecer certas tentações de projeções

⁴³ Uma das mais fortes referências sobre precedentes no Direito Comparado são os estudos desenvolvidos pelo *Bielefelder Kreis*, o “círculo de Bielefeld”, o conjunto de acadêmicos de dez países diferentes que se reuniu sob os auspícios da Universidade de Bielefeld e produziu duas obras coletivas, “Interpreting Statutes” e “Interpreting Precedents”, esta última um estudo compreensivo e sistemático do tema que é tomado como ponto de referência para vários debates sobre regras de precedente. Suas considerações serão referidas ao longo desse trabalho. Para consultá-las, vide: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 1997. Disponível em: <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781351926454>>. Acesso em: 21 jun. 2023. Sobre o *Bielefelder Kreis*, vide GIACCO, Letizia Lo. **Judicial Decisions in International Law Argumentation: Between Entrapment and Creativity**. Oxford: Hart Publishing, 2022, fl. 168, nota 139.

⁴⁴ “The first major similarity is that precedent now plays a significant part in legal decision making and the development of law in all the countries and legal traditions that we have reviewed. This is so whether or not precedent is officially recognized as formally binding or merely as having other normative force to some degree. For historic reasons, certain legal systems formally discourage or even discountenance the open citation of precedent in judgments at the highest level. But even in these cases, precedent in fact plays a crucial role. (...). The second major similarity is that all systems also accommodate change and evolution in precedent through judicial action. (...). The caricature picture of civil law systems free from the shackles of precedent in contrast to the common law enslaved to its own past (or 'preserving the good old order') is certainly no longer remotely accurate, if ever it was. There is in fact no sharp dichotomy here, but a continuum.” (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.. Further General Reflections and Conclusions. In: **Interpreting Precedents**. New York: Routledge, 1997, p. 532).

⁴⁵ Sobre o assunto, SCHWÖBEL-PATEL, Christine. (Global) Constitutionalism and the Geopolitics of Knowledge. In: **The Global South and Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2020, p. 67-85.

⁴⁶ Sobre o assunto, ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. The state and international law: A reading from the global south. **Humanity**, v. 11, n. 1, p. 118–138, 2020.

progressistas sobre o DI, com base nas analogias domésticas⁴⁷, parece ser um caminho não só pouco frutífero, na medida em que até mesmo a descrição feita dessas tradições parece não ser compatível com suas práticas argumentativas⁴⁸, mas também arriscado, em termos de uma reprodução de certa colonialidade epistemológica⁴⁹.

Essas projeções vão além das discussões meramente acadêmicas: as disputas têm efeitos bem concretos, porque, em último grau, são o reflexo dos poderes e dos limites que são atribuídos aos juízes nos diferentes sistemas domésticos e na própria jurisdição internacional. As preocupações quanto a esse assunto e quanto à disputa entre tradições já faziam parte dos debates para a aprovação do texto do art. 38 do Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional⁵⁰ e, considerados, dentre outros, os desafios de representatividade no DI e na composição das próprias cortes e órgãos internacionais⁵¹, permanecem atuais.

O campo dos direitos humanos atravessa e é atravessado por experiências de diferentes tradições jurídicas, nele se inserindo o sistema interamericano de proteção como interseção que congrega diferentes culturas jurídicas nacionais, com diferentes acepções e usos dos precedentes. Os debates sobre as funções das cortes no DI, porém, não afastam a observação empírica de uma quase universalidade no uso dos precedentes, em diferentes graus, nas decisões internacionais.

Esse uso generalizado dos precedentes, que é de fácil constatação prática em múltiplos campos, sugere um caminho de pesquisa diferente das analogias domésticas para o exame da problemática do precedente no Direito Internacional: o de examinar os usos dos precedentes dentro das já abundantes práticas contemporâneas do DI.

⁴⁷ Sobre a ideia de progresso e as analogias domésticas, vide: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Constitutionalism Forever. Finnish Yearbook of International Law*, v. 21, p. 137-170, 2012. Sobre a ideia de progresso como argumentação no DI, vide: ALTWICKER, Tilmann; DIGGELMANN, Oliver. How is Progress Constructed in International Legal Scholarship? *European Journal of International Law*, v. 25, n. 2, p. 425-444, 2014.

⁴⁸ JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, v. 236, p. 36. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023.

⁴⁹ Sobre colonialidade no DI, vide SQUEFF, Tatiana Cardoso. Overcoming the “Coloniality of Doing” in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. *Revista Direito GV*, v. 17, e2127, 2021.

⁵⁰ JALLOH, Charles Chernor. **First report on subsidiary means for the determination of rules of international law** (A/CN.4/760). International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Geneva: United Nations, 2023, p. 41. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/4010690?v=pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024. Para uma análise mais detalhada, remete-se a esse documento, p. 71-84.

⁵¹ Ilustrando o debate, vide: TLADI, Dire. Representation, Inequality, Marginalization, and International Law-Making: The Case of the International Court of Justice and the International Law Commission. *UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law*, v. 7, n. 1, p. 60, 2022.

1.2 Do precedente como fonte ao precedente como argumento

Com o objetivo de aprofundar o foco nas práticas do DI, apresenta-se agora o problema da noção de vinculatividade como elemento central na definição do espaço jurídico, na esfera internacional. Sua definição está no centro das preocupações epistemológicas do DI e centra-se tradicionalmente na *Teoria das fontes* como fronteira delimitadora da vinculatividade. Essa noção, contudo, tem diversos limites explicativos em relação aos precedentes (A), cujos usos na prática argumentativa reclamam uma leitura conjugada entre fontes formais e sua apropriação na prática das cortes internacionais como atores dotados de especial autoridade semântica (B).

A) As limitações das fontes formais como meio de identificação das normas jurídicas

A noção de vinculatividade, conquanto fugidia, exerce papel pivotal em qualquer campo jurídico, na medida que um dos cerne do Direito é a definição dos padrões de conduta permitidos, proibidos e obrigatórios: a delimitação do que é conteúdo mandatório é uma das suas principais preocupações. É nesse sentido que a vinculatividade é também essencial à gênese do Direito Internacional e compõe parte de sua tradição, sendo um elemento sem o qual sua própria autonomia é desafiada. A dicotomia entre o que é vinculante e o que é não vinculante é o critério central da diferenciação epistêmica do Direito Internacional em relação às disciplinas afins, como o estudo das Relações Internacionais e da Ciência Política.⁵²

As fontes do DI exerceram uma importante função nessa delimitação epistêmica, ao possibilitarem a diferenciação entre o jurídico, o moral e o político. Permitiram, ao menos em termos de discurso justificador, a delimitação de um espaço técnico-legal, em que as normas seriam formal e objetivamente determináveis a partir de critérios independentes de seu conteúdo⁵³.

⁵² D'ASPREMONT, Jean. Bindingness. In: **Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 67-82.

⁵³ “As a prominent and central pattern of argumentative argument structure, the sources of international law—and the modes of legal reasoning associated therewith—are a product of the Enlightenment project and, arguably, of the liberal doctrine of politics. More specifically, some argue, sources constitute the linchpin of Enlightenment’s legalism, whereby international law is supposed to displace politics, or, at least, differentiate itself from it. This is how the sources of international law have been elevated into the central device to keep ‘politics’ or ‘morality’ at bay and to reduce international law to a ‘legal-technical instead of ethico-political matter’, whereby rules are formal, objectively ascertainable, and distinct from a programme of governance or a

Esse mecanismo continua a ter papel central na prática jurídica contemporânea, na medida em que a determinação da existência de uma norma jurídica por meio das fontes do Direito a torna reconhecível como vinculante e, como tal, passível de uso como referencial na argumentação dos operadores do sistema.⁵⁴

O raciocínio com base nas fontes não é exclusividade do DI, mas sua natureza descentralizada e horizontal apresenta desafios estruturais para a *Teoria das fontes*. A ausência de uma autoridade central que imponha um determinado modelo de reconhecimento da vinculatividade, considerada a matriz e a perspectiva voluntarista que norteia o cenário do DI moderno, exige certo consenso dos atores internacionais acerca dos mecanismos de determinação das normas jurídicas. Contudo, essa premissa se choca com a ampla e perene controvérsia na literatura acerca do que se entende por fontes do DI.⁵⁵

Costuma-se adotar como referência para delimitação das fontes do DI o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (CIJ)⁵⁶, o qual é encarado como uma explicitação autoritativa de aplicabilidade geral⁵⁷. Essa aceitação, porém, vem acompanhada de crítica⁵⁸, inclusive com questionamentos abertos acerca de sua efetiva utilidade na prática dos tribunais

catalogue of moral values. With the Enlightenment, the sources of international law put in place a series of contentindependent criteria, whereby membership to the domain of legal bindingness—by opposition to the domain of morality and politics—could be ensured.” (BESSON, Samantha; D’ASPREMONT, Jean. *The Sources of International Law: An Introduction*. In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 10. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0001>. Acesso em: 12 jun. 2023).

⁵⁴ BESSON, Samantha; D’ASPREMONT, Jean. *The Sources of International Law: An Introduction*. In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 11-12. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0001>. Acesso em: 12 jun. 2023.

⁵⁵ Para uma síntese sobre as controvérsias, vide: WOLFRUM, Rüdiger. *Sources of International Law*. In: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011; JALLOH, Charles Chernor. **First report on subsidiary means for the determination of rules of international law** (A/CN.4/760). International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Geneva: United Nations, 2023, p. 54-70. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/4010690?v=pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

⁵⁶ Estatuto da CIJ, artigo 38.1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes; b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito; c) os princípios gerais de direito reconhecidos pelas Nações civilizadas; d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos publicistas mais qualificados das diferentes Nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito. 2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bano*, se as partes com isto concordarem.

⁵⁷ JALLOH, Charles Chernor. **First report on subsidiary means for the determination of rules of international law** (A/CN.4/760). International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Geneva: United Nations, 2023, p. 57-64. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/4010690?v=pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

⁵⁸ Nesse sentido, FUENTES, Carlos Iván. *The Imperfect Paradigm: Article 38 of the Statute of the International Court of Justice*. In: **Normative Plurality in International Law: A Theory of the Determination of Applicable Rules**. Cham: Springer International Publishing, 2016, p. 51–136. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-319-43929-7_3. Acesso em: 23 jun. 2023.

internacionais, que não se alinhariam a um uso tão frequente e generalizado de suas disposições na delimitação das fontes que utilizam.⁵⁹

O cenário é agravado pelo fato de que, de um lado, os Estados são, ao menos em uma perspectiva mais clássica, os principais criadores e sujeitos submetidos a essas normas; de outro, a presunção que opera nesse cenário de igualdade e liberdade entre soberanos é de que, na ausência de norma sobre o tema, permite-se a prática de qualquer comportamento, realçando a dimensão política da aceitação de qualquer meio de identificação das normas.⁶⁰

Se a capacidade explicativa da doutrina das fontes em relação à delimitação do que seria juridicamente vinculante é tida por limitada em vários aspectos⁶¹, na perspectiva dos precedentes judiciais, dois aspectos da controvérsia são de maior relevo: a (in)aplicabilidade e a (in)suficiência da teoria das fontes, na forma supostamente explicitada no art. 38 do Estatuto da CIJ, para todos os campos do DI, bem como a anacronia do tratamento que esse dispositivo destinaria às decisões judiciais.

A primeira crítica baseia-se em uma suposta inabilidade do rol do art. 38 do Estatuto da CIJ e da *Teoria das fontes*, sobre ele construída, em representar os desenvolvimentos pelos

⁵⁹ Sobre o tema, SPIERMANN, Ole. The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: ‘A Purely Platonic Discussion’? In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0008>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

⁶⁰ D’ARGENT, Pierre. Sources and the Legality and Validity of International Law: What Makes Law ‘International’? In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 543-546. Um exemplo concreto da dimensão altamente política dessa polêmica está nos questionamentos de países do terceiro mundo acerca dos mecanismos de reconhecimento e interpretação do costume como fonte do DI. Para um panorama dessas críticas, vide: BAXI, Upendra. Sources in the Anti-Formalist Tradition: ‘That Monster Custom, Who Doth All Sense Doth Eat’. In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0011>>. Acesso em: 12 jun. 2023; CHIMNI, B. S. Customary International Law: A Third World Perspective. **American Journal of International Law**, v. 112, n. 1, p. 1-46, 2018.

⁶¹ Besson e D’Aspremont nos oferecem uma lista de algumas dessas críticas: “First of all, sources can partly explain the making and the bindingness of those standards identified as legal rules, but cannot account for that of systemic mechanisms, including of the sources themselves, and their nature. Secondly, the sophistication of the sources of international law that came with modernity did not provide for any indications as to how the sources themselves ought to be interpreted, the doctrine of interpretation being traditionally reserved for the interpretation of those rules identified as legal rules by virtue of the sources. A third and related conceptual problem brought about by the sources of international law pertains to the occasional collapse of the distinction between sources, construed as law identification, and interpretation, approached as a content-determination technique, the latter being allegedly deployed only after a legal rule has been identified as a legal rule by virtue of the former. Fourthly, it has also been observed that the closure of the legally binding world at the heart of this construction also comes with internal contradictions. Fifthly, the doctrine of the sources of international law has similarly suffered from the artificiality of its supposedly inductive techniques of identification as well as its reductive descriptive and explanatory virtues. Finally, another cause of perplexity lies in the incapacity of sources to account for the perceived diversification of international law-making processes and the multiplication of participants in those processes, obfuscating the actors and subjects at work behind the sources.” (BESSON, Samantha; D’ASPREMONT, Jean. The Sources of International Law: An Introduction. In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p.12-13. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0001>. Acesso em: 12 jun. 2023).

quais passaram os diversos regimes internacionais especializados, os quais teriam se desenvolvido a tal ponto que não seria mais possível deixar de reconhecer outros mecanismos de identificação das normas internacionais⁶². Já a segunda crítica aprofunda a primeira, compreendendo que o DI em geral já se transformou tanto, ao ponto em que são insuficientes e precisam ser relidos tanto a lista em geral do art. 38⁶³ como a enunciação trazida na alínea “d”, não sendo mais possível caracterizar as decisões judiciais apenas como meios auxiliares de determinação das regras de DI.

Ambas salientam o amplo uso dos precedentes na argumentação jurídica, a intensa proliferação da produção judicial das cortes internacionais⁶⁴ ao longo dos séculos XX e XXI e a função central das cortes nos diversos sistemas jurídicos atrelados ao DI contemporâneo⁶⁵.

Soma-se ao cenário da indefinição de quais seriam as fontes do DI a problemática da indeterminação do seu conteúdo, considerados o papel da interpretação jurídica e a função do intérprete ao lidar com as fontes, ou, em outros termos, a polêmica sobre se a interpretação é um processo de descoberta ou de construção do conteúdo normativo.

Ainda que a anteposição da identificação da existência da norma jurídica à determinação de seu conteúdo possa exercer uma relevância metodológica no Direito

⁶² Para uma discussão sobre o assunto na perspectiva do DIDH, vide BESSON, Samantha. Sources of International Human Rights Law: How General is General International Law? In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0040>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

⁶³ Um exemplo em FUENTES, Carlos Iván. The Imperfect Paradigm: Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. In: **Normative Plurality in International Law: A Theory of the Determination of Applicable Rules**. Cham: Springer International Publishing, 2016, p. 51–136. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-3-319-43929-7_3>. Acesso em: 23 jun. 2023.

⁶⁴ Para propósito do presente estudo entende-se como cortes internacionais apenas as instituições permanentes compostas exclusivamente por juízes internacionais. Assim, estão excluídos nessa referência os tribunais arbitrais e mistos. Isso não significa dizer, porém, que dimensões da presente discussão e dos elementos vinculados à observância dos precedentes a eles não se apliquem. Para um debate sob a perspectiva desses órgãos, vide: IOANNIDIS, Michael. A Procedural Approach to the Legitimacy of International Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1175–1202, maio 2011; KLEINLEIN, Thomas. Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1141–1174, maio 2011; SCHILL, Stephan W.. System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1083–1110, maio 2011; GUILLAUME, Gilbert. The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 2, n. 1, p. 5–23, 1 fev. 2011; RIDI, Niccolò. The Shape and Structure of the ‘Usable Past’: An Empirical Analysis of the Use of Precedent in International Adjudication. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 10, n. 2, p. 200–247, 1 jun. 2019; BORDA, Aldo Z.. Appraisal-Based and Flexible Approaches to External Precedent in International Criminal Law. **Leiden Journal of International Law**, v. 28, n. 3, p. 643–664, set. 2015; BORDA, Aldo Z. Precedent in International Criminal Courts and Tribunals. **Cambridge Journal of International and Comparative Law**, v. 2, n. 2, p. 287–313, 2013; ALSCHNER, Wolfgang. Perpetuating Mistakes through Precedent. In: **Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes**. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 183–216.

⁶⁵ Uma excelente síntese dessa posição pode ser encontrada em RI JR, Arno Dal Ri; LIMA, Lucas Carlos. A flexibilização da doutrina clássica de fontes e o papel das decisões judiciais no ordenamento internacional. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, v. X, fls. p. 71, 2015.

Internacional, as divergências sobre o conteúdo semântico das normas sinalizam um processo mais indicativo de um campo de disputa do que de um conteúdo buscado e desvelado⁶⁶. Nesse contexto, a *Teoria das fontes*, em vez de sinalizar um único caminho, abre novas trilhas⁶⁷.

Nesse cenário de falta de consenso em relação às fontes formais e à interpretação das normas jurídicas, a resposta ao problema da possibilidade das decisões judiciais serem uma fonte de DI acaba sendo uma consequência tautológica da conceituação da vinculatividade das normas internacionais.

Se colocada a questão da vinculatividade dos precedentes judiciais no DI em geral como seu reconhecimento como fonte formal, e em uma leitura estrita e restrita ao disposto no art. 38 do Estatuto da CIJ, a resposta direta seria um simples *não*. A redação é cuidadosa em diferenciar os tratados, o costume e os princípios gerais das decisões judiciais, dando a estas a posição de meio auxiliar de determinação das regras do DI.⁶⁸

A simplicidade dessa resposta elide, contudo, todo o debate sobre a identificação do que seriam as fontes do Direito Internacional; sobre a adequabilidade do rol de fontes do art. 38 do Estatuto do CIJ como referencial de normatividade para os múltiplos sistemas jurídicos atrelados ao DI; e sobre os limites da própria *Teoria das fontes* para representar os modos pelos quais se identificam os conteúdos normativos no DI. Também não se silenciam as várias objeções e posições contrárias, advogando pelo reconhecimento das decisões judiciais, dos precedentes ou da jurisprudência como fonte do DI.

Esse esgotamento relativo da capacidade explicativa da *Teoria das fontes*, em seu formato clássico, em torno das práticas de identificação e determinação do conteúdo das normas do DI não se refere apenas às decisões judiciais, nem sequer é exclusividade do campo internacional⁶⁹. A razão por trás de certa resistência em assumir a interpretação

⁶⁶ Sobre a questão da indeterminação e a argumentação jurídica no Direito Internacional, referencie-se o clássico KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006; e, a título de atualização do autor, o artigo: KOSKENNIEMI, Martti. A política do Direito Internacional: 20 anos depois. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 1, p. 30–40, abr. 2018.

⁶⁷ VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation Symposium Issue. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, v. 34, n. 1, p. 111–114, 2011. Sobre a relação entre quadros cognitivos e disputas interpretativas sobre o conteúdo do DI, vide WÄHLISCH, Martin. Cognitive Frames of Interpretation in International Law. In: **Interpretation in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198725749.003.0016>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

⁶⁸ JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023.

⁶⁹ Essa crise das fontes clássicas na identificação dos espaços normogênicos não é uma exclusividade do DI.

judicial como construção parece espelhar a mesma motivação para certa resistência nas diferentes tradições nacionais, qual seja, a aversão ao reconhecimento de capacidade normogênica inovadora aos magistrados.⁷⁰

Contudo, as práticas em torno dos precedentes judiciais apontam para uma realidade em que mesmo posições com discurso mais duro, de recusa firme da capacidade criativa das decisões judiciais, adotam fórmulas matizadas sobre o uso dos precedentes, garantindo-lhes certa posição especial na delimitação das normas do DI.⁷¹

A questão se conecta a uma problemática mais ampla, ligada à admissão de instrumentos que antes possuíam posição lateral em diversos campos internacionais, como fenômenos de criação de normas de diferentes pesos vinculantes. O exemplo mais patente dessa questão está no chamado *soft law*, que paulatinamente é considerado como uma via possível para a democratização do processo de produção normativa no DI.⁷²

Diante desse cenário, atrelar a discussão da vinculatividade das decisões judiciais

Também ordenamentos jurídicos nacionais passam a reconhecer fontes normativas além do espaço tradicional do legislador, como a produção das agências reguladoras e de órgãos de representação profissional, e a admissão de abordagens pluralistas das ordens jurídicas em respeito aos usos e costumes de povos tradicionais. Ademais, uma das marcas do constitucionalismo contemporâneo é o reconhecimento dos princípios como normas especiais norteadas por mandados de otimização, também desafiando o modelo de aplicação binária atrelado às regras jurídicas. Para uma discussão dessas diferentes variações da vinculatividade das normas jurídicas, vide BERNAL, Carlos. *Legal Argumentation and the Normativity of Legal Norms*. In: **Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013, p. 103–112. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-94-007-4670-1_7>. Acesso em: 31 maio 2023.

⁷⁰ Nas palavras de MacCormick e Summers: “In the historical reality of such a context, it may be that an acknowledgment of the existence of judge-made precedent as a distinct legal source – an open endorsement of judge-made law – is what cannot be accepted. The ‘precedent of interpretation’ is thus exalted above the ‘precedent of solution’. To go beyond this may be viewed in other quarters as usurpation, and lead to reactions that threaten judicial independence. Even in better times and happier circumstances, it remains at least tempting to keep as clear a line as reasonably possible between the sphere of democratic law making by elected legislators and the sphere of professional law applying by appointed judges” (MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert S.. *Further General Reflections and Conclusions*. In: **Interpreting Precedents**. New York: Routledge, 1997, p. 541).

⁷¹ A título ilustrativo, Alain Pellet é peremptório em negar às decisões da CIJ o caráter de fonte, com fundamento especialmente na sua função de determinação, e não de criação, de normas; contudo, dado o papel do tribunal na formatação e modificação do DI, admite que sua jurisprudência, ainda que não seja estritamente fonte formal, é meio não só de determinação das normas do DI, mas também de seu desenvolvimento progressivo (PELLET, Alain. *Decisions of the ICJ as Sources of International Law?* In: **Decisions of the ICJ as Sources of International Law?** Gaetano Morelli Lectures Series Vol. 2. Rome: International and European Papers Publishing, 2018). Para uma síntese da posição dos jusinternacionalistas brasileiros sobre o tema, vide RI JR, Arno Dal Ri; LIMA, Lucas Carlos. A flexibilização da doutrina clássica de fontes e o papel das decisões judiciais no ordenamento internacional. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, v. X, fls. p. 51–74, 2015.

⁷² SQUEFF, Tatiana Cardoso. Overcoming the “Coloniality of Doing” in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. **Revista Direito GV**, v. 17, p. e2127, 2021. Mais sobre esse tema será explorado no capítulo 4, na Parte II desta tese.

apenas à teoria das fontes no DI apresenta-se pouco proveitoso⁷³. É recomendável uma mudança de perspectiva na investigação da vinculatividade no DI, que admita a dimensão aberta e contenciosa do conteúdo das normas jurídicas⁷⁴, convidando a uma leitura que se foque em como a prática decisória lida com os precedentes em sua argumentação. Essa mudança, de certo modo, nada mais é do que um reflexo da assunção da posição de que o Direito em si é uma prática comunicativa, em que o sentido das normas é formulado por meio de seus usos concretos⁷⁵.

Um possível reparo que poderia ser feito, considerada a atenção dada às práticas decisórias por essa perspectiva de vinculatividade: admitir uma função de identificação de regras a partir dos modos decisórios seria subverter a divisão entre as dimensões sociológicas e normativas do Direito e, de alguma forma, a própria divisão entre ser e dever ser, submetendo a conceituação do que é o Direito à vontade daqueles que o operam, no caso, as Cortes. Dois pontos, todavia, podem ser levantados contra essa crítica.

⁷³ É de se resgatar que, no Direito Comparado, o enquadramento dos precedentes na teoria das fontes é também um dos temas que mostram a complexidade da noção de vinculatividade. Ao cabo, aparenta refletir perplexidades que também se apresentam nos sistemas domésticos quanto às divergências entre as enunciações e práticas argumentativas em torno das decisões judiciais como precedentes e a função da jurisprudência como fonte do Direito nos sistemas de *civil law*. Nas palavras de MacCormick e Summers: “We have variously stated and implied that it is an important difference between legal systems whether precedent is a ‘formal source of law’ or not. In terms of the self-characterization of legal systems, achieved under dominant paradigms of legal thought, this is quite accurate and unobjectionable. Common law systems do differ from the systems of codified law in what they characterize as their own ‘formal sources’. However, once we draw clear attention to the difference between procedurally formal norm-creating acts, which do admit of all-or-nothing validity, and discursive or deliberative procedures of elaborating legal justifying grounds for decisions and the like, and once we ascribe legal normative force to a greater or lesser degree to the importantly varying products of this process, we see that there is a hopeless ambiguity in applying the term ‘source’ to both these cases. At that rate, we should ‘side’ with the civilian approach that refuses to classify precedent as a ‘formal source’; but we should also ‘side’ with the common law in holding that nevertheless the propositions that are elaborated in this process have a genuinely legal quality, though having more or less soundness, greater or less weight” (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.. Further General Reflections and Conclusions. In: **Interpreting Precedents**. New York: Routledge, 1997, p. 542)

⁷⁴ Na síntese de Venzke: “The concept of sources suggests that a rule is set in place at one point in time and then applied at a later stage. The corollary understanding of interpretation suggests that it is concerned with uncovering the rule already set in place. Both these elements build on the assumption that words come with a meaning that lies outside their use. Semantic pragmatism, however, teaches that it is not possible to find meaning anywhere else other than in the concrete use of words. Law is made in its communicative practice” (VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation Symposium Issue. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, v. 34, n. 1, p. 115, 2011).

⁷⁵ “An understanding of international law as a practice is attuned to the actors who struggle for the law to pull it onto their side. And it places emphasis on the fact that the struggle is one that takes place within a structured context – a strategic environment that is international law and much else. Such structural conditions for the semantic struggle can frequently amount to a constraint while being a product of that same struggle. A product of a social process that stretches over time, international law does not easily bow to the whim of any single actor or to the impulse of any single moment. And yet, gradual change still depends on ‘new lines of conduct’ – on the actors that carry it along” (VENZKE, Ingo. International Courts’ De Facto Authority and its Justification. In: **International Court Authority**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 116. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198795582.003.0019>>. Acesso em: 28 jun. 2023).

O primeiro é que essa afirmação pressupõe que admitir os efeitos que a interpretação e as práticas exercem na construção de sentido das normas jurídicas significa anuir com uma liberdade absoluta dos intérpretes, negando, assim, uma constatação já referida neste trabalho: a argumentação se faz dentro de uma cultura jurídica, da qual se extraem critérios de aceitabilidade que não estão inteiramente disponíveis para o sujeito, na medida em que devem ser aceitáveis para os demais praticantes nela envolvidos.

Essa avaliação ocorre inclusive em uma perspectiva intertemporal: decisões do presente serão julgadas pelo futuro consoante sua consonância com parâmetros da experiência passada.⁷⁶ Dessa análise surgem consequências para a credibilidade das assertivas daqueles operadores do DI cujas proposições são rejeitadas ou tidas por estapafúrdias, inclusive nas controvérsias futuras.

O segundo diz respeito aos termos em que seria possível descartar as práticas argumentativas como fonte de análise, ou seja, de que modo uma teoria acerca do Direito pode ser considerada adequada se a sua descrição do fenômeno jurídico está em forte descompasso com o que na realidade é adotado como argumento decisório.

Nesses termos, se a acusação feita aos que defendem o estudo sobre as práticas é de que assumem uma perspectiva excessivamente sociológica, a resposta possível é que propostas que as ignoram podem se tornar excessivamente filosóficas, partindo de ideários de correção que, apesar de dotados de valor, também são pouco úteis sob o ângulo de serem insuficientes para permitir o estabelecimento de uma prática intersubjetiva que viabilize o reconhecimento dos aspectos vinculantes e não vinculantes no Direito.

É, todavia, importante não ignorar a função que a teoria das fontes teve e tem como mecanismo de distribuição de poderes e de garantia de legitimidade na construção dos sistemas jurídicos. Se é verdade que é complexo falar de democracia na formação das normas internacionais, não é irrelevante também que outros elementos foram estabelecidos na esfera internacional como garantia de participação ativa nessa normogênese, sendo o consenso dos Estados um dos principais deles.

⁷⁶ “Present international courts are constrained by considerations of how their interpretations will be received. Notably, this constraint will depend on how the courts connect to the past. In this sense, the role of international courts in the development of the law is interstitial; it stands between the past and the future. The law gains shape and develops in this interpretation in which actors demand and give reasons for or against a particular interpretation of a provision. Practice itself generates and upholds the law-it contains the yardstick of what should legally be and how a provision should be interpreted.” (VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation Symposium Issue. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 34, n. 1, p. 121, 2011).

A erosão da centralidade do papel de representação das comunidades políticas pelos Estados, em favor de uma expansão de poderes dos organismos internacionais, traz em si também riscos de aprofundamento de dimensões de imposição autoritária, inclusive coloniais, que se apropriam do DI como “civilizador gentil”⁷⁷.

Assim, em último grau, a provocação que se suscita da reflexão sobre as práticas está na causa e no efeito da vinculatividade: a argumentação acerca do que é vinculante no Direito se faz por meio dos critérios estabelecidos na teoria das fontes porque a teoria das fontes assim os prevê ou porque os praticantes aceitam a teoria das fontes como esse referencial normativo? A resposta está além desse trabalho, mas a importância da indagação é suficiente para justificar a relevância das práticas argumentativas, e, mais especificamente, decisórias, como elemento de análise na compreensão do que seria a vinculatividade dos precedentes.

B) A autoridade semântica das cortes internacionais e o precedente como referencial argumentativo

Para incluir a prática argumentativa na investigação sobre precedentes, convém examinar a capacidade de um ator moldar o conteúdo do Direito Internacional, não só com base em suas fontes formais, mas também além delas, pelo peso como argumento de suas manifestações como exercício de sua autoridade semântica.

Ingo Venzke conceitua autoridade semântica como “a capacidade de um ator encontrar aceitação para as suas reivindicações interpretativas e de estabelecer as suas próprias declarações sobre a lei como referências de conteúdo relevantes para o discurso

⁷⁷ As exigências de legitimidade conectadas ao reconhecimento da atividade criativa da jurisdição internacional serão tratadas ao longo desse trabalho e, de modo mais específico, nos debates das Partes 2 e 3, mas já se registre como referência sobre esses temas: FRANCK, Thomas M.. Legitimacy in the International System. In: **The Nature of International Law**. New York: Routledge, 2001; TREVES, Tullio. Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals. In: **Legitimacy in International Law**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2008. v. 194, p. 169-188 (ambos sobre legitimidade no DI); D’ASPREMONT, Jean. If International Judges Say So, It Must Be True: Empiricism or Fetishism? **European Society of International Law Reflections Series**, v. 6, n. 5, p. 1–11, 2017; D’ASPREMONT, Jean. The Control over Knowledge by International Courts and Arbitral Tribunals. **The Oxford Handbook of International Arbitration**, p. 327–346, 2020; BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking. In: **International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance**. Berlin, Heidelberg: Springer, 2012, p. 473-509; BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; LAGE, Délber Andrade. O Aumento do Número de Órgãos Judiciais Internacionais e suas Repercussões para a Sociedade Internacional. In: **Anuário brasileiro de Direito Internacional**. Belo Horizonte: CEDIN, 2010. v. 1p. 189-199; GIANNINI, Luísa; CARRIJO, Augusto Guimarães; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Lendo os Tribunais Internacionais a partir das Perspectivas Pós- e Decoloniais. **Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras**, v. 5, n. 2, p. e20230209–e20230209, 2023.

jurídico, das quais outros atores têm dificuldade de se afastar”⁷⁸. A categoria concilia as ópticas de estrutura e agência em uma perspectiva dinâmica do DI, que decorre não só da importância das práticas comunicativas recíprocas dos diferentes atores como fenômeno jurídico, mas também da variabilidade dessa capacidade multifatorial de fazer prosperar posições ao longo do tempo.

Atores ganham e perdem autoridade semântica, tendo em conta sua capacidade em representar e fundamentar suas assertivas no contexto jurídico em que se inserem⁷⁹, sendo essa dimensão material decorrente de uma disputa argumentativa calcada no DI como linguagem⁸⁰.

A autoridade semântica se aproxima das ideias de persuasão e justificação, mas com elas não se confunde. Apesar de ser reforçada pelo convencimento dos demais participantes, a autoridade semântica se revela por lograr a observância e aceitação das posições enunciadas, mesmo quando não há concordância plena com elas, a partir de uma admissão de que refletem (ou passam a refletir) o DI sobre a questão⁸¹. Mesmo que haja discordância sobre seu acerto, o uso desses enunciados é necessário, na medida em que a expectativa geral dos autores que engajam na argumentação naquele campo argumentativo é de que aquelas assertivas sejam parte do debate⁸².

⁷⁸ VENZKE, Ingo. Semantic authority. In: **Concepts for International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 815, tradução nossa. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781783474677/9781783474677.00059.xml>>. Acesso em: 26 maio 2023. No original: “Semantic authority refers to an actor’s capacity to find acceptance for its interpretative claims or to establish its own statements about the law as content-laden reference points for legal discourse that others can hardly escape”.

⁷⁹ VENZKE, Ingo. International Courts’ De Facto Authority and its Justification. In: **International Court Authority**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 105. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198795582.003.0019>>. Acesso em: 28 jun. 2023.

⁸⁰ VENZKE, Ingo. Semantic authority. In: **Concepts for International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 820. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781783474677/9781783474677.00059.xml>>. Acesso em: 26 maio 2023.

⁸¹ VENZKE, Ingo. Semantic authority. In: **Concepts for International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 820-823. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781783474677/9781783474677.00059.xml>>. Acesso em: 26 maio 2023. Elaborando sobre o ponto: “The fact that earlier statements about international law – especially in the form of judicial decisions – are so frequently used in legal argument has notably been explained with reference to such statements’ persuasive authority. The notion of persuasive authority is most frequently seen in comparative law and with a view to the role of foreign judgments. Likewise, in international legal discourse it is supposed to account for the use of judicial decisions in the absence of any rule of stare decisis or other rules that would give earlier judgments a solid, formal legal standing.(...). But if it is a constitutive feature of authority that it persists in case of disagreement in substance, then the notion of persuasive authority fails to convince. It does, however, nod to the fact that being persuasive may add to an actor’s authority”(p. 821).

⁸² VENZKE, Ingo. Semantic authority. In: **Concepts for International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 822. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781783474677/9781783474677.00059.xml>>. Acesso em: 26 maio 2023.

A compreensão de que tais enunciações refletem o estado atual do DI sobre determinada questão não se vincula a uma perspectiva de verdade, mas de tradição. A autoridade semântica é fruto de uma construção discursiva, extraída de práticas argumentativas que envolvem o reconhecimento social em sua legitimidade, principalmente com base em posições aceitas como corretas no passado⁸³. Trata-se de uma perspectiva de acerto, produzida pelo próprio discurso legal e de sua recepção, à luz, em especial, do histórico dos conceitos operados até aquele ponto e do conteúdo a eles atribuído nessa esfera social, ainda que com certa ductibilidade desses sentidos⁸⁴.

O conceito de autoridade semântica se aproxima das concepções pós-positivas da argumentação jurídica, vistas essas como as que reconhecem o Direito como vertente de razão prática e assumem tanto a impossibilidade de separações absolutas tanto entre Direito, moral e política, como entre as dimensões prescritiva e descritiva do Direito, vista a vinculatividade deste como construção irredutível à *Teoria das fontes*⁸⁵.

No caso das cortes internacionais, a diferenciação entre persuasão e autoridade semântica é especialmente relevante, em especial na perspectiva do precedente. Como já dito aqui, a lógica da decisão pelo precedente se faz com um grau de autonomia de seus fundamentos. Sua observância não se dá apenas pelos argumentos apresentados, mas porque esses mesmos argumentos ganharam um peso que não tinham originalmente, pelo fato de a corte ter decidido daquele modo no passado, aumentando o ônus argumentativo daqueles que querem afastá-los.

Nessa lógica, o precedente funciona não só como justificativa autoritativa para uma decisão, mas também tem a aptidão de excluir outras razões do universo de possíveis determinações legais, ou, em outras palavras, de excluir do campo de consideração do julgador outras razões conflitantes. Nesse sentido, o precedente é razão *prima facie* para a exclusão de outros fundamentos.⁸⁶

⁸³ VENZKE, Ingo. Semantic authority. In: **Concepts for International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 823-824. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781783474677/9781783474677.00059.xml>>. Acesso em: 26 maio 2023.

⁸⁴ VENZKE, Ingo. Semantic authority. In: **Concepts for International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 824. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781783474677/9781783474677.00059.xml>>. Acesso em: 26 maio 2023.

⁸⁵ MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 16, n. 2, p. 211, 2011.

⁸⁶ PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. In: **Interpreting precedents: a comparative study**. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 469-470.

A partir do conceito de autoridade semântica, é possível reconhecer que a regulamentação explícita dos efeitos do precedente nas fontes formais não é a única norma jurídica que incide sobre o julgador quando examina um caso sobre o qual há manifestações antecedentes relevantes.

A autoridade semântica não é exclusividade das cortes. A produção de argumentos autoritativos por diferentes atores com reconhecida capacidade técnica é de especial importância para a construção de consensos acerca do conteúdo das normas de DI. Uma referência ilustrativa é o Comitê Internacional da Cruz Vermelha⁸⁷, cujas conclusões já foram adotadas como argumento pela CIJ na interpretação da Convenção relativa à proteção dos civis em tempo de guerra⁸⁸. Outro exemplo patente é o trabalho da Comissão de Direito Internacional⁸⁹, cuja autoridade semântica é inclusive reforçada por previsões expressas em fontes formais do DI⁹⁰.

Contudo, o nível de autoridade semântica de que gozam as Cortes tende a ser elevado na comparação com outros atores, ainda que possa ser impactado, por exemplo, por especializações regionais e temáticas. Distingue-as, em especial, a sua capacidade de produção de precedentes judiciais no processo de exercício da função de resolução de controvérsias. Ao produzir fundamentos decisórios, as cortes também modificam o que é considerado aceitável ou não em termos de argumentação jurídica, exatamente porque as

⁸⁷ Nesse sentido, vide MÜHREL, Linus Jannek. **The Authority of the International Committee of the Red Cross: Determining What International Humanitarian Law Is**. Leiden: Brill, 2024.

⁸⁸ “97. Moreover, the Court would observe that the ICRC, whose special position with respect to execution of the Fourth Geneva Convention must be ‘recognized and respected at all times’ by the parties pursuant to Article 142 of the Convention, has also expressed its opinion on the interpretation to be given to the Convention. In a declaration of 5 December 2001, it recalled that ‘the ICRC has always affirmed the de jure applicability of the Fourth Geneva Convention to the territories occupied since 1967 by the State of Israel, including East Jerusalem’” (ICJ. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 175-176. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2024).

⁸⁹ Sobre a atuação da CDI e seu impacto na argumentação internacional, vide: AZARIA, Danae. ‘Codification by Interpretation’: The International Law Commission as an Interpreter of International Law. **European Journal of International Law**, v. 31, n. 1, p. 171–200, 2020.

⁹⁰ No caso da CDI, vale citar as disposições do art. 13 (1) (a) da Carta das Nações Unidas e da Resolução 174/1947 e emendas posteriores, pelas quais a Assembleia Geral da ONU aprovou o Estatuto da CDI atribuindo-lhe o objetivo de “promover o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional” (art.1 (1)).

fontes formais conduzem a elas para a solução dos pontos de divergência⁹¹.

A maneira como as fontes formais disciplinam uma questão pode abrir um espaço maior ou menor para o exercício mais amplo da autoridade semântica por meio da afirmação/construção do que seria seu conteúdo⁹². Ademais, a própria criação por um tratado e a atribuição da função, seja de resolução de controvérsias, com base em determinadas normas jurídicas, seja de um mandato de interpretação de uma determinada convenção é, por si, um reforço importante ao impacto dos argumentos de um órgão.

A possibilidade de seu novo acionamento, por exemplo, na hipótese de inobservância de suas enunciações, acaba por ser, em si, um fator que pode ampliar o peso dos argumentos de uma corte. Afinal, se a decisão judicial não vincularia como precedente, uma decisão judicial que adota o precedente como razão de decidir vincula quem seja recalcitrante.

Como contraponto, uma corte internacional necessita, em geral, de um apoio e de um nível de aceitação maior do que o dos tribunais domésticos, para afirmar sua autoridade semântica, dado que a adesão à jurisdição internacional é em regra voluntária. Não à toa, uma das principais vias de resistência à autoridade semântica de um tribunal é o esvaziamento de sua jurisdição por meio da retirada de declarações de reconhecimento de sua jurisdição obrigatória ou mesmo da denúncia dos tratados a que se vinculam, um risco permanente para as cortes internacionais. Essa hipótese de *opt-out* daqueles que normalmente são seus principais jurisdicionados implica um necessário cuidado estratégico com a construção da interpretação jurídica e com a necessidade de formação de redes de aliados, inclusive domésticos, que reconheçam sua jurisdição como autoritativa⁹³.

⁹¹ International courts enjoy an outstanding position in semantic struggles about the meaning of law. With concrete case decisions and reasoning that supports their findings, international courts exercise a great deal of authority over the legal discourse. Quite a few judgments even appear to be geared towards providing authoritative reference points for future discourse, making general and abstract formulations that may not even be compelled by the case. 'A combination of sociological predispositions, as well as the law itself, sustains courts' semantic authority. In case of dispute, the law points to them for resolution (VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation Symposium Issue. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, v. 34, n. 1, p. 122, 2011).

⁹² HERNÁNDEZ, Gleider. Interpretative Authority and the International Judiciary. In: **Interpretation in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015, fl. 166-185. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198725749.003.0008>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

⁹³ Sobre esse fenômeno, vide: OLSEN, Henrik Palmer. International Courts and the Building of Legal Authority beyond the State. In: **Legal Authority beyond the State**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 81-101. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108100045%23CN-bp-3/type/book_part>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Ilustra a perspectiva de que não apenas as fontes formais alimentam a autoridade semântica dos tribunais o uso dos precedentes produzidos por cortes que não pertencem ao sistema legal em que se insere o decisor. Nos sistemas nacionais, o reconhecimento da autoridade semântica de tribunais de outros países impacta na consideração dos precedentes na argumentação jurídica, como se dá, por exemplo, com o uso do Direito Comparado. Uma corte nacional prestigiosa pode ter suas decisões referenciadas como argumentos, como é frequente no STF, em relação às cortes supremas dos EUA e da Alemanha. A compreensão da variação nessas referências é fértil agenda para entender hierarquias epistemológicas que regem a circulação das ideias jurídicas⁹⁴.

No DI, ilustram essa situação as referências cruzadas entre cortes regionais de direitos humanos, que Laurence Burgogue-Larsen denomina de descompartimentalização (*décloisement*) da interpretação no DIDH⁹⁵. Por meio dessa abordagem descompartimentalizada, as cortes fazem uso de precedentes de outros sistemas regionais para interpretar e dar sentido às disposições das convenções a que se vinculam.

Os tratados atinentes aos sistemas europeu e americano não são explícitos no uso de disposições exógenas de outras jurisdições especializadas, à exceção da previsão de abertura do sistema africano, presente no art. 61 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos⁹⁶. Ainda assim, a prática das referências cruzadas não só é admitida, mas também louvada em parte da doutrina como estratégia de preservação da harmonia e coerência do DIDH, emprestando aos pronunciamentos pretéritos de diversas cortes regionais valor argumentativo na tomada de decisões, ainda que matizado também por hierarquizações epistemológicas⁹⁷.

⁹⁴ Para uma perspectiva teórica sobre a recepção de precedentes e a questão da autoridade, aqui sob a alcunha de autoridade persuasiva, vide: GLENN, H. Patrick. Persuasive Authority. **McGill Law Journal**, v. 32, p. 261, 1986; para uma discussão sob a perspectiva brasileira da temática dos usos do Direito Comparado, vide ROESLER, Cláudia. O uso de elementos de direito estrangeiro nas decisões judiciais: um esboço de modelos de análise. **Revista Brasileira de Direito**, v. 17, n. 3, p. 4482.

⁹⁵ BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Decomartmentalization”: The key technique for interpreting regional human rights treaties. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 1, p. 187–213, 2018.

⁹⁶ Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, Artigo 61: “A Comissão tomará em consideração, como meios auxiliares de determinação dos princípios de direito, as outras convenções internacionais, gerais ou especiais, que estabeleçam normas expressamente reconhecidas pelos Estados-membros da Organização da Unidade Africana, as práticas africanas consistentes com as normas internacionais relativas aos direitos humanos e dos povos, os costumes geralmente aceitos como direito, os princípios gerais de direito reconhecidos pelos Estados africanos, assim como os precedentes legais e a doutrina”. Disponível em https://au.int/sites/default/files/treaties/36390-treaty-0011_-_african_charter_on_human_and_peoples_rights_e.pdf, tradução nossa. Sobre a situação especial do sistema africano, vide BURGORGUE-LARSEN, Laurence. “Decomartmentalization”: The key technique for interpreting regional human rights treaties. **International Journal of Constitutional Law**, v. 16, n. 1, 2018, fls. 191-192.

⁹⁷ Contudo, um contraponto precisa ser feito: a realidade da existência de um diálogo regional com base nos precedentes externos é questionada pelas evidências no sentido de que, enquanto a Corte IDH é profusa em citar

Assumindo que a compreensão do uso dos precedentes no processo decisório do DI envolve não só considerações sobre fontes formais, mas também sobre como, por meio do reconhecimento de diferentes níveis de peso argumentativo, os precedentes se tornam referenciais no processo decisório, cabe uma reflexão sobre a teorização das regras de precedentes à luz também das práticas argumentativas.

Em síntese, a noção de autoridade semântica leva à reflexão sobre a existência de duas dimensões da vinculatividade dos precedentes: a formal e a material. A primeira é extraída da previsão explícita das fontes formais, enquanto a segunda resulta da interação sistêmica, dentro da prática jurídica, dos diversos materiais usados como referentes por cada campo jurídico.

Ambas as dimensões interagem entre si e afetam a autoridade semântica dos órgãos prolores das decisões. Uma previsão que reduza a vinculatividade formal de uma decisão - ou mesmo de outros materiais jurídicos - pode ser contornada por meio da interação entre as fontes formais. Um exemplo é o uso das decisões de outros sistemas regionais de direitos humanos como referencial para atribuir conteúdo a um tratado que está sendo interpretado, a apropriação do *soft law* como interpretação autorizada de normas vinculantes ou o uso de manifestações ditas de natureza consultiva como base para decisões de caráter obrigatório⁹⁸.

Já o peso argumentativo de um material apropriado pela prática argumentativa pode ser reduzido ou esvaziado por novas previsões das fontes formais, por exemplo, pela proibição expressa do uso das manifestações de uma corte como argumento ou por uma reação normogênica que gera um efeito de “*backlash*” em relação ao entendimento até então consolidado. A própria passagem do tempo, com a produção de novas normas jurídicas e a alteração da teoria de base de um sistema jurídico, pode afetar a autoridade de um precedente, que passa a ser visto como não representativo do Direito.

Assim, a ausência de previsões embasando a vinculatividade formal das decisões afeta a reivindicação de atribuir-lhes uma maior autoridade. Já a falta de reconhecimento da autoridade de uma decisão, como reflexo do nível de consenso sobre a adequação dos

o TEDH, a recíproca europeia seria mais limitada, o que pode refletir novamente riscos de colonialidade epistemológica na construção do campo dos direitos humanos. Nesse sentido, vide VOETEN, Erik. Borrowing and Nonborrowing among International Courts. *The Journal of Legal Studies*, v. 39, n. 2, p. 547–576, 2010. Também apontando na mesma direção, a partir do exame dos diálogos transjudiciais na temática das migrações internacionais, vide a dissertação de SILVA, Bianca Guimarães. **América para os americanos ou para a humanidade?**: estudo crítico dos diálogos transjudiciais na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos sobre migrações internacionais. 2022. Universidade de Brasília, Brasília, 2022. Disponível em: <http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/44214>. Acesso em: 16 fev. 2024

⁹⁸ Mias sobre esse tema na Parte II desta tese.

argumentos nela expendidos, pode afetar o reconhecimento de sua vinculatividade efetiva, notadamente em modelos descentralizados de produção e coerção, como ocorre no DI. Os dois resultados afetam a autoridade semântica do órgão decisor, que passa a ser visto, respectivamente, como desautorizado pelas fontes formais de direito ou autoritário no exercício de seu poder de decidir, afetando a força vinculante de suas manifestações.

Na próxima seção serão exploradas as conexões entre as dimensões de vinculatividade das decisões e as ideias de força vinculante e regras de precedentes.

CAPÍTULO 2: AS REGRAS DE PRECEDENTE NO DIREITO INTERNACIONAL

A partir do cenário exposto no capítulo anterior, é possível reapresentar as regras de precedente como diretrizes que traduzem a autoridade semântica das cortes internacionais, resultantes da interação entre normas e práticas identificadas por meio da argumentação.

Levando-se em consideração a dimensão material-argumentativa, a vinculatividade dos precedentes passa a englobar uma gradação de diferentes intensidades, por meio das quais se expressam, tanto as previsões das fontes formais quanto as suas apropriações por aqueles que as operam. Esse aprofundamento sinaliza uma agenda de pesquisa que relê as regras de precedentes, conjugando as enunciações formais e as práticas argumentativas em torno das decisões judiciais pretéritas, sendo uma decorrência necessária, ainda que frequentemente velada, da existência destas (2.1).

No caso das regras de precedente no DI, é indubitável o uso generalizado dos precedentes na argumentação das diversas cortes, mas com vinculatividade material variável consoante diversos fatores sistêmicos dos múltiplos campos (2.2).

2.1 Da (não) vinculatividade binária à força vinculante dos precedentes no DI

O estudo complexificado da vinculatividade no DI, por meio da conjugação da teoria das fontes formais com as práticas argumentativas, leva ao reconhecimento de que uma leitura binária é incapaz de descrever perfeitamente a força vinculante dos precedentes, que também é dotada de uma dimensão material, conectado ao seu peso na argumentação (A).

Ao se fazer uso dos precedentes, são construídas disposições sobre seu uso como argumento, que refletem, explícita ou implicitamente, os diferentes pesos atribuídos às manifestações judiciais. As regras de precedente podem ser caracterizadas, assim, como uma tradução dos diferentes níveis de autoridade semântica que se atribui às cortes em um sistema jurídico (B).

A) A força vinculante dos precedentes como gradação variável

A visualização da vinculatividade como um conceito binário (vinculante/não

vinculante) tem limitada capacidade de explicar como se dá a argumentação decisória. No caso dos precedentes judiciais, manter o foco na problemática categorização da *Teoria das fontes* é ignorar que, sejam classificados como fontes do Direito ou não, outros enunciados jurídicos e elementos sistemáticos lhes atribuem efeitos importantes.

A argumentação sempre ocorre dentro de um contexto. No caso da argumentação judicial, há dois objetivos principais: convencer que a solução é juridicamente (e possivelmente moralmente) correta e demonstrar sua inserção no sistema preexistente. Por isso, ela se limita pelos parâmetros já aceitos como vinculante em cada sistema jurídico e pela necessidade de oferecer a melhor solução dentro desses parâmetros, que, ao menos aparentemente, já estão definidos para o intérprete, o qual se insere dentro de cultura jurídica, entendida como uma forma específica de compreensão sobre o que é e de onde provém o Direito, formada a partir de práticas discursivas e socializações profissionais e acadêmicas⁹⁹.

Uma riqueza de fatores fundamentam a argumentação decisória, dentre os quais as fontes do Direito tem notável importância, mas não exclusividade¹⁰⁰. A própria abertura semântica das fontes clássicas do Direito (e dos textos e enunciados jurídicos em geral), conjugada à constatação de que normalmente, nas controvérsias jurídicas, há uma concorrência de fontes potencialmente aplicáveis para a solução da questão, já demonstram que a discussão da vinculatividade não se esgota na delimitação das formas de produção de enunciados gerais vinculantes¹⁰¹.

A argumentação jurídica também importa porque essas considerações sistêmicas e

⁹⁹ ROESLER, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In: **Retórica e Argumentação Jurídica: modelos em análise**. 1ª ed. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 23-24.

¹⁰⁰ Na síntese de Marc Jacob: “To be sure, formal sources are undeniably an important aspect of law. And of course international law remains a normative affair; but it is not simply an affair of norms laid down in positive sources. Formal sources are not the only game in town when it comes to arguing and thus deciding cases; analogies, hypotheticals, consequentialist considerations, historical points, different kinds of logical or linguistic arguments, and the use of dictionaries, maps, graphs, or statistics, to name but a few, are all widespread modes of legal argument. Reasoning in law is a complex process consisting of many steps, usually ranging from the initial classification of matters to various stages of identification and interpretation to some form of syllogistic conclusion.²⁵ Precedent can play a part in nearly all of these. Even if it often appears in the guise of a previously expounded rule or principle, i.e. as a major (legal) premise, it is not limited to the extraction of norms. Each of these steps is argumentative and possibly subject to various unspoken meta-rules (e.g. that a speaker ought not to contradict herself and give reasons for a statement). Nor is purportedly self-sufficient deduction immune to the shortcomings of a purely logical method. In summary, just as it is inaccurate to claim that the law admits any and all types of arguments, it would be an equally gross oversimplification to maintain that adjudication is exclusively concerned with shoehorning arguments into formal sources.” (JACOB, Marc. *Precedents: Lawmaking Through International Adjudication*. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, p. 43. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023).

¹⁰¹ JACOB, Marc. *Precedents: Lawmaking Through International Adjudication*. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, v. 236, p. 43-44. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023.

lógicas não envolvem apenas práticas persuasórias, mas assumem vinculatividade ao delas depender o juízo sobre a adequação dos raciocínios jurídicos. A vinculatividade de qualquer regra e princípio depende, em alguma medida, de outras regras e princípios que regem a argumentação jurídica, como coerência e clareza, sem os quais a própria possibilidade de afirmar o acerto ou desacerto das decisões fica inviabilizada¹⁰².

Assim, ainda que se entendam como enunciados estritamente vinculantes apenas aqueles presentes nas fontes formais, há a possibilidade, e quase inevitabilidade, de que as considerações normativas deles extraídas façam com que as decisões judiciais pretéritas exerçam alguma influência na argumentação.

Em síntese, os precedentes podem extrair seu peso argumentativo de várias disposições esparsas das fontes formais, raciocínios gerais justificadores e práticas extraídas do sistema, apesar de eventualmente nenhum deles estar explícita e sinteticamente insculpido em um texto jurídico formal¹⁰³.

Vale destacar que essa força vinculante, resultante da convergência das previsões das fontes formais com essa dimensão material ligada à prática argumentativa, apesar de ser conhecida por diferentes nomes na literatura científica sobre o DI, é frequentemente admitida, mesmo quando descrita como incipiente ou subsidiária. Registra a literatura que as decisões judiciais ou a jurisprudência detêm vinculatividade de fato (*de facto bindingness*)¹⁰⁴, efeito

¹⁰² “Legal argumentation has differing relations with the concept of normativity. On the one hand, normativity plays an important role in legal argumentation. This is because legal norms are elements of the arguments which go together to make up legal discourse. On the other hand, legal argumentation also plays a relevant role in grounding the normativity of legal norms. The normativity of legal norms is not only based on authority, but also on correctness, and correctness is achieved, at least in part, by compliance to rules governing legal argumentation.” (BERNAL, Carlos. Legal Argumentation and the Normativity of Legal Norms. In: **Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013, p. 103. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-94-007-4670-1_7>. Acesso em: 31 maio 2023. Sobre as relações entre normatividade e regras de argumentação jurídica, vide o referido artigo em geral.

¹⁰³ PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. In: **Interpreting precedents: a comparative study**. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 466. Também sobre a interação entre fontes formais e precedentes, em uma perspectiva mais teórica, e assumindo os vários efeitos legais do precedente, vide KRISTJÁNSSON, Hafsteinn Dan. Elements of Precedent. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 75-88. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0007>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

¹⁰⁴ PAUWELYN, Joost. Sources of International Trade Law: Mantras and Controversies at the World Trade Organization. In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0048>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

precedencial¹⁰⁵, ou dimensão objetiva com efeitos expansivos¹⁰⁶; que produzem um *de facto stare decisis*¹⁰⁷; que são atos pré-normativos¹⁰⁸, meios de desenvolvimento progressivo do DI¹⁰⁹, e detêm um aspecto centrífugo, assumindo eventualmente autoridade extensiva como jurisprudência “quase obrigatória”¹¹⁰; e que projetam um efeito jurídico amplo¹¹¹ ou um efeito *erga omnes* via princípio da *res interpretata*¹¹².

¹⁰⁵ VON BOGDANDY, Armin. **The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2024, fls. 213-217. Disponível em: <<https://academic.oup.com/book/56270>>. Acesso em: 7 jun. 2024; HAMANN, Andrea. L'autorité du précédent. In: **Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg**. Paris: Éditions Pedone, 2016, p. 151-191 (afirmando que as cortes, com base em outras normas legais, buscam a afirmação de um efeito precedencial, dada sua impossibilidade de afirmar a autoridade legal que os precedentes efetivamente possuiriam); SHAHABUDDEEN, Mohamed. **Precedent in the World Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures), p. 107-109 (usando a expressão “força precedencial”); SWEET, Alec Stone; RYAN, Clare. Beyond Individual Justice. In: **A Cosmopolitan Legal Order: Kant, Constitutional Justice, and the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 125-126 (em estudo sobre a ECHR). Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198825340.003.0005>>. Acesso em: 3 jul. 2023.

¹⁰⁶ Essa a fórmula adotada por MacGregor para representar os efeitos do precedente interamericano. Vide MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez Mexicano. **Estudios constitucionales**, v. 9, p. 531-622, 2010.

¹⁰⁷ BHALA, Raj. The Precedent Setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy). **Journal of Transnational Law & Policy**, v. 9, n. 1, p. 1-152, 1999.

¹⁰⁸ ALOUPI, Niki; KLEINER, Caroline. Le précédent en droit international: technique pré-normative ou acte normatif? In: **Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg**. Paris: Éditions Pedone, 2016, fls. 15-46.

¹⁰⁹ TAMS, Christian J.. The ICJ as a ‘Law-Formative Agency’: Summary and Synthesis. In: **The Development of International Law by the International Court of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199653218.003.0016>>. Acesso em: 12 jun. 2023; PELLET, Alain. Decisions of the ICJ as Sources of International Law? In: **Decisions of the ICJ as Sources of International Law?** Gaetano Morelli Lectures Series Vol. 2. Rome: International and European Papers Publishing, 2018 (analisado acima).

¹¹⁰ BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A autoridade da coisa julgada no Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 178-209;

¹¹¹ Essa referência é construída por Charles Jalloh no Segundo Relatório apresentado por Charles Chernor Jalloh à CDI sobre meios auxiliares para a determinação das normas de direito internacional (2024, fls. 48-60), que também se recomenda para uma perspectiva ampla de diferentes autores sobre a força vinculante dos precedentes no DI geral. Em suas palavras: “180. That preceding interpretation nonetheless leaves some room for what had long been established in the practice of the International Court of Justice, that is to say, the reasoning and conclusions of earlier cases remain important for other cases. So much so that the broader legal effect is so well established that it could not be denied. Or, if denied, would simply be out of step with the reality. Indeed, as can be seen from the italicized excerpt above, the burden of disposing of a particular legal finding is not even neutral. The presumption is that the Court will start from its prior correct statement of the law. The burden to displace that presumption is shifted to the party that seeks to displace the previously articulated legal conclusion of the Court. That, though perhaps sensitive, almost brings us back to the idea of respect for legal precedent without necessarily calling it such. Characterizing it as such is unnecessary, however, as that only gives rise to unnecessary controversies. However, the sum total of the impact of the provision is the same and offers legal security, consistency and predictability to States, while offering legitimacy to the Court. That the Court is then followed by other national and international courts has systemic implications for maintaining international law as a coherent legal system” (JALLOH, Charles Chernor. **Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law** (A/CN.4/769). International Law Commission. 75th session. Geneva, 29 April-31 May and 1 July-2 August 2024. Geneva: United Nations, 2024, p. 53).

¹¹² THOUVENIN, Jean-Marc. On different res: res judicata, res interpretata, res praescripta (or indicata), res deliberata. **The Japanese Yearbook of International Law**, 2022. Disponível em: <<https://hal.science/hal-04452216>>. Acesso em: 5 maio 2024. Sobre o uso da doutrina da *res interpretata* no

Nesse sentido, a expressão *vinculatividade de fato* (*de facto bindingness*) e suas análogas são apenas indicativas de que as razões normativas para seguir o precedente são diferentes, e, em algum sentido, mais fracas do que as razões normativas para seguir ou se conformar a outras disposições legislativas que já se supõe serem dotadas de vinculatividade nas diversas ordens legais contemporâneas, como normas constitucionais ou oriundas de leis formais.¹¹³

Saliente-se que admitir que os precedentes judiciais possam exercer uma força vinculante não significa afirmar que essa vinculatividade se dá da mesma forma, com as mesmas consequências ou com o mesmo peso que outros modos de produção da norma jurídica, mas, ao contrário, significa não só admitir a distinção, mas também compreender que uma das fontes de perplexidade, quando se lida com o tema, é exatamente essa diferenciação de graus de força vinculante.

Na medida em que a vinculatividade passa a se centrar no Direito como fenômeno argumentativo, pode-se compreender que, até como um reflexo da função da teoria das fontes no Direito moderno (que, como já explicado, dissocia a discussão jurídica de outros processos decisórios, como os dos campos da política e da economia), a adoção, como referencial argumentativo, de uma fonte formal restringe o debate acerca da pertinência da disposição apontada, a qual é pressuposta como válida (ainda que sua gênese, existência, conteúdo e aplicabilidade permaneçam passíveis de discussão¹¹⁴).

O mesmo, contudo, já não vale para o argumento baseado no precedente: seu efeito é ponderável e varia conforme múltiplos fatores, ainda que a validade e a pertinência da decisão judicial não esteja em jogo.

B) A onipresença velada das regras de precedente

As regras de precedente (“*rules of precedent*” ou “*rules on precedent*”) são “diretrizes estipulando como um precedente opera na prática de um determinado sistema

sistema interamericanos trataremos com mais vagar na Parte 2.

¹¹³ PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. In: **Interpreting precedents: a comparative study**. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 465-467.

¹¹⁴ No caso do DI, esse debate certamente tem uma relevância e delicadeza mais intensa do que nos ordenamentos jurídicos nacionais, em que normalmente o monopólio da normogênese abstrata é, ao menos a princípio, entregue a um corpo legislativo. Mas, como já discutido nesse trabalho na seção acerca das fontes, nem mesmo nos sistemas nacionais a assertiva do monopólio hoje é incontestável, e o reconhecimento da existência das normas costumeiras e a identificação de princípios gerais, no caso do Direito Internacional, ainda são altamente contenciosos.

jurídico”¹¹⁵. A definição conjuga não só as previsões prescritas nas fontes formais do Direito às práticas argumentativas, mas também ao modo pelo qual tais fontes são apropriadas e refletidas nas mesmas práticas argumentativas, que indicam o que se considera aceitável ou não como fundamento decisório em um sistema jurídico. Como tal, envolvem frequentemente instruções metodológicas sobre a argumentação jurídica, sendo referenciadas muitas vezes como “doutrinas de precedente”¹¹⁶.

Nesse sentido, as regras de precedente se distinguem da teoria dos precedentes, que é uma elaboração científica construída sobre o fenômeno da produção e usos dos precedentes, e das normas de direito material, que podem ser extraídas da jurisprudência (o que, nos sistemas anglo-saxões, é chamado de “*case law*”)¹¹⁷. Também não se restringem à chamada “regra do precedente” (“*rule of precedent*”), no sentido de uma doutrina específica que reflete (de um modo um tanto quanto estereotipado) a perspectiva das culturas jurídicas associadas à tradição do *common law* sobre a força vinculante intensa das regras de precedente, uma das

¹¹⁵ JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, p. 36, tradução nossa. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023. No original: “The so-called rules of precedent are those guidelines stipulating how precedent operates in practice in a given legal system”. A adoção do termo “diretriz” como tradução para o termo “guidelines”, usado por Marc Jacob, visa a sinalizar como a caracterização das regras de precedente é formada pela interação nas práticas argumentativas de regras e princípios de que resultam direitos, deveres e ônus. É interessante notar que, ao aprovar a sua resolução sobre precedentes e jurisprudência, o Instituto de Direito Internacional também preferiu aprovar diretrizes (“guidelines”/“directrices”). Vide: INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **Precedents and case law (jurisprudence) in interstate litigation and advisory proceedings** (2 Res EN). 2nd Commission. Resolution of 1.9.2023. Session d’Angers – 2023.

¹¹⁶ “These are often methodological instructions that differ in nature and quality from actual law concerning precedents, which tends to be derived from (quasi-) constitutional considerations. Their misapplication, therefore, does not necessarily result in an incorrect judgment where no pertinent substantive norms are contravened. These rules are occasionally also referred to as a particular doctrine of precedent, particularly in systems where such rules are fairly detailed, as in the phrase ‘[t]he peculiar feature of the English doctrine of precedent is its strongly coercive nature.’” (JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, p. 36-37. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023).

¹¹⁷ JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, v. 236, p. 36-38. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023.

várias formas que podem assumir as regras de precedente¹¹⁸.

A opção pelo plural “regras” em vez de “regra” é propositalmente feita para indicar um ponto relevante: trata-se aqui não de um enunciado-síntese sobre uma “fonte do direito”, mas de diretrizes extraídas à luz de alegações sobre a observância de um precedente, resultantes da interação, nas práticas argumentativas, entre regras e princípios variados dos quais decorrem direitos, deveres e ônus.

Assim, refletem um fenômeno mais amplo, que envolve considerações sobre a distribuição dos poderes normogênicos, capacidades interpretativas e a construção de sentido das normas jurídicas. Sua principal consequência é a distribuição de ônus argumentativos nos contextos de uso dos precedentes, facilitando ou dificultando a defesa de posições neles embasadas.

Adotado esse sentido de regras de precedente, pode-se afirmar que, sendo um sistema jurídico dotado de um órgão que produza decisões, é quase inevitável que conte com regras de precedente as quais podem ser, em uma hipótese limite, uma diretriz que nega qualquer possibilidade de uso de decisões anteriores na argumentação jurídica, mas, que ainda assim, afetará a maneira com que essas decisões são usadas na argumentação¹¹⁹.

O mais frequente, contudo, é que, considerando as práticas generalizadas de uso das decisões pretéritas na argumentação jurídica, os teóricos, quando afirmam a ausência de uma “doutrina do precedente” em um sistema, estejam, na verdade, diante de um cenário em que as regras de precedente participam da prática argumentativa, mas não estão totalmente explicitadas ou categorizadas, judicial ou academicamente¹²⁰.

¹¹⁸ Um exemplo: no Segundo Relatório apresentado à CDI quanto aos meios subsidiários de determinação das regras de DI, Charles Jalloh emprega a expressão “rule of precedent” no título da 7ª proposta de conclusão, nominada “Absence of a rule of precedent in international law”. Respeitosamente, entendemos que fazê-lo mescla uma doutrina específica do precedente, identificada com o *common law*, com a descrição das regras de precedente no DI, o que o próprio relator tenta oferecer na redação em si da conclusão proposta, nos seguintes termos: “International courts or tribunals, when settling disputes between States or international organizations or issuing advisory opinions, do not normally follow their own prior decisions or those of other courts and tribunals as legally binding precedents.”, para, na 8ª minuta de conclusão, intitulada “Persuasive value of decisions of courts and tribunals”, propor reconhecer-se que “International courts or tribunals, when settling disputes between States or international organizations or issuing advisory opinions, may follow their own prior decisions and those of other international courts or tribunals on points of law where those decisions address analogous factual and legal issues and are found persuasive for resolution of the issue at hand” (JALLOH, Charles Chernor. **Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law** (A/CN.4/769). International Law Commission. 75th session. Geneva, 29 April–31 May and 1 July–2 August 2024. Geneva: United Nations, 2024).

¹¹⁹ JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, v. 236, p. 37. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023.

¹²⁰ PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. In: **Interpreting precedents: a comparative**

Assumindo essa dimensão de análise, em que fontes e práticas argumentativas convergem, três pontos costumam ser referenciados pelos comparativistas quando se analisam os usos de precedente em um sistema: (1) não necessariamente os discursos oficiais sobre os precedentes em um sistema correspondem a sua prática; (2) a dicotomia vinculante/persuasivo é insuficiente para descrever todas as possibilidades de funções do precedente em um sistema; (3) alguns sistemas negam vinculatividade a decisões singulares, mas a atribuem a um conjunto de decisões convergentes¹²¹.

No primeiro ponto, mesmo quando os textos que dispõem sobre o uso dos precedentes estão explícitos nas fontes formais reconhecidas em um sistema jurídico, suas leitura literal e aplicação prática podem ser descompassadas, insuficientes ou mesmo incompletas diante dos usos realizados na atividade decisória, o que conduz à necessidade de um cuidado no exame das assertivas que os operadores de cada sistema realizam sobre a vinculatividade dos precedentes. Assim, além dos enunciados formais, as práticas argumentativas, em especial as desenvolvidas pelas próprias cortes, podem impactar na força vinculante de suas decisões para casos futuros.

Quanto ao segundo ponto, como já aludido anteriormente, a divisão imperatividade/persuasão pode falhar em capturar as múltiplas funções que o precedente judicial geralmente cumpre na argumentação jurídica.

Já em relação ao terceiro ponto, além de se destacar o papel cumprido pela jurisprudência em vários sistemas proclamados de *civil law*, vê-se sua conexão com o segundo, sinalizando, pois, como as regras sobre a força vinculante dos precedentes podem se apresentar, por exemplo, sob a alcunha de “*jurisprudence constante*”.

Em síntese, para bem compreender as regras de precedente de um sistema, é mister também examinar os diferentes efeitos jurídicos dos precedentes na prática argumentativa, além das enunciações das fontes formais e do que é dito sobre elas; ou seja, é preciso atentar-se aos diferentes níveis de tratamento que podem ser dados à decisão ou ao conjunto de decisões anteriores e seus impactos sobre a ideia de correção da argumentação.

Shecaira aponta uma quarta questão, que diz respeito à distinção entre fontes do direito e normas delas extraídas por meio do processo interpretativo. A necessidade de

study. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 463.

¹²¹ SHECAIRA, Fábio Perin. Precedent and the Source–Norm Distinction. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 321-324. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0025>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

mediação hermenêutica na construção das normas, a partir dos materiais apontados como relevantes para a definição dos conteúdos vinculantes do Direito – aí incluídas as decisões judiciais pretéritas – coloca o desafio da própria interpretação das decisões pretéritas como mais uma dimensão relevante das regras de precedente. Assim, essas regras podem ser caracterizadas de modo tridimensional, envolvendo as diretrizes que afetam o processo decisório sobre os seguintes aspectos:

- a) o uso dos precedentes: o nível de exigência de que os casos passados sejam levados em consideração, ainda que eventualmente, após análise, sejam considerados irrelevantes para a questão presente;
- b) a interpretação do precedente: o nível de exigência sobre os métodos interpretativos a partir dos quais se examinará as decisões passadas (por exemplo, obrigatoriedade de abordagem literal, sistemáticas específicas de identificação das razões de decidir, extração de testes e padrões, possibilidades de releitura contextual...);
- c) a aplicação da norma extraída do precedente: o nível de exigência e as possibilidades de superação, recusa ou arguição de exceções a essa norma.¹²²

Quando se debate a existência das regras de precedente, mais frequentemente se vê a referência à primeira dimensão das três referidas acima, isto é, a necessidade ou não de se tomar em conta as decisões pretéritas no momento de decidir. Contudo, afirmar ser relevante ter em conta as decisões anteriores é insuficiente para elucidar a amplitude de elementos para os quais essa consideração deve se dar e, também, até que ponto é possível expandir, restringir ou superar esse conteúdo normativo delas extraídos.

Na literatura da teoria de precedentes produzida sobre essas questões, cujo debate ocorre mais aprofundadamente nos sistemas anglo-saxões, devido à centralidade histórica dos precedentes nessas culturas jurídicas, nota-se uma relação entre a caracterização do que seria efetivamente vinculante em um precedente e a tendência de privilegiar certas abordagens metodológicas em sua definição, que refletem o grau de liberdade que aqueles que se debruçam sobre o precedente, diante do novo caso, teriam no seu uso.

Um ponto a ser destacado é a diferenciação entre as noções de identidade e

¹²² SHECAIRA, Fábio Perin. Precedent and the Source–Norm Distinction. *In: Philosophical Foundations of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2023, fl. 330. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0025>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

similitude, sendo o grau de similitude a discussão central para a conclusão sobre a existência da identidade necessária à aplicação do precedente. A premissa de tratamento igualitário que norteia o raciocínio com base em precedentes, isto é, que às mesmas situações devem ser atribuídas as mesmas consequências jurídicas, envolve, antes de tudo, a caracterização do que seria essa igualdade, que sempre envolve a identificação de elementos essenciais e acidentais no contraste das duas situações¹²³.

Ocorre que a delimitação do que seria a similaridade relevante entre dois casos passa também pelo grau de constrição e liberdade que se atribuem ao aplicador posterior, em relação ao caso passado.

Em um modelo de forte vinculatividade dos precedentes, norteado por um axioma de legalidade positiva, calcado na aplicação imperativa das conclusões dos casos pretéritos, ampliar os elementos necessários para concluir pela existência da identidade significa abrir espaço para que cortes posteriores, na ausência dessa identidade, tenham espaço de manobra para propor soluções diversas das anteriormente adotadas.

Nos sistemas anglo-saxões, tradicionalmente defendia-se a caracterização da similaridade por meio da identificação da *ratio decidendi*, isto é, o princípio subjacente ao caso que determinou sua conclusão seria o fator determinante do que seria autoritativo no precedente. Mas, ainda no começo do século XX, alguns autores, como Arthur Goodhart, desafiaram essa noção, criticando-a por ser excessivamente aberta, permitindo um espaço excessivamente amplo e discricionário às cortes posteriores na delimitação do que seria essa *ratio decidendi*, advogando por uma vinculatividade norteada pelos “fatos materiais” (“*material facts*”) dos casos anteriores¹²⁴.

Essa posição também foi criticada, por ser supostamente inapta para alcançar o controle dos juízos futuros pelo precedente, notadamente pela persistência da indeterminação do que seriam os fatos materiais do caso, cerne de variadas discussões que, para parte dos críticos, apenas renovavam a indeterminação das posturas tradicionais.

O aprofundamento da crítica da capacidade dos precedentes de controlar os aplicadores posteriores desaguou nas críticas agrupadas sob a alcunha da *Escola do Realismo*

¹²³ SCHAUER, Frederick; SPELLMAN, Barbara A. Precedent and Similarity. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 243. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0019>. Acesso em: 5 jun. 2023.

¹²⁴ SCHAUER, Frederick; SPELLMAN, Barbara A. Precedent and Similarity. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 240-251. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0019>. Acesso em: 5 jun. 2023.

Jurídico, que negava enfaticamente a capacidade constitutiva dos precedentes, cuja utilização se aproximaria mais de uma justificação ou racionalização de resultados não necessariamente deles extraídos. Os adeptos do realismo também sofreram críticas, seja pela excessiva identificação entre aspectos sociológicos e dogmáticos, seja pela incapacidade de reconhecer a operação de elementos efetivamente constritores da decisão oriundos da dogmática como *praxis*. A essas posições somam-se ainda os estudos contemporâneos de ciência cognitiva, que focam na similitude como um reflexo das percepções resultantes das experiências e informações pretéritas e das práticas de socialização profissional¹²⁵.

O decurso histórico acima não traduz uma sucessão evolutiva: essas diferentes percepções sobre similitude ainda convivem e concorrem, a depender das abordagens dogmáticas e sociológicas adotadas e da cultura jurídica subjacente a cada sistema. Tentar associar um sistema a uma prática específica de identificação de similitude implica riscos de generalizações e invisibilização dos meios, que vão sendo abraçados pelos integrantes de campos específicos. Estar atento a esses riscos complexifica a percepção acerca da operação velada das regras de precedentes, mesmo dentro de generalizações na comparação de elementos de diversas tradições jurídicas.

Além da noção de similaridade, um outro elemento que impacta o espaço interpretativo sobre o precedente diz respeito à maior ou menor aderência ao texto original quando da definição da amplitude de sua vinculatividade. É nesse sentido que Geoffrey Marshall diferencia três possibilidades de formulação da *ratio decidendi*, como a regra de direito ou decisão extraída a partir dos fatos materiais (“*material facts*”): a) que a corte anterior explicitamente declarou ou, ao menos, acreditava ter estabelecido ou seguido; b) que, após análise posterior e, possivelmente, com algum grau de reconstrução da decisão, conclui-se ter a corte anterior efetivamente estabelecido ou seguido; c) após análise posterior e, possivelmente, com algum grau de reconstrução na perspectiva da integralidade da ordem jurídica, dos fatos e dos precedentes existentes, conclui-se que a corte anterior deveria ter

¹²⁵ SCHAUER, Frederick; SPELLMAN, Barbara A. Precedent and Similarity. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 240-251. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0019>. Acesso em: 5 jun. 2023.

apropriadamente estabelecido ou seguido¹²⁶.

Esses três patamares revelam diferentes degraus de textualização do precedente. No primeiro, apenas o que está explícita ou sistematicamente posto no precedente pode ser considerado para fins de definição da *ratio*; no segundo, algum grau de reconstrução contextual é permitido, mesmo que indo de encontro a aspectos de literalidade da decisão; no terceiro, o espaço de reconstrução contextual é o mais amplo, sendo possível inferir, a partir de uma multiplicidade de materiais jurídicos, abstrações e ajustes na identificação da *ratio* subjacente.

Contrastando as regras de precedente nos sistemas jurídicos nacionais, e a partir de certas generalizações, há uma correlação inversa entre o grau de liberdade de reconstrução e a afirmação do imperativo de estrita observância dos precedentes. Assim, o sistema estadunidense, mais textual, aproxima-se da primeira posição, mas com regras de diferenciação, afastamento e superação de precedentes mais amplas; já o sistema inglês, mais estrito na imposição da observância dos precedentes, permitiria um grau de reconstrução contextual mais aberto¹²⁷. Ocorre que não há, nem mesmo nos sistemas de *common law*, uma definição e uma abordagem padrão e estanque de identificação da *ratio decidendi*, sendo o cenário jurisprudencial real mais sincrético e variável metodologicamente¹²⁸.

A partir dos trabalhos dos pesquisadores do *Bielefelder Kreis*¹²⁹, focados no norte global¹³⁰, Geoffrey Marshall nota que os sistemas de *civil law*, como o francês, pela posição

¹²⁶ “There is an observable similarity between the idea of a *ratio decidendi* as the ruling in the light of material facts that a court ought properly to be laying down (possibility (3) above) and the proposition that in France ‘the obligation of the court is to apply not the precedent but the rule behind the precedent’ (see Chapter 4, Section IV). Indeed, that notion is not far removed from what was said in common law courts before the development of strict rules of *stare decisis*: the law was not to be found in particular cases, but in the principles for which they stood. Even after the development of clearer hierarchical rules of binding precedent, achieved by the reorganization of the English courts into substantially their present pyramidal structure in 1875, that idea persisted. ‘In the last analysis, the judge follows ‘binding’ authority only because it is a correct statement of the law When it is plainly and admittedly founded on error his obligation disappears. He owes a higher obligation to his mistress, the law’ (Allen, 1958, p.281; emphasis in original)” (MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. *In: Interpreting Precedents: A Comparative Study*. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 507-508).

¹²⁷ SHECAIRA, Fábio Perin. Precedent and the Source–Norm Distinction. *In: Philosophical Foundations of Precedent*. Oxford: Oxford University Press, 2023 (em especial, 328-332). Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0025>. Acesso em: 5 jun. 2023.

¹²⁸ MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. *In: Interpreting Precedents: A Comparative Study*. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 510-513.

¹²⁹ Sobre o *Bielefelder Kreis*, remete-se o leitor à nota 27 do capítulo 1.

¹³⁰ Impende registrar que os estudos desenvolvidos pelo *Bielefelder Kreiss* foram eminentemente focados no norte global: englobou a comparação dos ordenamentos jurídicos de Alemanha, Finlândia, França, Itália, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia, Reino Unido, do Direito Comunitário Europeu e do Estado de Nova York nos E.U.A.. Isso acarreta um viés epistemológico, refletido em uma geopolítica do conhecimento, que, assume este autor, limita as conclusões daqueles pesquisadores. Contudo, consideradas as limitações de foco da presente

que costumam relegar à jurisprudência como fonte, tenderiam a se preocupar menos com a distinção da *ratio decidendi*, aproximando-se mais do terceiro modelo, em que o caso é tido como o retrato de um princípio ou regra subjacente que se extrairia da totalidade do ordenamento jurídico¹³¹. Nos sistemas em que não há uma enunciação rígida de regras de precedente, existiria uma tendência a uma certa fluidez, ao se definir o que se considera *ratio decidendi*. Essa ductibilidade acaba sendo controlada pela necessidade de que a norma extraída do precedente esteja harmonizada com as extraídas de outros materiais jurídicos do sistema, como é o caso da Alemanha¹³². Já outros sistemas adotariam perspectivas mistas entre uma maior textualização e contextualização, como é o caso da Suécia¹³³.

Há, ainda, a possibilidade de que a própria forma da decisão acabe por impactar o elemento que, no precedente, vai ser considerado vinculante, como, por exemplo, no caso da

tese, como tal produção continua como referência no campo do Direito Comparado, acreditamos que são ainda úteis como ferramenta metodológica de compreensão de modelos, mesmo que necessariamente com uma abordagem crítica e consciente dessas limitações e das restrições do próprio método comparado. Para uma reflexão sobre tais limites, vide CARDUCCI, Michele. Eurocentrismo e comparación constitucional. In: **Ciencia del derecho constitucional comparado: estudios en homenaje a Lucio Pegoraro**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017, p. 169-208.

¹³¹ MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 506-57.

¹³² “There would seem to be no necessary or simple connection between beliefs about what constitutes ratio decidendi or the authoritative element in a decision and the existence or non-existence in a legal system of a theory of stare decisis or binding precedent. But where there is, for whatever institutional reason, no theory of binding precedent, the force or persuasiveness that is accorded to a precedent clearly will not be thought to derive merely from its having been explicitly enunciated by a higher court or in an earlier decision. So in Germany, according to the classical theory (Chapter 2, Section IV), the authority of a precedent in the Federal Constitutional Courts is said to depend exclusively on its being a correct interpretation of the law. A legal system would not, however, be precluded by that belief from having a system of binding precedent, since the question of what constitutes a precedent can be separated from the question as to who is to decide (and with what authority) what precedents there are to be. The German system, nevertheless, illustrates the lower priority that in the absence of a firm principle of stare decisis is likely to attach to the question of separating the ratio decidendi from obiter dicta that have less authority. On occasion, and exceptionally in the German Federal Constitutional Court, binding force has been said to attach to all legal arguments contained in a decision. (That is, we must presume, to all the reasons for the decision stated in each of the arguments put by the court; see Chapter 2, Section IV.) Other decisions and the opinions of some scholars suggest that force or authority is limited to the grounds for the decision. If the authority of the decision in question rests upon its correctness and not on its temporal or hierarchical priority, the 'grounds' of the decision could best be understood as meaning the judicial case norm (Fallnorm) which on a correct analysis of the law ought to have been laid down by the precedent in question and not the legal ruling in fact propounded by the court (though the two may of course be held to coincide in a particular case). This would be equivalent to the third rather than the first or second senses of ratio decidendi distinguished above.” MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 508.

¹³³ “Even a flexible system of binding authority, however, is committed to some search for the essential or material elements in a decision, but, like the common law systems, is likely to find itself balanced between different senses and means of ascertaining the ratio or binding element. Thus, there are three alternative ways that current legal theory enumerates, when stating how the Norwegian courts identify the binding part of a previous judicial decision. - First, to search for a rule both expressly stated in the opinion of the previous decision and necessary for the outcome of the decision. - Second, to construct a rule that one thinks the previous decision 'must' be seen as an instance of ... And third, to compare the facts of the previous case with the facts of the case at hand. (Eng, 1994, at Section 2.4.3.I.)” MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 509-510.

Itália, em que a corte emite uma máxima que enuncia a regra construída no precedente. Nesses casos, existe uma tendência na prática circundante de identificar a *ratio decidendi* com a máxima, o que pode ser problemático em termo de fidedignidade do enunciado com o caso¹³⁴. A questão que também se coloca no sistema brasileiro, considerando-se, não só a crítica do chamado “ementismo”, traduzido na dissociação entre as razões de decidir e o que se extrai como regra definidora do precedente nas ementas dos acórdãos¹³⁵, mas também, contemporaneamente, a prática de aprovação de teses, quando da formação de precedentes, na sistemática dos casos repetitivos¹³⁶.

Conjugada à questão da adesão ao texto há, também, os diferentes modelos de argumentação, que podem ser desenvolvidos com fundamento em torno dos precedentes. Nesse sentido, Claudio Michelon aponta, sem pretender ser exaustivo em sua lista, uma classificação em três tipos mais comuns de uso argumentativo dos precedentes: a) por meio de silogismo; b) por meio de analogia; c) por meio de inferência da melhor fundamentação jurídica¹³⁷.

A aplicação do precedente a partir do silogismo é uma abordagem dedutiva que, a partir da formulação da *ratio decidendi* do caso anterior (premissa maior), verifica-se aplicável ao caso precedente, consoante seus elementos essenciais (premissa menor). Sua ênfase está exclusivamente na decisão do caso apresentado para solução naquele momento, realizada a partir de conclusões, que se consideram já assentadas anteriormente na

¹³⁴ “Whether this is acknowledged may depend, however, on the form in which a decision is promulgated. Where there is an explicit and succinct formulation of the rule that a court believes to be the rule it laid down in the decision - as with the judicial *massima* in Italy there may be a strong tendency to treat that as the *ratio decidendi*. If *massime* are extended to include other legal statements (see Chapter 5, Section IV) there becomes scope for debate as to which elements of a *massima* are essential grounds or *rationes* and whether the *massima* correctly states the ground or *ratio decidendi* of a particular case especially when that case is held to be an exception from a rule or principle already established or generally valid. (Is the *ratio* the general principle or the reasons given for its non-applicability?)” MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 508-509.

¹³⁵ Sobre a crítica do ementismo, vide SILVA, Sandoval Alves. O ementismo e a tentativa de usurpação da função dos precedentes. **Cadernos de Informação Jurídica (Cajur)**, v. 3, n. 2, p. 107–120, 2017.

¹³⁶ Sobre as teses de repercussão geral e sua relação com a noção de *ratio decidendi*, vide: ALVIM, Teresa Arruda; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Sobre a fixação da “tese” na repercussão geral. **Migalhas**, São Paulo, 4 de outubro de 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/394608/sobre-a-fixacao-da-tese-na-repercussao-geral>. Acesso em: 12 nov. 2024.

¹³⁷ MICHELON, Claudio. The Uses of Precedent and Legal Argument. In: ENDICOTT, Timothy; KRISTJÁNSSON, Hafsteinn Dan; LEWIS, Sebastian (org.). **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 117-129. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0010>. Acesso em: 5 jun. 2023.

jurisprudência e que conduzem a que se decida daquela maneira¹³⁸.

Já a aplicação do precedente a partir da analogia assume uma dimensão de inovação no ordenamento jurídico, que se faz a partir do reconhecimento de uma similaridade em elemento relevante entre o precedente e o caso a ser decidido. Nesse sentido, apesar da inexistência de um precedente integralmente identificado com o caso que se apresenta, a existência desse elemento essencial comum autorizaria a extrapolação da regra original¹³⁹.

Tanto a aplicação silogística como a analógica não exigem, necessariamente, a explicitação clara de uma regra generalizada a título de melhor interpretação do direito posto. Ambas podem se dar a partir da decisão do caso concreto, abstraído, ainda que em maior ou menor grau, o juízo sobre o acerto da decisão tendo em conta os demais materiais jurídicos.

Já a aplicação do precedente por meio da inferência da melhor fundamentação jurídica parte do pressuposto que a norma inferida a partir do precedente, ou do conjunto dos precedentes é consentânea e representativa da melhor justificativa, de acordo com o sistema legal, muitas vezes sendo reforçada pela interação com outros materiais jurídicos¹⁴⁰.

Há também uma dimensão de inovação jurídica, mas que se conjuga com a articulação de uma norma subjacente que se relaciona a uma preocupação que extrapola a decisão do caso concreto: no caso dessas inferências, a pretensão do decisor é, também, a

¹³⁸ “So, to sum up, if the precedent-application argument is modelled on the legal syllogism, what we obtain is a type of precedent-based argumentation practice (i) that relies on a formulation of a legal rule, (ii) in which the court believes itself to be operating within the realm of settled law, (iii) which is exclusively trying to answer the question of how to decide the case at hand, (iv) which supports a conclusion to the effect that the court ought to decide in a particular way, (v) as a matter of logical necessity (if major and minor premise are both true). (...). But notice that a better account of the argument type that is used by courts in precedent application would still share a number of features with the legal syllogism, in particular features (ii), (iii), and (iv). These three features will be enough for my purposes here. An adequate analysis of arguments that rely on a legal analogy between the case at hand and an authoritative precedent would conclude that they share feature (iii) with the law-application argument type, but not features (ii) and (iv). Inferences to the best legal explanation, in turn, do not share feature (iii) with either legal application arguments or legal analogical arguments.” MICHELON, Claudio. *The Uses of Precedent and Legal Argument*. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 123. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0010>. Acesso em: 5 jun. 2023.

¹³⁹ “References to analogy are common in accounts of judicial precedent, but my concern here is with a particular argument type. Courts deploy this argument type when an authoritative precedent, in spite of not being applicable to the case at hand, is somehow similar to it. From that similarity, they conclude that there is a legal reason to decide the ‘target case’ in a way similar to the ‘source case’. When courts apply this (and other types of comparative argument, such as the argument a fortiori or the e contrario), they produce legal arguments that are based on authoritative legal sources, but that are not reducible to law application” (MICHELON, Claudio. *The Uses of Precedent and Legal Argument*. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 124. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0010>. Acesso em: 5 jun. 2023).

¹⁴⁰ MICHELON, Claudio. *The Uses of Precedent and Legal Argument*. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 126-128. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0010>. Acesso em: 5 jun. 2023

aplicação futura do entendimento construído naquela decisão¹⁴¹.

É preciso registrar desde logo, como já apontado, que a suposta simplicidade do esquema silogístico não corresponde à real complexidade da construção das premissas maior e menor do raciocínio, dada às variações e controvérsias da definição da similaridade relevante e da *ratio decidendi*. Porém, sua marca argumentativa é a ideia de uma criatividade judicial, reduzida pela existência de um precedente que possui a necessária identidade com o caso concreto (criatividade essa melhor assumida no raciocínio analógico), e sem uma maior preocupação com os efeitos da decisão corrente em relação às demais normas que possivelmente incidiriam no caso concreto (preocupação central da abordagem de inferência da melhor fundamentação jurídica).

Parte da literatura controverte acerca da necessidade de reconhecimento da autonomia da argumentação por meio da inferência da melhor fundamentação jurídica, entendendo-a como nada mais do que uma modalidade de analogia e apontando, ainda, o risco de excessiva abstração na construção dos princípios legais subjacentes ao precedente¹⁴². Contudo, interessa mais compreender como a noção de força vinculante pode estimular uma corte a explicitar esses princípios subjacentes, pretendendo reforçar os efeitos prospectivos de determinadas decisões sobre a argumentação jurídica, isto é, como uma predileção pela inferência pode sinalizar uma tentativa de robustecimento da autoridade semântica do tribunal¹⁴³. Assim, a força vinculante dos precedentes é potencializada ou reduzida, consoante as práticas interpretativas admitidas pela comunidade de atores que com eles operam argumentativamente, permitindo espaços maiores ou menores de criatividade judicial.

¹⁴¹ “In their IBLEs, these courts were addressing not only the parties to the case at hand but also future courts in a way that is different from setting an authoritative precedent that binds them. So, in deploying an IBLE a court has the double objective of (i) giving reasons to decide the case at hand, and (ii) giving general reasons for future courts to decide in ways that are not covered by the precedents it is setting through the facts of the case they are deciding. That double aim is one of the features that distinguishes their deployment from the deployment of a legal analogy. Another distinguishing feature is the reliance on an explanatory/justificatory relation between a set of settled legal rules and another (not legally settled) norm. They do have in common, however, that they are called for only in contexts that are not covered by settled law and that they only produce a reason (rather than a duty) to decide in a particular manner. The latter two features set them apart from precedent-application argument types, like the legal syllogism” (MICHELON, Claudio. *The Uses of Precedent and Legal Argument*. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 128. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0010>. Acesso em: 5 jun. 2023).

¹⁴² Nesse sentido, D’ALMEIDA, Luís Duarte. The ‘Expiscation’ of Legal Principles. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 130–142. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0011>. Acesso em: 5 jun. 2023.

¹⁴³ É interessante registrar, no caso do sistema jurídico brasileiro, como essa preocupação com a excessiva abstrativização por parte dos julgadores motivou uma reação legislativa presente no Código de Processo Civil de 2015. Ao dispor sobre a súmula, uma técnica de maximização com um histórico pátrio de décadas, o legislador dispôs, no artigo 926, § 2º, do CPC que “[a]o editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Sobre as possibilidades de superação, recusa ou arguição de exceções às normas construídas a partir dos precedentes, cumpre-se ponderar que, se a previsão excessiva de possibilidades de afastamento pode virtualmente implicar a inexistência de qualquer força vinculante, a construção das possibilidades de afastamento e superação dos precedentes pode se traduzir no oposto, preservando um espaço necessário para a estabilidade a longo prazo do sistema em sua totalidade¹⁴⁴.

Ademais, no que tange à técnica mais frequentemente referida na literatura de limitação dos efeitos de um precedente, o *distinguish* (ou *distinctio*) pode se dar a partir de uma exceção direta ou indireta (*circunvention*): a primeira se centra em uma alteração da regra, seja por redução teleológica ou por uso de argumentação “*a contrario*”; a segunda se centra nos fatos do caso a ser decididos, requalificados de modo que deixam de se enquadrar na regra extraída do precedente¹⁴⁵.

Passando-se às hipóteses centradas na regra extraída do precedente, na redução teleológica ocorre uma redução da área semântica da regra excepcionada a qual se revela excessivamente geral e é impactada pelo fenômeno da derrotabilidade das regras, decorrente das limitações, cognitivas e sistêmicas que circundam a interpretação jurídica.

Trata-se da identificação de circunstâncias adicionais às originalmente previstas como hipótese de incidência que conduzem à construção de exceções à regra original¹⁴⁶. Já o argumento *a contrario* envolve uma interpretação restritiva da regra extraída do precedente, sem a necessidade de inclusão de uma cláusula de exceção, entendendo-se excluídos da incidência da norma as demais categorias sobre as quais poderia incidir, mas que nela não

¹⁴⁴ “Thus the first reason why the general subject of departures from precedent is important is that some provision must be made in any legal system to secure general consistency of decision in like cases. But the subject of departures is worthy of special focus for a second, similarly fundamental reason. In a rationally designed legal order, some types of departures, even by judges, may, in limited circumstances, actually be justifiable despite the force of the foregoing general rationales for following precedent. It is a special and important challenge for any legal system to provide appropriately for the recognition of limited types of justified departures, and to do so in ways that do not unduly undermine whatever practice of following precedent exists in the system” (SUMMERS, Robert S.. Departures from Precedent. *In: Interpreting Precedents: A Comparative Study*. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 520).

¹⁴⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma teoria normativa do precedente judicial**: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. 2007. 488 f. Doutorado em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, Brazil, 2007, p. 398-428. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=11988@1. Acesso em: 13 jun. 2023.

¹⁴⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma teoria normativa do precedente judicial**: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. 2007. 488 f. Doutorado em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, Brazil, 2007, p. 401-405. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=11988@1. Acesso em: 13 jun. 2023.

estão expressamente mencionadas. Tal argumento pode se dar de maneira simples, quando a análise se restringe à interpretação da regra posta, ou, de modo mais complexo, como consequência do contexto em que a regra se insere, como ocorre, por exemplo, na hermenêutica das restrições no Direito Penal¹⁴⁷.

Além disso, quanto aos efeitos da superação explícita do precedente sobre a autoridade semântica dos tribunais, cabe a afirmação de que uma das peculiaridades da autoridade semântica é alimentar-se da credibilidade e fidedignidade da comunidade de intérpretes às posições enunciadas, vendo-se, portanto, então um desgaste, traduzido em um ônus argumentativo agravado, quando há a necessidade de explicitamente abandonar um precedente. Nesses termos, mais frequentemente, verifica-se uma superação tácita, calcada nas técnicas de erosão e desvio dos precedentes anteriormente estabelecidos¹⁴⁸.

Em resumo, o ponto a ser guardado, dado o contexto geral, é que a similitude e a conceituação da *ratio decidendi* não são apenas descritivas, mas também normativas: a maneira pela qual se compreende e identifica o elemento vinculante dos precedentes vai co-constituir o que é a *ratio decidendi*¹⁴⁹ e impactar a liberdade interpretativa que se concede aos práticos posteriores, que se aproximam de coautores na delimitação dos efeitos e da força vinculante dos precedentes¹⁵⁰. As possibilidades de exceção e distinção, bem como a

¹⁴⁷ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma teoria normativa do precedente judicial**: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. 2007. 488 f. Doutorado em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, Brazil, 2007, p. 413-425. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=11988@1. Acesso em: 13 jun. 2023.

¹⁴⁸ Sobre o tema, vide: JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, p. 63-67. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023; SUMMERS, Robert S.. Departures from Precedent. In: **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 522-525.

¹⁴⁹ “Juristic discussions, involving both judges and scholars, do thus exhibit a certain confusion, a difficulty in capturing or conceptualizing in clear terms some central elements of practice. The ratio is perhaps to be considered an essentially contested concept, because it is not purely descriptive but also evaluative or normative in force.” MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 512-513.

¹⁵⁰ “A question about the ratio of a case can of course be raised by commentators at the time of the decision, or it may even be - though rarely - referred to in the decision itself. But it is also true that the most usual and important occasion on which a question is posed about the ratio decidendi of a case is when it falls to be considered on a later occasion whether the decision in the earlier case is binding and should be followed. Perhaps, for this reason, many recent commentators have under lined the ambivalence of 'ratio decidendi' as between (a) the rule that a judge who decided the case intended to lay down and apply to the facts or (b) the rule that a later court concedes him to have had the power to lay down (see Williams, 1982; Montrose, 1957). To define the ratio as a rule constructed by a later court does, however, have inconvenient consequences. One would be that it would then be impossible to say that a court had misunderstood an earlier court's ratio, and analysis of cases not yet considered by another court would have to be framed merely as prophecies as to what in the future would be the ratio of a case already decided (see Simpson, 1961)” MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 511-512.

amplitude e os atores, que um sistema admite que interpretem o precedente para reduzi-lo, ampliá-lo ou revê-lo, traduzem-se em uma dinâmica de flexibilidade, que pode contribuir na preservação ou no tensionamento das normas subjacentes¹⁵¹. Por fim, as três dimensões das regras de precedente referidas acima consubstanciam-se como orientação para mapear variações possíveis entre regras de precedente de diferentes sistemas, o que será aprofundado nos capítulos seguintes.

2.2 A prática das cortes internacionais: uso generalizado com força vinculante variável

A análise conjugada das fontes formais e das práticas argumentativas em torno das decisões judiciais pretéritas no DI apontam para um uso generalizado dos precedentes nas diversas cortes internacionais, como referencial de distribuição de ônus argumentativos (A), mas com força variável consoante diversos fatores sistêmicos dos múltiplos campos (B).

A) O uso generalizado dos precedentes no DI

A constatação de que o precedente pode assumir diferentes níveis de força vinculante, mesmo diante do silêncio ou até mesmo de disposições contraditórias positivadas nas fontes formais do Direito, estabelecidas em um sistema jurídico, sinaliza um desafio que

¹⁵¹ Na síntese de Geoffrey Marshall: “There is another form of obiter dictum which is in effect a putative ratio decidendi reduced in rank by subsequent judicial reasoning. It may be held that a principle apparently laid down as the reason for a particular decision was too widely stated or in some other way inappropriate. This observation about the possible relationship between the two concepts illustrates the importance that attaches to the notion of an *obiter dictum* in the common law systems of precedent. In those systems the rigidity of a system of stare decisis and of hierarchical rules as to bindingness may be moderated in a number of ways. One form of flexibility is introduced by the recognition of types of circumstances in which decisions which are otherwise binding need not be followed: for example, if they are taken *per incuriam*, that is, in ignorance of applicable precedent or statute. Another avenue of flexibility is opened by the ever-present possibility of distinguishing otherwise binding cases. Amongst the variety of ways in which precedents may be avoided, however, is the ability to conclude that what has been alleged to be a binding ratio falls into the category of *obiter dictum*. That is why the category is important. ‘Obitering’ a precedent is one way in which a precedent may be confined, outflanked, loosened, avoided, reviewed or reconsidered. The general principle and the incidental facts of particular cases may be manipulated in either of two directions. It may be said that (a) although there is an alleged rule or principle that covers the instant and earlier cases, the facts are sufficiently different (specify some, of many, differences) to conclude that the rule or ratio does not apply to the present case. Alternatively, it may be found that (b), although the facts of this case allegedly differ from those in earlier cases, they are sufficiently similar (mention some, of many, similarities) to conclude that the rule or ratio should apply to the present case. Thus the demotion of rationes and the promotion of dicta also constitute a special case of the general activity of departure from, and distinguishing of, precedents (considered in Chapter 17) that characteristically moderates the rigidity of a system of binding precedent” MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (org.). **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 516.

é também uma agenda na pesquisa dos precedentes. Torna-se um ponto de interesse analisar os possíveis descompassos entre o texto de fontes formais e os discursos dos operadores do sistema sobre a vinculatividade dos precedentes e os padrões decisórios construídos em torno de seu uso nas cortes.

Essa inquirição é especialmente relevante para os diferentes sistemas de DI, tendo em conta o desafio já referenciado pelas projeções das analogias domésticas, nos usos das decisões judiciais pretéritas pela jurisdição internacional, influenciadas pelas diferentes tradições jurídicas nacionais. Ademais, a escassez de textos explícitos sobre as regras de precedente nos tratados constitutivos de sistemas e tribunais contrasta com a profusão do uso dos precedentes na argumentação internacional.

A literatura sobre o tema e a análise das decisões revelam que o uso dos precedentes no DI, conquanto generalizado, tem efeitos variados segundo o campo ou sistema sob análise¹⁵². Nesse sentido, a pretensão, nesta seção, não é de esgotar a análise do uso dos precedentes nos múltiplos tribunais internacionais, mas exemplificar como as práticas em torno do precedente podem variar mesmo dentro do DI.

A CIJ, por sua posição especial no campo internacional e mesmo pela reiterada replicação do texto do art. 38 do Estatuto em outros marcos normativos regedores de tribunais internacionais¹⁵³, é naturalmente uma referência no tema. Sua jurisprudência contenciosa¹⁵⁴ é um exemplo do aumento do uso dos precedentes, na medida em que seu

¹⁵² Uma excelente síntese dos referidos usos no DI, em variados sistemas, pode ser encontrada no memorando elaborado pelo Secretariado da CDI com referências da jurisprudência das cortes internacionais relevantes para os trabalhos da comissão sobre os meios auxiliares para a determinação das regras de DI. Vide: SECRETARIAT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law**. Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>.

¹⁵³ Sobre essa posição especial e suas razões, vide ZYBERI, Gentian. The Interpretation and Development of International Human Rights Law by the International Court of Justice. In: **Human Rights Norms in ‘Other’ International Courts**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, fls. 29-31. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108584623%23CN-bp-2/type/book_part. Acesso em: 30 jun. 2024.

¹⁵⁴ Dois pontos relevantes, porém que refogem ao espaço deste trabalho em relação à Corte Internacional de Justiça, dizem com o uso como precedentes das medidas cautelares e opiniões consultivas. Isso porque, como se verá adiante, esse debate também se dá no contexto do SIDH, ainda que atravessado por um vetor mais acentuado, presente na locução da própria Corte, que iguala e empresta valor de parâmetro convencional de modo indistinto a todas essas manifestações. Esse ponto será aprofundado no sistema hemisférico na discussão sobre controle de convencionalidade e sobre a construção dos padrões interamericanos (capítulos 3 e 4), mas para uma discussão sobre a CIJ vide: PELLET, Alain. Decisions of the ICJ as Sources of International Law? In: **Decisions of the ICJ as Sources of International Law?** Gaetano Morelli Lectures Series Vol. 2. Rome: International and European Papers Publishing, 2018; LANZONI, Niccolo. The Authority of ICJ Advisory Opinions as Precedents: The Mauritius/Maldives Case Essays on Judicial Precedent. **Italian Review of International and Comparative Law**, v. 2, n. 2, p. 296–322, 2022; THOUVENIN, Jean-Marc. On Different Res: Res Judicata, Res Interpretata, Res Praescripta (or Indicata), Res Deliberata. **Japanese Yearbook of**

corpo decisório se expande e que as práticas argumentativas dos litigantes passam cada vez mais valorizar o precedente como argumento¹⁵⁵.

Em termos de pronunciamento expresso sobre regras de precedente, a posição da CIJ sinaliza uma dubiedade. Há um esforço em negar a existência de precedentes vinculantes na sua atuação, como se deu, por exemplo, no Caso da “Plataforma Continental Líbia/Malta”¹⁵⁶. Porém, essa posição convive com a afirmação de sua relevância e da importância da consistência dos julgamentos, gerando um ônus argumentativo agravado para deles dissentir, de modo alinhado com a perspectiva de razão *prima facie* referida na seção anterior.

No sentido do reconhecimento de uma força vinculante dos precedentes, são exemplos o caso “Fronteira Terrestre e Marítima entre Camarões e Nigéria”, em que a Corte expressa que, na existência de precedente, inverte-se o ônus argumentativo para a necessidade de se demonstrar o porquê das razões e conclusões dos julgados anteriores não deverem ser seguidos¹⁵⁷; e o Caso do Genocídio Bósnio, em que, discorrendo sobre o precedente do caso entre Camarões e Nigéria, assenta que não divergirá da jurisprudência pacificada a não ser que haja razões muito particulares para fazê-lo¹⁵⁸, traduzida em razões imperiosas quando se tratar de pontos específicos sobre os quais já se pronunciou, como, no

International Law, 2022. Disponível em: <<https://hal.science/hal-04452216>>. Acesso em: 5 maio 2024.

¹⁵⁵ ALSCHNER, Wolfgang; CHARLOTIN, Damien. The Growing Complexity of the International Court of Justice's Self-Citation Network. **European Journal of International Law**, v. 29, n. 1, p. 83–112, 2018.

¹⁵⁶ “42. In the first place, the rights claimed by Italy would be safeguarded by Article 59 of the Statute, which provides that “The decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case”. Much argument has been addressed, in the course of these proceedings, to the question of the relationship between Article 62 of the Statute and Article 59. It is clear from the latter provision that the principles and rules of international law found by the Court to be applicable to the delimitation between Libya and Malta, and the indications given by the Court as to their application in practice, cannot be relied on by the Parties against any other State. **As the Permanent Court of International Justice observed, ‘the object of Article 59 is simply to prevent legal principles accepted by the Court in a particular case from being binding also upon other States or in other disputes’** (P.C.I.J., Series A, No. 13, p. 21)” (ICJ. Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/68/068-19840321-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁵⁷ “It is true that, in accordance with Article 59, the Court's judgments bind only the parties to and in respect of a particular case. There can be no question of holding Nigeria to decisions reached by the Court in previous cases. **The real question is whether, in this case, there is cause not to follow the reasoning and conclusions of earlier cases.**” (ICJ. Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 292, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/94/094-19980611-JUD-01-00-EN.pdf>). Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁵⁸ “To the extent that the decisions contain findings of law, the Court will treat them as it treats all previous decisions: that is to say that, **while those decisions are in no way binding on the Court, it will not depart from its settled jurisprudence unless it finds very particular reasons to do so.**” (ICJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 428, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/118/118-20081118-JUD-01-00-EN.pdf>). Acesso em: 11 nov. 2024.

caso, o status da antiga República Iugoslava em relação à ONU e ao Estatuto da Corte¹⁵⁹.

Ademais, no caso “Camarões do Norte”, afirma que suas decisões declaratórias tem uma aplicabilidade contínua nos pontos em que expõem uma regra de direito costumeiro ou interpretam um tratado que permanece vigente.¹⁶⁰

A CIJ, sob diferentes denominações (“jurisprudence constant”, jurisprudência pacificada, jurisprudência estabelecida...), também faz outras referências a decisões judiciais anteriores como fundamento para tomada de decisão¹⁶¹. Ademais, utiliza do *distinguish* como técnica de interpretação de decisões pretéritas, apesar de não explicitamente prescrever um método específico como o adequado para lidar com a interpretação de seus precedentes¹⁶².

No tocante aos precedentes externos, a CIJ também tem ampliado o uso de decisões e de referências às jurisprudências de outros tribunais internacionais ao longo do tempo. Além de abordá-las, despende fundamentação para distinguir sua aplicabilidade em algumas situações quando invocados; porém, diversamente do que faz em relação a suas próprias decisões, não exige razões particulares para delas divergir, e não necessariamente a elas adere¹⁶³.

¹⁵⁹ “54. Furthermore, here the Parties are not merely citing previous decisions of the Court which might be regarded as precedents to be followed in comparable cases. The previous decisions cited here referred to the question of the status of a particular State, the FRY, in relation to the United Nations and to the Statute of the Court ; and it is that same question in relation to that same State that requires to be examined in the present proceedings at the instance, this time, of Croatia. **It would require compelling reasons for the Court to depart from the conclusions reached in those previous decisions.**” (ICJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 429, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/118/118-20081118-JUD-01-00-EN.pdf>). Acesso em: 11 nov. 2024. Nesse ponto a Corte parece lidar com um desafio mais profundo do que só a força vinculante dos precedentes, qual seja, o tema das decisões sobre questões prejudiciais anteriores.

¹⁶⁰ “Moreover **the Court observes that if in a declaratory judgment it expounds a rule of customary law or interprets a treaty which remains in force, its judgment has a continuing applicability.** But in this case there is a dispute about the interpretation and application of a treaty-the Trusteeship Agreement-which has now been terminated, is no longer in force, and there can be no opportunity for a future act of interpretation or application of that treaty in accordance with any judgment the Court might render” (ICJ. Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom), Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: I.C.J. Reports 1963, p. 37, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/48/048-19631202-JUD-01-00-EN.pdf>). Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁶¹ SECRETARIAT OF THE ILC. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law.** Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024, p. 22-24. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁶² SECRETARIAT OF THE ILC. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law.** Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024, p. 25-26. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁶³ DE BRABANDERE, Eric. The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice

Dois contextos específicos chamam mais atenção no uso dos precedentes externos: o uso das decisões das cortes internacionais criminais e o das manifestações de órgãos de tratados de direitos humanos.

Quanto ao primeiro, nada obstante seja também possível identificar pontos de deferência aos precedentes de cortes internacionais criminais¹⁶⁴, chama atenção um dissenso, ocorrido nos Casos “Genocídio Bôsnio” e “Genocídio Croata”: o choque entre as concepções assumidas pela Corte e pelo Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TPII) sobre os critérios para a atribuição de um fato ilícito ao Estado. Neles, a CIJ se reafirmou como órgão central no DI defendendo a posição sobre a matéria adotada no caso “Atividades Militares e Paramilitares na Nicarágua”, rejeitando a tese do controle geral desenvolvida pelo TPI. Apesar de apresentar um firme argumento sobre o tema da competência, de certa maneira crítico ao suposto avanço do TPI, em um ponto decisório considerado pela CIJ desnecessário para o exercício de seu mandato, há efetivo engajamento com os argumentos do caso, diferenciando os regimes de responsabilidade dos Estados no DI e dos indivíduos no DIP¹⁶⁵.

and the International Tribunal for the Law of the Sea. **The Law & Practice of International Courts and Tribunals**, v. 15, n. 1, p. 24–55, 17 mar. 2016; SECRETARIAT OF THE ILC. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law**. Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024, p. 29–33. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁶⁴ SECRETARIAT OF THE ILC. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law**. Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024, p. 32–33. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁶⁵ “402. The Court notes however that the Applicant has further questioned the validity of applying, in the present case, the criterion adopted in the Military and Paramilitary Activities Judgment. It has drawn attention to the Judgment of the ICTY Appeals Chamber in the Tadić case (IT-94-I-A, Judgment, 15 July 1999). In that case the Chamber did not follow the jurisprudence of the Court in the Military and Paramilitary Activities case: it held that the appropriate criterion, applicable in its view both to the characterization of the armed conflict in Bosnia and Herzegovina as international, and to imputing the acts committed by Bosnian Serbs to the FRY under the law of State responsibility, was that of the “overall control” exercised over the Bosnian Serbs by the FRY; and further that that criterion was satisfied in the case (on this point, *ibid.*, para. 145). In other words, the Appeals Chamber took the view that acts committed by Bosnian Serbs could give rise to international responsibility of the FRY on the basis of the overall control exercised by the FRY over the Republika Srpska and the VRS, without there being any need to prove that each operation during which acts were committed in breach of international law was carried out on the FRY’s instructions, or under its effective control. 403. The Court has given careful consideration to the Appeals Chamber’s reasoning in support of the foregoing conclusion, but finds itself unable to subscribe to the Chamber’s view. First, the Court observes that the ICTY was not called upon in the Tadić case, nor is it in general called upon, to rule on questions of State responsibility, since its jurisdiction is criminal and extends over persons only. Thus, in that Judgment the Tribunal addressed an issue which was not indispensable for the exercise of its jurisdiction. **As stated above, the Court attaches the utmost importance to the factual and legal findings made by the ICTY in ruling on the criminal liability of the accused before it and, in the present case, the Court takes fullest account of the ICTY’s trial and appellate judgments dealing with the events underlying the dispute. The situation is**

No caso dos órgãos de tratados de direitos humanos, apesar de não serem propriamente tribunais internacionais, a sinalização da CIJ é de reforço, conferindo “grande peso” a suas conclusões. É exemplo dessa valorização das manifestações como meio de preservação da consistência do DI o caso “Diallo”. Nele, além da valorização desses precedentes externos, a CIJ ainda faz referência aos instrumentos regionais de DIDH, salientando um dever de levar em consideração a interpretação dada pelos órgãos independentes, criados especificamente para monitorar a interpretação adequada dessas convenções regionais¹⁶⁶.

Assim, as manifestações da Corte Internacional de Justiça, atribuindo ou reduzindo o peso a ser dado às decisões de outros tribunais internacionais, podem contribuir para a harmonização sistêmica do cenário fragmentado de jurisdições internacionais, acabando também por impactar a autoridade semântica dessas jurisdições¹⁶⁷.

As decisões nacionais, porém, não gozam, na CIJ, do mesmo patamar de força vinculante dos precedentes externos internacionais. Contudo, são referenciadas como evidências no reconhecimento da existência de práticas posteriores que influenciam a

not the same for positions adopted by the ICTY on issues of general international law which do not lie within the specific purview of its jurisdiction and, moreover, the resolution of which is not always necessary for deciding the criminal cases before it.” (ICJ. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p. 170, grifo nosso. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/91/091-20070226-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024).

¹⁶⁶ SECRETARIAT OF THE ILC. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law**. Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024, p. 34-36. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>. Acesso em: 11 nov. 2024. O trecho relevante do caso Diallo: “Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that **it should ascribe great weight to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty**. The point here is to achieve the necessary clarity and the essential consistency of international law, as well as legal security, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled. 67. Likewise, **when the Court is called upon, as in these proceedings, to apply a regional instrument for the protection of human rights, it must take due account of the interpretation of that instrument adopted by the independent bodies which have been specifically created, if such has been the case, to monitor the sound application of the treaty in question**” (ICJ. Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 664, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>).

¹⁶⁷ Para uma análise dessa prática da CIJ, vide: PALCHETTI, Paolo. The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition? In: **Decisions of the ICJ as Sources of International Law?** Gaetano Morelli Lectures Series Vol. 2. Rome: International and European Papers Publishing, 2018; ANDENAS, Mads; LEISS, Johann Ruben. The Systemic Relevance of “Judicial Decisions” in Article 38 of the ICJ Statute. **Heidelberg Journal of International Law**, v. 77, 2017, fls. 907-972; FABRI, Hélène Ruiz; GRADONI, Lorenzo. La hierarchisation des precedents. In: **Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg**. Paris: Éditions Pedone, 2016.

interpretação de tratados e mesmo o reconhecimento da formação de uma norma costumeira, notadamente em áreas mais conectadas com os direitos domésticos, o que, porém, é feito sem que se refira a elas explicitamente como meios auxiliares de determinação das regras de DI costumeiro: são lidas, portanto, como atos estatais, a exemplo de outros, capazes de demonstrar a existência de uma *opinio juris*, e mesmo como possíveis referenciais de “fontes materiais”¹⁶⁸, mas sua adoção como assertiva jurídica capaz de nortear a compreensão do que seria o DI adequado é controversa e passa por matizes¹⁶⁹.

Em síntese, das diretrizes extraídas da exposição acima, é interessante observar que a CIJ, conquanto negue a vinculatividade dos precedentes, confere-lhes força, na medida em que, não só afirma, mas também, efetivamente, leva-os em consideração, na determinação do DI, em especial quando se trata de um conjunto de suas próprias decisões. Contudo, trata-se de uma força derrotável por outras razões especiais, abordadas de modo amplo à luz do DI corrente, traduzindo um ônus argumentativo daqueles que contra ela se colocam. Isso é reforçado pelas ocasiões em que faz uso de precedentes externos e que, mesmo quando a eles não adere, não se limita a negar-lhes aplicabilidade, despendendo razões para apontar sua inadequação. A CIJ também não fixa uma forma específica de tratamento dos precedentes, conquanto em ocasiões use de fundamentação para distinguir a aplicabilidade deles de outras situações alegadamente análogas em relação às quais chega a conclusões diversas.

A postura da CIJ de atribuir peso aos precedentes, com ônus argumentativo aos que deles desejem divergir, teve grande impacto nas várias jurisdições internacionais. A literatura sobre a prática de outras cortes e órgãos de solução de controvérsias aponta uma generalização do uso como referencial argumentativo das decisões anteriores, e frequentemente de precedentes externos¹⁷⁰. Apesar da variação de marcos normativos e de referências, é ponto homogêneo entre as diferentes jurisdições a importância da preservação das posições anteriormente assumidas pelo Tribunal em suas decisões judiciais, das quais

¹⁶⁸ SECRETARIAT OF THE ILC. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law.** Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024, p. 29-33. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁶⁹ A juridicidade internacional do direito doméstico nem sempre é tão clara, e, no caso do DIDH, ganha especial complexidade, como se tratará nos próximos capítulos. Porém, mesmo na CIJ a assertiva deve ser matizada. Nesse sentido, vide: LIMA, Lucas Carlos. *Uti possidetis juris* e o papel do direito colonial na solução de controvérsias territoriais internacionais. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, v. 38, n. 77, p. 121–148, 2017.

¹⁷⁰ Para mais exemplos, vide: FABRI, Hélène Ruiz; GRADONI, Lorenzo. *La hierarchisation des precedents. In: Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg*. Paris: Éditions Pedone, 2016, fls. 198-204.

poderiam divergir apenas por “razões imperiosas”¹⁷¹, “circunstâncias especiais”¹⁷², “razões cogentes”¹⁷³, “razões convincentes”¹⁷⁴ e “situações excepcionais”¹⁷⁵. Não se identifica com a uniformidade, contudo, as hipóteses em que se permitiriam afastá-los¹⁷⁶.

O reconhecimento desse dever de devida consideração se dá, tanto em situações na

¹⁷¹ “En dépit de la présentation formelle habituelle, qui consiste à insister en premier lieu sur l’absence du principe du *stare decisis* et partant d’obligation de suivre les précédents, on perçoit que le raisonnement est en réalité son parfait inverse: la liberté des juridictions de s’affranchir des précédents n’existe que dans le cadre étroitement tracé des ‘raisons impérieuses’, et celles-ci sont devenues partie intégrante du discours justificatif des juridictions, qui ‘défendent’ par elles l’autorité de leurs précédents.” (HAMANN, Andrea. L’autorité du précédent. In: **Le précédent en droit international**: colloque de Strasbourg. Paris: Éditions Pedone, 2016, p. 187).

¹⁷² É o caso do Tribunal Internacional do Direito do Mar (SECRETARIAT OF THE ILC. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law**. Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024, p. 46-48. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>. Acesso em: 11 nov. 2024).

¹⁷³ É o caso do Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio e do TEDH (RIDI, Niccolò. Rule of Precedent and Rules on Precedent. In: **International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 354–400. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/international-procedure-in-interstate-litigation-and-arbitration/rule-of-precedent-and-rules-on-precedent/50917FB3562B7DE609C1FD99523696D1>). Acesso em: 20 jun. 2023), do TPII e do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (SECRETARIAT OF THE ILC. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law**. Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024, p. 98-99 e 121. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>. Acesso em: 11 nov. 2024).

¹⁷⁴ É o caso do Tribunal Penal Internacional (SECRETARIAT OF THE ILC. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law**. Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024, p. 132-133. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>. Acesso em: 11 nov. 2024).

¹⁷⁵ Conquanto não seja propriamente uma corte, é a expressão adotada pelo Comitê de Direitos Humanos (SECRETARIAT OF THE ILC. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law**. Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024, p. 185. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>. Acesso em: 11 nov. 2024).

¹⁷⁶ A resolução do Instituto de Direito Internacional sobre a matéria segue nessa linha, mas com uma proposta mais módica, quase descritiva: “5. Une jurisprudence constante peut être écartée pour une raison juridique dûment motivée, notamment à la lumière de l’évolution du droit international.” (INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **Precedents and case law (jurisprudence) in interstate litigation and advisory proceedings (2 Res EN)**. 2nd Commission. Resolution of 1.9.2023. Session d’Angers – 2023, p. 5). É interessante observar que, na proposta original de resolução apresentada por Bennouna e Pellet ao Instituto de Direito Internacional na temática dos precedentes, os relatores propuseram que precedentes poderiam ser alterados ou revertidos à luz de “razões imperiosas”, sendo estas jurídicas, da evolução do direito aplicável, mas também de naturezas diversas (política, sociológica, econômica, etc.), e de caráter particularmente excepcional se visam a superar uma jurisprudência constante (BENNOUNA, Mohamed; PELLET, Alain. *Projet de Rapport-Jurisprudence et Précédents en Droit International*. In: **Annuaire de l’Institut de droit international. 81^{ème}. Session d’Angers. Sesquicentenaire. Travaux préparatoires**. Paris: Pedone, 2023, v. 83, p.69. Disponível em: <https://www.decitre.fr/revues/annuaire-de-l-institut-de-droit-international-volume-n-83-2023-81e-session-d-angers-9782233010421.html>). Acesso em: 30 jun. 2024), fórmula que acabou não acolhida na plenária.

jurisdição internacional, em que há disciplina explícita acerca da força vinculante em disposições estatutárias, mais absolutas, como o art. 221 do Tratado Revisado de Chaguaramas no caso da Corte de Justiça do Caribe¹⁷⁷, ou relativas, como o art. 21 (2) do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional¹⁷⁸, quanto em sistemas em que construída jurisprudencialmente, como o Órgão de Apelação da Organização Mundial do Comércio e o TEDH¹⁷⁹.

É de se registrar que o desenvolvimento de regras sobre os usos do precedente por atuação pretoriana não é incomum nos sistemas nacionais, tendo sido assim a gênese do próprio *stare decisis* inglês¹⁸⁰. É difícil imaginar, considerada a função das cortes na determinação do que seria uma argumentação adequada em um sistema, que aspectos acerca da validade de argumentos jurídicos não passassem de alguma forma por uma elaboração, ou reelaboração, judicial, pois, quando um Tribunal engaja em um processo de enunciação da função dos precedentes em sua própria atuação, sejam os próprios ou os externos a seu sistema, é que a construção das regras de precedente, como conjugação entre a interpretação construída sobre as fontes formais e as práticas argumentativas, revela-se de um dos modos mais patente.

Porém, por sua pretensão de distribuição de competências dentro de um sistema, esses enunciados são bastante perigosos: afetam a autoridade da própria corte enunciante, ao desafiar os demais participantes do sistema a acolhê-los ou rejeitá-los em suas argumentações. O mapeamento desses lances argumentativos (e também dos seus

¹⁷⁷ Na redação original em espanhol: “Artigo 221 - La sentencia del Tribunal constituirá ‘Stare Decisis’. Las sentencias del Tribunal constituirán precedentes jurídicamente vinculantes para las partes en el procedimiento ante el Tribunal, salvo que tales sentencias hayan sido objeto de revisión con arreglo a las disposiciones del artículo 219”. CARICOM. Tratado de Chaguaramas revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusión del Mercado Único y la Economía de la CARICOM. Disponível em https://caricom.org/documents/11109-treaty_caricom_2-spanish.pdf. Sobre as regras de precedente nesse sistema, vide: HAYNES, Jason. The Emergence of a Doctrine of de jure horizontal stare decisis at the Caribbean Court of Justice: Fragmentation or Pluralism of International Law? **Journal of International Dispute Settlement**, v. 5, n. 3, p. 498–530, 2014.

¹⁷⁸ Estatuto de Roma, artigo 21 – Direito Aplicável. (...). 2. O Tribunal poderá aplicar princípios e normas de direito tal como já tenham sido por si interpretados em decisões anteriores. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 11 nov. 2024.

¹⁷⁹ RIDI, Niccolò. Rule of Precedent and Rules on Precedent. In: **International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 360–368. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/international-procedure-in-interstate-litigation-and-arbitration/rule-of-precedent-and-rules-on-precedent/50917FB3562B7DE609C1FD99523696D1>. Acesso em: 20 jun. 2023. Especificamente sobre o TEDH, considerando o campo jurídico em que se insere, faremos uma análise mais detalhada no próximo capítulo.

¹⁸⁰ Para uma perspectiva histórica sobre a formação do *stare decisis* no sistema inglês, vide DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent**. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 31-57.

retrocessos) novamente reforça a importância da atenção às práticas decisórias para compreender o uso dos precedentes nas jurisdições internacionais.

B) A variação da força vinculante dos precedentes e os fatores de seu sopesamento

O reconhecimento pelas diferentes cortes internacionais de um ônus argumentativo resultante da existência dos precedentes não significa, contudo, um uso idêntico e linear dos precedentes como referenciais argumentativos no DI. Outras dimensões, resultantes das fontes formais, de aspectos institucionais e de outros fatores que afetam a prática nos diferentes campos podem reforçar ou minorar esse ônus, e até dentro de um mesmo sistema podem se dar diferentes níveis de vinculatividade¹⁸¹.

As regras de precedente, como tradução da autoridade semântica das cortes em força vinculante das decisões judiciais pretéritas, são influenciadas não só por fatores endógenos de uma decisão, como sua fundamentação mas também pela estruturação do sistema jurídico em que se insere, como fator externo, impactando diretamente os mecanismos de reforço dessa autoridade. A força vinculante de um precedente, assim, depende, tanto da qualidade de seus argumentos, como da forma pela qual são recebidos e reforçados em um sistema institucional.¹⁸²

Nesse sentido, a partir da compreensão de que a força vinculante, em termos de prática argumentativa, é multifatorial, diferenciam-se duas perspectivas: a do peso de cada precedente em um sistema e a da força vinculante dos precedentes em um sistema.

A primeira diz respeito ao peso de determinada decisão comparativamente a outras em um mesmo sistema. Mesmo dentro de um sistema que atribui maior força vinculante a decisões judiciais anteriores, certas decisões podem ter maior relevo do que outras. Assim, uma decisão melhor fundamentada, produzida por um determinado órgão de cúpula ou com

¹⁸¹ Uma agenda de pesquisa que tem se apresentado, impulsionada pelas críticas dos juscomparativistas à excessiva confiança nas autodescrições e enunciações formais nos sistemas nacionais acerca das regras do precedente, é, inclusive, a identificação, dentro de um mesmo país, de diferentes práticas em torno do uso dos precedentes em diferentes áreas do Direito. Nesse sentido, vide: TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: **Interpreting Precedents**. Nova York: Routledge, 1997, p. 440; SHECAIRA, Fábio Perin. Precedent and the Source–Norm Distinction. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 323. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0025>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

¹⁸² Para uma análise desses fatores com influência sobre a força vinculante dos precedentes na perspectiva da CIJ, vide: TAMS, Christian J. The ICJ as a ‘Law-Formative Agency’: Summary and Synthesis. In: **The Development of International Law by the International Court of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2013, p. 388-395. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199653218.003.0016>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

uma determinada composição de juízes, fruto de um processo mais democrático e aberto a múltiplas perspectivas de participantes, reiterada em decisões posteriores, melhor recebida pela comunidade de práticos, entendida como de maior relevo e mais representativa da situação atual do Direito naquele sistema, cuja posição é preservada ao longo do tempo,¹⁸³ pode ser considerada como um argumento mais relevante, na prática, do que outros precedentes.

A segunda é a da força vinculante dos precedentes em geral em um sistema. Podem estimular ou desestimular a atribuição de maior proeminência aos precedentes, na argumentação jurídica, questões como o marco normativo formal em que se inserem. Dessa forma, são níveis de indeterminação semântica das fontes formais: a organização institucional de seus órgãos e os mecanismos de controle do dissenso no sistema, os meios de divulgação dos precedentes, as possibilidades de acesso ao sistema e os legitimados para acessá-lo, o número de decisões prolatadas por ano, as técnicas interpretativas estimuladas e usadas pela comunidade de práticos, os fins que são reconhecidos como legítimos de serem perseguidos pelo sistema (estímulo e proteção ao comércio e investimentos, combate à impunidade, promoção da igualdade...); dentre outros.

O enfoque desta seção está nessa segunda perspectiva, buscando-se, pois, destacar fatores importantes que apontam a campo-dependência das regras de precedente na perspectiva do SIDH, e, em especial, quanto ao relacionamento entre a Corte IDH e os tribunais nacionais, o que será trabalhado também em tópicos seguintes

Uma primeira referência a ser feita sobre fatores que impactam no peso argumentativo dos precedentes no DI está no trabalho ainda em curso na CDI sobre os meios auxiliares de determinação das normas no DI, tendo em conta sua pretensão de diretrizes gerais sobre a questão na esfera internacional¹⁸⁴.

¹⁸³ Uma linha interessante de estudos nesse sentido são as abordagens que mapeiam a jurisprudência em termos de rede de referências. Para exemplos, vide, sobre cortes nacionais, GELTER, Martin; SIEMS, Mathias. Networks, Dialogue or One-Way Traffic? An Empirical Analysis of Cross-Citations Between Ten of Europe's Highest Courts. In: **Courts and Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198735335.003.0011>>. Acesso em: 2 jun. 2023; sobre cortes internacionais: ALSCHNER, Wolfgang; CHARLOTIN, Damien. The Growing Complexity of the International Court of Justice's Self-Citation Network. **European Journal of International Law**, v. 29, n. 1, p. 83–112, 2018; e os artigos em FRESE, Amalie; SCHUMANN, Julius. **Precedents as Rules and Practice**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2021. Disponível em: <<https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748908296/precedents-as-rules-and-practice?page=1>>. Acesso em: 26 maio 2023. Sobre os usos e limites dessa abordagem para o Direito, vide FRANKENREITER, Jens. Network Analysis and the Use of Precedent in the Case Law of the CJEU – A Reply to Derlén and Lindholm. **German Law Journal**, v. 18, n. 3, p. 687–694, 2017.

¹⁸⁴ Para um resumo analítico da situação dos trabalhos da CDI sobre a matéria, acesse o guia analítico. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/guide/1_16.shtml.

Até o momento, a Comissão de Redação aprovou, no pertinente ao tópico desta seção, as conclusões provisórias 3¹⁸⁵, 4¹⁸⁶, 6¹⁸⁷, 7¹⁸⁸ e 8¹⁸⁹. Nas conclusões propostas, apesar de negar-se a natureza de fontes do direito às decisões judiciais anteriores e, como regra, a existência de precedentes legalmente vinculantes no DI, a Comissão de Redação afirma a possibilidade dessas decisões serem adotadas como referência, sejam de cortes internacionais ou nacionais, e propõe, assim, uma combinação das conclusões provisórias 3 e 8, como

¹⁸⁵ Draft conclusion 3. **General criteria for the assessment of subsidiary means for the determination of rules of international law** When assessing the weight of subsidiary means for the determination of rules of international law, regard should be had to, inter alia: (a) their degree of representativeness; (b) the quality of the reasoning; (c) the expertise of those involved; (d) the level of agreement among those involved; (e) the reception by States and other entities; (f) where applicable, the mandate conferred on the body (DRAFTING COMMITTEE OF THE ILC. **Subsidiary means for the determination of rules of international law - Titles and texts of draft conclusions 1 to 3 provisionally adopted by the Drafting Committee (A/CN.4/L.985)**). International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Disponível em: <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210057325>>. Acesso em: 16 jun. 2024).

¹⁸⁶ Draft conclusion 4. **Decisions of courts and tribunals**. 1. Decisions of international courts and tribunals, in particular of the International Court of Justice, are a subsidiary means for the determination of the existence and content of rules of international law. 2. Decisions of national courts may be used, in certain circumstances, as a subsidiary means for the determination of the existence and content of rules of international law (DRAFTING COMMITTEE OF THE ILC. **Subsidiary means for the determination of rules of international law - Addendum - Titles and texts of draft conclusions 4 and 5 provisionally adopted by the Drafting Committee (A/CN.4/L.985/Add.1)**). International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Disponível em: <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210057325>>. Acesso em: 16 jun. 2024).

¹⁸⁷ Draft conclusion 6. **Nature and function of subsidiary means** 1. Subsidiary means are not a source of international law. The function of subsidiary means is to assist with the determination of the existence and content of rules of international law. 2. The use of materials as subsidiary means for the determination of rules of international law is without prejudice to their use for other purposes (DRAFTING COMMITTEE OF THE ILC. **Subsidiary means for the determination of rules of international law- Texts and titles of draft conclusions 6, 7 and 8 as provisionally adopted by the Drafting Committee on 16, 21 and 22 May 2024 (A/CN.4/L.999)**). International Law Commission. Seventy-fifth session. Geneva, 29 April–31 May and 1 July–2 August 2024. Disponível em: <<https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g24/085/56/pdf/g2408556.pdf?token=otsjAeSLNSMWoYwfwL&fe=tr>>. Acesso em: 16 jun. 2024).

¹⁸⁸ Draft conclusion 7. **Absence of legally binding precedent in international law** Decisions of international courts or tribunals may be followed on points of law where those decisions address the same or similar issues as those under consideration. Such decisions do not constitute legally binding precedent unless otherwise provided for in a specific instrument or rule of international law (DRAFTING COMMITTEE OF THE ILC. **Subsidiary means for the determination of rules of international law- Texts and titles of draft conclusions 6, 7 and 8 as provisionally adopted by the Drafting Committee on 16, 21 and 22 May 2024 (A/CN.4/L.999)**). International Law Commission. Seventy-fifth session. Geneva, 29 April–31 May and 1 July–2 August 2024. Disponível em: <<https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g24/085/56/pdf/g2408556.pdf?token=otsjAeSLNSMWoYwfwL&fe=tr>>. Acesso em: 16 jun. 2024).

¹⁸⁹ Draft conclusion 8. **Weight of decisions of courts and tribunals** When assessing the weight of decisions of courts or tribunals, regard should be had to, in addition to the criteria set out in draft conclusion 3, inter alia: (a) whether the court or tribunal has been conferred with a specific competence with regard to the application of the rule in question; (b) the extent to which the decision is part of a body of concurring decisions; and (c) the extent to which the reasoning remains relevant, taking into account subsequent developments (DRAFTING COMMITTEE OF THE ILC. **Subsidiary means for the determination of rules of international law- Texts and titles of draft conclusions 6, 7 and 8 as provisionally adopted by the Drafting Committee on 16, 21 and 22 May 2024 (A/CN.4/L.999)**). International Law Commission. Seventy-fifth session. Geneva, 29 April–31 May and 1 July–2 August 2024. Disponível em: <<https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g24/085/56/pdf/g2408556.pdf?token=otsjAeSLNSMWoYwfwL&fe=tr>>. Acesso em: 16 jun. 2024).

exemplos de critérios para determinar o peso a ser dado na avaliação de tais decisões.

Dessa forma, acaba por reforçar a compreensão de que há limites na capacidade explicativa de uma abordagem binária da vinculatividade, calcada apenas na análise e na classificação dos materiais jurídicos como fontes, ao explicar a forma de utilização dos precedentes no DI, enfatizando sua relevância como argumento ponderável.

Alguns dos critérios apontados dizem respeito ao modo de produção e aos elementos presentes na decisão, levando em consideração grau de representatividade, em termos de diferentes visões e abordagens dos variados sistemas legais globais¹⁹⁰, como a qualidade da fundamentação e o nível de consenso dos decisores (critérios de “a” a “d” da conclusão provisória 3). Os demais se relacionam ao sistema em que está produzida a decisão e a sua recepção pelos demais atores, considerando-se a recepção da decisão pelos Estados e outras entidades e o mandato atribuído ao órgão decisor (critérios “e” e “f” da conclusão provisória 3), bem como se a corte recebeu uma competência específica em relação à aplicação da norma em questão e se a decisão é parte de um corpo concorrente de decisões, e a extensão em que a fundamentação permanece relevante diante dos desenvolvimentos a ela posteriores (critérios da conclusão provisória 8).

Assim, adotada a perspectiva da força vinculante anteriormente exposta nesse trabalho, as referidas conclusões sinalizam não só o impacto no peso a ser dado ao precedente sua fundamentação, elemento bastante generalizado nos diversos sistemas jurídicos¹⁹¹, mas também quem a produziu, de que modo e como ela se insere em um contexto de práticas jurídicas prévias.

Essa divisão, porém, não é estanque: práticas referentes ao detalhamento da fundamentação influenciam o peso que prospectivamente pode ser atribuído a uma decisão, considerados, por exemplo, o detalhamento dos fatos analisados, a explicitação das técnicas

¹⁹⁰ Segundo a declaração do presidente do Drafting Committee, Mārtiņš Paparinskis, dirigida à presidência da CDI: “Subparagraph (a) refers to the degree of representativeness of the materials being used as subsidiary means. If you recall, such a criterion did not appear in the Special Rapporteur’s initial proposal. However, the Drafting Committee decided to include it to address some of the concerns expressed in the plenary regarding the importance of taking into account the views and approaches of the various legal systems of the world (PAPARINSKIS, Mārtiņš. **Subsidiary means for the determination of rules of international law - Statement of the Chairperson of the Drafting Committee - Mr. Mārtiņš Paparinskis - 21 July 2023**. International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April to 2 June and from 3 July to 4 August 2023. Disponível em: <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210057325>>. Acesso em: 16 jun. 2024).

¹⁹¹ “To become settled law at all, and so valid law in general, precedents in many such common law fields must at least pass a minimum threshold test both of substantive acceptability and of reasonable coherence with the pre-established legal context. If a precedent does not do this, it is likely to sink out of sight.” (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. In: **Interpreting Precedents**. New York: Routledge, 1997, p. 544).

adotadas na interpretação e no uso de um precedente como argumento ou a explicitação do porquê da rejeição do posicionamento prévio¹⁹².

Conectada à questão da fundamentação está a da disponibilização das informações sobre as decisões anteriores, que, a depender do grau de ocultação, pode simplesmente inviabilizar os usos argumentativos posteriores. Em vários sistemas domésticos, não há a divulgação de todo o corpo de decisões produzidas por uma espécie de tribunal ou por certos órgãos fracionários, ou mesmo de certas decisões que não alcançaram um quórum mais qualificado.¹⁹³

Na esfera internacional, há, por exemplo, críticas na literatura ao sigilo das decisões arbitrais no Direito Internacional dos Investimentos, exatamente porque prejudicaria a construção de uma jurisprudência coerente¹⁹⁴. Essa estratégia de divulgação seletiva, além de permitir certo controle da dimensão prospectiva das decisões por meio da escolha dos precedentes divulgados, também dá aos precedentes publicizados um peso maior na argumentação¹⁹⁵.

Na outra ponta da questão, a divulgação de um volume grande de decisões também pode dificultar um uso mais aprofundado do precedente, o que motiva críticas às referências abundantes, porém sem uma maior fundamentação de pertinência, típicas de alguns sistemas judiciais domésticos¹⁹⁶, mas também presentes na esfera internacional¹⁹⁷. O esforço de um sistema em se divulgar relaciona-se também com a afirmação de sua autoridade semântica:

¹⁹² SHECAIRA, Fábio Perin. Precedent and the Source–Norm Distinction. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023, fl. 328-334. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0025>>. Acesso em: 5 jun. 2023; MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. In: **Interpreting Precedents**. New York: Routledge, 1997, p. 542-545.

¹⁹³ Sobre o fenômeno nos Estados Unidos, vide REYNOLDS, William L.; RICHMAN, William M. The Non-Precedential Precedent - Limited Publication and No-Citation Rules in the United States Courts of Appeals. **Columbia Law Review**, v. 78, n. 6, p. 1167–1208, 1978.

¹⁹⁴ Nesse sentido, vide RIDI, Niccolò. Rule of Precedent and Rules on Precedent. In: **International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 388-390. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/books/international-procedure-in-interstate-litigation-and-arbitration/rule-of-precedent-and-rules-on-precedent/50917FB3562B7DE609C1FD99523696D1>>. Acesso em: 20 jun. 2023.

¹⁹⁵ TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: **Interpreting Precedents**. Nova York: Routledge, 1997, p. 444.

¹⁹⁶ Shecaira assim identifica o Brasil (SHECAIRA, Fábio Perin. Precedent and the Source–Norm Distinction. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 333. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0025>>. Acesso em: 5 jun. 2023).

¹⁹⁷ BENNOUNA, Mohamed; PELLET, Alain. Projet de Rapport- Jurisprudence et Précédents en Droit International. In: **Annuaire de l’Institut de droit international. 81ème. Session d’Angers. Sesquicentenaire. Travaux préparatoires**. Paris: Pedone, 2023, v. 83, p. 67-68. Disponível em: <<https://www.decitre.fr/revues/annuaire-de-l-institut-de-droit-international-volume-n-83-2023-81e-session-d-angers-9782233010421.html>>. Acesso em: 30 jun. 2024.

sem que as decisões sejam amplamente conhecidas dificilmente impactarão a comunidade de práticos¹⁹⁸.

Um ponto especial de destaque diz respeito aos mecanismos de garantia institucional das normas em um determinado sistema e da possível articulação de diferentes níveis de proteção. O fato de frequentemente a jurisdição internacional se dar em única instância converte a questão da força vinculante dos precedentes, em certos campos do DI, em uma discussão sobre a vinculatividade horizontal dos precedentes, ou, em outros termos, sobre como certa corte observa suas próprias decisões pretéritas. Isso pode desestimular a definição de regras mais estritas de vinculatividade, na medida em que o debate passa a versar sobre autocontenção e os reflexos das possíveis incoerências na capacidade de afirmação da sua autoridade perante outros atores do campo.

A articulação entre diferentes instâncias é um vetor de estímulo à construção mais robusta e clara de regras de precedentes, considerada a necessidade de preservação da coerência do sistema¹⁹⁹. É o caso, por exemplo, das cortes criminais para a Iugoslávia e Ruanda. A hierarquização de instâncias é, inclusive, citada por parte da literatura como essencial ao reconhecimento da existência de regras de precedente, que identifica, nos exemplos dos Tribunais Penais Internacionais para a Iugoslávia e Ruanda e do Órgão de Apelação da OMC, exemplos de hierarquizações intrassistêmicas embrionárias²⁰⁰.

Esse quadro se complexifica, ao se considerar dois fenômenos: o da possível sobreposição de jurisdições e do reconhecimento recíproco de precedentes, e o da articulação da aplicação do DI em relação às cortes domésticas. Sobre o primeiro já se fizeram algumas referências nas seções anteriores, a título de uso dos precedentes externos. Quanto ao segundo, importa em especial, para os fins desta tese, a articulação dos tribunais domésticos com os mecanismos de proteção aos DDHH.

A perspectiva do controle de convencionalidade, como construída no SIDH, e o fato de os Judiciários locais serem chamados a atuarem como juízes interamericanos, inclusive com o reconhecimento pela Corte IDH de suas próprias decisões como parâmetro de controle,

¹⁹⁸ No caso do SIDH, há um movimento importante de diplomacia judicial e de traduções de sentença que vai nesse sentido, o que será melhor explorado em um próximo capítulo.

¹⁹⁹ Nas palavras de MacCormick e Summers, considerando os estudos do *Bielefelder Kreis*: “It would, therefore, seem likely that any system of law that has a hierarchical court system and publishes the courts' decisions to any appreciable extent, and that exists for any significant period, will eventually come to recognize precedent as a major source of authoritative reasons for decision” (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. In: **Interpreting Precedents**. New York: Routledge, 1997, p. 542).

²⁰⁰ FABRI, Hélène Ruiz; GRADONI, Lorenzo. La hierarchisation des precedents. In: **Le précédent en droit international**: colloque de Strasbourg. Paris: Éditions Pedone, 2016.

pode dar ensejo à responsabilização internacional do Estado pela inobservância do precedente, o que acaba por resultar em uma pretensão de articulação funcional. Ademais, essa integração dos tribunais como juízes americanos pode ser lida também como uma abertura ao reconhecimento de sua capacidade criativa perante o DIDH e dialógica perante à Corte IDH. Esse ponto será aprofundado nos próximos capítulos deste trabalho.

Ainda no cenário institucional, alguns sistemas que trabalham com diferentes órgãos decisores podem criar ritos especiais e competências jurisdicionais específicas, visando a reforçar um precedente. A adoção desses mecanismos processuais atua como uma forma de sinalização de uma orientação prospectiva da corte que decide²⁰¹. No âmbito do DIDH, por exemplo, foi criado no TEDH o procedimento de julgamento piloto, visando a lidar com falhas sistêmica das ordens domésticas²⁰².

Em síntese, diante desse protagonismo do uso dos precedentes como argumento decisório no DI, é difícil negar a capacidade das decisões judiciais anteriores de acarretar impactos constrictivos e propulsivos de pontos argumentativos no DI, pelo fato de já existirem, principalmente por meio da distribuição de diferentes ônus argumentativos, no modelo da lógica de precedente já exposta anteriormente²⁰³. A distribuição desses ônus, contudo, é campo-dependente, isto é, envolve fatores além da validade da decisão nele colocada, sendo impactada por fatores variáveis consoante o sistema jurídico em que se inserem²⁰⁴.

²⁰¹ TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: **Interpreting Precedents**. Nova York: Routledge, 1997, p. 444-445.

²⁰² Sobre o assunto: FYRNYS, Markus. Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, 2011.

²⁰³ Nas palavras de Jacob, “It is submitted here that a simple binary “on-or-off” or “black-or-white” understanding of precedents’ authority is not very helpful when considering the import of prior cases. Bindingness is not sine qua non for system-building. Precedents in international law constrain in much quieter fashion than the formalist insistence purports. This does not even require committing to theories of judicially evolved normativity. Nor need this inevitably offend democratic sensitivities. Between the fanciful extremes of completely bound and totally free judicial decision-making, there exists ample space for reason-based adjudication that does not violate basic tenets of legality. Precedents, it is averred here, always have a latent potential to constrain later decision-makers and hence harbour a generative potential by channelling developments accordingly. They do so on account of imposing argumentative burdens and enabling communication between the different actors of the legal process, regardless of any statement to the contrary. At the same time as being a potential shackle, a precedent can also act as a springboard for a statement of law, given the familiar propensity of some courts to bury legal propositions to be used another day, for instance whenever an abstract principle is established but its application is denied or irrelevant and hence remains unchallenged – in the former proceedings” (JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, v. 236, p. 48. (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht). Disponível em: <https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2>. Acesso em: 26 maio 2023).

²⁰⁴ Valendo-nos ainda dos estudos comparativos de McCormick e Summers: “In all systems in our study, precedents are not only recognized as having force in some degree, they are also recognized as having varying weight, weight that depends on a range of factors which appear to exhibit a great degree of commonality across

A explicitação e elucidação desses fatores é essencial para tornar o uso dos precedentes na argumentação mais controlável, e um dos desafios que se colocam para o uso de decisões judiciais pretéritas de modo pouco elaborado em termos de fundamentos é exatamente o risco que pode decorrer da incapacidade de controlar essas razões elipsadas ou simplesmente ausentes. Esse ponto é levantado no Direito Comparado, com intensidade em relação às cortes de *civil law*²⁰⁵, mas também é objeto de crítica dos jusinternacionalistas²⁰⁶.

As exigências da argumentação jurídica são especialmente delicadas no contexto da jurisdição internacional, dada a expectativa de consistência e fundamentação adequada que recaem sobre sua atuação serem agravadas pelas dificuldades na identificação da existência de norma internacional com fundamento no costume e nos princípios gerais²⁰⁷, bem como

systems(...)”. E continuam os autores: “The very scheme of degrees of normative force discussed and applied throughout this book lies outside the all-or-nothing conception of the valid-invalid distinction. Precedent is formally, even if sometimes defeasibly or outweighably, binding or has persuasive normative force to some extent in all systems covered by this study. Propositions of law formulated on the authority of such precedents hence have a provisional, a tentative and a defeasible quality, and they may have to be weighed against, or adjusted in the light of, other propositions similarly founded. If we call them valid in the wider sense, we acknowledge them as valid provisionally, only insofar as certain circumstances hold, for a time, and not if confronted by better derived or farther over-threshold propositions” (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. *In: Interpreting Precedents*. New York: Routledge, 1997, p. 534 e 543-544).

²⁰⁵ Sobre o tema, escrevem Summer e MacCormy em seu estudo comparado: “The fact that a court may easily and consciously depart tacitly, and without any statement of justifying reasons, from a precedent having force (or providing possible support) requires observers to guess at what is going on, disservices predictability, frees judges from most of the constraints of precedent, and more. Yet such non-overt departures are not uncommon in several civil law countries. The problem, however, is common to both civilian and common law systems. The existence of a non-overt departure is often a matter of controversy and can usually be demonstrated only by rational reconstruction or something like it. A statistical basis for assertions as to frequency would be impractical to construct. It is obvious that non-overt departures through specious distinguishing and the like occur with some frequency in the common law systems. Indeed, they may be more frequent. In this respect, both types of systems display a common deficiency. But the remedy is not obvious. No one, in the long history of the common law, has discovered how to make judges stick to precedent, or how to make them explicitly own up to their departures. And unacknowledged departures in civil law countries may somehow be attributable to the generality and opacity of the precedents.” (MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. Further General Reflections and Conclusions. *In: Interpreting Precedents*. New York: Routledge, 1997, p. 547-548).

²⁰⁶ Como registram Benouna e Pellet no relatório sobre Jurisprudência e Precedentes no Direito Internacional, apresentado à 2ª Comissão do Instituto de Direito Internacional: “9. Les juridictions doivent prendre garde de ne pas faire preuve d’un suivisme aveugle. (...). Pour éviter cela, il nous paraît nécessaire de faire évoluer la pratique des juridictions internationales qui n’explicitent généralement ni la raison qui justifie le recours aux précédents exogènes, ni le poids concret qu’elles donnent à ces décisions dans les solutions qu’elles retiennent. Dans certains cas, il est en effet difficile de déterminer si un tel recours constitue un motif surabondant, une confirmation ou bien un élément décisif, voire même dans d’autres cas, si la juridiction approuve ou désapprouve la solution retenue par un autre tribunal.” (BENOUNA, Mohamed; PELLET, Alain. *Projet de Rapport- Jurisprudence et Précédents en Droit International*. *In: Annuaire de l’Institut de droit international*. 81ème. Session d’Angers. Sesquicentenaire. Travaux préparatoires. Paris: Pedone, 2023, v. 83, p. 67-68. Disponível em: <<https://www.decitre.fr/revues/annuaire-de-l-institut-de-droit-international-volume-n-83-2023-81e-session-d-angers-9782233010421.html>>. Acesso em: 30 jun. 2024).

²⁰⁷ Sobre o tema CARCELÉN, Martín C. Ortega. Analisis del Valor Creador de la Jurisprudencia en el Derecho Internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, v. 40, n. 2, p. 55–87, 1988.

pelos desafios em termos de legitimidade democrática.²⁰⁸

Negar a força vinculante dos precedentes, multifatorial e variável, enquanto se faz seu amplo uso é, em último caso, aproximá-los perigosamente de outros procedimentos de produção normativa que se validam e extraem legitimidade pelo conjunto de atos formais prévios praticados. Isso ressuscita os temores de déficit democrático e abuso do poder judicante que nortearam a própria gênese da teoria das fontes no DI moderno²⁰⁹. As questões que se colocam, ao menos na perspectiva deste autor, são a função e os limites funcionais desta reelaboração, considerados os parâmetros para a atuação da jurisdição internacional dentro do SIDH, tema que nos ocupará nos próximos capítulos.

²⁰⁸ Sobre o tema, VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals. In: **The Oxford Handbook of International Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/law/9780199660681.003.0023>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

²⁰⁹ Essas críticas são fortemente sentidas, por exemplo, no campo do Direito Internacional dos Investimentos. Vide ALSCHNER, Wolfgang. Perpetuating Mistakes through Precedent. In: **Investment Arbitration and State-Driven Reform: New Treaties, Old Outcomes**. Oxford: Oxford University Press, 2022, fls. 183-216. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780197644386.003.0007>>. Acesso em: 20 jun. 2023. Na perspectiva do DIDH, esse ponto será retomado nos próximos capítulos.

CAPÍTULO 3: O CONTEXTO DOS PRECEDENTES NO SIDH

A proteção dos direitos humanos no SIDH é construída como um aparato conjunto, em que atuam as cortes interamericana e domésticas. Essa articulação é impactada por fatores específicos ligados ao campo dos direitos humanos, notadamente a direcionalidade e consubstancialidade de suas obrigações (3.1), e ao marco normativo e institucional desenvolvido nas Américas, em especial o modelo protetivo jurisdicional bifásico e a construção do controle de convencionalidade (3.2).

3.1 Os fatores específicos do campo dos direitos humanos

As regras de precedente no SIDH são diretamente influenciadas por dois elementos característicos do campo do DIDH, que atravessam o uso das decisões da Corte IDH: a direcionalidade de suas obrigações e sua consubstancialidade nos níveis internacional e doméstico. Ambos os elementos impactam os usos dos precedentes, tendo em conta a preocupação da composição entre unidade e diversidade na construção e efetivação dos sistemas regionais de direitos humanos.

Sobre a direcionalidade, ao pretender um tratamento igualitário dos seres humanos, os sistemas no DIDH se voltam precipuamente à proteção do indivíduo ante a atuação do Estado. Colocam-se, portanto, em um contexto não sinalagmático, em que há certa separação entre aqueles que assumem e reconhecem as obrigações de proteção – os Estados – e os titulares dos respectivos direitos – os indivíduos. Isso significa que as decisões judiciais internacionais no campo, conquanto sejam emitidas à luz de um caso concreto com número definido ou definível de indivíduos, tem um potencial inerente de aplicação a um número indeterminado de outros sujeitos de direito (A).

A essa direcionalidade se conjuga a sobreposição de direitos protegidos, entre os sistemas internacionais de proteção a direitos humanos e os sistemas domésticos de proteção a direitos fundamentais. Isso se mostra um desafio, já que os sistemas domésticos são caracterizados por uma diversidade de perspectivas inseridas em culturas jurídicas constitucionais próprias. Essa confluência implica o reconhecimento de uma pluralidade de atores, intérpretes e ópticas sobre o conteúdo e os meios de garantia desses direitos (B).

A) O caráter objetivo dos tratados e a direcionalidade das obrigações de direitos humanos

Um primeiro elemento apontado na doutrina como distintivo do DIDH em relação a outros campos do DI é o seu caráter objetivo. Diferentemente das normas de matriz subjetiva, produzidas em contextos em que os Estados assinam tratados ou aderem a costumes em uma perspectiva de obrigações correspondentes e aproximada dos contratos, as normas de DIDH teriam uma dimensão legislativa que vai além das obrigações recíprocas²¹⁰.

Estruturalmente, as obrigações de primeira ordem reconhecidas nos tratados de DIDH garantem direitos a pessoas que não os assinam, conquanto ainda gerem obrigações de segunda ordem entre as partes. Isso geraria para esses regimes objetivos efeitos que se apartam da vontade das partes, para serem guiados pelos propósitos coletivos que motivam a sua gênese²¹¹, inclusive em termos de interpretação e aplicação das suas disposições²¹². Isso está refletido, por exemplo, na exceção humanitária do artigo 60 (5) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que obsta a extinção ou suspensão de um tratado de caráter humanitário em razão de sua violação por uma das partes²¹³.

Outro reflexo do caráter objetivo se refletiria no fato de que das normas de DIDH resultariam obrigações *erga omnes* para com os demais Estados, oriundas dos deveres de prevenção e assistência²¹⁴. Esse cenário seria mais intensamente reforçado nos tratados de

²¹⁰ BESSON, Samantha. Sources of International Human Rights Law: How General is General International Law?. In: **The Oxford handbook on the sources of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 846-853.

²¹¹ Para uma narrativa acerca da história dos regimes objetivos no DI e sua análise para além do DIDH, vide SALERNO, Francesco. Treaties Establishing Objective Regimes. In: **The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention**. Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 225-243. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199588916.003.0014>. Acesso em: 2 jun. 2023.

²¹² A dimensão interpretativa dessa distinção tem sido desafiada por parte da literatura, que defende que a hermenêutica dos tratados depende menos da sua suposta natureza contratual ou legislativa e mais de uma convergência, inclusive nas cortes domésticas, rumo à observação das disposições da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados. Nesse sentido, vide BJORGE, Eirik. “Contractual” and “Statutory” Treaty Interpretation in Domestic Courts? Convergence around the Vienna Rules. In: **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0004>. Acesso em: 12 jun. 2023.

²¹³ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, artigo 60: “Extinção ou Suspensão da Execução de um Tratado em Consequência de sua Violação. 1. Uma violação substancial de um tratado bilateral por uma das partes autoriza a outra parte a invocar a violação como causa de extinção ou suspensão da execução de tratado, no todo ou em parte. (...). 5. Os parágrafos 1 a 3 não se aplicam às disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente às disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados.”

²¹⁴ BESSON, Samantha. Sources of International Human Rights Law: How General is General International Law?. In: **The Oxford handbook on the sources of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 846-853.

direitos humanos com mecanismos coletivos de garantia, como órgãos de tratado e cortes internacionais.

Impende registrar que existe certa controvérsia na literatura acerca da definição precisa do conteúdo desse caráter objetivo dos tratados de direitos humanos, motivada principalmente pelo contraste entre os mecanismos regionais de proteção aos DIDH, normalmente de maior robustez institucional e dotados de cortes internacionais, dos universais, que tendem a adotar garantias coletivas cujo caráter heterocompositivo é suavizado, a exemplo do monitoramento mediante recomendações, ou mesmo de garantia exclusivamente mediante atuação interestatal.

Há autores, como Bruno Simma, que rejeitam a caracterização dos tratados de direitos humanos como regimes objetivos, ainda que admitam que dessas convenções podem resultar o reconhecimento de direitos aos indivíduos²¹⁵. Na mesma linha, Matthew Craven problematiza a noção de regime objetivo e a própria construção da especialidade do regime dos tratados de direitos humanos e, nesse contexto, a persistência de obrigações vinculadas à noção de reciprocidade²¹⁶. Outros, como Riccardo Mazzeschi, diferenciam caráter objetivo de não-reciprocidade, afirmando que aquele está presente apenas quando as obrigações de direitos humanos assumem um caráter autônomo, ligado à construção de uma ordem pública comum protegida por mecanismos coletivos de garantia suficientes para sua tutela²¹⁷. De todo

²¹⁵ Nesse sentido, vide SIMMA, Bruno. Sources of International Human Rights Law: Human Rights Treaties. In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 871–888. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0041>. Acesso em: 12 jun. 2023. Em apertada síntese do autor sobre a crítica: “It appears that the theory of ‘objective’ human rights treaty obligations is somehow based on the constitutionalist vision of a truly ‘public’ international law. A public law substance, however, requires a public law infrastructure in the sense that the enforcement of the law is not left to the individual members of a community ad libitum, but is entrusted to institutions placed over and above its members. There are certain elements of such a structure to be found in the regime of the ECHR and, to a much stronger degree, in European Union law, but hardly anywhere else, certainly not in the United Nations (UN) human rights treaty system. In other words, with the exception of a few regional phenomena, in international human rights law there exist no genuinely ‘objective’ obligations comparable to those under domestic public law, but only concurring, ‘subjective’, as it were, entitlements held by States that chose to ‘collectivize’ shared humanitarian interests in multilateral instruments.” (p. 875).

²¹⁶ CRAVEN, Matthew. Legal differentiation and the concept of the human rights treaty in international law. **European Journal of International Law**, v. 11, n. 3, p. 489–519, jan. 2000.

²¹⁷ “In reality, the concept of “objective obligations” is not entirely clear and is often confused with those, examined above, of “non-reciprocal obligations” or “obligations erga omnes partes”. But, in my view, the notion of ‘objective obligations’ contains, compared to the other two concepts, a *quid pluris*, consisting of two elements, which are quite clear especially from the case-law of the ECHR bodies: (a) the common purpose of the States Parties to achieve, instead of their own national interests, the objectives and ideals of the Council of Europe, and therefore a ‘European public order’; (b) the existence of a collective guarantee mechanism, which is suitable to achieve this purpose. These two elements are also present, *mutatis mutandis*, in other conventional human rights systems, such as, for example, the Inter-American system, the African system, the UN Treaty-Bodies system; but not in all human rights treaties. Therefore, it can be concluded that, while the ‘erga omnes partes’ character of obligations is present, in principle, in all human rights treaties, the ‘objective’ character of such obligations is present only in some more advanced conventional systems. In particular, it is

modo, ambas as posições ainda concedem que os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos são exceções que, de algum modo, já traduzem essa dimensão objetiva, marcada por um cenário de construção de sentido autônomo aos tratados, consoante a teleologia de gênese de espaços de gozo dos direitos humanos (que, no atual estágio desses sistemas, são basicamente de amplitude regional).

Um elemento relevante, ligado ao caráter objetivo, é a direcionalidade das obrigações de direitos humanos. Essas obrigações normalmente se caracterizam como introvertidas, isto é, voltadas para a exigência de condutas específicas dos agentes estatais em âmbito doméstico. Isso abre espaço para sua invocação em variadas relações jurídicas e, a depender das disposições de cada país, em termos de eficácia direta das normas internacionais, e da exigência de interpretação das disposições nacionais, consoante as normas de DI, pode-se abrir caminho para variadas formas de litigância doméstica com base nesses tratados²¹⁸.

O caráter objetivo impacta o processo de interpretação das convenções de DIDH, na medida em que a noção de proteção comum a passa a influenciar o processo hermenêutico. Nos sistemas dotados de mecanismos autônomos de supervisão, estimula a abertura a outras técnicas interpretativas, além da busca da vontade original dos signatários, informada pela noção de garantia coletiva subjacente aos tribunais de direitos humanos²¹⁹.

present in those systems where: (a) the collective and solidarity-based purpose of the States Parties to protect the human rights of all individuals is also accompanied by the broader purpose of achieving the objectives of the international organization uniting States Parties; (b) the collective guarantee mechanism is not limited to the possibility for all States to react to the violation by one State by the traditional means of general international law; but extends to the standing of each State Party (and sometimes also of the individual victim) to claim the breach before judicial or quasi-judicial bodies against another State Party, even when it does not create an injury to the former State or one of its nationals. In other words, in ‘objective obligations’ the collective guarantee of their compliance is more progressive and effective because it is institutionalized.” MAZZESCHI, Riccardo Pisillo. **International Human Rights Law: Theory and Practice**. Cham: Springer International Publishing, 2021, p. 69. Disponível em: <https://link.springer.com/10.1007/978-3-030-77032-7>. Acesso em: 23 jun. 2023.

²¹⁸ “Many modern treaties at least include (if they do not solely contain) obligations for states to take certain conduct within their domestic legal order. These ‘inwardlooking’ international obligations demand that the state legislate or otherwise act in a particular manner within its jurisdiction, and thus individuals or legal entities within the jurisdiction may challenge the state before domestic courts for not having acted as required under the relevant international treaty obligation. Human rights treaties are the most obvious category of treaties that imposes inward-looking obligations on states, but trade treaties, investment treaties, environmental treaties, labour treaties, as well as other treaties may have ‘inwardlooking aspects’, in the sense that they create rights for individuals by requiring that certain conduct be taken on the part of the state towards the individual in the domestic legal order” (TZANAKOPOULOS, Antonios. *Judicial Dialogue as a Means of Interpretation*. In: **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 80. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023).

²¹⁹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume 2**. Porto Alegre: Fabris, 1999. Nas palavras do autor: “7. Os tratados de direitos humanos são claramente distintos dos tratados do tipo clássico, que estabelecem ou regulamentam direitos subjetivos, ou concessões ou vantagens recíprocas, para as Partes Contratantes. Os tratados de direitos humanos, em contrapartida,

Nessa linha, é comum que as cortes regionais se voltem à construção de sentidos autônomos dos termos de seus tratados, em relação aos sistemas domésticos, potencializados pela interpretação teleológica de suas normas²²⁰.

Esse contexto de obrigações introvertidas na perspectiva internacional se conjuga a uma segunda dimensão peculiar, ligada à função protetiva que se pretende com o DIDH: a consubstancialidade de suas normas com as normas domésticas de proteção a direitos fundamentais.

B) A consubstancialidade entre a proteção internacional dos direitos humanos e a proteção doméstica dos direitos fundamentais

O cenário de estímulo à aplicação dos precedentes internacionais, no contexto de normas de caráter objetivo, de direcionalidade introspectiva, é influenciado pelo desafio da distribuição das capacidades interpretativas, em um contexto de consubstancialidade entre a proteção internacional dos direitos humanos e a proteção constitucional dos direitos fundamentais.

O movimento de afirmação dos mecanismos de proteção internacional de direitos humanos não se dá em um vácuo: paralelamente, os sistemas domésticos, dentro da tradição do constitucionalismo ocidental, já possuíam, ou vinham construindo, mecanismos protetivos de direitos fundamentais, a tal ponto que a diferenciação das matrizes internacional e nacional de alguns direitos é de difícil genealogia²²¹.

prescrevem *obrigações de caráter essencialmente objetivo*, a serem garantidas ou implementadas coletivamente, e enfatizam a predominância de considerações de interesse geral ou *ordre public* que transcendem os interesses individuais das partes contratantes. A natureza especial dos tratados de direitos humanos tem incidência, como não poderia deixar de ser, em seu processo de interpretação. Tais tratados, efetivamente, - tal como têm advertido as Cortes Européia e Interamericana de Direitos humanos, - não são interpretados à luz de concessões recíprocas, como nos tratados clássicos, mas sim na busca da realização do propósito do último da proteção dos direitos fundamentais do ser humano. 8. Além disso, enquanto do direito internacional geral os elementos para a interpretação dos tratados evoluíram primariamente como diretrizes para o processo de interpretação pelas próprias Partes Contratantes, os tratados de direitos humanos, dotados de mecanismos próprios de supervisão, por eles próprios criados, estabelecem sistemas de proteção - em níveis global e regional - que requerem uma interpretação objetiva de seus dispositivos, dado o referido caráter essencialmente objetivo das obrigações contraídas pelos Estados Partes. Daí o desenvolvimento, nos últimos anos, de uma *jurisprudence constante* dos distintos órgãos de supervisão internacional, quanto à natureza objetiva das obrigações consagradas nos tratados de direitos humanos, e quanto ao caráter especial ou distinto desses tratados, em comparação com outros acordos multilaterais do tipo tradicional” (p. 30-31).

²²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume 2**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 32-35.

²²¹ “An interesting problem, not altogether unrelated with the one just discussed, is presented by so-called ‘consubstantial’ or ‘deeply internationalized’ norms. These are norms that, while of domestic nature, find equivalents in the international legal order (or they are ‘read’ to do so by domestic courts). The two equivalent

Da perspectiva das cortes domésticas, as normas de DDHH (e os precedentes a elas atinentes) expressam uma parte do conjunto maior de normas a que estão adstritas no exercício de sua atividade, com materiais jurídicos variados provenientes de multiplicidade de fontes. São válidas para o exercício, tanto as fontes internacionais como as nacionais e, no caso dos direitos humanos, é comum que haja disciplinas constitucional e legal sobre direitos análogos, ou ao menos próximos, àqueles internacionalmente protegidos²²².

O cenário de obrigações de direcionalidade introvertidas, inseridas em um regime objetivo e consubstancial a outras normas de proteção de direitos análogos em âmbito doméstico, acarreta um protagonismo da hermenêutica como meio de construção de uma convergência jurisprudencial para a interpretação adequada dessas normas²²³. Os precedentes internacionais construídos pelos mecanismos de garantia coletiva podem ganhar maior peso

norms do not stem from the same legal order, thus, but they do share very similar or even identical content. In that, they are similar to the category of ‘multi-sourced equivalent norms’ of public international law, though the two concepts are distinguishable. (...). Not only are the ‘consubstantial norms’ similar in their substance, though different in their source in terms of originating legal order, but they are also sometimes so intertwined, that it is impossible to properly distinguish between them. The example of human rights norms is again apt: the first modern declarations of human rights, such as the French and the American declarations of the late eighteenth century, and the constitutional traditions which they established, inspired the first instruments for the international protection of human rights, be it the Universal Declaration of Human Rights, the ECHR, or the ICCPR. These international instruments, in turn, provided the blueprint for many modern constitutions of not just new states, but also states going through fundamental constitutional changes. As such, the two types of norms have been feeding each other, creating a ‘feedback loop’ and effectively entangling themselves in an inextricable knot” (TZANAKOPOULOS, Antonios. *Judicial Dialogue as a Means of Interpretation*. In: **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 86-87. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023).

²²² “At a conceptual level, there is no reason to consider the task of national institutions as fundamentally different from that of international institutions that are also entrusted with giving content and real effect to international law norms. Respect for the rule of law as a basic principle of governance, which encompasses within its scope all valid legal norms, including international law norms, generates normative expectations that both national and international institutions will uphold the rules of international law binding on them. This applies, in particular, to national courts, whose main task is to interpret and apply valid legal norms. Furthermore, the more the contents of national and international law norms come to resemble one another—especially, in areas such as international human rights law, whose provisions often mirror domestic constitutional law provisions, and international criminal law, which often overlaps procedurally and substantively with domestic criminal law—the greater the epistemic ease with which domestic courts are expected to approach the interpretation and application of international law norms” (NOLLKAEMPER, André; SHANY, Yuval; TZANAKOPOULOS, Antonios. *Engagement of Domestic Courts with International Law Principled or Unprincipled?*. In: **The engagement of domestic courts with International Law: comparative perspectives**. Oxford, New York: Oxford University Press, 2024, p. 4).

²²³ “15. Tem sido graças à função proeminente exercida pela hermenêutica que, a despeito da multiplicidade de instrumentos e mecanismos internacionais de proteção, tem havido uma significativa convergência jurisprudencial sobre sua interpretação devida, o que tem guiado os rumos de sua evolução. O reconhecimento do sentido autônomo dos termos dos tratados de direitos humanos tem contribuído a assegurar a unidade de sua interpretação. Tem assim propiciado uma harmonização dos padrões de implementação dos direitos protegidos no ordenamento jurídico interno dos Estados Partes, na realização do propósito último de proteção. Por sua vez, a identidade fundamental de propósito dos instrumentos de proteção tem constituído um elemento determinante da convergência resultante da construção jurisprudencial em curso, que tem sido clara e inequívoca ao ressaltar o *sentido autônomo* dos termos dos tratados de direitos humanos.” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume 2**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 35.

como referenciais argumentativos a serem observados pelas cortes domésticas. Ao mesmo tempo, podem ser vistos também como empecilhos às interpretações possíveis das normas domésticas, limitadas nas possibilidades criativas pela sua existência.

Novamente a questão da interpretação adequada das normas previstas nas fontes formais se coloca. Frequentemente, tratados internacionais também dispõem sobre mecanismos interpretativos e sobre meios a serem adotados para fins de harmonização entre as disposições internacionais e domésticas²²⁴. De certa maneira, a criação de um mecanismo coletivo de garantia já é, em si, um meio de definição de interpretações possíveis para as normas internacionais. Além da opção de criação de um referente institucional para o exercício da atividade hermenêutica, há também a possibilidade de disposições expressas das convenções orientarem o labor interpretativo, a exemplo dos artigos 29²²⁵ e 30²²⁶ da CADH.

No caso do SIDH, a consubstancialidade, lida à luz da técnica do controle de convencionalidade²²⁷, foi uma das motrizes para a construção de um espaço regional em que se pretende uma comunicação direta entre DIDH e Direito Constitucional. O DIDH se torna constitucional no cenário de redemocratização e promulgação de novas constituições das décadas de 80 e 90, com avanços no seu uso como referencial decisório pelas cortes constitucionais²²⁸; de outro, ocorre um processo de adoção de discursos e técnicas

²²⁴ “9. Enfim, sobre este importante aspecto, há ademais que assinalar que alguns dos tratados de direitos humanos chegam a conter disposições expressas sobre a harmonização do direito interno dos Estados Parte com as normas convencionais de proteção. Embora as iniciativas neste propósito sejam confiadas pelo direito internacional ao direito constitucional ou interno (o qual também apresenta as soluções quanto à hierarquia entre normas de tratados e de direito interno), não há como negar a influência, na evolução da matéria, exercida também pela atuação dos órgãos internacionais estabelecidos pelos tratados de direitos humanos (alguns deles inclusive adotando “comentários gerais”, contendo importantes elementos de interpretação), fomentando uma crescente interpenetração entre os ordenamentos jurídicos internacional e interno no presente domínio da proteção dos direitos humanos (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume 2**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 30-31).

²²⁵ Artigo 29. Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e 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 de acordo com as leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e 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.

²²⁶ Artigo 30. Alcance das Restrições. As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas.

²²⁷ Mais sobre o tema e o controle de convencionalidade na parte II desta tese.

²²⁸ O tema será aprofundado mais adiante, na análise da atuação do STF na perspectiva dos precedentes interamericanos. Contudo, desde já registre-se, sobre o tema, o debate em: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey,

constitucionais pelo DIDH, com um aprofundamento da conexão entre as garantias de não repetição e a adequação da normativa nacional aos parâmetros convencionais²²⁹.

Por outro lado, as possibilidades de efetivação da norma internacional e do uso das decisões dos mecanismos coletivos de garantia são também afetadas pelas vias adotadas de “domesticação” das normas. A amplitude de atuação de uma corte doméstica e a deferência que poderá demonstrar a um precedente internacional na interpretação de direitos regidos por normas consubstanciais podem ser afetadas pelas disposições internas acerca da competência daquela corte, pelo reconhecimento conferido em determinado sistema doméstico às normas internacionais e pelos meios adotados para sua internalização. O próprio tratamento a ser dado à disposição consubstancial e sua leitura pode ser feito ignorando sua origem e sua correlação com normas internacionais, fenômeno objeto de críticas na literatura a título de “interpretação nacionalista de direitos humanos”²³⁰.

O cenário de consubstancialidade, portanto, não é de vetores lineares de convergência. Se, de um lado, convida a um diálogo de consideração recíproca, de outro, os diferentes mandatos e as diferentes configurações dos Judiciários nacionais podem importar em diferenças de difícil conciliação²³¹. Estes, inclusive, podem valer-se da consubstancialidade para evitar engajar com o DI, ignorando-o e restringindo a solução dos casos concretos explicitamente apenas às normas domésticas de conteúdo similar²³². Essa

2002.

²²⁹ CONTESSE, Jorge. Los Derechos Humanos como Derecho Transnacional. **AJIL Unbound**, Cambridge, v. 116, p. 307–310, 2022.

²³⁰ RAMOS, André de Carvalho; ABADE, Denise Neves. Jurisdição constitucional e o desafio do diálogo das Cortes. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, n. 50, 2022, p. 35-51.

²³¹ “There is no need to overestimate, in this regard, the disruption created by the ‘background noise’ of domestic law, against which domestic courts engage in the interpretation and application of international law norms. Although there may be cases in which provisions of domestic law constrain domestic courts’ ability to give full effect to applicable international law norms, such a challenge also confronts international courts since they are often constrained by virtue of the jurisdictional and applicable law provisions found in their constitutive instruments from giving full effect to all the international law norms binding on the parties before them. As a result, both national and international courts apply at times only a truncated version of international law in a manner that is partial and mediated through other applicable norms. Indeed, it has been asserted in the past by one of us that national courts can be regarded as performing a comparable task to that of ‘special regime’ courts; only that, unlike international specialized courts whose special regime is an international regime typically limited in the scope of its subject matter, domestic courts operate within a ‘special regime’ that is the national legal system in which they are embedded, and which governs their ability to apply all bodies of law, including international law” (NOLLKAEMPER, André; SHANY, Yuval; TZANAKOPOULOS, Antonios. Engagement of Domestic Courts with International Law Principled or Unprincipled?. In: The engagement of domestic courts with international law: comparative perspectives. Oxford, New York: Oxford University Press, 2024, p. 5).

²³² “The discussion on engagement is further complicated by the prevalence of consubstantial norms—defined in the ILA Final Report as ‘norms which happen to exist both at the international and at the domestic level, and provide for the same substantive regulation’. Once a State is applying such a norm, it is—nominally—applying a norm of domestic law, and the fact that it reflects also international law may be irrelevant to the judicial decision-maker. At the same time, the very act of transformation to domestic law may derive from a deliberate choice by the legislature to give effect to international law. It is sometimes difficult to identify whether the

possibilidade tem sido verificada em estudos empíricos no Brasil, que apontam razões sociológicas para alguns mecanismos de preferência pelas normas domésticas e evitação do uso das normas internacionais como argumento na prática decisória²³³.

É notável, porém, que as disposições consubstanciais possibilitem às cortes domésticas um maior protagonismo ao engajar com o DI²³⁴. Disso pode resultar, de um lado, a potencialização das disposições internacionais, mesmo em cenários normativos mais adversos, como exemplifica a realização de interpretação conforme tratados cujas disposições não tenham sido plenamente internalizadas; e, de outro, a neutralização dos efeitos das normas internacionais, por meio do uso de argumentos de evitação ou doutrinas de negação de efeitos diretos, a exemplo da exigência de regulamentação legislativa para conferir eficácia a uma disposição internacional.

A título ilustrativo, ambas as posições podem ser encontradas na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Como exemplo de potencialização, há o acórdão na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 623, em que o STF, unanimemente, julgou inconstitucional o Decreto nº 9.806/2019, que alterava a estrutura administrativa do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), com a redução do número de representantes da sociedade civil e alterações em seus mandatos, dentre outras medidas de alteração de aspectos de representação plural no órgão.

A ministra relatora adotou como uma das razões de decidir o conceito de

contents of the domestic norm were influenced by the international norm or vice versa. It is therefore difficult to identify the mode of engagement intended by the domestic court in question and resorted to in practice.” (NOLLKAEMPER, André; SHANY, Yuval; TZANAKOPOULOS, Antonios. Engagement of Domestic Courts with International Law Principled or Unprincipled?. In: The engagement of domestic courts with international law: comparative perspectives. Oxford, New York: Oxford University Press, 2024, p. 13)

²³³ Nesse sentido, vide SILVA, Anderson Santos da. **Quem tem medo do Direito Internacional? : um estudo empírico na justiça federal do Distrito Federal**. 2022. 128 f. Dissertação - Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

²³⁴ “Even more confusingly, domestic courts have developed mechanisms moderating the effects of both incorporation and transformation. These are both ‘avoidance mechanisms’ seeking to avoid the application of international law despite its automatic incorporation in the domestic legal order, and ‘mechanisms ensuring compliance’, which ensure the intended effect of international law domestically despite the lack of transformation required by the domestic legal order. In the first case we have such doctrines as ‘self-execution’, where the invocation of a treaty, though automatically part of domestic law, is hampered by the fact that its provisions are so vague as to require domestic implementing acts (though of course this determination will require some interpretation of the treaty). On the other hand, even when treaties have not been ‘transformed’ as domestic law requires, they may be given effect through the doctrine of ‘consistent interpretation’. According to this doctrine, the domestic court will not lightly presume that domestic law is to be interpreted in breach of international obligations assumed by the state. As such, domestic law will be interpreted in conformity with an unincorporated international treaty to the extent possible. The intensity of the presumption varies between domestic legal orders adopting it in principle” (TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. In: **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 84. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023).

participação pública na governança ambiental extraído do Artigo 7 do Acordo de Escazú sobre Acesso à Informação, Participação Pública e Acesso à Justiça em Assuntos Ambientais para a América Latina e o Caribe de 2018. Isso foi feito, mesmo enquanto se reconhecia no voto que, apesar de ter sido assinado pelo Brasil, o Acordo ainda estava pendente de ratificação. A partir dele, em conjunto com outros referenciais argumentativos de direito internacional, interpretou-se as disposições constitucionais sobre direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à democracia participativa para se entender procedente o pedido veiculado na ADPF²³⁵.

Como exemplo de neutralização, há o acórdão resultante do julgamento do pedido de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1480. Nele, o STF exigiu a regulamentação do Congresso Nacional para fins de aplicação da Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, que tratava da proteção do trabalhador contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, reconhecendo nela a natureza de “proposta de legislação dirigida ao legislador interno”²³⁶.

Portanto, a consubstancialidade das normas de DIDH, conjugada ao caráter objetivo e introvertido de suas obrigações, não necessariamente significam que se conferirá um maior peso aos precedentes internacionais. Implicam tão somente a existência de um espaço maior de interação entre os tribunais internacionais e os tribunais domésticos, que coloca desafios para ambas as pontas no exercício das respectivas atribuições, impactando, assim, os possíveis efeitos de suas decisões além dos casos concretamente decididos.

²³⁵ WEBER, Rosa. Voto da relatora. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 623**. Tribunal Pleno, julgado em 22 de maio de 2023, pp. 30 e 31.

²³⁶ “LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA CONVENÇÃO Nº 158/OIT, DESDE QUE OBSERVADA A INTERPRETAÇÃO CONFORME FIXADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A Convenção nº 158/OIT, além de depender de necessária e ulterior intermediação legislativa para efeito de sua integral aplicabilidade no plano doméstico, configurando, sob tal aspecto, mera proposta de legislação dirigida ao legislador interno, não consagrou, como única consequência derivada da ruptura abusiva ou arbitrária do contrato de trabalho, o dever de os Estados-Partes, como o Brasil, instituírem, em sua legislação nacional, apenas a garantia da reintegração no emprego. Pelo contrário, a Convenção nº 158/OIT expressamente permite a cada Estado-Parte (Artigo 10), que, em função de seu próprio ordenamento positivo interno, opte pela solução normativa que se revelar mais consentânea e compatível com a legislação e a prática nacionais, adotando, em consequência, sempre com estrita observância do estatuto fundamental de cada País (a Constituição brasileira, no caso), a fórmula da reintegração no emprego e/ou da indenização compensatória. Análise de cada um dos Artigos impugnados da Convenção nº 158/OIT (Artigos 4º a 10)” (MELLO FILHO, José Celso de. Ementa. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480**. Tribunal Pleno, julgado em 4 de setembro de 1997, sem grifos originais).

3.2 Os fatores específicos ao marco normativo e institucional do SIDH

Além das peculiaridades resultantes da interação entre as cortes internacionais e as domésticas, no campo do DIDH, o SIDH ainda apresenta uma geometria peculiar que impacta diretamente os usos dos precedentes, resultante não só do modelo institucional de garantia coletiva bifásico, envolvendo a Comissão IDH e a Corte IDH (A), mas também da peculiar reformatação pretoriana da relação entre os tribunais domésticos e a Corte IDH por meio da noção de controle de convencionalidade (B).

A) O modelo de garantia coletiva interamericano: entre a CIDH e a Corte IDH

O SIDH convive com um modelo dual de instituições garantidoras de direitos humanos e com uma diversidade de regimes protetivos, consoante a adesão dos Estados à CADH e à jurisdição da Corte IDH.

Dentro do regime incidente sobre os Estados-parte da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), mas não da CADH, o documento central é a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), de 1948, aprovada na 9ª Conferência Internacional Americana, ocasião em que subscrita a própria Carta da OEA²³⁷.

Já naquele momento foi recomendada à Comissão Jurídica Interamericana²³⁸ a elaboração de proposta de criação de uma corte hemisférica voltada a proteger os direitos humanos²³⁹. Contudo, sobreveio antes, em 1959, a Comissão IDH, órgão não jurisdicional mas a quem se autorizou, em 1965, o recebimento de denúncias de violações a DDHH, a coleta de informações sobre essas situações e a formulação de recomendações quando entendesse apropriado²⁴⁰.

²³⁷ Para uma síntese da história e principais elementos institucionais do SIDH, vide: VENTURA-ROBLES, Manuel E. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 14, p. 257–280, 2014. Para uma visão síncrona com o início dos trabalhos da Corte IDH, vide: BUERGENTHAL, Thomas. The Inter-American Court of Human Rights. **The American Journal of International Law**, v. 76, n. 2, pp. 231–245, 1982.

²³⁸ É importante distinguir o Comissão Jurídica Interamericana, que, na forma do artigo 99 da Carta da OEA, “tem por finalidade servir de corpo consultivo da Organização em assuntos jurídicos; promover o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional; e estudar os problemas jurídicos referentes à integração dos países em desenvolvimento do Continente, bem como a possibilidade de uniformizar suas legislações no que parecer conveniente”, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, prevista no artigo 106 e sobre a qual melhor se exporá nesta seção.

²³⁹ VENTURA-ROBLES, Manuel E. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 14, p. 257–280, 2014, p. 258.

²⁴⁰ VENTURA-ROBLES, Manuel E. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

Esse sistema foi consolidado em 1967, com a reforma da Carta da OEA a qual também dispôs, no artigo 106, que “uma convenção interamericana sobre direitos humanos estabelecerá a estrutura, a competência e as normas de funcionamento da referida Comissão, bem como as dos outros órgãos encarregados de tal matéria”. A CADH, ou Pacto de San José, foi adotada em 1969, e, além de robustecer, como tratado, a vinculatividade dos DDHH dentro do SIDH, previu também a criação da Corte IDH, dividindo atribuições de proteção aos DDHH entre Comissão e Corte. Todavia, além da própria ratificação da convenção, a adesão à jurisdição desta foi prevista como facultativa.

Passam então a conviver nas Américas três níveis diferentes de garantias coletivas de proteção aos DDHH. No caso dos Estados que não ratificaram a CADH, a Comissão IDH atua com base na DADH e nas previsões da Carta da OEA, consoante os artigos 18 e 20 do seu Estatuto²⁴¹. Para aqueles que ratificaram a CADH, mas não reconheceram a jurisdição da Corte IDH, a Comissão IDH realiza a supervisão da observância dos direitos da Convenção, notadamente por meio do mecanismo de peticionamento individual, previsto no artigo 44 do referido tratado²⁴². Por fim, para os Estados que reconhecem a jurisdição da Corte, dá-se um modelo bifásico, em que, após a análise da Comissão IDH, casos podem ser apresentados à Corte IDH.

Esse terceiro modelo, envolvendo Comissão e Corte, é o mais comum entre os Estados americanos, contemplando hoje 23 aderentes, consideradas as denúncias apresentadas por Trindade e Tobago e pela Venezuela. Nesse formato, o SIDH não prevê o acesso direto das vítimas das violações à Corte IDH, distinção essencial em relação ao sistema europeu. Apenas os Estados-membros e a Comissão IDH podem remeter casos à Corte (artigo 61 da CADH).

Nele, as petições individuais e coletivas contendo denúncias de violações são inicialmente dirigidas à Comissão IDH, que, verificando a presença dos requisitos necessários a seu trâmite, inicia um procedimento de coleta de informações e comunicação com os Estados. Este culmina, na hipótese da constatação da procedência de alguma alegação, em um informe de mérito, com recomendações que, caso não observadas pelo Estado, podem ensejar a submissão do caso à Corte IDH (artigos 48 a 51 e da CADH).

Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, n. 14, p. 257–280, 2014, p. 258.

²⁴¹ Esse é o caso, por exemplo, dos Estados Unidos, do Canadá e das Bahamas. Para o quadro completo de ratificações vide https://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/d.Convencao_Americana_Ratif.htm

²⁴² Esse é o caso da Jamaica, de Granada e da Dominica.

Já na esfera jurisdicional, o marco normativo da CADH é indicativo da força vinculante das decisões da Corte IDH. Ao reconhecer sua jurisdição, os Estados acatam seu mandato para “conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetida” (CADH, art. 62.3), bem como seu dever-poder de, declarada a ocorrência de “violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção”, determinar que “se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados” e que “sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada” (CADH, art. 63.1).

A jurisdição da Corte IDH abrange, ainda, consultas sobre “a interpretação desta Convenção [CADH] ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos” e “pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais” (CADH, art. 64)²⁴³. Ademais, as sentenças da Corte são definitivas e inapeláveis (CADH, art. 67), e os Estados “comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” (CADH, art. 68), bem como são notificados de todas as sentenças emitidas pela Corte (CADH, art. 69).

O modelo bifásico é muitas vezes criticado pela suposta retirada do protagonismo das vítimas no acesso e na interlocução com a Corte. Parte dessas críticas foi sanada, por meio de uma sucessão de alterações de procedimentos e reformas do Estatuto do Tribunal, culminando no atual reconhecimento do *locus standi in judicio* das vítimas, em todas as etapas processuais²⁴⁴. Houve, ao longo do tempo, também, várias propostas de reconhecimento do *jus standi* pleno, com acesso direto²⁴⁵, inclusive por meio exclusivamente da interpretação pretoriana e sob a aplicação do *pro homine*²⁴⁶.

²⁴³ Essa atribuição, na forma do art. 64.1, abrange “os Estados-Membros da Organização”, isto é, mesmo países que não são parte da CADH, mas são parte da OEA, podem acioná-la.

²⁴⁴ Para uma síntese dessa evolução, vide TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume 3**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 95-102.

²⁴⁵ Um dos grandes defensores dessa posição era o Juiz Cançado Trindade, mas, registre-se, propondo um Protocolo de Reformas à CADH, avançando nesse sentido e consolidando as evoluções em termos de *locus standi in judicio*. Nesse sentido, vide TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume 3**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 102-106. Para um panorama do tema no DI, vide: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El acceso directo de los individuos a los tribunales internacionales de derechos humanos. In: ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **XXVII Curso de Derecho Internacional: conferencias pronunciadas. Rio de Janeiro, agosto de 2000**. Washington: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2001, p. 243-284. Disponível em <https://www.oas.org>.

²⁴⁶ Nesse sentido, por exemplo, RENDÓN, Raymundo Gil. G. El acceso directo de la víctima a la jurisdicción de la corte interamericana de derechos humanos; método del caso. In: **Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.

Para fins da força vinculante dos precedentes interamericanos, um dado importante, resultante do procedimento bifásico, diz respeito aos seus reflexos no número de sentenças proferidas pela Corte IDH. O filtro da Comissão IDH faz com que a média anual de sentenças proferidas até hoje, no SIDH, seja de algumas dezenas: em 2023, ano em que a Corte IDH mais emitiu sentenças, foram 33²⁴⁷. Ainda que crescente na última década, os números contrastam fortemente com os do sistema europeu, que atua com processos na casa dos milhares e que proferiu, em 2023, 1.014 decisões de mérito e declarou inadmissíveis 31.329 petições²⁴⁸. Esse assoberbamento levou o TEDH a desenvolver múltiplos formatos decisórios fracionados para lograr dar conta da demanda processual²⁴⁹.

Na perspectiva do uso dos precedentes, como já referido na última seção do capítulo 1, se, de um lado, o pouco acionamento de uma Corte pode obstar a prática do uso das decisões pela escassez de manifestações sobre variados temas, o volume agudo também pode representar um problema, em termos de seleção e divulgação da informação e de controle, por parte do órgão, de quais decisões devem ganhar maior peso como referencial decisório. Também já registramos, no capítulo 1, que uma das soluções adotadas no sistema europeu foi a criação de procedimentos especiais para lidar com litígios estruturais.

No caso da Corte IDH, esse número de casos, menor, mas nada insignificante, se conjuga ao arrojo institucional estratégico, nas medidas de reparação, para robustecer a capacidade de uso das decisões judiciais dentro da lógica do precedente. Assim é que um dos critérios adotados pela Comissão IDH para a apresentação de casos à Corte é exatamente a necessidade de desenvolvimento do *corpus juris* interamericano, o que estimula a expansão dos temas tratados na jurisprudência.

Com a Resolução 4 de 2023, mediante a qual foi aprovada a Política de Priorização de Petições e Casos, a CIDH decidiu por privilegiar, além dos temas urgentes e referentes a graves violações de DDHH, aqueles que “permitam desenvolver a ordem pública interamericana, a fim de ampliar os padrões interamericanos, em temas que possam ser

²⁴⁷ Dados extraídos do informe anual da Corte IDH de 2023 (CORTE IDH. **Informe Anual – 2023**. [San José]: OAS, 2023. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2023/espanol.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024).

²⁴⁸ Dados extraídos da análise estatística de 2023 do TEDH (TEDH. Analysis of statistics 2023. January 2024. Available at <https://prd-echr.coe.int/web/echr/statistical-reports>).

²⁴⁹ É relevante salientar que dessa diferenciação de números não exsurge maior valor ou desvalor de um dos modelos regionais: se o filtro, no caso interamericano, se faz fortemente na CIDH, sua ausência, no caso europeu, gera um volume considerável de rejeições por inadmissibilidade. Para o propósito do estudo das regras de precedente é mais interessante observar como um menor corpo decisório total pode estimular posições de maior vinculação geral da jurisprudência, enquanto um volume maior pode resultar em matizes de vinculatividade.

relevantes para a região ou abordar situações relacionadas com o funcionamento ou eficácia do Sistema Interamericano” e “referidos a situações estruturais ou problemáticas conjunturais que tenham um impacto no gozo dos direitos humanos, nos quais um pronunciamento da CIDH possa ter o efeito de remediá-las ou impulsionar mudanças legislativas ou de prática estatal, com o fim de prevenir a afetação de direitos sobre a mesma causa”²⁵⁰.

Ademais, esse vetor expansivo encontra correspondência na prática da Corte IDH, cujas determinações de medidas de reparação assumem gradativamente maior detalhamento e impacto, em termos dos ordenamentos jurídicos nacionais, em contraste com as medidas usualmente determinadas pelo TEDH²⁵¹.

Nos votos dos juízes da Corte, encontram-se registros dessa preocupação com uma dimensão estratégica das decisões que evite uma multiplicação desnecessária de casos perante a Corte, por meio de uma articulação intensa do SIDH, em termos de acionamento, alinhamento e efetividade dos mecanismos domésticos de proteção aos DDHH²⁵².

²⁵⁰ CIDH. **Resolución 4/23 - Doc. 329. Política de Priorización de Peticiones y Casos**, 20 dez. 2023, tradução nossa. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2023/Res-4-23_ES.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2024.

²⁵¹ Contrastando as práticas da Corte IDH e do TEDH e apontando não só os poderes de profunda metamorfose daquela em relação aos ordenamentos nacionais na perspectiva dos poderes legislativos e judiciais, com ganho de dinamismo por meio da difusão da jurisprudência interamericana nos Estados e evitando os problemas estruturais e o “entorpecimento” que atinge o órgão europeu, vide: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: entre clasicismo y creatividad. **¿Integración Suramericana a través del Derecho? Un análisis Interdisciplinario y Multifocal**, p. 241–260, jan. 2009.

²⁵² “6. Cada vez son menores las cuestiones sobre el carácter vinculante o apenas sugerente de las resoluciones de los tribunales internacionales de derechos humanos. No analizo ahora el valor que pudieran revestir las opiniones emitidas por éstos como respuesta a una solicitud en ese sentido. Me refiero, más bien, a las resoluciones dictadas en el curso o como conclusión de un verdadero proceso, abierto a partir de una contienda (litigio, en sentido material) planteado a la jurisdicción por quien se encuentra legitimado para formular demanda (en nuestro caso, conforme a la Convención Americana, la Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos o un Estado que ha reconocido la denominada competencia contenciosa de la Corte Interamericana). La CADH estatuye con claridad --y existe opinión común en este sentido-- que esas resoluciones son vinculantes para las partes contendientes. Se puede ir más lejos, inclusive, cuando el juicio recae sobre actos que por su propia naturaleza tienen un ámbito subjetivo de aplicación que excede a las partes en el litigio: así, una ley, como se observó en la sentencia de interpretación del Caso Barrios Altos. 7. Puesto que la CADH y el Estatuto de la Corte Interamericana --ambos, producto de la voluntad normativa de los Estados Americanos que las emitieron-- confieren a la Corte la función de interpretar y aplicar la Convención Americana (y, en su caso y espacio, otros tratados: protocolos y convenciones que prevén, con múltiples fórmulas, la misma atribución dentro del *corpus juris* de derechos humanos), incumbe a ese tribunal fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos internacionales. 8. Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional --lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos--, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el ‘criterio de interpretación y aplicación’, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida --insisto-- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales” RAMÍREZ, Sergio García. Voto Razonado. CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú**. Excepciones

Uma das principais vias de expansão dos efeitos das decisões da Corte IDH foi o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade no SIDH, como se tratará a seguir

B) O controle de convencionalidade e os tribunais nacionais como juízes interamericanos

A construção do conceito de controle de convencionalidade dentro do SIDH é outra peculiaridade que impacta a força vinculante dos precedentes interamericanos. Na síntese conceitual apresentada por Claudio Nash Rojas, o controle de convencionalidade é uma ferramenta²⁵³ que surgiu na jurisprudência da Corte IDH e que “permite aos Estados concretizar a obrigação de garantia dos direitos humanos no âmbito interno, por meio da verificação da conformidade das normas e práticas nacionais com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH) e sua jurisprudência”.²⁵⁴

Essa definição, presente na apresentação do “Cuadernillo de Jurisprudencia”²⁵⁵ da própria Corte IDH sobre Controle de Convencionalidade, aponta: a) a principal finalidade da técnica do controle de convencionalidade, a concretização dos direitos humanos no âmbito

Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158, pp. 2-3.

²⁵³ Percebe-se que o controle de convencionalidade é referido sob diversas categorias na literatura: ferramenta, princípio, doutrina, obrigação, técnica. De certa maneira, isso já indica de certa maneira a fluidez de sua construção pretoriana. Para um aprofundamento nessas diferentes perspectivas, vide GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018. (Law & Cosmopolitan Values). v. 11 Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/doctrine-of-conventionality-control/1E694F6499B433C03C1709C41FB1E0D1>. Acesso em: 13 jun. 2023

²⁵⁴ ROJAS, Claudio Nash. Breve introducción al control de convencionalidad. In: CORTE IDH. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7: Control de Convencionalidad**. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>. Acesso em 26 set 2022. Tradução nossa. Excerto original: “En la jurisprudencia de la Corte Interamericana (Corte IDH), ha surgido el concepto ‘control de convencionalidad’ para denominar a la herramienta que permite a los Estados concretar la obligación de garantía de los derechos humanos en el ámbito interno, a través de la verificación de la conformidad de las normas y prácticas nacionales, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y su jurisprudencia”.

²⁵⁵ A série de “Cuadernillos de Jurisprudencia” ou “Cadernos de Jurisprudência”, nos termos apresentados neles mesmos, são publicações que “sistemizam tematicamente o por países los estándares de derechos humanos adoptados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Su propósito es difundir, de manera accesible, las principales líneas jurisprudenciales del Tribunal respecto de diversos temas de relevancia e interés regional” (CORTE IDH. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7: Control de Convencionalidad**. San José: Corte IDH, 2022, portada). São uma importante fonte de divulgação das posições da Corte IDH sobre variados temas. Exploraremos melhor a relação entre regras de precedentes e acesso à informação no SIDH no capítulo 5, mas vale registrar desde logo que, considerando o estilo interpretativo dos precedentes interamericanos via estándares interamericanos, os Cadernos de Jurisprudência tem um potencial importante para impactar a prática em torno das decisões judiciais da Corte IDH.

interno (arts. 1.1 e 2 da CADH, em consonância com os arts 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados); b) seu principal fundamento, a obrigação de garantia dos direitos humanos (arts. 1.1, 2 e 29 da CADH); c) sua metodologia, baseada na verificação de conformidade das normas e práticas com os parâmetros do Sistema Interamericano; e d) o conteúdo hoje reconhecido como parâmetro, isto é, o *corpus juris* internacional, englobando a CADH e a jurisprudência da Corte IDH.

Não se pretende aqui fazer um histórico do controle de convencionalidade, presente abundantemente na literatura²⁵⁶, e sim, examinar, tão somente, um aspecto relevante da construção do controle de convencionalidade: sua relação com a adoção da jurisprudência da Corte IDH como parâmetro de controle e seus efeitos sobre as possibilidades decisórias dos tribunais nacionais.

A formulação do controle de convencionalidade tem por motriz o aprofundamento das implicações decorrentes da obrigação de respeitar direitos, do dever de adotar disposições de direito interno e da garantia de não repetição como medidas de reparação, em que se passou a exigir postura cada vez mais proativa do Judiciário doméstico na aplicação do Direito Internacional.²⁵⁷ Sua construção é comumente traçada, a partir do Caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, cuja sentença data de 26 de setembro de 2006. Contudo, mesmo antes do referido caso, sentenças da Corte IDH já traziam referências às obrigações amplas das autoridades estatais na efetivação da CADH²⁵⁸.

Um exemplo é o caso *El Amparo vs. Venezuela*, de 1995, em que Cançado Trindade dissentiu da maioria da Corte quanto à possibilidade de determinação da alteração do artigo 54 (2) e (3) do Código de Justiça Militar venezuelano, como garantia de não repetição, entendendo-a necessária dentro do dever de prevenção insito à garantia de não repetição²⁵⁹. Já

²⁵⁶ Sobre o assunto, vide, entre outros: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O valor da jurisprudência da Corte IDH. In: **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Barcelona: DHES, 2014; GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018, p. 13-61. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/doctrine-of-conventionality-control/1E694F6499B433C03C1709C41FB1E0D1>. Acesso em: 13 jun. 2023; RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **REVISTA IUS**, v. 5, n. 28, 2011. Disponível em: <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/68>. Acesso em: 20 ago. 2024; GARCÍA, Olano; ALEJANDRO, Hernán. Teoría del Control de Convencionalidad. **Estudios constitucionales**, v. 14, n. 1, p. 61–94, 2016.

²⁵⁷ NIKKEN, Pedro. **El derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno**. Revista IIDH, n. 57, 2013, p. 11–68. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4646058>. Acesso em: 29 jul. 2019.

²⁵⁸ No referido ponto, o autor agradece às autoras Sílvia Loureiro e Jamilly Izabela de Brito Silva por sinalizarem o contexto histórico do controle de convencionalidade pretérito ao caso *Almonacid Arellano*.

²⁵⁹ “5. Fue necesario esperar muchos años para que se admitiera la posibilidad de plantear la cuestión de la incompatibilidad de medidas legislativas y prácticas administrativas con las obligaciones convencionales

o primeiro uso da terminologia “control de convencionalidade”, que suscita o paralelo com o controle de constitucionalidade, dá-se no voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez, no caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*²⁶⁰, ainda em 2003.

A Corte IDH inovou, porém, na sentença do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, ao delimitar o conjunto dessas obrigações de adequação dentro da terminologia “control de convencionalidade”, ainda que sendo, de certo modo, tímida na sua afirmação como uma obrigação para os juízes nacionais. A menção é feita como “uma espécie de controle”, com o uso das aspas, revelando certo comedimento na adoção da expressão²⁶¹.

internacionales en materia de derechos humanos, en el contexto de casos concretos. La jurisprudencia internacional en el presente dominio, en los planos tanto regional como global, ha evolucionado a punto de admitir hoy día que un individuo puede, bajo determinadas condiciones, reivindicar ser víctima de una violación de derechos humanos perpetrada por la simple existencia de medidas permitidas por la legislación, sin que hayan sido a él aplicadas⁴. Puede efectivamente hacerlo ante el simple riesgo de ser directamente afectado por una ley, ante la amenaza continua representada por el mantenimiento en vigor de la legislación impugnada. Se reconoce actualmente que un individuo puede efectivamente impugnar una ley que todavía no ha sido aplicada en su perjuicio, bastando para esto que dicha ley sea aplicable en forma tal que el riesgo o amenaza que él sufra sus efectos sea real, sea algo más que una simple posibilidad teórica. 6. Un entendimiento en contrario minaría el deber de prevención, consagrado en la jurisprudencia de esta Corte. Se ha precisado el amplio alcance de tal deber, el cual abarca todas las medidas, legislativas y administrativas y otras, que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las violaciones de éstos sean efectivamente tratadas como hechos ilícitos acarreando sanciones para sus responsables. La reparación, como concepto genérico, abarca también estos elementos, además de las indemnizaciones debidas a las víctimas. La reparación plena, que en el presente contexto se configura como la reacción del ordenamiento jurídico de protección a los hechos violatorios de los derechos garantizados, tiene un amplio alcance. Incluye, a la par de la restitutio in integrum (restablecimiento de la situación anterior de la víctima, siempre que posible) y las indemnizaciones (a la luz del principio general del *neminem laedere*), la rehabilitación, la satisfacción y - significativamente - la garantía de no repetición de los hechos violatorios (el deber de prevención)” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Voto Razonado. CORTE IDH. Caso El Amparo vs. Venezuela. Fondo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Serie C No. 19, p. 2, sin grifos originales).

²⁶⁰ “27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio - sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto - y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional” (RAMÍREZ, Sergio García. Voto Concorrente Razonado. CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, p. 8).

²⁶¹ “124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. 125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que ‘[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno’¹⁵⁰. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969” (CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No.

É diante dessa circunspeção que Cançado Trindade, no único voto conconcorrente à sentença, reforça a correlação entre o dever de adotar disposições de direito interno e as obrigações convencionais do Legislativo, bem como registra o histórico de seus votos anteriores sobre os artigos 1(1), 2 e 25 e 8 da CADH, como base para a necessidade de tomadas das medidas de adequação legislativa e para a ausência de efeitos jurídicos da lei inconvencional, no caso, a lei de autoanistia chilena²⁶².

Em julgamentos seguintes, essa timidez é superada, e o controle de convencionalidade passa a ser reconhecido como dever de ofício não só das autoridades judiciais ²⁶³, mas também de todas as autoridades públicas dentro das respectivas atribuições²⁶⁴.

Afirma-se, de modo mais explícito, que, dessa atividade, podem resultar, tanto a

154, p. 53).

²⁶² “24. En el seno de esta Corte, siempre he interrelacionado, en los planos ontológico y hermenéutico, los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (como, inter alia, v.g., en mi reciente Voto Razonado - párrs. 28-65 - en el caso de la Masacre de Pueblo Bello versus Colombia, Sentencia del 31.01.2006), en la construcción conceptual del derecho de acceso a la justicia (derecho a la prestación jurisdiccional, derecho al Derecho) como un imperativo del jus cogens. Del mismo modo, desde mis primeros años en esta Corte, he consistentemente interrelacionado los deberes generales de los artículos 1(1) y 2 de la Convención Americana, desde mi Voto Disidente (párrs. 2-11) en el caso El Amparo referente a Venezuela, en la Sentencia sobre reparaciones, del 14.09.1996. En otro Voto Disidente en el mismo caso El Amparo (Resolución del 16.04.1997 sobre Interpretación de Sentencia), sostuve asimismo la responsabilidad internacional objetiva o "absoluta" del Estado por falta de cumplimiento de sus obligaciones legislativas bajo la Convención Americana, de modo a armonizar su derecho interno con sus obligaciones convencionales (párrs. 12-14 y 21-26). 25. Asimismo, en mi Voto Disidente en el caso Caballero Delgado y Santana versus Colombia (Sentencia sobre reparaciones, del 29.01.1997) sostuve, sobre dicha interrelación entre los deberes generales de respetar y garantizar dos derechos protegidos y de adecuar el ordenamiento jurídico interno a la normativa de protección de la Convención Americana (párr. 6), que ‘En realidad, estas dos obligaciones generales, - que se suman a las demás obligaciones convencionales, específicas, en relación con cada uno de los derechos protegidos, - se imponen a los Estados Partes por la aplicación del propio Derecho Internacional, de un principio general (pacta sunt servanda) cuya fuente es metajurídica, al buscar basarse, mas allá del consentimiento individual de cada Estado, en consideraciones acerca del carácter obligatorio de los deberes derivados de los tratados internacionales. En el presente dominio de protección, los Estados Partes tienen la obligación general, emanada de un principio general del Derecho Internacional, de tomar todas las medidas de derecho interno para garantizar la protección eficaz (effet utile) de los derechos consagrados. Las dos obligaciones generales consagradas en la Convención Americana - la de respetar y garantizar los derechos protegidos (artículo 1.1) y la de adecuar el derecho interno a la normativa internacional de protección (artículo 2) - me parecen ineluctablemente interligadas. (...) Como estas normas convencionales vinculan los Estados Partes - y no solamente sus Gobiernos, - también los Poderes Legislativo y Judicial, además del Ejecutivo, están obligados a tomar las providencias necesarias para dar eficacia a la Convención Americana en el plano del derecho interno. El incumplimiento de las obligaciones convencionales, como se sabe, compromete la responsabilidad internacional del Estado, por actos u omisiones, sea del Poder Ejecutivo, sea del Legislativo, sea del Judicial. En suma, las obligaciones internacionales de protección, que en su amplio alcance vinculan conjuntamente todos los poderes del Estado (...)’ (párrs. 8-10)” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Voto Razonado. CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, p. 7-8, sin grifos originales).

²⁶³ CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158

²⁶⁴ CORTE IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221

necessidade de adequação da legislação interna²⁶⁵, inclusive de matriz constitucional²⁶⁶, quanto a necessidade de conferir às normas interpretação conforme²⁶⁷, tudo dentro da liberdade dos Estados para a adoção de diferentes métodos e técnicas para ultimar o controle²⁶⁸. No tocante aos parâmetros do controle de convencionalidade, a Corte IDH também foi paulatinamente alargando sua amplitude, indo além da CADH, para alcançar também a interpretação a ela conferida pelo Tribunal e aos demais instrumentos interamericanos de direitos humanos, inclusive nas medidas provisórias²⁶⁹ e opiniões consultivas²⁷⁰.

Essa ampliação do parâmetro de aferição da convencionalidade reconhece a existência de um cabedal jurídico de normas substantivas e de garantias a que se costuma nominar *corpus juris*, base da atuação e tutela do Sistema Interamericano. Sua existência é admitida como premissa pela Corte IDH, destacadamente, em termos de integração de normas de diferentes matrizes (sistema universal, convenções especializadas, tratados regionais...).

Desse modo, o tribunal se afirma autorizado a utilizar outros instrumentos do DIDH na delimitação de obrigações aos Estados albergados por sua jurisdição, buscando o cumprimento de seu mandato de garantidor institucional dos direitos e das garantias, tutelados no âmbito do Sistema Interamericano.²⁷¹

²⁶⁵ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154

²⁶⁶ Essa adequação já havia sido objeto de debates antes da enunciação da doutrina, no caso Olmedo Bustos (CORTE IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 739), mas também foi reafirmada posteriormente, na lógica do controle de convencionalidade, no caso Boyce e outros vs. Barbados (CORTE IDH. **Caso Boyce y otros vs. Barbados**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169).

²⁶⁷ Corte IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

²⁶⁸ CORTE IDH. **Caso Liakat Ali Alibux. Vs. Suriname**. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C No. 275.

²⁶⁹ CORTE IDH. **Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

²⁷⁰ CORTE IDH. **Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21

²⁷¹ Na síntese da própria Corte na Opinião Consultiva nº 23-17: “45. Em resumo, ao dar resposta à presente consulta, a Corte atua em sua condição de tribunal de direitos humanos, guiada pelas normas que governam sua concorrência consultiva e procede à análise estritamente jurídica das questões propostas ante ela, conforme ao direito internacional dos direitos humanos tendo em conta as fontes de direito internacional relevantes. Ao respeito, corresponde precisar que o *corpus iuris* do direito internacional dos direitos humanos se compõe de uma série de regras expressamente estabelecidas em tratados internacionais ou recolhidas no direito internacional consuetudinário como prova de uma prática geralmente aceita como direito, bem como dos princípios gerais de direito e de um conjunto de normas de caráter geral ou de *soft law*, que servem como *script* de interpretação das primeiras, pois dotam de maior precisão aos conteúdos mínimos afixados convencionalmente” CORTE IDH. **Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de

A jurisprudência já era referencial para o controle de convencionalidade na própria gênese do conceito: no caso *Almonacid Arellano*, constou-se que o Poder Judiciário deveria, ao realizar o controle, ter em conta, além do tratado, a interpretação feita pela Corte IDH, na qualidade de “intérprete última de la Convención Americana”²⁷². Contudo, quais pronunciamentos poderiam ser usados de referencial para desvelar a referida interpretação, bem como a intensidade dessa vinculação e o espaço de possível divergência ou de sua superação, permaneceram e, de certa maneira, ainda persistem controversos²⁷³.

Um capítulo novo dessa discussão dá-se com a inserção do conceito de *res interpretata* na jurisprudência da Corte. Essa explicitação mais intensa da vinculatividade dos estândares além dos casos concretos tem sua origem no voto do Juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor, na supervisão de cumprimento da sentença do caso *Gelman vs. Uruguai*, em que se faz menção à doutrina no âmbito interamericano²⁷⁴. Nesse voto, reconhece-se a existência da *res interpretata* como mais um efeito das decisões da Corte IDH, a partir de um contraste e da analogia com a *res judicata*. Enquanto esta é aplicável *inter partes*, aquela se constituiria em uma eficácia objetiva da decisão como definidora de parâmetros mínimos de vinculação do direito convencionalmente previsto, que alcançam todos os Estados do SIDH.

Nas palavras de Mac-Gregor:

55. En otras palabras, la eficacia interpretativa de la jurisprudencia interamericana hacia todos los Estados Parte de la Convención Americana deriva de la misma eficacia jurídica de este instrumento internacional, al desplegar sus efectos en un Estado por el sólo hecho de ser Parte del mismo; y, consecuentemente, para cumplir con su obligación convencional de respeto, garantía y adecuación (normativa/interpretativa) a que se refieren los artículos 1º y 2º se requiere una efectividad mínima de la propia Convención Americana, que sólo podría lograrse con la adecuación interpretativa mínima que las autoridades nacionales realicen de la norma convencional a la luz de la jurisprudencia interamericana. Lo anterior, debido a que es el propio Pacto de San José el que establece como único órgano competente de naturaleza “jurisdiccional” para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Parte de la Convención Americana, con competencia para “interpretar” y “aplicar” la Convención, y en caso de existir una violación garantiza al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcado; es decir, la jurisprudencia de la Corte IDH

2017. Serie A No. 23.5

²⁷² CORTE IDH. Caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154, p. 53.

²⁷³ Mais sobre essa questão será explorado nos capítulos 4 e 5, mas uma síntese das questões envolvidas na adoção da jurisprudência como parâmetro do controle de convencionalidade vide: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O valor da jurisprudência da Corte IDH. In: **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Barcelona: DHES, 2014.

²⁷⁴ Saliente-se que, no voto apartado do Caso “*Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*”, o juiz Eduardo Ferrer MacGregor já desenvolvia o conceito de efeitos expansivos da norma convencional interpretada. Nesse sentido, vide os parágrafos 48 a 52, 63 e 79 (CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220).

condiciona el mínimo de efectividad de la norma convencional que deben aplicar las autoridades nacionales del Estado Parte para poder cumplir con sus obligaciones convencionales que derivan de los artículos 1º y 2º del Pacto de San José, relacionado también con el principio *pro personae* contenido en el artículo 29 de la propia Convención Americana.²⁷⁵

É interessante constatar que o argumento construído por MacGregor diferencia o grau de vinculatividade entre as eficácias subjetiva e objetiva das sentenças da Corte IDH. Em relação ao Estado que foi parte no processo, há vinculação direta, completa e absoluta; e, para os demais Estados, relativa, na medida em que viabiliza interpretações que confirmam maior efetividade à norma no âmbito convencional, pelo que haveria uma “margem interpretativa nacional”, desde que atrelada a potencializar a efetividade da norma convencional:

69. En cambio, diversa eficacia de vinculación produce la sentencia interamericana para los demás Estados Parte que no intervinieron en el proceso internacional, al sólo limitarse a la “jurisprudencia interamericana”, es decir, a la “norma convencional interpretada” y no así a la totalidad del fallo. Esta eficacia interpretativa es “relativa”, en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana. Además, deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso, si bien en esos supuestos la Corte IDH puede, eventualmente, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación, como lo ha realizado en algunas ocasiones.

(...).

72. “En cambio, la Sentencia del Caso Gelman produce una eficacia vinculante de la jurisprudencia interamericana hacia los demás Estados Parte de la Convención Americana. **Eficacia que se proyecta sólo en cuanto al estándar mínimo de interpretación de la norma convencional para asegurar el mínimo de efectividad de la misma; lo cual, como ya se estableció (véase supra párr. 69), es una eficacia vinculante “relativa” en la medida en que puede diferir de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se efectivice la norma a través de una interpretación más favorable en sede nacional. En ese sentido, existe un “margen interpretativo nacional” que pueden realizar las autoridades para favorecer con la interpretación nacional la efectividad del derecho o libertad fundamental, siempre y cuando sea para potencializar la efectividad de la norma convencional; circunstancia que no aplica cuando un Estado fue “parte material” en el proceso internacional, quedando vinculado de manera íntegra al fallo en todos sus aspectos, debido a los alcances de la autoridad de la cosa juzgada internacional.**²⁷⁶

A doutrina da *res interpretata* é fortemente abraçada por parte da literatura²⁷⁷, que lê, na

²⁷⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto Razonado. In: CORTE IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia**. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

²⁷⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto Razonado. CORTE IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia**. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, grifo nosso.

²⁷⁷ “En el caso de las sentencias internacionales, su fuerza obligatoria, como vimos, viene dada del texto mismo de los tratados. De allí que, la eficacia de las interpretaciones de esas normas de textura abierta sobre los

sua criação, uma estratégia de emprestar efeito útil ao artigo 69 da CADH e à própria lógica de um sistema coletivo de proteção²⁷⁸. Contudo, sua extensão na jurisprudência da Corte é, de certa maneira, ainda limitada.

São pouco frequentes na jurisprudência referências com um maior detalhamento sobre o conceito e sobre como essa vinculação se daria, ou de como a “margem interpretativa nacional”, referida por MacGregor, operaria, ou mesmo de como se aproximam ou se diferenciam os padrões e as normas dos tratados como parâmetros de controle de convencionalidade.

É ilustrativo desse desafio que, em busca, na base de dados jurisprudenciais da Corte IDH, haja apenas 7 entradas que explicitamente usam o termo “res interpretata”, 6 em votos apartados do Juiz Eduardo Ferrer MacGregor, sendo um deles proferido em conjunto com os juízes Ricardo C. Pérez Manrique e Rodrigo Mudrovich (Caso Baraona Bray vs. Chile), e 1 em voto concorrente do Juiz Rodrigo Mudrovitsch (Caso Membros da Corporación Colectiva

derechos, realizada por los tribunales internacionales respectivos, termine teniendo el valor de ‘norma interpretada’. Esa eficacia de norma interpretada de las sentencias de los tribunales internacionales de derechos humanos, tiene así un efecto armonizador sobre los ordenamientos jurídicos nacionales. En este sentido, la cosa interpretada se ha entendido como ‘la adecuación de las jurisdicciones, y, en general, de los poderes públicos nacionales, al entendimiento que de los derechos convencionales se deduce del Tribunal Europeo’ y en su caso del Interamericano. Por ello bien se ha afirmado, que la jurisprudencia del TEDH, en tanto que desarrolla el propio CEDH y actualiza los contenidos de los derechos que evolucionan con las sociedades democráticas, ‘goza de la misma obligatoriedad’; por lo que ‘negar la obligatoriedad de la cosa interpretada de las sentencias definitivas del TEDH sería tanto como negar la evolución del propio CEDH y su efectividad actual’ - lo cual es equivalente con la Corte IDH y la CADH” CORAO, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 57. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-17-en-erodiciembre-2013/carlos-ayala-corao-del-dialogo-jurisprudencial-al-control-de-convencionalidad-1>. Acesso em: 6 jun. 2023. Para um panorama geral, com diversos autores entusiastas da doutrina, vide: ALCALÁ, Humberto Nogueira; Cavallo, Gonzalo Aguilar (coord.). **El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Santiago: Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017.

Contudo, como se aprofundará no capítulo 4, esse vetor expansivo das obrigações e seus fundamentos são também objeto de variadas críticas e, nas palavras da crítica de Gerald L. Neuman, “Making a human right more ‘effective’ does not necessarily mean giving the right a broader meaning. It means making the enjoyment of the right more of a reality, and that may require defining the positive content of the right in a manner that facilitates its implementation at a particular historical moment within the particular region. At times this may suggest the need for a broader or more categorical interpretation, at times for a more tailored interpretation” (NEUMAN, Gerald L.. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, p. 115, 1º fev. 2008).

²⁷⁸ “En este sentido es importante hacer referencia a que por mandato de la CADH, los fallos de la Corte IDH, además de ser notificados a las partes del caso, deben ser “transmitidos a los Estados partes en la Convención”. Ello denota por un lado, que estamos en presencia de un sistema de protección internacional colectiva que interesa todos los Estados partes en la CADH y no solamente al que ha sido parte en el proceso; y en segundo lugar, que esta transmisión de las sentencias de la Corte IDH a todos los Estados partes de la CADH, debe tener como consecuencia un ‘efecto útil’ y no meramente informativo” (CORAO, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 72. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-17-en-erodiciembre-2013/carlos-ayala-corao-del-dialogo-jurisprudencial-al-control-de-convencionalidad-1>. Acesso em: 6 jun. 2023).

de Advogados “José Alvear Restrepo” vs. Colômbia).²⁷⁹ Como se aprofundará mais adiante, ainda suscita especial controvérsia no SIDH o reconhecimento explícito da necessidade de observância dos padrões interamericanos, extraídos dos precedentes judiciais interamericanos como parte integrante e vinculante desse *corpus iuris*.

Percebe-se que, sob a perspectiva das regras de precedente, a Corte IDH, ao afirmar a necessidade do controle de convencionalidade como uma obrigação dos agentes estatais cuja realização passa pela consideração também de sua jurisprudência, robusteceu a força vinculante de seus precedentes, na perspectiva da relação entre a Corte IDH e as autoridades nacionais.

Uma inovação por trás do controle de convencionalidade, que vai além das obrigações comumente reconhecidas em outros sistemas no DI, está na conjugação entre adequação das disposições de direito interno, efeito útil (*effet utile*) das disposições de DIDH, e eficácia direta, conferindo ao Judiciário a obrigação – e o mandato – de velar pela convencionalidade das normas domésticas, lida à luz da jurisprudência da Corte IDH²⁸⁰.

Nesse contexto, os precedentes, além de referenciais para analogia, tornam-se, de algum modo, parte integrante dos materiais jurídicos a serem adotados para identificar os parâmetros que definem o cumprimento das obrigações junto ao SIDH.

Significa dizer, resgatando as três dimensões das regras de precedentes, descritas por

²⁷⁹ São eles, além do já tratado Caso Gellman, os casos “Quintana Coello e outros vs. Equador”, “Camba Campos e outro vs. Equador”, “Liakat Ali Alibuk vs. Suriname”, “Maldonado Ordoñez vs. Guatemala”, “Baraona Bray vs. Chile” e “Caso Membros da Corporação Coletivo de Advogados “José Alvear Restrepo” vs. Colômbia”. A pesquisa foi realizada com a expressão “res interpretata”, englobando todas as manifestações da Corte IDH, em 9 de novembro de 2024, no buscador do sítio eletrônico do próprio tribunal.

²⁸⁰ “It is true that the understanding of the Court’s jurisprudence with normative value beyond the case where the decision was taken responds more to the practical need to increase the effectiveness of human rights at the domestic level and prevent future human rights violations, than on a criterion based on a well-settled rule of international law. Yet this understanding is consistent with the practice of litigation at the international level, in the sense that the previous judgments of the Court are usually considered highly authoritative sources of law in the procedures decided by the institutions of the Inter-American System. The doctrine of conventionality control expands this practice to the domestic level. It follows the notion that domestic courts are directly bound by the American Convention, and therefore that they should avoid the international responsibility of the State being compromised owing to the enforcement of anticonventional laws, especially those that have been already declared as such by the Court” (GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018, p. 94-95. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/doctrine-of-conventionality-control/1E694F6499B433C03C1709C41FB1E0D1>. Acesso em: 13 jun. 2023). Ademais, vide, em geral sobre o tema, p. 65-71.

Shecaira, das quais se tratou no capítulo anterior²⁸¹, que, na dimensão de necessidade de uso dos precedentes, a afirmação da jurisprudência como parâmetro de controle de convencionalidade conduz a um maior nível de exigência no tratamento a ser dado pelos tribunais integrantes do SIDH aos precedentes interamericanos. Essa afirmação, porém, deixa ainda em disputa duas dimensões complementares: como os precedentes devem ser interpretados, isto é, como os parâmetros de controle poderiam deles ser extraídos; e como esses parâmetros devem ser valorados, aplicados e, eventualmente, superados, isto é, quem, e com base em quais fundamentos, pode expandir, limitar ou afastar esses parâmetros, considerando-se, inclusive, a pluralidade de materiais jurídicos que compõe o *corpus juris*²⁸².

Em resumo, os precedentes interamericanos se inserem no contexto peculiar do DIDH, em que a direcionalidade e a consubstancialidade das normas protetivas, em relação aos mecanismos nacionais de proteção dos direitos humanos, oferecem um cenário de multiplicidade de relações jurídicas e de interação de diferentes atores com capacidades interpretativas sobre questões aproximadas. Esse cenário, levando-se em conta o acesso restrito à Corte IDH e o número reduzido de sentenças que se emite por ano, acarreta um imperativo de engajamento com os tribunais nacionais, como meio de afirmação de sua autoridade semântica e, ao fim, de sua afirmação como órgão relevante do SIDH.

Uma das principais vias encontradas para tanto foi a construção do controle de convencionalidade como ferramenta de aprofundamento dessa *interface*. Entretanto, a função de parâmetro de convencionalidade dos precedentes interamericanos e a afirmação de sua força vinculante, com maior intensidade para além do caso concreto, têm gerado também

²⁸¹ A título de resgate, as já referidas dimensões das regras de precedente propostas por Shecaira são: a) necessidade de uso dos precedentes: o nível de exigência de que os casos passados sejam levados em consideração, ainda que eventualmente, após análise, sejam considerados irrelevantes para a questão presente; b) a interpretação do precedente: o nível de exigência sobre os métodos interpretativos a partir dos quais se examinará as decisões passadas; c) a aplicação da norma extraída do precedente: o nível de exigência e as possibilidades de superação, recusa ou arguição de exceções a essa norma (vide, para mais, a seção 2.1.B).

²⁸² “There has not been too much elaboration on how the different binding nature of the different sources of international law that are part of the Corpus Juris affects the obligation of domestic authorities to exercise conventionality control. This is because the Inter-American Corpus Juris is constituted by norms derived from treaties, but also from norms that might be qualified as soft law (i.e. the decisions of the Inter-American Commission). Notwithstanding the silence of the Court and of scholars on this point, it is logical to assume that these differences do matter at a normative level. So a norm contained in the text of the American Convention (or in any other treaty of the Inter-American System) presumably has more normative weight than – let’s say – a resolution adopted by the General Assembly of the Organization of American States (OAS). Perhaps the answer to this question is that, in principle, domestic authorities must enforce the normative elements that are part of the Inter-American Corpus Juris depending on how binding these elements are for States as a matter of international law” GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018, p. 98. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/doctrine-of-conventionality-control/1E694F6499B433C03C1709C41FB1E0D1>. Acesso em: 13 jun. 2023.

resistências e colocado como tema controverso os poderes interpretativos dos tribunais nacionais, nesse sistema integrado o que se explicará melhor nas páginas seguintes.

PARTE 2: AS DISPUTAS EM TORNO DOS PRECEDENTES NO SISTEMA INTERAMERICANO: UMA ABORDAGEM TEÓRICA

O SIDH se tornou um sistema com pretensão de interação direta entre os Judiciários nacionais e a Corte IDH, ambos operando em um cenário de direitos, caracterizados não só pela consubstancialidade e pela multiplicidade de interessados em reivindicá-los, mas também pelas limitações institucionais do acesso direto restrito e pela capacidade de processamento de casos reduzida do tribunal internacional. Isso se traduz em tensões quanto às possibilidades e às formas de uso dos precedentes da Corte IDH e das cortes domésticas na definição do conteúdo e da aplicação dos direitos protegidos, bem como sobre a interação entre as cortes domésticas e o tribunal internacional por meio desses precedentes.

Nesta segunda parte, apresentar-se-ão os debates teóricos em torno da noção de diálogo por precedentes, como reflexo das tensões em torno do papel das decisões judiciais – seja da Corte IDH, seja dos tribunais domésticos – na formação do conteúdo das obrigações de DDHH no SIDH.

Uma primeira frente de disputa diz respeito à função dos precedentes na construção dos chamados estândares interamericanos. Esse conceito, presente no campo do DIDH, em geral, é apropriado na jurisprudência da Corte IDH como via de afirmação de sua autoridade e da eficácia objetiva de suas decisões. Contudo, a precisão dos tipos de materiais jurídicos que podem ser manejados em sua formação, os meios pelos quais devem ser identificados os conteúdos vinculantes e as possíveis técnicas pelas quais podem ser expandidos, limitados ou revistos permanecem objetos de debates (Capítulo 4).

Uma segunda frente diz respeito à participação dos tribunais domésticos na formação da jurisprudência da Corte IDH e na consideração de suas posições para a formação dos estândares interamericanos, dentro da ideia de diálogo de cortes. Há divergências sobre a possibilidade de que as decisões nacionais sejam também consideradas na definição dos estândares. Essas tensões acarretam desafios na deferência recíproca entre os tribunais nacionais e a Corte IDH e nos meios de delimitação ou integração das diferentes capacidades interpretativas, refletidas em uma diversidade de pretensões na organização da geometria do SIDH (capítulo 5).

Partindo dessas considerações, utilizar-se-á a análise empírica, na Parte 3, para

compreender, de um lado, como a Corte IDH visualiza a função dos precedentes domésticos na formação dos estândares interamericanos; e, de outro, como o STF visualiza a função dos precedentes interamericanos na sua prática argumentativa.

CAPÍTULO 4: OS ESTÂNDARES INTERAMERICANOS DE DIREITOS HUMANOS COMO MEIO DE USO DOS PRECEDENTES

Como já se explicitou, na Parte 1 deste estudo, a caracterização do que é um precedente judicial não só depende da cultura judicial subjacente, mas também de como cada sistema constrói as regras de precedentes, o que impacta diretamente a autoridade semântica das cortes nele envolvidas.

No caso do SIDH, a Corte IDH, com grau razoável de sucesso, conseguiu afirmar para si uma função central do sistema e reivindicar um grau relevante de consideração por suas manifestações, sendo a ponta de lança desse processo a construção da doutrina do controle de convencionalidade e seus efeitos sobre as discussões jurídicas, em torno dos direitos humanos na América Latina.

Todavia, a afirmação da necessidade de uso da jurisprudência como parâmetro do controle de convencionalidade, além de ainda contenciosa, é apenas uma das dimensões envolvidas no uso das decisões pretéritas como referencial argumentativo. Tal afirmação envolve também a maneira pela qual os chamados *estândares interamericanos de direitos humanos* são formados, identificados e delimitados como via de atribuição de eficácia objetiva às decisões da Corte IDH (1.1), o que é objeto de variadas críticas na literatura científica e afeta a própria força vinculante dos precedentes (1.2).

4.1 A apropriação do conceito de estândares pelo Sistema Interamericano

O conceito de estândares não é exclusividade do SIDH: seu uso se faz de modo mais geral no campo do DIDH, assumindo uma diversidade de sentidos (A). O sistema hemisférico, contudo, faz dele uma apropriação específica, como meio de expansão do conteúdo obrigatório dos direitos protegidos, notadamente na via do uso de precedentes judiciais próprios e externos (B).

A) A indeterminação em torno do conceito de estândares de direitos humanos

O controle de convencionalidade reivindica uma função central para a jurisprudência

da Corte IDH desde sua gênese, pois deve ser feito à luz da interpretação dada por ela à CADH. O meio pelo qual se realiza esse trabalho de interpretação veio a ser identificado, no SIDH, com a definição dos chamados *estándares interamericanos*, locução de amplo uso no sistema hemisférico, mas de caráter polissêmico. É necessário, portanto, diferenciar os usos da expressão, no DIDH e nas CIDH e Corte IDH, para, em seguida, compreender a relação entre os estándares e a formação e uso dos precedentes na Corte IDH.

A expressão *estándares* é amplamente utilizada, tanto no campo do DIDH²⁸³ como pela Corte IDH²⁸⁴. Molina Vergara, em estudo sistemático sobre os usos do termo “estándares” no DI, identifica, ao menos, oito acepções diferentes de seu emprego: como princípio, regra, diretriz, orientação, direito, critério, boa prática e declaração²⁸⁵. Seu uso entra no jargão frequentemente como uma sinonímia de obrigações resultantes dos direitos humanos. Na literatura brasileira, também se encontra uma acepção fluida de estándares, apontando para os problemas de tradução polissêmica que podem resultar das diferenças de seu uso em inglês e em português²⁸⁶. Assim é que Breno Baía Magalhães define a expressão *estándares* como “orientações jurídicas concretas para ações estatais positivas e negativas baseadas em diferentes fontes de direito internacional”²⁸⁷.

²⁸³ Para uma perspectiva geral sobre a questão dos estándares, recomenda-se a tese de Carlos Ignacio de Casas sobre o tema, que será referenciada em outros momentos adiante: CASAS, Carlos Ignacio de. **Los estándares internacionales de derechos humanos y su valor jurídico**. Una revisión de la teoría de las fuentes del derecho internacional. 2023. 510 f. Doutorado em Direito - Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2023 (especificamente sobre os usos da expressão na doutrina e jurisprudência de DDHH, vide pp. 36-78).

²⁸⁴ Uma pesquisa alternativa dos termos “estándar”, “estándares”, “standar” e “estándar”, em espanhol, na jurisprudência da Corte IDH, gera 1.186 entradas em documentos., sendo 659 em casos contenciosos, 267 em medidas provisórias, 255 em supervisões de cumprimento e 27 em opiniões consultivas. A pesquisa foi realizada englobando todas as manifestações da Corte IDH, em 7 de dezembro de 2024, no buscador do sítio eletrônico do próprio tribunal.

²⁸⁵ VERGARA, Marcela Molina. Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. **Revista de derecho (Coquimbo)**, v. 25, n. 1, p. 245.

²⁸⁶ “A expressão ‘estándar’ pode ser lida compreendida como a tradução livre do termo em inglês ‘standard’, muito embora sua incorporação ao português, que pode ser reconduzida à Declaração Universal dos Direitos Humanos, tenha optado por traduzir, indistintamente, standards ora como ‘condições’ ou ‘ideal’ – seguindo a versão francesa oficial da Resolução -, e ora como ‘padrão’, em detrimento de ‘estándar’. A dubiedade de sentidos talvez sirva para explicar o emprego pouco frequente da expressão ‘estándar’ nos textos jurídicos e acadêmicos brasileiros” MAGALHÃES, Breno Baía. Prefácio. In: **Estándares internacionais de direitos humanos e o direito brasileiro**. Porto Alegre: Editora Fi, 2022, p. 12-13.

O espanhol apresenta o mesmo desafio - para uma análise detida dessa polissemia e dos desafios de tradução, vide CASAS, Carlos Ignacio de. **Los estándares internacionales de derechos humanos y su valor jurídico**. Una revisión de la teoría de las fuentes del derecho internacional. 2023. 510 f. Doutorado em Direito - Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2023, pp. 134-146.

²⁸⁷ MAGALHÃES, Breno Baía. Prefácio. In: **Estándares internacionais de direitos humanos e o direito brasileiro**. Porto Alegre: Editora Fi, 2022, p. 12-13. Registra o autor que o conceito seria informado pelo conjunto de “pessoas que, dedicadamente, organizaram a presente obra”, o que permitiria inferir que dele comungam os organizadores do livro, quais sejam, Amanda Reis, Marina de Almeida Rosa e Marcelo Andrade de Azambuja.

Apesar disso, a própria conceituação do que seriam os *estândares* e de qual seria seu conteúdo é pouco pacificada e são polêmicas, tanto a aceitação da sua vinculatividade, como a sua caracterização como fonte autônoma de obrigações jurídicas. Em revisão de literatura, Ignácio de Casas aponta que não só o conceito de *estândares* é variável como também a sua força vinculante, registrando-se autores que defendem desde a classificação dos *estândares* como uma fonte do Direito, até uma atribuição de força vinculante menor ou nula²⁸⁸. Nota o autor ainda que são incluídos como materiais para construir os *estândares*, tanto instrumentos entendidos tradicionalmente como de observância obrigatória, a exemplo dos tratados, como outros entendidos como de observância não obrigatória, dentre os quais as declarações, os compactos, os informes e as recomendações²⁸⁹.

Sem a pretensão de traçar uma genealogia do termo, mas atentando-se à sua história recente, é preciso rememorar que, em 1991, em um momento marcado pela reorganização do DI, no pós-queda do muro de Berlim, Eibe Riedel apresenta uma das primeiras discussões acerca dos *estândares*, conectando-a com a ideia de superação da tríade tradicional de fontes formais do DI posta no artigo 38 da CIJ²⁹⁰.

Para o autor, a construção e o uso dos *estândares* reflete a alteração do cenário normativo do DI desde a década de 1920. O surgimento da terminologia do *soft law* teria sido uma primeira tentativa de compreender esse fenômeno de multiplicação de meios de formação de instrumentos internacionais de pretensões juridificantes, tentativa essa que deu ensejo a uma nova controvérsia sobre a própria utilidade e precisão do próprio conceito de *soft law*. Assim, Riedel defende que a categoria dos *estândares*, presente também em

²⁸⁸ CASAS, Carlos Ignacio de. El concepto de ‘estándares internacionales de derechos humanos’ según la doctrina jurídica”. **Prudentia Iuris**, n. 96, 2023, p. 21. Disponível em: <<https://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/4982>>. Acesso em: 6 maio 2024.

²⁸⁹ “Parte de ese fenómeno es que suele considerarse que dichos estándares no se refieren únicamente a la expresión normativa de los derechos humanos en tratados, costumbre o principios generales de derecho. Es más, a tal expresión se le da un uso que incluye también a los instrumentos no vinculantes cuyo contenido jurídico-normativo es dudoso o, cuando menos, de obligatoriedad no expresamente declarada ni reconocida por norma internacional alguna: v. gr., declaraciones, compactos, resoluciones e informes de organizaciones internacionales, colecciones de buenas prácticas, códigos de conducta, jurisprudencia de tribunales y decisiones y recomendaciones de organismos internacionales, etc. Así, de hecho, no existe una conceptualización clara de estándares de derechos humanos. No solo no hay una definición pacífica, sino que además pareciera que pocos se han preguntado realmente qué son. Sin embargo, con ingenuidad o aviesamente, se los invoca como regla de conducta (fuente de obligaciones) para los Estados y otros sujetos no estatales, incluso cuando no se está en presencia de reglas cuyo contenido haya sido determinado con base en fuentes del derecho tradicionales” CASAS, Carlos Ignacio de. El concepto de ‘estándares internacionales de derechos humanos’ según la doctrina jurídica”. **Prudentia Iuris**, n. 96, 2023, pp. 2-3. Disponível em: <<https://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/4982>>. Acesso em: 6 maio 2024.

²⁹⁰ RIEDEL, Eibe. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?. **European Journal of International Law**, v. 2, n. 2, p. 58–84, 1991.

sistemas domésticos, poderia auxiliar na melhor compreensão da interação entre esses novos meios jurídicos e as fontes tradicionais do DI.

O autor expõe inicialmente duas tradições domésticas em torno da noção de *estândares*: a tradição anglo-americana e a tradição germânica. A tradição anglo-americana os conecta historicamente à construção de padrões de conduta que auxiliam na definição da imputação de responsabilidade por falta de cuidado (por exemplo, na comparação de certos comportamentos, em um caso, com o comportamento esperado do homem médio para apuração de negligência).

Em acepções mais contemporâneas, a ideia de *estândares* surge no debate anglo-saxão em torno da argumentação jurídica, sendo identificados em linhas argumentativas que servem de critérios auxiliares à tomada de decisão, e que se aproximam ao domínio da *equity*²⁹¹. Ademais, são usados nos critérios hermenêuticos para lidar com a interação entre regras, princípios e os próprios *estândares* individuais, norteando, por exemplo, a aplicação de cláusulas gerais, a identificação da *ratio decidendi* de precedentes e o peso das máximas interpretativas²⁹².

Já na tradição germânica, os *estândares* se relacionam com o raciocínio tópico e se aplicam apenas na ausência de normas claras e ante lacunas jurídicas ou dúvidas acerca do conteúdo das normas. Nesses casos, caberia uma argumentação comparativa em vez de axiomática-dedutiva, a fim de, com base em *topoi*, alcançar consensos extraindo a decisão da própria discussão, entre aqueles competentemente formados e conhecedores do Direito, como reflexo de uma razão prática²⁹³.

O autor aponta que a utilização dos *estândares* também se verifica no DI, que passa a empregá-los largamente, a exemplo dos domínios do direito econômico, do trabalho, ambiental e dos direitos humanos. Neste último, os *estândares* seriam construídos a partir de uma multiplicidade de referenciais vinculantes e não vinculantes, notadamente em espaços nos quais as normas de ambas as naturezas coalescem.

Os *estândares de direitos humanos* envolvem, portanto, interações entre as

²⁹¹ Nesse sentido, os *estândares* se aproximam do que se chama “adágios” na tradição romano-germânica, como, por exemplo, ninguém pode se beneficiar da própria torpeza.

²⁹² RIEDEL, Eibe. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?. *European Journal of International Law*, v. 2, n. 2, pp. 73–76, 1991.

²⁹³ RIEDEL, Eibe. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?. *European Journal of International Law*, v. 2, n. 2, pp. 76-78, 1991.

convenções de direitos humanos, as declarações, as resoluções das organizações internacionais e outros instrumentos de diferentes níveis de vinculatividade. Um produto frequente dessa síntese são os códigos-zebra, em que normas vinculantes e não vinculantes são agregadas para caracterizar o que seria o padrão aplicável²⁹⁴. Ridel, porém, adverte que esses códigos não podem servir de meio de substituição das normas de *hard law* pelas de *soft law*, operando as últimas apenas de modo complementar às primeiras, dado que cada categoria tem sua função própria, ainda que articulados conjuntamente nessas codificações mistas²⁹⁵.

Percebe-se que está no cerne do debate acerca dos *estândares* a função que materiais jurídicos fora da tríade tradicional de fontes formais do DI devem exercer na construção e interpretação do DI, nas múltiplas instâncias decisórias. Nesse sentido, albergariam empregos não só na deliberação de cortes internacionais, mas também nas decisões em torno da formação de políticas públicas e da normogênese, nas ordens jurídicas nacionais e na esfera das organizações internacionais.

Outro ponto relevante trazido são as polêmicas em torno do conceito de *soft law*, muito porque o que se rotula como *soft law* é impactado pela compreensão acerca do que é, ou deveria ser, obrigatório²⁹⁶.

²⁹⁴ RIEDEL, Eibe. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?. **European Journal of International Law**, v. 2, n. 2, p. 83, 1991. Um exemplo de código-zebra, anacrônico em relação ao texto do autor, seriam os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas (também chamados de “Princípios de Ruggie”), construídos no âmbito do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas e endossados por meio da Resolução A/HRC/RES/17/4, de 16 de junho de 2011.

²⁹⁵ “Useful as standards may be, a word of warning about their scope and limits seems warranted. They are useful, when 'zebra' situations are at issue, when the complementary nature of 'hard' and 'soft' norms, or better, of norms of different degrees of hardness, is relevant. They are dangerous if meant to replace hard law sources. The sources triad of Article 38(1) of the ICJ Statute always has predominance as far as it goes. But the point made here is that large areas of international law concern precisely fields which are not covered, or are only partially covered by rules emanating from the sources triad. Another danger would be to attribute the binding character of one standard component to the non-binding parts of if the individual legal relevance of each component should always be borne in mind. To avoid incorrect inference, the 'hard law' - 'soft law' dichotomy certainly is not resolved by utilizing the concept of standards and combination standards” RIEDEL, Eibe. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?. **European Journal of International Law**, v. 2, n. 2, p. 84, 1991.

²⁹⁶ Em uma nota histórica sobre o *soft law*, é curioso notar que normalmente a literatura rastreia a gênese do termo a Lord Arnolf McNair, primeiro presidente do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no início da segunda metade do século XX, ainda que, sem tal rótulo, já houvesse discussões sobre a função desses outros instrumentos jurídicos que passavam a ser construídos no DI desde a aprovação da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 (CASTAÑEDA, Cárdenas; AUGUSTO, Fabián. A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin. **Anuario mexicano de derecho internacional**, v. 13, p. 373, 2013). Mas, registra Abi-Saab, aparentemente a referência original de Lord McNair era ao direito construído como proposições e princípios gerais, em oposição ao já concretizado judicialmente (“A l'origine, le terme soft law a été formulé par Lord McNair pour désigner le droit en forme de propositions ou principes abstraits, en opposition à la hard law qui est le droit concret, vécu ou opératoire, issu de l'épreuve judiciaire; ce

Ainda no domínio do DIDH, Laurence Burgogue-Lasen aponta que as normas fixadas pelos *estândares* internacionais não são propriamente “nem impostas, nem consentidas”. A autora ressalta a relevância da dimensão da adesão voluntária aos *estândares*, como meio de concretização das obrigações determinadas pelo DI, textual e jurisprudencialmente, o que passa pela autoridade e força persuasiva da jurisprudência internacional²⁹⁷. A construção e o uso dos *estândares*, assim, apesar de ser um reconhecimento da insuficiência das fontes da tríade clássica do DI na delimitação do conteúdo das obrigações, nelas mesmas previstas, não prescinde, para seu uso legítimo, de uma dimensão entre autoridade e persuasão que vai além da imposição propriamente dita.

B) O vetor expansivo do conceito de *estândares de direitos humanos* no SIDH

No SIDH também ocorre uma metonímia fluida entre as expressões *estândares de direitos humanos* e as *obrigações de direitos humanos*, ou mesmo com os *direitos humanos*

qui n'est pas étonnant de la part d'un grand juriste de la common law. Et c'est seulement depuis deux décennies que le terme a acquis son sens actuel d'un droit dont la juridicité (et la force contraignante) est ambiguë ou mise en question” ABI-SAAB, Georges. Éloge du « droit assourdi » : quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain : Hommage à François Rigaux, 1993. In: KOHEN, Marcelo G.; LANGER, Magnus Jesko (org.). **Le développement du droit international : réflexions d'un demi-siècle**. Volume I : Théorie générale du droit international. Genève: Graduate Institute Publications, 2013, p. 60). Assim, originalmente a discussão sobre o *soft law* também se relacionava à identificação do Direito a partir de decisões judiciais, ou, *permissa venia* pela extrapolação, à função dos precedentes no DI.

²⁹⁷ “Las normas fijadas por los estándares internacionales no son ni impuestas ni consentidas. Descartemos la conjunción de coordinación indicada por el título de este artículo. En este caso, la conjunción «o» no vale. En cambio, las normas son impuestas y consentidas, ambas al mismo tiempo. Dicho de otro modo, para que la obligación desemboque en una aplicación de normas determinadas por los estándares, es necesario que dichas normas sean objeto de una adhesión por el receptor del estándar. El juez interno, primer destinatario del estándar internacional, debe adherirse a dicho estándar para aceptarlo y darle vida a la obligación determinada por el derecho internacional (textual y jurisprudencial). La obligación como tal no basta o ya no es suficiente ... Aquí, el jurista dimensiona la irrupción de otros factores además de los relativos a la lógica jurídica. La sociología de las instituciones y de los actores entra en escena con sus avances y retrocesos. La adhesión del juez nacional va a depender de dos datos objetivos. El primero deriva de la configuración constitucional interna: la obligación internacional debe posar por un vector interno, por no decir constitucional, que va a dar una fisonomía particular a la aceptación del estándar. (...). El segundo dato se refiere a lo fuente del estándar establecido por el derecho internacional. Un estándar no lo es únicamente por los textos de derecho internacional, lo que reduciría el análisis o la cuestión de la integración de los tratados internacionales en los órdenes jurídicos internos y su lugar en la jerarquía de las normas. En la actualidad, el estándar (material y procesal) es mucho más profundo y determinado en la interpretación de estas tratados internacionales por parte de los tribunales internacionales (Tribunal de Justicia de Luxemburgo, Tribunal europeo de Estrasburgo y la Corte interamericana de San José). Ahora bien, aparece aquí la pregunta sobre la autoridad de la cosa interpretada en las decisiones adoptadas por estos tribunales, autoridad que está lejos de ser evidente... Estos son dos datos objetivos que tienden hacia el ideal de coherencia en el desorden de las situaciones y de los casos que el enfoque del derecho comparado revela y que genera en cascadas un flujo de cuestionamientos desconcertantes. Se intentará mostrar que la aceptación de los jueces nacionales a los estándares es evidentemente condicionada por el nivel de internacionalización de las Constituciones (I), pero que es del mismo modo, y tal vez sobre todo, condicionada por la fuerza persuasiva de la jurisprudencia internacional (II)” BURGOGUE-LARSEN, Laurence. Los estándares: normas impuestas o consentidas? In: **La tutela jurisdiccional de los derechos** - del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración. Bilbao: Oñati, 2012, p. 403-404.

em si²⁹⁸. Contudo, o sistema se destaca por uma peculiaridade: a utilização da jurisprudência da Corte IDH como meio autorreferenciado de expansão do conteúdo das obrigações convencionais.

Não há uma definição única e estável do SIDH para *estándares*, mas se nota, tanto na produção da CIDH como na da Corte IDH, um endurecimento progressivo da linguagem utilizada em seus informes para a caracterização da sua vinculatividade²⁹⁹.

No caso do CIDH, alguns dos instrumentos referenciados pelo órgão seriam facilmente reconhecidos como *soft law*, a exemplo das declarações de órgãos internacionais. Outros originam-se de agentes da sociedade civil, e mesmo sua caracterização como *soft law* pode ser considerada polêmica, como documentos produzidos por organizações não-governamentais. Por fim, vários são produzidos pela mesma CIDH, servindo o conceito, nesse sentido, como um reforço da sua autoridade³⁰⁰.

O documento mais representativo da força vinculante atribuída pela CIDH aos *estándares* americanos é a aprovação, em 2021, do *Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos*³⁰¹. Nele, a CIDH justifica essa obrigação de incorporação com base no preâmbulo da Declaração Americana, no artigo 2 da CADH, nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena

²⁹⁸ CASAS, Carlos Ignacio de. **Los estándares internacionales de derechos humanos y su valor jurídico**. Una revisión de la teoría de las fuentes del derecho internacional. 2023. 510 f. Doutorado em Direito - Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2023, p. 52-78.

²⁹⁹ CASAS, Carlos Ignacio de. **Los estándares internacionales de derechos humanos y su valor jurídico**. Una revisión de la teoría de las fuentes del derecho internacional. 2023. 510 f. Doutorado em Direito - Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2023, p. 53-66.

³⁰⁰ Exemplos dos três são encontrados no “Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos”, de 2019. Nele se referencia não só os Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos das Nações Unidas (que, como já referido, foram endossados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas por meio de resolução) e o Informe “Hacia una política integral de protección a personas defensoras de derechos humanos”, da própria CIDH, como se registra que “Con el objeto de seguir los estándares internacionales en la materia, la REDESCA también valora de forma positiva documentos elaborados por organizaciones especializadas en la materia y subraya la pertinencia de que los Estados los tomen en cuenta al momento de la elaboración de sus PNA”, citando, em rodapé, como exemplos desses documentos, “Danish Institute for Human Rights, International Corporate Accountability Roundtable and Unicef. Children’s Rights in National Action Plans on Business and Human Rights (2015); El Servicio Internacional para los Derechos Humanos (ISHR) y La Mesa Redonda Internacional para la Rendición de Cuentas Empresarial (ICAR) Personas defensoras de derechos humanos en los Planes Nacionales de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (2016); y Fundación para el Debido Proceso (DPLF) La Mesa Redonda Internacional para la Rendición de Cuentas Empresarial (ICAR). Industrias Extractivas y Planes Nacionales de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos (2017)”.

³⁰¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc.11/21. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de enero 2021. Washington: OEA, 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CompendioobligacionesEstados-es.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024.

sobre Direito dos Tratados e nos princípios fundamentais da Carta da OEA³⁰².

Assim, a CIDH, de certa maneira, toma de empréstimo a doutrina do controle de convencionalidade da Corte IDH para afirmar uma obrigação lata de adequar a normativa interna aos *estándares* de direitos humanos, desenvolvidos por todos os órgãos do SIDH, incluídos aqueles gerados pela própria Comissão e pela Corte IDH³⁰³. O informe, porém, não detalha exatamente quais instrumentos deveriam ser considerados para definição dos *estándares*, ou mesmo como estes devem ser identificados, conquanto refira-se a uma obrigação que se estende por todo o “*corpus jurídico*” interamericano³⁰⁴.

Desse modo, os precedentes da Corte IDH são explicitamente afirmados e utilizados pela CIDH como referenciais para a definição do conteúdo dos *estándares*. É interessante notar, porém, que a eles não é necessariamente dada uma força diferenciada em relação a essa

³⁰² “3. La eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos requiere no sólo que las víctimas de violaciones a derechos humanos tengan un pleno acceso a los mecanismos de defensa y protección de los que disponen la CIDH y la Corte Interamericana, sino de la incorporación y debida aplicación de los estándares interamericanos por parte de las autoridades internas. En ese sentido, la obligación de incorporar tales estándares se deriva, *inter alia*, del preámbulo de la Declaración Americana, del artículo 2 de la Convención Americana, así como de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y de los principios fundamentales de la Carta de la OEA”. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc.11/21. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de enero 2021. Washington: OAS, 2021, p. 9. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CompendioobligacionesEstados-es.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024. Para a justificativa mais expandida, vide p. 17-20.

³⁰³ “31. La obligación de adecuar la normativa interna a los estándares de derechos humanos consiste en la verificación que realizan todos los agentes estatales sobre la adecuación de las normas jurídicas y prácticas internas a los instrumentos interamericanos sobre Derechos Humanos y a sus estándares, desarrollados por los órganos del sistema interamericano de protección. (...) 37. De este modo, es posible precisar que el contenido y alcance de la obligación de adecuar la normativa interna, implica verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con los instrumentos interamericanos de derechos humanos y sus estándares aplicables. Realizar este control, es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias y debe ser realizado ex officio, incluyendo la supresión de normas contrarias a los compromisos internacionales en materia de derechos humanos o bien ajustando su interpretación conforme a dichos instrumentos, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública competente” COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc.11/21. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de enero 2021. Washington: OAS, 2021, p. 20. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CompendioobligacionesEstados-es.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024.

³⁰⁴ Nas palavras de Casas: “Es decir, [el Compendio] son estándares sobre la obligatoriedad de implementar estándares. El informe no es explícito sobre cuáles son los segundos estándares, pero lo deja entrever en varias partes y es coherente con lo que viene sosteniendo en otros informes de estándares interamericanos: ‘las normas contenidas en los instrumentos interamericanos y los estándares desarrollados por los órganos del sistema’ o, como dice en otra parte, ‘todo el corpus jurídico interamericano de derechos humanos’. O sea, los Estados tendrían obligación de adecuar su normativa interna no sólo a las normas jurídicas vinculantes de fuente convencional o consuetudinaria, sino también a todos los EIDH que se han ido desarrollando por parte de los órganos del SIDH, concebidos en términos amplios” (CASAS, Carlos Ignacio de. **Los estándares internacionales de derechos humanos y su valor jurídico. Una revisión de la teoría de las fuentes del derecho internacional**. 2023. 510 f. Doutorado em Direito - Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2023, p. 78).

outra gama de materiais utilizados na definição das obrigações: esses precedentes, de certa maneira, são tratados como tendo a mesma força de referencial argumentativo que a produção da CIDH³⁰⁵ e mesmo de outros atores internacionais que tratam dos temas de interesse.

A abordagem adotada pela Corte IDH ao conceito de *estándares*, mesmo que se aproxime da realizada pela CIDH no tocante à abertura para a multiplicidade de materiais jurídicos, tem, em sua própria jurisprudência, o elemento central de construção. É por meio da conjugação dos textos dos instrumentos vinculantes e da interpretação a eles dada pelos precedentes que se constrói o estándar como um parâmetro de avaliação do acerto ou desacerto das condutas examinadas³⁰⁶. Nessa linha, as sentenças fazem referências à necessidade de a interpretação construída pela Corte IDH ser levada em consideração no exercício do controle de convencionalidade³⁰⁷, o que se dá inclusive em alguns casos anteriores a 2013, ano em que a expressão *res interpretata* é apresentada pela primeira vez na resolução de cumprimento de sentença do Caso Gellman³⁰⁸. A Corte IDH, porém, evita

³⁰⁵ Assim é que o Informe “Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos: desarrollo y aplicación”, registra que “Para efectos de este informe, se define el concepto de ‘estándares jurídicos’ como el conjunto de decisiones judiciales, informes temáticos y de país, y otras recomendaciones adoptadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. El término ‘estándares jurídicos’ asimismo se refiere a los tratados regionales de derechos humanos que gobiernan el sistema interamericano, como la Convención Americana y la Convención de Belém do Pará. El concepto igualmente se refiere a las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos” COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos**: desarrollo y aplicación. Washington: OEA, 2011, p. 13. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EstandaresJuridicos.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024.

³⁰⁶ Para Ignacio de Casas, essa construção denotaria que, ao menos em alguns casos, a Corte IDH reconheceria os estándares como fonte autônoma do DIDH (CASAS, Carlos Ignacio de. **Los estándares internacionales de derechos humanos y su valor jurídico**. Una revisión de la teoría de las fuentes del derecho internacional. 2023. 510 f. Doutorado em Direito - Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2023, p. 67). Para a análise completa do autor, vide pp. 66-75.

³⁰⁷ Casos exemplificativos dessas referências: CORTE IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 2792, p. 461; CORTE IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, p. 211; e, em uma referência discreta à “norma convencional interpretada”, os parágrafos 31, 26 e 27 e 59, respectivamente, dos pareceres nas Opiniões Consultivas 21, 24 e 25.

³⁰⁸ Um exemplo nesse sentido está em CORTE IDH, Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas: “339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”.

reconhecer explicitamente as manifestações da CIDH como elemento de construção dos *estândares*³⁰⁹.

Uma referência específica e mais robusta à vinculatividade da “norma convencional interpretada” pode ser encontrada na Opinião Consultiva 26, em seu parágrafo 91, assumindo-a inclusive como fonte:

91. A este respeito, é pertinente destacar que as interpretações autorizadas emitidas por esta Corte fazem parte do *corpus iuris* relevante para dar conteúdo e efetividade à proteção dos direitos humanos, tanto no plano internacional como no plano interno, e são, ademais, uma fonte de Direito. Em particular, a Corte recorda que os critérios jurídicos derivados da norma convencional interpretada constituem parâmetros para o cumprimento efetivo das obrigações em matéria de direitos humanos contidas não só na Convenção, mas também na Carta da OEA, na Declaração Americana e em outros tratados e instrumentos, com ênfase particular no dever de prevenir violações de direitos humanos.

92. Isso torna-se ainda mais evidente no que se refere aos critérios derivados das interpretações autorizadas no âmbito da sua função consultiva, cujo alcance tem sido salientado em reiteradas ocasiões, uma vez que têm relevância jurídica para todos os Estados-membros da OEA, sejam ou não parte da Convenção Americana. Com efeito, a Corte recorda que sua função consultiva tem um amplo alcance, pois também pode ser acionada por Estados que não são parte da Convenção Americana, mas que pertencem à OEA. Além disso, todos os Estados-membros da OEA têm a oportunidade de participar ativamente dos procedimentos consultivos. Portanto, e como afirmou este Tribunal, os Estados-membros da OEA dispõem, com base na norma convencional interpretada, de “uma fonte que, de acordo com a sua própria natureza, contribui também, e especialmente de forma preventiva, para alcançar o efetivo respeito e garantia dos direitos humanos e, em particular, constitui um guia a ser utilizado para resolver questões relativas ao respeito e garantia dos direitos humanos [...] e assim evitar potenciais violações dos direitos humanos.”

93. Nesta linha, a Corte ressalta que os critérios jurídicos que emanam da jurisprudência da Corte em sua integralidade constituem um instrumento no qual a Comissão Interamericana deve se apoiar para a realização de seus trabalhos, bem como os próprios Estados membros da OEA, com suas obrigações de observar os direitos humanos, decorrentes da Carta e da Declaração Americana. Isso é relevante não apenas em relação aos Estados que denunciaram a Convenção, mas também para todos os Estados-membros da OEA, uma vez que tais interpretações informam o conteúdo e o escopo do direito interamericano. A Corte observa que, em muitos casos, suas interpretações do texto convencional transcendem necessariamente a Convenção e alimentam o conteúdo da Declaração Americana, dos tratados e instrumentos interamericanos, na medida em que há coincidência no alcance da proteção normativa dos direitos e liberdades³¹⁰.

³⁰⁹ A literatura atribui essa rejeição, entre outras razões, a uma disputa de autoridade entre órgãos (NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, p. 108, 2008). Não se pode deixar de registrar que, no caso do procedimento contencioso perante a Corte IDH e considerado o formato bifásico de acesso, o uso dos materiais jurídicos produzidos pela CIDH nas sentenças poderia resultar na acusação de um certo uso tautológico de argumentos, na medida que a produção do órgão de acesso ao tribunal serviria, também, para definir-se o acerto das alegações apresentadas.

³¹⁰ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26, p. 35, tradução nossa. Texto original: “91. Al respecto, resulta pertinente señalar que las interpretaciones autorizadas que emite este Tribunal forman parte del *corpus iuris* relevante para dotar de contenido y eficacia a la protección de los derechos humanos, tanto a nivel internacional como internamente, y son, además, una fuente de derecho. En particular, la Corte recuerda que los criterios jurídicos derivados de la norma convencional interpretada constituyen parámetros para el efectivo cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos contenidas no solo en la Convención sino también en la Carta de la OEA, la Declaración Americana y otros tratados e

Na mesma opinião consultiva, ao dissertar sobre o valor jurídico da DADH, a Corte Interamericana se reporta aos *estándares* como patamares mínimos de proteção extraídos do *corpus juris*:

96. Por outro lado, a Corte adverte que certas disposições da Declaração Americana representam normas consuetudinárias ou princípios gerais de direito internacional e, neste sentido, constituem fontes autônomas de direito internacional. Com efeito, o preâmbulo da Convenção afirma expressamente que “os direitos essenciais do homem [...] tem como fundamento os atributos da pessoa humana” e que “estes princípios foram consagrados na [...] Declaração Americana dos Direitos e Deveres dos Homens”. Diante disso, a Corte reafirma o caráter normativo e vinculante da Declaração Americana para os Estados-membros da OEA, constituindo atualmente uma norma central do *corpus iuris* interamericano que reflete o padrão mínimo de proteção dos direitos humanos no direito americano. continente³¹¹.

Os estándares se correlacionam com uma forma peculiar do tribunal de abordar a própria jurisprudência como matriz primordial de construção dos critérios interpretativos da CADH: as *fórmulas usuais*. A Corte IDH alude a seus próprios precedentes, a partir da reiteração de parágrafos quase idênticos em várias sentenças³¹².

instrumentos, con particular incidencia en el deber de prevenir violaciones a los derechos humanos. 92. Ello se torna aún más evidente respecto de los criterios derivados de las interpretaciones autorizadas en el marco de su función consultiva, cuya amplitud ha sido resaltada en reiteradas oportunidades, en tanto tienen relevancia jurídica para todos los Estados Miembros de la OEA, sean o no parte de la Convención Americana. En efecto, la Corte recuerda que su función consultiva tiene una amplia proyección en tanto puede ser activada también por Estados que no sean parte de la Convención Americana, pero que pertenezcan a la OEA. Además, se les concede a todos los Estados Miembros de la OEA la posibilidad de participar activamente en los procedimientos consultivos. Por lo tanto y tal como lo ha afirmado esta Corte, los Estados Miembros de la OEA cuentan, a partir de la norma convencional interpretada, “con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos [...] y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos”. 93. En esta línea, la Corte enfatiza que los criterios jurídicos emanados de la jurisprudencia del Tribunal en su integralidad constituyen un instrumento en el que se debe apoyar la Comisión Interamericana para el desempeño de sus labores, así como los propios Estados Miembros de la OEA en el cumplimiento de sus obligaciones de observancia de los derechos humanos, emanadas de la Carta y la Declaración Americana. Ello resulta relevante no sólo en relación con Estados que hayan denunciado la Convención, sino también para todos los Estados Miembros de la OEA, pues dichas interpretaciones nutren el contenido y alcance del derecho interamericano. La Corte observa que, en muchos casos, sus interpretaciones del texto convencional necesariamente trascienden a la Convención y nutren el contenido de la Declaración Americana, los tratados e instrumentos interamericanos, en la medida que existe coincidencia en el ámbito de protección normativa de los derechos y libertades”.

³¹¹ CORTE IDH. Opinión Consultiva OC-26/20 de 9 de noviembre de 2020. Serie A No. 26. p. 36, tradução nossa. Texto original “96. Por otro lado, la Corte advierte que ciertas disposiciones de la Declaración Americana representan normas consuetudinarias o principios generales de derecho internacional y, en tal sentido, constituyen autónomamente fuentes del derecho internacional. Efectivamente, en el preámbulo de la Convención se señala expresamente “que los derechos esenciales del hombre [...] tienen como fundamento los atributos de la persona humana” y que “estos principios han sido consagrados en la [...] Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”. En vista de ello, la Corte reafirma el carácter normativo y vinculante que la Declaración Americana tiene para los Estados Miembros de la OEA, constituyendo, en la actualidad, una norma central del corpus iuris interamericano que refleja el estándar mínimo de protección de derechos humanos en el continente americano”.

³¹² MENDANA, Florencia Soledad Ratti. El discurso de la corte interamericana de derechos humanos sobre dignidad de personas privadas de libertad: fuentes, fórmulas usuales y citas. **Revista de la Facultad de**

Essas *fórmulas usuais* “constituem critérios ou padrões argumentativos que o tribunal aplica sempre que se depara com determinados cenários factuais, a fim de avaliar se houve ou não uma violação específica da CADH”³¹³. Esse estilo da Corte IDH parte de uma sentença fundacional, em que se enuncia pela primeira vez a *fórmula usual*, posteriormente reiterada em uma linha jurisprudencial, conquanto nem sempre nas mesmas rigorosas palavras³¹⁴.

Dentro desse uso dos *estándares*, a Corte IDH desenvolve progressivamente diferentes estratégias de abordagem da criação de critérios para a definição das obrigações no SIDH. Duas merecem especial menção, dado seu emprego cada vez mais frequente na Corte. A primeira é o desenvolvimento de testes jurisprudenciais, de que é exemplo o teste tripartite para a definição das restrições à liberdade de expressão³¹⁵.

Por meio dos testes, a Corte consegue prever critérios e propor uma metodologia de aferição da adequação dos fatos analisados à observância de um direito. A segunda é o reconhecimento da existência de um direito autônomo protegido sistematicamente pela CADH ou extraído do *corpus juris* interamericano, seja porque seria uma garantia essencial dos direitos presentes na convenção ou porque estaria necessariamente protegido por eles. O

Derecho. 2021, p. 11. Disponível em: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12466>. Acesso em: 6 set. 2024.

³¹³ MENDAÑA, Florencia Soledad Ratti. Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios constitucionales**, v. 19, n. 2, p. 3, 2021, tradução nossa. Texto original: “las fórmulas utilizadas por la Corte IDH constituyen criterios o estándares argumentativos que el tribunal aplica cada vez que se enfrenta a determinados escenarios fácticos, a fin de evaluar si ha habido o no una vulneración concreta de la CADH”. Vide também: LAFFERRIERE, Jorge Nicolás; LELL, Helga María. Los usos del término “dignidad” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinión Jurídica**, v. 20, n. 43, p. 315–348, 2022.

É importante salientar, como se aprofundará na próxima seção e retomando uma advertência feita no Capítulo 2, que esse processo de construção de fórmulas é mais do que um juízo comparativo de simples identidade: a similaridade na aplicação do precedente envolve sempre um novo processo criativo, que pode ser intencionalmente alargado ou restringido pelo intérprete e que, no caso da Corte IDH, envolve um desafio particular ante a abstração dos substratos fáticos na construção dos estándares.

³¹⁴ MENDAÑA, Florencia Soledad Ratti. Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios constitucionales**, v. 19, n. 2, p. 63, 2021. A autora salienta que as fórmulas nem sempre são acompanhadas de referências a toda a linha jurisprudencial, sendo frequente a citação à sentença fundacional acompanhada de duas referências mais recentes (p. 26).

³¹⁵ Na dicção da CIDH: “67. Conforme foi interpretado pela jurisprudência interamericana, o artigo 13.2 da Convenção Americana exige o cumprimento das três seguintes condições básicas para que uma restrição do direito à liberdade de expressão seja admissível: (1) a restrição deve ter sido definida de forma precisa e clara por meio de uma lei formal e material, (2) a restrição deve se orientar à realização de objetivos imperiosos autorizados pela Convenção Americana, e (3) a restrição deve ser necessária em uma sociedade democrática para o sucesso dos imperiosos fins buscados; estritamente proporcional à finalidade buscada; e idônea para alcançar o imperioso objetivo que procura realizar.” C

exemplo mais recente nesse sentido é o direito a defender direitos humanos³¹⁶. A partir dessa abordagem, a Corte IDH conseguiu densificar o conteúdo de obrigações autônomas e permitir a alegação direta da violação dessas obrigações, sob o argumento de que, não obstante não estarem explicitamente previstas, seriam de imperativa proteção para a tutela dos direitos presentes na literalidade da Convenção³¹⁷.

Nessa linha, Lucas Lima identifica quatro técnicas recentes da Corte IDH para assumir uma função de guia na interpretação e aplicação dos direitos humanos fundamentais no continente: o uso estratégico de opiniões consultivas, tratando-se extensivamente do conteúdo de certas obrigações e se incorporando padrões externos ao SIDH; a interpretação expansiva do art. 26 da CADH, com a reivindicação da competência também para o exame dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais; a declaração de certas normas como *jus cogens*, indo além dos catálogos de outras cortes sobre normas peremptórias; e a construção de uma noção de garantia coletiva subjacente à Carta da OEA e à CADH, que coloca a obrigação dos Estados-partes para com países terceiros de atuar para manter o patamar protetivo dos direitos convencionais, mesmo com a retirada destes da CADH, inclusive visando a que voltem a aderir ao tratado³¹⁸.

A expansão das normas reconhecidas como *jus cogens*³¹⁹, em especial, acarreta importantes consequências, em termos do DI, na medida em que retira seus conteúdos da disponibilidade dos Estados, mesmo via consenso unânime e tratado, o que implica uma

³¹⁶ Para o reconhecimento explícito da autonomia do direito à defender direitos humanos, vide: CORTE IDH. **Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506, p. 279-283.

³¹⁷ Essa abordagem não é infensa a críticas. Nesse sentido, vide: FALCÓN, Gonzalo Candia. Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la Luz de la Noción de Estado de Derecho. **Revista Chilena de Derecho**, v. 42, n° 3, p. 873-902, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu>. Acesso em: 29 set. 2024.

³¹⁸ LIMA, Lucas Carlos. A Corte Interamericana em tempos de crise. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 16, n. 1, 2023, p. 32-38. Sobre o uso estratégico das opiniões consultivas e sua relação com a vinculatividade dos precedentes no SIDH mais se dirá no Capítulo 6.

³¹⁹ Para uma análise geral desse fenômeno, vide MAIA, Catherine. Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'Homme. Em: **Le cinquantième anniversaire de l'adoption de la Convention américaine des droits de l'Homme**. Bruxelles: Bruylant, 2009.

redistribuição de poderes arriscada em termos institucionais³²⁰. Isso pode gerar risco tanto para os direitos humanos, com a quebra de sua unidade e a diferenciação entre aqueles qualificados e não qualificados como *jus cogens*, como para o *jus cogens*, diluindo seus efeitos por sua proliferação³²¹. Essas preocupações podem explicar em parte o relativo insucesso da Corte IDH em “exportar” seus entendimentos sobre o *jus cogens* para outros tribunais internacionais³²².

O emprego dos *estândares* pela Corte IDH denota uma possibilidade, não só de expansão dos materiais jurídicos que podem ser usados em sua argumentação, mas também de reforço estratégico da força vinculante de alguns desses materiais e do robustecimento, ao cabo, da própria autoridade semântica de seus emissores. Assim, o fenômeno do uso dos *estândares* como meio de atribuição de efeitos vinculantes a regras extraídas de materiais jurídicos de outros sistemas de proteção e de disposições de *soft law*, tanto do sistema universal como do sistema hemisférico de proteção, e, em especial, da própria jurisprudência, torna-se via de expansão do cabedal de materiais jurídicos dos quais entende ser possível extrair obrigações de direitos humanos³²³.

Esse viés expansivo se traduz também na literatura científica regional produzida sobre o tema, em especial entre os que veem, em curso, um processo de constitucionalização e formação de um *ius constitutionale commune* e são adeptos de uma *interamericanização* como “estatalidade aberta”, que tem na Corte Interamericana uma de suas principais motrizes³²⁴.

³²⁰ “The universally binding effect of a *jus cogens* norm is the antithesis of ‘state voluntarism’. States cannot exempt themselves from such a norm by declining to ratify a treaty, or by persistent objection. Nor can a region of states contract to modify a *jus cogens* norm. To be sure, the effect of the Inter-American Court’s declaration of *jus cogens* outside its hemisphere depends on its persuasiveness to others; but those others may be tribunals and not states” (NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, p. 101–123, fev. 2008, p. 117-118). Em contraponto, para uma visão positiva do fenômeno, vendo nele uma possibilidade de voz do sul na formação das normas internacionais, vide: SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. *Jus cogens: An european concept? An emancipatory conceptual review from the interamerican system of human rights*. **Revista de Direito Internacional**, Brasil, v. 15, n. 1, 2018, p. 123-137.

³²¹ Para uma análise aprofundada da interação entre *jus cogens* e direitos humanos, vide: HENNEQUET, Erika. *Jus Cogens and Human Rights: Interactions Between Two Factors of Harmonization of International Law*. Em: **The Influence of Human Rights on International Law**. Cham: Springer International Publishing, 2015. p. 13–26.

³²² NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, p. 116-123, 2008.

³²³ NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, p. 109–116, 2008.

³²⁴ Sobre o “*ius constitutionale commune*” como um movimento, escrevem Bogdandy, Mac-Gregor, Antoniazio, Piovesan e Soley: “Un grupo diverso de investigadores de Europa y América Latina hemos trabajado en colaboración durante más de una década en la investigación en torno a los problemas jurídicos que afronta la región. Nos hemos aproximado a esos problemas con un enfoque de derecho público: nuestro principal interés

É nessa perspectiva que Mariela Morales Antoniazzi assevera que a internacionalização do direito constitucional se faz via *interamericanização expansiva*, traduzida na complementação crescente dos sistemas estatais com o sistema regional de proteção, por meio de um “processo gradual e contínuo de penetração de normas, princípios e *estándares* do sistema interamericano no direito nacional”, que resulta na própria “estandardização” do novo paradigma de estatalidade aberta. Surge daí um “constitucionalismo regional”, tendo por base, além das constituições nacionais com abertura estrutural ao DI, a “CADH como ‘constitución latinoamericana’” e os demais instrumentos do *corpus iuris* interamericano, guardados pela Corte IDH³²⁵.

A função que a jurisprudência interamericana assumiria nesse modelo é essencial: ela compõe parte de um “*acquis conventionnel*”, como “acervo básico da *opinio communis* interamericana e patrimônio comum quanto aos direitos humanos”. Na dimensão de “*res interpretata*”, as sentenças assumem validade *erga omnes partes* no sentido de ter implicações para todos os Estados partes da CADH, dentro do dever de prevenção, e o acervo jurisprudencial “está destinado, não só a promover e incentivar avanços a nível doméstico, mas também a evitar retrocessos nos *estándares* de proteção”³²⁶.

Na mesma linha, e com profunda marca expansiva e progressiva, o ex-juiz da Corte IDH Sergio García Ramírez se utiliza da dicotomia entre *hard law* e *soft law* para conceituar

es que el derecho gobierne el ejercicio de la autoridad pública, es decir, que la autoridad promueva el bien común. Ese objetivo nos ha llevado a buscar repuestas en el derecho constitucional, el derecho administrativo, el derecho internacional público general, el derecho de la integración regional, los derechos humanos y el derecho de las inversiones. Del mismo modo, hemos tenido debates con economistas, politólogos e historiadores. En la medida en que han transcurrido los años, nos hemos agrupado cada vez más en torno a la idea de un *Ius Constitutionale Commune en América Latina* (ICCAL)”. Continúan para apontar que o ICCAL se baseia fortemente na noção de constitucionalismo transformador e, em sua dimensão normativa, tem nos *estándares* de direitos humanos uma das pedras de toque: “[e]l objetivo del ICCAL es que en toda la región se tornen efectivas o se realicen materialmente las promesas centrales de las constituciones nacionales y que los diferentes países del subcontinente se integren dentro de una estructura de apoyo mutuo. Los mecanismos son la difusión de los estándares sobre derechos humanos, la compensación de los déficits nacionales y el fomento de una nueva dinámica de empoderamiento de los actores sociales” (BOGDANDY, Armin von. *et al.* A manera de prefacio *Ius Constitutionale Commune en América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador*. In: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 17-21). Para um melhor entendimento dessa corrente doutrinária, recomenda-se os artigos da obra aqui referida.

³²⁵ ANTONIAZZI, Mariela Morales. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. In: **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. São Paulo: Elsevier, 2013, p. 198-199, textos citados de tradução nossa.

³²⁶ ANTONIAZZI, Mariela Morales. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. In: **Estudios Avanzados de Derechos Humanos**. São Paulo: Elsevier, 2013, p. 198-201, trechos citados de tradução nossa. O trecho parece denotar que os *estándares* seriam uma categoria apartada de normas e princípios jurídicos (“penetração de normas, princípios e *estándares*”), e que, ao mesmo tempo, seriam também tutelados pela Corte IDH por meio da jurisprudência, como impeditivo de retrocessos e meio de avanço da interamericanização.

os *estándares*, atribuindo a ambos a natureza de fonte do Direito³²⁷. Segundo ele, esse conjunto de “normas, disposições, requerimientos, aspiraciones, *etcetera*, integra o universo dos ‘estándares’ internacionales”, funcionando como um “marco, o ponto de referência, o guia para uns e outros”, sob a luz dos quais “se vê ou reconstrói o novo Direito, atento aos Derechos Humanos”³²⁸. É central, nesse contexto, a chamada “vocação transformadora” da Corte IDH, atuando como intérprete oficial e em única instância das previsões da CADH e dos demais tratados sobre os quais teria competência material, tanto por meio dos casos contenciosos como consultivos³²⁹.

Esse vetor expansivo, com a *interamericanização* de diversos materiais jurídicos, inclusive externos ao SIDH, é também assumido em votos e escritos de outros membros da Corte, como significativamente sintetiza Eduardo MacGregor no voto concorrente do caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*:

O juiz nacional, portanto, deve aplicar a jurisprudência convencional, mesmo aquela que se cria naqueles casos em que o Estado nacional a que pertence não é parte, pois o que define a integração da jurisprudência da Corte IDH é a interpretação que esse Tribunal Interamericano realiza do *corpus juris interamericano* com a finalidade de criar um estándar na região sobre sua aplicabilidade e efetividade³³⁰.

E complementa, em nota de rodapé, ao referido parágrafo:

Dessa forma, por exemplo, podem formar parte de sua jurisprudência os estándares estabelecidos pelo Tribunal Europeu dos Derechos Humanos, os tratados

³²⁷ “En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos figuran, además de las fuentes mencionadas, otras de carácter diverso: así, declaraciones (p. ej., Universal y Americana, entre varias mas de carácter específico), estatutos y reglamentos (v.gr. los correspondientes a la Comisión y a la Corte Interamericanas), opiniones consultivas (de la Corte Interamericana), sentencias (idem), otras resoluciones jurisdiccionales (idem), recomendaciones (de la Comisión Interamericana, entre otras), informes (idem), principios, relatorias, conclusiones de encuentros internacionales, y así sucesivamente. Se acostumbra aludir a un derecho “duro”, imperioso, inequívocamente vinculante para los Estados y, en general, para los sujetos a los que se extiende su ámbito subjetivo de aplicación, y de un derecho “suave” (soft law), que no posee el mismo carácter imperioso y vinculante. Existe una fuerte tendencia a dotar a este soft law de creciente eficacia. La Corte Interamericana ha subrayado el valor de las recomendaciones de la Comisión Interamericana a la luz del principio *pacta sunt servanda*” RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista IUS**, v. 5, n. 28, pp. 134-135, 2011.

³²⁸ RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista IUS**, v. 5, n. 28, p. 135, 2011, trechos citados de tradução nossa.

³²⁹ RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 24, n. 1, p. 11–49, 10 jun. 2020, p. 13-16.

³³⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto Razonado. In **CORTE IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, p. 18, tradução nossa. Texto original: “El juez nacional, por consiguiente, debe aplicar la jurisprudencia convencional incluso la que se crea en aquellos asuntos donde no sea parte el Estado nacional al que pertenece, ya que lo que define la integración de la jurisprudencia de la Corte IDH es la interpretación que ese Tribunal Interamericano realiza del *corpus juris interamericano* con la finalidad de crear un estándar en la región sobre su aplicabilidad y efectividad”.

internacionais do sistema universal, as resoluções dos Comitês das Nações Unidas, as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos ou mesmo os informes dos relatores especiais da OEA ou das Nações Unidas, entre outros, sempre e quando a Corte IDH os utilize e os aproprie para formar sua interpretação do *corpus juris interamericano* e criar a norma convencional interpretada como estândar interamericano³³¹.

Esse movimento que identifica um vetor constitucionalizante e transformador na jurisprudência da Corte IDH é também objeto de críticas³³², assim como o é a suposta capacidade criativa da norma convencional interpretada pelo tribunal.

4.2 As críticas ao uso dos estândares de direitos humanos pela Corte Interamericana

O uso dos *estândares*, como meio de criação ou de delimitação de conteúdo das obrigações do SIDH, e dos precedentes interamericanos por meio deles é objeto de variadas

³³¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto Razonado. In: CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, p. 18, tradução nossa. Texto original: “De esta manera, por ejemplo, pueden formar parte de su jurisprudencia los estándares establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, tratados internacionales del sistema universal, las resoluciones de los Comitês de Naciones Unidas, las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos o incluso los informes de los relatores especiales de la OEA o de Naciones Unidas, entre otros, siempre y cuando la Corte IDH los utilice y los haga suyos para formar su interpretación del *corpus juris interamericano* y crear la norma convencional interpretada como estândar interamericano”.

³³² Nessa linha, já em uma análise de dimensão mais sociológica e, de alguma maneira, crítica, sintetiza Rodiles sobre o ICCAL: “Building on this new momentum, ‘*ius constitutionale commune americanum*’, a term first coined by German law Professor Peter Häberle, has been advanced more recently as the emergent trend in the region. It rests on the thesis of neoconstitutionalism, and the differences are only subtle but important from a strategic point of view. First, it puts the emphasis on Inter-American-judicial dialogue structured around the jurisprudence of the San José Court. Second, more than a description, it serves a programmatic function. Legal scholars from the region, particularly from Argentina, Colombia, and Mexico, and especially those associated with their highest courts and the Inter-American human rights community, are constructing this discourse in a noteworthy partnership with Germany’s Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law. There are thus indications that a transnational elite of judges and scholars is advancing a common goal. (...). The question how far neo-constitutionalism with its internationalization of constitutional law is able to advance regional integration cannot be avoided. Can *ius commune americanum* be constructed through inter-judicial dialogue based on the commonalities of constitutional cultures in the region, and the orientation provided from San José? As argued here, the discourse is strategically advanced by an elite of judges and legal scholars linked to the Inter-American human rights system, which exerts a strong pressure on domestic courts to follow its path. This permits one to second-guess if a new Latin American law is really emerging as a consequence of regional political and social developments, or if a juridical discourse is being constructed from within a professional circle: instead of *ius commune*, ‘law as profession’ or as the expression of some leading professionals” RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 158 e 173. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0009>. Acesso em: 12 jun. 2023. Nota-se também um esforço de resposta a essas críticas, com uma renovada preocupação do movimento com temas decoloniais: vide, nesse sentido, o evento realizado em 10 e 11 de dezembro de 2024, no referido instituto, intitulado “Knowledge production and Decolonial Approaches to Transformative Constitutionalism” (programa em <https://www.mpil.de/apps/eventcalendar/data/pdf1/uruena-2024---program-decolonial-approaches-v-9.12.24.pdf>).

críticas. Essa seção apresenta uma síntese delas, focada na perspectiva do uso dos precedentes, agrupando-as em dois níveis: o primeiro diz respeito à indeterminação dos conteúdos das obrigações de direitos humanos interamericanas, decorrente da adoção e dos meios pelos quais os *estândares* são empregados no SIDH; o segundo refere-se às consequências dessa indeterminação para a própria construção das regras de precedente interamericana e seus efeitos sobre a autoridade semântica das cortes hemisféricas.

A) A crítica à vinculatividade dos estândares interamericanos

Como já exposto anteriormente, a dicotomia entre o que é vinculante e o que é não vinculante é o critério central da diferenciação epistêmica do Direito Internacional em relação a disciplinas afins, como as Relações Internacionais e a Ciência Política. As fontes do DI exerceram uma importante função nessa delimitação epistêmica, na medida em que possibilitaram a diferenciação entre o jurídico, o moral e o político, delimitando um espaço técnico-legal, em que as normas seriam formais e objetivamente determináveis a partir de critérios independentes de seu conteúdo.

Contudo, a capacidade da *Teoria das fontes* dar conta dessa demanda de autonomia objetiva da lei encontrou desafios. Uma das principais dificuldades enfrentadas foi a construção do conceito de *soft law* e, como acima referido, dos *estândares* como seu respectivo análogo, dentro de uma nova camada de articulação dos materiais jurídicos de diferentes vinculatividades.

Esse movimento faz parte do que Jean D'Aspremont chama “*turn to authority*”, como esforço de reexplicar o domínio do DI, balizado no exercício de autoridade dentro da ordem internacional e em seu impacto³³³. Uma das principais vertentes dessa linha de pensamento conecta, na perspectiva jurídica, autoridade pública internacional, impacto e governança³³⁴.

³³³ “Indeed, by virtue of the recognition that law can be soft, many scholars came to displace bindingness as a unique distinguishing feature of valid law. For them, non-binding rules can supposedly be anchored in the international legal order, which now comprises not only binding rules, but also authoritative instruments, either which actors abide by or which have the potential to generate binding rules in the future (either in the form of a treaty or a customary rule). In that sense, the doctrine of soft law can be read as a turn to authority that demotes bindingness as the central genetic code of the discipline” (D’ASPREMONT, Jean. *Bindingness. In: Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 74-75).

³³⁴ Para uma síntese representativa dessa perspectiva, vide “VON BOGDANDY, Armin; WOLFRUM, Rüdiger.; VON BERNSTORFF, Jochen; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. **The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law**. Berlin, Heidelberg: Springer, 2010. v. 210. Nas palavras da apresentação da obra: “In the first step, we argue that the discourse on global governance provides important new perspectives on phenomena of international cooperation (B.I.); but it is deficient from a

No caso das cortes internacionais, esse giro para a autoridade ganha maior complexidade, tendo em conta que a função judicante extrai sua autoridade semântica da noção de aplicação do Direito, isto é, da noção de que se realiza uma heterocomposição baseada em disposições pré-definidas, dentro do importante poder de “fazer precedentes”³³⁵. Ocorre que o Direito Internacional é marcado por uma série de processos normogênicos descentralizados, que, considerada a tríade clássica de fontes do art. 38 da CIJ, tornaram-se progressivamente mais dependentes da própria adjudicação para sua certificação³³⁶.

Assim, os tribunais internacionais são chamados a ter um papel bem mais ativo na determinação da existência e do conteúdo das normas a serem interpretadas do que seus análogos domésticos, em uma maior proximidade entre as funções legiferante e judicante. Abre-se espaço, assim, para uma vinculatividade autorreferenciada como truísmo, isto é, o Direito aplicado por um *eu* tem como fundamento de existência a própria enunciação por parte desse *eu*³³⁷.

public law perspective as the concept of global governance does not allow for the identification of what the focus of a legal discourse should be, i.e. those acts by which unilateral authority is exercised. (...). In order to provide a basis for legal analysis and to identify phenomena that need justification, we propose focusing on the exercise of international public authority. We argue that any kind of governance activity by international institutions, be it administrative or intergovernmental, should be considered as an exercise of international public authority if it determines individuals, private associations, enterprises, states, or other public institutions. We believe that this concept enables the identification of all those governance phenomena which public lawyers should study (B.III.)” (VON BOGDANDY, Armin; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. *Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities*. Em: **The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law**. Berlin, Heidelberg: Springer, 2010. v. 210, p. 4-5).

³³⁵ “In contrast to non-judicial dispute settlement mechanisms, adjudication and judicial decisions are based on law: they settle particular legal disputes between the parties of a concrete case by applying the law to special circumstances. To the extent that they settle a dispute between parties, their legal pronouncements specify the law in the specific context of the case and have decisional authority for those parties. At the same time, however, judicial decisions often reach beyond the case at hand and influence the court’s future interpretation and application of the law. This is what one may refer to as the interpretive authority of judicial decisions. When that interpretive authority applies to the court itself, one usually also speaks of a precedent” (BESSON, Samantha. *Legal Philosophical Issues of International Adjudication: Getting Over the amour impossible between International Law and Adjudication*. In: **The Oxford Handbook of International Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 420).

³³⁶ BESSON, Samantha. *Legal Philosophical Issues of International Adjudication: Getting Over the amour impossible between International Law and Adjudication*. In: **The Oxford Handbook of International Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 422)

³³⁷ “International judges are called to do much more than interpret and apply the law. They also have to identify international law, especially general international law when it stems from non-written sources such as customary international law or general principles. The international judge’s role in the identification of international law goes beyond the scope of ordinary identification of any given rule of law in domestic judicial law-making; it comes very close to validating international law and hence to supplementing the formal sources of international law. This occurs either through transforming an emergent rule into an existent one by stating its crystallization, or through focusing on an emergent rule for validation at a later stage. Without judicial validation of those international legal norms, there could be no legal validity through formal sources of general international law in the current state of the international legal order: there are no universal institutions available outside international courts to universally validate the practice of all states as customary international law or general principles” (BESSON, Samantha. *Legal Philosophical Issues of International Adjudication: Getting Over the amour*

A fundamentação das decisões tem relevância nesse cenário porque é o meio pelo qual a corte pode rebater essa crítica: na medida em que o contexto de justificação seja considerado pelos demais práticos suficientemente harmônico com o cânone jurídico de um determinado momento, será mais fácil defender a neutralidade da atividade judicante como processo de aplicação da norma pré-existente.

No caso da Corte IDH, a adoção dos *estándares* de direitos humanos como parâmetro de definição das obrigações no SIDH é identificada por parte da literatura como uma estratégia de acúmulo de poderes por parte do tribunal. Assim, a fluidez e a indefinição de como se identificaram os *estándares interamericanos* e de quais materiais jurídicos poderiam ser adotados como referenciais para sua definição são mais do que uma questão de imprecisão científica, tornando-se meio de fomentar a expansão dos direitos tutelados – e, também, dos poderes dos próprios órgãos do sistema – em torno da definição das obrigações de direitos humanos.

Dela resulta que a definição do que é ou não vinculante deixa de ser representado pela matriz e pelo tipo de norma identificada como determinante da obrigação (dispositivo de tratado, costume, princípio geral...), e se torna representado pela autoridade da Corte ao enunciá-la. A dicotomia vinculante/não-vinculante é substituída, portanto, pela dicotomia autorizado/não-autorizado³³⁸.

Ignacio de Casas, por exemplo, aponta que o agrupamento indistinto das normas ditas de *hard* e *soft law* sob a alcunha de *estándares* pode ter um viés de “intencionalidade ideológica” de “uso ‘progressista’”, do qual pode resultar uma erosão indevida dos processos de criação e interpretação do direito e a estipulação de normas por atores com problemas de legitimidade do ponto de vista democrático e de competência³³⁹.

impossible between International Law and Adjudication. In: **The Oxford Handbook of International Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 420).. (...).

³³⁸ “It can be objected that, in the abovementioned frameworks, the distinction between the legally binding and the legally non-binding is often replaced by new binary and dichotomous structures suffering from the same deficiencies: the legitimate and the illegitimate, the authoritative and the non-authoritative, the liquid and the solid, and so on. Equally devastating from a methodological vantage point are the constant oscillations between normative and descriptive legitimacy upon which those constructions rely. There seems to be a great deal of naivety behind the grand ambition found in such managerialist projects to subject all exercises of public authority to new idealist constraints such as accountability” (D’ASPREMONT, Jean. Bindingness. In: **Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 74-75).

³³⁹ “A su vez, es posible que los operadores mencionados utilicen la expresión estándares internacionales de derechos humanos” (en adelante, EIDH) persiguiendo con el significado que le atribuyen una intencionalidad ideológica concreta, casi como si fuera un enunciado performativo. Este sería el caso de un uso ‘progresista’ de la expresión EIDH, es decir, que busca extender el alcance y contenido de los derechos humanos. De este modo, si quienes están llamados a aplicar las normas internacionales sobre derechos humanos exceden la función de

Também nessa linha, Pablo González-Domínguez faz uma crítica mais ampla ao próprio controle de convencionalidade como meio de expansão dos poderes da Corte IDH³⁴⁰. O autor, primeiramente, afirma que os artigos 1.º, 1 e 2 da CADH caracterizariam uma obrigação de resultado. Assim, entende o doutrinador que as disposições não só não exigem o efeito direto da convenção na ordem interna, mas também que, ao interpretá-las de tal forma, confronta-se a proteção do espaço soberano de concretização da CADH de que gozam os Estados americanos, na linha do que se extrai, inclusive, dos trabalhos preparatórios do tratado. Essa compreensão, aponta, está presente nas primeiras decisões da Corte IDH sobre o tema, como a Opinião Consultiva 14, de 1994, e o Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras³⁴¹.

A mesma incongruência se verifica na referência aos Artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, que, conquanto exijam a implementação de boa-fé dos tratados a que adere o Estado, o fazem sem deixar de observar a igualdade soberana dos Estados como princípio de DI (Artigo 2.1 da Convenção de Viena).

Tal implementação não implicaria uma superioridade hierárquica do DI sobre as disposições internas e deixaria a organização e os meios de implementação das obrigações internacionalmente assumidas na ordem nacional a critério dos próprios Estados, sem afetar a validade das normas internas ou obrigar determinada via de ação para as autoridades domésticas³⁴².

Por fim, o autor critica a criação da doutrina do controle de convencionalidade, nos

implementación o interpretación pasando a la generación de nuevas normas, estarán difuminando una de las distinciones centrales a todo sistema jurídico: aquella entre obligatoriedad y efectos interpretativos (que es un correlato de la distinción entre la teoría de las fuentes y la teoría de la interpretación). De la misma manera, la tendencia a usar la expresión EIDH y aplicar dichos estándares como si fueran una fuente a se de derecho internacional desdibuja también las líneas entre derecho y soft law y es probablemente una consecuencia del desdibujamiento entre fuentes e interpretación en la práctica de los organismos de derechos humanos y otras organizaciones internacionales” (CASAS, Carlos Ignacio de. El concepto de ‘estándares internacionales de derechos humanos’ según la doctrina jurídica”. *Prudentia Iuris*, n. 96, 2023, p. 3. Disponível em: <<https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/4982>>. Acesso em: 6 maio 2024).

³⁴⁰ GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018.

³⁴¹ GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 121-131. (Law & Cosmopolitan Values). v. 11 Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/doctrine-of-conventionality-control/1E694F6499B433C03C1709C41FB1E0D1>. Acesso em: 13 jun. 2023.

³⁴² GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 132-139. (Law & Cosmopolitan Values). v. 11 Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/doctrine-of-conventionality-control/1E694F6499B433C03C1709C41FB1E0D1>. Acesso em: 13 jun. 2023.

moldes classicamente postos e acima descritos, na via exclusivamente pretoriana. Assim, levando em conta a ausência de uma disposição expressa que trate da eficácia objetiva das decisões da Corte e da limitação da previsão de observância imperativa trazida no artigo 67 da CADH às decisões contra o próprio país, a mera reiteração do uso do controle de convencionalidade seria insuficiente para sua validade, notadamente considerada a ausência de consenso expresso dos Estados para tanto³⁴³.

Impende salientar, porém, que González-Domínguez entende legítimo o controle de convencionalidade como mecanismo calcado no princípio da subsidiariedade, voltado a enfrentar violações estruturais de direitos humanos, como o caso das leis de autoanistia. Seria, portanto, nos casos de sentenças contra o próprio país, uma via de garantia de não repetição nesses cenários estruturais, e, quanto às demais sentenças, apenas uma norma-princípio, cuja observância, porém, se daria respeitando a possibilidade de os Estados escolherem os meios para sua implementação³⁴⁴. Em síntese, o desafio não estaria nos usos da *res judicata*, mas na afirmação de uma vinculatividade estrita da *res interpretata*.

Como bem apontado por Lucas Lima, o ponto central e comum a esse movimento expansivo da Corte IDH está na relativização do consenso dos Estados como meio de legitimação das fontes do Direito em favorecimento de métodos interpretativos que, de algum modo, dele se afastam³⁴⁵. É exemplo disso o uso da jurisdição consultiva com um caráter quase-legislativo³⁴⁶, servindo de motriz de expansão de competências do tribunal, com

³⁴³ GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 139-149. (Law & Cosmopolitan Values). v. 11 Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/doctrine-of-conventionality-control/1E694F6499B433C03C1709C41FB1E0D1>. Acesso em: 13 jun. 2023.

³⁴⁴ GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018, pp. 177-234. (Law & Cosmopolitan Values). v. 11 Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/doctrine-of-conventionality-control/1E694F6499B433C03C1709C41FB1E0D1>. Acesso em: 13 jun. 2023.

³⁴⁵ “Uma primeira conclusão é que a CtIDH não é uma Corte disposta a fazer concessões. Encontrar mais obrigações para os Estados sem elementos claros de consentimento da parte dos Estados parece estar presente em todas as técnicas analisadas: a) Quase-legislação (ou elaboração de normas) por meio de opiniões consultivas; b) A possibilidade de julgar, interpretar e consequentemente ampliar os direitos econômicos, sociais e culturais; c) Destilar obrigações para os demais Estados em relação ao Estado que abandonou o sistema e declarar que regras específicas têm valor hierárquico superior. Em todos esses métodos interpretativos, há algum grau de evasão do consentimento dos Estados à Convenção – embora alguns Estados possam eventualmente concordar com tal abordagem. Naturalmente, trata-se de uma opção com um preço”. (LIMA, Lucas Carlos. A Corte Interamericana em tempos de crise. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 16, n. 1, 2023).

³⁴⁶ LIMA, Lucas Carlos. A Corte Interamericana em tempos de crise. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 16, n. 1, 2023, p. 33-34 e 37-38.

possíveis efeitos deletérios para a autoridade semântica da Corte IDH³⁴⁷. Como bem apontado por George Galindo, essa dificuldade se agudiza com a expansão do reconhecimento de normas de *jus cogens* no âmbito do tribunal³⁴⁸.

Essa relativização do consenso como elemento fundamental à legitimidade da jurisdição internacional é criticada, inclusive, no bojo das próprias opiniões consultivas: em voto concorrente na OC 23, Eduardo Vio Grossi destaca que “ao interpretar a Convenção, deve-se procurar não deixar margem alguma para a percepção de que o princípio de que nenhum Estado pode ser levado perante um tribunal internacional sem seu consentimento está sendo de alguma forma alterado”³⁴⁹.

Também o uso de tratados não ratificados pelos países como referencial para interpretação dos *estândares* convencionais, à luz do *corpus juris*, é objeto de críticas severas na literatura, como estratégia de inadequada expansão do mandato do tribunal³⁵⁰. Segundo Rodiles, uma das principais vias para essa expansão autoritativa é a adoção do princípio do *pro homine* como referencial sistematicamente sobressalente e superior a outros métodos interpretativos. Esse desequilíbrio de métodos hermenêuticos implica riscos de excessiva extensão ao regime regional de direitos humanos, assimétrico, por exemplo, na observância de outras regras interpretativas da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, como a prática subsequente das partes³⁵¹. Também Paúl Diaz problematiza o que entende como a

³⁴⁷ Sobre o tema, vide: LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE, Lucas Mendes. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. **Anuario mexicano de derecho internacional**, v. 21, p. 125–166, dez. 2021.

³⁴⁸ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O valor da jurisprudência da Corte IDH. In: **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Barcelona: DHES, 2014, p. 252-253.

³⁴⁹ GROSSI, Eduardo Vio. Voto individual. In: CORTE IDH. **Medio ambiente y derechos humanos** (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23., p. 2, tradução nossa.

³⁵⁰ DÍAZ, Álvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. **Revista Derecho Público Iberoamericano**, n. 2, p. 303–345, 2013, p. 313-314.

³⁵¹ “In doctrine, it has been defined as ‘the hermeneutic criterion that informs the whole universal corpus of human rights’. Departing from this, it is said that *pro persona* enables the judge to depart as much as possible, ‘in a positive sense’, from the core of the human right at hand, in order to construe its widest expression. In the same vein, the principle subsumes other interpretive methods in a unidirectional manner, and systematically eclipses those which might stand on the way to the widest expression of rights. Furthermore, every right is looked through the lenses of human rights. This is not only problematic from the doctrinal point of view, or in relation to fragmentation anxieties, it entails real dangers of overstretching the human rights regime in the region. (...). Better consideration of regional consent through a more equilibrated use of the Vienna rules of interpretation, including the subsequent practice of the parties to the treaties under consideration (Article 31(3)(b) VCLT), could be a powerful tool in strengthening human rights in practice” (RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the *Pro Persona* Principle in Latin America. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 162-163. Disponível em:

ausência de critérios claros sobre quando é cabível uma interpretação evolutiva da CADH³⁵².

Na mesma linha, críticas ao manejo dos *estándares* são apresentadas por Carlos Bernal Pulido, atualmente comissário da CIDH³⁵³. Bernal Pulido sinaliza a ausência de consentimento expreso aos *estándares* produzidos pela Corte IDH, que não poderia ser inferida apenas da ratificação original do tratado como suposto aceite prévio de todas as interpretações construídas *a posteriori* por esses órgãos, cuja construção deveria se dar pelo emprego rigoroso de métodos hermenêuticos atentos aos textos dos instrumentos interamericanos ratificados³⁵⁴.

Parte dessa crítica também se registra em votos dissidentes na Corte IDH, que apontam uma erosão na adoção do referencial do artigo 38 do Estatuto da CIJ, na

<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0009>. Acesso em: 12 jun. 2023).

³⁵² DÍAZ, Álvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. **Revista Derecho Público Iberoamericano**, n. 2, p. 303–345, 2013, p. 323-325.

³⁵³ Carlos Bernal Pulido exerce mandato na CIDH iniciado em 2022 e que se estenderá até 2025. Registre-se que sua eleição foi objeto de polêmica, entre outras questões, por conta de supostas divergências em torno dos estándares: um painel de especialistas independentes, formados por organizações não governamentais de litigância frequente ante ao SIDH, a exemplo da CEJIL, se envolveu em uma polêmica em torno das posições do candidato refletidas em sentenças quando era juiz constitucional na Colômbia, que resultou no seguinte registro no Informe Final da avaliação: “Como magistrado de la Corte Constitucional de Colombia, Carlos Bernal participó activamente en una gran cantidad y variedad de fallos, incluidas diversas sentencias relevantes en materia de derechos humanos. Al respecto, el Panel recibió información acerca de que el candidato emitió algunos votos que podrían ser contrarios a los derechos de ciertos grupos en situación de discriminación histórica. El hecho de que el candidato Bernal no participara en la entrevista con el Panel ni de ningún procedimiento de intercambio de información e ideas con el mismo, impidió dialogar con él sobre los estándares interamericanos en estas mismas materias, en el sentido de conocer de qué forma resolvería situaciones similares aplicando las fuentes jurídicas del SIDH. De un análisis de las indicadas decisiones, al Panel le caben dudas sustanciales sobre la adecuación de algunos de los votos emitidos por el candidato Bernal a las fuentes y estándares del Sistema”. PANEL INDEPENDIENTE PARA EVALUAR LAS CANDIDATURAS A LOS ÓRGANOS DEL SIDH. **Informe final del panel independiente de expertos y expertas para la evaluación de candidatos y candidatas a la Corte y Comisión Interamericanas de Derechos humanos**. 1 de octubre de 2021.

Disponível em <https://www.american.edu/wcl/impact/initiatives-programs/center/publications/documents/upload/informe-final-del-panel-de-expertos-as-independientes-2021-esp.pdf>. Acesso em : 8 set. 2024.

³⁵⁴ “Primero, los estados no han otorgado su consentimiento expreso a dichos estándares. Segundo, no puede suponerse que cuando un estado ratificó la CADH o se sujetó a la competencia de la CIDH o de la CtIDH, también otorgó previa aceptación a todas las interpretaciones de los instrumentos del SIDH emanadas de estas instituciones. Algunos estándares así desarrollados pueden inferirse de los instrumentos del sistema mediante interpretaciones claras. A este respecto, los instrumentos del SIDH irradian su legitimidad a los estándares que de ellos se infieren. Sin embargo, existen otros dos tipos de estándares cuya legitimidad no puede fundamentarse de esa manera. Por una parte, las disposiciones de los instrumentos interamericanos no legitiman estándares que, de forma evidente, las contradicen o caen fuera de sus ámbito semántico. Por otra parte, existen estándares cuya adscripción a los instrumentos del sistema da lugar a desacuerdos. Estos estándares solo serán legítimos si se fundamentan en un empleo riguroso de métodos hermenéuticos para interpretar los instrumentos interamericanos. En relación con este tipo de estándares, la CIDH y la CtIDH no pueden pretender que baste con construirlos para revestirlos de legitimidad jurídica. Esta pretensión se hará más ilusoria, cuanto más se alejen tales estándares de lo ratificado por los estados, es decir, del texto de los instrumentos interamericanos, o cuando, por imposibilidad jurídica o fáctica, los estados no estarían en condición de aceptarlos” (BERNAL, Carlos Pulido. Tres desafíos de legitimidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 4, pp. 1215–1216, 30 dez. 2021).

identificação das obrigações incidentes sobre os Estados. O exemplo mais explícito dessa crítica talvez esteja no voto parcialmente dissidente de Elizabeth Odio Benito, na Opinião Consultiva nº 29/22, que critica a adoção dos Princípios de Yogyakarta como referencial decisório pela maioria³⁵⁵.

Gerald Neuman é outro que aponta os riscos que a possibilidade de atribuição pelos órgãos do SIDH de força vinculante a materiais jurídicos internacionais diversos, inclusive exógenos ao SIDH, oferece para a consensualidade dos Estados como elemento que fundamentaria a institucionalidade do SIDH³⁵⁶. No mesmo viés, Herrera e Falcón entendem que a expansão dos *estándares* gera fragilização da dimensão de promulgação do Direito essencial ao Estado Democrático, ligada à necessidade de clareza das obrigações jurídicas e dos mandatos daqueles que a elas se submetem. Essa clareza seria afetada pela construção de seus conteúdos no SIDH, na lógica da interpretação evolutiva, inclusive “retroativamente” e sem uma enunciação prévia. Esse problema seria agravado pelo atraso processual que hoje marca o SIDH, considerado o tempo entre a apresentação das petições à CIDH e o exame do caso pela Corte IDH³⁵⁷.

Em outra vertente de críticas, parte da literatura vê, nesse movimento, a influência de discursos constitucionalizantes que se dissociaram do marco originário da CADH. Essa tendência é objeto de críticas no âmbito da própria Corte. Um dos capítulos desse debate é a justiciabilidade dos chamados DESCA (Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), que tem como ponto de virada o caso *Lagos del Campo vs. Perú*, em que o Juiz Humberto Serra Porto deixou registrada dura crítica em seu voto parcialmente dissidente³⁵⁸.

³⁵⁵ BENITO, Elizabeth Odio. Voto Parcialmente Disidente. In: CORTE IDH. **Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad**. Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29). Registre-se que o faz em posição um tanto problemática do ponto de vista do embasamento sociológico do voto, que, para afirmar que “No existe actualmente en el derecho internacional ninguna fuente que determine que la libre autodeterminación de género es un derecho humano” (p. 5), se apoia, entre outras assertivas, na que “Estoy opuesta a la opinión de que nada impide que personas transexuales que se autoidentifican como mujeres, sean recibidas en centros penitenciarios de mujeres y convivan con ellas en los mismos espacios. Lo impiden los casos frecuentes y penosos de violaciones y embarazos sufridos por mujeres privadas de libertad provocados por estos transexuales que gozan de absurdos privilegios.” (p. 3). Contudo, a juíza deixa de referenciar qualquer fato, caso ou estudo que a leva a afirmar a existência desses casos frequentes e penosos de violações cometidas por pessoas trans, resgatando a necessidade de uma reflexão, também, sobre como estereótipos de gênero podem afetar a visão mesmo dos tribunais de direitos humanos.

³⁵⁶ NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, pp. 114-115, 2008.

³⁵⁷ TAPIA HERRERA, René; CANDIA FALCÓN, Gonzalo. Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos y El Estado de Derecho: Una Evaluación Crítica. **Revista chilena de derecho**, v. 50, n. 2, pp. 157-184, 2023.

³⁵⁸ “48. Efectivamente, la legitimidad de la Corte Interamericana se deriva de la solidez de sus argumentos y de

Também na academia há uma preocupação com as consequências do discurso constitucional para as relações da Corte com os Estados, que seriam indevidamente tensionadas por uma atuação dissociada das normas de interpretação, reconhecidas no direito dos tratados e que minariam a legitimidade do sistema, ao apartarem-se das normas pactuadas³⁵⁹.

Essa imprecisão na identificação dos *estândares*, pode servir a uma expansão autoritativa dos poderes da Corte IDH, o que também geraria a problemática de perda de clareza do conteúdo essencial dessas obrigações³⁶⁰. Em último grau, isso pode acarretar, ao invés da afirmação de uma autoridade, a sua degeneração, na medida em que provoca a perda da capacidade de identificarem-se as enunciações desses órgãos como Direito efetivamente correto e vigente, afetando a dimensão de persuasão na lógica da afirmação da autoridade semântica. Portanto, a indefinição dos critérios necessários para identificar e impor um *estândar* como conteúdo mínimo de um direito convencional pode afetar a ideia de técnica e

sus construcciones jurídicas, así como de la justicia que se alcance a través de sus decisiones. Por ello, el propósito de querer acertar, no basta, es insuficiente, pues lo que puede generar es un importante factor de deslegitimación del Tribunal. De hecho, decisiones como esta, en ultimas plantean una visión, un proyecto de integración y transformaciones orientadas autónomamente desde los órganos del SIDH, alejándose de la función principal de la Corte IDH, la cual es la de administrar justicia, garantizando la protección de los derechos humanos bajo la estricta observancia de su competencia. De hecho, no puede hacerse derecho transformador en contra vía del derecho vigente.” (CORTE IDH. **Caso Lagos del Campo Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340. Voto parcialmente disidente del Juez Humberto A. Sierra Porto).

³⁵⁹ CONTESSE, Jorge. Los Derechos Humanos como Derecho Transnacional. **AJIL Unbound**, Cambridge, v. 116, pp. 307–310, 2022. Em trecho representativo: “Lo que me interesa destacar, sin embargo, tiene relación con el empuje que el *ius constitutionale commune* parece dar a la singular expansión jurisprudencial de la Corte, la que, junto con romper esquemas, genera también problemas en su interacción con los Estados. Uno de los ámbitos donde se advierte esa expansión es el uso del control de convencionalidad, como queda en evidencia en votos separados del juez Ferrer MacGregor, que a ratos pueden leerse como verdaderos tratados de dogmática jurídica, donde se delinea la manera como lo. Desde la teoría jurídica crítica se advierte que aproximación así tensiona la autoridad de un sistema regional de derechos humanos. (...). En definitiva, pareciera que el ímpetu por integrar al Derecho internacional con los derechos nacionales —una intención presente hace ya más de un siglo—, en tanto abraza cambios sociales a través del derecho, arriesga con debilitar la autoridad de la propia Corte. No es claro, en este sentido, que corresponda a todo evento a ella —o a cualquier tribunal internacional— ser el corrector de injusticias sociales; o no al menos si ello implica desconocer normas acordadas por los propios Estados. Como ha dicho el juez Sierra Porto, “no puede hacerse derecho transformador en contravía del derecho vigente”.

³⁶⁰ VERGARA, Marcela Molina. Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. **Revista de derecho (Coquimbo)**, v. 25, n. 1, pp. 246-247, 2018.

fundamentação que embasa a atuação dos órgãos do SIDH³⁶¹.

B) O paradoxo da erosão das fontes na perspectiva da força vinculante dos precedentes

O uso extensivo de *estándares* construídos com diversos materiais jurídicos, enquanto referenciais argumentativos, ainda que a Corte IDH lhe dê um amplo espaço de intervenção e atuação, pode acarretar, ademais, consequências negativas para a força vinculante de seus precedentes. A erosão das fontes do art. 38 do Estatuto da CIJ como referencial para delimitação da dicotomia vinculante/não vinculante pode significar, ao fim e ao cabo, erodir a própria autoridade da adjudicação como aplicação do Direito, equiparando as decisões da própria Corte IDH às de outros tribunais e a outros atos de diversos órgãos e atores internacionais, que pretendem definir o conteúdo das normas jurídicas³⁶².

Paúl Díaz aponta a problemática de tratamento, em mesmo patamar, de instrumentos de diferentes categorias de vinculatividade, com uso indistinto pela Corte IDH dos instrumentos de *soft law* e dos precedentes internacionais externos ao SIDH, inclusive

³⁶¹ “Tanto la CIDH como la Corte IDH en su jurisprudencia han tendido a la creación de estándares internacionales en diversas materias, siendo luego promovidos como algo asumido con obviedad y claridad. Sin embargo, se presentan a su vez referencias en sentido negativo a su creación, es decir, a la no concreción de un estándar en cierta materia, dejando la duda sobre cuál es el mecanismo dentro del SIDH para la creación de los mismos, su relación de obligatoriedad con los Estados y su relación con otros conceptos jurídicamente relevantes. Podemos citar a modo de ejemplo un párrafo del informe anteriormente mencionado sobre el estudio de estándares referidos al acceso a la justicia [CIDH: El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el sistema interamericano de derechos humanos] que en este sentido refiere: A pesar de no poder afirmarse aun la existencia de un estándar definitivamente establecido en este punto, la jurisprudencia de la CIDH da cuenta de un principio de toma de posición del SIDH en la materia. ¿No se concretó un estándar, pero sí un principio y toma de posición de un entero sistema?” VERGARA, Marcela Molina. Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. **Revista de derecho (Coquimbo)**, v. 25, n. 1, pp. 249-250, 2018.

³⁶² Isso explica em parte o apego de vários tribunais à teoria das fontes em sua forma clássica como elemento central definidor do DI. Nas palavras de Jean D’Aspremont: “It ought to be pointed out that most of the genetic experiments to alter the traditional DNA of the discipline have been of an academic nature. In fact, judges – and, to a large extent, practitioners – have shied away from venturing into such scholarly laboratories, avoiding any move that could legitimize the genetic experiments being carried out there. On the contrary, such experiments have emboldened judges to see that their role is that of guardians of the original DNA of the discipline, and especially of the frontiers of the legally binding world. Such judicial reactionism is not entirely surprising. Without bindingness – or at least as long as bindingness has not firmly been replaced by another genetic code to distinguish between judicial discourses and other discourses on the ‘international’ – judges would be bereft of their social recognition as authoritative interpreters of the law. The products of judicial processes cannot possibly appear as a ‘decision in law’ if not grounded in pre-existing materials held as legally binding by the community to which their decisions are addressed” (D’ASPREMONT, Jean. Bindingness. *In: Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 68).

desestimulando a produção daquele pelos Estados³⁶³. Esse ponto também é destacado por Florencia Ratti Medaña, que faz notar ser frequente a citação, na mesma nota de rodapé, de referências a precedentes interamericanos mesclados com outros materiais jurídicos, como regras da ONU referentes ao tratamento de presos, sem explicitação dos papéis exercidos por cada um na fundamentação³⁶⁴.

Outro material jurídico comumente referenciado são as decisões do TEDH, que são frequentemente *interamericanizadas*, isto é, são elipsadas como fonte original de entendimento na sequência da linha jurisprudencial que originaram³⁶⁵, o que suscita discussões, quando se considera a pouca preocupação com a comparabilidade entre os sistemas, tendo em vista não só as diferenças de substrato fático continentais, mas também as diferenças de marco normativo entre a CADH e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH)³⁶⁶.

Acresce, como já registrado anteriormente, que a literatura aponta uma assimetria de referências entre a Corte IDH e o TEDH, com o último citando bem menos o primeiro do que

³⁶³ “La Corte Interamericana suele fallar apelando a tratados no vinculantes, al *soft law* y a decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales. Esta técnica puede ser necesaria en caso de cumplirse ciertas condiciones específicas. Sin embargo, tiene inconvenientes que recomiendan que su uso sea muy excepcional, y que se deje en claro cuál es el valor que se le está dando a estos instrumentos. Uno de los problemas que presenta esta técnica es que pone al mismo nivel instrumentos vinculantes y no vinculantes, como si tal diferencia –fundamental en derecho internacional– fuera poco importante. Además, el tratar al *soft law* como derecho aplicable puede generar en los Estados una mayor desconfianza al momento de aprobar documentos no vinculantes y tratados internacionales programáticos” (DÍAZ, Álvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. **Revista Derecho Público Iberoamericano**, n. 2, p. 303–345, 2013, p. 317).

³⁶⁴ MENDAÑA, Florencia Soledad Ratti. El discurso de la corte interamericana de derechos humanos sobre dignidad de personas privadas de libertad: fuentes, fórmulas usuales y citas. **Revista de la Facultad de Derecho**, 2021, p.16-17.

³⁶⁵ “Un error habitual consiste en omitir el uso de la cita del TEDH cuando toma de sus precedentes ciertos estándares o fórmulas. Así, por ejemplo, en el caso Loayza Tamayo (C33), la Corte IDH emplea por primera vez la fórmula ‘uso de la fuerza’, y la toma del TEDH. Así, en el párrafo 57, señala que ‘todo uso de la fuerza que no sea estrictamente necesario por el propio comportamiento de la persona detenida constituye un atentado a la dignidad humana’ y cita, entre paréntesis, ‘Ibid., párr. 38’, que se refiere a la cita efectuada en la oración anterior: Ribitsch v. Austria (sentencia del 4 de diciembre de 1995, Series A n° 336, párr. 36.). Sin embargo, la segunda vez que la Corte IDH alude a esa fórmula, en el caso Castillo Petruzzi (C52, párr. 197), solo cita Loayza Tamayo y omite la cita originaria del TEDH” (MENDAÑA, Florencia Soledad Ratti. El discurso de la corte interamericana de derechos humanos sobre dignidad de personas privadas de libertad: fuentes, fórmulas usuales y citas. **Revista de la Facultad de Derecho**, 2021, p. 16-17).

³⁶⁶ DÍAZ, Álvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. **Revista Derecho Público Iberoamericano**, n. 2, p. 303–345, 2013, p. 318.

o reverso, o que pode replicar lógicas epistemológicas coloniais nessa relação³⁶⁷. A crítica da comparabilidade e contexto também se estendem a outros instrumentos, sejam eles locais, regionais ou universais, aplicados pela Corte IDH, havendo a necessidade de reparar nas peculiaridades a eles subjacentes e seus riscos no sentido do apagamento da experiência regional americana³⁶⁸. Essa importação descontextualizada pode, inclusive, fragilizar o reconhecimento de direitos cuja consensualidade no continente americano já é mais estável³⁶⁹.

³⁶⁷ “Tal posicionamento europeu reforça que ‘cada instituição possui sua própria agenda de valores e prioridades, que são resultantes de escolhas políticas’. Como salienta Squeff, o uso dos diálogos judiciais também é revestido de padrões colonialistas seja para excluir ou para manter as estruturas existentes. A tendência ao diálogo, seja horizontal ou vertical, parece envolver apenas as atividades interamericanas sem receber a mesma reciprocidade europeia – em uma manutenção da ‘colonialidade do poder e do conhecimento no sistema internacional’. É perceptível que tais diálogos são muito mais recorrentes no sentido Sul-Norte do que o contrário. Squeff também chama atenção que as importações da jurisprudência do TEDH no SIDH podem contribuir com a manutenção do paradigma europeu e a universalização das experiências europeias” (OLIVEIRA, Laura Marques; SQUEFF, Tatiana Cardoso; SILVA, Bianca Guimarães. Existe uma troca efetiva entre as cortes internacionais? um estudo a partir dos casos de asilo diplomático perante à Corte Europeia e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade*: estudos em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade. Natal: Polimatia, 2023. v. 4, p. 244). Mais sobre o assunto na Parte 3 deste estudo.

³⁶⁸ “Un antiguo abogado senior de la Corte, Ruiz Chiriboga, señala que la importación de conceptos y definiciones de otros sistemas de derechos humanos implica olvidar que la Corte debe su vida y jurisdicción al sistema interamericano. También desconoce que las sentencias de otras regiones son fruto de un estudio realizado a partir de un consenso alcanzado por Estados de esos sistemas regionales diversos. Por ello, la importación de tales decisiones sin más, como hace la Corte para justificar sus decisiones, es una imposición en América del consenso arribado en otro continente. Esto sería especialmente cierto respecto a la jurisprudencia del TEDH, ‘la cual es citada con cierta vehemencia por la Corte Interamericana’. Por último, el tomar como base instrumentos ajenos puede ‘traer consigo que se ignoren consensos regionales a los que nuestros países sí han llegado’ Alguien podría afirmar que la utilización de consensos foráneos puede no ser adecuada formalmente, pero que resulta más protectora de los derechos humanos, pero ello no es necesariamente así. En efecto, el desconocimiento de consensos americanos puede tener efectos que resulten en una menor concesión de los derechos” (DÍAZ, Álvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n. 2, p. 303–345, 2013, p. 318-319).

³⁶⁹ Ruiz Chiriboga traz o interessante exemplo da proibição da discriminação capacitista: “en la definición de discriminación del Comité [de Derechos Humanos de Naciones Unidas] no se incluye expresamente la discriminación contra las personas con discapacidad en la lista de motivos o categorías de discriminación. En nuestra región tenemos una convención específica para luchar contra la discriminación en perjuicio de las personas con discapacidad: la CDPD. Esta convención ha sido firmada por 20 de los 35 Estados americanos, y de estos, 18 la han ratificado. Los 18 Estados que han ratificado la CDPD son latinoamericanos (únicamente Honduras queda fuera). Los 16 Estados que no han ratificado la Convención, además de Honduras, son muchos de los países caribeños, Estados Unidos y Canadá, aunque Jamaica y Dominica la respaldaron con su firma. Podría decirse, entonces, que al menos para los países latinoamericanos no existe duda en que la discapacidad es una categoría expresamente prohibida de discriminación que no requiere ser incluida en el listado de los motivos de discriminación (también conocidos como «categorías sospechosas») a través de interpretaciones o justificaciones adicionales de la Comisión y la Corte Interamericana, y mucho menos de importaciones de jurisprudencia de otros sistemas internacionales de derechos humanos. Este consenso podría ampliarse o profundizarse si se tomara en cuenta las legislaciones y jurisprudencia nacionales. Por ejemplo, si los países del Caribe, Honduras, Canadá y EEUU, que no han ratificado la CDPD, prohíben la discriminación en contra de personas con discapacidad en su derecho interno, eso incrementaría el consenso regional y haría más fácil la tarea de incluir este motivo en la lista de categorías sospechosas, incluso en casos contra países que no han ratificado la CDPD” (CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. Cláusulas Autónomas, Subordinadas e Incorporadas de Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano. *In: Los Derechos Humanos en las Sentencias de*

Assim, a Corte IDH arrisca-se, ao colocar em um mesmo patamar o conteúdo extraído de sentenças judiciais, emitidas à luz de problemas concretos, sob provocação e com o crivo do contraditório, e uma série de instrumentos de produção unilateral, sem passar necessariamente por um procedimento específico de validação perante a comunidade de operadores³⁷⁰. Perde-se, assim, um dos principais pontos justificadores da construção do direito por precedentes: a existência do caso irresoluto como indicativo de lacuna relevante, que reclama a formulação da norma específica e a consistência como elementos propulsores da observância do precedente.

Isso faz com que elementos jurídicos relevantes que embasem a necessidade de uma adjudicação coerente e igualitária, como a garantia de devido processo e o tratamento não discriminatório, sejam igualados à construções calcadas exclusivamente no convencimento de seus argumentos, negando, de certa maneira, a lógica de precedente como raciocínio valorativo além da analogia. Todos os materiais jurídicos, independentemente do momento e processo de edição, seriam igualados como argumentos possíveis e de mesmo peso³⁷¹. A falta de critérios na seleção dos materiais justificadores das decisões leva, assim, a acusações, por parte da literatura, contra o tribunal, em face de uma alegada existência de viés, arbitrariedade, imprevisibilidade e atecnicidade nas sentenças³⁷².

Ademais, Florencia Ratti Medaña aponta que o uso das fórmulas usuais não ocorre propriamente como uma referência a um caso pretérito essencialmente similar ao presente, mas sim como um texto de parâmetros abstratos sobre os quais, na sequência, faz-se a análise do caso. A Corte não se engajaria, assim, em um contraste do cenário material, subjacente ao precedente e ao caso atual³⁷³, e os casos mais referenciados não o são

la Corte Interamericana sobre Honduras. Tegucigalpa: Editorial Casa San Ignacio - Guaymuras, 2012, p. 178-180).

³⁷⁰ É de se resgatar aqui a referência a conexão entre a autoridade semântica da CDI, no sistema ONU, e seu método de trabalho para a construção de manifestações, marcados por um intercâmbio intenso com os próprios Estados e com a Assembleia Geral (AZARIA, Danae. ‘Codification by Interpretation’: The International Law Commission as an Interpreter of International Law. **European Journal of International Law**, v. 31, n. 1, pp. 195-196, 2020).

³⁷¹ “Todo lo anterior llevaría a concluir que la Corte Interamericana cita los documentos y jurisprudencia internacionales asistematicamente. Parece que para la Corte da practicamente lo mismo si el documento proviene de la OEA o de Europa, de un comité o un relator, que sea un documento firme o un proyecto, que sea una sentencia o un informe, que sea vinculante o que sea soft-law, que se haya emitido antes o despues de los hechos” (CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. Cláusulas Autónomas, Subordinadas e Incorporadas de Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano. In: **Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras.** Tegucigalpa: Editorial Casa San Ignacio - Guaymuras, 2012, p. 190).

³⁷² DÍAZ, Álvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. **Revista Derecho Público Iberoamericano**, n. 2, p. 303-345, 2013, p. 318-319).

³⁷³ “no se trata de citas de una *ratio decidendi*, o de un precedente, que tienen por objeto seguir la decisión que él hubiera establecido, sino que, más bien, se trata de citas de principios abstractos o estándares de interpretación,

necessariamente por pertinência factual, mas por reiteração frequente³⁷⁴.

Ignacio de Casas, dialogando com essas considerações, identifica, na tendência de construção de *fórmulas usuais* e *estándares*, uma assunção da Corte IDH da própria capacidade não só de interpretar, mas também de criar o Direito³⁷⁵. Nesse cenário, a excessiva generalização dos *estándares* construídos e extraídos dos precedentes e sua desconexão com os elementos fáticos dos casos dificultam o delineamento do conteúdo efetivo da obrigação convencional e da identidade relevante, entre os casos paradigma e paragonado, dificultando inclusive o emprego dos precedentes pelos demais tribunais, devido à ausência de clareza de suas razões determinantes³⁷⁶. A própria profusão de referências, sem discriminação explícita sobre a função que cumprem ou sobre o conteúdo a que se atribui relevância decisória, pode obstaculizar o uso adequado dos precedentes produzidos³⁷⁷.

que luego son concretizados en el caso específico para extraer las conclusiones que él amerite. (...). Es decir: (i) invoca el estándar genéricamente formulado; (ii) cita las sentencias anteriores en las que invocó ese mismo estándar genérico; (iii) aplica el estándar o la fórmula en el caso que está resolviendo, pero (iv) no compara esa aplicación con las aplicaciones concretas del estándar en otros casos. En otras palabras, el tribunal no evalúa bajo qué condiciones o circunstancias específicas consideró configurado, en casos pasados, un trato indigno por deficiente alimentación o higiene; más bien, invoca un estándar general de adecuada higiene, para luego pasar a considerar si el caso que tiene ante sí cumple o no con ese estándar” (MENDAÑA, Florencia Soledad Ratti. Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios constitucionales**, v. 19, n. 2, pp. 26-27, 2021).

³⁷⁴ MENDAÑA, Florencia Soledad Ratti. Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios constitucionales**, v. 19, n. 2, p. 3-37, 2021, p. 28-29.

³⁷⁵ “Esto significa que cuando la Corte se cita a sí misma, cuando se repite, no es porque piense que los nuevos casos que resuelve son iguales que los anteriores, sino que piensa que su jurisprudencia creó derecho que luego ella misma aplica. (...). Me atrevería a afirmar que esto confirma que los estándares de la Corte no son el resultado de una mera operación de aplicación o interpretación del derecho, sino de una verdadera creación de derecho.” CASAS, Carlos Ignacio de. **Los estándares internacionales de derechos humanos y su valor jurídico**. Una revisión de la teoría de las fuentes del derecho internacional. 2023. 510 f. Doutorado em Direito - Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2023, pp. 71-72.

³⁷⁶ “Esto que podría parecer, a simple vista, un modo aceptable de citarse a sí misma, complejiza, sin embargo, el control de convencionalidad que el tribunal pretende de todos los funcionarios de los Estados parte de la CADH, quienes deberían efectuar un verdadero trabajo de investigación —similar al que aquí se ha realizado— si quisieran identificar todas las sentencias donde la Corte hubiese fijado su criterio o interpretado un artículo en particular de la Convención. Está claro que ella no lo hace por sí misma al citarse” (MENDAÑA, Florencia Soledad Ratti. Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios constitucionales**, v. 19, n. 2, pp. 28-29, 2021).

³⁷⁷ “Uno de los problemas que se derivan de sentencias maximalistas como la de Artavia, donde abundan las declaraciones, ejemplos, referencias a organismos internacionales, etc., es que se hace muy difícil saber cuál es la ratio decidendi y cuál es el obiter dicta del caso. Esta distinción es fundamental para un tribunal que aspira a que sus precedentes sean aplicados por los organismos internos de los Estados parte (aunque esta pretensión es jurídicamente discutible y difícil de llevar a cabo)” (DÍAZ, Álvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. **Revista Derecho Público Iberoamericano**, n. 2, p. 303-345, 2013, p. 316).

Isso pode gerar consequências diretas para a harmonia do controle de convencionalidade pelos outros atores do SIDH, pois se pode adotar uma abordagem excessivamente textual das *fórmulas usuais*, aplicando-se os precedentes, por meio de uma técnica silogística desconectada de considerações sobre a similitude dos contextos de sua produção e aplicação; ou, ainda, ocultando-se as problemáticas de fundamentação com uma utilização de uma referência simples, divorciada de uma demonstração de ser a conclusão jurídica mais adequada ou convincente para o caso e a mais aproximada de um argumento de autoridade estrito.

Poder-se-ia dizer que, paradoxalmente, a Corte seria abundante em seus “*obiter dicta*”, mas não haveria o nível adequado de definição dos conteúdos obrigatórios extraídos do precedente, o que talvez gere a consequência deletéria de pouca confiança no conteúdo que seria efetivamente impositivo da *res interpretata* produzida. É na linha dessa crítica que Zavala Achurra nega completamente que a Corte IDH funcione como um sistema de precedentes (*rectius*: atribua alguma força vinculante ao precedente) porque, apesar de citar constantemente suas decisões anteriores, apoia-se em uma “autoridade persuasiva”, sem ser constante, porém, quanto ao seu conteúdo. Para a autora, o sistema sequer seria de “*jurisprudence constante*”, por conta dessas mesmas variações de entendimento, além da ausência de apresentação de razões para as viradas de jurisprudência³⁷⁸.

Um exemplo dessa ausência de explicitação do vínculo de pertinência entre a decisão anterior e a presente está no uso da fórmula “*mutatis mutandis*” na referência a alguns precedentes. Cite-se como exemplo que, consideradas apenas as opiniões consultivas, a Corte IDH recorre à referida fórmula 21 vezes, sem que, nas notas de rodapé, explicitem-se os elementos que seriam análogos ou discrepantes entre o caso e o precedente referenciado³⁷⁹.

É possível notar, como uma espécie de resposta a esses desafios, que alguns juízes interamericanos têm recorrido aos votos concorrentes como estratégia de explicitação do que poderia ser chamado de “*ratio decidendi*” das sentenças da Corte IDH. É assim que Eduardo Ferrer MacGregor, Ricardo C. Pérez Manrique e Rodrigo Mudrovich, no caso *Baraona Bray vs. Chile*, dedicam o último parágrafo de seu voto conjunto concorrente à sentença para

³⁷⁸ ACHURRA, María Elisa Zavala. Atrapada entre sistemas legales: valor del precedente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista de la Facultad de Derecho**, Santiago, p. 1–27. 2020.

³⁷⁹ Levantamento realizado pelo próprio autor, utilizando o programa MaxQDA, em 9 de dezembro de 2024, em pesquisa ao conteúdo integral de todas as opiniões consultivas. São 6 entradas na OC 24 (notas 56, 66 (erroneamente apontada como 56 na OC), 192 e 193, 240 e 253), 3 na OC 26 (notas 33, 92 e 198), 2 na OC 28 (notas 75 e 131) e 10 na OC 29 (notas 66, 159, 283, 299, 301, 375, 448, 485, 597 e 634).

explicitar que:

Finalmente, registramos que os padrões gerados em um caso pelo Tribunal Interamericano não têm apenas impacto no caso concreto (*res judicata*), mas adicionalmente geram um insumo jurisprudencial para outros Estados que pode ser aplicado de forma válida na ordem interna independentemente de ter sido o Estado parte do litígio internacional (*res interpretata*). Por isso, a decisão neste caso sobre a proteção penal de honra dos funcionários públicos contra ofensas e a imputação de atos ofensivos, salvo no caso de falsa atribuição de delito, não é compatível com a Convenção Americana constitui a nova pauta com a qual a nível interno dever-se-á avaliar esse tipo de casos por meio do controle de convencionalidade³⁸⁰.

A crítica a essa suposta excessiva e assistemática expansão da interpretação via princípio do *pro homine* e do suposto uso indiscriminado das fontes se estende também ao impacto nas cortes domésticas das práticas da Corte IDH. Rodiles aponta que algumas daquelas, inspiradas pela Corte IDH, também teriam passado a expender uma fundamentação mais frágil e univetorial na abordagem do DIDH e na interpretação dos direitos humanos em geral, citando os exemplos da Colômbia e do México³⁸¹. A Corte IDH estaria, assim, guiando pelo mau exemplo, ao invés de auxiliar as cortes domésticas na compreensão integral dos métodos interpretativos do DI e dos meios de uso do *soft law*³⁸².

³⁸⁰ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MANRIQUE, Ricardo C. Pérez; MUDROVICH, Rodrigo. Voto concurrente. In: CORTE IDH. **Caso Baraona Bray Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481, tradução nossa. Texto original: “Finalmente, recordemos que los estándares generados en un caso por el Tribunal Interamericano tienen no solo un impacto en el caso concreto (*res judicata*) sino que adicionalmente se genera un insumo jurisprudencial para otros Estados que puede ser válidamente aplicado en el orden interno con independencia de si el Estado ha sido parte del litigio internacional (*res interpretata*). Por ello, lo decidido en este caso respecto a que la protección penal de la honra de los funcionarios públicos contra ofensas y la imputación de hechos ofensivos, salvo en el caso de falsa atribución de delito, no es compatible con la Convención Americana, constituye la nueva pauta con la cual a nivel interno se deberá evaluar este tipo de supuestos mediante el control de convencionalidad”

³⁸¹ “As a consequence, these courts often feel exempted in practice from a stricter grounding of their decisions, while at the same time they count with a legitimacy-conferring device for doing this, in the name of human rights and of the most vulnerable. The important fact that in many cases this has led to a better protection of fundamental rights of those most in need of said protection, should not obfuscate that the ‘most favourable interpretation for the human person’ has also become the most favourable method for these courts. And this should be assessed critically, for the own benefit of the courts’ long-run performance within their institutional and socio-political environments.” RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 171. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0009>. Acesso em: 12 jun. 2023.

³⁸² “Courts and tribunals within one jurisdiction, as well as their broader institutional and social environments at home, need to understand, for instance, when and why recourse to global soft law is appropriate, especially when deciding on questions that have a constitutional dimension. By showing, for example, that some of these instruments are a source of evidence of subsequent state practice regarding the interpretation of the treaty norm that has constitutional status, the Vienna rules could contribute to a better understanding on this” (RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 172. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0009>. Acesso em: 12 jun. 2023).

Agravam essa situação a instabilidade e a falta de clareza na definição pela Corte IDH de alguns *estândares*. É assim que Lafferriere e Lell, em um estudo sobre os usos do conceito de dignidade na jurisprudência, entendem que o tribunal não oferece os parâmetros necessários para caracterizar o que seria a dignidade em seus múltiplos sentidos. Isso desvela uma tensão, na medida em que se reclama dos Estados nacionais realizar o controle de convencionalidade, mas há variações sobre os nortes com base nos quais devem realizá-los³⁸³.

Em observações preliminares, parece que algumas das críticas à instabilidade dos *estândares* e ao uso de materiais diversos das fontes formais, voltam-se não só à Corte IDH, mas também aos desafios da hermenêutica jurídica atinentes à construção de sentido às normas, o que já se abordou na primeira parte desta tese. São confundidas, assim, a atribuição de força ao precedente com uma vinculatividade absoluta e com uma consistência de difícil alcance em qualquer sistema jurídico. Alguns desses posicionamentos podem padecer de uma excessiva dicotomização entre os domínios do vinculante e do não vinculante no tocante às decisões judiciais, dada, em especial, a dimensão inerentemente criativa do processo hermenêutico.

Contudo, não se pode negligenciar os desafios inerentes à jurisdição internacional que a diferenciam da atividade judicante doméstica. A base do controle democrático daquela é o consenso dos aderentes, diferente desta, que extrai legitimidade dos pactos políticos subjacentes à ordem normativa. Em um mundo de fortes diferenças estruturais entre os Estados, a noção de soberania ainda é um dos controles possíveis contra o arbítrio e a intervenção, e a apropriação estratégica da suposta heterocomposição é um risco relevante ante os desafios epistêmicos da colonialidade-modernidade já citados neste trabalho.

A abordagem das fórmulas usuais adotada pela Corte IDH parece denotar o uso de seus precedentes na técnica da inferência do melhor direito, referida no Capítulo 2 deste

³⁸³ “La Corte no brinda parámetros para caracterizar qué es la dignidad en los distintos sentidos. Este concepto, en abstracto, no ofrece un contenido a priori que luego acompañe el análisis y desde el cual se analicen las violaciones a los derechos. Por el contrario, la dignidad adquiere su sentido desde los hechos del caso, la concepción del individuo que tengan los magistrados, los escenarios fácticos y las fórmulas a las que se recurre en el caso concreto. Esta idea ha sido acertadamente sintetizada en la siguiente cita: “los problemas derivados del carácter abstracto de la dignidad humana encuentran mejor solución cuando la Corte resuelve un caso concreto, asignando así un significado preciso de lo que es una violación a la dignidad humana” (Delgado, 2020, p. 262). Esto encierra una tensión, por un lado, la función de la Corte es resolver casos concretos y no generar estándares, pero, por el otro, al requerirse que los Estados efectúen un control de convencionalidad, la variedad de usos y la falta de claridad sobre ellos en torno a un concepto clave como es la dignidad atenta contra dicho control.” (LAFFERRIERE, Jorge Nicolás; LELL, Helga María. Los usos del término “dignidad” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Opinión Jurídica*, v. 20, n. 43, p. 343, 2022.

trabalho. Isso não significa necessariamente a assunção de uma capacidade normogênica. Persistem, porém, pontos relevantes acerca da limitação da atuação criativa da Corte IDH, considerados os fundamentos democráticos que embasam a criação das normas vinculantes e o efeito que a erosão da distinção da clássica dicotomia entre vinculante e não vinculante podem gerar em termos de excessivos poderes aos juízes.

Um contraponto relevante é a própria exequibilidade de um modelo judicial sem essa dimensão criativa: pode-se arguir que a construção dessas garantias visa à efetivação dos direitos que foram acordados de modo clássico e explícito pelos Estados e que não o fazer seria, ao cabo, permitir sua violação. Assim, a apropriação do argumento da contenção também pode ser acusada de ser estratégica, intentando uma fuga das obrigações convencionais.

A forma de identificação e interpretação das normas convencionais, conjugada à necessidade de coerência e técnica na enunciação do direito, assume, por isso, importância, como meio de preservação dos espaços democráticos. Antes, porém, cumpre refletir sobre o que os materiais jurídicos que alimentam os *estândares* interamericanos significam, em termos de quem detém capacidade interpretativa dentro do SIDH, notadamente ante a função que os precedentes dos tribunais nacionais podem ter nesse processo.

CAPÍTULO 5: O DIÁLOGO INTERAMERICANO POR PRECEDENTES

Além da discussão acerca dos meios pelos quais se usam e se interpretam os precedentes na formação dos *estândares* interamericanos de direitos humanos, compreender as regras de precedente do SIDH envolve a análise de como engajam-se entre si os dois polos de produção de decisões judiciais do sistema, o internacional e o doméstico.

Tendo em conta o contexto do controle de convencionalidade e a compreensão de que os juízes nacionais se tornam, em sua lógica, juízes interamericanos, entra em jogo a interação das decisões nacionais e interamericanas no espaço hemisférico. Como já dito em outras seções, é firme a posição da Corte IDH, no sentido da necessidade de observância da CADH, consoante a interpretação por ela mesma feita da convenção. Isso, porém, não finda o debate, notadamente em um contexto de *res interpretata* e da interpretação evolutiva, consideradas a possibilidade de espaços interpretativos nacionais e as peculiaridades em que se inserem os países, bem como a diversidade de níveis de proteção aos direitos postos na convenção.

Na perspectiva dos juízes nacionais, os precedentes interamericanos são um, dentre vários materiais jurídicos, internacionais e internos, passíveis de utilização no momento de decidir. Como também já referido, os níveis de aceitação pelos tribunais domésticos dessa deferência à Corte IDH é variável. Isso se complexifica, na medida em que, na análise da perspectiva inversa, nota-se também uma postura refratária de entender as decisões judiciais domésticas também como possível referencial argumentativo para seu próprio processo decisório.

Neste capítulo, aprofundar-se-ão os debates na literatura acerca desse processo de engajamento desses dois polos. Primeiramente o próprio conceito de diálogo por precedentes é apresentado e problematizado, tendo em conta as diferentes concepções sobre a interação entre as ordens jurídicas doméstica e internacional e as peculiaridades do campo do DIDH (5.1). Após, explorar-se-ão as diferentes geometrias que essa interação pode assumir, considerando, em especial, o desafio de como lidar com a noção de última palavra sobre o Direito, nacional ou internacionalmente (5.2).

5.1 Problematizando a noção de diálogo por precedentes

Nesta seção, serão expostos os debates na literatura acerca desse processo de engajamento via precedentes. Primeiramente o próprio conceito de diálogo por precedentes é apresentado e problematizado, tendo em conta as diferentes concepções sobre a interação entre as ordens jurídicas doméstica e internacional (A). Após, as peculiaridades desse diálogo no SIDH são exploradas, tendo em conta o cenário de consubstancialidade e de subsidiariedade que marca a proteção internacional de direitos humanos e a definição do modelo, dos meios e das técnicas de interação entre os tribunais (B).

A) As dificuldades em torno da noção de diálogo por precedentes na esfera internacional

O conceito de diálogo judicial tem variados empregos na literatura jurídica, sendo usado para identificar desde processos de paradiplomacia judicial, em que Cortes por meio de foros comuns debatem agendas de interesses compartilhados, até a realização em geral de referências a manifestações de outras Cortes³⁸⁴.

No presente trabalho, a expressão *diálogo por precedentes* enfoca um aspecto dos múltiplos fenômenos envolvidos na interação entre Cortes, qual seja, a atribuição de valor jurídico a uma decisão anterior de outro tribunal em um processo decisório. Em outras palavras, tratar-se-á aqui do emprego de precedentes externos ao tribunal como referencial decisório, o que, no caso do diálogo interamericano por precedentes, envolve a Corte IDH e um tribunal nacional.

Essa delimitação conceitual do diálogo por precedentes coloca como a questão de como a própria noção de diálogo pode ser compatibilizada com a lógica de um sistema de precedentes. Isso porque, de um lado, quando se fala de uma relação de Cortes por meio de decisões, não haveria, propriamente, um diálogo, mas uma sequência de atos discursivos esparsos ao longo do tempo. Encarar essa sucessão de decisões como um diálogo envolve, de alguma forma, entender ser possível, necessário ou, eventualmente, obrigatório tratar dos fundamentos expendidos pelo outro órgão judicial como parte de sua prática³⁸⁵.

³⁸⁴ Para uma perspectiva geral sobre esses diálogos, vide: BURGORGUE-LARSEN, Laurence. **Les 3 cours régionales des droits de l'homme, in context**: la justice qui n'allait pas de soi. Paris: Éditions Pedone, 2020, p. 390-438 (Seção 5.2, "L'incitation dialogique").

³⁸⁵ "A court may well consider the decisions of foreign courts on similar or related points, and even criticize them, welcome them, accept them, or reject them. But that is hardly an actual exchange of views between the

É nesse sentido que esse diálogo por precedentes exige uma postura de engajamento, pelo que passa, primeiramente, por uma dimensão de reconhecimento da existência daquele órgão externo como um interlocutor cujos atos devem ser, de algum modo, considerados no processo decisório antes do debate sobre os fundamentos em si expendidos³⁸⁶.

Em uma visão clássica e mais dualista de DI, esse problema se coloca em uma dimensão menos complexa, por meio de artifícios de evitação, pelo que pode ser descrito como uma aporia jurídica. De um lado, o DI apresenta os pontos de direito nacional como mera questão de fato, sem valor jurídico; de outro, a supremacia do DI necessita de alguma forma de aceitação na esfera nacional, que pode, em último grau, simplesmente tolerar o suposto ilícito internacional, sem emprestar aos atos efeitos jurídicos diretos em âmbito interno³⁸⁷. É possível, assim, uma convivência em que ambas as ordens se evitam, sem engajamento entre seus agentes.

Porém, na medida em que as duas ordens se interpenetram, as estratégias de evitação se tornam mais problemáticas. No caso de tratados que lidam com matérias envolvendo um número maior de relações jurídicas, influenciam as esferas de múltiplas pessoas ou no caso de tratados cujas disposições são dirigidas a disciplinar aspectos da ordem interna dos Estados, há uma maior possibilidade de diálogo judicial³⁸⁸.

Em uma dimensão político-sociológica, esses cenários de interpenetração colocam diante das cortes internacionais e domésticas a escolha entre ampliar ou reduzir os espaços de

two courts, given that it will be relatively rarely the case that the first court, whose decision is discussed, will have the opportunity to retort. So the consideration by one court of the decision(s) of another is at best an instance of two parallel monologues, the latter occasionally referring to the former. Though one-sided engagement there may be, dialogue there really is not.” TZANAKOPOULOS, Antonios. *Judicial Dialogue as a Means of Interpretation*. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 74-75. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023.

³⁸⁶ “This means that ‘judicial dialogue’ would be better conceptualized otherwise than as an exchange of views. It could thus be defined as ‘influence’ (exercised by the decision of one court on the reasoning and decision of another), or as ‘reaction’, or, even better, criticism and rejection (by one court of the reasoning or decision of another). All this, in the process of ‘engagement’ with another court’s decision.” TZANAKOPOULOS, Antonios. *Judicial Dialogue as a Means of Interpretation*. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 75. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023.

³⁸⁷ BREUER, Marten. The Concept of ‘Principled Resistance’ to ECtHR Judgments: A Useful Tool to Analyse Implementation Deficits? **Journal of International Dispute Settlement**, v. 12, n. 2, pp. 251–252, 2021.

³⁸⁸ TZANAKOPOULOS, Antonios. *Judicial Dialogue as a Means of Interpretation*. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 79-82. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023.

engajamento. Assim, pode haver maior interesse das cortes internacionais em abrir espaços para a interlocução com os tribunais domésticos, por meio da construção de doutrinas que reconhecem valor jurídico no Direito Internacional às decisões domésticas. Já os tribunais nacionais podem ser estimulados a levar em consideração os atos produzidos internacionalmente a fim de ampliar a própria influência e reputação na esfera internacional³⁸⁹.

Nesse sentido, há autores que defendem ser o diálogo judicial com as cortes domésticas um novo meio de interpretação do DI. A argumentação favorável foca na natureza dual das decisões das cortes domésticas. Estas podem atuar como “juízes naturais” da interpretação e aplicação do DI em contextos de aplicabilidade direta e, também, podem ser suas criadoras, na medida em que cada decisão é um ato estatal. Assim, há um potencial pretoriano para impactar tanto a gênese de novas normas internacionais como a interpretação das existentes, notadamente como práticas estatais subsequentes³⁹⁰, nos moldes do artigo 31 (3) (b) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados³⁹¹.

Portanto, seria decorrência da função dúplice das decisões domésticas a possibilidade e a necessidade de que sejam levadas em consideração, na construção do sentido de uma norma internacional, inclusive em uma perspectiva comparada, dentro de um diálogo, entre cortes domésticas, sobre o conteúdo do DI³⁹².

³⁸⁹ NOLLKAEMPER, André; SHANY, Yuval; TZANAKOPOULOS, Antonios. Engagement of Domestic Courts with International Law Principled or Unprincipled? *In: The Engagement of Domestic Courts with International Law: Comparative Perspectives*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2024, p. 8)

³⁹⁰ “‘This goes against the grain of trying to determine whether domestic court interpretation of international law ‘conforms to the understanding of [the relevant rule] in the international legal order’. The relationship between the international rule and its interpretation by domestic courts is not as one-sided as implied by some authors, whereby domestic court jurisprudence will only reflect coherence or contradiction as to the interpretation of a rule at the international level. On the contrary, the relationship is dialectical, creating a feedback loop. Domestic courts both seek to comply, and at the same time forge the understanding of the rule in the international legal order. Interpretation at one level simultaneously both reflects and shapes interpretation at the other level” (TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. *In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 90. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023.

³⁹¹ Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, artigo 31: “Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. (...). 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.”

³⁹² TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. *In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 92-94. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Esse aprofundamento da dimensão comparada na compreensão do sentido das normas do DI em geral, e mesmo do DIDH especificamente, é destacada por Cançado Trindade como via de fomento à integração entre os Estados e de identificação dos valores que formariam a noção comum de justiça subjacente ao sistema internacional³⁹³. Nesse sentido, analisando a discussão no âmbito regional europeu sobre a autonomia dos conceitos da CEDH, Cançado Trindade aponta para a relevância do método comparado e das práticas internas dos Estados na construção de alguns conceitos da convenção, afirmando a necessidade de “um estudo comparado dos sistemas jurídicos dos Estados-Partes, ainda que para se chegar à determinação de um ‘conceito autônomo’ no nível internacional, com a devida observância aos princípios gerais do direito interno dos vários Estados”³⁹⁴.

Entretanto, essa noção de maior participação das cortes domésticas na definição do conteúdo do DI passa também por uma disputa acerca dos limites dessa construção e da sua própria autonomia como meio de determinação de padrões de conduta pelos Estados. À medida em que efetivamente ocorre um diálogo bilateral, necessita-se de um juízo crítico, pois a literatura também aponta os riscos de vieses epistemológicos impactarem a predileção por certos sistemas, dentro da lógica do “cherry picking”, reiteradamente contestada nos estudos do Direito Comparado³⁹⁵.

De modo mais grave, a evidência empírica da prática de outros regimes sinaliza não apenas um viés, mas um problema efetivo de qualidade e representatividade, mesmo em cenários de óbvia consubstancialidade. Registra-se, ilustrativamente, a inexistência de citações de decisões e leis de países africanos pelo Tribunal Penal Internacional, conquanto

³⁹³ Enfim, a aplicação do direito internacional pelos órgãos internos dos Estados, e a avaliação dessa aplicação pelo método comparado, podem, em suma, contribuir para maior eficácia e uniformidade das regras do direito internacional. Podendo ou não constituir um exemplo de aplicação do *dédoublement fonctionnel* de Scellel, o importante é estudar a questão de modo claro e objetivo, sem necessariamente partir de concepções teóricas preestabelecidas de uma suposta unidade sociológica da chamada "sociedade internacional" de nossa época. Ao direito e ao jurista está reservado papel importante no processo de integração entre Estados, inicialmente em âmbito regional, assim contribuindo para a redução das disparidades do *jus inter gentes* fragmentado de nossos dias, e a reaproximação dos ideais do *jus gentium* clássico. A constatação ou identificação inicial de certas noções essenciais ou básicas de justiça, inerentes a todos os sistemas jurídicos, constitui passo definitivo nessa direção (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reflexões sobre o método comparado no Direito Internacional. In: **O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 162-163).

³⁹⁴ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reflexões sobre o método comparado no Direito Internacional. In: **O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 157-158

³⁹⁵ Nesse sentido, vide: RYNGAERT, Cedric. Sources of International Law in Domestic Law: Relationship Between International and Municipal Law Sources. In: BESSON, Samantha; D'ASPREMONT, Jean (org.). **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 1149-1151. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0053>. Acesso em: 12 jun. 2023.

praticamente todos os indivíduos julgados pela Corte até hoje procedam de países daquele continente³⁹⁶. Nessa linha, o diálogo bilateral pode se tornar, mais uma vez, a apropriação de certos sistemas jurídicas nacionais por outros, mediante procuração aos órgãos do DI.

B) As peculiaridades do engajamento via precedentes no Sistema Interamericano

No caso do DIDH, a noção de diálogo por precedentes passa por questionamentos sobre as capacidades interpretativas de cada tribunal, considerado o cenário de consubstancialidade e subsidiariedade que marca o campo e a proteção internacional de direitos humanos e a própria definição do modelo e dos meios e das técnicas de interação entre os tribunais.

A complementaridade entre as jurisdições internacional e domésticas no DIDH torna-se essencial, na medida em que, considerando-se as dimensões de atuação subsidiária e o próprio papel do Judiciário pós-1945 na garantia dos direitos humanos, os próprios poderes revisionais das cortes internacionais dependem dessa atuação doméstica na proteção dos DDHH³⁹⁷. Essa interação entre a proteção de direitos humanos interna e internacional, porém, apresenta não só pontos de harmonização, mas também de possíveis choques.

É no sentido dessa proteção dual, doméstica e internacional, que Samantha Besson refere-se a dimensões transnacionais das fontes de DIDH. As fontes internacionais se alimentam, por exemplo, dos princípios gerais de direito reconhecidos nos ordenamentos jurídicos domésticos, da formação das normas costumeiras pela prática compartilhada em torno dos direitos humanos, e pelos mecanismos de complementaridade entre a adjudicação de DDHH nas esferas doméstica e internacional; estes são correspondidos, em paralelo, pelos mecanismos de domesticação e de supervisão da efetividade das normas internacionais³⁹⁸.

³⁹⁶ MANLEY, Stewart; TEHRANI, Pardis Moslemzadeh; RASIAH, Rajah. The (Non-)Use of African Law by the International Criminal Court. **European Journal of International Law**, v. 34, n. 3, pp. 555–580, 2023.

³⁹⁷ “Domestic courts have the primary responsibility for human rights adjudication and should adjudicate in a way that reflects the complementarity of international adjudication. This is what is implied by all three types of subsidiarity introduced before. To that extent, the existence of the review powers of international human rights courts and bodies depends on the existence of domestic judicial review. This is a consequence of the democratic contextualization of international human rights law, given the crucial role of the judiciary in post-1945 constitutional democracies and the entrenchment of the right to an effective judicial remedy in IHRL.” BESSON, Samantha (org.). Sources of International Human Rights Law: How General is General International Law?. In: **The Oxford handbook on the sources of international law**. First editioned. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 861.

³⁹⁸ BESSON, Samantha (org.). Sources of International Human Rights Law: How General is General Interna(Marmor, 2023, p. 267) tional Law?. In: **The Oxford handbook on the sources of international law**. First editioned. Oxford: Oxford University Press, 2017. (Oxford handbooks). pp. 855–870.

Assim, a harmonização dos vetores doméstico e internacional de proteção exige posturas hermenêuticas próprias no caso dos direitos humanos, complexificadas pela aplicação imediata e pelo efeito direito, geralmente atribuídos aos tratados, nos ordenamentos nacionais. Essa perspectiva é aprofundada a partir do que George Galindo chama de quinta fase do tratamento das relações exteriores nas constituições globais, que tem como fato mais marcante “a menção ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, quer se referindo a instrumentos convencionais quer ao Direito Internacional Geral – que favorece uma interpretação a toda a normatividade do Direito Internacional dos Direitos Humanos”³⁹⁹. A combinação entre a aplicação das convenções de DDHH e o impacto da adjudicação internacional, nas práticas posteriores aos parâmetros fixados pelos tribunais internacionais, pode assim retroalimentar, na via de uma interpretação dinâmica, o conteúdo das normas de DIDH⁴⁰⁰.

No SIDH, essa harmonização é influenciada pela já descrita construção do controle de convencionalidade. Existe, embutido nesse conceito, um pressuposto de profundo engajamento das cortes domésticas com a jurisprudência da Corte IDH, pressuposto esse não necessariamente acolhido de modo idêntico por todos os tribunais da região.

A prática dos Estados da região em relação aos *estândares* interamericanos, e, em especial, à adesão à jurisprudência da Corte IDH como parâmetro de sua delimitação, possui graus variáveis. Carlos Ayala Coral⁴⁰¹ categoriza os níveis de recepção da jurisprudência interamericana em três patamares: interpretação guiada ou em conformidade com os tratados e a jurisprudência de DDHH; assunção do caráter vinculante da jurisprudência

³⁹⁹ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 90.

⁴⁰⁰ “Unlike other international treaties, international human rights treaties claim, and are usually granted immediate validity and direct effect in domestic legal orders, whether the latter endorse monism or dualism. This occurs in many cases through the joint, and largely indiscriminate, application of international and constitutional human rights by domestic authorities, and particularly domestic courts. Moreover, for the same reasons, international human rights treaties’ norms often benefit from a (quasi) constitutional rank, and hence from primacy over other domestic law. As a matter of fact, finally, there are close ties in practice between international human rights treaties and the other more clearly transnational sources of human rights law, particularly between them and adjudication or customary law. International human rights treaties need to be interpreted before they are applied and these judicial interpretations consolidate into the treaties’ *corpus conventionis*. On the one hand, those interpretations usually arise from complementary interpretations by domestic and international courts and confirm thereby the transnationality of IHRL. On the other hand, those judicial interpretations are often deemed as dynamic to the extent that they develop with the subsequent practice and agreement of States (Article 31 (3) (b) of the VCLT), thereby confirming human rights treaties’ intimate connection to customary IHRL and, consequently, their transnational features.” BESSON, Samantha (org.). Sources of International Human Rights Law: How General is General International Law?. In: **The Oxford handbook on the sources of international law**. First editioned. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 857.

⁴⁰¹ CORAO, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 72-102. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es>. Acesso em: 6 jun. 2023.

interamericana; e incorporação da jurisprudência interamericana ao bloco de constitucionalidade.

O autor exemplifica, citando, entre outros, a postura assumida pelo Tribunal Constitucional Peruano, no caso *Arturo Castillo Chirinos*, quanto ao primeiro nível; pelo Tribunal Constitucional boliviano, quanto ao segundo; e pelas Corte Constitucional colombiana, Suprema Corte de Justiça da República Dominicana e Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça costarriquenha no derradeiro. Nota-se, das referências de Coral, que essas categorias não são estanques nem têm uma linearidade de adesão. Tanto é assim que o autor cita posições em que a Corte Suprema de Justiça argentina se aproximou dos três patamares de intensidade em diferentes momentos⁴⁰².

Mesmo que se registrem diferentes decisões retratando maiores patamares de adesão à lógica de *res interpretata* e a um maior grau de vinculatividade dos precedentes interamericanos, autores como Ranieri Resende apontam, com base em estudo empírico de Brasil, Colômbia, Argentina, Chile e Bolívia, uma profunda assimetria regional nessa adesão, que não alcançaria um patamar de classificação como “precedente vinculante” em nenhum dos países citados⁴⁰³.

Essa crítica à expansão de competências da Corte IDH restou explícita na declaração apresentada conjuntamente ao Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos pelos governos de Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai, em 2019, intitulada “Declaração sobre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, na qual fizeram constar que “4. Destacam a importância de uma estrita aplicação das fontes de Direito Internacional dos Direitos Humanos e do reconhecimento da margem de apreciação

⁴⁰² Para contraste, uma síntese similar dos diferentes graus de adesão das cortes nacionais à vinculatividade da jurisprudência interamericana pode ser encontrada em: ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. In: **Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**. Madrid: Fundación Konrad Adenauer, 2010, pp. 63–80.

⁴⁰³ “Considering the collected data, it was not possible to identify a case of a State Party whose adoption of precedents allows to classify it in the binding precedent category. Of course, this only includes the five sampled States and does not extend to all States Parties to the American Convention on Human Rights. This is mentioned without neglecting the relevant obstacles to the general acceptance of the *stare decisis* principle by the international human rights law and international law in general. Contradicting the position of part of public law literature, for whom it is not a fantasy to consider the Inter-American Court of Human Rights a kind of constitutional court, the analyzed data in this research has shown highly varied assimilation of IACtHR precedents by States according to the scheme of double control of conventionality. In this regard, significant misalignment and disagreement were identified in the decision-making behavior of the highest national courts, especially related to the legal postulates outlined by the IACtHR in its judgments and advisory opinions” (RESENDE, Ranieri L. Precedent of the Inter-American Court of Human Rights: State Compliance and Judicial Performance in Brazil, Colombia, Argentina, Chile, and Bolivia. **ICL Journal**, v. 18, n. 1, pp. 107–108, 2024).

dos Estados no cumprimento das obrigações que estabelece a Convenção. Ademais, recordam que as resoluções e sentenças dos órgãos do sistema interamericano só têm efeitos para as partes do litígio”⁴⁰⁴, em um exemplo excepcional de crítica institucional à atuação da Corte IDH.

A parte da literatura mais entusiasta da formação do *ius constitutionale commune* vê esse movimento dos Estados como já frustrado por acontecimentos posteriores⁴⁰⁵. Contudo, na linha de Lucas Lima, é difícil não visualizar na declaração um contraponto significativo, na medida em que “reivindica mais subsidiariedade e até mesmo a implementação da doutrina da margem de apreciação, como um ataque direto em resposta ao ‘voo livre’ da Corte”⁴⁰⁶.

Por outro lado, o contraponto da consideração dos precedentes domésticos na formação dos *estándares* interamericanos também tem seu grau de polêmica, no âmbito da Corte IDH. Alguns autores, como Carlos Ayala Corao, identificam um diálogo bilateral no contexto do controle de convencionalidade, animado pela recepção e pelo reconhecimento da vinculatividade da jurisprudência interamericana em diversos tribunais nacionais, bem como na Corte IDH, a partir de 2008, das decisões dos tribunais nacionais sobre a recepção explícita ou implícita da jurisprudência interamericana como referencial para o controle de convencionalidade⁴⁰⁷. É de se reparar, contudo, que, dos dois exemplos referidos pelo autor,

⁴⁰⁴ O texto da declaração está disponível, em espanhol, em “<https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>”.

⁴⁰⁵ “While the letter recognized the importance of the Inter-American human rights system, it demanded that its institutions show greater respect for the principle of subsidiarity, apply restrictive methods of interpretation, and work with ‘due knowledge and consideration of the political, economic and social realities of the States’. These requests called into question the transformative constitutionalism of the Inter-American human rights system. As a result, more than 200 nongovernmental organizations (NGOs) mobilized against the letter. They portrayed it as an attack on the very system that symbolizes and safeguards the restoration of democracy in Latin America. Their mobilization proved successful and the coalition of the five presidents fell apart. Thus, there was no concerted attempt to undermine the system, for example, by agreeing on a particular staffing policy for commissioners or judges. The only such candidate failed in the General Assembly of the Organization of American States. The Chilean government, which had initiated the letter, soon put forward Antonia Urrejola Noguera and Patricia Pérez Goldberg, who are committed to the Inter-American system” (VON BOGDANDY, Armin. **The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2024, pp. 243-244. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/56270>. Acesso em: 7 jun. 2024).

⁴⁰⁶ LIMA, Lucas Carlos. A Corte Interamericana em tempos de crise. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 16, n. 1, 2023, p. 37.

⁴⁰⁷ CORAO, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 164-191. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-17-en-erodiciembre-2013/carlos-ayala-corao-del-dialogo-jurisprudencial-al-control-de-convencionalidad-1>. Acesso em: 6 jun. 2023.

apenas um é propriamente a interpretação de um direito da convenção, sendo o outro sobre a técnica em si do controle de convencionalidade⁴⁰⁸. Ademais, esse diálogo nem sempre significa harmonização final, como exemplifica a situação inconclusa da posição do STF, no Brasil, quanto às leis de anistia⁴⁰⁹.

Outros apontam uma tendência de abertura da Corte IDH para a consideração das decisões nacionais com maior valor jurídico, mas ainda com certa timidez. Um exemplo é Mendaña que, no seu estudo sobre as fórmulas usuais da Corte IDH, identifica uma tendência a um maior uso do direito interno como referência para a definição de parâmetros atinentes à dignidade das pessoas privadas de liberdade. Isso evidenciaria um movimento dos Estados de incorporação dos princípios e *estándares* delineados pelo tribunal e a possibilidade de retroalimentação do SIDH a partir desse fenômeno, com um maior esforço comparativo por parte da Corte IDH, em termos de citar normas e jurisprudência de uma boa parte dos Estados-parte da Convenção.

Essas referências, contudo, não necessariamente significam um engajamento com os argumentos expendidos nas decisões domésticas⁴¹⁰, nem também significam que se atribua a todas as cortes domésticas a mesma influência na formação dos *estándares* interamericanos. Nesse sentido, Oswaldo Ruiz Chiriboga critica a ausência de uniformidade e sistematicidade da Corte IDH no uso do direito doméstico, fazendo referências a países sem explicitar as razões pelas quais os escolheu ou elegendo Estados de outras regiões, sem maior

⁴⁰⁸ Da parte da Corte Interamericana, o autor exemplifica como referências expressas de diálogo bilateral os casos Mercedes Chocrón Chocrón vs. Venezuela e o Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México, em que a Corte teria reconhecido os precedentes de tribunais nacionais sobre a própria amplitude do controle de convencionalidade, e os casos Gomes Lund e Gélman, como exemplos em torno da temática das leis de anistia (CORA, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 164-191. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/>. Acesso em: 6 jun. 2023).

⁴⁰⁹ Sobre o tema, vide: BERNARDI, Bruno Boti. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o caso da guerrilha do Araguaia: impactos no Brasil. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 22, p. 49–92, abr. 2017; ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 2, pp. 681–706, dez. 2013.

⁴¹⁰ “Algunos podrían ver en esto el ejercicio del ‘diálogo judicial’ (Burgorgue-Larsen, 2014, 120, nota al pie 67; Landa, 2015, 187-188) o del ‘método de articulación dialógica’ (engagement model) (Lovatón Palacios, 2018, 348; Neves, 2015, 110-111), según el cual los ordenamientos se reconstruyen constantemente a partir del ‘aprendizaje con las experiencias de órdenes jurídicos concomitantemente interesados en la solución de los mismos problemas jurídicos constitucionales de derechos fundamentales’ (Neves, 2015, 110-111). Habrá que ver si la mera invocación de normas o sentencias locales, sin reflexión sobre su contenido, constituye un verdadero diálogo. Pero sin duda es un avance respecto de la visión exclusivamente internacionalista que venía teniendo la Corte IDH. Finalmente, se percibe un mayor esfuerzo comparativo por parte de la Corte IDH, que no solo cita, como suele hacer, normas internas del Estado que es parte en el caso concreto, sino también normas y jurisprudencia de una buena cantidad de Estados firmantes de la Convención” (MENDAÑA, Florencia Soledad Ratti. El discurso de la corte interamericana de derechos humanos sobre dignidad de personas privadas de libertad: fuentes, fórmulas usuales y citas. **Revista de la Facultad de Derecho**, 2021, p. 8-10. Disponível em: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12466>. Acesso em: 6 set. 2024).

justificação⁴¹¹. Há, também, aqueles como Gerald Neuman que, a partir da posição de rejeição, no SIDH, ao consenso regional como uma via de maior protagonismo na evolução jurisprudencial do sistema, visualizam um excessivo fechamento da Corte IDH aos influxos interpretativos do DIDH oriundos das práticas nacionais, ainda que possivelmente justificável pelos desafios estruturais na afirmação dos direitos humanos no âmbito hemisférico⁴¹².

Essa questão ainda seria afetada pelo problema do tempo na formação dos precedentes que, pela demora da submissão dos casos à Corte IDH, pode impactar uma análise sincrônica e atual sobre a situação interpretativa dos direitos humanos nas esferas nacionais.

Em seu conjunto, as diferentes posturas refletem que o espaço das decisões domésticas, na delimitação dos *estândares interamericanos* é, em verdade, uma zona de disputa que diz respeito à própria geometria dos poderes no SIDH, como se exporá, na sequência.

5.2 As cortes nacionais e a disputa pela geometria do Sistema Interamericano

A discussão em torno dos usos dos precedentes nacionais, dentro do SIDH, recai, em termos de argumentação jurídica, sobre o arranjo institucional do sistema, notadamente sobre as relações entre os tribunais nacionais e a Corte IDH. Esse não é um ponto pacífico e envolve tensões entre os diferentes atores acerca das capacidades interpretativas (e, de certa maneira, criativas) em âmbito internacional e doméstico.

Para fins metodológicos, esse debate pode ser visualizado, em linhas gerais, como um embate entre duas perspectivas sobre a geometria do sistema, sendo ela mesma um

⁴¹¹ CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. Cláusulas Autónomas, Subordinadas e Incorporadas de Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano. In: **Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras**. Tegucigalpa: Editorial Casa San Ignacio - Guaymuras, 2012, p. 187-188.

⁴¹² “One evident reason for the less frequent reliance on ‘regional consensus’ in the Americas is the comparative prevalence of systematic human rights abuses directed against the core of the protected rights. Setting international standards by reference to actual national practice would risk the adoption of very low targets. Another contributing factor is the relative absence of the OAS from participation in the elaboration of human rights standards. The interlocking networks of regional cooperation and harmonization in the Council of Europe and the European Union have produced many more common benchmarks than the thinner efforts in the Americas yet afford. The Inter-American Court has understandably seized on recent progress in OAS support for democratization, particularly as expressed in the Inter-American Democratic Charter of 2001. The Court’s resulting invocation of a ‘regional consensus [on] the importance of access to public information’ is striking for its rarity”. NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, p. 107, 2008.

reflexo sobre as tensões hierárquicas subjacentes ao DI⁴¹³.

Uma busca organizar essa relação entre cortes verticalmente e pode assumir posições, seja em favor da Corte IDH (em que há uma subordinação plena a essa em termos de última palavra sobre a aplicação da convenção), seja em favor dos tribunais nacionais (fundada em alguma forma de proteção à soberania nacional que legaria às cortes domésticas um último crivo sobre as obrigações convencionais), seja parcial (em que as áreas de última palavra são de algum modo divididas entre a Corte IDH e os tribunais domésticos). Outra tenta repensar essa relação horizontalmente, tentando uma relação entre cortes por meio de uma articulação e, em alguma forma, de abertura em termos de palavra final, privilegiando a harmonização de posições.

Essas divisões não são completamente estanques e têm diferentes desafios, em especial em termos argumentativos: certas estratégias e temas podem ser mais sensíveis do que outros e conduzirem mais fortemente a um encastelamento vertical de certos atores; já outros interlocutores, a fim de avançarem uma agenda, podem mais facilmente aderir a uma perspectiva mais cooperativa. A classificação, porém, pode auxiliar na compreensão acerca dos limites tolerados, em termos de argumentação decisória, na medida em que o SIDH abraça ou rejeita possibilidades de articulação entre as esferas internacional e doméstica.

Nas próximas seções serão exploradas as estratégias e afirmação da superioridade, total ou parcial, das decisões internacionais ou domésticas (A), bem como os esforços de integração dialógica dessas interações, de modos mais horizontais e coordenados (B).

A) As geometrias verticais e as disputas pelo vértice do SIDH

No tocante às perspectivas verticais, um primeiro ponto pertinente é a compatibilidade da noção de diálogo com uma postura vertical pura para um dos polos dessa comunicação. Se o vínculo entre as cortes é visto como uma relação hierárquica, a própria

⁴¹³ A referência a geometria rende homenagem à Martti Koskenniemi, que problematiza a relação entre hierarquia e argumentação jurídica, referenciando Bauman para apontar que não só a geometria é o arquétipo da mente moderna, mas a ambivalência é sua maior aflição e a mais preocupante de seus interesses. Nas palavras do autor: “The mode of control is directed towards the qualification of social behaviour. Two types of hierarchy are implicated. One is a hierarchy between forms of behaviour, the other is a hierarchy of controlling authorities. The two hierarchies are ambiguously linked. On the one hand, controlling authority is itself assumed to be controlled by requirements of substantive legality; on the other hand, substantive legality is derived from controlling authority. The relationship between the two has been a perpetual puzzle within the mode of control: does law defer to authority or vice versa?” (KOSKENNIEMI, Martti. *Hierarchy in International Law: A Sketch*. *European Journal of International Law*, v. 8, n. 4, p. 566–582, jan. 1997, p. 569).

concepção de um diálogo se vê afetada: se há hierarquia, há uma atuação basicamente de cariz corretivo da corte superior, ao rever as decisões do tribunal subordinado, que poderia, ao máximo, registrar preocupações ou tecer considerações sobre posicionamentos anteriores.⁴¹⁴ Um diálogo pressuporia alguma forma de reflexão, o que os extremos absolutos de verticalidade inviabilizam.

Passando aos diferentes modelos propostos como interação vertical entre a Corte IDH e as cortes domésticas, veem-se três grupos de ópticas: as que subordinam o sistema à Corte IDH, as que tentam construir uma divisão de espaços em que cada corte teria premência e as que subordinam o SIDH aos tribunais nacionais.

Sobre a primeira, assumida uma perspectiva de supremacia da norma internacional, seria possível identificar uma hierarquia vertical no tocante às questões de DI, tornando o diálogo entre a corte internacional e os tribunais doméstico, no espectro do seu mandato, vertical⁴¹⁵. Essa é uma descrição frequente do controle de convencionalidade feita na literatura. Corao, por exemplo, descreve o diálogo de cortes interamericano como um “responsável e deferente dos tribunais de direito interno para com o tribunal internacional, intérprete autêntico e final dos direitos reconhecidos no tratado respectivo”, que guia o diálogo como “intérprete último”, sem desconsiderar que “os desenvolvimentos jurisprudenciais dos tribunais constitucionais também podem ser tomados em conta e recebidos, conforme o princípio de progressividade”⁴¹⁶.

⁴¹⁴ TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, pp. 75-76.

⁴¹⁵ “Under international law, the international legal order, along with partial international legal orders, occupies the top spot in the hierarchy, while the various domestic legal orders are subject to these international legal orders. As such, dialogue between an international and a domestic court is vertical dialogue if it refers to matters of international law: the international court has (been given) the power to interpret international law, and thus its interpretations should be highly persuasive for domestic courts empowered to apply international law and/or seeking ensure that the State complies with its international obligations.” (TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 75).

⁴¹⁶ “Se trata por tanto de una interpretación *secundum convencione* que deben hacer los tribunales de derecho interno, para darle recepción a la interpretación de los derechos, conforme a la jurisprudencia internacional correspondiente. Por lo cual, se trata de un diálogo responsable y deferente de los tribunales de derecho interno para con el tribunal internacional, intérprete autêntico y final de los derechos reconocidos en el tratado respectivo. Sin embargo como diálogo responsable al fin, implica hablar responsablemente; y que quién habla está también dispuesto a escuchar. De esta manera, los desarrollos jurisprudenciales de los tribunales constitucionales también pueden ser tomados en cuenta y recibidos, conforme al principio de progresividad, por los tribunales internacionales respectivos. De esta manera se ha comenzado a generar un diálogo bidireccional de enriquecimiento mutuo, guiado por el intérprete último que es el tribunal internacional” (CORAO, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 54. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es>. Acesso em: 6 jun. 2023).

Segundo o autor, esse é um diálogo norteado pela lógica da harmonização em vez da uniformização, norteado por um juízo de compatibilidade com o *acquis conventionnel*, formado pela convenção em si e pela jurisprudência da corte regional que a tutela⁴¹⁷. Assim, as cortes regionais de direitos humanos atuam como uma “sorte de tribunal constitucional”, dado seu poder de última palavra sobre as convenções. Estas fecham e integram os espaços de interpretação constitucional, obrigando a uma interpretação conforme, pelo que cabe aos tribunais constitucionais “explicar, aplicar e divulgar a jurisprudência internacional sobre direitos humanos na jurisdição interna”⁴¹⁸.

Nesse modelo, a possibilidade de interpretação da CADH pelos tribunais internos é limitada e precária em termos temporais. Assim é que García Ramirez entende que as interpretações próprias dos tribunais nacionais sobre as normas convencionais devem ocorrer quando não exista jurisprudência interamericana sobre o tema, sem, contudo, colidir com o controle supranacional de convencionalidade⁴¹⁹.

Essa perspectiva de última palavra está presente também em decisões da Corte IDH. Na fórmula sobre o exercício do controle de constitucionalidade, construída desde o caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, de setembro de 2006, e reiterada em uma série de casos até o caso *Vega González y otros vs. Chile*, de março de 2024, consta que “o Poder Judiciário deve

⁴¹⁷ CORAO, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 53. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es>. Acesso em: 6 jun. 2023).

⁴¹⁸ “Hoy en día, las decisiones sobre derechos dictadas por los tribunales constitucionales, son objeto de una revisión en un espacio superior como son el TEDH y en su caso por la Corte IDH, construido a imagen y semejanza de los primeros. El TEDH ha calificado al CEDH como un instrumento constitucional que es esencial para el orden público europeo, a fin de asegurar el respeto de los compromisos de los Estados parte. Ello ha permitido hablar del TEDH - equivalente a la Corte IDH - como una ‘suerte de tribunal constitucional’ ya que estos dos tribunales internacionales tienen respectivamente la última palabra en la interpretación de sus tratados sobre Derechos Humanos. En este sentido García Roca ha concluido que “el Convenio europeo cierra e integra los espacios abiertos en las normas constitucionales reconocedoras de derechos: una interpretación de la Constitución conforme al Convenio resulta obligada y es la única constitucionalmente adecuada”. De allí es normal que los tribunales constitucionales se hayan convertido en los principales interlocutores de estos dos tribunales regionales, dado el carácter supremo de la interpretación de los derechos que tiene lugar en ambas jurisdicciones; pero además, porque los primeros son a quienes les corresponde explicar, aplicar y divulgar la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos en su jurisdicción interna” CORAO, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 56-57. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es>. Acesso em: 6 jun. 2023).

⁴¹⁹ “Pueden los tribunales internos, en el desempeño del control de convencionalidad, formular interpretaciones propias acerca de normas de Derecho Internacional, cuando venga al caso la aplicación de estas a los casos de los que estén conociendo? La respuesta es afirmativa, enfáticamente, cuando no exista jurisprudencia de la Corte Interamericana sobre la norma que los juzgadores nacionales examinan y pretenden aplicar. En tales supuestos, si no se llevase adelante una interpretación doméstica, la norma internacional quedaría inaplicada, con todo lo que ello apareja. Lo que resultaría impertinente es que el control interno de convencionalidad entrara en colisión con el control supranacional de convencionalidad (salvo en los casos, ya señalados, en que aquella mejore los terminos de esta) o actuara al garete de los principios y objetivos del control de convencionalidad a los que me referi en la primera parte de este artículo.” RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista IUS**, v. 5, n. 28, pp. 225-226, 2011.

levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo”⁴²⁰.

É interessante notar, porém, que, mesmo nessa linha mais absoluta de interpretação final pela Corte IDH, representada por García Ramírez, há duas possíveis exceções, por *distinguish*, à aplicação do precedente interamericano. A primeira pode ser traduzida como uma exceção direta ao precedente, ante um nível local de proteção do direito melhor do que o oferecido pela normativa interamericana, de que resulta uma ausência de similitude baseada no preceito hermenêutico do *pro homine*. Já a segunda é uma possibilidade de exceção por redução teleológica da norma extraída do precedente, para se afirmar a ausência de Decisão anterior sobre a matéria e se construir uma nova possibilidade interpretativa, calcada na ausência de identificação entre o precedente e algum elemento material relevante do caso sob análise.

Ademais, ainda nas exceções, mesmo nesse cenário de maior verticalidade, vale reiterar a menção, já feita neste trabalho, à posição do Juiz Eduardo Ferrer, no seu voto no caso *Gelman vs. Uruguai*, no sentido da existência de uma “margem interpretativa nacional que podem realizar as autoridades para favorecer com a interpretação nacional a efetividade do direito ou liberdade fundamental, sempre e quando seja para potencializar a efetividade da norma convencional”⁴²¹.

É também nessa linha que García Ramírez admite uma “margem nacional de apreciação”, mas que se mostra, ao cabo, uma margem interpretativa nacional condicionada. Não é propriamente um espaço de deferência à normatização local, com liberdade de escolha de alternativas na delimitação da tutela do Direito, mas de uma atividade de análise, à luz do

⁴²⁰ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Fondo, Reparaciones e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154. In: Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília : Ministério da Justiça, 2014, p. 86.

⁴²¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto Razonado. In: CORTE IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013, p.28, tradução nossa. Trecho original: “72. En cambio, la Sentencia del Caso Gelman produce una eficacia vinculante de la jurisprudencia interamericana hacia los demás Estados Parte de la Convención Americana. Eficacia que se proyecta sólo en cuanto al estándar mínimo de interpretación de la norma convencional para asegurar el mínimo de efectividad de la misma; lo cual, como ya se estableció (véase supra párr. 69), es una eficacia vinculante ‘relativa’ en la medida en que puede diferir de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando se efective la norma a través de una interpretación más favorable en sede nacional. En ese sentido, existe un ‘margen interpretativo nacional’ que pueden realizar las autoridades para favorecer con la interpretación nacional la efectividad del derecho o libertad fundamental, siempre y cuando sea para potencializar la efectividad de la norma convencional; circunstancia que no aplica cuando un Estado fue ‘parte material’ en el proceso internacional, quedando vinculado de manera íntegra al fallo en todos sus aspectos, debido a los alcances de la autoridad de la cosa juzgada internacional”.

caso concreto, da aplicabilidade dos critérios construídos pela Corte IDH, ante a possibilidade de uma maior proteção a nível local, ou da interpretação provisória das disposições convencionais pela ausência de manifestação definitiva da Corte IDH⁴²².

O calcanhar de Aquiles dessa estruturação vertical em favor da Corte IDH é replicar, no âmbito internacional, questões de ausência de limites das perspectivas absolutas de soberania as quais intentam contornar pela construção do próprio sistema protetivo. Como aponta George Galindo:

O grande problema do modelo hierárquico nos dois sentidos (internacional e interno) é que ele, tomado de maneira ortodoxa, leva à ideia de falta de limites: algo que nunca pode ser afetado (valores, interesses, princípios) seja na esfera interna seja na esfera internacional. O próprio Kelsen percebeu muito bem que o conceito de soberania ilimitada continha uma série de contradições lógicas. No entanto, seu modelo puro e simples de supremacia do direito internacional em toda e qualquer circunstância produzia o efeito de efetivar tal ideia de ausência de limites para o campo jurídico internacional⁴²³.

Já no exame das perspectivas de verticalidade parcial, trata-se de ópticas em que se articulam espaços de deferência às decisões nacionais dentro da interpretação dos direitos humanos de proteção internacional.

A noção de deferência, na perspectiva de um diálogo por precedentes, está imbricada com a noção de intensidade do controle judicial e, como tal, da contenção judicial. Johannes Fahner, em tese sobre a deferência nas cortes internacionais, conceitua a intensidade do controle judicial como o “rigor com o qual um julgador escrutina a decisão revisada”. Essa intensidade afeta a probabilidade de se ter a decisão revista como correta, o que aumenta, na medida em que há maior deferência à posição institucional originalmente assentada. Assim, a deferência pode ser definida como “o respeito que um julgador confere às conclusões de outra instituição”, o que, em se tratando de uma relação entre cortes, se traduz em um

⁴²² “En el examen de estos temas surge un punto extensamente considerado por la jurisprudencia y la doctrina europea, e infrecuentemente abordado —deliberadamente— por la jurisprudencia y la doctrina americana: el margen nacional de apreciación. Desde luego, el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación. Sería imposible excluirlo en la hipótesis —que adelante examinaré— de que no existan definiciones del tribunal supranacional o de que pudiera haber decisiones nacionales que brinden mejor protección al ser humano. Ahora bien, es preciso reconocer que en la generalidad de los casos este margen de apreciación —nacional y circunstancial: al amparo de las circunstancias del caso sub judice— se halla acotado por las definiciones del órgano supranacional de interpretación vinculante. Cuando el tribunal nacional despliega el control de convencionalidad, en ausencia de definiciones supranacionales, las decisiones de aquél no tienen alcance erga omnes. Es decir, puede fijar criterios provisionales, inter partes, sujetos a control nacional inmediato (a través de un régimen de “cuestiones de inconvencionalidad”, como adelante se mencionará, que constituye una alternativa atendible, entre otras) e invariablemente condicionados a definiciones supranacionales.” GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista IUS**, v. 5, n. 28, p. 128, 2011.

⁴²³ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O valor da jurisprudência da Corte IDH. In: **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Barcelona: DHES, 2014, p. 252.

escrutínio de menor intensidade⁴²⁴.

Essa deferência pode envolver desde uma inclinação a aceitar as conclusões originárias até uma função de exclusão total, afastando às inteiras o crivo do revisor⁴²⁵. Essa ausência de controle, em determinadas esferas, traduz-se em uma geometria de relações institucionais de verticalidades parciais paralelas. No âmbito da jurisdição internacional, essa geometria pode ocorrer, tendo por norte questões processuais e materiais específicas (como a análise dos fatos, as avaliações técnicas, a interpretação do direito doméstico e as escolhas de políticas públicas...); atores domésticos específicos (parlamentos, agências reguladoras, cortes...) ou mesmo normas internacionais específicas (cláusulas indeterminadas, cláusulas explícitas de auto-avaliação pelos Estados, etc.)⁴²⁶.

Fahner identifica duas teleologias que podem justificar a deferência na jurisdição internacional: a epistêmica e a constitucional. A deferência epistêmica é fundada no reconhecimento de que instituições domésticas são dotadas de uma melhor *expertise* em matérias que não são de caráter exclusivamente jurídico, como, por exemplo, em avaliações técnicas e factuais e sobre a interpretação e aplicação do direito doméstico. Já a deferência constitucional se funda na noção de legitimidade e problematiza a função e os poderes que os juízes internacionais devem ter em matérias que afetam as políticas públicas domésticas, notadamente na perspectiva da representatividade democrática⁴²⁷.

⁴²⁴ “In this study, the intensity of review is understood as the rigour with which an adjudicator scrutinises the decision under review. This intensity is envisaged as a variable factor, ranging from rigorous to lenient review. The intensity of review affects the likelihood that the adjudicators will find that the decision under review is legal: if they exercise a low intensity of review, it is likely that the original decision will be approved; conversely, a high intensity of review increases the chances that the original decision is held to be illegal. A higher intensity of review implies that the adjudicator scrutinises the decision under review in more detail and poses higher standards, for example with regard to the quality and quantity of the reasons and evidence underlying the decision under review. (...) In the context of judicial review, ‘deference’ describes the respect that a judge gives to the findings of another institution. If this institution is the one whose decision is under review, then deference corresponds to a decreased intensity of review” (FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals**: A comparative analysis of deference. 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, p. 37. Disponível em: <https://dare.uva.nl/search?identifier=784da5c8-d89a-49d0-9b21-719defda4642>. Acesso em: 10 jul. 2024).

⁴²⁵ FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals**: A comparative analysis of deference. 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, p. 38.

⁴²⁶ FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals**: A comparative analysis of deference. 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, p. 131-175.

⁴²⁷ “Epistemic deference depends on expertise in matters that are not of a primarily legal character. The assumption is that international judges lack the knowledge and skills that domestic institutions have in such matters. Out of the different assessments discussed in the previous chapter, epistemic deference would apply to factual and technical assessments as well as interpretations and applications of domestic law. Constitutional deference, on the other hand, relies on considerations of legitimacy, inquiring whether international judges should be empowered to have a final say on issues of domestic policy-making. The justifications for

A deferência pode se expressar em diferentes doutrinas jurídicas: Fahner referencia como exemplos dessa lógica no DI, além da margem de apreciação nacional, o controle judicial realizado com base nos testes de razoabilidade, proporcionalidade e boa-fé e a adoção de controles apenas procedimentais⁴²⁸. Há certo grau de indeterminação na separação desses modelos de controle, sendo frequente que essas perspectivas convirjam nos casos concretos. Assim, ilustrativamente, a aplicação da noção de margem de apreciação pode incluir uma avaliação de razoabilidade e proporcionalidade⁴²⁹.

A margem de apreciação nacional é certamente o maior exemplo de deferência no campo do DIDH. Por meio dela, o TEDH reconhece aos Estados certa abertura e primazia interpretativa sobre o conteúdo da Convenção Europeia, por meio da produção de atos normativos justificados, inclusive, em bases exógenas aos direitos da Convenção Europeia. A margem de apreciação europeia envolve, assim, a questão de quais razões de segunda ordem, isto é, externas à decisão em si, podem ser levadas em consideração na revisão judicial da observância das obrigações convencionais pelo Estado⁴³⁰.

A justificativa da margem de apreciação na literatura europeia adota bases tanto epistemológicas como constitucionais. De um lado, está conectada ao princípio da subsidiariedade, na medida em que reconhece serem as autoridades locais melhor posicionadas para coordenar e lidar com as múltiplas necessidades da busca do bem comum em cada sociedade. Ademais, funda-se em uma percepção da contenciosidade em torno dos

constitutional deference partly overlap with concerns common in political theory related to domestic judicial review, combined with considerations of State sovereignty unique to international law. A crucial difference between the two forms of deference is that epistemic deference is based on the assumption that the question at issue has a right answer as a matter of empirical truth, but that an international court or tribunal is not well qualified to find that answer; constitutional deference, however, is based on the conviction that the question at issue does not have a single right answer, or at least allows for legitimate disagreement, and that an international tribunal should not impose its own preference” (FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals: A comparative analysis of deference**. 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, p. 202).

⁴²⁸ FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals: A comparative analysis of deference**. 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, pp. 175-199.

⁴²⁹ FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals: A comparative analysis of deference**. 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, pp. 197-198.

⁴³⁰ “When judges accord deference, they increase the weight of the first order reasons advanced by the original decision-maker in support of the contested decision on grounds of second-order reasons that do not directly concern the merits of the case but rather refer to institutional differences between courts and other branches of government” (FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals: A comparative analysis of deference**. 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, p. 39).

direitos humanos e a necessidade de legitimação democrática em sua construção⁴³¹. Assim, a margem de apreciação permite a reconstrução, dentro de uma zona de legalidade cinzenta e de um espaço de indeterminação normativa, do próprio conteúdo dos direitos tutelados pelo tratado, permitindo a convivência de regimes de diferentes graus de proteção, reservando o acionamento da jurisdição internacional como garantia institucional da proteção apenas de certos mínimos que garantem essa coabitação⁴³².

Essa análise de fatores de segunda ordem afeta a intensidade do controle judicial a que as ações estatais se submetem na esfera do TEDH⁴³³. A margem de apreciação não dita, necessariamente, um espectro mais ou menos amplo de revisão das decisões domésticas à luz dos direitos convencionais, mas a impacta, na medida em que não só reconhece a existência de um espaço normativo infenso à revisão internacional, mas também, dada a variabilidade das margens consoante à construção do TEDH, resulta em escrutínios variáveis em intensidade das decisões nacionais pelo TEDH⁴³⁴.

Qualquer análise da margem de apreciação como doutrina, contudo, é fortemente influenciada pelo grau de indeterminação de seu uso pelo TEDH. A literatura observa que mais do que uma doutrina geral, pode-se falar em múltiplas margens de apreciação, mutáveis, consoante uma extensa lista de fatores da qual pode resultar, na prática, um juízo material do TEDH sobre o acerto do ato revisado, em nada distinto de uma revisão ilimitada⁴³⁵.

⁴³¹ FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals: A comparative analysis of deference**. 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, p. 72-75. Também nessa linha: ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg's variable geometry. In: FØLLESDAL, Andreas; PETERS, Birgit; ULFSTEIN, Geir (org.). **Constituting Europe**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. pp. 90-103. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781139169295%23c02444-3-1/type/book_part. Acesso em: 7 jun. 2023.

⁴³² FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals: A comparative analysis of deference**. 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, pp. 67-70.

⁴³³ “According to Legg, the margin of appreciation is a practice of international human rights courts which involves assigning weight to the respondent state’s reasoning in a given case on the basis of external factors (also called second-order reasons), such as democratic legitimacy or the expertise of the state. Deference then is not synonymous with nonjusticiability. Courts still adjudicate the cases, but external factors can change the weight of first-order reasons.” (BERTELSEN, Soledad. A margin for the margin of appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 3, p. 889, 2021.)

⁴³⁴ ÇALT, Başak. From flexible to variable standards of judicial review: the responsible domestic courts doctrine at the European Court of Human Rights. In: **Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders**. 1. ed. London: Routledge, 2016, p. 151).

⁴³⁵ “On the one hand, the margin can be seen as a general standard of review, but this obscures the Court’s further calibration of the standard of review in different cases according to a variety of factors. On the other hand, one can envisage a wide variety of ‘margins of appreciation’ applicable in different contexts, but this might lead to such detailed refinement that the identification of the applicable standard of review comes to

Essas margens implicam deferência aos Estados, de acordo com uma diversidade de contextos, como, por exemplo, a natureza absoluta do direito em questão; se há um funcionamento adequado do Judiciário doméstico, com independência e respeito ao devido processo; se as questões em análise exigem maior participação comunitária e *expertise* estatal para a construção de uma solução⁴³⁶, etc.⁴³⁷. Esse cenário gera severas críticas quanto a uma discricionariedade e indeterminação na sua aplicação⁴³⁸.

Uma das tendências apontadas na literatura acerca da aplicação da margem de apreciação diz respeito à sua procedimentalização, que tem expressão máxima na “doutrina das cortes responsáveis”. Dentro dessa lógica, a margem de apreciação nacional é impactada também pelo bom funcionamento do judiciário doméstico na perspectiva convencional: na medida em que há uma maior adesão das cortes nacionais aos parâmetros desenvolvidos na jurisprudência do TEDH, o espectro de revisão internacional diminui⁴³⁹.

coincide with the assessment of the merits” (FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals**: A comparative analysis of deference. 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, pp. 132-133).

⁴³⁶ BERTELSEN, Soledad. A margin for the margin of appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 3, pp. 887–913, 2021.

⁴³⁷ Arai-Takahashi oferece uma listagem de circunstâncias de invocação pelo TEDH: “Analytically, the main contours of debates on the margin of appreciation take shape in five processes: (i) the process of fact-finding and ascertainment of fact; (ii) the process of interpreting and applying national laws; (iii) the process of evaluating the conceptual parameters of a specific ECHR right and applying them in relation to a specific issue arising from a member state’s concrete (measure to implement) laws; (iv) the process of balancing between an individual person’s right and a public interest ground, including the evaluation of the means to achieve the social ends sought after; and (v) weighing in balance two competing rights and freedoms. The second process is related to the question of interpretive disagreements over a specific human rights norm, the profound question that in turn gives rise to judicial discretion. The third process links the first phase of empirical questions with the second phase of delineating the ambit of Convention rights. This process necessitates examining specific (measures of) national laws in the light of the ‘autonomous’ standards of the ECHR rights. The fourth and fifth processes of balancing appear most frequently in the assessment of the limitation clauses appertaining to articles 8–11 ECHR and article 1 of the First Protocol.” ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg’s variable geometry. In: FØLLESDAL, Andreas; PETERS, Birgit; ULFSTEIN, Geir (org.). **Constituting Europe**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. pp. 62–105. Disponível em: <https://www.cambridge.org>. Acesso em: 7 jun. 2023.

⁴³⁸ Sobre os debates em torno da margem nacional de apreciação, vide: SALDANHA, Jânia Maria Lipês; BRUM, Márcio Moraes. **A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia**: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol 15, 1 ed, 2015, p. 195-238. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465415000070>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Sobre a indeterminação na aplicação da doutrina da margem de apreciação nacional, vide: GREER, S. **La marge d’appréciation**: interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l’Homme. Strasbourg: Editions du Conseil de l’Europe, 2000; KRATOCHVÍL, J. The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, v. 29, n. 3, p. 324–357, set. 2011.

⁴³⁹ “The significant mark of distinction here is that in the case of the responsible courts doctrine, deference to domestic courts is conditional upon taking and applying the Convention principles seriously. In contrast, the margin of appreciation doctrine, as originally developed, has operated according to an a priori declaration that the authorities enjoy a margin of appreciation by virtue of their qualities that is not dependent on their ability to interpret the Convention standards. In this respect, the responsible courts doctrine is a qualified form of margin of appreciation. The domestic courts earn the margin by showing their loyalty to the Convention standards

No sentido da diferenciação de contextos estatais, a doutrina das cortes responsáveis se aproxima de um argumento “*Solange*” às avessas⁴⁴⁰, na medida em que abre mão de um controle substancial do conteúdo das obrigações, em nome de uma presunção de observância dos procedimentos necessários para sua delimitação, dentro de um contexto democrático.

Isso, porém, pode ser problemático. Ainda que preservada a análise dos fatores de primeira ordem na verificação da possível violação ao direito humano avocado, duas objeções se colocam: a) a diferenciação entre democracias consolidadas e não consolidadas é em si calcada em fatores fluidos, sujeitos a vieses epistêmicos que podem converter o sistema regional de proteção em via de imposição de modelos de certos estados sobre outros; b) mesmo as democracias consolidadas podem ter déficit de representatividade de grupos minoritários ou minorizados, o que, tratando-se de direitos que tem uma eminente dimensão contramajoritária e de proteção face ao Estado, pode resultar também uma seletividade na proteção que acaba por fragilizar a legitimidade do próprio sistema.

Desse modo, uma utilização mais forte dessa deferência, baseada no país de procedência, pode invisibilizar violações e permitir que estereótipos sejam reforçados pelo sistema internacional de proteção em relação aos Estados “cumpridores” e “violadores” de DDHH. Acresce que sua relativização e aplicação, à luz do caso concreto, podem, ao cabo, se tornarem apenas discursiva, na medida em que, para concluir-se pela possibilidade de deferência, faz-se frequentemente uma análise revisional, nos mesmos moldes que seriam feitos dentro de uma aplicação temática por direito violado da margem de apreciação.

rather than by their other virtues qua domestic courts” (ÇALT, Başak. From flexible to variable standards of judicial review: the responsible domestic courts doctrine at the European Court of Human Rights. *In: Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*. 1. ed. London: Routledge, 2016, pp. 145 e 155). Recomenda-se o referido artigo para uma análise mais detalhada da construção da doutrina no âmbito do TEDH.

⁴⁴⁰ O argumento “*Solange*”, que traduzido do alemão significa “desde que” em suas variações, é traçado à decisão do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no Caso *Solange I*, de 1974. Nele, a Corte entendeu que, dados os amplos poderes normogênicos e de aplicação direta de sua normativa, enquanto a então Comunidade Econômica Europeia (CEE) não oferecesse um nível de proteção ao menos equivalente aos direitos fundamentais postos na lei fundamental alemã, a Corte teria poder de revisar os atos da CEE à luz da Constituição. Esse poder de revisão foi alterado em 1986, no caso *Solange II*, em que, à luz de um robustecimento da proteção dos direitos fundamentais no âmbito comunitário, a Corte alemã passou a reconhecer a existência do nível de proteção equivalente exigido, abrindo mão do exercício desses poderes revisionais desde que fosse mantido o patamar adequado. O argumento *Solange*, portanto, usa de uma lógica de deferência aos mecanismos de proteção de outro sistema jurídico, baseado em uma pressuposição de proteção equivalente. Impende salientar, porém, que em casos posteriores, como o *Maastricht (Brunner)* e o *Solange III*, a Corte Constitucional alemã reafirmou a persistência dos seus poderes revisionais, ainda que em situações excepcionais. Sobre o tema, vide: TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the Solange Argument. *In: The Practice of International and National Courts and the (de-)Fragmentation of International Law*. London: Bloomsbury Publishing Plc, 2014.; MACCORMICK, Neil. The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now. *European Law Journal*, v. 1, n. 3, p. 259–266, 1995; GAVILÁN, Elisa Uriá. Solange III? The German Federal Constitutional Court Strikes Again. *European Papers*, Vol. 1, 2016, p. 367-368.

Nota-se no SIDH uma resistência a abraçar doutrinas de deferência. É bastante consensual na literatura que a postura tradicional no SIDH tem sido a de rejeitar a doutrina da margem de apreciação nacional, ao menos nos moldes de sua formulação pelo TEDH⁴⁴¹. Simbólica, nesse sentido, é a posição de Cançado Trindade, que apoda a doutrina da margem de apreciação nacional de “fórmula nebulosa”, um “malabarismo intelectual desprovido de conteúdo verdadeiramente jurídico”⁴⁴². Essa escolha, dentro do SIDH, implica, além da assunção de maior poder e protagonismo da Corte IDH, na definição da correta interpretação da CADH, um ônus em termos de desgaste com as esferas nacionais, notadamente diante do vetor expansivo dos conteúdos juridificados pela corte⁴⁴³. Dela resulta extirpada uma das possíveis margens de manobra na interação entre os judiciários doméstico e internacional, notadamente quando conjugada às exigências do controle de convencionalidade⁴⁴⁴.

Parte da literatura critica fortemente esse posicionamento da Corte IDH, entendendo nele tanto uma problemática relativização do princípio da subsidiariedade como um desprezo pela participação dos Estados, enquanto força motriz dentro do sistema de proteção aos DDHH. Jean-Baptiste Pascal vê uma expansão totalizante do controle de convencionalidade no SIDH, que pode resultar em um viés de mera subordinação do juiz doméstico⁴⁴⁵. Também

⁴⁴¹ CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights**. Rochester: SSRN Scholarly Paper, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=2406705>. Acesso em: 23 set. 2024.

⁴⁴² “192. O que urge, em nossos dias, é um melhor entendimento das obrigações convencionais de proteção, que abarcam toda e qualquer ato ou omissão do Estado parte, de quaisquer de seus órgãos ou agentes, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo ou do Judiciário. É este princípio fundamental do direito da responsabilidade do estado que deve nos orientar, - sem que se justifique o recurso à fantasias como a das “gerações de direitos” (a admitir direitos “não-justiciáveis” de realização progressiva), ou a fórmulas nebulosas como as da “margem de apreciação” ou da “quarta Instância” (supra), ou a qualquer outro malabarismo intelectual desprovido de conteúdo verdadeiramente jurídico.” TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume 2**. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 141-142.

⁴⁴³ Mesmo doutrinadores mais entusiastas desse movimento tendem a apontar os desafios dele decorrentes, como Corrao: “en una onda expansiva de los derechos, estos mínimos comunes cada vez se extienden más bajo la jurisdicción internacional de los derechos humanos, llevándolo en muchas ocasiones a un máximo continental de protección, ‘llevando a rastras a los intérpretes nacionales que no siempre pueden seguir con facilidad las creativas doctrinas del TEDH’. En este sentido, debemos notar que la doctrina del ‘margen de apreciación nacional’ desarrollada por el TEDH, no ha sido acogida por la Corte IDH. Ello implica un reto de una intensidad mayor de control y de unificación interpretativa para el sistema interamericano en medio de las diversidades nacionales” CORAO, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 58-59. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/>. Acesso em: 6 jun. 2023.

⁴⁴⁴ BURGOGUE-LARSEN, Laurence. Los estándares: normas impuestas o consentidas? In: **La tutela jurisdiccional de los derechos - del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración**. Bilbao: Oñati, 2012, pp. 403-404.

⁴⁴⁵ BAPTISTE, Pascal Jean. L'exigence interaméricaine d'un contrôle de conventionalité interne: entre valorisation et tentative de subordination du juge national par le juge interaméricain. **Demi-journée d'étude, Société française pour le droit international, Bureau des jeunes chercheurs**, Paris, 2023. Disponível em: <https://univ-lyon3.hal.science/hal-04574096v1>. Acesso em: 17 jun. 2024.

Jorge Contesse advoga por uma maior consideração das posições já desenvolvidas pelas cortes constitucionais acerca dos temas tratados na Convenção, como meio de reforço à legitimidade da Corte IDH, tornando-a também uma “amplificadora da justiça constitucional”⁴⁴⁶.

É nessa linha, por exemplo, que Soledad Bertelsen assevera que a margem de apreciação poderia ser compatível com uma versão mais “precisa” do controle de convencionalidade, em termos dos parâmetros que devem ser observados pelos judiciários locais. Essa compatibilização passaria por uma crítica à superexpansão do controle, ao ter acarretado a suposta criação de um sistema de *stare decisis* sem paralelo explícito na CADH e estranho à prática dos países da região e da própria Corte, com restrição excessiva ao escopo de deliberação democrática dos Estados⁴⁴⁷.

As perspectivas de verticalidade parcial colocam uma série de desafios. O primeiro diz respeito a quem define, em último grau, os espaços de deferência, o que, em última análise, renova a discussão acerca de uma verticalidade em termos mais absolutos. A depender da amplitude dos critérios adotados para a delimitação desses espaços, o que pode estar ocorrendo é apenas uma análise substantiva sob uma roupagem diferente, calcada na ampla revisão da decisão supostamente a que se presta deferência. Por fim, é questionável também em que medida as posturas de verticalidade parcial proporcionam verdadeiramente um espaço dialógico ou, ao cabo, criam narrativas paralelas de interpretação de direitos humanos, fragmentadas entre o espaço internacionalizado uniforme e a pluralidade de espaços domésticos.

Na outra ponta do espectro de verticalidade totalizante, estão as perspectivas que alocam a capacidade de decisão definitiva sobre os direitos convencionais, de algum modo, nos Estados-parte. Posturas puramente soberanistas, que exigem amplo *exequatur* para a aplicabilidade das decisões da Corte IDH, hoje são um tanto raras, porém não inexistentes: o maior exemplo nesse sentido foram os pronunciamentos do Tribunal Supremo de Justiça

⁴⁴⁶ CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 2, p. 414–435, 1 abr. 2017.

⁴⁴⁷ “Conventionality control as defined in the most recent cases seems to transform the IACtHR into a Constitutional Court of the Americas, implementing a system of *stare decisis*, which is foreign to most countries in the region as well as to the Court’s own practice. This position is problematic, because it restricts the scope of democratic decisions adopted by national authorities and leaves little room for the margin of appreciation. In my opinion, a precise understanding of the conventionality control could still be compatible with granting states a margin of appreciation.” (BERTELSEN, Soledad. A margin for the margin of appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 3, p. 911-912, p. 2021).

venezuelano antes da retirada daquele país da CADH⁴⁴⁸. A chegada nesse nível de contestação é normalmente o vestíbulo de uma ruptura mais peremptória e um possível indicativo não só de uma crise com o SIDH, mas da fragilização protetiva dos direitos humanos em um determinado cenário nacional.

Contudo, há perspectivas mais nuançadas, no sentido da intensificação do protagonismo dos Estados-parte, na determinação dos rumos dos sistemas regionais de proteção a direitos humanos. Um exemplo pode ser visto na valorização do consenso regional como meio de legitimação da atuação das cortes internacionais de DDHH. Além da já referida posição de Jorge Contesse sobre a amplificação constitucional, pode-se citar nessa linha Samantha Besson, que, baseada na subsidiariedade e na noção de consenso, que seriam inerentes à construção das obrigações em direitos humanos, nega às Cortes regionais a função de intérpretes últimas do DIDH. A posição das cortes seria, então, de facilitadoras que cristalizariam e consolidariam as autointerpretações construídas como “direito consuetudinário decorrente da prática subsequente dos tratados de direitos humanos pelos Estados”, que, identificadas e assentadas, poderiam ser exigidas internacionalmente⁴⁴⁹.

Também nas manifestações das cortes constitucionais domésticas não é incomum encontrar ao menos algum tipo de reserva quanto a uma obediência linear às decisões das cortes internacionais, como se aprofundará a seguir, dentro das tentativas de horizontalização das relações com as cortes internacionais.

⁴⁴⁸ Para uma perspectiva completa sobre o conjunto de eventos que desaguou na retirada da Venezuela da CADH, vide: CORAO, Carlos Ayala. La doctrina de la “inejecución” de la sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009). In: **Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales**: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013, p. 503-568.

⁴⁴⁹ “International courts may only proceed with their monitoring once domestic judicial remedies have been exhausted (‘procedural subsidiarity’). In turn, their review decisions are declaratory (albeit being binding, of course), thus calling for some form of domestic remedial enforcement (‘remedial subsidiarity’). Finally, and most importantly, those courts may, and should only offer new interpretations of international human rights law in the course of their monitoring activity when those are based on an existing transnational human rights practice and the common ground arising thereof. In the absence of such a common ground or ‘consensus’, they should respect domestic authorities’ ‘margin of appreciation’ in specifying and restricting their respective international human rights’ duties (‘substantive subsidiarity’). As a result, international human rights courts should not be conceived of as ultimate interpreters. They are unlike other international law courts whose interpretative authority derogates from the principle of States’ self-interpretation that prevails in international law. Instead, international human rights courts are facilitators of the self-interpretation of IHRL by States: they help crystallize and consolidate States’ interpretations of human rights into IHRL qua customary law stemming from States’ subsequent practice of human rights treaties. Once identified and entrenched as international law, these minimal human rights interpretations can then be imposed on domestic authorities externally.” BESSON, Samantha (org.). Sources of International Human Rights Law: How General is General International Law?. In: **The Oxford handbook on the sources of international law**. First editioned. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 860.

B) A tentativa de construção de uma geometria horizontal no SIDH

Além dessas distribuições verticais – e, de certa maneira, mesmo nas entrelinhas dos discursos de várias delas – pode-se notar um outro movimento, que tenta apontar para uma horizontalidade dialógica entre as cortes regionais de direitos humanos e os tribunais domésticos, ao menos em uma perspectiva dinâmica no tempo. Em linhas gerais, esses autores tendem a valorizar a possibilidade dos tribunais domésticos, por meio das interpretações que constroem das convenções de DDHH, serem motrizes do aprofundamento e mesmo da correção de rumos da sua interpretação.

Uma das construções nesse sentido é feita por Armin von Bogdandy, sob a lógica constitutiva do direito europeu, baseado em responsabilidades comuns, porém diferenciadas, dos tribunais internacionais e domésticos. O autor aponta que as cortes europeias e domésticas compartilham a tarefa de construção do espaço jurídico europeu, calcada, porém, em missões institucionais diferentes, integradas em uma perspectiva não verticalizada⁴⁵⁰. Nesse cenário, o autor atribui às cortes constitucionais domésticas em relação aos dois tribunais europeus (TEDH e TJUE) três funções: conexão, legitimação e controle.

A função de conexão se relaciona ao papel de ligação exercido pelas cortes constitucionais entre juízes domésticos e cortes europeias, refletido, não só na exigência de esgotamento dos recursos internos, mas também na importância de sua atuação como primeira resposta às violações dos direitos tutelados internacionalmente, inclusive oferecendo as primeiras posições sobre novos temas a serem examinados. Já a legitimação se dá pelo apoio ao processo de recepção das decisões europeias, por meio de seu reconhecimento e citação explícitos. O controle, por fim, se dá a partir da reivindicação pelas cortes constitucionais de um espaço de revisão das decisões internacionais e de vedação de seus efeitos nas ordens internas, o que proporciona uma dimensão de freios e contrapesos, ainda que com o risco de resultar em um protecionismo constitucional.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ BOGDANDY, Armin von. **The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2024, p. 217-218. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/56270>. Acesso em: 7 jun. 2024.

⁴⁵¹ “Following Grabenwarter, the responsibility of constitutional courts can be summarized as encompassing three functions, namely, connection, legitimation, and review. The function of connection expresses that the constitutional courts form a specific link between the domestic and the European courts. The requirement that all domestic remedies must have been exhausted before a complaint can be brought before the ECtHR even entails that often a case has been decided by competent constitutional court. Frequently, constitutional courts are also the first courts to engage with new, constitutionally relevant case law from the CJEU and ECtHR and thus introduce it into domestic legal discourse. In other words, there are many channels of communication.

Nessa perspectiva, o conflito com a jurisdição internacional, ainda que relevante e possivelmente preocupante, é visto como inafastável, reclamando um manejo atento para não se agudizar, na lógica do papel comum de construção do espaço integrado⁴⁵².

As doutrinas constitucionais de “amortecimento” do processo de internalização do Direito Europeu poderiam, portanto, em uma lógica cooperativa, ser responsabilmente empregadas como oportunidades de reflexão⁴⁵³. De sua utilização resultaria não só contestação da autoridade do TEDH, mas também um compartilhamento de responsabilidades em torno das posições assumidas na medida em que esses tribunais aprofundam sua interpretação em nome próprio⁴⁵⁴.

Furthermore, constitutional courts have a function of legitimation. By processing European decisions and citing them affirmatively, they provide additional legitimation, which supports domestic reception (see 4.3.D). The function of review is closely related to that of legitimation. Thus, constitutional courts review CJEU and ECtHR decisions and claim the power to prohibit their effects within the domestic legal order. This function can serve the European checks and balances but can also facilitate constitutional protectionism. In both respects, the arguments mostly revolve around constitutional identity (see 3.2.C)” (VON BOGDANDY, Armin. **The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2024, pp. 222-223. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/56270>. Acesso em: 7 jun. 2024).

⁴⁵² “Consequently, conflicts are bound to occur and can serve the European constitutional core. It is important, however, that they do not escalate. Any conflict must be managed in the light of the courts’ common responsibility. Fortunately, the interaction between them is very flexible. This flexibility reflects a remarkable development. The Kelsenian model of constitutional adjudication offers only limited decision-making possibilities since it only provides for the nullity of the act found to be unlawful. By contrast, there are many options within the framework of European multilevel cooperation, but there is almost never the hard consequence of nullity” (VON BOGDANDY, Armin. **The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2024, pp. 223. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/56270>. Acesso em: 7 jun. 2024).

⁴⁵³ The relevant doctrines (controlimiti, ultra vires, etc.) are similarly flexible. It is only a slight exaggeration to view them as jokers in a power game. At the same time, the fact that these jokers are only very rarely played reflects the courts’ common responsibility. It is widely held that Union law should remain unapplied only as a means of last resort. A constitutional court has to justify such a move by pointing to a grave threat to constitutional principles; moreover, it should first give the CJEU the opportunity to address and manage the conflict. Common responsibility is enacted in different ways. Ideal-typically, we can distinguish between a maximalist style, which insists on a right to the final say, and a minimalist style, which is relational (see 4.1.D). The German Constitutional Court above all employs the former and the Italian Constitutional Court the latter (VON BOGDANDY, Armin. **The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2024, p. 224. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/56270>. Acesso em: 7 jun. 2024).

⁴⁵⁴ “These buffering doctrines have drawn sharp criticism. They undermine the ECtHR’s authoritativeness, they are vague, they might promote arbitrariness, and they are simply impractical for the average judge. At the same time, the buffering implies that the national courts—and the apex courts, in particular—share the burden of legitimizing the ECtHR’s case law. This, in turn, supports the difficult business of human rights juridification. The democratic legitimation of ECtHR decisions is weak, especially when it comes to adjudicating societally contested matters. The opening of national legal orders to ECtHR precedent places an immense burden of legitimation on the Court. Contrary to the Luxembourg Court, there is no corresponding legislature. Against that background, the supposed weakening of the ECtHR through national buffering turns out to provide justificatory relief. If the domestic courts are not strictly bound to Strasbourg precedent, they assume responsibility and contribute their own democratic legitimation to the Court’s case law. This leads to a general feature of European public law: the common but differentiated responsibility of all courts” (VON BOGDANDY, Armin. **The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2024, pp. 216-217. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/56270>.

Na mesma linha de valorização das possibilidades de aperfeiçoamento e aprofundamento do DI por meio do conflito e engajamento das cortes, Nollkaemper, Shany e Tzanakopoulos apontam, a partir do mapeamento de práticas domésticas, que a contestação fundamentada por parte dos tribunais nacionais pode induzir a reavaliação de normas internacionais e de suas interpretações tradicionais, catalisando reformas e embasando reações de outros atores⁴⁵⁵. Também Giuseppe Martinico entende que casos lidos, como hipóteses de resistência das cortes domésticas europeias à aplicação da jurisprudência do TEDH, são um reflexo do próprio processo de abertura constitucional ao DI e do sucesso na afirmação da autoridade do TEDH, o que leva a situações em que as dificuldades de internalização das posições da corte internacional conduzem ao desenvolvimento de reinterpretções dialógicas, de viés cooperativo, por parte dos juízes nacionais⁴⁵⁶.

Como já se descreveu em outras seções desta tese, há estudiosos do SIDH que tentam valorizar o consenso regional e as manifestações domésticas como meio de modulação da interpretação da CADH. Rodiles vê na valorização das práticas subsequentes, como meio de interpretação do Pacto de San José, uma estratégia de legitimação e moderação de interpretações excessivamente expansivas, enquanto se preserva o espaço para evoluções com base na prática dos Estados⁴⁵⁷. Neuman reclama uma maior valorização do papel dos

Acesso em: 7 jun. 2024).

⁴⁵⁵ “By contesting the substantive content of an international law norm—because it conflicts, in the judgment of the court, with other principles of law or justice reflected in a competing legal norm—domestic or international—domestic courts encourage a revaluation of existing international law norms and the traditional way in which they are interpreted, and may serve as catalysts for legal reform, and for inducing reactions by other domestic courts, international courts, or other international law-makers, predominantly States, and norm-entrepreneurs. In any event, this form of engagement accentuates the potential role of domestic courts as normative actors in and under international law.” NOLLKAEMPER, André; SHANY, Yuval; TZANAKOPOULOS, Antonios. *Engagement of Domestic Courts with International Law Principled or Unprincipled? In: The Engagement of Domestic Courts with International Law: Comparative Perspectives*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2024.

⁴⁵⁶ “In these cases, in light of the pluralist spirit of the Convention, national courts may disagree with the ECtHR, by giving arguments in order to explain why they are going to depart from the concrete solution given by the Strasbourg Court. These cases are based on a distinction between interpretation and argumentation. In other words, even in these cases, national courts comply with the procedural duty to take into account the case law of the Strasbourg Court when interpreting national law, but this does not guarantee – in presence of reasonable arguments explained by the national court and based on the pluralistic spirit of the Convention – the same output in terms of solution devised for the case pending before the domestic judge. (...). This means that judicial disagreements or conflicts are not always negative. On the contrary, sometimes conflicts may trigger negotiation and dialogue, i.e. exchanges of arguments fed by that constitutional openness described in the first part of this chapter.” (MARTINICO, Giuseppe. *National courts and judicial disobedience to the ECHR: a comparative overview. In: Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*. 1. ed. London: Routledge, 2016, p. 70-71 e 78).

⁴⁵⁷ RODILES, Alejandro. *The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America*. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). *The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 163. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0009>. Acesso em: 12 jun. 2023.

Estados como via para mitigar desafios de legitimidade e efetividade, bem como de indevida erosão do conteúdo vinculante dos direitos humanos hemisféricos⁴⁵⁸, salientando que não se trataria de tomar de empréstimo a vontade do Estado cuja conduta é questionada, mas de atentar ao aspecto consensual e institucional como meio de fortalecimento do SIDH⁴⁵⁹.

Uma proposta de conciliação da possibilidade dessa função de controle por parte das cortes domésticas é oferecida por Marten Breuer, no sistema europeu, a partir da diferenciação entre mera discordância e resistência por princípio (“*principled resistance*”). A primeira, como dissenso equacionável, não seria deletéria para o sistema regional de proteção como um todo. Já a segunda é um conflito jurídico qualificado, normalmente envolvendo normas constitucionais e a CEDH, que geram um bloqueio permanente na implementação de uma decisão do TEDH, fruto de um profundo desacordo quanto à proteção de um direito humano ou de um conflito em torno da decisão e a noção de “identidade nacional”⁴⁶⁰.

A partir da diferenciação entre *res judicata* e *res interpretata*, Breuer entende que a inobservância da primeira é uma violação da CEDH e, sempre, um caso de resistência por princípio, dada a violação ao dever de implementação. O mesmo não poderia ser dito da segunda, sob o risco de gerar-se uma petrificação excessiva do sistema protetivo e de obstar o ajuste contínuo da jurisprudência europeia⁴⁶¹. Essa divergência, porém, demandaria um engajamento profundo e de boa-fé com a jurisprudência do TEDH, dentro de um diálogo

⁴⁵⁸ NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, p. 115-116, 2008.

⁴⁵⁹ “The rights embodied in human rights conventions have suprapositive bases, but as embodied they also have consensual and institutional aspects. Ideally, interpretation draws on all three of these aspects in a manner that makes the convention system justifiable, politically acceptable, and effective. There is reason for concern that the Inter-American Court of Human Rights has become too divorced from the consensual aspect of a regional human rights convention in its interpretive practices, and that this departure is not compensated for by compelling normative analysis or strategic institutional design. The Court should not bow to the will of individual violators, but it needs to induce, and not merely exhort, the support of the regional community of states. Inattention to regional consent is undoubtedly not the principal cause of the Court’s compliance difficulties, which also extend to cases involving grave and incontestable violations of rights to life and bodily integrity. Nonetheless, it presents a problem that may impede efforts to strengthen the system” (NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, p. 123, 2008).

⁴⁶⁰ “(1) It is a legal conflict, normally resulting from a clash between the national constitution and the Convention. (2) The conflict leads to a permanent blockade, in the sense that an ECtHR judgment cannot and will not be implemented. This may result either (a) from a deep disagreement between a national actor and the Court on the protection of human rights or (b) from a conflict between the ECtHR judgment and ‘national identity’ (or indeed both of them).” (BREUER, Marten. ‘Principled Resistance’ to ECtHR Judgments: An Appraisal. **Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?** Berlin, Heidelberg: Springer, 2019, p. 324).

⁴⁶¹ BREUER, Marten. ‘Principled Resistance’ to ECtHR Judgments: An Appraisal. **Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?** Berlin, Heidelberg: Springer, 2019, p. 329-338).

construtivo e respeitoso⁴⁶².

Cumprir problematizar também essas perspectivas de maior horizontalidade. Focar no aspecto dialógico, conquanto desmistifique a real frequência e efeitos das situações de conflito, também acaba por ocultar situações de assimetrias na consideração das posições domésticas pelos tribunais internacionais. Não está infenso a dúvidas se práticas de contestação de Karlsruhe, de Lisboa e de Bucareste terão o mesmo peso para o TEDH, ou se a integração horizontal, mais do que uma prática, é apenas um projeto, com as limitações clássicas sobre quem tem o último poder de decisão.

Em síntese, lidas as diferentes geometrias como posições sobre as regras de precedente, tem-se que a adoção de uma perspectiva mais ou menos verticalizada em favor da Corte IDH determinará quais são os limites no uso, interpretação e aplicação dos precedentes interamericanos, bem como quais as funções que as cortes domésticas terão em sua formação.

Uma perspectiva que admita a ideia de deferência abre espaço para arguir exceções, com base em margens de divergência nacionais, que se tornam menos possíveis em modelos de maior verticalidade e uniformidade regional do conteúdo dos direitos convencionais. Uma óptica de SIDH mais vertical em favor da Corte IDH pode deixar pouco espaço de crítica dialógica das cortes nacionais ao desenvolvimento dos direitos hemisféricos pelo SIDH; já o posicionamento mais vertical em favor dos Estados pode chegar ao limite de rejeitar por completo o uso dos precedentes interamericanos na interpretação dos direitos fundamentais, ainda que consubstanciais aos direitos convencionais.

Por fim, também as perspectivas mais horizontais desembocam no desafio da solução das divergências entre os intérpretes que, ao final, podem acarretar o risco de uma instabilidade insustentável dos *estândares interamericanos de direitos humanos*.

⁴⁶² “Thus, a national judge must not bluntly ignore ECtHR case law but will be required at least to enter into an in-depth analysis of the Court’s case law and to give reasons why it thought it was necessary to depart from Strasbourg. In other words, the national judge must engage *bona fide* in a dialogical relationship with Strasbourg. In this sense, Anne Peters supports a right to resist as a means of last resort, provided such right is exercised in good faith and the national actors enter into a constructive dialogue. In any event, direct confrontation which assaults the Court’s authority must be avoided. This brings us back to the notion of ‘principled resistance’ and the necessity of drawing the fine line between ‘principled resistance’ and mere ‘disagreement’ cases. Given the fact that under *res interpretata*, national judges are entitled to present a reading of the Convention divergent from Strasbourg case law, such cases should normally count for mere disagreement. Where the disagreement is particularly strong and lacks due regard to the Court’s authority, however, it may transmute into ‘principled resistance’. Thus, the style and language of the national judge deviating from Strasbourg become primordially important.”(BREUER, Marten. ‘Principled Resistance’ to ECtHR Judgments: An Appraisal. **Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?** Berlin, Heidelberg: Springer, 2019, p. 340).

Contudo, uma observação geral pode desde já ser feita: mesmo os modelos mais rigorosos de verticalização dificilmente são sustentáveis sem algum espaço mínimo de dialeticidade. O exemplo mais evidente disso está na possibilidade de excepcionar um precedente na lógica *pro persona*, já que a possibilidade de uma proteção mais favorável nacional pode levar, nos termos expressos da CADH, à não aplicação ao caso concreto de um padrão interamericano. Esse exame do real cenário mais favorável pode até ser atribuído, em último grau, a uma corte nacional ou à Corte IDH, mas, de todo modo, sua possibilidade obsta uma adesão acrítica a todo e qualquer padrão já construído, notadamente dada a possibilidade de choques, em um caso concreto, de direitos convencionalmente protegidos⁴⁶³.

Argumentativamente, a possibilidade de diálogo por precedentes passa, também, por um “monólogo interno” das cortes acerca do espaço que vão conferir ao engajamento umas com as outras⁴⁶⁴. Nesse sentido, mais importante do que o discurso propriamente dito em torno da deferência (que acontece, inclusive, em posições mais rígidas sobre a geometria

⁴⁶³ Em uma crítica a um uso indiscriminado do *pro homine* e do princípio da interpretação mais favorável, exemplifica Paúl Díaz: “El primer comentario que se hará al criterio de la interpretación más favorable, “pro homine” o “pro persona”, dice relación con el interés subyacente a la posición del Estado. Ello se refiere a que la postura del Estado (ya sea que éste la defienda o no) suele reflejar posturas que son defendidas a nivel interno como un asunto de derechos humanos. Un caso en que ello quedó patente –con independencia de si se está o no de acuerdo con el fondo– fue el de La Última Tentación de Cristo. En este caso, quienes solicitaron la prohibición de esta película a nivel interno lo hicieron alegando, principalmente, una violación de su derecho al honor. De hecho, la prohibición de esta película fue alcanzada a nivel nacional mediante un recurso de protección de garantías fundamentales. La posición subyacente a la postura del Estado quedó más clara aún cuando los interesados solicitaron intervenir en el caso ante la Corte Interamericana, aunque ésta negó dicha posibilidad. Este caso muestra que la ‘interpretación más favorable’ es un concepto relativo, pues si se da la interpretación más amplia posible a la libertad de expresión, se está dando una interpretación más restringida al derecho a la honra. Algo similar sucede con lo que se ha llamado el ‘punitivismo’ de la Corte, que al aplicar interpretaciones favorables para las víctimas de violaciones de derechos humanos, restringe derechos de los procesados, a pesar de que éstos se encuentran expresamente establecidos en la CADH. Este es uno de los motivos por los cuales el argumento pro homine, si bien es importante, ‘no puede convertirse en un comodín con el cual se extiendan los compromisos de los Estados parte en los tratados internacionales’” (DÍAZ, Álvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, n. 2, p. 303–345, 2013, p. 325-326).

⁴⁶⁴ ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll; BUYSE, Antoine. Introduction. *In: Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders*. 1. ed. London: Routledge, 2016, p. 2).

vertical em favor da última palavra da Corte IDH⁴⁶⁵) é compreender como os dois polos judiciais do SIDH se identificam e engajam entre si.

Isso significa, mais especificamente, compreender como a Corte IDH enuncia a existência de espaços de atuação dos tribunais nacionais e o nível de criatividade e contestação que podem apresentar diante da formação dos *estândares* jurisprudenciais, assim como a medida em que os tribunais domésticos visualizam a si mesmos como juízes interamericanos e a vinculatividade que atribuem às manifestações da Corte IDH.

Essa perspectiva reclama uma “virada sociológica” que compreenda a realidade desse diálogo, como aponta George Galindo:

É importante pensar em formas de relacionamento que explorem não maneiras impositivas de fazer valer certas decisões, mas uma conversação que leve a acomodações de valores às vezes contrapostos. É necessário o reconhecimento de que o conflito muitas vezes traz benefícios aos indivíduos, e que uma solução que conduz a um vencedor e um perdedor é muitas vezes inviável. Muito se tem escrito sobre diálogo de cortes e transconstitucionalismo. Tal literatura parte da importante constatação de que o modelo hierárquico encontra-se esgotado. No entanto, falar em conversação como forma de lidar com os novos problemas do relacionamento entre direito internacional e direito interno implica a necessidade de uma “virada sociológica” nesse campo de estudo. Antes de buscar fazer com que, por exemplo, decisões internacionais sejam plenamente implantadas em direitos internos, é preciso responder questões como: de que forma age o juiz internacional? Como ele se relaciona com juízes internos? Como a realidade interna é considerada em julgamentos internacionais? Que maneiras alternativas podem ser encontradas (até mesmo fora do cânone clássico das formas de reparação previsto no capítulo da responsabilidade internacional dos Estados) para fazer valer uma decisão internacional? Quais as diferenças de poder entre tribunais internacionais e internos?⁴⁶⁶

Portanto, a compreensão acerca da efetiva existência de um diálogo por precedentes no SIDH passa pela disputa sobre a aptidão para impactar a formação dos precedentes interamericanos e o reconhecimento de sua força vinculante. Nos próximos dois capítulos,

⁴⁶⁵ Na linha dessa crítica, afirma Contesse: “In a visit to the Mexican Supreme Court in February 2013, former judge García-Sayán was careful to note that, in addition to concerning themselves with whether states refer to and apply the Inter-American Court’s decisions, Inter-American judges ‘do not make personal judgments because we are respectful of the bounds of each court and understand that these interactions represent a respectful dialogue with one another.’ What García-Sayán failed to take into account is that his opinions showed, not so much an idea of two-way dialogue, but rather a kind of unilateral/one-dimensional monologue from the Inter-American Court to the domestic courts. If there were dialogue, then both parties would have an equal right to participate and the better argument about the meaning and scope of fundamental rights should ultimately prevail notwithstanding the authority from whence it originated. Yet, as formulated, the Court’s opinions have more weight in this model of ‘inter-jurisprudential dialogue,’ effectively functioning as the final word. Moreover, what interests the Court—to the point that it conducts formal visits to the various states—is that local judges receive, understand, and internalize international standards and the interpretations the Court has made of them. This judicial philosophy starts off on the wrong foot, as it is not clear that this is the Court’s role, and it ends worse, with the declared, but difficult to execute, aim of saddling judges with the obligation to carry out conventionality control” (CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 2, p. 414–435, 1 abr. 2017, p. 425-426).

⁴⁶⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O valor da jurisprudência da Corte IDH. In: **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Barcelona: DHES, 2014, 252-253

utilizar-se-á a análise empírica para compreender-se, de um lado, como a Corte IDH visualiza a função dos precedentes domésticos na formação dos padrões interamericanos; e, de outro, como o STF visualiza a função dos precedentes interamericanos na sua prática argumentativa.

PARTE 3: A PRÁTICA DO DIÁLOGO POR PRECEDENTES NO SIDH

Para analisar os dois polos de engajamento recíproco entre a Corte IDH e os tribunais domésticos, a presente pesquisa passa a uma análise empírica de decisões daquele órgão e do STF, conduzidas nesta 3ª parte. A partir das opiniões consultivas (OCs) da Corte IDH e dos acórdãos de plenário do STF, examina-se com quem e em que contextos ocorre esse diálogo, a fim de entender a prática do SIDH em torno dos precedentes externos, interamericanos e domésticos.

Como já abordado na introdução desta tese, a abordagem metodológica empírica se fez com a técnica da análise textual discursiva, com o auxílio do Software de pesquisa qualitativa “MaxQDA”, buscando um exame crítico da prática da Corte IDH e do STF em torno do manejo dos precedentes na perspectiva do diálogo de cortes.

O capítulo 6 é dedicado à análise das opiniões consultivas da Corte IDH. Nele justifica-se a escolha das OCs como objeto de análise do uso dos precedentes domésticos e se discutem os dados nas perspectivas da enunciação de seu valor jurídico e seu emprego como material decisório.

Já o capítulo 7 foca nas decisões do plenário do STF, em que são citadas manifestações da Corte IDH. Após a justificativa do recorte, debatem-se os dados em duas perspectivas, a da enunciação do valor jurídico dos precedentes interamericanos e de seu emprego como material decisório.

Os dados de ambos os capítulos serão contrastados, de forma articulada com as perspectivas teóricas, nas considerações finais.

CAPÍTULO 6: A PRÁTICA DO DIÁLOGO POR PRECEDENTES NO SIDH A PARTIR DA CORTE IDH

Na perspectiva da Corte Interamericana (Corte IDH), o diálogo por precedentes envolve um esforço entre a cacofonia e a polifonia, a partir de vozes nacionais e internacionais. Para compreendê-lo, após a apresentação dos aspectos metodológicos da análise realizada na Corte IDH, focada nas opiniões consultivas (6.1), são descritos os resultados em termos de enunciação (6.2) e uso das decisões nacionais (6.3). O conjunto sinaliza um dissenso persistente acerca da função das decisões nacionais na construção dos *estândares* interamericanos, acompanhado de um cenário de aumento seletivo do uso das decisões nacionais, ainda que inferior às citações dos tribunais internacionais, notadamente do TEDH (Tribunal Europeu de Direitos Humanos).

6.1 Aspectos metodológicos da análise na Corte IDH

A análise da participação da Corte IDH no diálogo por precedentes foi feita com base nas opiniões consultivas (A), por meio da codificação com apoio do MAXQDA (B).

A) Formação do corpo de análise: a escolha das opiniões consultivas

A fim de se ter uma amostra de como a Corte IDH faz uso das decisões nacionais optou-se por examinar, de modo exauriente, as opiniões consultivas emitidas pelo tribunal.

A possibilidade de requerer opiniões consultivas está prevista no art. 64 da CADH⁴⁶⁷. Trata-se de uma das previsões normativas de maior escopo no comparativo com outros tribunais de direitos humanos, em especial pela previsão de manifestação sobre outros tratados, além da CADH, trabalhada pela Corte IDH de modo alargado desde sua primeira

⁴⁶⁷ Artigo 64 1. Os Estados-Membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado-Membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais

OC⁴⁶⁸. Também contribui para o maior uso desse instrumento nas Américas a legitimidade para solicitação alargada em relação a outros sistemas de proteção, ao admitir pleitos pelos Estados-membros da OEA individualmente⁴⁶⁹, independentemente da ratificação e internalização da CADH e da aceitação da jurisdição compulsória da Corte IDH.

Nesse horizonte, a escolha das opiniões consultivas se fundamentou, primeiramente, na própria visão da Corte IDH sobre sua função na formação do *corpus iuris* interamericano. Segundo suas manifestações, as OCs são parâmetro para o controle de convencionalidade e, por meio da *res interpretata* e a fim de prevenir violações, estabelecer diretrizes a serem observadas inclusive aos Estados que não são parte da CADH:

58. A Corte também considera necessário lembrar que, de acordo com o direito internacional, quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, esse tratado vincula todos os seus órgãos, inclusive os poderes judicial e legislativo, portanto a violação por qualquer um desses órgãos gera responsabilidade internacional. É por esta razão que se considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade, também com base no que é indicado no exercício da sua jurisdição não contenciosa ou consultiva, que inegavelmente partilha com a sua competência contenciosa o propósito do sistema interamericano de direitos humanos, que é “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”.

59. Por sua vez, com base na norma convencional interpretada por meio da emissão de um parecer consultivo, todos os órgãos dos Estados membros da OEA, incluindo aqueles que não são Partes da Convenção, mas que se obrigaram a respeitar os direitos humanos nos termos da Carta da OEA (artigo 3.1) e da Carta Democrática Interamericana (artigos 3, 7, 8 e 9), contam com uma fonte que, segundo a sua própria natureza, contribui também e especialmente de maneira preventiva, para alcançar o respeito e a garantia efetivos dos direitos humanos e, em particular, constitui um guia a ser utilizado para resolver questões relacionadas com o respeito e a garantia dos direitos humanos no âmbito da proteção internacional e, assim, evitar possíveis violações dos direitos humanos⁴⁷⁰.

⁴⁶⁸ CORTE IDH. “**Otros tratados**” objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

⁴⁶⁹ LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE, Lucas Mendes. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. 1, n. 21, p. 125-166, mar. 2021, p. 132

⁴⁷⁰ Texto original, por nós traduzido: “58. La Corte estima necesario, además, recordar que, conforme al derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional, como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes judicial y legislativo, por lo que la violación por parte de alguno de dichos órganos genera responsabilidad internacional para aquél. Es por tal razón que estima necesario que los diversos órganos del Estado realicen el correspondiente control de convencionalidad, también sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos, cual es, “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos. 59. A su vez, a partir de la norma convencional interpretada a través de la emisión de una opinión consultiva, todos los órganos de los Estados miembros de la OEA, incluyendo a los que no son Parte de la Convención pero que se han obligado a respetar los derechos humanos en virtud de la Carta de la OEA (artículo 3.1) y la Carta Democrática

É nesse sentido que a literatura reporta-se a uma “quase-legislação” da Corte IDH por meio das opiniões consultivas⁴⁷¹, funcionando como “sinalizações-alerta de interpretações” que antecipam novos parâmetros que serão usados nos casos contenciosos⁴⁷². Há um movimento estratégico nas opiniões consultivas de construção de “amplos poderes jurisdicionais, tanto na interpretação da Convenção quanto no próprio funcionamento do Sistema Interamericano”⁴⁷³.

Isso não se fez, porém, sem tensões, sendo uma das sugestões apontadas para mitigar problemas de legitimidade nesse movimento a assunção de “uma posição mais cautelosa e com maior diálogo com os Estados em relação aos avanços da jurisdição contenciosa e suas potencialidades”⁴⁷⁴. Até que ponto o uso dos precedentes judiciais dos Estados-partes fez e faz parte dessa possível postura dialógica é um dos elementos importantes para entender se há, efetivamente, essa troca entre os órgãos judiciais, internacional e nacionais, do SIDH.

Não se ignora que as OCs tratam, individualmente, de temas complexos, durante longo espaço temporal, com diferenças de engajamento por parte dos atores envolvidos em cada momento. Contudo, essa heterogeneidade é mais um fundamento para justificar a pesquisa, na medida em que os critérios de análise escolhidos intentam mais uma visualização do conjunto das OCs do que o aprofundamento do uso das decisões domésticas em um tema específico, permitindo um grau suficiente de comparabilidade no recorte temporal.

Ademais, tendo em conta a ausência, ao menos formalmente, de um caso concreto, e

Interamericana (artículos 3, 7, 8 y 9), cuentan con una fuente que, acorde a su propia naturaleza, contribuye también y especialmente de manera preventiva, a lograr el eficaz respeto y garantía de los derechos humanos y, en particular, constituye una guía a ser utilizada para resolver las cuestiones relativas al respeto y garantía de los derechos humanos en el marco de la protección internacional y así evitar eventuales vulneraciones de derechos humanos” (CORTE IDH. **La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección** (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25. 2018, p. 22).

⁴⁷¹ LIMA, Lucas. Carlos. A Corte Interamericana em tempos de crise. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 16, n. 1, 2023.

⁴⁷² SQUEFF, Tatiana Cardoso; FREITAS, Felipe Simor de. Segurança jurídica na jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de sinalização-alerta de interpretações em opiniões consultivas. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 73, p. 159–184, 9 abr. 2023.

⁴⁷³ LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE, Lucas Mendes. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. **Anuario mexicano de derecho internacional**, v. 21, p. 125–166, dez. 2021, p. 132.

⁴⁷⁴ LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE, Lucas Mendes. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. **Anuario mexicano de derecho internacional**, v. 21, p. 125–166, dez. 2021, p. 157.

considerada a moldura continental da manifestação, as opiniões consultivas se oferecem como um ambiente propício a um esforço de direito comparado na compreensão da CADH, envolvendo os múltiplos países partícipes do SIDH.

B) Estratégia de abordagem: análise qualitativa apoiada por software

O corpo de análise perfez 29 OCs. Os documentos foram extraídos do sítio oficial do tribunal⁴⁷⁵, englobando todos até final de 2023, data da última OC publicada. Optou-se pela versão em espanhol, a fim de preservar a harmonia linguística das codificações entre si, tendo em conta que nem todas as manifestações estão disponíveis oficialmente em português.

A abordagem do corpo de análise se fez com uma primeira leitura da íntegra dos textos para identificação dos segmentos relevantes. Esses trechos foram codificados manualmente dentro do *software* MAXQDA, sendo assinalados e categorizados consoante os grupos de etiqueta apresentados abaixo. Na sequência, foi feita uma checagem do exaurimento dos segmentos relevantes pela exploração do texto por meio de busca de palavras-chave extraídas da literatura que poderiam referir-se aos temas buscados, a fim de garantir o exaurimento dos temas de interesse no *corpus*. Por fim, finalizada essa identificação, foi combinada a análise qualitativa, com base na análise textual e comparativa dos segmentos, com ferramentas de análise jurimétrica, como a contabilização dos segmentos em contraste com variáveis como data e tema das OCs.

Os segmentos que se referem à citação de variadas decisões nacionais como base da mesma conclusão foram codificados como uma unidade que doravante chamaremos de “bloco de argumento”. Também foi realizada a codificação de cada decisão mencionada em cada bloco, unidade que doravante chamaremos de “decisões singularizadas”, principalmente para viabilizar a contagem das decisões mais referenciadas por país de origem.

Ademais, para fins de comparação, foram codificadas também as menções a decisões de outros tribunais internacionais, órgãos de tratados e comissões regionais de direitos humanos, que também foram discriminadas apenas consoante a finalidade de seu uso. Para cobertura completa, fez-se atenção a possíveis sinonímias: por exemplo, foram buscados segmentos com referência tanto a “Tribunal Europeu de Direitos Humanos” como a “Corte Europeia de Direitos Humanos”.

⁴⁷⁵ Acessível em: https://www.corteidh.or.cr/opiniones_consultivas.cfm.

Na execução das etapas acima, procedeu-se inicialmente com a inserção dos documentos extraídos do sítio eletrônico no software, com indexação de tema e data. Na leitura preliminar, identificou-se que, dos documentos, 5 não continham menção a decisão de outro tribunal: as OCs 9 (Garantias judiciais no estado de emergência, de 6/10/1987), 11 (Exceções ao esgotamento dos recursos internos, de 10/8/1990), 12 (Compatibilidade de um projeto de lei com o artigo 8.2.h da CADH, de 6/12/1991), 13 (Certas atribuições da CIDH, de 16/7/1993) e 19 (Controle de legalidade no exercício das atribuições da CIDH, de 28/11/2005).

Na busca complementar por palavras, por sua vez, foram realizadas buscas pelos termos “margen”, “consenso”, “diálogo”, “deferência”, “domínio” e “reservado”, termos extraídos da literatura especializada trazida na Parte 2, que surgem nos textos dos autores que tratam desse tema como sinônimos, representações ou referenciais para o uso das decisões domésticas no DIDH.

As 24 decisões restantes tiveram seus segmentos relevantes codificados com base em 7 grupos de etiquetas. O primeiro contempla todas as enunciações do valor das decisões domésticas para a definição das obrigações interamericanas. O segundo, atinente ao uso de decisões dos tribunais nacionais, divide-se em dois subgrupos – discriminação do país referido e existência de outros materiais jurídicos adjuntos usados no mesmo bloco de argumento. O terceiro divide os segmentos nas finalidades de uso na argumentação das decisões: interpretar o conteúdo de direito convencional; apontar diretriz hermenêutica ou de ação; ilustrar a jurisprudência nacional ou internacional; interpretar os poderes, procedimentos e a competência da Corte IDH; e distinguir o caso em relação a decisão anterior.

Para fins de comparação com o uso das decisões nacionais, foram codificados segmentos no quarto e quinto grupos: o primeiro, para registro das decisões de tribunais internacionais e o segundo, para decisões de outros órgãos internacionais. Esses segmentos também foram codificados em termos de finalidade do uso dos argumentos. Por fim, o sexto grupo de etiquetas foi aplicado aos votos separados, em que houve menção a qualquer dos precedentes externos dos grupos II, IV e V, e o sétimo serviu de apoio para discriminar segmentos com as palavras-chave extraídas do marco teórico.

O conjunto de código é apresentado na árvore de níveis da tabela 1 a seguir. Nela detalha-se também os sub-códigos que foram usados e agrupados em categorias mais amplas, separados por barra.

Tabela 1 – Árvore de etiquetas usadas no MAXQDA para codificação das OCs

FICHA ELETRÔNICA DE CODIFICAÇÃO	
I- Enunciações de valor das decisões domésticas	
II - Uso de decisões de tribunais nacionais	
<i>II-A - Presença de materiais jurídicos adjuntos às decisões nacionais</i>	
	Normas nacionais
	Corte Interamericana de Direitos Humanos
	Tribunal Europeu de Direitos Humanos
	Informes, recomendações e decisões de órgãos de tratado
	Informes relatorias especiais ONU
	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
	Outras convenções universais e regionais
	<i>Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho/ Convenções da ONU/ Convenções regionais africanas</i>
	Outros documentos da OEA
	<i>Carta da OEA/ Resoluções da Assembleia Geral/ Declarações Iberoamericanas</i>
	Outros documentos da ONU
	<i>Manuais e guias de agências especializadas/ Resoluções da Assembleia Geral/ Resoluções do Conselho de Direitos Humanos</i>
	Sem outros materiais
	<i>Decisões de vários países/ Decisões de um só país: Equador/ África do Sul/ Colômbia/ México</i>
<i>II-B - Países de decisões referidas</i>	
	Colômbia
	México
	Canadá
	Equador
	Costa Rica
	Peru
	Argentina
	Chile

Brasil
Estados Unidos
Bolívia
El Salvador
Panamá
República Dominicana
Nicarágua
Honduras
Índia
África do Sul

III - Finalidade do uso das decisões no argumento

Interpretar o conteúdo de direito convencional

*Explicitar obrigações decorrentes do corpus juris internacional/
Interpretar a titularidade de um direito/ Embasar teste de
convencionalidade/ Embasar reconhecimento de direito autônomo/
Indicar consenso regional na proteção de um direito*

Apontar diretriz hermenêutica ou de ação

Ilustrar jurisprudência nacional

Ilustrar jurisprudência internacional*

Interpretar os poderes, procedimentos e a competência da Corte IDH*

Distinguir o caso em relação a decisão anterior*

IV - Decisões de tribunais internacionais

Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Corte Internacional de Justiça/Corte Permanente de Justiça Internacional

Corte Permanente de Justiça Internacional

Corte Internacional de Justiça

Tribunal Internacional de Direito do Mar

Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos

Outros tribunais internacionais

Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia

Corte de Justiça do Caribe

Tribunal Penal Internacional

Órgão de apelação da Organização Mundial do Comércio

V - Decisões de outros órgãos internacionais

Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho (blocos de argumento).

Órgãos de tratados de direitos humanos

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos

Comissão Europeia de Direitos Humanos

VI - Votos separados (por autor)

Eugenio Raúl Zaffaroni

Alberto Pérez Pérez

Sergio García Ramírez

Oliver Jackman

Antônio Augusto Cançado Trindade

Hector Gros Espiell

Rodolfo E. Piza Escalante

Elizabeth Odio Benito

Humberto Antonio Sierra Porto

Eduardo Ferrer Mac-Gregor

Eduardo Vio Grossi

VII - Expressões complementares

Diálogo

Deferencia

Dominio Reservado/ Domínio exclusivo (codificação autônoma de cada termo).

Margen

De apreciación/De acción/De interpretación

Consenso

Regional/Internacional

(*) Obs.: Finalidades de uso incluídas para fins de comparação entre as decisões internacionais externas à Corte IDH e as decisões nacionais.

Fonte: Próprio autor.

Os resultados foram cruzados entre si por meio das ferramentas do programa, com o

objetivo de visualizar padrões e frequências de incidência dos códigos. Por exemplo, por meio da “frequência de código” foi possível analisar a evolução do número de decisões nacionais referenciadas ao longo dos anos, o que resultou no gráfico 5 apresentado mais adiante. Os resultados gerais são discutidos a seguir.

6.2 Fundamento ou limite? A enunciação instável da função das decisões nacionais pela Corte IDH

Foram localizadas inicialmente menções explícitas ao valor jurídico das decisões nacionais em cinco opiniões consultivas (OCs 20, 22, 24 27 e 28). Já no cruzamento complementar por expressões, na pesquisa por “margen”, foram encontradas 25 entradas em 12 documentos⁴⁷⁶, das quais 5 eram pertinentes à relação dos Estados com o SIDH: 1 na OC 4, 3 na OC 24 e 1 na OC 27. Já a de “consenso” retornou 32 entradas em 12 documentos⁴⁷⁷, sendo 11 pertinentes: 4 referentes a consenso regional (1 na OC 21, 2 na OC 24 e 1 na OC 29), 7 a consenso internacional (1 na OC 17, 1 na OC 21, 1 na OC 25, 1 na OC 27 e 3 na OC 29)⁴⁷⁸.

Na busca por “diálogo”, foram registradas 20 entradas, em 7 documentos, mas nenhuma se referia à relação entre os órgãos do SIDH e os Estados-parte⁴⁷⁹. No caso de domínio reservado, foram feitas pesquisas autônomas por entradas alternativas de “domínio” e de “reservado”, porém apenas 1 das 78 entradas encontradas trouxe um novo segmento que tratasse dessa questão além dos já localizados nas outras buscas, presente na OC 7⁴⁸⁰. Na de “deferencia”, nenhuma entrada foi localizada.

⁴⁷⁶ A busca englobou os termos *margen/márgen*. São 4 na OC 4, 1 na OC 25, 1 na OC 8, 1 na OC 16, 1 na OC 17, 4 na OC 18, 2 na OC 23, 6 na OC 24, 1 na OC 25, 1 na OC 26, 2 na OC 27, 1 na OC 28.

⁴⁷⁷ A busca englobou o termo “consenso”. São 1 na OC 10, 1 na OC 15, 2 na OC 17, 6 na OC 18, 4 na OC 20, 2 na OC 21, 3 na OC 22, 5 na OC 24, 1 na OC 25, 1 na OC 27, 2 na OC 28 e 4 na OC 29.

⁴⁷⁸ Apesar de não fazer referência explícita ao consenso regional, há, na OC 25, além de uma análise sobre consenso internacional, uma digressão sobre a ausência de costume regional, envolvendo o debate sobre o nível de consenso regional, que será tratada mais adiante.

⁴⁷⁹ A busca englobou os termos *diálogo/dialogo/dialogar/dialogue*. São 2 entradas na OC 17, 6 na OC 19, 2 na OC 20, 1 na OC 22, 1 na OC 23, 3 na OC 24, 3 na OC 27 e 2 na OC 29.

⁴⁸⁰ A busca englobou os termos *dominio/dominio/reservado*, alternativamente. São 1 entrada na OC 3, 2 na OC 4, 2 na OC 5, 1 na OC 7, 3 na OC 13, 4 na OC 15, 8 na OC 16, 5 na OC 17, 20 na OC 18, 2 na OC 20, 1 na OC 21, 1 na OC 23, 17 na OC 24, 1 na OC 25, 3 na OC 26, 2 na OC 27, 1 na OC 28 e 6 na OC 29. No caso desses termos, impede salientar que possuem múltiplas acepções, responsáveis pela maioria das entradas, a exemplo de domínio no sentido de campo (ex.: domínio da responsabilidade estatal na OC 18, domínio do *ius cogens* na OC 21, domínio fluvial na OC 23...) e reservado no sentido de sigiloso ou privado (OCs 20 e 24). Como expressão “dominio reservado”, as únicas 5 entradas estão na OC 24, no voto do Juiz Eduardo Vio Grossi, surgindo acompanhadas da expressão “*margen de apreciación*”, que serão examinadas na seção dedicada a esta última. Por fim, como expressão “dominio exclusivo” encontram-se duas entradas, nas OCs 4 e 7, sendo a primeira também coincidente com o segmento atinente à “*margen de apreciación*” daquela OC.

Assim, considerando todas as menções presentes no *corpus*, segmentos para a análise foram localizados apenas nas OCs 4, 7, 17, 20, 21, 22, 24, 25, 27, 28 e 29. Seu conjunto, porém, apesar de sinalizar um engajamento progressivamente mais intenso com as decisões nacionais, não se revela homogêneo nem sobre a possibilidade das decisões nacionais fundamentarem sua atuação em novos campos (A), nem em relação à existência de um espaço que limitaria a ação da Corte (B).

A) O dissenso sobre o consenso regional como vetor hermenêutico

A primeira menção da Corte ao consenso como elemento relevante para a hermenêutica do DIDH se dá na OC 17, em que a Corte reconhece a existência de um amplo consenso na região favorável aos princípios e instituições da Convenção sobre direitos da Criança da ONU. Volta-se, porém, a uma constatação mais direta, baseada nas ratificações da convenção e apenas complementada pelo trabalho normativo interno no mesmo sentido axiológico⁴⁸¹.

Na OC 20, a Corte IDH reviu a pertinência da indicação de juízes *ad hoc* para exame de casos apresentados pela CIDH de países cuja nacionalidade não estava representada entre os membros da Corte IDH. Em síntese, alterando a sua prática anterior, o tribunal passou a entender que, em vez da indicação do magistrado adicional, seria eventualmente escusado da jurisdição aquele que tivesse a mesma nacionalidade do Estado processado. Nela, é feita uma menção superficial, apenas no voto concorrente do Juiz Sergio García Ramírez, às competências dos tribunais constitucionais, em termos de avanços interpretativos e atualização de normas de alcance amplo, mais para reivindicar a mesma possibilidade para a Corte IDH do que para atribuí-la aos juízos domésticos⁴⁸². O consenso sobre esse poderes dos

⁴⁸¹ “29. La Convención sobre los Derechos del Niño ha sido ratificada por casi todos los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos. El gran número de ratificaciones pone de manifiesto un amplio consenso internacional (*opinio iuris communis*) favorable a los principios e instituciones acogidos por dicho instrumento, que refleja el desarrollo actual de esta materia. Valga destacar, que los diversos Estados del continente han adoptado disposiciones en su legislación, tanto constitucional como ordinaria, sobre la materia que nos ocupa; disposiciones a las cuales el Comité de Derechos del Niño se ha referido en reiteradas oportunidades” (CORTE IDH. **Condición jurídica y derechos humanos del niño**. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, p. 53. Nas notas de rodapé, faz-se constar referências a 16 constituições nacionais e 11 legislações ordinárias sobre o tema. Essa menção ao consenso em torno da convenção onusiana se repete, em termos quase idênticos, nas OCs 21 (parágrafo 57) e 29 (parágrafo 171)).

⁴⁸² “20. Algunos participantes han sostenido que un cambio de criterio en esta materia significaría la modificación de una práctica o de una costumbre en el marco del sistema interamericano. En cambio, en concepto del tribunal ese giro sólo implica una nueva interpretación de un precepto convencional. Las facultades, características de un órgano jurisdiccional como la Corte Interamericana, implican la posibilidad de releer una norma, conforme a la evolución de la materia y a la variación de las circunstancias, pero siempre a la luz del objeto y fin del instrumento en el que aquélla figura, sustituyendo la antigua interpretación por otra que atienda mejor a esos designios. Un tratado de derechos humanos -ha sostenido la Corte- es un “cuerpo vivo”; a esta vitalidad concurre la interpretación judicial. 21. Corresponde a los tribunales constitucionales y a los

tribunais domésticos operaria, assim, como uma autorização para o mesmo labor da Corte IDH.

Ainda em uma linha tímida, a Corte IDH volta à questão na OC 21, fazendo constar, na nota de rodapé 119, que há um movimento na normativa interna dos países de regulamentação do procedimento de solicitação de refúgio de acordo com as disposições do DI, por meio de autoridades competentes e previamente estabelecidas, com procedimentos específicos e que respeitem garantias de devido processo. Acompanham a assertiva referências a normas internas de 18 países⁴⁸³.

O recurso ao consenso regional se torna mais evidente na OC 22, em que foi discutida a titularidade dos direitos das pessoas jurídicas no SIDH. Nela, dedica-se uma seção específica ao exame de outros sistemas de proteção aos DDHH e ao Direito Comparado, como meio de interpretação evolutiva. Com expressa referência ao art. 31 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados⁴⁸⁴, faz-se a análise do reconhecimento de direitos a pessoas jurídicas no direito interno dos países da região (5.D.ii), justificada nos seguintes termos:

63. Ao realizar uma interpretação evolutiva, a Corte tem dado especial importância ao direito comparado, razão pela qual tem utilizado normativa nacional ou jurisprudência de tribunais internos ao analisar controvérsias específicas nos casos contenciosos. Por sua vez, o Tribunal Europeu tem utilizado o direito comparado como mecanismo para identificar a prática

tribunales internacionales con la naturaleza y características de la Corte Interamericana, cada uno en el ámbito de su propia competencia, fijar el rumbo a través de la interpretación de normas de muy amplio alcance y poner al día el sentido de los preceptos. Es indispensable que así sea, a condición de que no se subvierta la orientación esencial de las normas, so pretexto de interpretarlas, sino se profundice y avance. Así ocurre al abrigo de la nueva interpretación, en la medida en que se atiende con mayor fidelidad y eficacia a los principios que gobiernan el litigio internacional en materia de derechos humanos, tomando en cuenta las características de éste, los antecedentes de las disposiciones analizadas, el desarrollo del sistema y otros extremos” (RAMÍREZ, Sergio García. Voto concurrente. *In*: CORTE IDH. **Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, p. 4).

⁴⁸³ “De este modo, la normatividad interna de Argentina, Belice, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela refleja un creciente consenso en la región en cuanto a que la protección de las personas refugiadas y solicitantes de ese estatuto a nivel interno sea regulada de conformidad con las disposiciones del Derecho Internacional sobre Refugiados, de modo que deba realizarse a través de autoridades competentes y previamente establecidas, mediante procedimientos específicos y que respeten garantías del debido proceso” (CORTE IDH. **Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional**. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, p. 30).

⁴⁸⁴ Eis o teor do artigo: “Artigo 31 - Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. 2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado. 3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. 4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes”.

posterior dos Estados, ou seja, para especificar o contexto de um determinado tratado. Com a finalidade de verificar a prática dos Estados Partes na Convenção Americana, serão expostos a seguir os países nos quais foram reconhecidos direitos fundamentais às pessoas jurídicas⁴⁸⁵.

E, em duas notas de rodapé ao parágrafo (notas 96 e 97), complementa-se com um resgate do uso do Direito Comparado nos dois tribunais regionais citados⁴⁸⁶.

Após a análise de várias normativas nacionais, bem como de referenciar decisões de tribunais da Colômbia, da Costa Rica, do México, do Peru, de El Salvador, do Equador e da Bolívia, concluiu a Corte que não há consenso suficiente para entender-se pela evolução no conteúdo do artigo 1.2 da CADH, a fim de reconhecer os direitos convencionais em geral às pessoas jurídicas, ainda que relativizando os efeitos do direito interno na interpretação do tratado:

67. Tendo em conta o exposto, a Corte considera que, embora pareça que exista uma disposição nos países da região para reconhecer a titularidade dos direitos às pessoas jurídicas e conceder-lhes recursos para torná-los efetivos, o certo é que este contexto não é suficiente, pois nem todos os Estados realizam o reconhecimento da mesma forma e no mesmo grau. Além disso, esta Corte observa que esta é a posição que os Estados ostentam em seu direito interno, razão pela qual não é possível modificar o alcance do

⁴⁸⁵ “63. Al efectuar una interpretación evolutiva, la Corte ha otorgado especial relevancia al derecho comparado, razón por la cual ha utilizado normativa nacional o jurisprudencia de tribunales internos a la hora de analizar controversias específicas en los casos contenciosos. Por su parte, el Tribunal Europeo ha utilizado el derecho comparado como un mecanismo para identificar la práctica posterior de los Estados, es decir, para especificar el contexto de un determinado tratado. Con la finalidad de verificar la práctica de los Estados Parte de la Convención Americana se expondrán a continuación los países en que se han reconocido derechos fundamentales a las personas jurídicas” (CORTE IDH. **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, p. 23-24).

⁴⁸⁶ “96. *Caso Artavia Murillo y Otros ('Fecundación In Vitro') Vs. Costa Rica*, párr. 245. En los casos *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* (párr. 111) y *Tiu Tojín Vs. Guatemala* (párr. 87), la Corte tuvo en cuenta sentencias de tribunales internos de Bolivia, Colombia, México, Panamá, Perú, y Venezuela sobre la imprescriptibilidad de delitos permanentes como la desaparición forzada. Además, en el *Caso Anzualdo Castro Vs. Perú* (párrs. 100-101), la Corte utilizó pronunciamientos de tribunales constitucionales de países americanos para apoyar la delimitación que ha realizado al concepto de desaparición forzada. Otros ejemplos son los casos *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile* (a modo de ejemplo ver párr. 92) y el *Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador* (ver por ejemplo párr. 159-164). 97. *Caso Artavia Murillo y Otros ('Fecundación In Vitro') Vs. Costa Rica*, párr. 245. Por ejemplo en el caso *TV Vest As & Rogoland Pensionistparti contra Noruega*, el Tribunal Europeo tuvo en cuenta un documento del “European Platform of Regulatory Authorities” en el cual se realizaba una comparación de 31 países en esa región, con el fin de determinar en cuáles de ellos se permitía la publicidad política pagada o no y en cuáles este tipo de publicidad era gratuita. De igual manera, en el caso *Hirst v. Reino Unido* dicho Tribunal tuvo en cuenta la ‘normatividad y práctica de los Estados Parte’ con el fin de determinar en qué países se permite suprimir el sufragio activo a quien ha sido condenado por un delito, por lo que se estudió la legislación de 48 países europeos” (CORTE IDH. **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, p. 24, grifos no original).

artigo 1.2 da Convenção Americana com base nesse método interpretativo⁴⁸⁷.

Contudo, esse reconhecimento do uso do direito comparado como meio para identificar evolução interpretativa não foi unânime na própria manifestação. Em seu voto parcialmente dissidente, o Juiz Alberto Pérez Pérez fez questão de expressar, quanto à seção de direito comparado, que “preferiria eliminar a maioria das notas de rodapé, tendo em conta que este reconhecimento interno [de direitos às pessoas jurídicas] não é pertinente para a interpretação da Convenção Americana”⁴⁸⁸.

Essa ausência de posição pacífica reflete-se novamente na OC 24, dessa vez com sinal invertido, entre a Corte IDH e os votos individualizados. Na manifestação, que trata da identidade de gênero, igualdade e não discriminação de casais de mesmo sexo, rejeita-se a ausência de consenso regional como referencial hermenêutico, pois a Corte “deve remeter-se única e exclusivamente às estipulações das obrigações internacionais contraídas por decisão soberana dos Estados por meio da Convenção Americana”⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ Texto original: “67. Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte considera que, a pesar de que pareciera que existe una disposición en los países de la región para reconocer la titularidad de derechos a las personas jurídicas y otorgarles recursos para hacerlos efectivos, lo cierto es que estos antecedentes no son suficientes, por cuanto no todos los Estados realizan el reconocimiento de la misma forma y el mismo grado. Adicionalmente, este Tribunal nota que ésta es la posición que los Estados ostentan en su derecho interno, razón por la cual no es posible modificar el alcance del artículo 1.2 de la Convención Americana a partir de este método interpretativo. (OC 22 - titularidade de direitos de pessoas jurídicas no SIDH)” (CORTE IDH. **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, p. 26).

⁴⁸⁸ PÉREZ, Alberto Pérez. Voto parcialmente disidente. In: CORTE IDH. **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, p. 15. Textos originais: “[Yo preferiría eliminar la mayoría de las notas al pie, habida cuenta de que este reconocimiento interno no es pertinente para la interpretación de la Convención Americana]”.

⁴⁸⁹ Eis a íntegra do parágrafo original, por nós traduzido: “83. Por último, resulta importante recordar que la falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana” (CORTE IDH. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, p.42-43).

Entretanto, em nota de rodapé do mesmo parágrafo (nota 198), consta que “segundo diversas fontes de direito internacional e comparado esta discriminação contra a comunidade de Lésbicas, Gays, Transexuais, Bissexuais e Intersexuais é inaceitável”, aludindo-se, entre outros materiais, a três sentenças da Corte Constitucional colombiana⁴⁹⁰. Ademais, no parágrafo 45, a Corte identifica a existência de um consenso regional sobre a necessidade de tomada de medidas para combater a violência e a discriminação contra as pessoas LGBTI, o que embasa em dois fundamentos: resoluções da Assembleia Geral da OEA (nota de rodapé 111) e manifestações de aceitação pelos países da região de recomendações no contexto da Revisão Periódica Universal das Nações Unidas (nota de rodapé 112)⁴⁹¹. Por fim, dedica-se a seção VIII-B da fundamentação aos “mecanismos por meio dos quais o Estado poderia proteger as famílias diversas”, citando normas de 8 Estados-parte⁴⁹² e decisões judiciais de 7 países⁴⁹³ que conferiram direitos a casais do mesmo sexo.

Em crítica, no seu voto individual, o Juiz Eduardo Vio Grossi apropria-se dos mesmos dados referenciados na manifestação para afirmar a inexistência de norma internacional protetiva dos casais do mesmo sexo, fundando-se, entre outros pontos, na suposta ausência de um consenso regional. O magistrado registra que, consoante indicado

⁴⁹⁰ “198 De acuerdo a diversas fuentes del derecho internacional y comparado esta discriminación contra la comunidad de Lesbianas, Gays, Transexuales, Bissexuales e Intersexuales es inaceptable porque: (...). Por otra parte: iii) constituyen una minoría a la que le resulta mucho más difícil remover las discriminaciones en ámbitos como el legislativo, así como evitar repercusiones negativas en la interpretación de normas por funcionarios de las ramas ejecutiva o legislativa, y en el acceso a la justicia. Cfr. Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, (...) y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998. Finalmente: iv) la orientación sexual no constituye un criterio racional para la distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas sociales. Cfr. Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-481 de 9 de septiembre de 1998, párr. 25. En esta sentencia, respecto al derecho de los profesores de colegios públicos a no ser despedidos por su condición de homosexual, la Corte Constitucional colombiana señaló que separar a un profesor de su trabajo por esa razón se funda “en un prejuicio sin asidero empírico alguno, que denota la injusta estigmatización que ha afectado a esta población y que se ha invocado para imponerle cargas o privarla de derechos, en detrimento de sus posibilidades de participación en ámbitos tan relevantes de la vida social y económica” (párr. 29). Por su parte, la Sentencia C-507 de la Corte Constitucional colombiana de 1999 declaró inconstitucional una norma que establecía como falta disciplinaria el homosexualismo en las fuerzas militares. En la Sentencia C-373 de 2002, la Corte Constitucional de Colombia declaró inconstitucional una norma que disponía como causal de inhabilidad para ejercer el cargo de notario el haber sido sancionado disciplinariamente por la falta de “homosexualismo”. (CORTE IDH. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, p.42-43).

⁴⁹¹ CORTE IDH. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, p. 27.

⁴⁹² São eles: Argentina, Brasil, Canadá, Chile, Costa Rica, Equador, México e Uruguai.

⁴⁹³ São eles: África do Sul, Argentina, Brasil, Canadá, Colômbia, Estados Unidos e México.

pela maioria, apenas 8 dos 34 Estados da OEA regulavam as uniões de convivência nesse contexto⁴⁹⁴, e prossegue, negando a existência de instrumento internacional vinculante sobre a temática⁴⁹⁵.

Em uma linha de relativização do consenso como base para o reconhecimento de direitos, encontra-se, também, a OC 25. Nela, a Corte faz uma análise do histórico do instituto do asilo, no DIDH e em diversas legislações nacionais (parágrafos 124-129). Contudo, apesar de apontar que 31 dos 35 países da região reconhecem, no sentido amplo, o direito ao asilo (parágrafo 130), entende ser inexistente um acordo universal acerca do direito individual de receber asilo diplomático (parágrafo 155), assim como um consenso regional para reconhecimento de costume, pois nem todos os Estados membros são partes das convenções sobre asilo diplomático; os tratados sobre o tema não são uniformes nem em

⁴⁹⁴ “66. Igualmente, resulta imperioso recordar que el Derecho Internacional, incluido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no contempla, en su actual estado de desarrollo, derechos especiales a las uniones entre parejas entre personas del mismo sexo. No existe un tratado vinculante para los Estados miembros de la OEA que regule la situación de esas parejas. La Convención no lo hace. Tampoco existe alguna norma consuetudinaria o un principio general de derecho que lo haga. Por su parte, las legislaciones de la mayoría de esos Estados no aborda. Todo ello se desprende de la propia OC 24. De los 34 Estados Miembros de la OEA, se podría decir que tan solo ocho de ellos regulan las uniones de convivencia, uniones civiles o uniones de hecho. 67. En suma, no se dispone de una fuente autónoma del Derecho Internacional, es decir, de un tratado, costumbre o principio general de derecho, que, en el ámbito jurídico americano, rija la unión de las personas del mismo sexo, creando la institución y estableciendo los derechos correspondientes. Sólo se cuenta con actos jurídicos unilaterales de algunos Estados miembros de la OEA, los que, lógicamente, son vinculantes únicamente para los propios Estados que los emiten, especialmente por corresponder a la minoría y, por lo mismo, no alcanzan a ser estimados como prueba de una costumbre internacional ni de ellos se puede deducir un principio general de derecho” (GROSSI, Eduardo Vio. Voto individual. In: CORTE IDH. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, p.16-17).

⁴⁹⁵ Nesse ponto, de modo interessante, o juiz chileno nega valor a um precedente da própria Corte IDH, o *Caso Atala Riffo Vs. Chile*, com a fundamentação simples de que seria vinculante apenas para o país condenado, sem expandir sobre porque a sentença produzida seria inadequada em termos de fundamentação. Pode-se entender presente aqui uma aceitação problemática de ausência de coerência, sem argumentação própria, entre a resposta na opinião consultiva e as decisões tomadas nos processos contenciosos. Eis o trecho original: “68. En cuanto a las resoluciones de organizaciones internacionales relativas a las uniones de personas del mismo sexo, ellas no son declarativas de derecho, es decir, no interpretan una norma convencional o consuetudinaria o principio general de derecho vigente para los Estados Miembros de la OEA. No constituyen, en consecuencia, una fuente auxiliar de Derecho Internacional sino que expresan una aspiración, por cierto, que podría considerarse muy legítima, de la mayoría de los Estados miembros de la organización internacional de que se trate, en orden a que sea el Derecho Internacional o sea el Derecho Nacional de cada uno de ellos el que contemple y regule la situación en comento. 69. Y en cuanto a la jurisprudencia, únicamente se dispone de la sentencia dictada en el caso Atala. Es de advertir, a este efecto, que, en tanto fuente auxiliar del Derecho Internacional, la jurisprudencia no es, con todo, vinculante en el evento de que ella se exprese en opiniones consultivas y, en cambio, sí lo es en la eventualidad que lo haga en el fallo de un caso contencioso, pero solamente para el Estado parte del mismo” (GROSSI, Eduardo Vio. Voto individual. In: CORTE IDH. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, p. 17).

terminologia, nem em disposições; a maioria dos Estados se manifestou nas observações apresentadas pela inexistência de obrigação de outorga do asilo diplomático; e haveria no continente um objeto persistente, os EUA (parágrafos 157-163)⁴⁹⁶.

Desse modo, a Corte IDH retomou a exigência da OC 22 de “mesma forma e mesmo grau” de reconhecimento de um direito, agora sob os termos “terminologia e disposições”⁴⁹⁷. Portanto, conquanto haja um espaço para um eventual consenso resultar no reconhecimento de uma obrigação jurídica, o próprio nível de harmonia de condições exigido para tanto dificulta que se possa alcançá-lo⁴⁹⁸.

A postura da maioria da Corte IDH volta a ser de maior abertura ao consenso como elemento hermenêutico na OC 27, que trata do Direito à liberdade sindical, negociação coletiva e greve, e sua relação com outros direitos, com perspectiva de gênero. Nela, a Corte enuncia que consideraria também em sua resposta “as obrigações aplicáveis e a jurisprudência e decisões a esse respeito emitidas por outras organizações, bem como as resoluções, pronunciamentos e declarações referentes ao assunto que tenham sido adotadas em nível internacional ou nacional”⁴⁹⁹.

⁴⁹⁶ CORTE IDH. **La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección** (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25. 2018, p. 53-54.

⁴⁹⁷ “159. Ahora bien, la Corte nota que no todos los Estados miembros de la OEA son parte de las diversas convenciones sobre asilo diplomático y, además, como ya fue expuesto, dichas convenciones no son uniformes en su terminología ni en sus disposiciones, toda vez que responden a un desarrollo progresivo de la regulación del asilo diplomático en atención a determinadas situaciones suscitadas (supra párrs. 80 y 88)” (CORTE IDH. **La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección** (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25. 2018, p. 53).

⁴⁹⁸ Nesse sentido, para uma análise mais detida da manifestação da Corte IDH na perspectiva da caracterização do costume regional, principalmente por ausência de enfoques sub-regionais, vide o informe adotado em março de 2024 pela Comissão Jurídica Interamericana sobre “O Direito internacional consuetudinário particular no contexto do continente americano”: GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Informe final sobre derecho internacional consuetudinario particular em el contexto del continente americano**. (OEA/Ser. Q/CJI/doc. 719/24). Comisión Jurídica Interamericana. Aprobado em el 104º Período Ordinario de Sesiones (CJI/RES. 290 (CIV-O/24). Ciudad de Panamá, 11 al 15 de marzo de 2024. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2024, p. 16-18. Disponível em: <https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_719-24_ESP.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2025.

⁴⁹⁹ Eis a íntegra do parágrafo original, por nós traduzido: “52. En el marco de la presente opinión consultiva, la Corte considera pertinente subrayar que, aunque no le corresponde emitir una interpretación directa de los distintos instrumentos de derecho laboral en el ámbito internacional, indudablemente los principios, derechos y obligaciones allí contenidos contribuyen en forma decisiva a fijar el alcance de la Convención Americana. De esta forma, en virtud de la materia sometida a consulta, la Corte tendrá en especial consideración, como fuentes de derecho internacional adicionales, los convenios y recomendaciones, y otros instrumentos relevantes, así como opiniones y recomendaciones del Comité de Libertad Sindical y de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, ambos de la OIT, a fin de efectuar una interpretación armónica de las obligaciones internacionales en los términos de las convenciones citadas. En adición, la Corte considerará las obligaciones aplicables y la jurisprudencia y decisiones al respecto emitidas por

Efetivamente o faz quanto aos instrumentos nacionais no tocante à liberdade sindical, citando, além do Protocolo de San Salvador e de instrumentos universais e regionais europeus, americanos e da Organização Internacional do Trabalho, as normas constitucionais argentina, boliviana e costarriquenha (seção V-B). A partir deles, reconhece que “a liberdade sindical constitui, além de um direito consagrado no ordenamento jurídico interno dos Estados e em vários instrumentos internacionais sobre direitos humanos, um princípio geral do direito internacional”⁵⁰⁰. Ademais, com base na sua própria jurisprudência (Caso “Defensor de Derechos Humanos e otros Vs. Guatemala”), consigna que “existe um consenso internacional de que as atividades desenvolvidas pelas mulheres defensoras dos direitos humanos são as de promoção e de proteção dos direitos humanos, entre outras”⁵⁰¹.

A metodologia adotada para a determinação da existência desse princípio geral é duramente criticada no voto concorrente de Humberto Antonio Sierra Porto, que vê a conclusão como exemplificativa de “revisões pouco sistemáticas”, ao “tomar em conta como um de seus critérios centrais a prática dos Estados, apesar de que apenas se referencia expressamente a normativa interna de três: Argentina, Bolívia e Costa Rica”⁵⁰². Nota-se,

otros organismos, así como las resoluciones, pronunciamientos y declaraciones referentes al tema que hubieren sido adoptados a nivel internacional o nacional” (CORTE IDH. **Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género** (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, p. 21).

⁵⁰⁰ Eis a íntegra do parágrafo original, por nós traduzido: “70. De lo anterior también se puede concluir que la libertad sindical constituye, además de un derecho consagrado en el derecho interno de los Estados, y en diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, un principio general de derecho internacional” (CORTE IDH. **Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género** (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, p. 28).

⁵⁰¹ CORTE IDH. **Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género** (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, p. 72-73.

⁵⁰² Eis a íntegra do parágrafo original, por nós traduzido: “8. Lo anterior sin mencionar que en ocasiones estas conclusiones se derivan a revisiones poco sistemáticas, como aquella relacionada con la determinación de la libertad sindical como un principio general del derecho internacional, contemplada en el párrafo 70, tomando en cuenta como uno de los criterios centrales la práctica de los Estados, a pesar de que solo se referencia expresa a la normativa interna de tres: Argentina, Bolivia y Costa Rica” (PORTO, Humberto Antonio Sierra. Voto concorrente. In: CORTE IDH. **Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género** (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y

porém, que a crítica parece ser menos à função que pode exercer o consenso regional e mais à insuficiência da metodologia usada pela maioria para identificá-lo.

Na OC 28, alusiva à reeleição presidencial indefinida nos sistemas presidenciais do SIDH, a Corte novamente aprofunda e é mais explícita sobre a função das práticas regionais na interpretação da CADH, vindo a concluir, após uma análise das normativas constitucionais e decisões das cortes domésticas, pela inexistência de evidência que considere a reeleição indefinida como direito:

97. Por outro lado, no que diz respeito ao direito internacional consuetudinário regional, deve ser analisado se existe prova de uma prática geralmente aceita como direito. Desta forma, em sua jurisprudência a Corte recorreu à análise da legislação e jurisprudência interna dos Estados membros da OEA para determinar a existência da prática estatal⁵⁰³.

Por fim, na OC 29, a Corte IDH é bastante aberta sobre as funções do consenso regional em sua atuação. Primeiramente, faz constar na sentença que, em relação à consolidação do direito à saúde, existe “um amplo consenso regional, uma vez que é explicitamente reconhecido em diversas constituições e leis internas dos Estados da região”. Para justificar a assertiva, cita, na nota de rodapé 114, constituições de 20 países da região, acompanhadas de decisões das cortes constitucionais da Colômbia, do Equador e do México⁵⁰⁴.

A Corte IDH faz também dois registros adicionais sobre consenso internacional. O primeiro, em relação à “proibição absoluta do uso de grilhões e algemas em gestantes para sua transferência para centros médicos, bem como antes, durante e imediatamente após o parto”. A conclusão é construída entre os parágrafos 140 e 147, dentro de uma análise de variados instrumentos de *soft law* e das legislações de Bolívia, Chile, Panamá e Peru (nota de

26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, p. 28).

⁵⁰³ “97. Por otro lado, respecto al derecho internacional consuetudinario regional, se deberá analizar si existe prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. De esta manera, en su jurisprudencia la Corte ha recurrido al análisis de la legislación y jurisprudencia interna de los Estados Miembros de la OEA para determinar la existencia de la práctica estatal” (CORTE IDH. **La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28, p. 30).

⁵⁰⁴ CORTE IDH. **Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad** (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, p. 33.

rodapé 254), assim como de seus próprios precedentes e de materiais científicos (nota de rodapé 262)⁵⁰⁵. No parágrafo em que consta a afirmação, a Corte IDH cita, especificamente: precedente do TEDH (nota de rodapé 264), dois informes de relatorias especiais da ONU (notas de rodapé 261, 263 e 264), uma recomendação do Comitê contra a Tortura dirigida aos E.U.A. (nota de rodapé 264), um expediente de observações com referência à Corte Suprema do Chile (nota de rodapé 261) e um relatório do Colégio Americano de Obstetras e Ginecologistas e da Associação Americana de Psicologia (nota de rodapé 262).

A outra menção se faz a um consenso acerca de que “a classificação e separação de pessoas privadas de liberdade nunca poderá justificar um tratamento inferior ao recebido por outros reclusos, nem implicar tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes”. É embasada, segundo a nota de rodapé 467, nos “Princípios e Boas Práticas sobre a Proteção das Pessoas Privadas de Liberdade nas Américas”, aprovados pela CIDH⁵⁰⁶.

Portanto, no tocante ao consenso regional, seu valor como elemento hermenêutico para a CADH é também objeto de controvérsias, havendo usos que sinalizam um sentido positivo (OC 24, primeira menção, e OC 29), negativo (OC 24, segunda menção) ou meramente ilustrativo (OC 21). Em quatro OCs, há um efetivo debate sobre sua utilização. Excetuada a referência presente na OC 17, mais clássica no sentido de se fundamentar nas ratificações de um tratado, todas as demais são posteriores a 2015, portanto da última década de atuação do tribunal. Ademais, em três delas houve dissenso expresso de um dos juízes sobre algum ponto do uso dos instrumentos domésticos (OCs 22, 24 e 27).

Esse cenário conduz a uma certa relativização, ao menos no âmbito das OCs, da nota da literatura da desimportância do consenso regional no SIDH, como registramos no capítulo 5. Conquanto o corpo de análise seja restrito, há pontos relevantes de debate que se valem do consenso regional e internacional como fundamento. Em contraponto, como também sinalizado no capítulo 5, há, ao menos em termos de discurso, certa tendência de maior abertura ao uso das decisões nacionais nos últimos anos, ainda que de modo estratégico, tendo em conta o alinhamento ao entendimento da Corte IDH.

⁵⁰⁵ CORTE IDH. **Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad** (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, p. 57.

⁵⁰⁶ CORTE IDH. **Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad** (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, p. 88.

Esse reconhecimento, todavia, além de ser frequentemente tímido em termos de clareza, quanto aos efeitos das práticas dos Estados na definição das obrigações no SIDH, ainda é atravessado por controvérsia e instabilidade, notadamente em torno do que seria um suficiente consenso. Como já discutido no capítulo 4 quanto ao uso indistinto de diversos materiais jurídicos na formação de estândares, o que se aprofundará no item 6.3, nem sempre fica claro quais materiais podem ser usados para demonstrar consenso: no caso da OC 17, as ratificações da convenções têm destaque; na OC 21, leis, decretos e outras normativas internas; na OC 24 usam-se materiais de DIDH enquadráveis como *soft law*; na OC 29, normas constitucionais e algumas decisões de cortes constitucionais.

Nesta última, por exemplo, quando se afirma a existência do consenso, os três países com referências de decisões judiciais têm, também, dispositivos constitucionais citados, e não há explicitação nem do porquê do uso desse material em relação ao trio e não aos demais países, nem em que conteúdo ou com qual finalidade são citados os precedentes. Nesse sentido, o próprio uso do “Direito Comparado” pode ser problematizado, pois limitado a comparações de legislação ou de certas decisões judiciais, sem uma preocupação com uma abordagem mais sistemática e coerente com as metodologias próprias desse campo epistêmico⁵⁰⁷.

Portanto, os materiais adotados para indicar a existência de consenso variam intensamente entre as OCs, tanto em termos de profundidade do engajamento quanto em termos de quantidade, e não é possível extrair uma metodologia ou diretriz adotada pela Corte IDH como parâmetro desse reconhecimento. Nessa linha, é de se cogitar se os temas subjacentes às opiniões consultivas acabam por influenciar a postura de maior ou menor abertura, notadamente ante a complexa utilização dos materiais domésticos em casos delicados, como a OC 24. Essa desarmonia abre espaço a críticas sobre uma possível politização da Corte IDH no viés do uso dos materiais jurídicos, ante a falta de justificativa para as diferentes posturas, possivelmente seletivas quanto à produção doméstica.

B) A disputa pelas margens: a afirmação de espaços de deferência via restrição

No tocante à noção de margem nacional, a Corte IDH adota, nas OCs, duas

⁵⁰⁷ Para um debate mais aprofundado sobre o tema, vide: PEAT, Daniel. **Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019; notadamente o capítulo 6, “Consensus Doctrine in the European Court of Human Rights”, p. 154 e seguintes.

terminologias: “margem de apreciação” (“margen de apreciación”, nas OCs 4 e 24) e “margem de ação” (“margen de acción” na OC 27). A expressão “domínio exclusivo”, aludindo a um espaço reservado aos Estados, aparece nas OCs 4 e 7. Já a OC 28, em seus votos divergentes, traz também lógica análoga a essas, sob a alcunha de *não ingerência em assuntos internos*.

Na OC 4, discutindo a possibilidade de diferenciação de requisitos e direitos entre nacionais e naturalizados de diferentes países, o tribunal reporta-se a uma margem de apreciação dos Estados no tema, que tangenciam matérias reservadas ao domínio exclusivo dos Estados, mas afirma que não poderia placitar a tendência notada de restrição exagerada dos direitos políticos de naturalizados, consoante sua origem e lugar de nascimento⁵⁰⁸. Considerada a data da manifestação (1984), essa parece ser uma referência velada à situação dos descendentes de haitianos na República Dominicana, que desaguarda, posteriormente, no Caso Yean e Bosico Vs. República Dominicana⁵⁰⁹.

Na OC 7, o voto separado do Juiz Rodolfo E. Piza Escalante alude a uma superação da noção de domínio exclusivo dos Estados para entendê-la antiquada em relação aos direitos humanos⁵¹⁰. A partir dessa mudança, critica o que entende ser uma tese implícita da maioria,

⁵⁰⁸ “62. Esa conclusión de la Corte tiene especialmente en cuenta el margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y conclusiones que deben llenarse para obtenerla. Pero de ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificadamente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados. La mayoría de estas hipótesis, no sometidas por cierto a la consideración de la Corte, constituyen verdaderos casos de discriminación en razón del origen o del lugar de nacimiento que crean injustamente dos grupos de distintas jerarquías entre nacionales de un mismo país” (CORTE IDH. **Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización**. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, p. 17).

⁵⁰⁹ “In the 1980s, Dominican civil registry officials began systematically denying identity documents to Dominicans of Haitian descent. Where the exercise of citizenship is directly linked to access to a national identity card, as is the case in the Dominican Republic, lack of an identity card prevents the realization of a whole series of rights. Without identity documents, these persons were deprived of their rights to an education, housing, health, and freedom of movement. Dominican citizens could not attend school, obtain a regular job, buy a mobile phone, open a bank account, or travel without fear of expulsion. In countless cases, Dominicans who were born and lived their entire lives in the Dominican Republic had their lives administratively suspended for years. In this context, many children born in the Dominican Republic were often denied birthright citizenship when parents would attempt to register their births, despite the existing *jus soli* principle incorporated in the Dominican Constitution at the time” (MARGERIN, Marselha.; VARMA, Monika.; SARMIENTO, Salvador. *Building a Dangerous Precedent in the Americas: Revoking Fundamental Rights of Dominicans*. **Human Rights Brief**, v. 21, n. 1, jan. 2014, p. 10). Para mais sobre o assunto vide esse artigo, além do próprio caso contencioso referenciado, e: ROMÁN, Ediberto; SAGÁS, Ernesto. *Who Belongs: Citizenship and Statelessness in the Dominican Republic*. **Georgetown Journal of Law & Modern Critical Race Perspectives**, v. 9, n. 35, p. 35-56, 2017.

⁵¹⁰ “14. Pero esas tesis ya no pueden sostenerse en el Derecho Internacional Contemporáneo, mucho menos en el de los Derechos Humanos, sólo sea porque, ni en el primero ni, menos, en el segundo es posible distinguir sus materias de las propias del derecho interno, al menos con la claridad con que era posible cuando el primero se limitaba a regular las relaciones y actos externos de los Estados, sin conflicto aparente con el ámbito del segundo, bajo cuyo dominio exclusivo quedaba todo lo demás, especialmente sus relaciones y actos dentro de su territorio o respecto de sus propios súbditos. Por el contrario, hoy las mismas situaciones, en el mismo ámbito

no sentido da indiferença, para o DIDH, da maneira como deve ser concretizado o direito de retificação e resposta daqueles atingidos por informações inexatas ou ofensivas no âmbito dos Estados-parte⁵¹¹.

As referências explícitas na OC 24 são peculiares, porque representam uma divergência, no voto individual e parcialmente dissidente do Juiz Eduardo Vio Grossi, ao que ele entende ser uma redução do espectro de uma margem nacional pela maioria. Primeiramente, o magistrado alude à persistência de um espaço de domínio reservado ao Estado, infenso à ordem internacional, denotando uma adesão a uma geometria vertical parcial entre Corte IDH e Estados-parte. Afirma Grossi que “as matérias sobre as quais a Corte exerce suas atribuições também podem incluir aspectos que compõem a competência interna, doméstica ou exclusiva do Estado, também conhecida como domínio reservado e, em outras latitudes, como margem de apreciação dos Estados”⁵¹².

territorial y respecto de las mismas personas son objeto de ambas jurisdicciones, la de cada Estado en particular y la de la comunidad internacional. De ahí que la legitimidad y aun la necesidad de considerar cuestiones aparentemente de derecho interno desde el punto de vista del internacional, es hoy indiscutible. Ya la Corte Permanente de Justicia Internacional así lo había establecido en diversas oportunidades, incluso superando la clásica, pero trasnochada, consideración del derecho interno como mero hecho para el internacional” (ESCALANTE, Rodolfo E. Piza. Voto separado. *In*: CORTE IDH. **Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta** (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A, No. 7, p. 27).

⁵¹¹ “[T]ampoco comparto la tesis implícitas de la mayoría, de que sea materia reservada a la jurisdicción de los Estados Partes, indiferente para el derecho internacional, la manera concreta como den o hayan de dar eficacia a los derechos consagrados en la Convención o, particularmente, la cuestión de si el cumplimiento del derecho de rectificación o respuesta corresponda a su deber contraído de respetarlos y garantizar su ejercicio, de conformidad con el artículo 1.1 de aquélla, o bien al de desarrollarlos para hacerlos plenamente eficaces en el orden interno, de conformidad con su artículo 2, como especie de caras de una misma obligación internacional” (ESCALANTE, Rodolfo E. Piza. Voto separado. *In*: CORTE IDH. **Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta** (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A, No. 7, p. 23).

⁵¹² “4. También parece necesario recordar que la Corte ejerce sus competencias, tanto contenciosa como consultiva o no contenciosa, conforme al Derecho Internacional Público y, en especial, el Derechos Internacional de los Derechos Humanos, manifestado en la Convención. No lo hace, pues, de acuerdo al Derecho Nacional de los Estados americanos. En el ejercicio de las referidas competencias, este último es considerado sea como un mero hecho del que se pueden desprender consecuencias jurídicas para el respectivo Estado sea como un acto que forma o da cuenta de una costumbre internacional o de un principio general de derecho, vale decir, de una de las otras dos fuentes autónomas del Derecho Internacional, que, junto con los tratados, lo crea. 5. Asimismo, cabe destacar que los asuntos respecto de los que la Corte ejerce sus competencias, pueden comprender también aspectos que integran la jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado, también conocida como dominio reservado y, en otras latitudes, como margen de apreciación de los Estados. La citada jurisdicción se encuentra contemplada en la Carta de las Naciones Unidas, en la Carta de la Organización de los Estados Americanos y aunque de manera más indirecta, también en la Convención. 6. La jurisdicción interna, doméstica o exclusiva del Estado implica, por una parte, que el Derecho Internacional, incluyendo al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no abarca a todas las actividades de los sujetos de derecho internacional y, particularmente, de los Estados, y por la otra, que en cuanto a las que no regula o los aspectos que no comprende de las acciones u omisiones estatales, el respectivo Estado goza de la competencia y autonomía para hacerlo. De allí se desprende que, en el referido ejercicio, la Corte debe considerar dicha institución jurídica como aun real en la estructura jurídica internacional, aunque no con la misma amplitud e intensidad que antaño” (GROSSI, Eduardo Vio. Voto individual. *In*: CORTE IDH. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**. Obligaciones estatales en relación con el cambio de

Essa defesa é reiterada no parágrafo 114 e aprofundada no parágrafo 163, quando Grossi expõe sua posição no sentido de que, conquanto a ratificação da convenção retire direitos da margem de apreciação dos Estados, o choque desses direitos com a normativa interna importa o acionamento da Corte IDH pela CIDH e a produção de uma decisão com validade apenas para o Estado violador e vinculante na esfera internacional, sem força direta no interior dos Estados⁵¹³.

A terceira menção, na OC 27, é feita também no voto individual, concorrente e crítico, do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto. O magistrado reconhece que a Corte foi respeitosa a uma “margem de ação dos Estados em relação ao reconhecimento dos direitos sindicais aos membros da força pública”. Porém, ao afirmar a existência de um direito análogo ao de organização sindical para essas forças, teria desaguado em um reconhecimento indireto que feriria essa mesma margem⁵¹⁴.

Por fim, apesar de não usar explicitamente essa terminologia, os votos dissidentes de

nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, p.2-3).

⁵¹³ GROSSI, Eduardo Vio. Voto individual. *In*: CORTE IDH. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, p. 40-42.

⁵¹⁴ Eis o teor do trecho original: “19. En segundo lugar, en relación con los miembros de la policía, la Corte es respetuosa del margen de acción de los Estados en relación con el reconocimiento de derechos sindicales a los miembros de la fuerza pública. No obstante, al establecer una diferencia en la naturaleza de las actividades que adelantan las fuerzas militares y la policía, expuso que los segundos debían contar con derecho a organizarse para discutir entre ellos sus condiciones de trabajo. La Corte no explica cuál es el contenido y alcance del citado “derecho a organizarse para discutir”, ni tampoco su fundamento convencional. Parece dotarlo de elementos similares a la libertad sindical cuando afirma que este derecho implica la facultad de “[...] peticionar a sus superiores y a las autoridades y a expresarse públicamente en forma pacífica [...]”; aunque es explícita al señalar que “[...] debe reconocerse que la función policial es básicamente civil, con las limitaciones indispensables impuestas por el cumplimiento de su función, en particular en lo referente al derecho de huelga, que debe estar limitado por tratarse de una categoría particular de trabajadores de servicios públicos indispensables”. 20. De manera que, los miembros de la policía cuentan con un derecho especial, similar a la libertad sindical, pero con otro nombre, que parece tener contenidos parecidos a este, pero a su vez no cuenta con elementos inescindibles como el derecho a la huelga. En consecuencia, considero que una lectura coherente de la decisión llevaría a la conclusión de que no existe una obligación en el marco del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos en relación con los derechos sindicales de los miembros no civiles de la fuerza policial, sino que esta es una decisión que depende de cada uno de los Estados” (PORTO, Humberto Antonio Sierra. Voto concorrente. *In*: CORTE IDH. **Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género** (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, p. 28)).

Patricio Pazmiño Freire⁵¹⁵ e Raúl Zaffaroni⁵¹⁶ na OC 28 também seguem a lógica da *margem nacional*. Ambos criticam a maioria por ter avançado excessivamente nos parâmetros de proteção da democracia, adotando formas que poderiam afetar o espaço de definição doméstico, notadamente em relação aos limites de reeleição.

Em síntese, das 5 OCs que aludem a uma margem nacional de delineamento dos direitos, expressa ou implicitamente, ou a um domínio exclusivo do Estado, 4 são, na manifestação da maioria, referências para relativizá-la ou reduzi-la. Em três dessas alusões, tal redução é objeto de críticas e resistências em votos divergentes (OCs 24, 27 e 28), enquanto na OC 7, única em que o reconhecimento do espaço reservado se faz pela maioria, consta também voto divergente desafiando essa concepção.

O reconhecimento desses espaços reservados se faz, paradoxalmente, mais pela sua negativa: das sentenças infere-se a existência de uma área reservada à normativa doméstica, mas sem afirmar explicitamente qual seria seu conteúdo. Esses elementos confirmam, na linha descrita no capítulo 5, a resistência apontada pela literatura ao uso do conceito de margem de apreciação no SIDH. Há também, contudo, um certo reconhecimento de que essa margem está presente, apesar de estar normalmente ele mesmo à margem das opiniões consultivas, seja de modo implícito, com um debate um pouco mais profundo nos votos separados, seja, conseqüentemente, na clareza de parâmetros para seu reconhecimento. Por fim, nota-se que o tema ganhou mais espaço nas OCs mais recentes.

Frise-se, porém, que na caracterização do consenso regional e da margem de

⁵¹⁵ “31. En esta línea, si la Corte decidía pronunciarse debió reafirmar, como lo hemos hecho en diversas ocasiones, los estándares relacionados con los derechos políticos. Pudimos haber desarrollado el principio democrático desde la óptica del derecho a elegir y ser elegido en condiciones de igualdad. Lamentablemente, de la manera que estaba formulada, la pregunta conduce de manera riesgosa a cuestionar la arquitectura política y constitucional de nuestros países, intentando una suerte de homogenización o unificación legislativa, afectando los derechos a la soberanía, autodeterminación y la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, que son piedras angulares fundacionales de la Carta de la OEA” (FREIRE, Patricio Pazmiño. Voto disidente. *In*: CORTE IDH. **La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28, p. 2).

⁵¹⁶ “Por razones jurídicas considero que la Corte no es competente para juzgar las particularidades de las formas de gobierno que adoptan nuestros Estados, más allá de los estrictos límites esenciales a cualquier democracia representativa que le señalan los instrumentos internacionales que el tribunal tiene el deber de hacer cumplir, en ninguno de los cuales se hace referencia a la reelección indefinida” (ZAFFARONI, Raúl. Voto disidente. *In*: CORTE IDH. **La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28, p. 2).

apreciação, as decisões judiciais figuram mais como meio de desvendar as posições dos Estados-partes do que como elemento representativo da interpretação adequada da CADH. Há menos um diálogo por precedentes e mais um reconhecimento do Judiciário como parte integrante da construção da posição internacional do Estado, apenas uma referência possível dentre várias outras para indicar o Direito doméstico.

6.3 “Eu posso lá ficar americanizada?”⁵¹⁷: o uso heterogêneo dos precedentes externos pela Corte IDH

Do conjunto de 29 OCs, apenas 9 apresentaram usos de decisões nacionais: as OCs 8, 17, 22 a 24 e 26 a 29. A partir da codificação, foram encontrados 81 blocos argumentativos e 162 decisões singularizadas nacionais⁵¹⁸. O engajamento da Corte IDH com as decisões domésticas se revela heterogêneo, tanto na perspectiva dos temas e funções das referências (A), quanto nos sujeitos com quem se dialoga (B).

A) Um engajamento heterogêneo em temas e funções

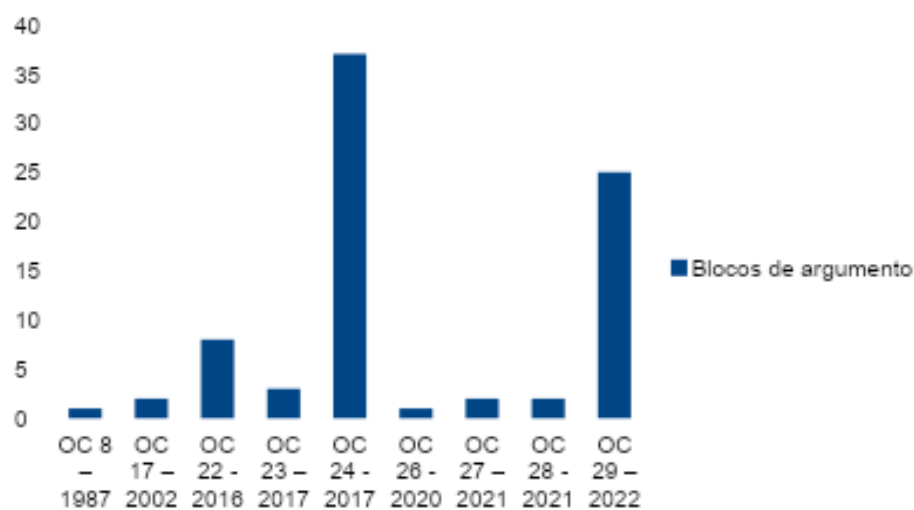
Nota-se, na linha da literatura apresentada no capítulo 5, que efetivamente há um aumento na tendência de empregar as decisões nacionais nas manifestações da Corte IDH. Excetuada uma menção na OC de 1987 (com uma referência a uma decisão argentina de 1977 que assinala a relevância do controle dos atos do executivo via *habeas corpus* em situações de suspensão de garantias), e duas de 2002 (em um decurso histórico sobre o tratamento das crianças presente no voto concorrente de Sergio García Ramírez), todas as outras menções ocorreram nos últimos dez anos, nas sete últimas OCs. Porém, não é de crescimento linear, tanto que há apenas 3 OCs com mais de três blocos de argumentos (22, 24 e 29).

Os resultados são apresentados no gráfico 1 e na tabela 2:

⁵¹⁷ A referência, extraída da canção “Disseram que voltei americanizada”, homenageia Cármen Miranda, que, na opinião deste autor, é uma das portuguesas mais brasileiras de nossa história.

⁵¹⁸ A lista dos parágrafos das OCs em que localizados os blocos argumentativos está anexa.

Gráfico 1 – Número de blocos de argumento mencionando decisões nacionais



Fonte: Próprio autor.

Tabela 2 – Número de blocos de decisão nas OCs da Corte IDH

Número e tema da OC	Blocos de argumento	Decisões singularizadas
OC 8 - o HC sob suspensão de garantias	1	1
OC 17 - condição jurídica e DDHH das crianças	2	3
OC 22 - titularidade de direitos por P.J..	8	29
OC 23 - meio ambiente e DDHH	3	6
OC 24 - identidade de gênero, igualdade e não discriminação	37	66
OC 26 - efeitos da denúncia da CADH	1	1
OC 27 - direito à liberdade sindical com perspectiva de gênero	2	3
OC 28 - reeleição indefinida	2	7
OC 29 - tratamento de pessoas privadas de liberdade	25	46

Fonte: Próprio autor.

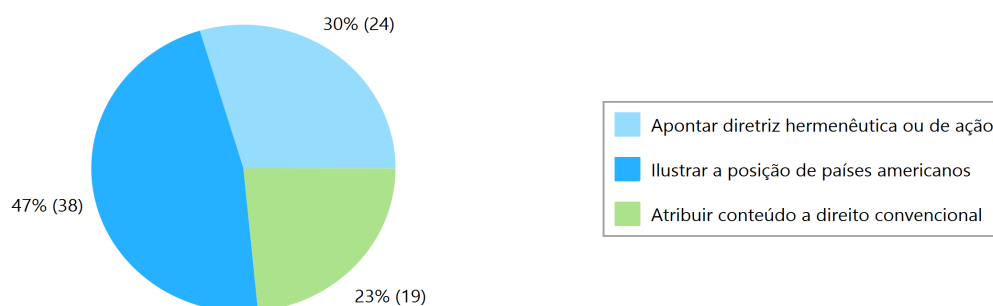
A categorização dos fins argumentativos também revela um uso assimétrico das decisões nacionais (gráfico 2 e tabela 3). Nos blocos de argumentos de decisões nacionais, transparece a prevalência das menções ilustrativas das posições de países americanos⁵¹⁹, seguidas dos usos para indicar diretriz hermenêutica ou de ação⁵²⁰ e, por fim, para atribuição de conteúdo a direito da CADH⁵²¹:

⁵¹⁹ Um exemplo está o parágrafo na OC : “64. Al respecto, la Corte constata que en todos los países que han ratificado la jurisdicción de la Corte se reconocen directamente derechos fundamentales a las personas jurídicas, que pueden coincidir con aquellos consagrados en la Convención Americana. Según la información analizada por este Tribunal, los derechos que comúnmente se le reconocen a las personas jurídicas son los de propiedad, libertad de expresión, petición y asociación. Asimismo, la Corte observa que estos derechos no necesariamente se garantizan para todo tipo de personas jurídicas, dado que algunos están orientados a proteger tipos especiales de las mismas, como es el caso de algunos derechos que les son otorgados únicamente a los sindicatos, a los partidos políticos, a los pueblos indígenas, a las comunidades afrodescendientes o a instituciones o grupos específicos”, embasado com referências a decisões nacionais nas notas de rodapé 99 a 102 (CORTE IDH. **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, p. 24-25).

⁵²⁰ Ilustra essa categoria o seguinte trecho do parágrafo 88 da OC 24: “De esa forma, de conformidad con el principio del libre desarrollo de la personalidad o a la autonomía personal, cada persona es libre y autónoma de seguir un modelo de vida de acuerdo con sus valores, creencias, convicciones e intereses”, de que se extrai a nota de rodapé 208: “Véase al respecto, Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-063/2015” (OC 24 - identidade de gênero, igualdade e não discriminação - 24 nov 2017, P. 45)” (CORTE IDH. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, p. 45).

⁵²¹ Nesse sentido, o parágrafo 160 da OC 29: “160. Tomando en cuenta las diversas conceptualizaciones respecto de la violencia obstétrica como una violación de derechos humanos, la Corte considera que la violencia que se ejerce contra las mujeres durante el embarazo, el trabajo de parto y después del parto constituye una forma de violencia basada en el género, particularmente, violencia obstétrica, contraria a la Convención de Belem do Pará. Ello conlleva la obligación de los Estados de prevenir y abstenerse de incurrir en actos constitutivos de violencia de género durante el acceso a servicios de salud reproductiva, incluyendo el trabajo de parto, con un deber acentuado en el caso de mujeres privadas de libertad. En esta línea, la Corte resalta que las mujeres embarazadas privadas de libertad son especialmente vulnerables a sufrir violencia obstétrica, por lo que los Estados deben reforzar las medidas de prevención de dicha violencia en los servicios de salud obstétrica que se brinda a esta población”, vinculado à nota de rodapé 314, em que se lê: “314 Véase, por ejemplo, decisión que señala la obligación de respetar partos humanizados, pues de lo contrario habrá violencia obstétrica. Juzgado de Garantía de Concepción en Chile, RIT 341-2019, de 5 de abril de 2019 y Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 8642-2019, de 13 de septiembre de 2019 (expediente de observaciones, folios 2403 a 2415). Asimismo, véase, Argentina, Ley Nacional No. 25.929 de “Parto Humanizado” de 21 de septiembre de 2004” (CORTE IDH. **Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad** (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, p. 63).

Gráfico 2 – Blocos de argumento por finalidade no total das OCs



Fonte: Próprio autor.

Tabela 3 – Blocos de argumento por finalidade por OCs

Finalidade do uso / OC	8	17	22	23	24	26	27	28	29	TOTAL
Atribuir conteúdo a direito da CADH	1	0	0	0	12	0	1	1	4	19
Apontar diretriz hermenêutica/de ação	0	0	2	0	14	0	0	0	8	24
Ilustrar posição dos países americanos	0	2	6	3	11	1	1	1	13	38
Total	1	2	8	3	37	1	2	2	25	81

Fonte: Próprio autor.

Percebe-se que, das três decisões com maior número de referências, paradoxalmente, a OC com maior número de referências é a 24, que contém uma das rejeições mais explícitas do consenso como meio interpretativo. Um fator impactante nesse cenário é, certamente, a controvérsia em torno do tema da liberdade sexual e reprodutiva e da autodeterminação de gênero, da qual se pode decorrer o receio de validar a posição dos Estado como referencial, em um tema de proteção de minorias discriminadas, ainda que usando, como exemplo, as referências de Estados mais avançados nesse reconhecimento.

A OC 29, por sua vez, contém a menção mais explícita ao consenso regional como elemento que embasa a tutela de um direito, no caso, o direito à saúde, tema em que a Corte IDH busca consolidar sua própria competência do ponto de vista da justiciabilidade autônoma

dos DESCAs⁵²². Já a OC 22 é cronologicamente a primeira em que a Corte dedica uma seção de sua manifestação à análise sistemática do direito comparado regional, a fim de definir se houve uma evolução no conteúdo dos dispositivos da CADH em relação às pessoas jurídicas, contendo 8 blocos de menções.

Outro ponto de destaque é a diminuição da profundidade do engajamento nos usos da decisão nacional. É bem menos impactante, em termos de nível de consideração, usar a decisão para ilustrar os posicionamentos das partes da Convenção do que para atribuir conteúdo a um direito convencional. Tanto assim o é que, como já registrado, no caso da OC 25, a Corte, não obstante identificar uma forte maioria de posições nacionais em favor do reconhecimento de um direito ao asilo (31 de 35 Estados), deixa de atribuir a esse consenso peso determinante para declarar a existência de costume sobre o tema.

Nesse sentido, são registrados 3 blocos ou menos de argumento, mesmo em temas em que há pujante produção doméstica, como as OCs 17 (condição jurídica e DDHH das crianças), 23 (meio ambiente e DDHH) e 27 (direito à liberdade sindical com perspectiva de gênero). Nesses três casos, as decisões são usadas majoritariamente como elementos ilustrativos. Na OC 17, há dois blocos de menções ilustrativas do histórico do tratamento das crianças nos ordenamentos jurídicos americanos, todas presentes no voto concorrente de Sergio García Ramírez. Na OC 23, os 3 blocos ilustram a evolução do direito ambiental na região, no que se refere às garantias da participação cidadã nos estudos de impacto ambiental; do reconhecimento da personalidade jurídica e de direitos à natureza; da afirmação da aplicabilidade e da observância obrigatória do princípio da precaução. Por fim, na OC 27, um bloco de argumentos ilustra o reconhecimento constitucional, em diversos países da região, da liberdade sindical, e o outro, único divergente desse grupo, embasa o reconhecimento do direito à greve como um princípio geral de Direito Internacional.

Um outro ponto relevante sobre a profundidade do engajamento está no modo por meio do qual os blocos de decisões são empregados. No caso dos usos para atribuição de conteúdo a direitos protegidos no SIDH, só há transcrição do texto das decisões referenciadas

⁵²² Para um histórico da questão, vide: MAAS, Rosana Helena; MÜLLER, Letícia Joana. Transformação paradigmática da Corte IDH quanto aos DESCAs: quem foi o arquiteto da nova abordagem? **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 10, n. 2, p. 520–540, 4 maio 2024.

nas OCs 8⁵²³, 24⁵²⁴ e 28⁵²⁵, isto é, em 3 entradas das 19 classificadas nessa categoria, cerca de 16%. O mesmo cenário se apresenta nos grupos de diretrizes hermenêuticas e de ação, que ocorrem apenas nas OCs 22⁵²⁶ e 24 (2 entradas⁵²⁷), por volta de 12%; e no de menções ilustrativas das posições dos Estados, que se apresentam nas OC 24 (3 entradas de 38)⁵²⁸, 27⁵²⁹ e 29⁵³⁰, aproximadamente 10%. Nota-se também que a Colômbia, com 11 transcrições diretas, domina as referências, seguida por México, com 3 citações, Peru, com 2 citações, e Argentina, Equador e Costa Rica, com uma entrada cada.

Há, no estilo referencial da Corte IDH, portanto, uma exigência de certa confiança na compreensão por ela extraída, como tradutora desse corpo decisório doméstico. Sabe-se que isso implica um difícil exercício de compreensão dos ordenamentos nacionais, facilitado pela atuação dos *amici curiae*, mas que não deixa de evocar analogias com as dificuldades que os juízes domésticos também têm com a gramática interamericana.

Conquanto a ausência de citação direta não signifique por si só uma desimportância do argumento, obsta uma melhor compreensão do porquê da relevância daquele precedente para a lógica da Corte. Não ficam claras, assim, as razões pelas quais aquela decisão seria representativa de uma posição relevante para o DIDH, ou mesmo qual a lógica jurídica por trás daquela conclusão e da escolha do julgado daquele Estado.

O cenário se repete nos usos de tais citações em votos individuais. Apenas 9 blocos de argumentos são localizados: 3 entradas no voto de Sérgio García Ramírez na OC 17; 1 entrada no voto de Humberto Antonio Sierra Porto na OC 24; 1 entrada no voto de Eugenio

⁵²³ No parágrafo 41, Caso Número 1980 da *Cámara Federal de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal de la República Argentina*.

⁵²⁴ Na nota de rodapé 223, citando as *Sentencias* C-309 de 1997 e SU-642 de 1998 da *Corte Constitucional de Colombia*.

⁵²⁵ Nos parágrafos 134 e 135, aludindo à *Sentencia* C-141-10, de 2010, da *Corte Constitucional de Colombia*, à *Acción de Inconstitucionalidad* 47/2006 y sus acumuladas 49/2006, 50/2006 y 51/2006 da *Suprema Corte de Justicia de la Nación de México* e ao *Dictámen* n° 7-19-RC/19 de 2009 da *Corte Constitucional de Ecuador*.

⁵²⁶ Na nota de rodapé 156, reportando-se ao *EXP. N.º 4972-2006-PA/TC, La Libertad, CORPORACIÓN MEIER S.A.C. Y PERSOLAR S.A.C.* do *Tribunal Constitucional del Perú*, à *CONTRADICCIÓN DE TESIS* 360/2013, da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* do México e à *Sentencia* No. T- 411/92 da *Corte Constitucional de Colombia*.

⁵²⁷ Nota de rodapé 223, *Sentencia* C-309 de 1997 da *Corte Constitucional de Colombia*; nota de rodapé 226, *Sentencia* de 21 de octubre de 2016, *EXP* No. 06040-2015-PA/TC, do *Tribunal Constitucional del Perú*.

⁵²⁸ No parágrafo 206 e nota de rodapé 388, a decisão da *Suprema Corte de Justicia de la Nación* do México, primera sala, 19 de Junio de 2015, 1a./J.43/2015, e no parágrafo 212 e notas de rodapé 399 e 400, as *Sentencias* C-577-11, C238-12 e SU-214/16 da *Corte Constitucional de Colombia*.

⁵²⁹ Na nota de rodapé 71, decisão da *Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica* cujo número não é explicitado, extraída das observações do Estado costa-riquenho à OC.

⁵³⁰ Nota de rodapé 179, em que se alude às *Sentencias* T-153, T-388, T-762 da *Corte Constitucional de Colombia*.

Raúl Zaffaroni na OC 26; e 4 entradas no voto de Eduardo Ferrer Mac-Gregor na OC 29.

As menções das OCs 24 e 26 são ilustrativas em argumentos com referência a decisões, respectivamente, da Colômbia, sobre as limitações da reserva de lei, e dos EUA, sobre os limites da justiciabilidade dos direitos. Na OC 17, Sérgio García Ramírez traça um histórico do tratamento das crianças nos direitos nacionais, com referências às decisões dos EUA e do México. Já as referências de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, na OC 29, apresentam engajamento mais profundo e analisam a jurisprudência colombiana sobre processos estruturais referentes a pessoas privadas de liberdade e suas condições carcerárias, visando a ilustrar abordagens que “tomem parâmetros de garantia ou reparação desde uma perspectiva estrutural (remédios estruturais)”⁵³¹.

Uma terceira questão trata-se da articulação de outros materiais jurídicos em conjunto com as decisões domésticas. Realizou-se, para tanto, também a codificação dos materiais adjuntos aos blocos argumentativos, resultando nos números descritos no gráfico 3 e na tabela 4.

Nota-se que é mais comum que as referências às decisões nacionais não sejam isoladas. Acompanham-nas tanto materiais jurídicos de DIDH (aproximadamente 42%), ou, ao menos, de normas domésticas (aproximadamente 29%). Impende salientar que, no tocante a esta análise, era possível a atribuição de mais de um código ao mesmo bloco de argumento, na hipótese de constatarem-se materiais jurídicos de diferentes categorias.

É frequente que as decisões judiciais sejam equiparadas a normas nacionais em blocos de argumento que ilustram as posições dos países no continente, atuando como um elemento subsidiário de indicação da posição do país, nos casos de ausência de dispositivo abstrato expresso⁵³². Contudo, não há uma justificativa expressa do porquê desses precedentes serem emblemáticos das posições nacionais. Isso também pode ser problemático, considerando-se o que já se explicitou no Capítulo 2 sobre a decisão judicial como material passível de interpretação.

⁵³¹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto fundamentado. *In*: CORTE IDH. **Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad** (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, p. 8-9.

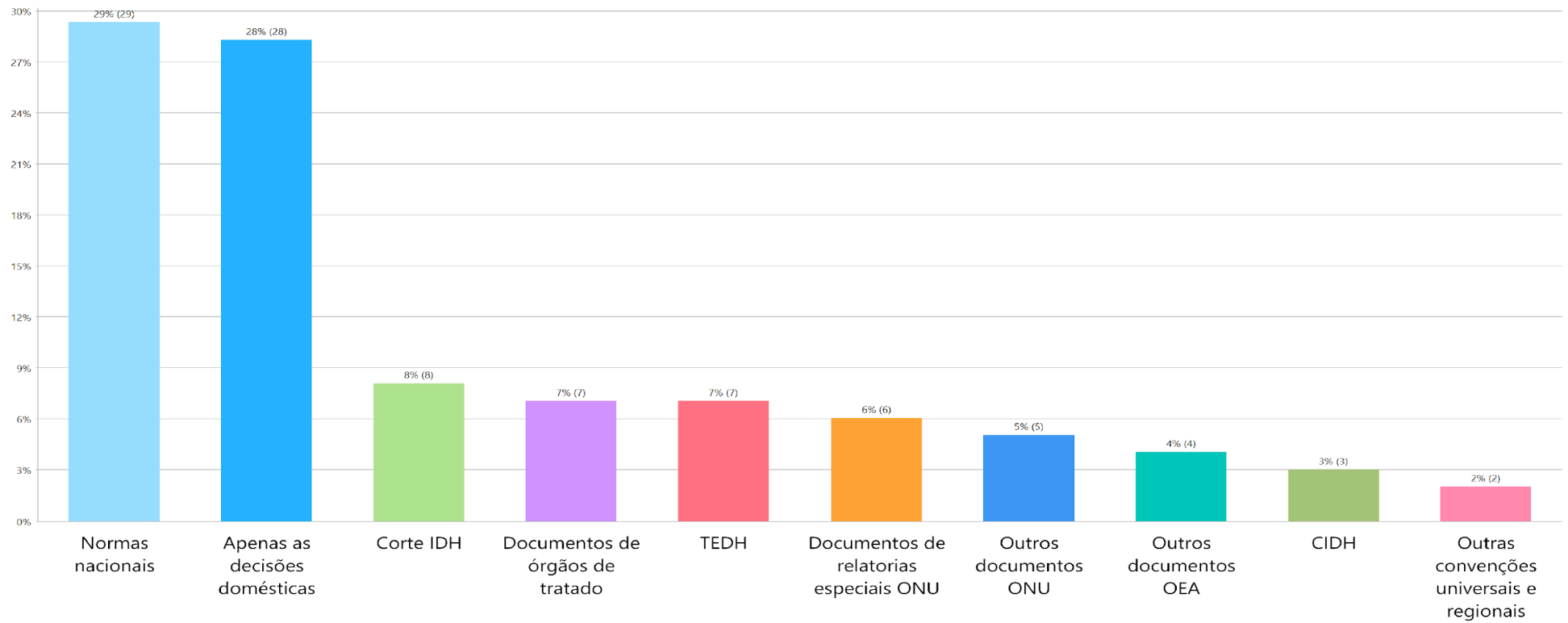
⁵³² São exemplos disso a OC 22, nas notas de rodapé 99 a 102; a OC 27, na nota de rodapé 128; e a OC 29, na nota de rodapé 114.

Tabela 4 - Materiais jurídicos adjuntos aos blocos de argumento

Materiais jurídicos adjuntos	OC 8	OC 17	OC 22	OC 23	OC 24	OC 26	OC 27	OC 28	OC 29	TOTAL
Apenas as decisões domésticas	0	3	2	0	14	1	1	1	6	28
Normas nacionais	0	0	6	3	10	0	2	0	8	23
Corte IDH	0	0	0	0	6	0	0	0	2	8
TEDH	0	0	0	0	3	0	0	0	4	7
Documento de órgãos de tratado	0	0	0	0	3	0	0	0	4	7
Informes de relatorias especiais ONU	0	0	0	0	4	0	0	0	2	6
Outros documentos da ONU	0	0	0	0	1	0	0	0	4	5
Outros documentos da OEA	0	0	0	0	2	0	0	1	1	4
CIDH	1	0	0	0	1	0	0	0	1	3
Outras convenções universais e regionais	0	0	0	0	1	0	0	0	1	2

Fonte: Próprio autor.

Gráfico 3 – Materiais jurídicos adjuntos aos blocos de argumento das decisões nacionais



Fonte: Próprio autor.

No caso dos materiais jurídicos internacionais, os usos conjugados parecem se voltar a um esforço de legitimação recíproco, na identificação das obrigações internacionais. A OC mais significativa nesse sentido é a 27, em que são articulados tratados, instrumentos de *soft law*, normas constitucionais e decisões nacionais, a fim de se afirmar que o direito à greve pode ser considerado como um princípio geral de direito internacional⁵³³

Outrossim, 28 blocos de argumentos são formados apenas de decisões domésticas. Há 13 menções que se utilizam de manifestações de um único país, sendo 6 da Colômbia, 5 do México, 1 do Equador e 1 da África do Sul. Todas se apresentam na OC 24, exceto as entradas referentes ao Equador (da OC 29) e uma das entradas da Colômbia (da OC 22). Esse uso singular dos precedentes se deu majoritariamente, portanto, no contexto específico da discussão sobre diversidade sexual e de gênero.

Percebe-se, assim, que a abertura ao diálogo da Corte, conquanto progressiva, é atravessada tanto por vieses não só das áreas temáticas e de finalidade no uso dos argumentos, mas também de interlocutores, como se aprofundará a seguir.

B) Um engajamento heterogêneo em interlocutores

Nota-se diferenças também entre quais decisões são mais valoradas pela Corte IDH, tanto entre as de tribunais internacionais e domésticos, quanto entre diferentes Estados-parte.

⁵³³ “96. El Tribunal advierte que, si bien el derecho de huelga no se encuentra expresamente reconocido en los convenios de la OIT, cabe destacar que el artículo 3 del Convenio 87 reconoce el derecho de las organizaciones de trabajadores de “organizar con plena libertad sus actividades y el de formular su programa de acción” (supra párr. 63). En ese sentido, el Comité de Libertad Sindical ha reconocido la importancia del derecho a la huelga como un “corolario indisociable del derecho de sindicación protegido por el convenio 87”. En ambos casos, la huelga constituye un medio legítimo de defensa de los intereses económicos, sociales y profesionales. Se trata de un recurso que ejercen los trabajadores y las trabajadoras como medio de presión sobre el empleador a fin de corregir una injusticia, o bien para la búsqueda de soluciones a las cuestiones de política económica y social y a los problemas que se plantean en las empresas y que interesan directamente a los trabajadores y las trabajadoras.

97. Asimismo, la Corte advierte que, además de estar ampliamente reconocido en el corpus iuris internacional, el derecho a la huelga también ha sido reconocido en las Constituciones y en la legislación de los Estados miembros de la OEA. En ese sentido, puede ser considerado como un principio general de derecho internacional” (CORTE IDH. **Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género** (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27, p. 37-38).

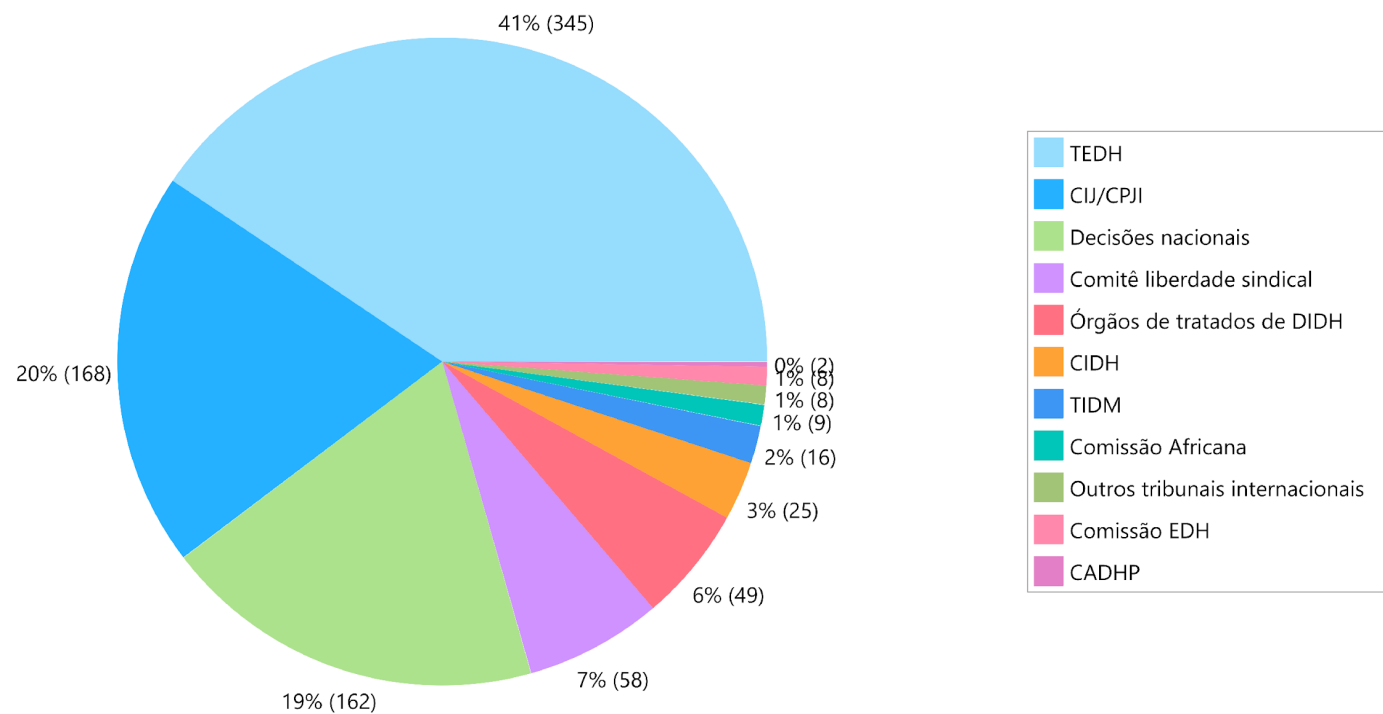
Primeiramente, apresenta-se o emprego de decisões nacionais comparadas com o uso de decisões de órgãos jurisdicionais e quase-jurisdicionais internacionais, no gráfico 4 e na tabela 5. Os números absolutos já deixam claro que a principal referência, em termos de precedentes externos da Corte IDH, é o TEDH, que possui mais do que o dobro das menções, tanto em comparação com a CIJ (incluídas, aqui, as decisões da CPJI), quanto em comparação com os tribunais nacionais, os quais também se alinham com a literatura, no sentido de haver certas reticências nas menções à CIDH, cujos casos são menos citados, em termos absolutos, do que os de órgãos de tratado e mesmo do que o Comitê de Liberdade Sindical da OIT, referenciado apenas em uma OC.

Essa conclusão se aprofunda no comparativo das OCs, em que são referenciadas as decisões: o TEDH e a CIJ (incluindo os precedentes da CPJI) são citados em quase o dobro das OCs, no comparativo com as decisões de cortes domésticas. Nota-se, portanto, que aquelas são consideradas dentro de uma gama muito mais ampla de temas do que estas.

Isso fica claro também ao se examinar o gráfico 5 de frequência de citações ao longo do tempo. À exceção da OC 8, em nenhum outro documento, o número de referências a tribunais domésticos supera o de algum tribunal internacional. Na maioria das ocasiões o TEDH lidera, com folga, o número de entradas. A CIJ também é presença constante, notadamente pelo impacto de seus precedentes na própria organização procedimental da Corte IDH, que a usa em alguns casos como referencial para definição de suas competências e poderes⁵³⁴. Alguns picos de citações ocorrem para certos órgãos, como o Tribunal Internacional de Direito do Mar, na OC 23, o que se dá em especial por tratar-se de meio ambiente. Contudo, nota-se que essas cortes, até pela especialização temática, não têm um impacto mais transversal nas OCs.

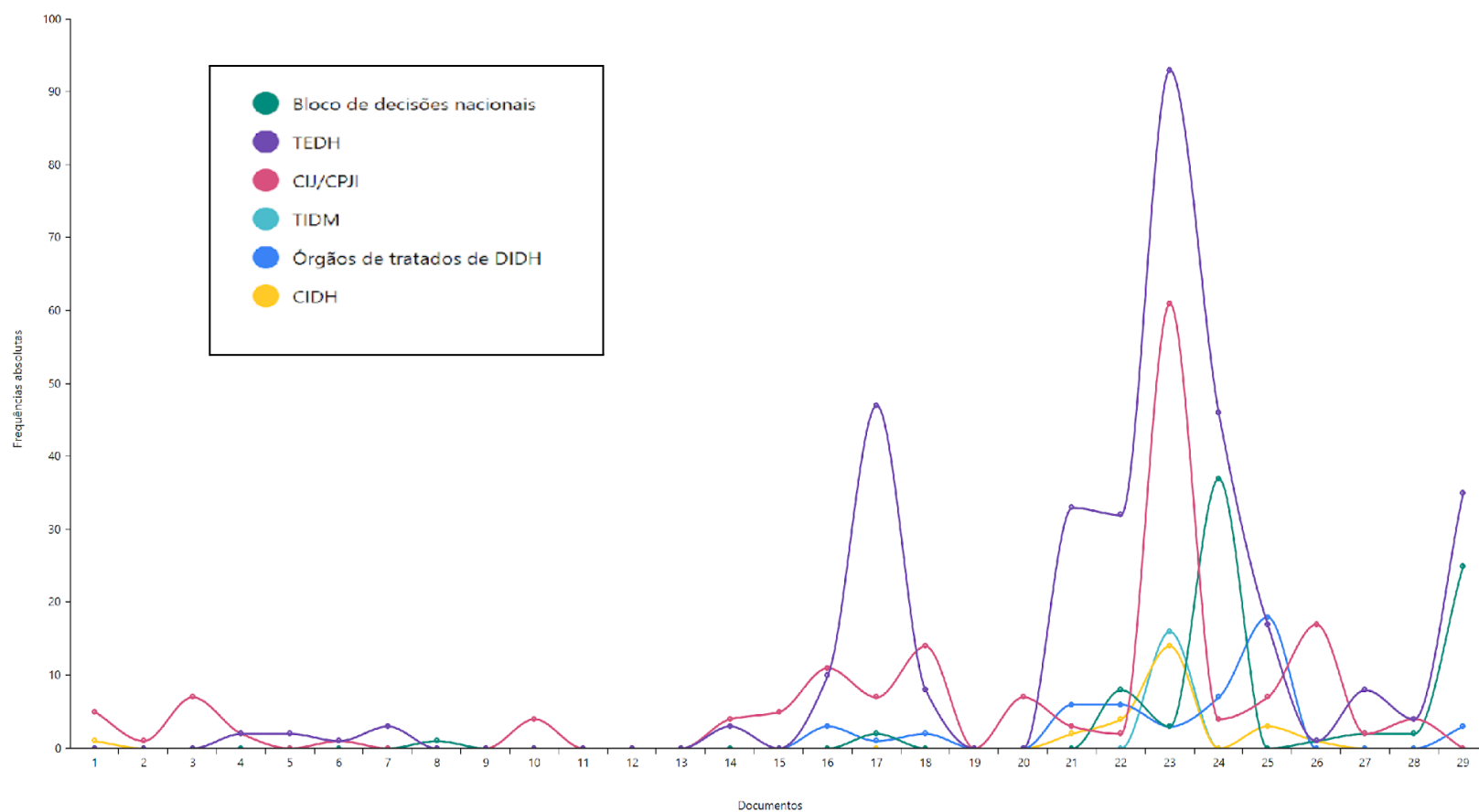
⁵³⁴ Foram localizadas 29 entradas em que a Corte IDH referencia um precedente externo na interpretação de seus poderes, procedimentos e competência, todas da CIJ ou da CPJI (nas OCs 3, 15, 17, 18 20 e 28).

Gráfico 4 – Decisões singularizadas de tribunais e órgãos internacionais e nacionais



Fonte: Próprio autor.

Gráfico 5 – Frequência de decisões singularizadas citadas por OC ao longo do tempo



Fonte: Próprio autor.

Tabela 5 – Decisões singularizadas de tribunais e órgãos internacionais e nacionais

	Decisões	%	Nº de OCs
TEDH	345	40,58	17
CIJ/CPJI	168	19,76	20
Decisões nacionais	162	19,05	9
Comitê de Lib. Sindical (blocos) ⁵³⁵	58	6,82	1
Órgãos de tratados de DIDH ⁵³⁶	49	5,76	9
CIDH	25	2,94	6
TIDM	16	1,88	1
Comissão Africana	9	1,05	3
Outros tribunais int ⁵³⁷	8	0,94	4
Comissão EDH	8	0,94	5
CAfDHP	2	0,23	1
TOTAL	850		

Fonte: Próprio autor.

Passando-se aos países americanos cujos tribunais são mais e menos citados pela Corte IDH, o diálogo com a Colômbia destaca-se com quase 40% das entradas totais, liderando também, tanto o uso em citações diretas quanto o uso singularizado como argumento de decidir.

Isso pode ser influenciado pela própria abertura do tribunal colombiano aos precedentes interamericanos. Nesse sentido, Ranieri Resende, ao realizar um comparativo do

⁵³⁵ No caso do Comitê de Liberdade Sindical, conquanto a Corte IDH tenha feito profuso número de referências, essas se limitaram à OC 27. Como o número de petições referenciadas era muito elevado, podendo gerar um viés na análise, codificou-se apenas nessa hipótese os blocos e argumento, visando a minorar a sobre-representação do órgão por conta do estilo das citações restrito apenas a essa OC.

⁵³⁶ No caso dos órgãos de tratado e comissões regionais a contagem leva em conta exclusivamente casos decididos em sistemas de petição, não incluindo outros materiais que não são fruto da análise de casos, como informes temáticos e observações gerais.

⁵³⁷ Entram aqui o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (4 entradas), a Corte de Justiça do Caribe (2 entradas), o Tribunal Penal Internacional (1 entrada) e o Órgão de Apelação da OMC (1 entrada).

uso dos precedentes da Corte IDH com o uso dos precedentes nas Cortes Supremas de Brasil, Argentina, Chile, Bolívia e Colômbia, identifica a Corte Colombiana como a de maior assimilação dos precedentes interamericanos, refletindo-se no número de decisões que os citam e na diversidade de temas em que são empregados⁵³⁸.

Na mesma linha, Rodiles identifica a Corte Constitucional da Colômbia como um exemplo de tribunal “interpretativista”, que se valeu do DIDH em geral e dos precedentes interamericanos como vias de expansão de poderes⁵³⁹, e Manuel Mera também identifica na adoção da doutrina do bloco de constitucionalidade um movimento de crescente relevância da jurisprudência da Corte IDH naquele país⁵⁴⁰.

De outro lado, a hipótese de que o número de juízes escolhidos para a Corte IDH possa impactar na propensão a esse diálogo só parcialmente se confirma (gráfico 7). Se a representação colombiana na Corte IDH é relativamente significativa, com 4 juízes dela se originando, países até bem presentes na amostragem, como Argentina, Chile e o próprio Brasil, não são tão referenciados, todos contando com 6 a 7 menções, por volta de 4% do

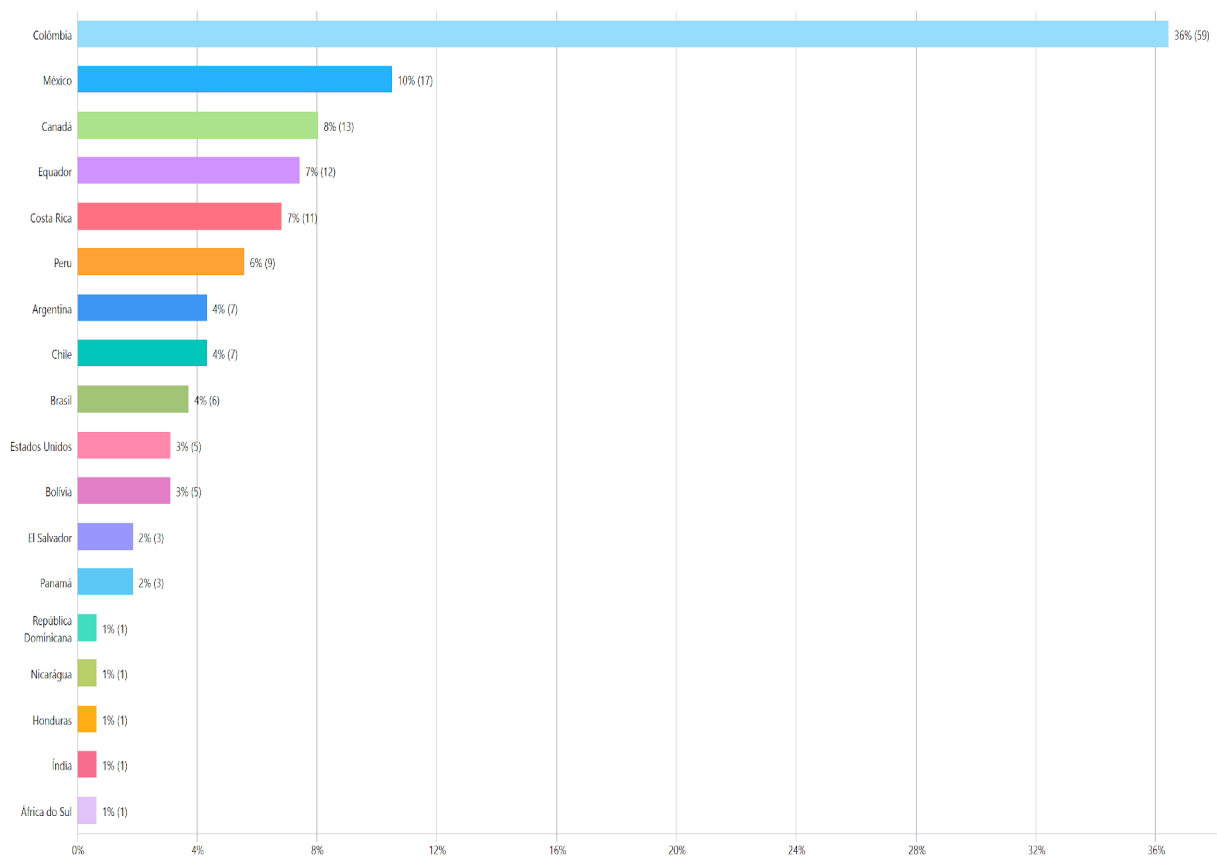
⁵³⁸ “Compared to all States in the sample, the Colombian Constitutional Court has shown the highest assimilation of Inter-American precedents, both for the proportional number of national collegiate judgments with explicit citations (Table 5.2.2), and based on the significant diversification of themes and precedents. Combining these factors and the theoretical perspective outlined in sections above, it is appropriate to classify the Colombian case as the acculturative persuasive Inter-American precedent with high performance, especially due to the relevant mentions of IACtHR precedents by the Constitutional Court in its collegiate decisions with an impressive diversity of contents, complemented by a relevant standard of compliance with general international obligations by the State (Table 5.2.1)” (RESENDE, Ranieri L.. Precedent of the Inter-American Court of Human Rights: State Compliance and Judicial Performance in Brazil, Colombia, Argentina, Chile, and Bolivia. **SSRN Electronic Journal**, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2023-02. January 18, 2023).

⁵³⁹ “Following a systemic interpretation of this provision in connection with Article 93, which prescribes that rights and duties established in the Constitution shall be interpreted ‘in conformity with international treaties on human rights ratified by Colombia’ (‘consistent interpretation’), the CCC has developed the method known as ‘*bloque de constitucionalidad*’. This has been decisive in almost all decisions mentioned here, and can be regarded as the general tenor of the jurisprudence of the CCC. It basically means that those human rights and related principles that are not expressly enshrined in the Colombian Constitution have to be integrated to the constitutional control of laws and other norms, as well as to the judicial protection of fundamental rights. Hence, they form together with the rights established in the Constitution, a *bloc*, recently also called ‘network of rights’ or ‘network constitution’. Although the concept of ‘hierarchy’ is not en vogue any more, it is quite clear that the ‘favourability clause’ is the guiding principle in the construction of each bloc of rights, determining which norms are to be integrated and preferred in the concrete application. The CCC has expanded the scope of this principle of interpretation over time, incorporating judicial decisions of international courts, especially of the IACHR, and all kinds of recommendations, observations, best practices, and other global soft law instruments elaborated by human rights treaty bodies and the like” (RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 166).

⁵⁴⁰ MERA, Manuel Eduardo Góngora. Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas. In: **La justicia constitucional y su internacionalización**. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina? México: UNAM, 2010, v. II.

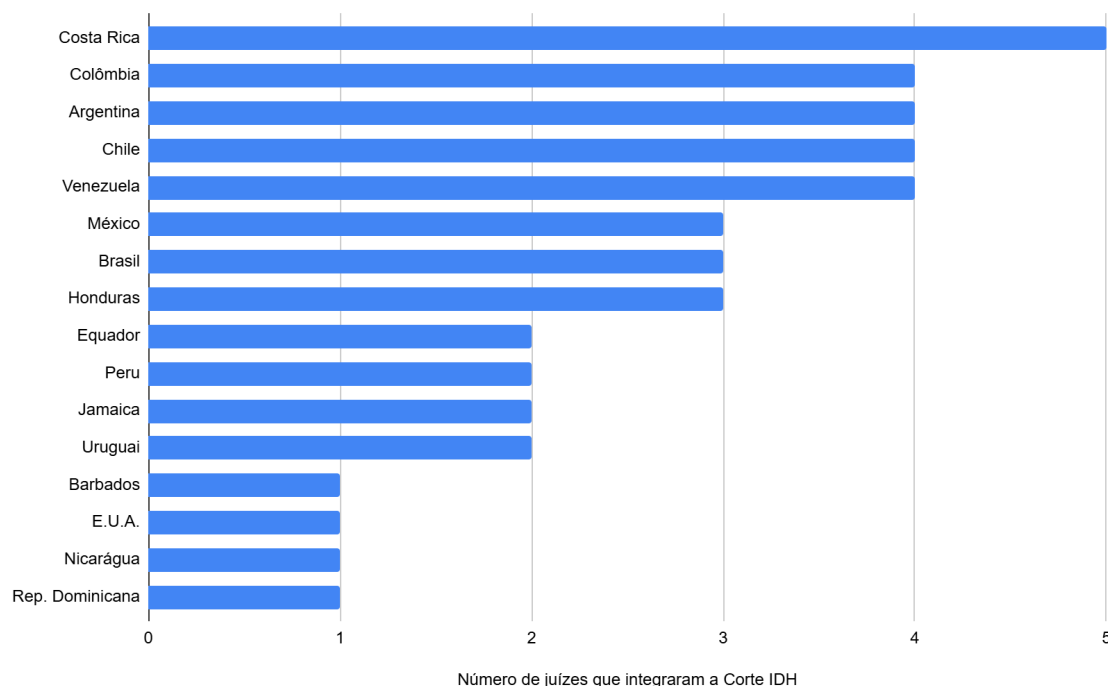
total. Isso tende a sinalizar que a questão não se trata apenas do conhecimento, mas também de um certo alinhamento à jurisprudência interamericana.

Gráfico 6 - Número de decisões citadas no total de OCS por país



Fonte: Próprio autor.

Gráfico 7 – Nacionalidades dos juízes que integraram a Corte IDH



Fonte: Próprio autor.

Do mesmo modo, na perspectiva dos solicitantes de opiniões consultivas, há apenas uma correspondência parcial entre maior número de pedidos e de citações. Considerando os cinco únicos países com 2 ou mais solicitações de OCs já examinadas, se, dentre os mais citados, Costa Rica, Colômbia e México são o 1º, 2º e o 4º países com maior número de solicitações (5, 4 e 2, respectivamente), Uruguai e Argentina, com número bem menos expressivo de referências, ocupam a 3ª e 5ª posições⁵⁴¹.

Por fim, dentre aqueles que aceitaram, em algum momento, a jurisdição da Corte IDH, Barbados, Guatemala, Haiti, Paraguai, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela não tiveram nem mesmo uma decisão referenciada. Esses países, juntos, representam 138 das 537 decisões emitidas pelo tribunal⁵⁴². Em um comparativo, as cortes da Índia e da África do Sul e o Órgão de Apelações da OMC foram mais citados nas OCs do que qualquer um desses Estados americanos.

⁵⁴¹ Dados extraídos do sítio eletrônico da Corte IDH.

⁵⁴² Dados extraídos do sítio eletrônico da Corte IDH.

Em apertada conclusão, percebe-se que, tanto na dimensão de enunciação, quanto na dimensão de uso, não se caracteriza propriamente uma rejeição ao valor jurídico das decisões domésticas. Ao contrário, a tendência parece ser de abertura de espaços. Contudo, esse diálogo acontece de modo seletivo e instável, flutuante em relação à temática dos questionamentos e com referências indiretas. O nível de engajamento é relativamente superficial, mais voltado às decisões como exemplos de posições de países da região do que como fontes de argumentos e interpretações adequadas dos direitos convencionais. Algumas cortes têm maior penetração do que outras, sendo o principal expoente desse movimento a *Corte Constitucional de Colombia*, mas, em geral, as decisões dos tribunais americanos têm menos impacto do que as produções de outros tribunais e órgãos internacionais, sendo o TEDH o grande influenciador das opiniões consultivas.

Abaixo apresenta-se um quadro-síntese da compreensão que se extrai da análise teórico-empírica acerca das regras de precedente do SIDH, na perspectiva uso das manifestações domésticas pela Corte IDH:

Tabela 6 – Regras de precedente quanto às decisões domésticas na perspectiva da Corte IDH

Dimensão	Possibilidades teóricas	Cenário Empírico
Dever de uso (reconhecimento)	• Interpretação evolutiva com materiais domésticos (OC 22) • Domínio reservado (OCs 4 e 24 vv) • Consenso regional (OCs 24 e 29) • Deferência (OC 24 vv) • Prática posterior das partes (OC 22)	Instável em tema e propósito (expansão ou limite da atuação), mas em aumento
Modos de uso (interpretação)	• Técnica interpretativa pelo método comparado (OC 22) • Uso exemplificativo da melhor interpretação (OC 24)	Textualizada, com citações indiretas e cotejo escasso com os fundamentos

Intensidade do engajamento com as decisões domésticas e exceções	• Interpretação evolutiva com materiais internacionais (OC 24) • <i>Effet utile</i> da convenções (OC 18) • Princípio <i>pro persona</i> na perspectiva internacional (OC 24) • Obrigação de respeitar direitos e dever de adotar disposições internas (OCs 18 e 24)	Em ampliação, mas com intenso uso das exceções e resistências a um uso além do ilustrativo
--	---	--

Fonte: Próprio autor

Essa seletividade acaba por representar, indiretamente, muito mais uma expansão dos poderes da Corte IDH do que uma limitação por meio da deferência aos Estados. Na medida em que se legitimam as decisões domésticas como fonte dissociada dos tratados, às vezes com o reforço de textos de *soft law*, às vezes com outras normativas nacionais, às vezes por si mesmas, abre-se o leque de materiais disponíveis para decisão. Assim, o corpo de materiais jurídicos disponíveis aos juízes prossegue em vigorosa expansão, o que, ao fim, ressuscita preocupações em relação ao afastamento do consenso dos Estados como fundamento de legitimidade do SIDH.

CAPÍTULO 7: A PRÁTICA DO DIÁLOGO POR PRECEDENTES NO SIDH A PARTIR DO STF

Na perspectiva do STF, o diálogo por precedentes, no SIDH, envolve o dilema entre manter sua voz de comando internamente e ser ouvido internacionalmente. Para a respectiva análise, focada nos acórdãos do plenário que referenciam decisões da Corte IDH, após a apresentação dos aspectos metodológicos (7.1), são descritos os resultados da expansão heterogênea dos usos das decisões interamericanas (7.2) e da disputa entre modelos de controle de convencionalidade (7.3). O conjunto sinaliza abertura ao uso das decisões interamericanas, mas dentro de posturas heterogêneas, eivadas por disputas na modelagem do controle de convencionalidade, refletindo tensões entre as diferentes noções de soberania, de equilíbrio de poderes e da função das jurisdições internacional e doméstica.

7.1 Aspectos metodológicos da análise no STF

A análise da participação do STF no diálogo por precedentes foi feita com base nos acórdãos do plenário (A), também por meio da codificação com apoio do MaxQDA (B).

A) Formação do corpo de análise: a escolha das decisões do plenário do STF

A fase da pesquisa focada no STF buscou exaurir a análise dos casos em que foi referenciada explicitamente, em plenário, uma decisão da Corte IDH.

Contextualmente a América Latina é um dos continentes que recentemente têm sido marcados pela discussão sobre a internacionalização, conceituada como o aumento da interação recíproca entre as ordens domésticas e internacional, envolvendo a expansão dos temas, instrumentos e atores do Direito Internacional e a ampliação de seu impacto no âmbito

doméstico⁵⁴³. Na vertente do DIDH, na medida em que se multiplicam as obrigações internacionais dos Estados, afeitas a relações jurídicas internas, ampliam-se as possibilidades de demandas aos tribunais domésticos, objetivando que sejam também seus efetivadores imediatos, ante a premissa do dever das cortes, como parte do Estado, de darem cumprimento às obrigações internacionais assumidas⁵⁴⁴. O cenário resultante sinaliza uma possível abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais aos tratados de Direitos Humanos, inclusive por meio da judicialização estratégica, com base no Direito Internacional, de pretensões perante os tribunais domésticos⁵⁴⁵.

No caso do Brasil, a Constituição de 1988, como um exemplo do que George Galindo aponta como a marca da quinta fase do tratamento das relações exteriores na Constituição, “demonstra inúmeras preocupações com a proteção dos Direitos Humanos, inclusive aqueles oriundos de tratados internacionais”⁵⁴⁶. Essa internacionalização (e, em especial, uma certa *interamericanização*, traduzida na voraz expansão dos estudos sobre o próprio Sistema Interamericano⁵⁴⁷), foi paralelamente acompanhada de um aprofundamento do sistema de precedentes. Há uma ampliação da função e dos poderes das Cortes Superiores para fazerem seguir seus comandos, com a observância da hierarquia funcional finalística do Poder Judiciário sendo atrelada ao dever de adequada fundamentação das decisões judiciais⁵⁴⁸.

⁵⁴³ Nesse sentido, DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d’appréciation et internationalisation du droit. *Réflexions sur la validité formelle d’un droit commun pluraliste*. **Revue internationale de droit comparé**, v. 52, n. 4, p. 753–780, 2008; D’ASPREMONT, Jean. The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order. *In: The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law*. Hart, 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1401019>>. Acesso em: 29 de julho de 2019; LIMA, Gabriela Garcia Batista. **A internacionalização dos Direitos e a Incomensurabilidade de Valores**: Sua proposta como reflexo de uma tradição. *In: XVII Congresso Nacional CONPEDI - XX anos de Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios*. Brasília: Conselho Nacional de Pesquisa e pós-graduação em Direito, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/09_486.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

⁵⁴⁴ TZANAKOPOULOS, Antonios. **Domestic Courts in International Law**: The International Judicial Function of National Courts. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34, 2011; NOLLKAEMPER, Andre. **National Courts and the International Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/11093>. Acesso em: 8 maio 2024.

⁵⁴⁵ DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. *In: Diálogos jurisdicionais e Direitos Humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 347–383.

⁵⁴⁶ GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 90 e 134.

⁵⁴⁷ Ainda nesse sentido: CRUZ MARIN, Patricia; VIVEROS UEHARA, Thalia; FRANCESCONI, Lavinia; *et al.* **Cartografía de la producción académica sobre cumplimiento, implementación e impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos**: una revisión sistemática en once países (Mapping of Scholarship on Compliance, Implementation, and Impact of the Inter-American Human Rights System: A Systematic Review in Eleven Countries). 2024. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=4757905>>. Acesso em: 7 maio 2024.

⁵⁴⁸ Para uma análise sobre a relação entre o DIDH e o sistema de precedentes brasileiros, vide: FREITAS, Lucas

Assim, a escolha pelos acórdãos do plenário do STF se fez exatamente porque são casos que, pelo ordenamento jurídico brasileiro, geram vinculatividade especial para os demais julgadores, na forma do art. 927, incisos I e III, do Código de Processo Civil⁵⁴⁹. A partir da perspectiva da compreensão de como a interpretação constitucional contemporânea é influenciada pelo DIDH, o Supremo Tribunal Federal brasileiro é um dos espaços privilegiados para o exame dos discursos judiciais sobre as interações entre as ordens internacional e doméstica, permitindo-se perceber de que modo o Supremo Tribunal do Brasil reproduz as tensões entre as esferas nacional e internacional, e qual é a importância dada ao DIDH pelos juízes da corte constitucional.

Frise-se a possibilidade de referências não expressas eventualmente constarem de outras decisões do STF, mas, tendo-se em conta seus efeitos menos impactantes de difusão das decisões interamericanas, entendeu-se que a ausência dessas decisões não afetaria as conclusões da pesquisa e ainda a preservaria, dentro de parâmetros viáveis para o escopo da tese.

B) Estratégia de abordagem: análise qualitativa apoiada por software

O corpo de análise foi formado a partir de pesquisa realizada no sítio eletrônico do STF, inicialmente em 2 de novembro de 2024, com atualização no 1ª de janeiro seguinte, contemplando-se todas as classes processuais, utilizando-se os termos “Corte Interamericana”, “Corte IDH” e “CIDH”, de modo alternativo, em todos os campos processuais e no inteiro teor dos acórdãos.

O intuito da inclusão do último termo, que usualmente se refere à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, deve-se ao fato de que algumas decisões do STF usam indistintamente a sigla, mesmo sendo prática comum que o SIDH use a expressão “Corte

Daniel Chaves de. Precedentes vinculantes internacionais e o *custos iuris gentium*: a difusão do Direito internacional e a atuação do Ministério Público brasileiro no sistema de precedentes. **Revista do CNMP**, v. 11, p. 167–205, 2023.

⁵⁴⁹ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;
(...).

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.

IDH”⁵⁵⁰, e há mesmo uma confusão entre manifestações da Comissão e da Corte⁵⁵¹. A inclusão, portanto, garantiu que a base para triagem fosse a mais ampla possível.

A pesquisa retornou 198 resultados, tabulados na planilha constante do anexo. Desses resultados, 41 foram descartados por não serem acórdãos de mérito⁵⁵² e se referirem apenas à Comissão Interamericana⁵⁵³, ou por conterem uma menção à corte interamericana que não dizia respeito à argumentação presente no voto⁵⁵⁴. Assim, o corpo de análise restou composto de 157 documentos.

Cada decisão foi inserida no programa MAXQDA e identificada por data de publicação e tema tratado, dentro de 14 grupos: acesso à informação (3); direitos ambientais (15); direitos econômicos, sociais e culturais (2); segurança pública (14); dever de investigar e punir (20); devido processo legal penal (33); sistema prisional (5); devido processo legal cível (6); liberdade de expressão e imprensa (17); liberdade religiosa (5); povos tradicionais (7); discriminação de gênero e liberdade sexual (20); direitos políticos (8) e outras discriminações (raça e saúde – 2).

A abordagem do corpo de análise se fez com uma primeira etapa de codificação, realizada manualmente dentro do *software* MAXQDA, com a leitura dos textos para

⁵⁵⁰ Uma das mais simbólicas entradas nesse sentido se dá no Recurso Extraordinário 580252, em que se lê: “Não por outra razão, o Brasil, nos últimos 10 anos, foi seguidamente notificado pela Corte Internacional de Direitos Humanos (CIDH) para tomar medidas emergenciais em relação a pelo menos três presídios específicos, por conta de suas condições intoleráveis (Urso Branco, em Porto Velho/RO; Pedrinhas/MA; e Presídio Central, em Porto Alegre/RS)” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Tribunal Pleno, julgado em 16 de setembro de 2017, p. 15).

⁵⁵¹ Ilustra o ponto o seguinte trecho da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6138, referenciando o Relatório nº 54/01, expedido pela Comissão Interamericana no Caso 12.051 (Maria da Penha Maia Fernandes): “A história da luta das mulheres contra a impunidade dos crimes praticados no âmbito doméstico e familiar é representada pelo caso da Sra. Maria da Penha, vítima de duas tentativas de homicídio praticadas por seu ex-companheiro. A demora no julgamento do agressor levou à condenação do Estado Brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por violação aos deveres de proteção aos direitos humanos assumidos com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 580252**. Tribunal Pleno, julgado em 23 de março de 2022, p. 76).”

⁵⁵² 2 decisões, nos ARE 1385315 (RG) e 1054490 (QO).

⁵⁵³ 16 decisões, extraídas das ADIs 4424, 6362 e 6363 (MC-Ref), das ADPFs 54, 607, 690 (MC-Ref), 709 (TPI-Ref), 714, 714 (MC-Ref), 742 (MC), dos AREs 1121633 e 1309642, da Rcl 23899, dos REs 459510 e 806339 e da STP 1007 (MC-Ref).

⁵⁵⁴ 23 decisões, com as seguintes razões de exclusão: 5 com menção a cargo ou a participação em ato da parte, de doutrinador ou de Ministro (Inq 2606, Inq 2842, RE 669367, ADI 7228 e ADO 20); 12 com referência no relatório do caso (ADI 6023 (AgR), ADPF 496 (ED), ADPF 527, ADPF 850 (MC-Ref-Ref), ADPF 854 (MC-Ref-Ref), AR 2686 (AgR), AR 2745 (AgR-ED-AgR), ARE 1421924 (AgR), ARE 1447463 (AgR), HC 239162, MS 38472 (AgR), RE 511961 (EDex). ADPF 496 (ED)); 2 com menção em título de doutrina citada (ADI 4109 e RE 971959); 2 com referência a prática da Corte IDH ou da OEA (ADI 6421 (MC) e ADI 4768); 2 com referência em ementa citada, mas em ponto distinto do útil ao caso (ADI 6260 e ADI 7110).

identificação dos trechos relevantes. Os segmentos encontrados foram assinalados e categorizados, consoante os mecanismos de etiquetagem do programa. Na sequência, foi feita a exploração automatizada do texto por meio de busca de palavras-chave. Assim, a leitura foi complementada, por meio das pesquisas com base em termos que poderiam referir-se aos assuntos buscados, a fim de garantir o exaurimento dos temas de interesse no *corpus*. Os termos adotados para a complementação foram “internacional”, “convencional” e “interamericana” (este último identificando feminino e masculino).

Finalizada a identificação dos segmentos de interesse, foram aplicadas as ferramentas de análise jurimétrica e qualitativa, por meio da contabilização e do cruzamento de códigos e da comparação de excertos, a partir das questões levantadas no decurso teórico das Partes 1 e 2.

A categorização dos argumentos foi feita separadamente, entre enunciação da força vinculante dos precedentes e seu uso. No caso das enunciações, foram adotados dois grupos de categorias. O primeiro agrupou as referências gerais sobre a necessidade de realizar o controle de convencionalidade. O segundo, sobre o valor das decisões da Corte IDH, contemplou quatro categorias, consoante as geometrias possíveis do SIDH, apresentadas no capítulo 5, isto é, as três possibilidades de articulação vertical entre as duas cortes (prevalência da decisão da Corte IDH, do STF e parcial, a partir de algum condicionante contextual) e a defesa de uma possível articulação horizontal.

No caso da afirmação da observância obrigatória da decisão da Corte IDH, sem ressalva ou condição de contexto em que a posição do STF prevaleceria, computou-se o excerto como uma enunciação ocupando a Corte IDH o vértice superior; do mesmo modo, afirmada a obrigatoriedade da decisão do STF, sem ressalva de condicionantes que tornariam o pronunciamento da Corte IDH inafastável, o segmento foi classificado como de enunciação do STF ocupando o vértice superior.

Sobre os usos das decisões interamericanas, três dimensões foram codificadas para cada referência: o tipo de precedente da Corte IDH citado; os materiais jurídicos que eventualmente acompanham a referência no argumento; e a finalidade da referência para a argumentação. Na hipótese de serem citadas mais de uma decisão da Corte IDH, ainda que, em seu conjunto, sirvam a uma mesma unidade de sentido, optou-se por codificar separadamente cada precedente referenciado, a partir da compreensão de que a referência a

um ou a vários precedentes busca efeitos argumentativos diferentes, sendo o número de decisões evocativo de maior força argumentativa⁵⁵⁵.

Os tipos de precedente foram categorizados em quatro grupos: opinião consultiva, condenação contra o Brasil (inclusive determinações em medidas provisórias), condenação contra outros países (inclusive determinações em medidas provisórias) e referência genérica à jurisprudência sem especificar precedente. Como cada precedente foi categorizado isoladamente, as codificações nessa categoria são mutuamente excludentes.

Já nos materiais jurídicos usados em conjunto com o precedente citado, foram codificados cinco grupos: decisões de outros tribunais regionais de DDHH; outros materiais jurídicos de DIDH, visando a englobar, de modo amplo, outros documentos adotados na argumentação internacional, como tratados, declarações, resoluções, recomendações e observações⁵⁵⁶; decisões de tribunais de outros países; somente textos constitucionais ou legais exclusivamente brasileiros; e decisões sem qualquer outro material jurídico.

Para saber se o material jurídico estava sendo empregado de modo adjunto à decisão interamericana, fez-se o exame para identificar se o seu emprego fazia parte de um mesmo argumento, compreendido como uma razão a favor ou contra uma determinada tese, dentro de uma mesma unidade de sentido.

Os três primeiros grupos não foram considerados mutuamente excludentes, de modo que é possível que o mesmo argumento resulte em três entradas, caso mencionadas, por exemplo, *decisão do TEDH*, *decisão de um tribunal de país europeu* e *convenção onusiana*. Fez-se especial detalhamento das menções de tribunais internacionais, a fim de se entender se o STF atribui alguma autoridade semântica a outras cortes, enquanto emprega os precedentes interamericanos.

Por fim, em termos de finalidade do uso da referência na argumentação, quatro grupos foram adotados, como gradação progressiva do nível de engajamento, com os

⁵⁵⁵ Sobre o tema, vide o já referenciado trabalho de “TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: **Interpreting Precedents**. Nova York: Routledge, 1997, p. 440; SHECAIRA, Fábio Perin. Precedent and the Source–Norm Distinction. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 323. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0025>>. Acesso em: 5 jun. 2023”.

⁵⁵⁶ Excetua-se, aqui, a própria CADH, dado que é o próprio objeto interpretado pela Corte IDH e, assim, enviesaria o resultado, tendo em conta o fim de entender se outros produtos jurídicos de DIDH impactam na compreensão realizada pelo STF da jurisprudência interamericana.

seguintes objetivos: apenas ilustrar a situação da jurisprudência da Corte IDH⁵⁵⁷; apontar uma diretriz hermenêutica ou de ação a ser considerada na deliberação do caso⁵⁵⁸; realizar a distinção entre a situação precedente e o caso da Corte IDH⁵⁵⁹ e atribuir conteúdo ao direito material incidente na causa, seja em conjunto com outros argumentos, seja como argumento único ou principal de decidir⁵⁶⁰. Essas categorias também foram consideradas mutuamente

⁵⁵⁷ Um exemplo se encontra no voto do Ministro Edson Facchin na ADI 7051, que trata da reforma da previdência, que trata da justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: “Nessa ordem de ideais, frise-se que a justiciabilidade de direitos socioeconômicos é largamente reconhecida na experiência constitucional brasileira e latino-americana, passando a ser afirmada inclusive pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. Em recente decisão do caso Guevara Díaz vs. Costa Rica, a Corte IDH decretou a possibilidade de ser utilizada a litigância em direitos socioeconômicos (Desca) contra os Estados sujeitos à sua jurisdição, nos termos do art. 26 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)” (FACCHIN, Edson. Voto-vogal. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direita de Inconstitucionalidade 7.051**. Tribunal Pleno, julgado em 1º mar 2023, p. 42).

⁵⁵⁸ Exemplifica, nesse sentido, o voto da Ministra Rosa Weber na ADPF 748, que tratava da flexibilização pelo CONAMA das normas de licenciamento ambiental em empreendimentos de irrigação: “15. No plano internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhece que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos protege o direito a um meio ambiente sadio na condição de decorrência necessária do direito ao desenvolvimento assegurado no seu artigo 26. Nessa linha, assinalou em 06 de fevereiro de 2020, no caso Comunidades indígenas membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) vs. Argentina, que ‘os Estados têm a obrigação de estabelecer mecanismos adequados para supervisionar e fiscalizar certas atividades, de modo a garantir os direitos humanos, protegendo-os das ações de entes públicos, assim como de agentes privados’” (WEBER, Rosa. Voto da Relatora. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 748**. Tribunal Pleno, julgado em 23 maio 2022, p. 34-35).

⁵⁵⁹ Ilustra essa posição o voto do Ministro Celso de Mello no caso da lei da anistia: “Reconheço que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em diversos julgamentos - como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (‘Barrios Altos’, em 2001, e ‘Loayza Tamayo’, em 1998) e contra o Chile (‘Almonacid Arellano e outros’, em 2006) -, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas ‘leis de auto-anistia’. A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apóia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legitima leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina. É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (MELLO, Celso de. Voto. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Tribunal Pleno, julgado em 29 abr 2010, p. 183-184, sem grifos originais). ”.

⁵⁶⁰ Nesse sentido, voto do Ministro Luís Roberto Barroso no RE 886131, paradigma do Tema 1015 da Repercussão Geral, discutindo a constitucionalidade da exigência de um período de carência para candidatos a cargos públicos que tenham se recuperado de doença grave: “17. Com efeito, a hipótese sob julgamento revela uma discriminação por condição de saúde. Situação análoga foi julgada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Gonzalles Lluy e outros vs. Equador. Na ocasião, analisava-se a situação de uma criança expulsa da escola em que estava matriculada por ser HIV positiva. Aquela Corte, então, reconheceu que ocorreu discriminação por motivo de saúde, porque foi restringido um direito da criança com base em especulações, estereótipos e preconceitos sobre a doença, sem que houvesse um risco efetivo para as pessoas que integravam aquela comunidade” (BARROSO, Luís Roberto. Voto do Relator. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 886.131**. Tribunal Pleno, julgado em 30 nov 2023, p. 19”).

excludentes, preferindo, na dúvida, a categoria de maior engajamento.

Os argumentos em ambas as categorias também foram codificados em relação aos ministros votantes. Não foram codificados votos em que apenas se acompanhou outro ministro que se reportou a precedente interamericano, e no caso de votos conjuntos o cômputo foi feito aos dois votantes⁵⁶¹. Uma última categorização diz respeito aos erros de referência observados, isto é, quando houve incorreção terminológica ou de alusão ao órgão prolator da decisão, como indicativo da evolução da própria familiaridade do STF com a gramática do SIDH.

O conjunto de código é apresentado na árvore de níveis da tabela 1 a seguir. Nela, detalham-se também os sub-códigos que foram usados e agrupados em categorias mais amplas, separados por barra.

Tabela 7 – Árvore de etiquetas usadas no MAXQDA para codificação dos acórdãos

FICHA ELETRÔNICA DE CODIFICAÇÃO	
I – Enunciação da necessidade de realização de controle de convencionalidade	
II- Enunciações de valor das decisões da Corte IDH	
Articulação vertical com prevalência da Corte IDH	
Articulação vertical com prevalência do STF	
Articulação vertical com prevalência condicionada de cada polo	
Articulação horizontalizada	
III - Uso de manifestações da Corte IDH	
<i>III-A - Presença de materiais jurídicos adjuntos à manifestação da Corte IDH</i>	
Outros tribunais internacionais	
<i>Tribunal Europeu de Direitos Humanos/ Referência genérica a tribunais de direitos humanos/ Corte Internacional de Justiça/ Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia</i>	
Outros materiais de DIDH	
Tribunais de outros países	
Apenas textos constitucionais e legais brasileiros	

⁵⁶¹ Todos os segmentos que se referem a essa situação ocorreram no voto conjunto dos Ministros Gilmar Mendes e Edson Facchin na ADI 2943, atinente aos poderes investigativos do Ministério Público.

Sem referência adjunta a um material jurídico

III-B – Tipo de manifestação referida

Decisão em processo contra o Brasil

Decisão em processo contra outros países

Opinião consultiva

Referência genérica à posição da Corte IDH, sem indicar manifestação

III-C Finalidade do uso da manifestação no argumento

Ilustrar jurisprudência internacional

Apontar diretriz hermenêutica ou de ação

Distinguir o caso em relação à manifestação anterior da Corte IDH

Atribuir conteúdo a direito constitucional

Como argumento único ou principal/em conjunto com outros argumentos ou de modo auxiliar

IV – Ministro votante

Alexandre de Moraes

André Mendonça

Cármen Lúcia

Celso de Mello

Cristiano Zanin

Dias Toffoli

Edson Facchin

Eros Grau

Flávio Dino

Gilmar Mendes

Joaquim Barbosa

Luís Roberto Barroso

Luiz Fux

Marco Aurélio

Menezes Direito

Nunes Marques

Ricardo Lewandowski

Rosa Weber
Teori Zavaski
V – Erros de referência ou terminologia
VI - Expressões complementares
Internacional
Convencional
Interamerican(o/a)

Fonte: Próprio autor.

Os resultados foram cruzados entre si por meio das ferramentas de análise do programa, com o objetivo de visualizar padrões e frequências de incidência dos códigos, complementada com o exame qualitativo dos segmentos assinalados, e são apresentados a seguir.

7.2 Precedente ou sugestão? A ampliação crescente e heterogênea do engajamento do STF com a Corte IDH

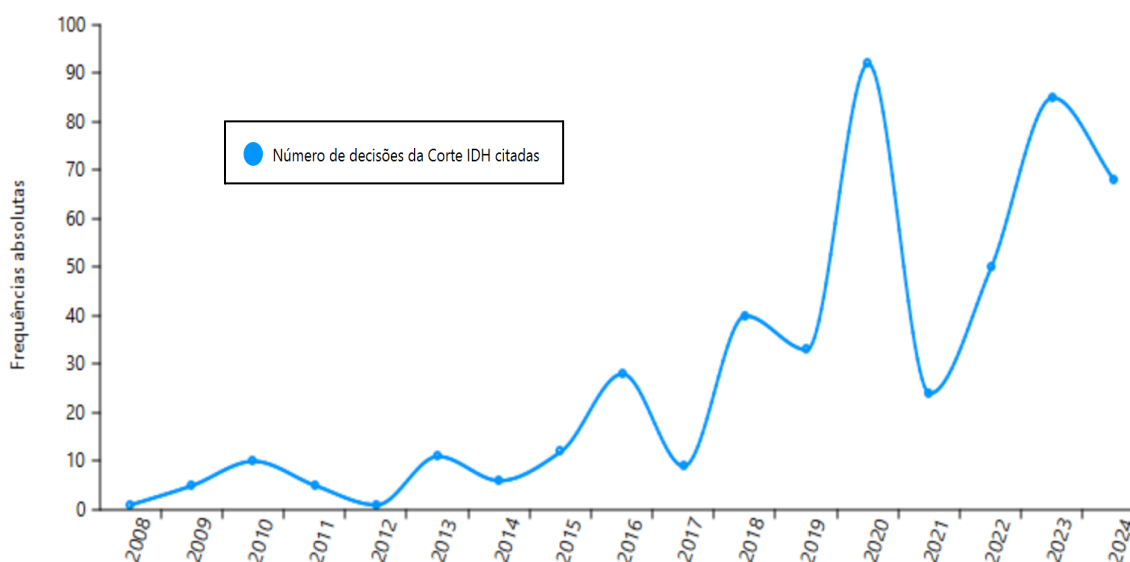
A história do engajamento do STF com a Corte IDH é marcada pela construção do controle de convencionalidade no Brasil, mas com ela não se confunde. Ainda que a afirmação do controle de convencionalidade apresente uma trajetória de ganho de impulso e consolidação, a função que a jurisprudência interamericana deve cumprir, conquanto tenha se ampliado, persiste objeto de discussões. Assim, apesar de uma clara expansão do uso das decisões da Corte IDH (A), há uma heterogeneidade de intensidades de adesão, e mesmo de familiaridade com sua produção, assim como em relação a quem, quando e como se usa a jurisprudência interamericana (B).

A) Um engajamento crescente em uso de decisões

A análise dos usos das decisões da Corte IDH sinaliza inegável aumento do engajamento do STF com a Corte IDH.

Indica esse crescimento o número de decisões interamericanas mencionadas ao longo dos anos no *corpus* analisado, apresentado no gráfico abaixo. O número de citações dos últimos cinco anos (2020-2025, 319 menções), é praticamente o dobro do que o dos 12 anos anteriores (2008-2019, 161 menções). Existe uma expressiva mudança de patamar médio de referências no comparativo entre os anos anteriores e posteriores a 2016, sustentando um crescimento significativo mesmo no ano com menor número de entradas (2021, com 24 referências), praticamente o mesmo patamar do ápice anterior, em 2016 (28 referências).

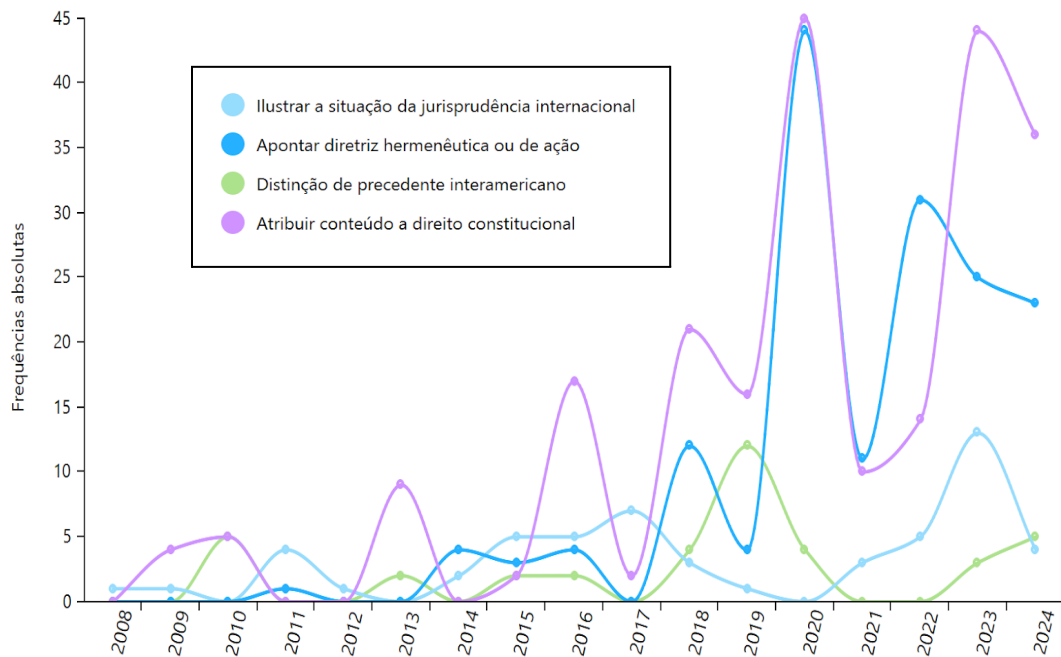
Gráfico 8 – manifestações da Corte IDH referenciadas por ano



Fonte: Próprio autor.

Segregando o dado quanto à finalidade na argumentação, constata-se que esse crescimento se dá em todas as finalidades, mas que é mais significativo para atribuir conteúdo a direito constitucional e para apontar diretriz hermenêutica ou de ação.

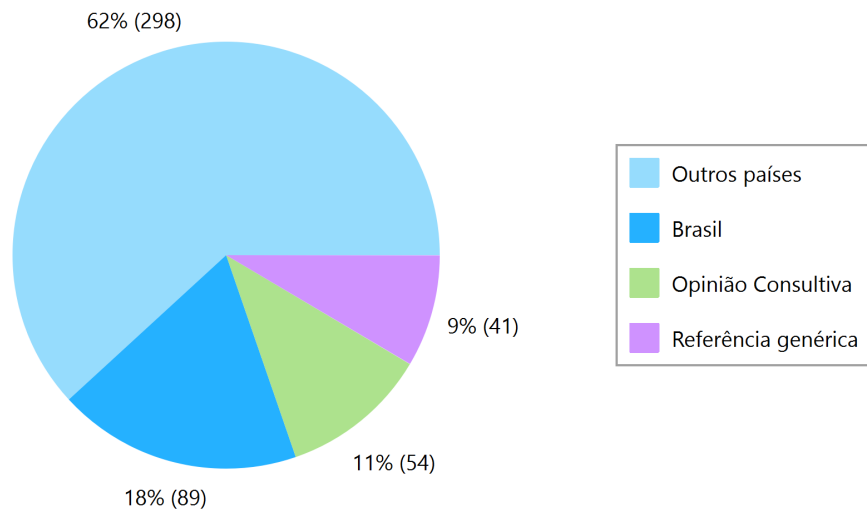
Gráfico 9 – Manifestações da Corte IDH referenciadas por ano e finalidade do uso



Fonte: Próprio autor

No tocante ao tipo de manifestação da Corte IDH, percebe-se também que todos os tipos de referências cresceram, inclusive menções genéricas à jurisprudência interamericana. Com o foco nos últimos anos, porém, percebe-se que há um aumento mais expressivo no número de menções a casos contenciosos. Ademais, o crescimento e o maior volume de referências a condenações de países diferentes do Brasil, podem sinalizar um possível aumento do conhecimento acerca da jurisprudência interamericana em geral, ou mesmo um aumento de seu emprego por outros atores processuais como argumento perante o STF:

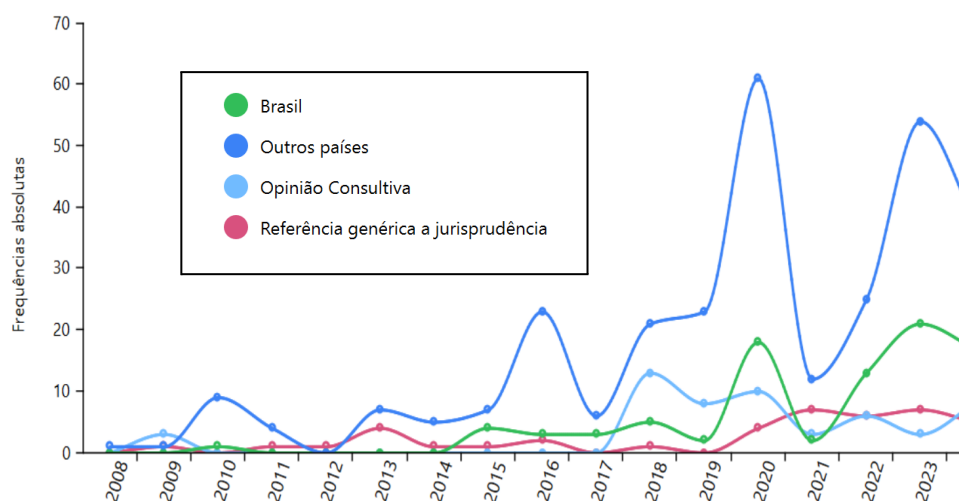
Gráfico 10 – manifestações da Corte IDH referenciadas por tipo de manifestação



Fonte: Próprio autor.

Nos quantitativos totais, esse fenômeno fica ainda mais claro. As citações de sentenças contra outros países superam as demais categorias em quase o dobro. Isso é natural em termos numéricos, já que o número de OCs e sentenças contra o Brasil é bem menor do que as decisões contra as demais nações americanas somadas. Contudo, é revelador de um ganho de espaço da jurisprudência interamericana.

Gráfico 11 – manifestações da Corte IDH referenciadas por tipo de manifestação



Fonte: Próprio autor.

Na leitura dos segmentos, há poucas ocasiões em que se faz distinção das manifestações da jurisdição contenciosa e consultiva. Uma exceção é o Ministro Celso de Melo, que normalmente destaca a vinculatividade das decisões da Corte IDH para os países que reconhecem sua jurisdição para as decisões em casos contenciosos⁵⁶². Já a referência a ser uma sentença contra o Brasil ou não também é feita em poucas ocasiões, normalmente para realizar uma distinção formal que contenha os efeitos da decisão que não foi proferida contra o Brasil, como faz o Ministro Gilmar Mendes na Ext 1362⁵⁶³.

O exame das decisões de modo individualizado também sinaliza um aumento progressivo no nível de engajamento. Fazendo a classificação dos acórdãos pelo número de referências, verifica-se que os 22 acórdãos com 6 ou mais manifestações à Corte IDH citadas somam 241 referências, e a soma de todas as entradas das demais decisões do STF que compõe o *corpus* de 157 documentos resulta em 240.

Desses 22 casos, apenas 2 antecedem 2016: a ADPF 153 (constitucionalidade da Lei de Anistia) e a AP 470 (popularmente conhecido como “mensalão”). Abaixo, a listagem dos 22 casos com maior número de referências, com o respectivo tema, por ordem cronológica.

⁵⁶² “Nem se diga que a soberania do Estado brasileiro seria oponível à autoridade das sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando proferidas no exercício de sua jurisdição contenciosa. A questão central, neste tema, considerada a limitação da soberania dos Estados (com evidente afastamento das concepções de JEAN BODIN), notadamente em matéria de Direitos Humanos, e a voluntária adesão do Brasil a esses importantíssimos estatutos internacionais de proteção regional e global aos direitos básicos da pessoa humana, consiste em manter fidelidade aos compromissos que o Estado brasileiro assumiu na ordem internacional, eis que continua a prevalecer, ainda, o clássico dogma – reafirmado pelo Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, hoje incorporada ao ordenamento interno de nosso País (Decreto nº 7.030/2009) –, segundo o qual ‘pacta sunt servanda’, vale dizer, ‘Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé’, sendo-lhe inoponíveis, consoante diretriz fundada no Artigo 27 dessa mesma Convenção de Viena, as disposições do direito interno do Estado nacional, que não poderá justificar, com base em tais regras domésticas, o inadimplemento de suas obrigações convencionais, sob pena de cometer grave ilícito internacional” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470 (25º AgR)**. Tribunal Pleno, julgado em 18 de setembro de 2013, p. 175).

⁵⁶³ ““O Brasil comprometeu-se a cumprir as decisões da Corte nos casos em que for parte – artigo 68, 1, do Pacto de San José da Costa Rica. Os precedentes, embora relevantes, não são ações idênticas em causa de pedir e pedido em relação à presente extradição, sendo apenas semelhantes. Os precedentes têm força persuasiva, mas não vinculam a decisão no presente caso. O compromisso do país com o cumprimento das decisões da Corte Interamericana é limitado a casos na forma do Pacto. Aliás, importante lembrar que em Gomes Lund tratou-se de desaparecimentos forçados. Para esses, o STF tem jurisprudência, em extradição, afastando a prescrição sem a localização da vítima. A despeito das importantes considerações feitas naquele julgamento, e de precedentes que fizeram uma análise do tema, em particular o caso Almonacid, tenho que este Tribunal pode manter o debate numa perspectiva de diálogo entre as cortes” SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1362**. Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016, p. 138-139.”

Tabela 8 – Casos do STF com menção à força vinculante das decisões da Corte IDH

Processo	Ano	Nº de Decisões
ADPF 153 – Constitucionalidade da Lei de Anistia	2010	10
AP 470 (26º AgR) - Duplo grau de jurisdição e julgamento no STF	2013	6
EXT 1362 - Imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade	2016	18
ADI 3239 - Demarcação de terras quilombolas	2018	7
ADI 4275 - Alteração de nome de pessoas trans	2018	8
HC 152752 - Execução provisória de prisão	2018	9
MI 4733 - Criminalização da homotransfobia	2019	6
ADO 26 - Criminalização da homotransfobia	2019	8
ADC 43 - Execução provisória de prisão	2019	15
ADPF 709 (MC-Ref) - Proteção de indígenas contra a pandemia de COVID-19	2020	6
ADPF 635 - ADPF das Favelas (MC)	2020	18
ADPF 496 – Convencionalidade do crime de desacato	2020	39
ADPF 635 - ADPF das Favelas (MC-ED)	2022	8
ADI 6298 – Juiz de garantia	2023	6
ADPF 347 – Sistema prisional	2023	7
RHC 142608 – Julgamento militar de civis e rito	2023	7
ADI 5783 – Demarcação de terras de comunidades de fundo e fecho de pasto	2023	8
RE 1075412 - Responsabilidade de meio de comunicação por entrevista inverídica	2023	14
ARE 1385315 - Perícia inconclusiva em operação policial e responsabilização do Estado	2024	7
ADI 2943 – Poderes investigativos do MP	2024	8

RE 1017365 - Marco temporal e demarcação de terras indígenas	2024	20
RE 1235340 - Execução imediata da pena do tribunal do júri	2024	6

Fonte: Próprio autor.

Há, ainda, dois elementos adicionais que indicam um engajamento mais intenso nos últimos anos, que serão melhor explorados, qualitativamente, na secção 7.3: o aumento nas enunciações explícitas de força vinculante das decisões interamericanas feita pelo STF e no esforço na realização de distinções, tendo por parâmetro sentenças interamericanas .

As enunciações de vinculatividade são indicativas de um reforço no reconhecimento da autoridade semântica da Corte IDH. De algum modo, mesmo quando pretendem relativizar a vinculatividade, o fato de existirem e exigirem fundamentação já as torna um sinal de que há algum grau de interação entre os tribunais.

Foram localizadas menções explícitas ao valor jurídico das decisões interamericanas no ordenamento jurídico brasileiro em 25 documentos. O primeiro registro ocorre em 2012, conquanto mesmo antes disso o STF já discutisse a possibilidade de realização do controle de convencionalidade. Os casos localizados com segmentos tratando da vinculatividade são listados na tabela abaixo, com registro do número de decisões por ano.

Tabela 9 – Casos do STF com menção à vinculatividade das decisões da Corte IDH

Ano	Nº de decisões	Processo (com incidentes processuais)
2012	1	AP 470
2013	2	AP 470 (25º AgR), AP 470 (26º AgR)
2014	0	-----
2015	2	ADPF 378 (MC), ADI 5240
2016	1	EXT 1362
2017	2	RE 580252, ADI 4439

2018	2	RE 670422, ADI 4275
2019	0	-----
2020	3	ADPF 496, ADPF 635, ARE 1099099
2021	0	-----
2022	5	ADI 6281, ADI 6119 (MC-Ref), ADI 6466 (MC-Ref), ADO 59, ADI 6139 (MC-Ref)
2023	2	ADPF 991 (MC-Ref), ADPF 347,
2024	5	ADI 2943, ADI 5793, ADPF 743, ADPF 760, ADI 5668

Fonte: Próprio autor.

O tema da vinculatividade das decisões da Corte IDH também tem curva ascendente, mostrando que a questão se faz mais presente na esfera de debates do STF, isto é, há um indicativo de que este tribunal, diante da escolha de não dialogar ou dialogar, de algum modo, passa a adotar mais a última opção.

Já o número de distinções adotando por parâmetro um precedente interamericano também é significativo, porque sua existência é um indício exatamente do tratamento da decisão da Corte IDH como precedente, a exigir algum grau de esforço para não se aplicar ao caso. Em 12 processos, algum ministro faz uma distinção entre o caso e uma decisão interamericana. São listados na tabela abaixo, com registro do número de decisões por ano.

Tabela 10 – Casos do STF com distinção entre a causa e decisão interamericana

Ano	Nº de decisões	Processo (com incidentes processuais)
2010	1	ADPF 153
2011	0	-----
2012	0	-----
2013	2	AP 470 (25º AgR), AP 470 (27º AgR)
2014		-----

2015	1	ADPF 378 (MC)
2016	1	EXT 1362
2017	0	-----
2018	1	HC 152752
2019	1	ADC 43
2020	1	ADPF 496
2021	0	-----
2022	0	-----
2023	2	ADPF 347, RHC 142608
2024	2	ARE 1225185, RE 1235340

Fonte: Próprio autor.

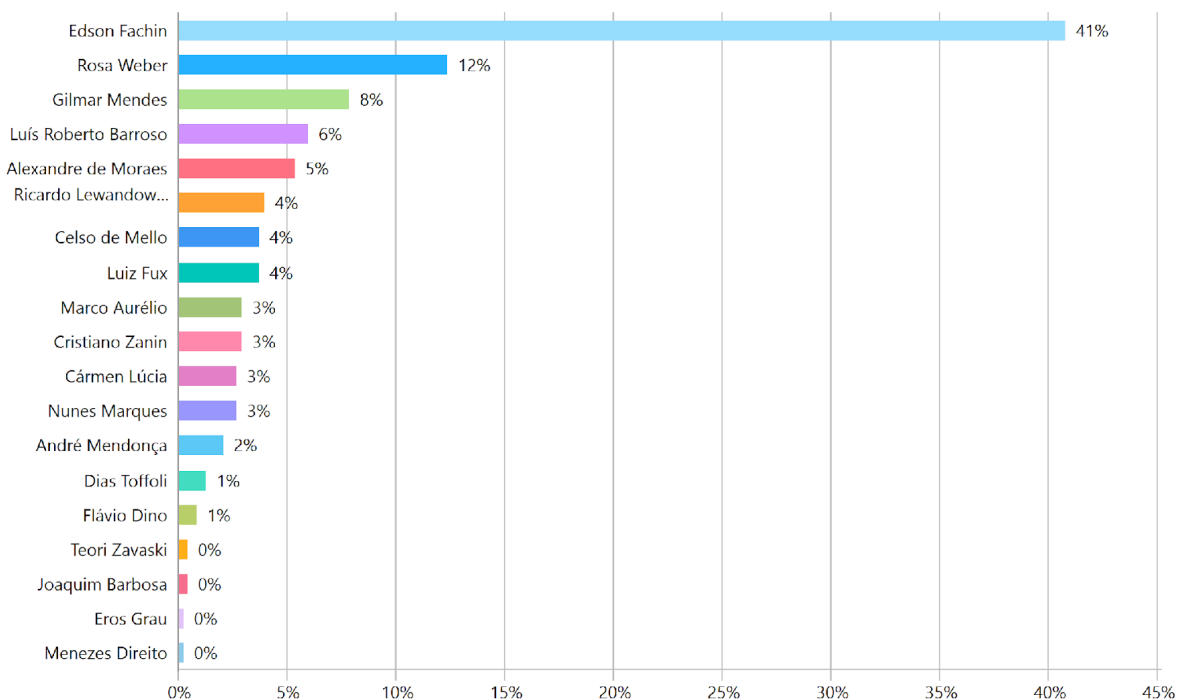
A curva também é ascendente, refletindo, assim, uma alteração qualitativa no tratamento das decisões, quanto ao nível de densidade da argumentação. Entendendo-se, portanto, o precedente como um distribuidor de ônus argumentativo, parece que o tratamento dado às sentenças interamericanas vem ganhando força vinculante na perspectiva argumentativa. Contudo, esse movimento é relativo e heterogêneo, como se mostrará a seguir.

B) Um engajamento heterogêneo com a Corte IDH em modos, momentos e usuários

Conquanto seja perceptível o aumento do engajamento do STF com a Corte IDH, uma análise cruzada e segregada dos dados mostra que esse reforço tem se dado de modo heterogêneo, seja em termos de ministro votante, de tema em que se emprega e da finalidade e contexto em que se usa.

No quesito ministro votante, o grande referenciador da Corte IDH no colegiado é o Ministro Edson Fachin, com mais de 40% das decisões citadas. Suas citações equivalem ao percentil somado dos cinco próximos ministros do *ranking* (nessa ordem, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Luís Roberto Barroso, Alexandre de Moraes e Ricardo Lewandowski). Juntas, as referências apresentadas pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber correspondem a mais da metade das citações feitas:

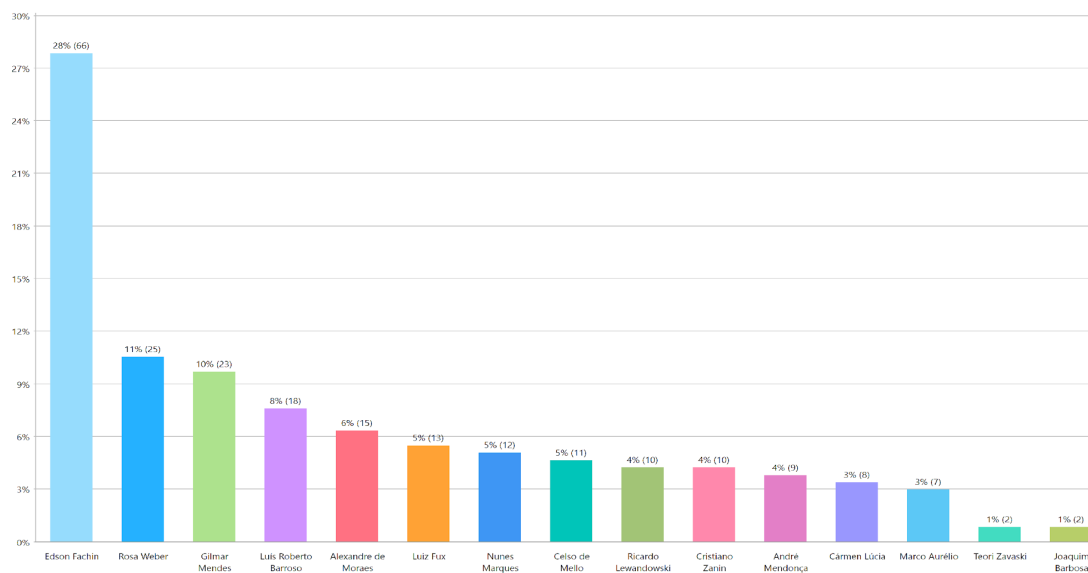
Gráfico 12 – Decisões da Corte IDH citadas por votante



Fonte: Próprio autor

Tendo em conta que frequentemente as decisões são referenciadas em blocos, o que poderia artificialmente inflar os percentis daqueles que referenciam muitas decisões em um só caso, apresenta-se abaixo as referências contabilizadas por documento, isto é, em quantos votos de cada ministro houve referência a uma decisão interamericana. Não há uma alteração significativa no ranking, mas os percentis de referência se tornam mais equilibrados, com o Ministro Fachin representando 28% dos casos, seguido de Rosa Weber, com 11%, Gilmar Mendes, com 10%, Luís Roberto Barroso, com 8%, e Alexandre de Moraes, com 6%:

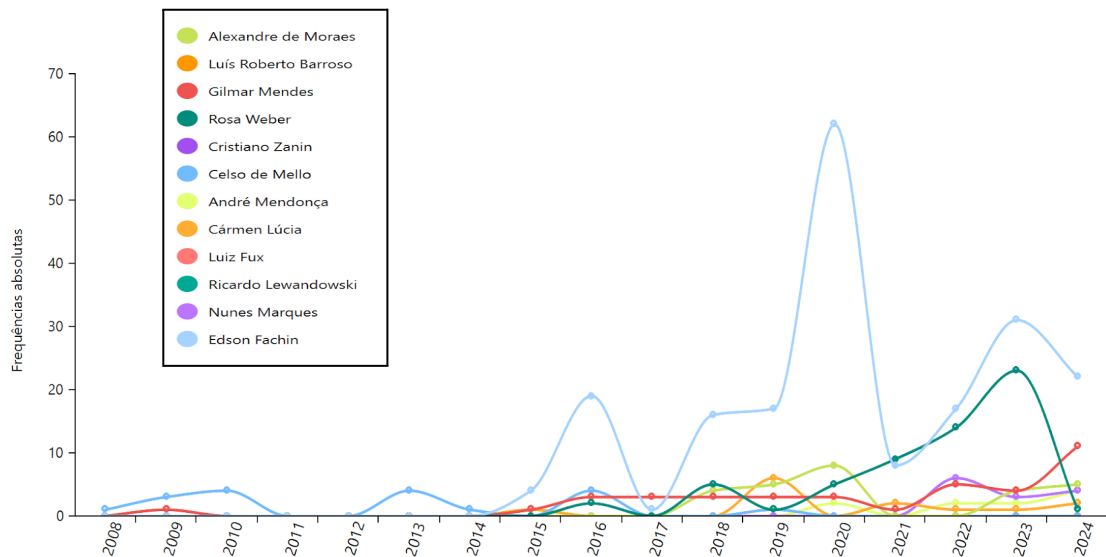
Gráfico 13 – Votos com menção a Corte IDH no total de casos (15 ministros que mais citaram)



Fonte: Próprio autor

A análise de frequência ao longo dos anos mostra não só que o aumento no número de referências se dá, considerando-se todos os votantes, com destaque a partir de 2020, mas também que os mesmos cinco ministros capitanearam o número de citações. Nesse sentido, após esse ano, há um maior equilíbrio entre o Ministro Fachin e os demais integrantes do colegiado quanto às decisões citadas, mostrando um engajamento mais geral do STF com a Corte IDH, ainda que se mantenham assimetrias entre os votantes:

Gráfico 14 – número de decisões citadas por ano e ministro votante



Fonte: Próprio autor

Os ministros, além de se diferenciarem pelo número de situações, apresentam também perfis distintos de uso. Para melhor explorar o contraste, apresenta-se, a seguir, o conjunto de gráficos com a classificação do uso das decisões, consoante as respectivas finalidades, por 6 ministros: os cinco que lideram o *ranking* de citações e um ministro já aposentado, a saber, o Ministro Marco Aurélio. A escolha deste último visa a representar um perfil ligado ao primeiro momento do STF em relação ao controle de convencionalidade, na medida em que é um dos que mais fizeram defesas explícitas de posturas que afirmam a soberania brasileira, em detrimento da jurisprudência interamericana, como se aprofundará no ponto 7.3.

A comparação dos perfis revela que, em uma ponta do extremo, com um forte alinhamento com a Corte IDH, figura a Ministra Rosa Weber, que demonstra um maior alinhamento com as decisões interamericanas, usando-as para finalidades com maiores consequências hermenêuticas e não afastando precedente por distinção em nenhum caso. Na sequência, há o Ministro Edson Fachin, também com grande alinhamento, mas que realizou algumas distinções de precedente.

Em uma situação intermediária, os Ministros Luís Roberto Barroso e Gilmar Mendes usam decisões da Corte IDH como referenciais para construção do conteúdo de direitos

constitucionais com frequência. Contudo, já apresentam um número maior de distinções e de usos apenas ilustrativos. Em um terceiro patamar está o Ministro Alexandre de Moraes, que se engaja nas decisões proferidas pela Corte IDH, mas com uma intensidade maior de distinções.

Por fim, no gráfico do Ministro Marco Aurélio, predominam usos meramente ilustrativos, sem haver nem mesmo um esforço de distinção de algum precedente, indicando uma postura que se aproxima mais dos usos do direito comparado estrangeiro como referência apenas de inspiração hermenêutica, do que do reconhecimento da vinculatividade das decisões do SIDH.

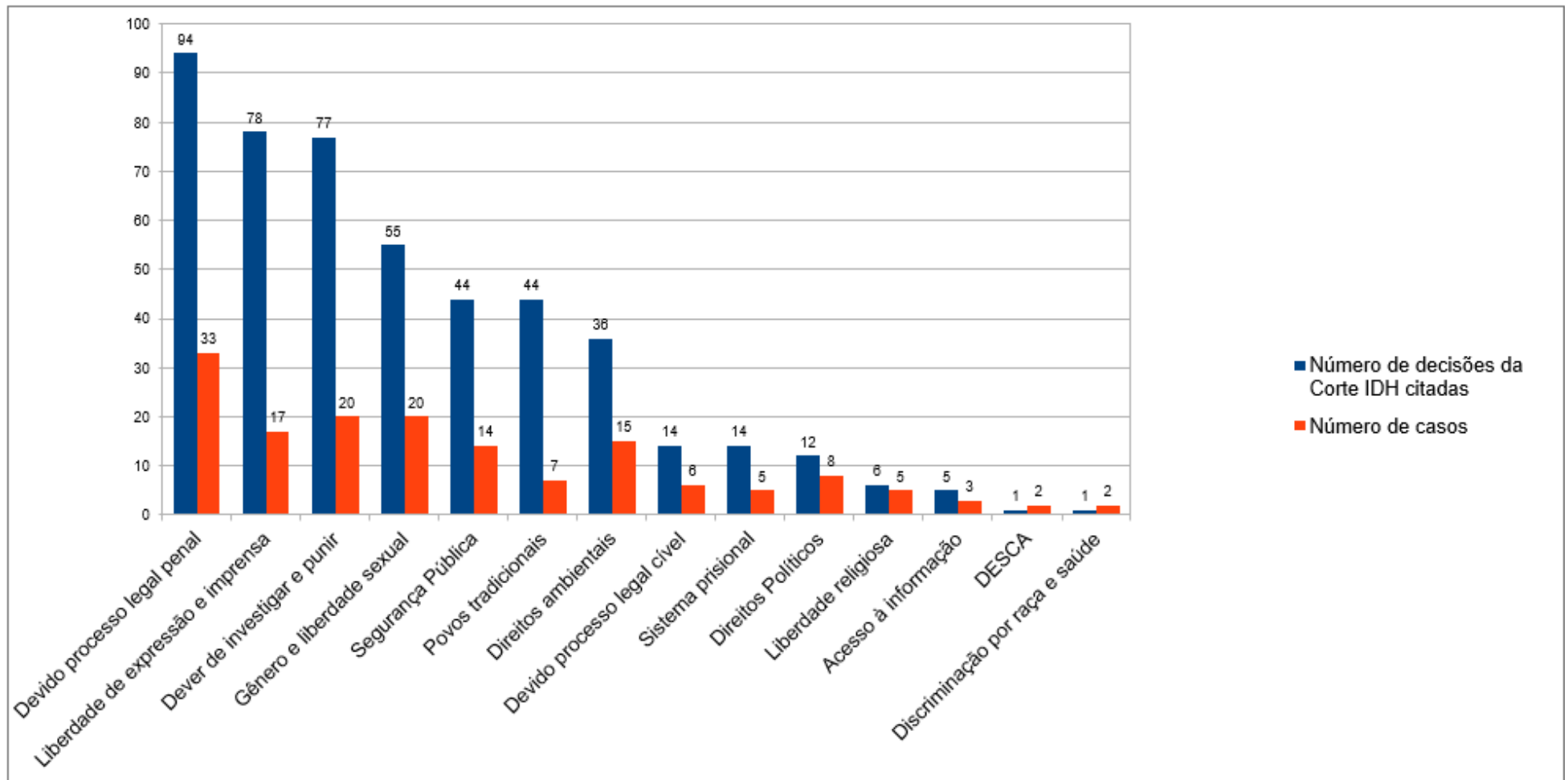
Gráfico 15 a 20 – Usos das decisões interamericana por votante



Fonte: Próprio autor

Passando-se a uma análise de temas, percebe-se que há heterogeneidades tanto em termos de pontos de maior impacto dos entendimentos da Corte IDH, quanto em número de referências por caso. Os dados compilados estão no gráfico a seguir.

Gráfico 21 – número de casos e de decisões da Corte IDH referenciadas por tema



Fonte: Próprio autor

Um primeiro ponto é o protagonismo que a jurisprudência interamericana, no tocante à regulação do processo criminal e do direito penal, tem hoje no STF. Historicamente, uma das vias de entrada do debate sobre o controle de convencionalidade foi o direito ao duplo grau de jurisdição e a possibilidade do cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado, o que, até pelo número de relações impactadas, tem efeito sobre os números totais. Além disso, nota-se também um outro movimento, que diz respeito à política penal de segurança pública como um todo, com debates sobre que fatos são criminalizáveis em áreas de tensão, como o exercício das funções públicas e a liberdade de expressão, bem como do combate aos estereótipos inconventionais, no exercício do dever de investigar e punir e na proteção a minorias historicamente vulneráveis.

Outro tema recorrente é liberdade de expressão, que também tem raízes históricas, calcadas no debate sobre a exigência de diploma de jornalismo para atuação em meios de comunicação. A pauta da liberdade de expressão também vem se diversificando, com questões sobre o exercício dos direitos políticos e o combate e responsabilização pela desinformação. As questões de gênero e liberdade sexual ingressam fortemente também, reflexo do avanço da jurisprudência do STF no tocante à proteção da população LGBTQIAPMN+, em que o tribunal muito se valeu da OC 24 e de outros casos interamericanos sobre discriminação por orientação sexual. O ponto também reflete as tensões a respeito do que se convencionou chamar em alguns meios de “ideologia de gênero”, dentro do tema palpitante dos direitos da população trans, com uma multiplicação de processos contra leis de diversos entes federados que visavam a proibir a “doutrinação de gênero” e o uso da linguagem neutra.

Um outro ponto de destaque é o número de referências em casos sobre os direitos dos povos tradicionais. Como melhor se aprofundará na próxima seção, há uma íntima e interessante relação entre o debate acerca da hierarquia dos tratados e do DIDH no Brasil e os direitos dos povos tradicionais, desde o caso *Raposa Serra do Sol* até o recente caso do marco temporal. O número proporcionalmente maior de referências por caso ilustra o protagonismo ocupado pela jurisprudência interamericana no tema e, também, a função contramajoritária que pode exercer o DIDH no contexto de populações de representação política minorizada.

Por fim, na outra ponta do espectro, temos as menções do STF à jurisprudência sobre direitos econômicos, sociais e culturais e sobre discriminação racial e capacitista. São

possíveis explicações para isso a timidez com que o primeiro tema ainda é tratado na Corte IDH, que só recentemente se afirmou com jurisdição para enfrentar casos de violações a esses direitos de modo autônomo; e, no segundo, a interseccionalidade entre raça, a proteção de povos tradicionais e o combate aos estereótipos na política de segurança pública, assumindo esta categoria o protagonismo dessas questões até o momento no STF.

Ainda acerca do uso de precedentes externos pelo STF, impende salientar que, em aproximadamente um quinto das referências a decisões da Corte IDH, também é citado o TEDH (104 citações em 481 seguimentos). A base de pesquisa, por seu próprio recorte, não permite explorar como hipótese de pesquisa o comparativo entre a autoridade semântica do TEDH e da Corte IDH para o STF, o que exigiria uma busca complementar para a localização dos casos em que aquele é citado e este não. Porém, essa presença significativa pode sinalizar uma agenda de pesquisa futuramente a ser explorada.

A fim de aprofundar os elementos descritos na jurimetria, na próxima seção são analisados os votos dos 22 casos com maior número de decisões citadas (o que inclui todos com referência a mais de 5 decisões, listados na Tabela 6), atentando para os debates em torno da força vinculante e do valor jurídico dos precedentes interamericanos.

7.3 “Assim falava a canção que na América ouvi”⁵⁶⁴: a disputa entre modelos de controle da convencionalidade e a força vinculante das decisões da Corte IDH no STF

Os votos dos ministros proferidos nos casos indicam uma tendência que passa de uma postura de desconfiança, em uma linha de valorização da soberania, em que ainda se disputava a afirmação do próprio controle de convencionalidade (A), a uma posição de consolidação do patamar, ao menos supralegal, dos tratados de direitos humanos, passando-se à controvérsia quanto aos poderes de atuação do STF em casos envolvendo o SIDH e à função da jurisprudência em sua atuação (B).

⁵⁶⁴ A referência, extraída da canção “Canção da América”, homenageia Milton Nascimento, na opinião deste aluno a voz mineira mais (latino)-americana de nossa história.

A) A fase da afirmação: o debate sobre o controle de convencionalidade no STF entre 2008-2016

A primeira referência a uma decisão da Corte Interamericana, nas decisões publicadas do plenário do STF, ocorre de modo lateral, na ADPF 144, julgada em agosto de 2008. A ação foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros, a fim de viabilizar a declaração da inelegibilidade de candidatos que tivessem contra si processos criminais, ainda que sem condenação definitiva. Nesse caso, o Ministro Celso de Mello, relator, interpretando a cláusula de presunção de inocência, cita doutrina em que se menciona o caso *Cantoral Benavides*, em que a Corte IDH alude ao tratamento adequado a ser proporcionado ao réu⁵⁶⁵. Trata-se, portanto, de uma citação indireta, direcionada a um reforço hermenêutico da interpretação constitucional, sem maior consideração ao Pacto de San José, tanto que seu artigo 23, específico sobre os direitos políticos, sequer é mencionado.

Contudo, ainda em novembro de 2006, no RE 466343, inicia-se o exame de caso que se tornaria um dos primeiros grandes marcos do controle de convencionalidade no Brasil. Debateu-se nele a prisão civil do depositário infiel, que representou a superação da jurisprudência do tribunal, atinente à posição hierárquica de lei ordinária dos tratados de direitos humanos.

O tema surge no voto do Ministro Gilmar Mendes, apresentado ainda 2006, mas o julgamento foi interrompido por vista do Ministro Celso de Mello. Devolvidos os autos, em março de 2008, o colegiado passou a discutir o patamar hierárquico dos tratados de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro, divergindo sobre se seria hipótese de supralegalidade ou de constitucionalidade. Sobrevém vista do Ministro Menezes Direito,

⁵⁶⁵ “Vale referir, no ponto, a esse respeito, a autorizada advertência do eminente Professor LUIZ FLÁVIO GOMES, em obra escrita com o Professor VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI (“Direito Penal - Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT): ‘(...). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida ‘consideração’ bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como ‘regra de tratamento’ a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).’” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 466.343**. Tribunal Pleno, julgado em 3 de dezembro de 2008, p. 90-91).

concluído finalmente o julgamento em dezembro de 2008.

Do acórdão fica claro que, nada obstante o STF, em unanimidade, abraçar a superioridade da CADH sobre a lei (ao menos em patamar supralegal), essa afirmação pioneira da necessidade de realização do controle de convencionalidade não é acompanhada de uma enunciação da função das decisões da Corte IDH, nesse mesmo cenário. A menção que se faz à Corte IDH, no voto do Ministro Gilmar Mendes, é apenas ao fato de que a “proteção jurídica [da CADH] segue avançando a passos largos pelo profícuo trabalho realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”⁵⁶⁶. Isso é natural se considerarmos que se tratou de um uso espontâneo do controle de convencionalidade, isto é, não induzido ou em reação a uma manifestação de um dos órgãos do SIDH. Resultou do crivo autônomo do STF à luz de sua compreensão do CADH, o que significa, também, um cenário menos tensionado de atuação da Corte na perspectiva internacional.

Ocorre que, subjacente a esse momento de valorização do DIDH, há uma certa instabilidade e desconfiança em relação a suas consequências, que está simbolizada na Petição 3.388, conhecida como caso *Raposa Serra do Sol*. O julgamento é iniciado em agosto de 2008, portanto, após a devolução da vista do Ministro Celso de Mello, no RE 466343, e interrompido com vista também do Ministro Menezes Direito, que a devolve em dezembro de 2008. Após pedido de vista, dessa vez do Ministro Marco Aurélio, a análise é finalizada em março de 2009.

No contexto em que se debatiam os procedimentos para a demarcação de terras indígenas, o Ministro Menezes Direito faz uma dura crítica à Declaração sobre os Direitos dos Povos Indígenas da ONU e à decisão da Corte IDH no caso *Awatitini vs. Nicarágua*:

Os textos dão conta de que os receios de uma indevida extensão dos direitos indígenas em direção a uma autonomia frente ao Estado do qual são súditos é, longe de uma radicalização do discurso utilizado pelos críticos da Declaração, um anseio de alguns setores da comunidade internacional. Não é à toa que alguns Estados-Membros como Austrália, Canadá, Nova Zelândia e Estados Unidos, embora tenham participado e contribuído ativamente nos trabalhos que resultaram na Declaração, se recusaram a votar favoravelmente, tendo destacado a necessidade de se diferenciar autodeterminação externa de autodeterminação interna. Esta última é admitida, de modo a resguardar a representatividade das comunidades indígenas no plano internacional aos órgãos do Estado-Membro na qual se insere.

Veja-se recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no

⁵⁶⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 466.343**. Tribunal Pleno, julgado em 3 de dezembro de 2008, p. 209.

caso Awas Tingni que aplicou sanções à Nicarágua por entender que houve violação do direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras, bem como ao seu bem-estar e integridade cultural. Isso revela que a comunidade internacional não medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-Membros suas posições quanto a esses direitos. Pouco importa que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União (art. 21, XI, CR/88). E assim é porque, segundo a decisão, o art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Direito à Propriedade Privada, que garante a "toda pessoa o uso e gozo de seus bens"), que pode ser subordinado pela lei ao interesse social, deve ser interpretado como abrangente dos direitos dos índios às suas terras, na forma de sua ocupação tradicional e seu enfoque coletivo⁵⁶⁷.

Há, no voto, clara preocupação com os impactos das normas internacionais sobre a questão⁵⁶⁸, refletida também no argumento proferido pelo Ministro, em dezembro de 2008, de que a tese da supralegalidade prevalecesse em relação à da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos.

Note-se, portanto, em que pese a temática da vedação da prisão civil do depositário infiel não fosse, em si, tumultuada, corria paralelamente à discussão sobre os procedimentos de demarcação de terras indígenas, de conteúdo bem mais contencioso, que parece ter afetado a conclusão do RE 466.343, sendo um fator relevante nessa contenção a decisão da Corte IDH no referido caso sobre povos originários. Ademais, não havia decisão interamericana anterior sobre esse assunto, atuando o STF por si só no tema.

A mesma desconfiança se faz presente em 2010, no exame da ADPF 153, atinente à constitucionalidade da Lei de Anistia dos crimes políticos cometidos no contexto do golpe de 1964. O Ministro Eros Grau, relator, também por citação indireta doutrinária, afasta como “conjuração de um fantasma” a aplicabilidade dos fundamentos do caso *Almonacid Arellano vs. Chile* ao Brasil, e a própria imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, pois:

“... em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, 'o costume internacional não pode ser fonte de direito penal' sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da

⁵⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 3388**. Tribunal Pleno, julgado em 3 de dezembro de 2008, p. 169-170.

⁵⁶⁸ Nesse sentido, o Ministro Menezes Direito destaca: “é essencial que esta Suprema Corte do Brasil deixe claro que a contribuição da Declaração dos Povos Indígenas para o reconhecimento e fortalecimento dos direitos de povos que foram alcançados pelo processo de conquista e colonização do Novo Mundo não pode negar vigência às normas de hierarquia constitucional e de topografia pétrea, como a unidade nacional, a indissolubilidade e o princípio federativo” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 3388**. Tribunal Pleno, julgado em 3 de dezembro de 2008, p. 181-199).

condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente Arellano x Chile, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas 'para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998' ".⁵⁶⁹

Já o Ministro Celso de Mello acresce como argumento um fato que tem por distintivo do caso brasileiro dos demais países latino-americanos, qual seja, a bilateralidade da Lei de Anistia⁵⁷⁰. Nessa linha, o tribunal julgou improcedente o pedido, contra o qual pendem, até hoje, embargos de declaração que veiculam, entre outros temas, a questão do controle de convencionalidade.

A primeira assunção de posição expressa quanto à vinculatividade em geral das decisões da Corte IDH dá-se quase 4 anos depois, em um outro caso emblemático: a AP 470, conhecida popularmente como “caso do mensalão”.

No julgamento, encerrado em 17 de dezembro de 2012, dois pontos que tocam a CADH surgiram: ante a aplicação do artigo 8º.2, h, da CADH, como garantia do duplo grau de jurisdição, os efeitos do julgamento, por conexão e diretamente no STF, dos réus sem prerrogativa de foro e a possível prejudicialidade externa entre petição apresentada a CIDH por alguns réus e o processo em trâmite no Brasil.

O primeiro seria aprofundado no contexto dos embargos infringentes posteriormente apresentados, apesar de a possibilidade de censura internacional quanto ao tema surgir como preocupação, por exemplo, no voto do Ministro Ricardo Lewandowski⁵⁷¹. Já o segundo conduziu o Ministro Celso de Mello a esclarecer a inexistência de previsão da referida prejudicialidade na CADH, nada obstante a possibilidade de realização posterior pela Corte IDH do controle de convencionalidade em relação ao caso, por provocação da CIDH, sendo as sentenças da Corte de observância obrigatória. Isso ensejou, ainda, que o relator do caso, o Ministro Joaquim Barbosa, afirmasse que “Justiça que se preza não se submete, ela própria, a órgãos externos de natureza política. E a Comissão o é”⁵⁷².

⁵⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Tribunal Pleno, julgado em 29 de abril de 2010, p. 37.

⁵⁷⁰ “É preciso ressaltar, no entanto, como já referido, que a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Tribunal Pleno, julgado em 29 de abril de 2010, p. 184).

⁵⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470**. Tribunal Pleno, julgado em 3 de dezembro de 2008, p. 92.

⁵⁷² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470**. Tribunal Pleno, julgado em 3 de dezembro de 2008, p.

Em 2013, o tema do duplo grau de jurisdição retorna no exame do 25º e 26º agravos interpostos contra a inadmissão dos embargos infringentes apresentados na AP 470. Debatia-se a persistência do recurso de embargos infringentes no âmbito do STF, notadamente, no que aqui interessa, como via de preservação do direito previsto no art. 8º, 2.h da CADH. O relator, Ministro Joaquim Barbosa, afastou o argumento, reportando-se ao voto do Ministro Celso de Mello que, com base na doutrina, asseverou que a jurisprudência interamericana admitiria, como exceção à previsão do duplo grau, os processos julgados pelas instâncias máximas nacionais⁵⁷³.

Seria o próprio Ministro Celso de Mello um dos capitaneadores da corrente vencedora, divergente do relator. No argumento da persistência do cabimento do recurso, aponta que, apesar da sua insuficiência para implementar inteiramente a previsão da CADH quanto ao duplo grau, os embargos infringentes contribuiriam para a solução do desafio da recorribilidade nos casos de competência originária. A necessidade dessa interpretação se firmaria, assim, no próprio reconhecimento da jurisdição obrigatória da Corte IDH “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica”. A soberania do Estado brasileiro seria inoponível à “autoridade das sentenças da Corte interamericana de Direitos Humanos quando proferidas no exercício de sua jurisdição contenciosa”, como decorrência do *pacta sunt servanda* e via de efetivação do artigo 29 da própria CADH, “notadamente em situações como ora em exame em que o Supremo Tribunal Federal se vê dividido na exegese de um dado preceito normativo”⁵⁷⁴.

Já o Ministro Luís Fux constrói uma distinção peculiar entre a ação penal e o caso *Barreto Leiva vs. Venezuela*. Além de afirmar que o caso examinado pela Corte IDH contemplava falhas que não se discutiriam na AP 470, acresce que os embargos seriam

571.

⁵⁷³ “Nesse sentido, destaco que o ministro Celso de Mello, em cujo voto baseiam-se as razões dos recursos, na oportunidade do julgamento do pedido de cassação do processo-crime em exame, ação Penal n. 470, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sustentou, com a clareza que lhe é peculiar, que o duplo grau de jurisdição não se aplica às ações penais originárias de competência da Corte Suprema, conforme trecho que passo a citar: ‘[...] A própria jurisprudência internacional, a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição, tem reconhecido, como ressaltam, em seus preciosos comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os professores LUIZ FLÁVIO GOMES e VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, em extensa análise do artigo 8º, item 3º, alínea ‘h’, do Pacto de São José da Costa Rica, que consagra o postulado do duplo grau, que há duas exceções, sendo uma delas a que envolve os processos instaurados perante ‘o Tribunal Máximo de cada país’, vale dizer, perante a Corte judiciária investida do mais elevado grau de jurisdição, como sucede com o Supremo Tribunal Federal.’ (Fls. 51.767-51768)” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470 (25º AgR)**. Tribunal Pleno, julgado em 18 de setembro de 2013, p. 18).

⁵⁷⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470 (25º AgR)**. Tribunal Pleno, julgado em 18 de setembro de 2013, p. 172-177.

insuficientes para garantir o duplo grau nos moldes previstos na decisão interamericana, pois exigiria a “reformulação por completo do sistema recursal brasileiro”, dada a necessidade de um primeiro julgamento por órgão fracionário, resultando na nulidade do art. 5º, I e II, do Regimento Interno. Conclui o Ministro afirmando que “[o] absurdo dessa conclusão demonstra, só por si, que a tese não merece acolhida”⁵⁷⁵.

Esse quadro revela três exegeses interessantes sobre a função dos precedentes interamericanos na hermenêutica constitucional: a primeira, do relator, não tem a decisão da Corte IDH como material de interpretação direta, contentando-se com o entendimento dela extraído pela doutrina, presente no voto de outro Ministro; a segunda, conquanto reconheça a pertinência da referência ao precedente interamericano, conclui, a partir da insuficiência da solução apresentada para sua observância plena, a desnecessidade de sua adoção; por fim, a terceira opta pela leitura considerada por mais próxima da manifestação da Corte IDH e reconhece uma obrigatoriedade de interpretação conforme, a partir dos casos contenciosos. Esta posição, ao fim, prevalece, como decorrência do art. 29 da CADH e da vinculatividade

⁵⁷⁵ “Nem se pode invocar, como precedente favorável ao agravante, o caso ‘Barreto Leiva contra Venezuela’, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos mediante a Sentença de 17 de novembro de 2009. Frise-se, de plano, que no referido caso a Corte Interamericana reconheceu diversas violações do Pacto de San José que não se verificam no caso sub judice, como a inobservância dos direitos à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada (art. 8º, 2, ‘b’), à concessão do tempo e dos meios necessários à preparação da defesa (art. 8º, 2, ‘c’), à possibilidade de o acusado ser assistido por um defensor de sua escolha (art. 8º, 2, ‘d’), dentre outros. A respeito do foro por prerrogativa de função, a mencionada Corte internacional ressaltou que a sua finalidade, de proteger a integridade da função estatal, é compatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, bem como que o julgamento de outras pessoas por conexão evita a proliferação de decisões contraditórias e homenageia a economia processual, o que também está de acordo com a Convenção (§ 74). Destacou-se, em seguida, que o julgamento em foro por prerrogativa de função pode garantir ao acusado o direito de recurso quando estabelecido que o primeiro grau de jurisdição ficará a cargo de um órgão fracionário, enquanto que o conhecimento da impugnação corresponderia ao Plenário, ‘com exclusão daqueles que já se pronunciaram sobre o caso’ (§ 90). Nota-se, com isso, que sequer os embargos infringentes seriam suficientes para consagrar o direito alegado pelo agravante, tendo em vista que a irresignação seria julgada pelo mesmo Plenário deste Supremo Tribunal Federal e sem exclusão daqueles Ministros que já se pronunciaram sobre o caso. Reconhecer um direito recursal, nessa extensão, aos réus submetidos originalmente à jurisdição desta Corte equivaleria, em última análise, a decretar a nulidade dos arts. 5º, I e II, do Regimento Interno, que conferem ao Plenário a competência para o julgamento das ações penais originárias. O absurdo dessa conclusão demonstra, só por si, que a tese não merece acolhida. Ademais, caso assim se entendesse, seria necessário reformular por completo o sistema recursal brasileiro. A Lei nº 8.038/90, ao não prever o cabimento dos embargos infringentes nas ações penais originárias, definiu o procedimento que deve ser observado não apenas no Supremo Tribunal Federal, mas também perante o Superior Tribunal de Justiça. O Regimento Interno desta última Corte, por sua vez, não dispõe serem cabíveis embargos infringentes em ações penais julgadas originariamente. Sabe-se que, em caso de condenação decretada pelo STJ no julgamento de réu com foro por prerrogativa de função, seria admissível a interposição de Recurso Extraordinário apenas para a discussão de matéria constitucional. Em todos os demais casos, restaria a sentença condenatória como a decisão final do processo. Não parece ser correto dizer que o tão só cabimento do Recurso Extraordinário nas ações penais decididas pelo Superior Tribunal de Justiça atenderia à garantia do duplo grau de jurisdição, enquanto que, no Supremo Tribunal Federal, a mesma garantia dependeria da admissibilidade dos embargos infringentes para não ver-se violada.” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470 (25º AgR)**. Tribunal Pleno, julgado em 18 de setembro de 2013, p. 18).

dos tratados, em apertada votação de 5 a 4.

Novas menções à vinculatividade dos precedentes interamericanos voltaram a acontecer apenas a partir de 2015, dando ímpeto a um movimento não só de ampliação do uso das decisões da Corte IDH, mas também de alteração das estratégias de resistência e evitação de seus entendimentos. Dois casos trazem a discussão da vinculatividade: a Medida Cautelar na ADPF 378 e a ADI 5240.

No primeiro, discutiu-se a convencionalidade da Lei nº 1.079/1950, que define o rito do *impeachment*, à luz da garantia do devido processo legal. O relator, Ministro Edson Fachin, expressamente reconhece que o juízo de recepção da norma “também exige o exame de sua compatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto 678/1992 e, assim, incorporada ao nosso ordenamento jurídico”, destacando-se, nesse caso, o art. 8º da CADH⁵⁷⁶. Nessa linha, referencia os casos interamericanos *Tribunal Constitucional vs. Perú* e *Baena Ricardo vs. Panamá* para afirmar que as garantias convencionais são aplicáveis ao processo de *impeachment*. Porém, conclui que o rito estabelecido na referida lei ordinária já observa as previsões convencionais⁵⁷⁷.

O segundo, a ADI 5240, é marco na implementação das audiências de custódia no Brasil como reflexo da interpretação do artigo 7.5 da CADH. O relator, Ministro Luiz Fux, reafirma a suprallegalidade das convenções de direitos humanos, o que dá ensejo a que o Ministro Luís Roberto Barroso apresente sua concepção sobre a função do diálogo de cortes na afirmação dos direitos humanos. Também ingressa no debate o Ministro Ricardo Lewandowski, ambos defendendo certa horizontalidade da relação entre as esferas internacional e interna:

[Min. Luís Roberto Barroso]: Não tenho dúvida de que compete, Presidente, ao Supremo Tribunal Federal definir o que vale internamente no Brasil. Porém,

⁵⁷⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378**. Tribunal Pleno, julgado em 17 de dezembro de 2015, p. 64-65.

⁵⁷⁷ “84. Em terceiro lugar, a ausência de defesa prévia não descumpra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em tema de direito de defesa. Os julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos trazidos à colação não cuidam da apresentação de defesa prévia, mas, tão-somente, da extensão de garantias próprias dos procedimentos criminais a processos de impeachment. Porém, o rito do processo de impeachment estabelecido na Lei nº 1.079/1950 já observa tais garantias próprias do processo criminal. Portanto, manifesto-me pelo indeferimento do pedido de medida cautelar deduzido no item ‘a’ da petição inicial” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378**. Tribunal Pleno, julgado em 17 de dezembro de 2015, p 186).

essa definição, no mundo contemporâneo, é feita em um diálogo institucional com as Cortes internacionais, não apenas a Corte Interamericana de Direitos Humanos, a cujo sistema nós pertencemos, como todas as Cortes internacionais de Direitos Humanos.

Portanto, penso – até li um trabalho recentemente do Professor Daniel Sarmento sobre esse ponto – que a questão não é propriamente de hierarquização, e sim de diálogos institucionais em busca do melhor argumento e da melhor forma de se defenderem os Direitos Humanos. E o entendimento que tem prevalecido no Direito europeu é o de que não há propriamente hierarquia, mas deve prevalecer a cláusula que proteja mais adequadamente os direitos....

[Min. Ricardo Lewandowski]: (...). Eu tive a oportunidade recentemente e trouxe à colação, no meu voto sobre as prisões, um ponto de vista do Professor Fábio Konder Comparato, em que esse eminente Professor mostra que os dois sistemas, o sistema internacional e o sistema interno, são, na verdade, complementares, há uma relação de complementariedade, e não de hierarquia entre os dois sistemas. É um ponto de vista que nós, talvez, possamos possamos futuramente apreciar.

[Min. Luís Roberto Barroso]: (...). [V]ivemos uma época em que há uma espécie de migração das ideias constitucionais, elas circulam pelo mundo, e, portanto, eu acho que cabe aos Tribunais Constitucionais apropriarem-se das melhores ideias que existem nesse mercado de ideias. Eu diria que essa é a face virtuosa da globalização, a qual é uma certa universalização dessa ideia de Direitos Humanos.

E, embora nós todos, ou eu pelo menos, mas creio que nós todos sejamos respeitosos da ideia de multiculturalismo, e que cada povo deve poder praticar a sua cultura, eu pessoalmente também sou militante da ideia de que existe uma reserva mínima de justiça representada pelos Direitos Humanos que deve ser universalizada, não com as Forças Armadas, mas num debate de ideias e de persuasão⁵⁷⁸.

Nota-se que, de um lado, há uma noção de abertura a fontes internacionais, mas ainda condicionada a uma última palavra do STF. A lógica é persuasiva, com a preservação de conteúdos mínimos de direitos humanos. De outro, há uma certa flexibilização dos referenciais normativos: assim, não só a Corte IDH, mas o TEDH e outras cortes constitucionais podem produzir interpretações relevantes. Paradoxalmente, a produção do SIDH acaba, assim, por ser igualada a de outros materiais cuja utilidade é decorrente unicamente de sua capacidade de convencimento, isto é, nos termos do que expusemos no capítulo 1, a lógica do precedente vinculante é substituída pela lógica da analogia.

O ano de 2016 é simbólico por conter, no julgamento da Extradição 1362, um dos debates mais intensos acerca da função dos precedentes da Corte IDH na atuação do STF. O pedido extradicional fora apresentado no interesse da Argentina contra Salvador Siciliano, acusado do cometimento de delitos de lesa-humanidade como integrante do grupo terrorista *Triple A* (Alianza Anticomunista Argentina). O cerne da discussão dizia respeito ao requisito da punibilidade do crime à luz do direito brasileiro, tendo em conta sua possível imprescritibilidade como crime contra a humanidade.

⁵⁷⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240**. Tribunal Pleno, julgado em 20 de agosto de 2015, p. 56-57.

O relator, Min. Edson Fachin, defende punível o delito. Após referenciar os meios de interpretação contidos no artigo 31.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, entende aplicável ao caso o regime da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade como norma costumeira cogente e, também, em decorrência do dever de investigar e punir decorrente da CADH. Assim, “nos termos dos julgados indicados pela Corte [IDH], tal proibição decorreria de normas costumeiras de direito internacional, da jurisprudência de organizações internacionais e também da doutrina”⁵⁷⁹. Afirmar, então, a necessidade de uma hermenêutica de compatibilização entre as ordens nacional e internacional:

Para o caso em concreto, a distinção entre as duas teses pode não ter relevantes implicações práticas. Quer constitucional, quer supralegal, não pode o disposto no art. 77. VI, do Estatuto do Estrangeiro ser oposto à obrigação que incumbe ao Estado brasileiro de garantir resposta adequada às graves violações de direitos humanos cometidas nos territórios de outros países. Assim, na esteira da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, integrante do sentido do Pacto de São José da Costa Rica, por força do disposto no art. 31, § 3º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, não pode a República Federativa do Brasil aplicar causa de extinção de punibilidade aos crimes que, de acordo com a classificação feita pelo Estado requerente da presente extradição e consentânea com o direito internacional, são qualificados como internacionais.

Esses argumentos, trazidos aqui apenas para corroborar a interpretação feita pela Corte Interamericana, permitem compreender o alcance da jurisdição desse órgão internacional, não como sendo hierarquicamente superior a este Tribunal, mas como verdadeira fonte de colaboração para a garantia dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal, tal como prevista pelo § 2º.

Nesse sentido, solução para os conflitos aparentes entre a aplicação dos tratados internacionais sobre direitos humanos e a legislação interna dos países não precisa envolver, necessariamente, a definição do patamar hierárquico que esses tratados devem ocupar nos ordenamentos nacionais⁵⁸⁰.

Após o voto, o colegiado ingressa em um debate intenso sobre a imprescritibilidade, considerando inclusive os possíveis efeitos do reconhecimento do *jus cogens* em relação à anistia no regime de exceção brasileiro. Por isso, os Ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio suscitaram a problemática da soberania nacional ser afetada pelas decisões da Corte IDH⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1362**. Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016, p. 25.

⁵⁸⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1362**. Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016, p. 52.

⁵⁸¹ “[Ministro Dias Toffoli]: Há um outro elemento que o Ministro Relator traz em seu voto, Ministro Teori, que eu também gostaria de destacar, que é a questão da decisão – que seria vinculante – da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Se nós aceitarmos isso, nós estamos reabrindo o embrulho da anistia interna no Brasil, que já foi julgada aqui, embora esteja com embargos de declaração.

[Ministro Marco Aurélio]: E mitigando a soberania nacional” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Após pedido de vista, o Ministro Luiz Fux votou pelo indeferimento do pleito extradicional, afirmando não só a supralegalidade e a infraconstitucionalidade dos tratados de direitos humanos, mas também a necessidade de que “as decisões fundadas nestes Tratados, ainda que proferidas pelas reconhecidas Cortes Internacionais, voltadas à proteção de direitos humanos, devem passar por **filtragem constitucional**, para ter sua validade verificada, no Brasil, pelo Supremo Tribunal Federal (grifo no original)”⁵⁸². A partir desse cenário, o Ministro Gilmar Mendes constrói uma distinção quanto à jurisprudência da Corte IDH, tanto em relação ao escopo dos crimes cobertos pelo caso, quanto em relação à própria vinculatividade. Após referenciar precedentes da própria Corte IDH e da TEDH sobre os direitos do extraditando, afirma:

O Brasil comprometeu-se a cumprir as decisões da Corte nos casos em que for parte – artigo 68, 1, do Pacto de San José da Costa Rica.

Os precedentes, embora relevantes, não são ações idênticas em causa de pedir e pedido em relação à presente extradição, sendo apenas semelhantes.

Os precedentes têm força persuasiva, mas não vinculam a decisão no presente caso. O compromisso do país com o cumprimento das decisões da Corte Interamericana é limitado a casos na forma do Pacto.

Aliás, importante lembrar que em Gomes Lund tratou-se de desaparecimentos forçados. Para esses, o STF tem jurisprudência, em extradição, afastando a prescrição sem a localização da vítima.

A despeito das importantes considerações feitas naquele julgamento, e de precedentes que fizeram uma análise do tema, em particular o caso Almonacid, tenho que este Tribunal pode manter o debate numa perspectiva de diálogo entre as cortes.

Assim, mesmo que a extradição venha a ser negada, essa decisão não representará conflito de jurisdições.

A solução de eventual conflito não será simples, nem óbvia. Em outras jurisdições, esse problema foi encarado.

Na Europa, muito se discute sobre a possibilidade de incorporação, pela via do controle jurisdicional de convencionalidade, das decisões do Tribunal de Direitos Humanos, independentemente de intermediação do legislador.

Nicoletta Perlo afirma que “as decisões da CEDH são a expressão de um órgão internacional e, por consequência, sua integração ao direito interno não é direta”. (PERLO: 2015, p. 898: “la jurisprudence de la Cour EDH est l’expression d’un organe international et, par conséquence, son intégration en droit interne n’est pas direct”).

Na Alemanha, há pelo menos dois precedentes relevantes sobre o tema.

Avaliando julgados do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia – não do Tribunal Europeu de Direitos Humanos –, o Tribunal Constitucional alemão afirmou que sua posição, como corte constitucional, não é de simples deferência.

Num primeiro caso, de 1974, conhecido por Solange I, a Corte alemã afirmou que os direitos fundamentais previstos na Lei Fundamental se sobrelevavam em relação aos direitos reconhecidos no plano transnacional (BVerfGE 37, 271 ff.).

Extradição 1362. Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016, p. 80).

⁵⁸² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1362.** Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016, p. 120.

Num segundo julgado, de 1986, esse posicionamento evoluiu, mas também evoluiu o Direito Comunitário, que passou a incorporar direitos fundamentais, inclusive, a reconhecer o catálogo de direitos da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Ressalvou-se enquanto as instâncias supranacionais observarem o conteúdo essencial da Lei Fundamental Alemã, a Corte Constitucional deixaria de controlar decisões comunitárias. Essa decisão é conhecida por Solange II – BVerfGE 73, 339. Em suma, nos dois casos, enfatiza-se a importância da interpretação adotada pela Corte nacional, a despeito dos avanços enormes que tivemos, especialmente no modelo europeu, no que diz respeito ao Direito supranacional. Então, a mim, parece-me que também não devemos nos preocupar, porque a decisão tomada pela Corte Interamericana não nos vincula. Não há decisão específica sobre o caso à qual estaríamos obrigados a seguir⁵⁸³.

A discussão sobre a observância das decisões da Corte IDH leva o Ministro Luís Roberto Barroso a acrescentar um aparte, reafirmando a superioridade do STF:

A única questão que gostaria de pontuar, porque considero importante, é que a decisão de aplicar o Direito Internacional, a meu ver, não envolve subalternidade. O Direito que será aplicado no Brasil quem decide é o Supremo Tribunal Federal, e, sobre isso, acho que não há nenhuma dúvida. Se o Supremo Tribunal Federal entender que deve incorporar uma norma de Direito Internacional numa determinada questão, é uma posição soberana de quem aceita incorporar. Portanto, a eventual prevalência do Direito Internacional, a meu ver, não envolve subalternidade, e, sim, a decisão soberana de se nós queremos, ou não, numa determinada situação, fazer prevalecer o Direito Internacional⁵⁸⁴.

O Ministro Celso de Mello, de modo similar ao Ministro Luiz Fux, reconhece a existência dos precedentes da Corte IDH, quanto à inconveniência das leis de autoanistia e vota pelo indeferimento da extradição, forte no princípio da reserva constitucional de lei, em sentido formal, para disciplina da prescrição, nessa linha, reconhecendo, portanto, uma superioridade da Constituição⁵⁸⁵.

Por fim, a Ministra Rosa Weber encerrou o julgamento, evoluindo no seu voto inicial, posicionando-se pela viabilidade da extradição. Inicialmente, distingue o caso em relação à ADPF 153, em que era discutida a lei de anistia brasileira, pois esta teria sido promulgada em processo democrático majoritário, sendo bilateral e para os crimes políticos e conexos. Assim, “o diálogo com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e com a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como com a jurisprudência da Corte

⁵⁸³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1362**. Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016, p. 138-140.

⁵⁸⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1362**. Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016, p. 143.

⁵⁸⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1362**. Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016, p. 157-161.

Interamericana de Direitos Humanos assume outra dimensão, já objeto de deliberação e decisão por este Supremo Tribunal Federal”⁵⁸⁶. Todavia, diferenciando a situação brasileira e a argentina, adere ao voto do Min. Edson Fachin, afirmando que, em casos de dúvida, deve-se aderir como critério interpretativo à máxima efetividade do DIDH⁵⁸⁷.

Forma-se, assim, estreita maioria de 6 a 5 contra a extradição, ficando vencidos os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Rosa Weber, vencedores os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Luiz Fux e Teori Zavaski.

Percebe-se, do conjunto dos votos, que já há, por parte dos ministros de ambos os polos decisórios, o reconhecimento da necessidade de um diálogo de cortes, mas seus fins variam, consoante as perspectivas adotadas sobre os efeitos das decisões da Corte IDH no Brasil. De um lado, um diálogo que leva a uma interpretação conforme das normas nacionais em face das decisões internacionais; de outro, uma defesa do diálogo como possibilidade de divergência do STF em relação à Corte IDH. Entre elas, são estabelecidos variados níveis de relação entre a ordem jurídica nacional e a internacional, desde uma defesa mais absoluta da soberania até matizes de subordinação constitucional e de reconhecimento restrito dos efeitos das decisões, consoante a existência de coisa julgada sobre a matéria.

A Ext. 1362 representou um ponto culminante de uma virada de tendência. Trata-se da última vez que um argumento de soberania é tão explicitamente utilizado para conter a aplicação de uma decisão interamericana. Os votos vencedores ganharam sofisticação argumentativa, propondo distinções e soluções de compromisso entre as posições de verticalidade absoluta, sendo o voto do Ministro Gilmar Mendes o mais alegórico nessa linha. Assim, o controle de convencionalidade e a efetividade do direito internacional passaram a ser mais matizadas do que diretamente questionadas.

O ciclo entre 2008 e 2016 é marcado, portanto, pela progressiva afirmação da necessidade de realização do controle de convencionalidade, inclusive com projeção ao

⁵⁸⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1362**. Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016, p. 182-183.

⁵⁸⁷ “[T]al como decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Velasquez Rodriguez versus Honduras*, em 26 de junho de 1987, no caso de dúvidas interpretativas acerca do alcance do direito internacional dos direitos humanos o problema jurídico posto para apreciação da Corte deve ser resolvido sem que sejam violentadas as normas constitucionais, de maneira que se permita que as regras internacionais produzam seu efeito útil” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1362**. Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016, p. 186).

restante do Poder Judiciário brasileiro. No cerne dessa discussão, vigoram temas em que a interpretação da CADH é feita espontaneamente pelo STF, em especial nos casos da prisão civil do depositário infiel e das audiências de custódia. É significativa, nesse sentido a exortação, na ADI 5240, à implementação dessas audiências nacionalmente. Contudo, os mecanismos dessa indução pelo STF da efetivação da CADH são ainda mais aproximados da clássica jurisdição constitucional em controle concentrado, mediante a afirmação da constitucionalidade de um ato normativo e a exortação aos demais tribunais para adotá-lo.

Nesse momento, as decisões da Corte IDH surgem mais como elemento ilustrativo do que como um parâmetro de adequação, e há menos preocupação das correntes contrárias à aplicação do entendimento, esposado nas decisões interamericanas de fundamentar sua divergência com base no DIDH.

B) A fase da modelagem: o debate de controles de convencionalidade no STF entre 2017-2024

O segundo momento das decisões, entre 2017 e 2024, já reflete a consolidação do exercício do controle de convencionalidade como uma possibilidade dada ao STF. Os argumentos, com base nas sentenças da Corte IDH, multiplicam-se e estão, mais frequentemente, nos votos vencedores. Entretanto, isso não significa um alinhamento completo à doutrina construída pela Corte IDH. Há, pois, uma batalha sobre as diferentes geometrias possíveis entre o Judiciário brasileiro e a Corte IDH.

Após o intenso debate de 2016, a questão da vinculatividade das decisões dos tribunais internacionais de direitos humanos retornou em 2017, nos votos dos Ministros Edson Fachin e Luís Roberto Barroso, em que ambos defenderam uma posição dialógica entre STF e essas Cortes. Na ADI 4439, em que se discutia o ensino religioso público confessional, esses dois ministros divergiram, Fachin privilegiando a dimensão pública da proteção da

liberdade religiosa que extrai da CADH⁵⁸⁸, Barroso se valendo da jurisprudência do TEDH⁵⁸⁹. Já no RE 580252, o Ministro Luís Roberto Barroso insistiu na articulação horizontalizada, propondo que se fizesse uma reparação não pecuniária do dano moral infligido aos presos em condições degradantes, mediante remição de parte do tempo de pena, com base em decisão do TEDH, justificado na nota de rodapé 53:

As decisões de tribunais internacionais, além de importante fonte doutrinária, devem ser consideradas na interpretação constitucional a partir da lógica de uma integração discursiva entre as ideias, argumentos e soluções empregados. Como apontou Daniel Sarmento, “existe uma tendência crescente e positiva de invocação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Comparado na interpretação constitucional. Hoje, as ideias constitucionais ‘migram’. Há uma positiva troca de experiências, conceitos e ideias entre cortes nacionais e internacionais, com a possibilidade de aprendizado recíproco entre as instâncias envolvidas nesse diálogo” (Direito Constitucional e Direito Internacional: diálogo e tensões. In: Cândice Lisboa. (Org.). Vulnerabilidades e Invisibilidades, 2014)⁵⁹⁰.

Essa perspectiva do Ministro Luís Roberto Barroso se aproxima da ideia de hermenêutica constitucional “glocal”⁵⁹¹ e aberta à descompartimentalização⁵⁹², em que as ideias e soluções circulam de modo mais livre entre as ordens jurídicas, nas quais tomariam parte também os tribunais de direitos humanos. Contudo, essa perspectiva pode ser

⁵⁸⁸ “Os tratados de direitos humanos, na linha do disposto no art. 5º, § 2º, da CRFB, têm natureza constitucional. Essa afirmação, ao implicar uma equiparação hierárquica entre as fontes dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, impõe que a atividade judicante exercida por este Tribunal e pelos Tribunais de Direitos Humanos seja efetivamente dialógica e complementar. Noutras palavras, não há necessária submissão de uma ordem à outra. Com efeito, o direito a ser significado por um Tribunal é objeto de uma pluralidade de compreensões. A solução, em casos tais, deve ser a que melhor se adequa à fundamentação democrática do estado constitucional, ou seja, não apenas a que dê primazia à pessoa humana, fundada no princípio pro homine, mas a que tenha em conta o valor igual de cada pessoa em dignidade” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439**. Tribunal Pleno, julgado em 27 de setembro de 2017, p. 110).

⁵⁸⁹ “A matéria aqui diz respeito a ensino ser confessional ou não confessional. As duas únicas decisões que existem na Corte Europeia de Direitos Humanos, relacionadas a ensino confessional ou não confessional, são exatamente na linha que estou propondo no meu voto, o que de resto não considero decisivo. O constitucionalismo global que se pratica no mundo iluminista envolve diálogos, portanto, você leva em consideração que outras Cortes Constitucionais decidiram sobre essa matéria sem nenhum caráter vinculante. De modo que, no meu voto, eu faço menção à Corte Europeia de Direitos Humanos, porque as duas decisões que ela proferiu num caso envolvendo a Noruega, insuspeita, e num caso envolvendo a Turquia, onde a questão religiosa é um pouco mais complexa, nos dois casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu de condenar os Estados, porque o ensino religioso não era praticado em bases não confessionais, como se entende, no âmbito da Comissão Europeia, deva ser o ensino religioso” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439**. Tribunal Pleno, julgado em 27 de setembro de 2017, p. 209)

⁵⁹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Tribunal Pleno, julgado em 16 de fevereiro de 2017, p. 46.

⁵⁹¹ Sobre a noção de constitucionalismo “glocal”, vide “CAMARENA GONZÁLEZ, Rodrigo. Juges Sans Frontières ? A Glocal Theory of Constitutional Interpretation. **German Law Journal**, p. 1–31, 2 jan. 2025”.

⁵⁹² Sobre o tema, vide o Capítulo 1, seção 2-B, desta tese.

problematizada quanto à legitimidade, considerando-se a diferença entre a produção decisória de sistemas em que o Brasil voluntariamente participa e as importações de outros sistemas, tornando a validação dessas normas meramente uma escolha calcada na autoridade do intérprete. Ademais, essa perspectiva converte a decisão interamericana em mais um material de direito comparado, uma possível sugestão dentro de uma variedade de opções, ao invés de um referencial com algum grau de força vinculante. A solução proposta não foi acolhida pela maioria, acompanhando-a apenas os Ministros Luiz Fux e Celso de Mello.

Em 2018, no RE 670422 e na ADI 4275, é possível identificar adesões ainda mais explícitas de ministros à vinculatividade da jurisprudência da Corte IDH no ordenamento jurídico do Brasil. Ambos os casos usam fundamentos da Opinião Consultiva nº 24/2017 e discutem a possibilidade de redesignação de gênero e alteração de nome. No RE 670422, a Ministra Rosa Weber afirma que “imprescindível identificar e demonstrar a interpretação jurídica firmada na Corte Interamericana de Direitos humanos, haja vista que o Brasil está submetido à jurisdição desta Corte Regional, devendo sempre observar (e exercer) o controle jurisdicional de convencionalidade”⁵⁹³. A Ministra reitera a afirmação na ADI 4275⁵⁹⁴, e o Ministro Edson Fachin registra a relevância dessa opinião consultiva para o exercício do controle de convencionalidade:

Embora a questão versada na presente ação direta seja muito próxima da que se discute no RE 670.422, Rel. Ministro Dias Toffoli, posteriormente ao voto que proferi na sessão de 22.11.2017, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24.11.2017, fez publicar a Opinião Consultiva 24/17 sobre ‘Identidade de Gênero e Igualdade e Não Discriminação a Casais dos Mesmo Sexo’ em que definiu as obrigações estatais em relação à mudança de nome, à identidade de gênero e os direitos derivadas de um vínculos entre casais do mesmo sexo. Assim, para além da interpretação constitucionalmente adequada do art. 58 da Lei 6.015/73, deve-se compatibilizar sua interpretação ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica⁵⁹⁵.

Entre 2018 e 2019, outro conjunto de casos é significativo na intensificação do debate sobre a aplicação das decisões da Corte IDH: no HC 152752 e na ADC 43, o STF discute a amplitude da proteção convencional à presunção de inocência e se debruça sobre a

⁵⁹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 670422**. Tribunal Pleno, julgado em 15 de agosto de 2018, p. 116.

⁵⁹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275**. Tribunal Pleno, julgado em 1º de março de 2018, p. 73.

⁵⁹⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275**. Tribunal Pleno, julgado em 1º de março de 2018, p. 25.

possibilidade de execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Tanto o Ministro Alexandre de Moraes⁵⁹⁶ como o Ministro Fachin⁵⁹⁷ fazem uma análise da jurisprudência interamericana para concluir pela ausência de inconveniência. O Ministro Alexandre de Moraes, inclusive, usaria do mesmo texto para afirmar a convencionalidade da execução imediata da pena imposta pelo tribunal do júri, no RE 1235340, examinado em 2024.

Deles divergindo, na posição que prevaleceria no mérito da referida ADC, o Ministro Lewandowski defendera a necessidade de aguardar-se o trânsito em julgado e também aludira ao DIDH, no qual baseou-se para afirmar que a proibição do retrocesso em direitos humanos é norma de *jus cogens*, o que vedaria a alteração do cenário até então observado no Brasil, mais favorável ao réu⁵⁹⁸.

⁵⁹⁶ “Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado “Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?”, que, inclusive, analisa importantes precedentes relacionados a presente hipótese (casos Herrera Ulloa vs. Costa Rica, 2004; Ricardo Canese vs. Paraguay, 2004; Rosendo Cantú y outra vs. México, 2011; Mohamed vs. Argentina, 2012): ‘Identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa’ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 152752**. Tribunal Pleno, julgado em 4 de abril de 2018, p. 63-64).

⁵⁹⁷ “A Corte Interamericana, por sua vez, reconhece que o direito à presunção de inocência engloba: (i) o direito de ser considerado culpado apenas quando houver prova plena e suficiente da responsabilidade penal (Caso Cantoral Benavides v. Peru, Sentença de 18.08.2000); (ii) o direito de não ser condenado informalmente pelo Estado ou por pessoa que emita juízo perante a sociedade contribuindo para a formação de uma opinião pública (Caso Lori Berenson Mejía v. Peru, Sentença de 25.11.2004); (iii) a apreciação da prova deve ser racional, objetiva e imparcial (Caso Zagarra Marín v. Peru, Sentença de 15.02.2017); (iv) o caráter cautelar não punitivo da prisão preventiva que deve ser decretada nos limites estritamente necessários para assegurar o desenvolvimento normal do processo (Caso Suárez Rosero v. Equador, Sentença de 12.11.1997), sendo certo que a duração prolongada da prisão configura violação do direito à presunção de inocência (Caso Bayarri v. Argentina, Sentença de 30.10.2008); (v) a obrigatoriedade de tratar o acusado como sujeito do processo, aplicando-se-lhe todas as garantias do devido processo legal (Caso Ruano Torres e outros v. El Salvador, Sentença de 05.10.2015); (vi) o direito a ter um defensor dativo (Caso Acosta e outros v. Nicarágua, Sentença de 25.03.2017); (vii) e o entendimento segundo o qual o direito de defesa perdura até o fim do processo, o que inclui, no entender da Corte, a execução da pena (Caso Barreto Leiva v. Venezuela, Sentença de 17.11.2009).(...). Desses precedentes é possível extrair duas conclusões. A primeira é a de que os direitos formais que caracterizam a presunção de inocência perduram até o julgamento final do processo, vale dizer, até a última decisão proferida, até o trânsito em julgado. A segunda é a de que, dentre esses direitos, não está o de não ser preso até que o trânsito em julgado ocorra. Por isso, o tratamento processual do acusado não se confunde com a possibilidade de se realizar sua prisão, cautelar ou para o cumprimento da pena” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Tribunal Pleno, julgado em 7 de novembro de 2019, p. 81-82).

⁵⁹⁸ “Não custa recordar, ademais, que o art. 30 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, elaborada sob os auspícios da Organização das Nações Unidas - considerada pelos especialistas verdadeiro *jus cogens* internacional, quer dizer, de observância obrigatória por todos os Estados que a assinaram (dentre os quais o Brasil) -, consagrou o princípio da proibição do retrocesso em matéria de direitos e garantias fundamentais, o que é plenamente aplicável ao caso” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória**

Em 2020, três casos trazem de modo mais explícito a questão da função das decisões da Corte IDH: o ARE 1009099, a ADPF 496 e a Medida Cautelar na ADPF 635.

No ARE 1009099, discutia-se a possibilidade da Administração estabelecer critérios alternativos para o regular exercício dos deveres funcionais inerentes aos cargos públicos, em face de servidores que invocam escusa de consciência por motivos de crença religiosa. Nele, o Ministro Edson Fachin, relator destaca que “numa visão aberta e pluralista da Constituição, [os tratados de DIDH] podem ser equiparados às normas regulamentadoras dos direitos fundamentais e impõem que a atividade judicante exercida por esta Corte Constitucional e pelos Tribunais de Direitos Humanos seja, efetivamente, dialógica e complementar”⁵⁹⁹.

Prossegue, afirmando, de certa maneira contraditoriamente à premissa da horizontalidade, que “não há necessária submissão de uma ordem à outra. Com efeito, o direito a ser significado por um Tribunal é objeto de uma pluralidade de compreensões”. Eventuais conflitos seriam resolvidos, adotando-se a opção “que melhor se adeque à fundamentação democrática do **estado constitucional**, ou seja, não apenas a que dê primazia à pessoa humana, fundada no princípio *pro homine*” (grifo nosso)⁶⁰⁰. Após fixar tal premissa, reporta-se a uma manifestação da Comissão Interamericana no caso *Olmedo Bustos vs. Chile* (“*Última tentação de Cristo*”) e do TEDH, no caso *Kokkinakis vs. Grécia*. O voto foi acompanhado pela maioria, vencidos os ministros Dias Toffoli, Nunes Marques, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

Os outros dois casos do mesmo ano são peculiares quanto à jurisprudência interamericana, por trazerem a discussão da função do controle concentrado como via de implementação de medidas estruturais de proteção aos direitos humanos: a ADPF 496, em que foi discutida a convencionalidade e a constitucionalidade do crime de desacato; e a Medida Cautelar na ADPF 635, conhecida como “ADPF das Favelas”.

No primeiro, o relator, Ministro Luís Roberto Barroso, fez uma análise extensa da jurisprudência interamericana, a fim de defender a convencionalidade do desacato. Primeiramente, pontuou a necessidade de observância da coisa julgada exarada pela Corte IDH. Fez notar, porém, que não há caso julgado contra o Brasil sobre essa questão.

de Constitucionalidade 43. Tribunal Pleno, julgado em 7 de novembro de 2019, p. 15).

⁵⁹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo em Recurso Extraordinário 1099099.** Tribunal Pleno, julgado em 26 de novembro de 2020, p. 20.

⁶⁰⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo em Recurso Extraordinário 1099099.** Tribunal Pleno, julgado em 26 de novembro de 2020, p. 22.

Acrescenta não se enquadrar o artigo do Código Penal Brasileiro nos precedentes firmados pelo tribunal internacional, examinando os casos *Verbitsky v. Argentina*, *Palamara Iribarne vs. Chile* e *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* e, por fim, fazendo a análise em abstrato da redação da norma, tudo para afirmá-la compatível com a CADH⁶⁰¹.

Acompanharam o relator os Ministros Marco Aurélio, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Luiz Fux. Os Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e Alexandre de Moraes também o acompanharam, mas apresentaram votos fundamentados, peculiares no sentido de fazerem autonomamente o juízo de convencionalidade, sem referência expressa, porém, aos precedentes da Corte IDH.

Divergiram os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber, reforçando a importância das decisões interamericanas como parâmetros do controle de convencionalidade. O primeiro referencia o entendimento da Corte IDH no caso *Almonacid Arellano*, no sentido de ser ela “intérprete última da Convenção”⁶⁰²; e a segunda, indo além, afirma ser o SIDH um sistema de precedentes:

A Corte Interamericana tem reconhecida a posição de intérprete oficial do Pacto de San José da Costa Rica, e o faz por meio de seus precedentes, sendo absolutamente irrelevante, para o efeito de se reconhecer a sua autoridade, que ela não tenha se manifestado especificamente sobre o preceito do direito doméstico em discussão no presente feito. Desconsidera-se, assim, a própria lógica de funcionamento dos mecanismos internacionais de proteção jurisdicional dos direitos humanos, fundados que são no sistema de precedentes⁶⁰³.

Desse modo, não há divergência no caso sobre a necessidade de realização do

⁶⁰¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 496**. Tribunal Pleno, julgado em 22 de junho de 2020, p. 10, 16.

⁶⁰² “[A] vinculação dos países à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos não decorre apenas dos casos em que o país seja condenado, nos termos do Artigo 68 do Pacto de São José, mas de toda a jurisprudência do Tribunal. Como anotou a Corte no caso *Almonacid Arellano*, o parâmetro para se realizar o chamado controle de convencionalidade é, além do próprio texto do Pacto, ‘a interpretação que [dele] fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção’ (CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos: Caso *Almonacid Arellano* e outros v. Chile, 2006, par. 124). Assim, o fato de a Corte jamais ter se manifestado sobre a compatibilidade do artigo 331 do Código Penal brasileiro com a Convenção Interamericana não exige o Estado brasileiro de fazê-lo, afinal, como expressamente consta do Caso *Almonacid*, ‘o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas que aplicam os casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos’ (par. 124). (...). A série de decisões da Corte Interamericana, embora não cheguem a examinar o art. 331 do Código Penal brasileiro, são precisas em demonstrar que há um elevado grau de importância atribuído à liberdade de expressão e, ao mesmo tempo, em duvidar da necessidade de se proteger, a qualquer custo, a reputação da Administração Pública” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 496**. Tribunal Pleno, julgado em 22 de junho de 2020, p. 36-38).

⁶⁰³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 496**. Tribunal Pleno, julgado em 22 de junho de 2020, p. 78.

controle de convencionalidade. Ademais, esforça-se o relator para harmonizar a sua posição com as decisões interamericanas, restando, em dissenso com a minoria, as exigências que cada grupo extrai dessas manifestações.

Na ADPF das Favelas, o relator, Ministro Edson Fachin, propõe uma convergência entre o estado de coisas inconstitucional e as noções de omissão estrutural e grave violação de direitos humanos, valendo-se da doutrina de André de Carvalho Ramos:

A utilização da expressão grave violação no âmbito da jurisdição constitucional permite identificar o liame não apenas entre a magnitude da violação, mas também entre suas características, ao se exigir do Tribunal que examine o tema à luz da jurisprudência das organizações internacionais de direitos humanos. Instrumentaliza-se, assim, a jurisdição nacional para a plena realização do que André de Carvalho Ramos chama de “diálogo das cortes:

“Outro ponto importante da ratificação, pelo Brasil, dos tratados internacionais de direitos humanos é o reconhecimento da supervisão e controle internacionais sobre o cumprimento de tais normas.

(...)

Assim, temos a seguinte situação: no plano nacional, há juízes e tribunais que interpretam cotidianamente esses tratados de direitos humanos. No plano internacional, há órgão internacionais que podem ser acionados, caso a interpretação nacional desses tratados seja incompatível com o entendimento nacional.

Por isso, foi mencionada acima a necessidade de compatibilização entre o resultado do controle de convencionalidade nacional com o decidido no controle de convencionalidade internacional. Não seria razoável, por exemplo, que, ao julgar a aplicação de determinado artigo da Convenção Americana de Direitos Humanos, o STF optasse por interpretação não acolhida pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, abrindo a possibilidade de eventual sentença desta Corte contra o Brasil.

Esse ‘Diálogo das Cortes’ deve ser realizado internamente, para impedir violações de direitos humanos oriundas de interpretações nacionais equivocadas dos tratados. Para evitar que o ‘Diálogo das Cortes’ seja mera peça de retórica judicial, há que se levar em consideração os seguintes parâmetros na análise de uma decisão judicial nacional, para que se determine a existência de um ‘Diálogo’ efetivo:

- 1) a menção à existência de dispositivos internacionais convencionais ou extra-convencionais de direitos humanos vinculantes ao Brasil sobre o tema;
- 2) a menção à existência de caso internacional contra o Brasil sobre o objeto da lide e as consequências disso reconhecidas pelo Tribunal;
- 3) a menção à existência de jurisprudência anterior sobre o objeto da lide de órgãos internacionais de direitos humanos aptos a emitir decisões vinculante ao Brasil;
- 4) o peso dado aos dispositivos de direitos humanos e à jurisprudência internacional.” (RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 408-410)⁶⁰⁴.

Dessa equiparação, o relator afirmou a vinculatividade das decisões da Corte IDH para o Brasil e extraiu uma série de fundamentos do caso *Favela Nova Brasília vs. Brasil*,

⁶⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 635**. Tribunal Pleno, julgado em 18 de agosto de 2020, p. 49-51.

com o fim de afirmar a existência de omissão inconstitucional em relação à gestão da política de segurança pública no Rio de Janeiro. Nesse cenário, reforçou, em comando liminar, a necessidade de observância de uma série de determinações da sentença interamericana, bem como de outras diretrizes da jurisprudência da Corte IDH, afirmando a “exigência de que os tribunais nacionais usem de precedentes e orientações como essa [da Corte IDH] para realizar o controle de convencionalidade”⁶⁰⁵. O voto foi acompanhado por todos os Ministros, conquanto alguns deferissem as cautelares em maior extensão.

Ambas as ADPFs de 2020 abrem, portanto, a possibilidade de uso do controle concentrado como via procedimental para exigir-se a vinculatividade das decisões da Corte IDH, por meio da consubstancialidade entre os preceitos fundamentais constitucionais e os direitos humanos. Percebe-se também uma paulatina progressão, no sentido de atribuir-se maior peso argumentativo às decisões da Corte IDH, na medida em que os argumentos de discordância em relação às posições nelas postas passam, gradualmente, de subordinações mais absolutas à autoridade do STF a discordâncias fundamentadas que tentam se valer do próprio DIDH.

Essa referência do Ministro Fachin ao diálogo de cortes, com alusão à doutrina de André de Carvalho Ramos, torna-se uma espécie de “fórmula usual” dos seus votos, se repetindo na ADO 59⁶⁰⁶, de 2022, na ADPF 991 (MC-Ref)⁶⁰⁷, de 2023, e nas ADPFs 743⁶⁰⁸ e 760⁶⁰⁹, de 2024.

O Ministro foi constante nas alusões de reforço à vinculatividade das decisões da Corte IDH. Em 2022, na ADI 6281, afirmou que “convém, em virtude mesmo da cláusula de abertura material do art. 5º, §2º da Constituição da República, fazer referência aos precedentes oriundos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos⁶¹⁰”. Nessa mesma linha, em 2024,

⁶⁰⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 635**. Tribunal Pleno, julgado em 18 de agosto de 2020, p. 116.

⁶⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 59**. Tribunal Pleno, julgado em 3 de março de 2022, p. 256-258.

⁶⁰⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 991 (MC-Ref)**. Tribunal Pleno, julgado em 8 de agosto de 2023, p. 28-30.

⁶⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 743**. Tribunal Pleno, julgado em 20 de março de 2024, p. 407-408.

⁶⁰⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 760**. Tribunal Pleno, julgado em 14 de março de 2024, p. 644-645.

⁶¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6281**. Tribunal Pleno, julgado em 17 de fevereiro de 2022, p. 171-172.

na ADI 5668, referenciou como precedentes várias decisões da Corte IDH⁶¹¹.

Também, em reforço à implementação das sentenças interamericanas via mecanismos estruturais do STF, há o acórdão proferido na ADI 2943. Nesse processo se discutia a amplitude dos poderes investigativos do Ministério Público, mormente diante de episódios de possível violência policial, e os meios para viabilizar apurações adequadas. O julgamento iniciou-se em plenário virtual, em 9 de dezembro de 2022, surgindo divergência entre o relator, Ministro Edson Fachin, e o Ministro Gilmar Mendes quanto às limitações aos poderes ministeriais. Diante desse cenário, o relator destacou o processo para o plenário presencial.

Sobreveio, em 14 de março de 2024, a notificação da sentença da Corte IDH no caso *Honorato e outros vs. Brasil* (“Operação Castelinho”). Houve responsabilização do Estado pela execução de 12 pessoas pela Polícia Militar durante a *Operação Castelinho*, ocorrida no dia 5 de março de 2002, e pelas falhas nos processos judiciais decorrentes da privação da vida dessas pessoas. No ponto resolutivo 18, a Corte IDH determina que “o Estado garantirá que o Ministério Público do estado de São Paulo conte com os recursos econômicos e humanos necessários para investigar as mortes de civis cometidas por policiais, tanto civis como militares”⁶¹².

Na sessão de 24 de abril de 2024, os dois ministros que anteriormente divergiam apresentaram voto conjunto, integrando as disposições do caso interamericano às determinações decorrentes da ADI 2943. No voto, fazem constar que:

Como se observa do teor dos pontos resolutivos, cujo cumprimento é obrigatório

⁶¹¹ “Retomando o precedente da Corte Interamericana de Derechos Humanos fixado no casos Villagrán Morales e outros vs. Guatemala (Sentença de 19 de novembro de 1999); Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru (Sentença de 8 de julho de 2004); Bulacio vs. Argentina (Sentença del 18 de setembro de 2003); Meninas Yean e Bosico vs. República Dominicana (Sentença de 8 de setembro de 2005); e Karen Atala Riffe e filhas vs. Chile (Mérito, Reparaciones e Custas, Sentença de 24 de fevereiro de 2012), pode-se concluir que, ante o art. 19 da Convenção Americana de Derechos Humanos, toda criança tem direito às medidas de proteção que melhor se adequem às suas particularidades, gerando obrigações positivas para sua família, para a sociedade e para o Estado de garantir sua individualidade e sua condição de sujeito de direitos. Uma vez que estes mesmos precedentes reconhecem que orientação sexual e identidade de gênero estão incluídas nos motivos de não discriminação consagrados no artigo 1.1 da Convenção Americana de Derechos Humanos, resta claro que a situação de crianças e jovens LGBTI é especialmente grave e demanda um patamar particularmente elevado de exigência para a idoneidade, ou adequação técnica, da programação de políticas públicas estatais” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5668**. Tribunal Pleno, julgado em 1º de julho de 2024, p. 52).

⁶¹² “18. El Estado garantizará que el Ministerio Público del estado de São Paulo cuente con los recursos económicos y humanos necesarios para investigar las muertes de civiles cometidos por policías, tanto civiles como militares, de conformidad con lo establecido en el párrafo 189 de esta Sentencia” (CORTE IDH. **Caso Honorato y otros Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 508, p. 477, tradução nossa).

para o Estado brasileiro, nos termos do art. 68 do Pacto de São José da Costa Rica, é necessário que se atribua ao Ministério Público o poder-dever de realizar as investigações para a elucidação de fatos que envolvam, potencialmente, a execução arbitrária de pessoas.

(...).

Afora a exigência de que os tribunais nacionais usem de precedentes e orientações como essa para realizar o controle de convencionalidade (Caso Almonacid Arellano, sentença de 26 de setembro de 2006, par. 173), o próprio Estado brasileiro já foi condenado pela ineficiência e ausência de imparcialidade com que conduziu as investigações sobre o homicídio de Sétimo Garibaldi⁶¹³.

Nos debates, os ministros divergiram sobre os parâmetros da obrigatoriedade de investigação da pretensa violência policial pelo Ministério Público. O Ministro Luís Fux alude no voto conjunto à importância de atribuir a esse órgão “o poder e o dever de realizar as investigações para a ilustração de fatos que envolvam potencialmente a execução arbitrária de pessoas, o que é uma recomendação da Corte Interamericana”. Todavia, registrou receios quanto à amplitude desse poder-dever⁶¹⁴, que também se tornou objeto de preocupações de outros integrantes do colegiado. Após o argumento do Ministro Flávio Dino⁶¹⁵, determinou-se, na parte dispositiva do acórdão, que:

3. Deve ser assegurado o cumprimento da determinação contida nos itens 18 e 189 da Sentença no Caso Honorato e Outros versus Brasil, de 27 de novembro de 2023, da Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, no sentido de reconhecer que o Estado deve garantir ao Ministério Público, para o fim de exercer a função de controle externo da polícia, recursos econômicos e humanos necessários para investigar as mortes de civis cometidas por policiais civis ou militares⁶¹⁶. (ADI 2943 - poderes investigativos do MP, P. 216).

A mesma determinação se estampou na ADI 5793, também sobre a disciplina dos poderes investigativos do Ministério Público, agora relatada pelo Ministro Cristiano Zanin⁶¹⁷.

⁶¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2943**. Tribunal Pleno, julgado em 2 de maio de 2024, p 66-73.

⁶¹⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2943**. Tribunal Pleno, julgado em 2 de maio de 2024, p. 81.

⁶¹⁵ “Em relação ao item 3 da tese, guardo, de modo geral, concordância quanto à ideia de que haja reforço na decisão do Supremo quanto à necessidade de o Ministério Público melhor exercer o chamado controle externo da atividade policial. Creio que é algo útil no cenário pátrio. Creio também que, ao tratarmos da matéria, estamos dando concretude à sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 27 de novembro de 2023, no caso Honorato e outros versus Brasil” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2943**. Tribunal Pleno, julgado em 2 de maio de 2024, p 90).

⁶¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2943**. Tribunal Pleno, julgado em 2 de maio de 2024, p. 216.

⁶¹⁷ “Para além de observar as sentenças emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos, decisões compulsórias para o Estado brasileiro (art. 68 do Pacto de São José da Costa Rica), e prestigiar os direitos humanos essenciais, o reconhecimento da competência própria do Ministério Público para realizações investigativas visa garantir efetividade à persecução criminal eventualmente instaurada em desfavor de quem deveria garantir a hígida apuração dos fatos” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5793**. Tribunal Pleno, julgado em 1º de julho de 2024, p. 25-26).

Nota-se, em ambas as ADIs, um reforço da vinculatividade da sentença da Corte IDH, com a tomada de medidas pelo STF para sua observância. Paradoxalmente, a necessidade desse endosso de cumprimento, a exemplo do que se deu com a ADPF 635, implica certo poder de mediação do Judiciário pátrio, o que, ao cabo, também pode relativizar a vinculatividade como precedente das manifestações daquela Corte, que passam a extrair sua validade da determinação do STF.

Essa possibilidade de diálogo com aval do STF é explorada, também, no tríduo de referendos, nas medidas cautelares nas ADIs 6119, 6466 e 6139. As três foram ajuizadas contra atos administrativos que ampliavam as possibilidades de acesso e uso de armas de fogo. O relator, após deferir monocraticamente medida cautelar, submeteu sua decisão para homologação, com argumentos iguais para os três pleitos, valendo-se de referências a materiais de direito internacional, na interpretação das obrigações estatais referentes ao direito à vida⁶¹⁸.

O relator foi acompanhado pelos demais colegas, exceto pelos votos dos Ministros Nunes Marques e André Mendonça, ambos divergindo sobre o uso feito pelo relator do DIDH.

O Ministro Nunes Marques, conquanto celebrasse o uso do DIDH, abordou os materiais dentro de uma interpretação teleológica, com referência, inicialmente, ao contexto

⁶¹⁸ “[O] alcance desse direito constitucional, singelamente previsto no caput do art. 5º da Constituição, deve ser complementado pela interpretação que os tribunais e organismos internacionais de direitos humanos há muito têm construído ao redor da proteção à vida. À luz de proposições como a do COMITÉ DE DIREITOS HUMANOS DO PACTO INTERNACIONAL DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS, que, em seu Comentário Geral nº 36, assenta que o direito à vida compreende o direito de não ser arbitrariamente dela privado, o Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 5.243, elaborou uma compreensão aprofundada sobre o dever do Estado de regular proporcionalmente o uso da força. (...). No âmbito regional, a CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS tem insistido sobre o fato de que a obrigação de regular o uso da força não envolve apenas agentes públicos, mas também particulares. Isso porque o uso arbitrário da violência, tolerado pelo Estado por ações ou omissões, dá ensejo à responsabilização internacional por violações de direitos humanos. Já no ano de 1989, afirmava aquela Corte: ‘172. É então claro que, em princípio, é imputável ao Estado toda violação aos direitos reconhecidos pela Convenção (ADI 6119 (MC-Ref) - limitações no porte de arma - Segurança Pública, P. 20) realizada por um ato do poder público ou de pessoas que atuam se beneficiando dos poderes que ostentam por seu caráter oficial. Não obstante, não se esgotam ali as situações nas quais um Estado está obrigado a prevenir, investigar e punir as violações aos direitos humanos, nem as hipóteses em que sua responsabilidade pode ver-se comprometida por efeito de uma lesão a esses direitos. Com efeito, um fato ilícito violatório dos direitos humanos que inicialmente não resulte imputável diretamente a um Estado, por exemplo, por ser obra de um particular ou porque o autor da transgressão não foi identificado, pode acarretar a responsabilidade internacional do Estado, não por esse fato em si mesmo, mas pela falta da devida diligência para prevenir a violação ou para tratá-la nos termos requeridos pela Convenção’ (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras, julgamento de 29 de jul. de 1988, par. 172, grifos meus)” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6119**. Tribunal Pleno, julgado em 21 de setembro de 2022, p. 16-21, sem grifos originais).

jurídico da Alemanha nazista e suas vedações ao porte de armas:

Enalteço a profunda pesquisa de precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos constante do voto do Relator. Acredito que a experiência, não só lá, mas também da Organização das Nações Unidas, como também da Corte Europeia de Direitos Humanos, é de excepcional qualidade e traduz conquistas e interpretações de direitos extensíveis a vários países.

Ressalto, quanto ao ponto, que o cenário da Segunda Guerra Mundial é permeado de verdadeiras tragédias com violações aberrantes à humanidade.

Sem dúvida, então, precisamos trazer à tona o contexto e a necessidade pelas quais a Organização das Nações Unidas e as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos surgiram. Ou seja, é preciso lembrar a razão da Declaração dos Direitos Humanos de 1948.

Lembro que, antes da Segunda Guerra Mundial, na Alemanha, Hitler aos poucos foi restringindo a possibilidade de os cidadãos alemães possuírem armas de fogo. Com efeito, conforme descreveu Stephen Halbrook, lá a “Polícia Secreta do Estado (Geheime Staatspolizei ou simplesmente Gestapo) banuiu os clubes de tiro particulares e proibiu a emissão de permissões de posse de armas aos judeus. Em 1938, Hitler assinou uma nova Lei de Controle de Armas que beneficiou os membros do Partido Nazista, negando a posse de armas de fogo aos eternos ‘inimigos do Estado’”.

(...).

Acerca da trágica morte de milhões de judeus pelo nazismo, o autor comenta o seguinte:

Se a experiência nazista ensina alguma coisa, ela ensina que o governo totalitário sempre tentará desarmar seus oponentes para extinguir qualquer capacidade de resistência a crimes contra a humanidade. É de se perguntar se o curso da história poderia ser outro tivessem os oponentes do nazismo, incluindo judeus e não-judeus, sido menos obedientes às apreensões de armas, mais unidos e mais inclinados ideologicamente à resistência.

O regime nazista, que começou da forma acima descrita, chegou depois a criar diversos campos de concentração, com milhões de prisioneiros, muitos deles torturados e mortos ao longo de anos.

Daí a relevância, com o final da Segunda Guerra Mundial, da Declaração dos Direitos Humanos e do desenvolvimento da Organização das Nações Unidas.

Faço tais ponderações a fim de contextualizar a origem de tais órgãos internacionais, presa ao combate a regimes totalitários, bem como respectivas medidas de controle da população. Tais órgãos foram criados para buscar, ao fim e ao cabo, a proteção dos direitos e garantias fundamentais do ser humano (aí incluídos o direito à vida, à liberdade e demais) em escala mundial⁶¹⁹. (ADI 6119 (MC-Ref) - limitações no porte de arma - Segurança Pública, P. 68)

Prosseguiu, então, para, em uma análise de referências normativas estrangeiras, afirmar que a maioria dos países do globo reconheceria, em algum nível, o direito a ter armas, finalizando com uma reinterpretação do Comentário Geral n. 36 do Comitê de Direitos Humanos, à luz da experiência nazista:

A corroborar tal reflexão, reconheço, assim como o nobre Relator, a relevância do

⁶¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6119**. Tribunal Pleno, julgado em 21 de setembro de 2022, p. 66-68.

Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem assim, conforme o Comentário Geral n. 36, o alcance, pelo direito à vida, do direito de não ser arbitrariamente dela privado.

O próprio Comentário Geral n. 36 também expressamente menciona que o direito à legítima defesa é consequência direta da necessária proteção do direito à vida.

Entendo que isso mais reforça a ideia segundo a qual cada ser humano pode proteger a própria vida (e a de seus familiares) contra injusta agressão. Presumir que o Estado consiga fazê-lo, em tempo real, consideradas todas as injustas agressões em nosso território, *data venia*, conquanto desejável, não me parece plausível. Não vejo como retirar do cidadão a capacidade de autodefesa consistente em lhe garantir a aquisição e posse de arma de fogo para esse fim⁶²⁰.

Já o Ministro André Mendonça se vale de um argumento de autocontenção do STF para divergir do relator e rejeitar a possibilidade de realização de controle de convencionalidade⁶²¹.

Essas duas dissonâncias são peculiares, porque não rejeitam o controle de convencionalidade em si, mas apontam para uma perspectiva própria da capacidade de interpretação das normas internacionais. A primeira expande os poderes do STF na via da leitura finalística do DIDH; já a segunda, de modo mais circular, justifica a não realização do controle de convencionalidade, pelo fato de a norma não estar calcada em texto constitucional (o que, de certa forma, autorizaria os órgãos legiferantes nacionais a derogarem as normas de DIDH por seus atos, de certa maneira relativizando o patamar supralegal das convenções).

Também, em um esforço dialógico, o Ministro Luís Roberto Barroso constrói uma distinção em relação aos precedentes interamericanos, no RHC 142608, julgado em 2023, que trata da possibilidade de civis serem julgados por tribunais militares. Reconhecendo que a “Corte Interamericana de Direitos Humanos tem adotado uma postura restritiva, afastando, de forma absoluta, a possibilidade de civis serem julgados por tribunais militares”, o Ministro pontuou que “[a] realidade brasileira atual, porém, se distingue de todos os casos submetidos à apreciação pela Corte Interamericana. Diferentemente das jurisdições militares examinadas

⁶²⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6119**. Tribunal Pleno, julgado em 21 de setembro de 2022, p. 70, grifo no original.

⁶²¹ “56. Indo além, resgatando o quanto asseverado anteriormente acerca da natureza não holística do Texto Constitucional, antecipo, neste juízo preambular, certa dificuldade em identificar uma única resposta – ou se há resposta – adequada ao questionamento lançado diretamente na Lei Fundamental promulgada em 1988.

57. Com tal desiderato, o eminente Relator busca densificar o conteúdo normativo dos artigos 5º e 144 da Constituição Federal a partir da jurisprudência internacional em relação à matéria. Penso, entretanto – com a mais elevada vênia à Sua Excelência –, que a investigação da questão não deve desaguar em controle de convencionalidade dos atos inquinados. Se não há, diretamente no Texto Constitucional, resposta pré-definida à questão da posse ou do porte de armas de fogo, há que se privilegiar as legítimas opções realizadas pelos Poderes democraticamente eleitos, seja o Legislativo, ao editar a lei, seja o Executivo, ao regulamentá-la por decreto” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6119**. Tribunal Pleno, julgado em 21 de setembro de 2022, p. 145).

pela Corte internacional, a Justiça Militar brasileira não faz parte do Poder Executivo e não integra as Forças Armadas, sendo efetivo órgão do Poder Judiciário”⁶²². Assim capitaneou a maioria, vencido o Ministro Edson Fachin, que entendera inconveniente o procedimento.

Encerra o corpo de análise de enunciações da vinculatividade das sentenças interamericanas o retorno ao plenário do debate sobre o tema da contagem especial do tempo de pena cumprida em condições degradantes, no exame do mérito da ADPF 347, atinente ao estado de coisas inconstitucional no sistema prisional. Entre o exame do RE 580252 e o dessa ADPF, a Corte IDH, por meio de Resoluções de 22 e 28 de novembro de 2018, estipulou, em medidas provisórias contra o Brasil, a contagem em dobro da pena para os detidos no *Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho*⁶²³ e no *Complexo Penitenciário do Curado*⁶²⁴, desde que não sejam acusados ou condenados pelo cometimento de crimes contra a vida, a integridade física ou sexual.

Em ambas as situações, era incontroverso que a lotação dos estabelecimentos era de 200% ou mais e, consoante a representação do próprio Estado Brasileiro, não haveria alternativas para transferência dos custodiados. Assim, ante os efeitos gravosos de apenas liberar parte destes, a contagem especial, em diferentes níveis, surge como medida intermediária, a fim de reconduzir a ocupação da unidade aos limites compatíveis com a observância dos direitos convencionais⁶²⁵.

⁶²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso em Habeas Corpus 142608**. Tribunal Pleno, julgado em 12 de dezembro de 2023, p. 548.

⁶²³ CORTE IDH. **Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil**. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2018.

⁶²⁴ CORTE IDH. **Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil**. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018.

⁶²⁵ “122. La particularidad de estar ante la situación concreta de un establecimiento penal, de toda forma, impone a la Corte la necesidad de ser más precisa en cuanto a las medidas concretas a adoptar, dentro de la prudente inspiración de las líneas generales que surgen de las sentencias generales a tener en cuenta como antecedentes jurisprudenciales criteriosos. Debe observarse, entre otras cosas que, al parecer, la atención de la salud de los presos en las cárceles californianas, al menos por lo descrito por el Juez relator de la Suprema Corte Federal, no eran tan deficientes como las que se han verificado en el Complejo de Curado. 123. En principio, y dado que es innegable que las personas privadas de libertad en el Complejo de Curado pueden estar sufriendo una pena que les impone un sufrimiento antijurídico mucho mayor que el inherente a la mera privación de libertad, por un lado, resulta equitativo reducir su tiempo de encierro, para lo cual debe atenderse a un cálculo razonable, y por otro, esa reducción implica compensar de algún modo la pena hasta ahora sufrida en la parte antijurídica de su ejecución. Las penas ilícitas, no por su antijuridicidad dejan de ser penas y, lo cierto es que se están ejecutando y sufriendo, circunstancia que no puede obviarse para llegar a una solución lo más racional posible dentro del marco jurídico internacional. Lo anterior es concordante con el mandamus del Supremo Tribunal Federal establecido en la Súmula Vinculante No. 56. 124. Dado que está fuera de toda duda que la degradación en curso obedece a la superpoblación del Complejo de Curado, cuya densidad es superior a los 200%, o sea, que duplica su capacidad, de ello se deduciría que duplica también la inflicción antijurídica sobrante de dolor de la pena que se está ejecutando, lo que impondría que el tiempo de pena o de medida preventiva ilícita realmente sufrida se les computase a razón de dos días de pena lícita por cada día de efectiva privación de libertad en condiciones

O então relator da ADPF 347, Ministro Marco Aurélio, votou, ainda em 2021, após o que o Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista, trazendo seu voto em 2023. Barroso, que assumiria a redação do acórdão ante a aposentadoria do relator original, apresentou a proposta de inclusão no plano de enfrentamento da crise carcerária a ser elaborado da “compensação por cumprimento de pena em regime mais gravoso”, como um “ponto muito importante com sugestões da Corte Interamericana de Direitos Humanos”⁶²⁶. Após referenciar as medidas provisórias estabelecidas em 2018, propôs a extrapolação de seus fundamentos para outras unidades prisionais, como direito dos presos decorrente da Constituição⁶²⁷.

O Ministro Cristiano Zanin concordou com o ponto, destacando que:

As determinações da Corte-IDH representam a vontade dos países integrantes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, os quais, voluntariamente aderiram por meio de compromissos internacionais, *in casu*, o Pacto de São José da Costa Rica. Dessa forma, a observância e cumprimento das determinações da Corte possuem caráter obrigatório, ao menos no plano moral perante os demais signatários. Tem-se, no presente caso, Resolução emanada da Corte-IDH cujo fundamento é a prevalência dos direitos humanos, que é um dos princípios que regem nosso País em suas relações internacionais. Por conseguinte, a *ratio decidendi* do referido ato resolutório é fruto da efetivação da Convenção Americana de Direitos Humanos, já positivada em nosso ordenamento jurídico. Logo, as medidas provisórias impostas ao Brasil por meio da referida resolução são dotadas de efeito vinculante e seus motivos transcendem do objeto inspecionado na cidade do Rio de Janeiro - Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho -, para todos os presídios onde ocorram flagrante violação aos direitos humanos, tendo em vista que esta é uma situação incontroversa e já admitida pelo Estado Brasileiro.

Ou seja, as medidas provisórias, assim como as sentenças da Corte, são vinculantes e de cumprimento obrigatório por parte dos Estados, nos termos dos artigos 63.2 e

degradantes. 125. Considera la Corte que la solución radical, antes mencionada, que se inclina por la inmediata libertad de los presos en razón de la inadmisibilidad de penas ilícitas en un Estado de derecho, si bien es firmemente principista y en la lógica jurídica casi inobjetable, desconoce que sería causa de una enorme alarma social que puede ser motivo de males aún mayores” (CORTE IDH. **Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil**. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2018, p. 28-29).

⁶²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 4 de outubro de 2023, p. 94-95.

⁶²⁷ “68. Tais resoluções da Corte IDH têm sido plenamente aplicadas no Brasil. Em diversas decisões, o STJ reconheceu inclusive a sua eficácia vinculante. Em 2021, a 5ª Turma do STJ, em caso sob a relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, afirmou a obrigatoriedade da aplicação pelos juízes nacionais da decisão da CIDH. No mesmo ano, o STJ entendeu que a contagem em dobro deve se aplicar durante todo o período da prisão cumprido na unidade prisional superlotada, e não apenas no período após a notificação oficial feita ao Brasil da decisão da Corte IDH. (...). 70. Considerando que a situação de superlotação e desumanidade nos presídios é um problema sistêmico no Brasil (e não um fato isolado verificado apenas nos presídios objeto de resoluções da Corte IDH), entendo ser possível, em tese e, por ora, a título de *obiter dictum*, a aplicação de compensação punitiva consistente no abatimento proporcional da pena, como direito decorrente diretamente da Constituição (em especial, dos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade). A proporção a ser considerada para tal redução da pena deverá ser estabelecida pelo CNJ, por meio do DMF, mediante inclusão no plano a ser elaborado de uma fórmula específica de proporcionalidade, considerado o grau de superlotação de cada unidade prisional, sujeitando-se o plano à homologação do Supremo Tribunal Federal” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 4 de outubro de 2023, p. 141-143).

Na mesma linha, o Ministro Edson Fachin reportou-se à decisão por ele mesmo proferida, no bojo do HC 208337, a respeito da situação do Complexo do Curado, em que determinou a contagem em dobro para os custodiados que se enquadrassem nas condições dispostas na medida provisória da Corte IDH:

Nesse habeas corpus [HC 208337], na linha do que vem de ser dito pelo eminente Ministro Cristiano Zanin, também rememorei que este Tribunal, quando julgou a cautelar na ADPF 635, reconheceu que:

"As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos são obrigatórias e vinculantes para o Estado brasileiro, em razão dos arts. 62.1 e 68.1 do Pacto de São José da Costa Rica, ratificado em 25 de setembro de 1992 e promulgado pelo Decreto 678/1992, além do Decreto 4.463, de 8 de novembro de 2002"⁶²⁹.

Já manifestando divergência, os Ministros Nunes Marques⁶³⁰, Alexandre de Moraes⁶³¹ e Luiz Fux⁶³² entenderam obstar a implementação da compensação a necessidade de previsão legislativa específica, a previsão constitucional sobre a individualização da pena e a limitação formal das medidas provisórias aos estabelecimentos nelas analisados. Este último

⁶²⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 4 de outubro de 2023, p. 198-199.

⁶²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 4 de outubro de 2023, p. 246.

⁶³⁰ "Também não considero viável a estipulação abstrata nos planos da Administração de direito à indenização pecuniária ou remição de pena pelo cumprimento de pena em condições insalubres. É claro que, caso a caso, se pode cogitar da indenização pecuniária do preso, com base no art. 37, § 6º, da Carta da República, em razão das condições desconformes da prisão. O que não me parece viável é fixar, em tese, o dever de indenizar, criando um caso particular de responsabilidade civil da Administração. Muito menos me parece plausível, com todas as vênias, que se possa criar uma hipótese de remição de pena sem a correspondente previsão legal. A Constituição diz que cabe à lei regular a individualização da pena (art. 5º, XLVI), no que se incluem obviamente as causas de remição" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 4 de outubro de 2023, p. 219).

⁶³¹ "Presidente, Vossa Excelência colocou – parece-me que não foi uma determinação – como outras medidas postuladas e sujeitas a detalhamento no plano de homologação pelo STF: compensação punitiva por privação da liberdade em situação mais gravosa, ou seja, a redução do tempo de pena proporcionalmente à superlotação e à inadequação das condições de encarceramento. Com todo o respeito a esse posicionamento, parece-me não ser possível – nem legislativamente. Entendo não ser adequado do ponto de vista da dupla função de se tratar o assunto, inclusive em relação à segurança pública. Se permitirmos, devemos exigir todas as medidas para melhorar a situação, agora, debitar ou fazer a remissão de dias, principalmente nas questões dos crimes graves? Volto à questão do roubo com fuzil, um ano e quatro meses; um para um. A pessoa poderia ficar presa oito meses, sete meses, voltando a delinquir" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 4 de outubro de 2023, p. 223-224).

⁶³² "Aqui também, Senhor Presidente, peço todas as vênias, mas a compensação punitiva, digamos assim, imposta pela Corte Interamericana no Complexo Penitenciário do Curado vale para aquele lugar, mas, na verdade, a compensação punitiva por privação de liberdade em situação mais gravosa, reduzindo o tempo da pena, da gestão da lotação prisional com antecipação de saída, em meu modo de ver, com a devida vênias, cria uma singular *abolitio criminis*. Isso, efetivamente, no meu modo de ver, não é uma boa política criminal, diante de tantas virtudes que há nessa nossa solução em relação ao estado de coisas inconstitucional" (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 4 de outubro de 2023, p. 255).

ponto foi debatido pelos Ministros, que acabaram por deixar a questão como *obiter dictum* a ser retomado na discussão do plano a ser homologado:

O SENHOR MINISTRO CRISTIANO ZANIN - Ministro Alexandre, em relação à primeira parte da fala de Vossa Excelência, existe uma recomendação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao cômputo diferenciado de pena, citada, inclusive, no voto do eminente Ministro Presidente e no do Relator. É uma resolução da Corte, de 22 de novembro de 2018, que faz referência a um presídio específico, mas, segundo diz a resolução, a orientação é que se compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido naquela penitenciária, para todas as pessoas ali alojadas que não sejam acusadas de crimes contra a vida ou integridade física, crimes sexuais, ou que não tenham sido por eles condenadas.

Parece-me que há também uma decisão, com efeito vinculante, oriunda dessa resolução, que o país também tem a obrigação de cumprir. Podemos discutir se é específica para esse estabelecimento, o Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, ou se isso transcende aquele estabelecimento.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES - Ministro, realmente há, mas há para esse Instituto específico, até porque a análise foi dessa questão específica. Parece-me que estendermos, de forma geral e, eu diria, até aleatória, sem analisar caso a caso, sem ainda nenhuma previsão legal, seria extremamente perigoso.

Esse caso também afasta a preocupação maior, que são os crimes praticados com violência ou grave ameaça até, mas violência à pessoa.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (PRESIDENTE) - Minha intervenção era no sentido que o Ministro Zanin acaba de manifestar, de que existe essa decisão. De qualquer forma, era uma previsão genérica e que não interfere com o resultado do julgamento porque é um *obiter dictum*. São ideias a serem consideradas na elaboração do plano, mas mantenho que considero uma ideia importante a ser considerada. Na ocasião da homologação, verificaremos se estamos de acordo com as balizas que venham a ser propostas⁶³³.

Assim, no fim de 2024, a questão voltou ao exame do STF, na homologação em processo estrutural da referida ADPF, que, em 31 de dezembro de 2024, foi examinada em plenário virtual, mas com acórdão ainda pendente de publicação. Nos votos apresentados no ambiente eletrônico, o Ministro Luiz Roberto Barroso propôs a inclusão da contagem especial no plano formulado, com indicativo da necessidade de aprovação de diploma legal para tanto.

O Ministro Fachin, com referências à implementação da medida, por determinação da Corte IDH, em relação ao Complexo de Curado e ao Instituto Plácido de Sá Carvalho, manifestou-se favorável à inclusão, defendendo tratar-se apenas da “fixação de regras definidoras das situações críticas que, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, possam, em tese, justificar a medida”⁶³⁴. Contudo, a maioria do colegiado

⁶³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 4 de outubro de 2023, p. 227.

⁶³⁴ “Sobre a compensação penal, trata-se de ampliar o debate sobre medida reparadora presente na jurisprudência da Corte Interamericana dos Direitos Humanos (bem como do Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH), destacando-se as medidas provisórias contra o Brasil nos casos do Instituto Plácido de Sá Carvalho (Rio de

votou pela não inclusão do tema, seja por entender que se exige lei formal para a compensação, seja por entenderem ser o referido espaço inadequado a esse debate⁶³⁵.

O caso da contagem especial do tema é alegórico, na medida em que registra a diversidade de ópticas adotadas pelos ministros para lidar com a vinculatividade das decisões da Corte IDH. Segundo os ministros favoráveis à compensação, a Corte IDH “apresenta sugestões” (Ministro Barroso); “recomenda” por meio de “determinações da Corte possuem caráter obrigatório, ao menos no plano moral perante os demais signatários”, e as “medidas provisórias impostas ao Brasil por meio da referida resolução são dotadas de efeito vinculante e seus motivos transcendem do objeto inspecionado” (Zanin); e emite decisões “obrigatórias e vinculantes” (Ministro Fachin).

Já entre os ministros contrários, chama atenção a contenção formal das medidas provisórias, que, implicitamente, admitem que os obstáculos apontados em termos de legalidade formal e individualização da pena são sobrepujados pelas resoluções da Corte IDH, ainda que apenas para os estabelecimentos por ela examinados.

Desse decurso fático-processual, percebe-se que há uma preocupação mais acentuada do tribunal em se mostrar harmônico com o SIDH. Contudo, mesmo presente uma reverência do STF à Corte IDH, no tocante ao cumprimento das medidas provisórias determinadas, não

Janeiro) e Complexo do Curado (Pernambuco), ambas determinando a contagem em dobro do tempo de pena cumprido em condições violadoras dos direitos fundamentais. O que efetivamente consta do Plano é apenas, como meta, a “adoção de regras para compensação penal em situações críticas que constituam o estado de excepcionalidade” (Eixo 4 – Problema: insuficiência de medidas de reparação pública quanto à questão prisional no Brasil) (p. 177), inexistindo determinação a violar ou antecipar decisões deste Tribunal. Prevê-se a fixação de regras definidoras das situações críticas que, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, possam, em tese, justificar a medida. Pondero que a compensação penal não pode se dar de maneira generalizada, mas de acordo com a análise caso a caso, nos exatos termos previstos no plano” (FACHIN, Edson. **Voto na Homologação em Processo Estrutural na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 18 de dezembro de 2024, p. 3-4).

⁶³⁵ A síntese dos dois pontos consta do voto do Ministro André Mendonça: “34. Nessa conjuntura, a meu sentir, resta prematura a inclusão da medida de “compensação punitiva” no plano ora homologado, tendo em vista que (i) há precedente contrário deste Plenário, e, nada obstante a referida jurisprudência, (ii) a questão está sendo objeto de nova apreciação no bojo da ADI nº 5.170, pendente de julgamento em razão do pedido de destaque realizado pelo Ministro Alexandre de Moraes – havendo, até o momento, apenas um voto computado, proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, que divergiu da relatora. 35. Diante desses elementos, renovando as mais respeitadas vênias às compreensões em sentido contrário, continua não me parecendo suficiente a ponderação consignada pelo eminente relator, ao reconhecer que a efetiva implementação da medida de “compensação penal” está “a exigir a edição de lei que a preveja”. Portanto, “caso se concretize, não decorrerá da decisão proferida pelo Supremo, mas sim de articulações políticas”. 36. Isso porque, se é medida que depende de lei, a meu sentir, afigura-se mais produtora aguardar que sobrevenha a edição do diploma normativo autorizador para que, somente então, sejam adotadas as medidas administrativas necessárias à sua concretização, sob pena de incorrerem em alocação ineficiente de recursos e de tempo, em tema cuja urgência e multiplicidade de desafios é unanimemente reconhecida” (MENDONÇA, André. **Voto na Homologação em Processo Estrutural na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 18 de dezembro de 2024, p. 14).

há necessariamente um movimento similar de extrapolação dos fundamentos para outros estabelecimentos prisionais. Não se reconhece, na compensação, um “precedente”, no sentido de oferecer razões jurídicas que conduzam a uma lógica de aplicação do mesmo entendimento por isonomia ou deferência. Há uma restrição da determinação, ainda que com o reconhecimento limitado de sua juridicidade.

No sentido dessa harmonização há também a manifestação do Ministro Gilmar Mendes, relator, no ARE 1225185, que tratava da possibilidade de recurso pela acusação de veredito absolutório do tribunal do júri. Ao propor a inconstitucionalidade do recurso, o relator afastou o argumento da PGR, no sentido da inconveniência da negativa do direito ao recurso, nos moldes do art. 8º.2 da CADH, o que fez reportando-se ao caso *Amrhein e outros vs. Costa Rica* e dele extraíndo que essa prerrogativa é exclusiva de quem condenado⁶³⁶. A maioria, porém, se formou em sentido contrário, conduzida pelo Ministro Edson Fachin, que também referenciou a Corte IDH como argumento, em favor da necessidade de controle da mínima racionalidade das absolvições⁶³⁷. Esse é mais um caso que demonstra a mudança no modelo de divergência dos precedentes da Corte IDH, que ganham maior autoridade como ponto de convencimento.

Conclui essa análise dos usos da jurisprudência interamericana o RE 1017365, atinente à aplicabilidade da chamada tese do marco temporal à demarcação de terras indígenas. Como já registrado na análise temática, um dos campos com grande volume de

⁶³⁶ “Ademais, a PGR alega a necessidade de respeito ao duplo grau de jurisdição e ao direito ao recurso, citando o art. 8.2.h da Convenção Americana de Direitos Humanos. Contudo, tal dispositivo é interpretado pela própria Corte Interamericana como um direito que deve ser assegurado a toda pessoa que seja “condenada”, pois “a condenação é a manifestação do exercício do poder punitivo do Estado” (Caso *Amrhein e outros v. Costa Rica*. Sentença de 25.4.2018. Serie C, N. 354, § 255). Ou seja, o direito ao recurso, nos termos convencionais, é de titularidade da defesa. Utilizar esse argumento para consolidar direito ao recurso contra o réu caracteriza o que costuma se denominar de “efeito bumerangue” de direito fundamental: casos em que “os tribunais utilizam garantias do imputado para proferir uma sentença que lhe coloca em uma situação processual pior do que a anterior” (REY, Sebastián A. ¿Efecto “boomerang” de las garantías? Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, v. 10, n. 18/19, 2005. p. 514, tradução livre).” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário com Agravo 1225185**. Plenário, julgamento em 3 de outubro de 2024, p. 48-49)”

⁶³⁷ “Essa também é a orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para quem a legitimidade de uma sentença penal depende da observância dos parâmetros jurisprudenciais da Corte (Corte IDH. Caso de la Massacre de la Rochela vs. Colombia. Fondo, reparaciones e costas. Sentença de 11 de maio de 2007. Serie C No. 163, par. 197). Por isso, ainda que fundada em eventual clemência, a decisão do júri não pode implicar a concessão de perdão a crimes que violam a integridade de valores constitucionalmente protegidos. A decisão do júri, para que seja minimamente racional e não arbitrária, deve permitir identificar a causa de absolvição. Dito de outro modo, para que seja possível o exame de compatibilidade do veredito com a jurisprudência desta Corte ou mesmo com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, é preciso que a causa de absolvição, ainda que variada, seja determinável. Caberá, portanto, ao Tribunal de Apelação o controle mínimo dessa racionalidade. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário com Agravo 1225185**. Plenário, julgamento em 3 de outubro de 2024, p. 88)”

referências à Corte IDH é o dos direitos dos povos tradicionais. Dentre as decisões com o maior número de alusões a sentenças interamericanas, estão a ADI 5783, sobre a demarcação das terras das comunidades de fundo e fecho de pasto; a ADI 3239, sobre a demarcação de terras quilombolas e a ADPF 709, sobre as medidas de proteção dos povos indígenas contra a pandemia de COVID-19. Contudo, pela amplitude dos efeitos da repercussão geral, a discussão sobre o marco temporal ganhou premência na relevância dos argumentos em torno da jurisprudência interamericana.

De certa maneira, como prenunciara o Ministro Menezes Direito, o ganho de força do controle de convencionalidade implicaria consequências relevantes, em termos de autoridade semântica das sentenças da Corte IDH. O mesmo caso que lhe causara espanto em 2008, “*Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*”, serviu de argumento para a interpretação da maioria na ADI 3239, figurando no voto da relatora do acórdão⁶³⁸; e retornaria, no caso do marco temporal, nos votos dos Ministros Alexandre de Moraes e Rosa Weber⁶³⁹. Chama atenção também que ministros que compartilhavam, de certa forma, da visão pela aplicabilidade do marco temporal passaram a tentar extrair da própria jurisprudência interamericana a possibilidade de compensações de território ou outras composições com os proprietários não-indígenas⁶⁴⁰.

Dessa exposição, nota-se que o STF vive hoje um segundo momento em torno do

⁶³⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239**. Plenário, julgamento em 8 de fevereiro de 2018, p. 106.

⁶³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1017365**. Plenário, julgamento em 27 de setembro de 2023, p. 319, 920.

⁶⁴⁰ “Nesse sentido, ilustra o voto do Ministro Gilmar Mendes: “a pretexto de promover uma reparação às comunidades tradicionais, não se pode desconsiderar o vetor de segurança jurídica presente em nossa sociedade democrática contemporânea, cujas balizas foram construídas com o advento da Carta Constitucional, de 5 de outubro de 1988, marco seguro e repetidamente decidido por esta Corte como vetor interpretativo da posse imemorial indígena, até para que seja preservado o direito à propriedade e à posse privadas. Esse conflito entre direitos fundamentais foi, por diversas vezes, enfrentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a qual tem assentado que: (...)A solução encontrada pela CIDH, no caso acima, passa pelo reconhecimento da tradicionalidade da posse indígena sobre a área e, caso esta seja sob a esfera de domínio ou posse privada, no momento do reconhecimento, ‘deverá avaliar a legalidade, necessidade e proporcionalidade da expropriação ou não dessas terras com o fim de alcançar um objetivo legítimo em uma sociedade democrática’, inclusive com a criação de ‘fundo que será destinado tanto para a compra da terra de proprietários particulares ou para o pagamento de uma justa indenização aos prejudicados em caso de expropriação, segundo corresponda’. Ou seja, segundo a CIDH, a posição do Estado deve sair da esfera do mero reconhecimento da tradicionalidade indígena e esvaziamento da propriedade privada para assegurar ao não indígena uma reparação econômica pelo esvaziamento do direito de propriedade ou de posse, sob pena de violação ao art. 21.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, de forma, reversa àquele (‘2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.’)” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1017365**. Plenário, julgamento em 27 de setembro de 2023, p. 894).

controle de convencionalidade e da autoridade semântica da Corte IDH, que várias vezes é reivindicada por ambos os lados dos debates, seja como fundamento, seja por meio de distinções que justificam a harmonia das posições postuladas com a produção do SIDH. Apesar dessa tendência, que indica um ganho de força vinculante na perspectiva argumentativa, nota-se que essa autoridade é bastante relativizada, sendo ainda notadas resistências, com base em diferenciações formais, conforme exemplifica a ADPF do sistema prisional.

Há, também, um aumento de casos de controle de convencionalidade induzidos seja por medidas provisórias e condenações em desfavor do Brasil, como ilustra a ADI 2943, pela provocação de outros atores processuais, com base na jurisprudência interamericana, como se deu no RHC 142608. Levando em consideração que das 13 condenações do Brasil apenas quatro antecedem 2016 (caso *Ximenes Lopes*, caso *Escher*, caso *Garibaldi* e caso *Gomes Lund*), uma hipótese é que essa maior visibilidade deva-se ao aumento do número de sentenças, ou mesmo ao seu manejo diante do tribunal, o que registra-se para agendas de pesquisa futuras.

Ademais, há um movimento de atuação complementar e de reforço do STF para o cumprimento de medidas de não repetição, estabelecidas em sentenças interamericanas, por meio de comandos em ADPF, sendo a ADPF das Favelas um dos exemplos mais significativos.

Para um contraste entre esses dois momentos do tribunal, vide o quadro abaixo:

Tabela 11 – Comparativo de tendências no engajamento do STF com a Corte IDH

Tendências no engajamento do STF com a Corte IDH	2008-2016	2017-2024
Controle de convencionalidade	Desconfiança	Estabilização
Juízo de convencionalidade	Espontâneo	Reativo
Autoridade semântica da Corte IDH	Ilustrativa	Relativa
Referência às manifestações	Menor	Maior
Implementação de medidas preventivas e de não repetição	Interpretação conforme a convenção	Mecanismos de litígio estrutural (ADPF)

Estratégias de resistência	Evitação e resistência soberana	Distinção e resistência formal
----------------------------	---------------------------------	--------------------------------

Fonte: Próprio autor

Em uma perspectiva argumentativa, é possível dizer que a necessidade de realização do controle de convencionalidade se estabilizou como um *topos* argumentativo no STF, entendido este como premissa que conta com a concordância dos debatedores⁶⁴¹, o que não é necessariamente verdade em relação à jurisprudência interamericana. É preciso salientar, porém, que não se defende aqui a existência de uma linha evolutiva crescente que implique uma plena adesão ao controle de convencionalidade, nos moldes propugnados pela Corte IDH. A análise das dissonâncias com a Corte IDH indica mais a existência de uma sofisticação das divergências do que um alinhamento, com a persistência de resistências, desconhecimentos e estranhezas, inclusive fora do que se poderia chamar de “gramática do controle de convencionalidade” consoante o SIDH.

A controvérsia de modelagem do controle de convencionalidade do STF se reflete no Judiciário brasileiro como um todo. A literatura já apontava a existência de divergências entre os modelos de convencionalidade presentes na jurisprudência interamericana e nas diretrizes fixadas, por exemplo, pelas Recomendações 123/2022, do CNJ, e 93/2023, do CNMP⁶⁴². A função que as decisões da Corte IDH ocupam nesse controle é, portanto, agonística e, de certa forma, opaca.

Na perspectiva empírica, levantamento, realizado junto aos juízes brasileiros pelo

⁶⁴¹ Nas palavras de Cláudia Roesler: “Deve-se entender por tópica, o modo de pensar orientado por problemas (ou, falando mais sinteticamente, o ‘modo de pensar problemático’). ‘Problemas’, para Viehweg (1979, p. 34; 97) seriam impasses que admitem mais de uma solução. Trazendo para o ambiente discursivo, a tópica seria a técnica de buscar uma solução para o impasse, valendo-se de *topoi* (no singular, *topos*), que, por sua vez, remete à ideia de lugares-comuns, que seriam argumentos empregados na discussão que contariam com a concordância dos interlocutores. O discurso caminharia de *topos* em *topos* na busca por uma conclusão. Neste sentido, para Viehweg (1979, p. 39-40, 65, 82 et passim), a tópica também pode ser concebida como uma técnica de natureza ‘prática’ e ‘funcional’ (VIEHWEG, 1979, p. 29 e 38), que tem por escopo encontrar e selecionar premissas aceitas, ou seja *topoi*, que funcionam como ‘pontos de partida’ para cada etapa do debate. Não à toa, há quem conceba a tópica como a técnica de ‘elaboração de concordância’ entre as premissas (VIEHWEG, 1979, p. 63)” (ROESLER, Claudia. O enlace entre o raciocínio tópico e a fórmula de peso. In: Tópica e Discurso: reflexões sobre o direito como prática social. Curitiba: Alteridade, 2020. (Coleção Direito, Retórica e Argumentação). Para o conceito de *topos* argumentativo no contexto do STF, vide também: FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Do *topos* do sistema ao *topos* da ponderação na interpretação constitucional. In: **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018.

⁶⁴² Sobre o tema, vide LIMA, Lucas Carlos Recomendação 123: qual é o controle de convencionalidade? 13 de fevereiro de 2022. **Consultor Jurídico**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2022-fev-13/lima-recomendacao-123-cn-j-qual-controle-convencionalidade/#_ftn1. Acesso em: 22 jan. 2024.

Conselho Nacional de Justiça, conjuntamente com a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR), apontou que, em relação ao conhecimento e à aplicação do conteúdo da CADH, 50,14% dos respondentes dos questionários eletrônicos declarou não conhecer, não ter estudado ou nunca ter aplicado a CADH em suas decisões, e 79,66% afirmou nunca ter aplicado a jurisprudência da Corte IDH em suas decisões. Ademais, apesar de 90,4% dos magistrados entenderem que a CADH possui ao menos patamar supralegal; 84,91% dos participantes responderam considerar que a jurisprudência da Corte IDH não é vinculante ou obrigatória para os magistrados brasileiros.⁶⁴³ O quadro, portanto, é ainda de uma adesão parcial à expansão dos parâmetros do controle de convencionalidade realizada pela Corte IDH e descrita no capítulo 3 desta tese.

Em resumo, tendo-se por referência as três dimensões das regras de precedente apresentadas por Shecaira, e tratadas por nós no capítulo 2⁶⁴⁴, nota-se, na primeira dimensão, um robustecimento das hipóteses em que o STF afirma ser necessário levar em consideração as decisões passadas da Corte IDH. Ilustram essa posição, por exemplo, como enunciação, a manifestação da Ministra Rosa Weber e o esforço de distinção realizado pelo Ministro Barroso na ADPF 496.

Contudo, quanto à segunda dimensão, o Supremo Tribunal Federal não estabelece, orienta ou adota um padrão interpretativo para lidar com as decisões anteriores da Corte IDH, as quais se prestam a variadas funções na argumentação dos casos, e não é incomum que a jurisprudência interamericana receba leituras diversas por Ministros diferentes, como aconteceu nos RE 1017365, sobre a tese do marco temporal, e no ARE 1225185, sobre o recurso da acusação na sentença de clemência do júri. Como se discutiu nos capítulos 4 e 5, o STF também não conta com um auxílio ou diretriz suficientemente clara dos órgãos dos SIDH sobre o tema: aqui, parece que as dificuldades do sistema em relação à construção de *estândares* também se apresentam no seu uso pelo Judiciário doméstico, o que pode afetar a

⁶⁴³ CNJ. **Comportamento judicial em relação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: uma análise empírica do Poder Judiciário brasileiro: sumário executivo**. Conselho Nacional de Justiça; Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Brasília: CNJ, 2023. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/05/5ajp-sumario-executivo-comportamento-judicial-11-05-23.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

⁶⁴⁴ A título de resgate, as já referidas dimensões das regras de precedente propostas por Shecaira são: a) necessidade de uso dos precedentes: o nível de exigência de que os casos passados sejam levados em consideração, ainda que eventualmente, após análise, sejam considerados irrelevantes para a questão presente; b) a interpretação do precedente: o nível de exigência sobre os métodos interpretativos a partir dos quais se examinará as decisões passadas; c) a aplicação da norma extraída do precedente: o nível de exigência e as possibilidades de superação, recusa ou arguição de exceções a essa norma (vide, para mais, a seção 2.1.B).

própria lógica de precedentes e de coisa interpretada.

Por fim, em relação à terceira dimensão, a discussão sobre o que é observar a decisão interamericana ainda fica em aberto, o que, na perspectiva das regras de precedente, significa notadamente a indeterminação das hipóteses de superação, recusa ou arguição de exceções. Esse é um dos pontos mais instáveis da modelagem do controle de convencionalidade no Brasil.

Abaixo apresenta-se um quadro-síntese da compreensão que se extrai da análise teórico-empírica acerca das regras de precedente do SIDH, na perspectiva uso das manifestações da Corte IDH, a partir do STF:

Tabela 12 – Regras de precedente quanto às decisões interamericanas na perspectiva do STF

Dimensão	Possibilidades teóricas	Cenário Empírico
Dever de uso (reconhecimento)	• Cláusulas constitucionais de abertura (art. 4º, II, e 5º, § 2º, da CF – Ext. 1362) • Normas de interpretação da CADH (arts. 29 e 69 – AP 470) • <i>Pacta sunt servanda</i> (AP 470) • Controle preventivo de convencionalidade (Ext 1362)	Estabilizado como relevante, mas de obrigatoriedade instável entre relativa (ex. ADPF 347) e absoluta (ex. ADPF 635)
Modos de uso (interpretação)	• Identificação sistemática e aplicação dos estândares interamericanos a partir do <i>corpus juris</i>	Variados, de textualizado (RE 878694) e sistemático (ADC 43) a teleológico (ADI 6119)

Intensidade do engajamento com as decisões da Corte IDH e exceções	• Supremacia constitucional (Pet 3388) • Filtragem constitucional (Ext 1362) • Princípio pro persona na perspectiva interna (AP 470) • Dualismo de OJs (Ext 1362) • Distinguish (ADPF 496 e RHC 142608) • Limites formais da decisão e da coisa julgada (ADPF 347 e Ext 1362) • Não justiciabilidade (ADI 6119)	Em ampliação, com tendência de troca de argumentos de supremacia constitucional e dualistas por argumentos de distinção de casos e de limites formais das decisões
--	---	--

Fonte: Próprio autor

Compete, portanto, ao STF fazer uma distinção teleológica dos precedentes, com base no que seria melhor para a proteção da dignidade humana, nos moldes presentes no voto do Ministro Nunes Marques nas ADIs 6119, 6466 e 6139 ou, adotando uma noção de diálogo de cortes, divergir de uma jurisprudência de certa maneira pacificada no SIDH e aguardar uma eventual resposta internacional, como propõe o Ministro Gilmar Mendes na Ext 1362? É suficiente cumprir uma medida provisória em relação a um estabelecimento referido pela Corte IDH, mas não estender o seu entendimento para outros casos de indivíduos submetidos às mesmas condições, como prevaleceu, de certa maneira, no julgamento da ADPF 347?

Certamente, há vozes vindas das Américas que reverberam no STF. Outro desafio, que ainda permanece, é o questionamento sobre se todos no tribunal ouvem a mesma música e quando escolhem cantar junto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: PROJEÇÕES, DIÁLOGOS E A ARTE DO JUSTO

Os problemas fundamentais do direito internacional – e do direito em geral – não podem ser simplesmente enumerados ou respondidos; podem tão-somente ser constantemente discutidos, com vistas ao progresso da disciplina e sua melhor aplicação.

Antônio Augusto Cançado Trindade⁶⁴⁵

1 A PERSISTÊNCIA DE UM PROBLEMA FUNDAMENTAL: O PRECEDENTE COMO CONVITE AO DIÁLOGO

A noção de “diálogo por precedentes” é dotada de complexidade porque reflete problemas fundamentais do Direito Internacional: os limites da *Teoria das fontes* e da soberania, a legitimidade da jurisdição internacional, a função dos poderes nacionais nas relações exteriores, a preservação global da diversidade, a indeterminação e os desafios da efetivação universal dos direitos. A presente tese margeia humildemente essas complexidades, ciente das insuficiências do argumento para lidar com tema tão complexo. A pretensão, mais do que oferecer soluções acabadas, é de manter constante o debate e contribuir com o DIDH, cuja relevância parece apenas se renovar ante os acontecimentos contemporâneos. Chegado o momento das reflexões finais, cumpre-se inventariar algumas impressões legadas pela análise, mais como alertas do que como fechamentos.

Em uma perspectiva dialógica, o precedente é um convite. Toda argumentação baseada em precedente é um diálogo diacrônico, que tenta reivindicar do passado a autoridade para a resolução do desafio presente. Desse modo, mesmo que seja com suas próprias manifestações, há sempre uma dimensão criativa desse outro no presente que reformula e decide como esse passado é relevante. Essas mensagens, mais que transtemporais, são intertemporais: sua capacidade de transcender o tempo depende da capacidade de conexão do presente.

Objetivou-se, na presente tese, compreender, à luz da problemática da vinculatividade dos precedentes, o diálogo por precedentes entre a Corte IDH e o STF,

⁶⁴⁵ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reflexões sobre o método comparado no Direito Internacional. In: **O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 162.

visando a oferecer uma análise sistemática da evolução das posições dos dois tribunais a esse respeito. Acredita-se ter sido possível oferecer um quadro interessante desses dois polos de interação, que parecem se irmanar em vários de seus desafios. Aqui já se apresenta uma primeira contribuição que se considera relevante: pensar a efetividade das sentenças interamericanas como um problema apenas de aplicação e cumprimento pode retirar do processo de formação dos *estândares* sua perspectiva dinâmica, alimentada por influxos e reflexos, não só dos países americanos, mas também de outras regiões do planeta com que o SIDH interage.

Isso envolve um razoável grau de desconfiança em relação aos conceitos de *precedente*, *regras de precedente* e *vinculatividade* como normalmente enunciados nas manifestações, tanto da Corte IDH quanto dos tribunais domésticos da região. A integração entre as facetas interna e internacional dos direitos humanos é caracterizada, sobretudo, por uma tensão, que desafia as noções de última palavra e as geometrias piramidais que satisfazem cada esfera, individualmente considerada. A autoridade semântica, pressuposta em cada sistema, passa pelo incômodo da deslegitimação pelo outro vértice, com consequências deletérias para a vinculatividade de suas decisões. Nesse sentido, dialogar envolve um compromisso ético com o outro, não o reduzindo a uma projeção de nós mesmos, da mesma forma que o fazer histórico.

A discussão sobre os efeitos prospectivos das decisões judiciais é uma decorrência da existência de uma corte responsável pela guarda de um texto normativo, notadamente quando em interação com outros tribunais corresponsáveis por essa função, e da exigência de coerência na interpretação do referido texto. Contudo, o grau de consideração a ser dado aos precedentes, e mesmo de explicitação das obrigações daí decorrentes para os responsáveis pela efetivação da norma, podem variar a depender da intensidade de tal exigência, considerados os propósitos que informam e justificam o funcionamento do sistema de proteção e a complexidade de sua organização.

Essa dimensão semântica da autoridade jurídica decorre do reconhecimento de que a regulamentação explícita do precedente, nas fontes formais, é insuficiente para descrever por completo o processo argumentativo, até porque não é a única norma jurídica que baliza o julgador, quando interpreta o conteúdo de um direito sobre o qual há manifestações antecedentes relevantes. Como experiência compartilhada, a fundamentação jurídica reclama graus de aceitação e outras exigências jurídicas, como o tratamento isonômico e o devido

processo legal, impelem a uma atenção aos precedentes.

Pensando normativamente a noção de diálogo de cortes, as regras de precedentes seriam a gramática dessa comunicação, o meio pelo qual se poderia garantir que as duas pontas estejam falando a mesma língua no processo decisório. Uma de suas principais consequências é a distribuição de ônus argumentativos entre os atores que participam de um determinado campo jurídico. É nesse sentido que, assim como as gramáticas das diversas línguas, as regras de precedente são um constructo prescritivo e descritivo, mutável e vivo como o idioma que lhe é subjacente e, portanto, acorrentado fatalmente ao destino de seus falantes.

No caso do SIDH, a intensidade da *interface* entre as proteções internacional e nacional dos direitos humanos complexifica esse tratamento, pois os precedentes externos não são tão externos assim em seu modelo jurídico, que abandona certos mecanismos tradicionais de evitação para pretender ser um sistema de proteção integrado. O escopo de proteção aos direitos humanos e a exigência de tratamento igualitário dos indivíduos perante os Estados, como fim justificador do mecanismo de proteção, tornam difícil, tanto para a Corte IDH quanto para os tribunais nacionais, estabelecer um tratamento desigual dos jurisdicionados de modo infundado.

Certamente, a linguagem interamericana de direitos humanos se encontra viva no STF: a pesquisa apontou um crescimento importante de seu uso nos últimos anos: como referenciado na seção 7.2, o número de citações dos últimos cinco anos (2020-2025, 319 menções), é praticamente o dobro do que o dos 12 anos anteriores (2008-2019, 161 menções). Se há efetivamente uma conversa entre a Corte IDH e o Brasil é um ponto mais polêmico: parece que alguns países, como a Colômbia, talvez por dominarem melhor esse idioma, conseguem ser melhor ouvidos. Nota-se, porém, ruídos e sotaques na apropriação dessa *forma de vernáculo* as quais podem acarretar a formação de dialetos próprios.

Será que é possível falar direitos humanos melhor do que a Corte IDH? A pergunta se torna capciosa, porque pode ser contestada com outra: é possível falar de direitos fundamentais melhor do que as cortes constitucionais de cada país? Afinal, a consubstancialidade que marca a relação direitos humanos/direitos fundamentais impõe, de alguma forma, um nível mínimo de conversa, sob pena de produzir-se apenas um ruído branco indistinguível sob o título de sistema de proteção. A necessidade de construção dessa

gramática parece-nos atravessar esse trabalho, mas seria uma tarefa demasiado complexa para os fins deste estudo. É possível, no entanto, extrair da experiência dialógica Corte IDH-STF algumas considerações sobre a moldura dessa conversa.

2 SOBRE DITADOS DE CORTES: A INVIABILIDADE DO DIÁLOGO SEM ESCUTA

Se há um movimento de aproximação, tanto da Corte IDH com os tribunais domésticos, quanto do STF com o SIDH, as disputas sobre a formação dos *estândares* interamericanos e o papel que deve exercer o diálogo de cortes mostram que, nada obstante o considerável sucesso do estabelecimento do controle de convencionalidade como elemento do modelo protetivo interamericano, seus limites e consequências ainda são instáveis, incluindo-se aí as regras de precedente que orientam as cortes americanas.

A doutrina da *res interpretata* pode ser lida como uma das tentativas de explicitação de quais seriam as regras de precedente do SIDH, visando a um robustecimento dos efeitos das suas manifestações, inclusive das opiniões consultivas, a partir do reconhecimento de um dever estrito de engajamento dos tribunais nacionais com seus precedentes. Contudo, consoante apontado na literatura revisada na Parte 2 e confirmado na análise das opiniões consultivas no capítulo 6, dificulta sua operacionalização a ausência de maior delineamento claro do conteúdo dessa eficácia objetiva, dos efeitos jurídicos de sua admissão e de seus limites. A obrigação decorrente da coisa interpretada nas OCs parece ser ampla, englobando toda e qualquer manifestação, e há pouca clareza das capacidades interpretativas da própria Corte IDH e dos tribunais nacionais diante dos precedentes interamericanos. Desse cenário podem resultar desafios ao uso dos precedentes interamericanos enquanto parâmetros de interpretação, obstaculizando-se, assim, uma construção dialogada dos *estândares*, com uma participação mais ativa das Cortes domésticas.

Ademais, nas OCs, não está claro nem se as interpretações dos tribunais nacionais podem embasar uma interpretação evolutiva e uma expansão do âmbito protetivo dos direitos convencionais, nem se a inexistência desse consenso pode freá-la. Usos dessas interpretações, em ambos os sentidos, são encontrados, por exemplo, respectivamente, nas OCs 29 e 25. Empregos contraditórios, nesse contexto, são encontrados até dentro de uma mesma linha argumentativa, como se verifica na OC 24.

Essa instabilidade pode se justificar, ao menos em parte, pelos temores da Corte IDH, em torno da sua função contramajoritária. Assumir uma dessas posições seria limitar-se de modo possivelmente problemático, impedindo a atuação em temas mais polêmicos, como é o caso da própria OC 24. No entanto, mesmo em temas com profícua produção nacional, como a OC 23, as OCs, não se dedica tanto à análise de decisões nacionais. Os fundamentos expendidos nessas decisões são pouco referenciados, com poucas exceções; seu uso é normalmente ilustrativo e equiparado a uma prova (limitada) do direito comparado; e mesmo quem é referenciado parece sinalizar uma corte internacional que, de tanto mirar a Europa, demonstra certa dificuldade de se americanizar.

Já as decisões do plenário do STF, conquanto sinalizam uma expansão nos usos das decisões interamericanas, são atravessadas por certas seletividades. Alguns temas, como os direitos dos povos tradicionais, foram abraçados com voracidade em termos de menções; outros, como a convencionalidade das leis de autoanistia, prosseguem como lembrete insepulto das resistências domésticas. Contudo, é notável que o argumento interamericano ingressou na arena de debates e as posturas de evitação mais tradicionais hoje têm certa dificuldade de prosperar.

Nas decisões de ambos os tribunais, ficam claros os antagonismos dentro dos colegiados sobre as funções das decisões nacionais e interamericanas. Há contrapontos em votos separados e vencidos que buscam tanto dar a elas maior protagonismo como reduzi-lo. A batalha pelas regras de precedente interamericana prossegue acirrada nos campos internacional e doméstico.

O diálogo, muitas vezes, surge em ambos os tribunais como ditado, isto é, como um artifício argumentativo que suaviza a divergência ou adere seletivamente com a outra corte, sem engajar-se com os fundamentos jurídicos que embasam a posição de que se discorda. Exemplificam essa posição referências e usos seletivos do direito comparado na OC 24, no caso da Corte IDH, e, no caso do STF, na argumentação da maioria na Ext. 1362. Também não é incomum que o diálogo surja a fim de embasar o próprio empoderamento do interlocutor, servindo o outro polo apenas como uma segunda voz subordinada. É o que a Corte IDH faz, por exemplo, com as referências aos poderes das cortes constitucionais na OC 20, e alguns ministros do STF no RE 1017365. Esses usos descontextualizados impedem contrapontos e, ao final, mais encerram diálogos do que os provocam.

Agudiza ainda mais a questão a ausência de clareza sobre os materiais que alimentam os *estândares* interamericanos. De um lado, o uso amplo pela Corte IDH de variados instrumentos internacionais e nacionais, nem sempre com a clareza metodológica necessária, possibilitam um juízo de acerto sobre a interpretação construída ou sobre como extrair seu conteúdo determinante, o que é acentuado por uma abordagem textualizada dos precedentes externos e próprios. Nesse cenário, os juízes nacionais necessitam confiar, de algum modo, que o resultado obtido pela Corte IDH é autoritativo e escorreito pelo fato de ter sido enunciado pela própria Corte. Em último grau, isso pode fragilizar a própria autoridade semântica do tribunal, abrindo espaço também para voos livres dos juízes domésticos na interpretação do DIDH.

De outro lado, o conhecimento de certo modo restrito do STF das técnicas do DIDH, conjugado à expansão do número de casos do tribunal, geram um cenário de limitação informativa que impacta diretamente na clareza do uso da jurisprudência interamericana. Os resultados extraídos do STF apontam que são muitas as manifestações reconhecidas como precedentes interamericanos, mas seu conhecimento e emprego é setorizado em certos ministros e assuntos, e, mesmo assim, com manejo difícil ante as limitações da cultura jurídica brasileira com o DIDH.

3 SOBRE DUETOS DE CORTES: O DIÁLOGO COMO DEVER PERENE

Seria o diálogo por precedentes, de alguma forma, uma obrigação jurídica e, se sim, seria possível, nesse cenário de disputa, arriscar e identificar diretrizes mínimas mais estáveis dessa relação? Acreditamos que sim, mas em termos.

É possível argumentar que existe espaço para tanto nas fontes formais, seja na perspectiva constitucional, seja na perspectiva do DIDH. Os maiores expoentes disso estão nos artigos 26, 27 e 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e nos arts. 4º, inciso II, e 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988. Sua obrigatoriedade poderia ser extraída de uma posição que propugne a harmonização de posições como dever decorrente da interpretação de boa-fé das disposições convencionais como *múnus* compartilhado.

Talvez seja possível revisitar a *res interpretata*, dentro de uma relativização que a enquadre como um ônus de fundamentação das decisões judiciais, integrado às obrigações de

prover recursos efetivos. Nessa linha, o art. 69 da CADH pode ser lido como uma disposição que garante a ciência inequívoca dos Estados das manifestações da Corte IDH. A partir da notificação, se o Judiciário doméstico, ao negar ou deixar de aplicar a CADH, não afaste o ônus de demonstrar como o caso se distinguiria da jurisprudência interamericana, é robustecida a suspeita de inconvenção. Já quando reconhece a existência das decisões interamericanas, mas declina razões adequadas, seria reduzida essa suspeita.

Essa obrigação, todavia, tem efeitos reversos também sobre a Corte IDH, como dever de adequadamente fundamentar suas sentenças dentro de uma perspectiva dialética com os tribunais nacionais. Cumprir-lhe-ia afastar os argumentos dos juízes nacionais, explicitamente e de modo claro, com esteio no Direito Internacional dos Direitos Humanos, orientando e ilustrando esse processo dialógico regional.

Tal óptica nos leva a encarar o dissenso e a tensão que lhe é subjacente, de modo mais otimista e frutífero. A divergência das decisões nacionais em relação às decisões interamericanas pode ir além de uma rebeldia soberanista para se converter em motriz de legitimação e efetivação das disposições do SIDH. A existência desse espaço dialógico, considerada até a redação do artigo 29 da CADH, e a possibilidade de prevalência da norma doméstica mais favorável, seriam difíceis de se afastar. A amplitude dessa divergência, todavia, é uma pauta ainda aberta no SIDH, em termos de até onde, e com base em que razões, pode um tribunal nacional desafiar uma interpretação pretérita da Corte IDH.

Tendo em conta que os *estândares* interamericanos são desenvolvidos como parâmetros de controle de convencionalidade contextuais, dependentes dos cenários fático e normativo nacionais em que se desenvolve o paradigma, é bastante tranquilo reconhecer aos tribunais nacionais a existência de uma capacidade interpretativa, que envolve ao menos duas possibilidades de engajamento com os parâmetros interamericanos, os quais, indo além da mera aplicação, abrem um espaço criativo de aprimoramento.

A primeira possibilidade envolve a elucidação do contexto local, notadamente diante da observância do princípio *pro homine* e do artigo 29 da CADH, e passa pela identificação das semelhanças e afirmação de peculiaridades pelos Estados não intervenientes na causa originária. Já a segunda, ligada à completude e à atualidade do precedente, diante das premissas de dever de fundamentação e de esgotamento do acervo argumentativo, envolve a possibilidade de se suscitar a ausência de tratamento de argumentos novos e relevantes, do

ponto de vista do DIDH, no precedente, oferecendo soluções alternativas. Ir além disso significa navegar na controvérsia da geometria do SIDH, algo possível, porém, como se tentou demonstrar, consideravelmente contencioso.

4 SOBRE OS RISCOS DO SILÊNCIO: O DIÁLOGO COMO DEMOCRACIA

Talvez, resgatar as vantagens que as funções de controle recíproco entre as cortes internacionais e domésticas podem oferecer à tutela dos direitos humanos seja mais proveitoso do que lutar por formas geométricas. Na medida em que se encara o precedente como meio de atribuição de ônus argumentativos, ganha força o bom exercício da argumentação como fonte de autoridade semântica, o que viabiliza o contornar dos dissensos, evitando-se, portanto, o depositar de esperanças em vértices infalíveis.

A noção de uma atuação judicante, sem fronteiras e sem limites, pode parecer sedutora em um cenário de plena confiança, seja no DIDH, seja no Direito Constitucional. Entretanto, por meio dela, arrisca-se converter a interpretação do direito em ato puramente volitivo.

O emparelhamento de todos os materiais jurídicos nacionais e internacionais, notadamente em um momento de sua profusa produção, eivado por um certo descuido para com os elementos legitimadores da atividade judicante, pode afetar profundamente o modelo democrático que o SIDH pretende proteger. Na outra ponta do diálogo, uma interpretação transfronteiriça que esteja desatenta aos elementos de comparabilidade no uso do direito estrangeiro e às técnicas construídas no âmbito do DI e do DIDH, ao longo de décadas, pode também significar um perigoso espaço de interpretação arbitrária.

Ambas as perspectivas sinalizam no mesmo sentido: a personalização da validade das normas jurídicas em um grupo restrito de eleitos, ao invés da construção de uma comunidade aberta de intérpretes.

Um olhar generoso ao outro polo da conversa pode, em revés, servir de elemento de legitimação, não só ao convidar outros a engajarem ativamente com o DIDH, mas também como desafio de fundamentação que, simultaneamente, exige de quem enuncia e de quem contesta argumentos. Esse modelo procedimental não é garantia da melhor decisão, mas permite ao menos uma desnaturalização de verdades absolutas que pode dar maior clareza e

consciência, em relação às escolhas inerentes à atividade hermenêutica.

Um dos principais resultados encontrados nesta pesquisa é a persistência de um grau considerável de resistência à eficácia objetiva da jurisprudência interamericana, como um absoluto e, nessa linha, a persistência de um grau de divergência sobre o modelo a partir do qual o controle de convencionalidade deve ser efetivado. Mesmo no corpo das opiniões consultivas, há um importante choque de posições entre levar em conta as decisões interamericanas e, em um formato mais ousado, tomá-las como pertencentes a uma linha mais rígida de *stare decisis*.

Permanece pendente uma importante reflexão sobre a construção de um modelo de controle de constitucionalidade que traduza a necessária deferência que os Estados-partes devem a si mesmos e aos órgãos do SIDH, para além de um modelo de última palavra que pode se mostrar problemático em termos contextuais e de efetivação do contraditório.

Nesse sentido, as considerações da teoria dos precedentes sobre as dificuldades da definição das razões de decidir, da interpretação dos precedentes e da operacionalização de suas exceções são muito relevantes. Nenhum dos sistemas nacionais referenciados na literatura sobre precedentes revisada no Capítulo 2 logrou, pelo enrijecimento da observância dos precedentes, a segurança jurídica plena e a obediência resignada dos magistrados às cortes superiores, se é que ambas as metas são possíveis. Ao contrário: o sistema inglês, apontado muitas vezes como o mais firme nesse sentido, sempre conviveu com mecanismos de regulação do conteúdo imponível das decisões anteriores que deixa espaço para a modificação das suas normas jurídicas.

Tentar pretender uma intensa rigidez em um cenário de pluralidades como o continente americano pode ser fatal para o próprio SIDH. É uma oportunidade perdida de formar, com clareza paulatina, os parâmetros de boa fé imprescindíveis para viabilizar um proveitoso diálogo por precedentes. É possível buscar uma perspectiva que preserve a juridicidade do Direito Internacional e a autoridade semântica de seus órgãos e que reconheça a legitimidade e contribuição positiva das limitações à produção de decisões judiciais, havendo, para isso, a necessidade de crítica e revisão contínuas dos *estândares* interamericanos, como produções contextuais a serem revisitados a partir de uma contribuição ativa dos diversos atores judiciais que compõem o sistema protetivo hemisférico.

Silenciar sobre essas tensões, fechando os olhos para os problemas de um discurso

duro, de pouca consonância com a realidade, pode pôr a perder o espaço interamericano de proteção aos direitos humanos como relevante garantia democrática, fruto de décadas de construção comum.

5 SOBRE DIÁLOGOS COM O FUTURO

Essa pesquisa não pretende adotar uma palavra final sobre o tema do *diálogo por precedentes*, o que seria uma contradição em termos. Não oculta, entretanto, sua aspiração de valorizar e fomentar estudos empíricos dentro de um olhar crítico sobre o uso dos precedentes interamericanos, notadamente na perspectiva argumentativa, de certa maneira ainda escassos⁶⁴⁶.

Desse modo, como é comum aos estudos empíricos, assume-se como recorte limitado da realidade. Nessa linha, seria indevido simplesmente extrapolar os resultados extraídos das opiniões consultivas da Corte IDH para seus casos contenciosos: resta, como agenda de pesquisa futura, verificar se as restrições e enviesamentos do diálogo encontrados nas OCs se repetem nos casos contenciosos.

Também seria inadequado pressupor que o plenário do STF é capaz de representar plenamente a complexa relação dos tribunais superiores, brasileiros e de outros países, com a Corte IDH. Aqui outra agenda surge, de estudos sobre controle de convencionalidade comparado. Será importante analisar como outros países encaram a evolução dos parâmetros do controle de convencionalidade, a fim de se obter um quadro de diferentes culturas jurídicas e perspectivas constitucionais da construção dessas regras de precedente no âmbito do SIDH. ademais, há um vasto campo de pesquisa no próprio Brasil sobre os usos que outras instâncias fazem do DIDH e como as posições do STF podem repercutir nos outros juízos e tribunais.

De todo modo, essa pesquisa convida seus interlocutores a exercerem um olhar mais americano, atento ao que se está tecendo como proteção regional dos direitos humanos e aos fins ainda por atingir, insculpidos nas promessas do DIDH. Nas palavras de Koskeniemmi, “que não há um encerramento para a inversão de hierarquias é uma experiência libertadora; e

⁶⁴⁶ Como ilustre e qualificada exceção, para uma análise empírica que conjuga teoria da argumentação jurídica e direito internacional dos direitos humanos, vide: SANTOS, Paulo Alves. **O caráter argumentativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o desenvolvimento dos direitos das uniões homoafetivas nos sistemas regionais de proteção**. 2024. 323 f. Doutorado em Direito - Universidade de Brasília, Brasília, 2024.

possivelmente a única maneira pela qual o direito pode ser uma arte do justo”⁶⁴⁷.

Destarte, aceitar a tensão subjacente ao SIDH como possível vetor produtivo da proteção dos direitos humanos é um projeto desafiador, mas também de imenso potencial. Seu contraponto é a indiferença, e como nos lembra o Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, a indiferença quanto ao destino humano é uma forma de violar o direito à dignidade que só ajuda o perseguidor e o opressor, jamais a vítima⁶⁴⁸.

⁶⁴⁷ “That there is no closure to the reversal of hierarchies is a liberating experience; and just possibly the only way in which law can be an art of the just” (KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in International Law: A Sketch. **European Journal of International Law**, v. 8, n. 4, p. 566–582, 1 jan. 1997, p. 582).

⁶⁴⁸ “Não há como negar que a indiferença quanto ao destino humano (e todo o simbolismo que o circunda) é uma forma de violar o direito à dignidade. A respeito, Elie Wiesel, Prêmio Nobel da Paz em 1986, assinalou com lucidez que: “os dois grandes mistérios - o nascimento e a morte - são o que todos os seres humanos têm em comum. Só a caminhada é diferente. E cabe-nos humanizá-la. (...) Se há uma palavra que define e ilustra o temor de nossos contemporâneos, é a intolerância que se expressa na humilhação. Ela continua a ameaçar tudo o que nossa civilização adquiriu em cinco mil anos. (...) Todo ser humano tem o direito à dignidade. Violar este direito, é humilhar o ser humano. (...) Há que se combater a indiferença. Ela só ajuda o perseguidor, o opressor, (...) jamais a vítima” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas dos direitos humanos no século XXI. Conferências proferidas pelo Autor no XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, em 18 e 21-22 de agosto de 2006, p. 438. Consultado em <<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20oea%20cji%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2025).

EPÍLOGO: NA DEFESA DE HISTÓRIAS SEM FIM

Articular historicamente o passado não significa conhecê-lo “como ele de fato foi”. Significa apropriar-se de uma reminiscência, tal como ela relampeja no momento de um perigo. Cabe ao materialismo histórico fixar uma imagem do passado, como ela se apresenta, no momento do perigo, ao sujeito histórico, sem que ele tenha consciência disso. O perigo ameaça tanto a existência da tradição como os que a recebem. Para ambos, o perigo é o mesmo: entregar-se às classes dominantes, como seu instrumento. Em cada época, é preciso arrancar a tradição ao conformismo, que quer apoderar-se dela. Pois o Messias não vem apenas como salvador; ele vem também como o vencedor do Anticristo. O dom de despertar no passado as centelhas da esperança é privilégio exclusivo do historiador convencido de que também os mortos não estarão em segurança se o inimigo vencer. E esse inimigo não tem cessado de vencer.

Walter Benjamin, Teses sobre o Conceito de História.

Em sua tese no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo, intitulada “Dentro do Nevoeiro: Diálogos cruzados entre arte e arquitetura contemporânea”, Guilherme Wisnik descreveu a experiência do Século XXI como a solidão do intangível. Nas palavras do autor, “na impossibilidade de se restaurar a resistência do mundo e da matéria – que pudesse recolocar em causa a ‘estética da formatividade’ moderna – alguns dos melhores artistas e arquitetos contemporâneos traduzem o dilema atual na forma de uma perda de foco da imagem ou do objeto, que se traduz também em uma voluntária busca pela ausência de forma”⁶⁴⁹.

Talvez seja costumeiro ou esperado concluir uma tese sobre direitos humanos com uma nota otimista, ou, ao menos, de solução dos terrores do mundo como possibilidade de redenção. Mas fazê-lo no dia em que se inicia um frágil cessar-fogo em um dos conflitos mas cruentos do século XXI parece ser de mau gosto, jogando sobre nós o potencial destruidor dos Estados contemporâneos e os limites do Direito Internacional em sua contenção, ao mesmo tempo rememorando, como incômodo anamnóstico, a função do Direito Internacional em sua própria construção⁶⁵⁰. A sensação é que esse pó branco que nos cobre, talvez ainda

⁶⁴⁹ WISNIK, Guilherme. **Dentro do nevoeiro**: diálogos cruzados entre arte e arquitetura contemporânea. São Paulo: Universidade de São Paulo, 10 maio 2012, p. 6.

⁶⁵⁰ Hoje, 19 de janeiro de 2025, inicia-se a trégua frágil de um conflito iniciado com a maior mortandade de judeus desde o holocausto, com mais de 1.200 vítimas, e supostamente encerrado com a morte de mais de 46.600 palestinos, número maior em mais de dez vezes no comparativo com todos os conflitos em Gaza desde 2008 (FARGE, Emma; MUGHRABI, Nidal. Gaza death toll: how many Palestinians has Israel's offensive killed? **Reuters**, 15 jan. 2025. Disponível em <https://www.reuters.com/world/middle-east/how-many-palestinians-has-israels-gaza-offensive-killed-2025-01-15/>. Acesso em: 24 jan. 2025.)

reverberando a fumaça de vários onzes de setembro, dá a nossa existência fatalmente pós-moderna seu ar fantasmagórico e nos impede projetar qualquer perspectiva de futuro. A forma, de alguma forma, parece fugidia: é no nevoeiro que nos foi dado habitar.

Resgatar o diálogo como via de tatear o desconhecido, contudo, não deixa de ser um fio de Ariadne⁶⁵¹ nesse labirinto sem paredes, em que talvez as vozes que não se escutava possam nos ajudar a repensar os caminhos. Afinal, sem dúvida, estamos em uma encruzilhada: climática, ética, filosófica, psicológica... Desafiar as premissas da nossa lógica moderna parece ser um convite feito pela compreensão de suas próprias tensões subjacentes, em um salutar desconfiar de nós mesmos e das geometrias tradicionais em que baseamos nossa concepção de Direito.

Tentar converter o Direito Internacional em Direito Nacional Internacionalizado parece retirar de seu centro exatamente algumas das tensões que o tornam distinto e possivelmente produtivo: a capacidade de servir de via de empoderamento de minorias invisibilizadas na representação democrática interna, o temor e a cautela que gera pela possibilidade do “*naming and shaming*”, a potencialidade de projetos transnacionais de construção de identidades. Ao tornar-se moldura única, referencial e norte global e totalizante, feriria a própria diversidade que o alimenta e inviabilizaria a dissonância que o torna um escudo protetor diverso das construções constitucionalistas da modernidade liberal. Sua insuficiência é, também, potência, pois o liberta de considerações outras a que se obrigam as molduras nacionais.

As vozes nacionais, porém, também têm algo a dizer, pois há sim interesses não convencionalizados que são relevantes para a preservação da mesma diversidade que alimenta a pluralidade internacional. Ambos os polos jurídicos desse jogo dialógico e dialético tem sua visão obscurecida pela névoa. Aceitar esse limite é a possibilidade de se guiar também por outros sentidos, permitindo-se, ao ver o outro, ser a luz que rompe (parte) da opacidade, conscientes de que sempre faltará (ou mesmo sempre faltou) clareza, mas isso não precisa nos impedir da possibilidade do encontro.

A noção moderna de diálogo é, de certa forma, problemática, devido a suas heranças hierárquicas. Fala-se para o outro, nesse exercício narcísico que mais deseja ser ouvido do que

⁶⁵¹ Sobre a metáfora do fio de Ariadne como meio de sair de um labirinto, vide PEREIRA, Vinicius Carvalho. De olho no minotauro: a poética do labirinto em tessituras eletrônicas de Andrei Thomaz. **Galáxia (São Paulo)**, p. e48209, 2021. Disponível em <https://www.scielo.br/j/gal/a/9ZKzxCcOLNGO64xLZT4Yjgp/?lang=pt>. Acesso em 3 fev. 2025.

ouvir, projetando-se a si próprio. Se Narciso acha feio o que não lhe é espelho, resta ao interlocutor ser Eco, repetindo enquanto perde sua própria individualidade⁶⁵², ou Cassandra, profetizando verdades desconsideradas⁶⁵³.

É possível, porém, desafiar essa húbris⁶⁵⁴. Em outras tradições, a escuta é valorizada como esforço consciente do encontro, na medida em que sou porque nós somos. Pensar uma justiça na perspectiva Ubuntu⁶⁵⁵, por exemplo, é valorizar as perspectivas amplas, acreditar no bem dos outros e escutar de forma ativa e empática. É ressaltar a dimensão do dever sob os oxês de Xangô⁶⁵⁶, sem perder a dimensão da transitoriedade e da conexão sob a Dan de Oxumarê⁶⁵⁷. Não deixa de ser significativo que a relação do Brasil com os tratados de direitos humanos seja imbricada no nosso século com a defesa dos direitos dos povos tradicionais. A hierarquia supralegal dos tratados é atravessada, em sua gênese, pelo caso *Raposa Serra do Sol* e, nos dias de hoje, retorna, constitucionalmente tensionada, no caso do *Marco Temporal*, que ainda não se encerrou. É quase como se nos fosse indicado que olhar para fora é também olhar para dentro e que o terceiro mundo, sem fazer as pazes com seu quarto mundo, está fadado a tatear no breu.

Wisnik nos sinaliza como a arquitetura contemporânea parece tentar romper consigo mesma, como se só fosse possível voltarmos a ter forma, abraçando o *sfumato* como paradoxal representação da realidade possível. “Assim, se em 1940, o ‘anjo da história’ de

⁶⁵² Sobre Narciso e Eco, inclusive na dimensão da repetição como paixão impossível, vide: DE CARVALHO, José Jorge. O encontro impossível de Eco e Narciso. **Revista USP**, n. 38, p. 150-165, 1998. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/28411/30267>.

⁶⁵³ Sobre o mito de Cassandra, vide: GIL, Isabel Capelo. Atribuições do oráculo moderno: Cassandra na cultura alemã do século XX. **Máthesis**, n. 12, p. 261-291, 2003. Disponível em <https://revistas.ucp.pt/index.php/mathesis/article/view/3902/3786>. Acesso em: 2 fev. 2025.

⁶⁵⁴ Sobre a noção grega de húbris e sua reapropriação contemporânea, nas perspectivas da Justiça, da meritocracia e da intoxicação pelo poder, vide: CAIRNS, Douglas. Húbris, antiga e moderna. **Revista Archaí**, v. 34, p. e03431, 2024. Disponível em <https://www.scielo.br/j/archai/a/KpHLffYxVLDYfjtc3pNMHXd/?lang=pt>. Acesso em: 2 fev. 2025.

⁶⁵⁵ Sobre uma perspectiva de justiça a partir da orixalidade, vide: NGOMANE, Mungi. **Ubuntu todos os dias**. São Paulo: Bestseller, 2022. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/justica-de-xango-uma-proposta-etico-juridica-a-partir-da-orixalidade/> e RAMOS, Chiara; PRAZERES, Lucas dos; ARAÚJO, Márcia. **Justiça de Xangô: uma proposta ético-jurídica a partir da orixalidade**. Carta Capital, 6 nov. 2020. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/justica/justica-de-xango-uma-proposta-etico-juridica-a-partir-da-orixalidade/>. Acesso em: 24 jan. 2025.

⁶⁵⁶ Sobre a simbologia dos oxês, os machados de duas lâminas de Xangô, vide: D’SÂNGO, Marli. **Simbologia do Oxé de Xangô**. Sindjus-RS. 28 nov. 2022. Disponível em: <https://www.sindjus.com.br/simbologia-do-oxe-de-xango-por-ivalorixa-marli-dsango/17353/>. Acesso em: 24 jan. 2025.

⁶⁵⁷ Sobre a conexão entre Oxumarê e Xangô e a transitoriedade e a dualidade na perspectiva das religiões afro-brasileiras, vide: CASTRO, Vinícius Vasconcelos. Dan: a Serpente Arco-Íris. **Diversidade Religiosa**, v. 2, n. 2, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/dr/article/view/13833>. Acesso em: 24 jan. 2025.

Walter Benjamin era impelido para a frente pela ventania do progresso, acumulando ruínas atrás de si, hoje ele talvez estivesse perdido no meio de um nevoeiro sem brisa⁶⁵⁸. Para este autor, o nosso desafio como habitantes das nuvens é o de abandonar as esperanças no concreto monumental para recobrar as esperanças vindas do imaginário vulgar e transitório de nós mesmos, abandonar o limite e o fim como paradas definitivas. Encarar a Justiça como a arte de encontrar a humanidade no outro não é uma panaceia, mas pode ser uma encruzilhada que nos atravessa para vermos o que a névoa teima em ocultar: a memória de um passado e de nós mesmos que, petulantemente, acordamos os mortos e insistimos em ainda estar aqui.

⁶⁵⁸ WISNIK, Guilherme. **Dentro do nevoeiro**: diálogos cruzados entre arte e arquitetura contemporânea. São Paulo: Universidade de São Paulo, 10 maio 2012, p. 247.

REFERÊNCIAS

ABI-SAAB, Georges. Éloge du « droit assourdi » : quelques réflexions sur le rôle de la soft law en droit international contemporain : Hommage à François Rigaux, 1993. *In*: KOHEN, Marcelo G.; LANGER, Magnus Jesko (org.). **Le développement du droit international : réflexions d'un demi-siècle**. Volume I : Théorie générale du droit international. Genève: Graduate Institute Publications, 2013, p. 60.

ACHURRA, María Elisa Zavala. Atrapada entre sistemas legales: valor del precedente para la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Revista de la Facultad de Derecho**, Santiago, p. 1–27. 2020.

ALCALÁ, Humberto Nogueira; Cavallo, Gonzalo Aguilar (coord.). **El parámetro de control de convencionalidad, la cosa interpretada y el valor de los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Santiago: Ed Cecoch – Editorial Triángulo, 2017.

ALEIXO, Elvis Brassaroto. O ferramental sociológico de Pierre Bourdieu e sua múltipla teia conceitual. **Revista de Ciências Sociais e Jurídicas**, v. 1, n. 1, p. 86–110, 2019.

ALFONSO, César. La obligatoriedad de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde la perspectiva de distintos países de América del Sur. *In*: **Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional**. Madrid: Fundación Konrad Adenauer, 2010.

ALFORD, Roger P. The Proliferation of International Courts and Tribunals: International Adjudication in Ascendance. **Proceedings of the ASIL Annual Meeting**, v. 94, p. 160–165, 2000.

ALOUPI, Niki; KLEINER, Caroline. Le precedent en droit international: technique pre-normative ou acte normatif? *In*: **Le précédent en droit international**: colloque de Strasbourg. Paris: Éditions Pedone, 2016, fls. 15-46.

ALSCHNER, Wolfgang. Perpetuating Mistakes through Precedent. *In*: **Investment Arbitration and State-Driven Reform**: New Treaties, Old Outcomes. Oxford: Oxford University Press, 2022. p. 183–216.

ALSCHNER, Wolfgang; CHARLOTIN, Damien. The Growing Complexity of the International Court of Justice's Self-Citation Network. **European Journal of International Law**, v. 29, n. 1, p. 83–112, 2018.

ALTWICKER, Tilmann; DIGGELMANN, Oliver. How is Progress Constructed in International Legal Scholarship? **European Journal of International Law**, v. 25, n. 2, p. 425–444, 2014.

ALVIM, Teresa Arruda; MONNERAT, Fábio Victor da Fonte. Sobre a fixação da "tese" na repercussão geral. **Migalhas**, São Paulo, 4 de outubro de 2023. Disponível em:

<https://www.migalhas.com.br/depeso/394608/sobre-a-fixacao-da-tese-na-repercussao-geral>. Acesso em: 12 nov. 2024.

ANDENAS, Mads; LEISS, Johann Ruben. The Systemic Relevance of “Judicial Decisions” in Article 38 of the ICJ Statute. **Heidelberg Journal of International Law**, v. 77, 2017, fls. 907-972.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. La doble estatalidad abierta: interamericanización y mercosurización de las Constituciones suramericanas. In: **Estudos Avançados de Direitos Humanos**. São Paulo: Eslsevier, 2013.

ARAI-TAKAHASHI, Yutaka. The margin of appreciation doctrine: a theoretical analysis of Strasbourg’s variable geometry. In: FØLLESDAL, Andreas; PETERS, Birgit; ULFSTEIN, Geir (org.). **Constituting Europe**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. pp. 90–103. Disponível em: https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781139169295%23c02444-3-1/type/book_part. Acesso em: 7 jun. 2023.

ARNARDÓTTIR, Oddný Mjöll; BUYSE, Antoine. Introduction. In: **Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders**. 1. ed. London: Routledge, 2016.

AZARIA, Danae. ‘Codification by Interpretation’: The International Law Commission as an Interpreter of International Law. **European Journal of International Law**, v. 31, n. 1, pp. 195-196, 2020.

AZARIA, Danae. ‘Codification by Interpretation’: The International Law Commission as an Interpreter of International Law. **European Journal of International Law**, v. 31, n. 1, p. 171–200, 2020.

BAPTISTE, Pascal Jean. L’exigence interaméricaine d’un contrôle de conventionalité interne: entre valorisation et tentative de subordination du juge national par le juge interaméricain. **Demi-journée d’étude, Société française pour le droit international, Bureau des jeunes chercheurs**, Paris, 2023. Disponível em: <https://univ-lyon3.hal.science/hal-04574096v1>. Acesso em: 17 jun. 2024.

BARROSO, Luís Roberto. Voto do Relator. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 886.131**. Tribunal Pleno, julgado em 30 nov 2023

BAXI, Upendra. Sources in the Anti-Formalist Tradition: ‘That Monster Custom, Who Doth All Sense Doth Eat’. In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0011>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BENITO, Elizabeth Odio. Voto Parcialmente Disidente. In: CORTE IDH. **Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad**. Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos. Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29.

BENNOUNA, Mohamed; PELLET, Alain. Projet de Rapport- Jurisprudence et Précédents en Droit International. In: **Annuaire de l'Institut de droit international**. 81^{ème}. Session d'Angers. Sesquicentenaire. Travaux préparatoires. Paris: Pedone, 2023, v. 83, p.69.

Disponível em:

<<https://www.decitre.fr/revues/annuaire-de-l-institut-de-droit-international-volume-n-83-2023-81e-session-d-angers-9782233010421.html>>. Acesso em: 30 jun. 2024.

BERNAL, Carlos Pulido. Tres desafios de legitimidad del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 4, pp. 1215–1216, 30 dez. 2021.

BERNAL, Carlos. Legal Argumentation and the Normativity of Legal Norms. In: **Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013, p. 103–112. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-94-007-4670-1_7>. Acesso em: 31 maio 2023.

BERNARDI, Bruno Boti. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o caso da guerrilha do Araguaia: impactos no Brasil. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 22, p. 49–92, abr. 2017.

BERTELSEN, Soledad. A margin for the margin of appreciation: Deference in the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 19, n. 3, p. 889, 2021.

BESSON, Samantha (org.). Sources of International Human Rights Law: How General is General International Law?. In: **The Oxford handbook on the sources of international law**. First editioned. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BESSON, Samantha. Legal Philosophical Issues of International Adjudication: Getting Over the amour impossible between International Law and Adjudication. In: **The Oxford Handbook of International Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2013.

BESSON, Samantha. Sources of International Human Rights Law: How General is General International Law?. In: **The Oxford handbook on the sources of international law**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

BESSON, Samantha; D'ASPREMONT, Jean. The Sources of International Law: An Introduction. In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0001>. Acesso em: 12 jun. 2023

BHALA, Raj. The Precedent Setters: De Facto Stare Decisis in WTO Adjudication (Part Two of a Trilogy). **Journal of Transnational Law & Policy**, v. 9, n. 1, p. 1–152, 1999.

BJORGE, Eirik. “Contractual” and “Statutory” Treaty Interpretation in Domestic Courts? Convergence around the Vienna Rules. In: **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence**. Oxford: Oxford University Press, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0004>. Acesso em: 12 jun. 2023.

BOGDANDY, Armin von. *et al.* A manera de prefacio Ius Constitutionale Commune en

América Latina: un enfoque regional del constitucionalismo transformador. *In*: BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Ius Constitutionale Commune en América Latina**. Textos básicos para su comprensión. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017, p. 17-21.

BOGDANDY, Armin von. **The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 2024, p. 217-218. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/56270>. Acesso em: 7 jun. 2024.

BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking. *In*: **International Judicial Lawmaking: On Public Authority and Democratic Legitimation in Global Governance**. Berlin, Heidelberg: Springer, 2012, p. 473-509.

BORDA, Aldo Z. Precedent in International Criminal Courts and Tribunals. **Cambridge Journal of International and Comparative Law**, v. 2, n. 2, p. 287–313, 2013.

BORDA, Aldo Z.. Appraisal-Based and Flexible Approaches to External Precedent in International Criminal Law. **Leiden Journal of International Law**, v. 28, n. 3, p. 643–664, set. 2015.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira. **A autoridade da coisa julgada no Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 178-209.

BRANT, Leonardo Nemer Caldeira; LAGE, Délber Andrade. O Aumento do Número de Órgãos Judiciais Internacionais e suas Repercussões para a Sociedade Internacional. *In*: **Anuário brasileiro de Direito Internacional**. Belo Horizonte: CEDIN, 2010. v. 1, p. 189-199.

BREUER, Marten. The Concept of ‘Principled Resistance’ to ECtHR Judgments: A Useful Tool to Analyse Implementation Deficits? **Journal of International Dispute Settlement**, v. 12, n. 2, p. 251–252, 2021.

BREUER, Marten. ‘Principled Resistance’ to ECtHR Judgments: An Appraisal. **Principled Resistance to ECtHR Judgments - A New Paradigm?** Berlin, Heidelberg: Springer, 2019.

BUERGENTHAL, Thomas. The Inter-American Court of Human Rights. **The American Journal of International Law**, v. 76, n. 2, pp. 231–245, 1982.

BURGOGUE-LARSEN, Laurence. Los estándares: normas impuestas o consentidas? *In*: **La tutela jurisdiccional de los derechos** - del constitucionalismo histórico al constitucionalismo de la integración. Bilbao: Oñati, 2012, p. 403-404.

BURGOGUE-LARSEN, Laurence. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: entre clasicismo y creatividad. **¿Integración Suramericana a través del Derecho? Un análisis Interdisciplinario y Multifocal**, p. 241–260, jan. 2009.

BURGOGUE-LARSEN, Laurence. **Les 3 cours régionales des droits de l’homme, in context**: la justice qui n’allait pas de soi. Paris: Éditions Pedone, 2020.

BURGOGUE-LARSEN, Laurence. “Decomartmentalization”: The key technique for interpreting regional human rights treaties. **International Journal of Constitutional Law**,

v. 16, n. 1, p. 187–213, 2018.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Uma teoria normativa do precedente judicial**: o peso da jurisprudência na argumentação jurídica. 2007. 488 f. Doutorado em Direito - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, Brazil, 2007, p. 398-428. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=11988@1. Acesso em: 13 jun. 2023.

CAHIN, Gérard. Le Comportement des etats et des organisations internationales comme precedent. In: **Le précédent en droit international**: colloque de Strasbourg. Paris: Éditions Pedone, 2016.

CAIRNS, Douglas. Húbris, antiga e moderna. **Revista Archai**, v. 34, p. e03431, 2024. Disponível em <https://www.scielo.br/j/archai/a/KpHLffYxVLDYfjtc3pNMHXd/?lang=pt>. Acesso em: 2 fev. 2025.

ÇALT, Başak. From flexible to variable standards of judicial review: the responsible domestic courts doctrine at the European Court of Human Rights. In: **Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection**: Rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders. 1. ed. London: Routledge, 2016.

CAMARENA GONZÁLEZ, Rodrigo. Juges Sans Frontières ? A Glocal Theory of Constitutional Interpretation. **German Law Journal**, p. 1–31, 2 jan. 2025.

CANDIA, Gonzalo. **Comparing Diverse Approaches to the Margin of Appreciation**: The Case of the European and the Inter-American Court of Human Rights. Rochester: SSRN Scholarly Paper, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=2406705>. Acesso em: 23 set. 2024.

CARCELÉN, Martín C. Ortega. Analisis del Valor Creador de la Jurisprudencia en el Derecho Internacional. **Revista Española de Derecho Internacional**, v. 40, n. 2, p. 55–87, 1988.

CARDUCCI, Michele. Eurocentrismo e comparación constitucional. In: **Ciencia del derecho constitucional comparado: estudios en homenaje a Lucio Pegoraro**. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2017, p. 169-208.

CARICOM. Tratado de Chaguaramas revisado por el que se establece la Comunidad del Caribe con inclusion del Mercado Unico y la Economía de la CARICOM. Disponível em: https://caricom.org/documents/11109-treaty_caricom_2-spanish.pdf. Acesso em: 13 jun. 2023.

CASAS, Carlos Ignacio de. El concepto de ‘estándares internacionales de derechos humanos’ según la doctrina jurídica”. **Prudentia Iuris**, n. 96, 2023, p. 21. Disponível em: <https://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA/article/view/4982>. Acesso em: 6 maio 2024.

CASAS, Carlos Ignacio de. **Los estándares internacionales de derechos humanos y su valor jurídico**. Una revisión de la teoría de las fuentes del derecho internacional. 2023. 510 f. Doutorado em Direito - Universidad Austral. Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2023.

CASTAÑEDA, Cárdenas; AUGUSTO, Fabián. A Call for Rethinking the Sources of International Law: Soft Law and the Other Side of the Coin. **Anuario mexicano de derecho internacional**, v. 13, p. 373, 2013.

CASTRO, Vinícius Vasconcelos. Dan: a Serpente Arco-íris. **Diversidade Religiosa**, v. 2, n. 2, 2012. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/dr/article/view/13833>. Acesso em: 24 jan. 2025.

CHIMNI, B. S. Customary International Law: A Third World Perspective. **American Journal of International Law**, v. 112, n. 1, p. 1–46, 2018.

CHIRIBOGA, Oswaldo Ruiz. Cláusulas Autónomas, Subordinadas e Incorporadas de Igualdad y No Discriminación en el Sistema Interamericano. *In: Los Derechos Humanos en las Sentencias de la Corte Interamericana sobre Honduras*. Tegucigalpa: Editorial Casa San Ignacio - Guaymuras, 2012, p. 178-180

CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Marco Jurídico Interamericano sobre o direito à liberdade de expressão**. CIDH/RELE/INF. 2/09. Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão. Relatora Especial Catalina Botero Marino. Aprovado em 30 de dezembro de 2009. Washington: OEA documentos oficiais, 2009, p. 23.

CIDH. **Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2023** (OAS. Documentos oficiales; OEA/Ser.L/V/II). Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 31 de diciembre de 2023. Washington: OAS, 2023. Disponível em: https://www.oas.org/en/iachr/docs/annual/2023/chapters/IA2023_Cap_2_ENG.PDF.C Acesso em: 11 nov. 2024

CIDH. **Resolución 4/23 - Doc. 329**. Política de Priorización de Peticiones y Casos, 20 dez. 2023, tradução nossa. Disponível em: https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2023/Res-4-23_ES.pdf. Acesso em: 18 jun. 2024.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Compendio sobre la obligación de los Estados de adecuar su normativa interna a los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos**. OEA/Ser.L/V/II. Doc.11/21. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 25 de enero 2021. Washington: OEA, 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/CompendioobligacionesEstados-es.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Estándares jurídicos vinculados a la igualdad de género y a los derechos de las mujeres en el sistema interamericano de derechos humanos**: desarrollo y aplicación. Washington: OEA, 2011, p. 13. Disponível em: <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EstandaresJuridicos.pdf>. Acesso em: 8 set. 2024.

CONTESSÉ, Jorge. Los Derechos Humanos como Derecho Transnacional. **AJIL Unbound**, Cambridge, v. 116, p. 307–310, 2022.

CONTESSÉ, Jorge. Los Derechos Humanos como Derecho Transnacional. **AJIL Unbound**, Cambridge, v. 116, p. 307–310, 2022.

CONTESSE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. **International Journal of Constitutional Law**, v. 15, n. 2, p. 414–435, 1 abr. 2017.

CORAO, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, p. 57. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-17-enerodiciembre-2013/carlos-ayala-corao-del-dialogo-jurisprudencial-al-contr-ol-de-convencionalidad-1>. Acesso em: 6 jun. 2023.

CORAO, Carlos Ayala. **Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2012, pp. 72-102. Disponível em: <https://www.cepc.gob.es>. Acesso em: 6 jun. 2023.

CORAO, Carlos Ayala. La doctrina de la “inejecución” de la sentencias internacionales en la jurisprudencia constitucional de Venezuela (1999-2009). *In: Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales*: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos. Madrid: Tirant lo Blanch, 2013.

CORTE IDH. **"Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte** (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.

CORTE IDH. **Asunto del Complejo Penitenciario de Curado respecto de Brasil**. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de noviembre de 2018.

CORTE IDH. **Asunto del Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho respecto de Brasil**. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2018.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

CORTE IDH. **Caso Boyce y otros vs. Barbados**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

CORTE IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.

CORTE IDH. **Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") Vs. Guatemala**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.

CORTE IDH. **Caso Honorato y otros Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2023. Serie C No. 508.

CORTE IDH. **Caso Lagos del Campo Vs. Perú**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 340.

CORTE IDH. **Caso Liakat Ali Alibux. Vs. Suriname.** Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2013. Série C No. 275.

CORTE IDH. **Caso Miembros de la Corporación Colectivo de Abogados "José Alvear Restrepo" Vs. Colombia.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de octubre de 2023. Serie C No. 506, p. 279-283.

CORTE IDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. México.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.

CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

CORTE IDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 739.

CORTE IDH. **Condición jurídica y derechos humanos del niño.** Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, p. 53.

CORTE IDH. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7: Control de Convencionalidad.** San José: Corte IDH, 2022.

CORTE IDH. **Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género** (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27.

CORTE IDH. **Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.** Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, p. 30.

CORTE IDH. **Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.** Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.

CORTE IDH. **Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad** (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29.

CORTE IDH. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.** Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención

Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, p.42-43.

CORTE IDH. **Informe Anual – 2023**. [San José]: OAS, 2023. Disponible em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/informe2023/espanol.pdf>. Acceso em: 11 nov. 2024

CORTE IDH. **La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28, p. 30.

CORTE IDH. **La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección** (interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018. Serie A No. 25. 2018.

CORTE IDH. **Medio ambiente y derechos humanos (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)**. Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23.5.

CORTE IDH. **Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización**. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4, p. 17.

CORTE IDH. **Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, p. 23-26.

CRAVEN, Matthew. Legal differentiation and the concept of the human rights treaty in international law. **European Journal of International Law**, v. 11, n. 3, p. 489–519, jan. 2000.

CRUZ MARIN, Patricia; VIVEROS UEHARA, Thalia; FRANCESCONI, Lavinia; *et al.* **Cartografía de la producción académica sobre cumplimiento, implementación e impacto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: una revisión sistemática en once países** (Mapping of Scholarship on Compliance, Implementation, and Impact of the Inter-American Human Rights System: A Systematic Review in Eleven Countries). 2024. Disponible em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=4757905>>. Acceso em: 7 maio 2024.

D'ALMEIDA, Luís Duarte. The 'Expiscation' of Legal Principles. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 130–142. Disponible em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0011>. Acceso em: 5 jun. 2023.

D'ARGENT, Pierre. Sources and the Legality and Validity of International Law: What Makes Law 'International'? In: *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

D'ASPREMONT, Jean. Bindingness. In: **Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

D'ASPREMONT, Jean. Bindingness. In: **Concepts for International Law: Contributions to Disciplinary Thought**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

D'ASPREMONT, Jean. If International Judges Say So, It Must Be True: Empiricism or Fetishism? **European Society of International Law Reflections Series**, v. 6, n. 5, p. 1–11, 2017.

D'ASPREMONT, Jean. The Control over Knowledge by International Courts and Arbitral Tribunals. **The Oxford Handbook of International Arbitration**, p. 327–346, 2020.

D'ASPREMONT, Jean. The Systemic Integration of International Law by Domestic Courts: Domestic Judges as Architects of the Consistency of the International Legal Order. In: **The Practice of International and National Courts and the (De-)Fragmentation of International Law**. Hart, 2012. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1401019>>. Acesso em: 29 de julho de 2019

D'SÀNGO, Marli. **Simbologia do Oxé de Xangô**. Sindjus-RS. 28 nov. 2022. Disponível em: <https://www.sindjus.com.br/simbologia-do-oxe-de-xango-por-iyalorixa-marli-dsango/17353/>. Acesso em: 24 jan. 2025.

DALY, Tom Gerald; WIEBUSCH, Micha. The African Court on Human and Peoples' Rights: mapping resistance against a young court. **International Journal of Law in Context**, v. 14, n. 2, p. 294–313, 2018.

DE BRABANDERE, Eric. The Use of Precedent and External Case Law by the International Court of Justice and the International Tribunal for the Law of the Sea. **The Law & Practice of International Courts and Tribunals**, v. 15, n. 1, p. 24–55, 17 mar. 2016.

DE CARVALHO, José Jorge. O encontro impossível de Eco e Narciso. **Revista USP**, n. 38, p. 150-165, 1998. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/download/28411/30267>.

DELMAS-MARTY, Mireille; IZORCHE, Marie-Laure. Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste. **Revue internationale de droit comparé**, v. 52, n. 4, p. 753–780, 2008.

DIAS, Roberto; MOHALLEM, Michael Freitas. O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede global de cortes constitucionais. In: **Diálogos jurisdicionais e Direitos Humanos**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

DÍAZ, Álvaro Paúl. La Corte Interamericana in vitro: comentarios sobre su proceso de toma de decisiones a propósito del caso Artavia. **Revista Derecho Público Iberoamericano**, n. 2, p. 303–345, 2013

DRAFTING COMMITTEE OF THE ILC. **Subsidiary means for the determination of rules of international law - Addendum - Titles and texts of draft conclusions 4 and 5 provisionally adopted by the Drafting Committee (A/CN.4/L.985/Add.1).** International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Disponível em: <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210057325>>. Acesso em: 16 jun. 2024.

DRAFTING COMMITTEE OF THE ILC. **Subsidiary means for the determination of rules of international law - Titles and texts of draft conclusions 1 to 3 provisionally adopted by the Drafting Committee (A/CN.4/L.985).** International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Disponível em: <<https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210057325>>. Acesso em: 16 jun. 2024.

DRAFTING COMMITTEE OF THE ILC. **Subsidiary means for the determination of rules of international law- Texts and titles of draft conclusions 6, 7 and 8 as provisionally adopted by the Drafting Committee on 16, 21 and 22 May 2024 (A/CN.4/L.999).** International Law Commission. Seventy-fifth session. Geneva, 29 April–31 May and 1 July–2 August 2024. Disponível em: <<https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/g24/085/56/pdf/g2408556.pdf?token=otsjAeSLNSMWoYwfwL&fe=true>>. Acesso em: 16 jun. 2024.

DUXBURY, Neil. **The Nature and Authority of Precedent.** Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

ENDÓN, Raymundo Gil. G. El acceso directo de la víctima a la jurisdicción de la corte interamericana de derechos humanos; método del caso. *In: Pasos hacia una revolución en la enseñanza del derecho en el sistema romano-germánico.* Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2020.

ESCALANTE, Rodolfo E. Piza. Voto separado. *In: CORTE IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta* (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A, No. 7, p. 27.

ESLAVA, Luis; PAHUJA, Sundhya. The state and international law: A reading from the global south. **Humanity**, v. 11, n. 1, p. 118–138, 2020.

FABRI, Hélène Ruiz; GRADONI, Lorenzo. La hierarchisation des precedents. *In: Le précédent en droit international: colloque de Strasbourg.* Paris: Éditions Pedone, 2016.

FACCHIN, Edson. Voto-vogal. *In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direita de Inconstitucionalidade 7.051.* Tribunal Pleno, julgado em 1º mar 2023.

FACHIN, Edson. **Voto na Homologação em Processo Estrutural na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347.** Plenário Virtual, julgamento em 18 de dezembro de 2024.

FAHNER, Johannes Hendrik. **Intensity of review in international courts and tribunals: A comparative analysis of deference.** 2018. 334 p. f. - University of Luxembourg and University of Amsterdam, Amsterdam, 2018, p. 37. Disponível em: <https://dare.uva.nl/search?identifier=784da5c8-d89a-49d0-9b21-719defda4642>. Acesso em: 10 jul. 2024.

FALCÓN, Gonzalo Candia. Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos: Una Reflexión a la Luz de la Noción de Estado de Derecho. **Revista Chilena de Derecho**, v. 42, n° 3, p. 873-902, 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu>. Acesso em: 29 set. 2024.

FARGE, Emma; MUGHRABI, Nidal. Gaza death toll: how many Palestinians has Israel's offensive killed? **Reuters**, 15 jan. 2025. Disponível em <https://www.reuters.com/world/middle-east/how-many-palestinians-has-israels-gaza-offensive-killed-2025-01-15/>. Acesso em: 24 jan. 2025

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio.- Do topos do sistema ao topos da ponderação na interpretação constitucional. In: **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 141.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Traditions, translations, betrayals: dialogues among legal cultures. **História do Direito**, v. 1, n. 1, fl. 351, 2020.

FRANCK, Thomas M.. Legitimacy in the International System. In: **The Nature of International Law**. New York: Routledge, 2001.

FRANKENREITER, Jens. Network Analysis and the Use of Precedent in the Case Law of the CJEU – A Reply to Derlén and Lindholm. **German Law Journal**, v. 18, n. 3, p. 687–694, 2017.

FREIRE, Patricio Pazmiño. Voto dissidente. In: CORTE IDH. **La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28, p. 2.

FREITAS, Lucas Daniel Chaves de. Precedentes vinculantes internacionais e o custos iuris gentium: a difusão do Direito internacional e a atuação do Ministério Público brasileiro no sistema de precedentes. **Revista do CNMP**, v. 11, p. 167–205, 2023.

FRESE, Amalie; SCHUMANN, Julius. **Precedents as Rules and Practice**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG, 2021. Disponível em: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748908296/precedents-as-rules-and-practice?page=1>. Acesso em: 26 maio 2023.

FUENTES, Carlos Iván. The Imperfect Paradigm: Article 38 of the Statute of the International Court of Justice. In: **Normative Plurality in International Law: A Theory of the Determination of Applicable Rules**. Cham: Springer International Publishing, 2016, p. 51–136. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-319-43929-7_3. Acesso em: 23 jun. 2023.

FYRNYS, Markus. Expanding Competences by Judicial Lawmaking: The Pilot Judgment Procedure of the European Court of Human Rights. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, 2011.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Constitutionalism Forever. **Finnish Yearbook of**

International Law, v. 21, p. 137-170, 2012.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. **Revista de Direito Internacional**, v. 9, n. 2, p. 1–9, 13 jul. 2012.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Informe final sobre derecho internacional consuetudinario particular em el contexto del continente americano**. (OEA/Ser. Q/CJI/doc. 719/24). Comisión Jurídica Interamericana. Aprobado em el 104º Período Ordinario de Sesiones (CJI/RES. 290 (CIV-O/24). Ciudad de Panamá, 11 al 15 de marzo de 2024. Washington: Organización de los Estados Americanos, 2024, p. 16-18. Disponível em: <https://www.oas.org/es/sla/cji/docs/CJI-doc_719-24_ESP.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2025.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O valor da jurisprudência da Corte IDH. In: **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Barcelona: DHES, 2014.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O valor da jurisprudência da Corte IDH. In: **Proteção Multinível dos Direitos Humanos**. Barcelona: DHES, 2014.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 90 e 134.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 90.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. **Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

GAMA, Tacio Lacerda. Sistema jurídico - Perspectiva dialógica. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. 1ª. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/100/edicao-1/sistema-juridico---perspectiva-dialogica>. Acesso em: 11 nov. 2024.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. **Revista IUS**, v. 5, n. 28, p. 128, 2011.

GARCÍA, Olano; ALEJANDRO, Hernán. Teoría del Control de Convencionalidad. **Estudios constitucionales**, v. 14, n. 1, p. 61–94, 2016.

GAVILÁN, Elisa Uriá. Solange III? The German Federal Constitutional Court Strikes Again. **European Papers**, Vol. 1, 2016.

GELTER, Martin; SIEMS, Mathias. Networks, Dialogue or One-Way Traffic? An Empirical Analysis of Cross-Citations Between Ten of Europe's Highest Courts. In: **Courts and Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198735335.003.0011>>. Acesso em: 2 jun. 2023.

GENERAL ASSEMBLY OF THE UN. **Admission of new Members to the United Nations** (Res. A/ES-10/L.30/Rev.1). New York: UN, 2024. Disponível em <https://documents.un.org/doc/undoc/ltd/n24/129/97/pdf/n2412997.pdf?token=vHv6q52gOThg4lymJI&fe=true>. Acesso em: 11 nov 2024.

GIACCO, Letizia Lo. **Judicial Decisions in International Law Argumentation: Between Entrapment and Creativity**. Oxford: Hart Publishing, 2022.

GIANNINI, Luísa; CARRIJO, Augusto Guimarães; SQUEFF, Tatiana Cardoso. Lendo os Tribunais Internacionais a partir das Perspectivas Pós- e Decoloniais. **Cadernos Eletrônicos Direito Internacional sem Fronteiras**, v. 5, n. 2, p. e20230209–e20230209, 2023.

GIL, Isabel Capelo. Atribuições do oráculo moderno: Cassandra na cultura alemã do século XX. **Máthesis**, n. 12, p. 261-291, 2003. Disponível em <https://revistas.ucp.pt/index.php/mathesis/article/view/3902/3786>. Acesso em: 2 fev. 2025.

GLENN, H. Patrick. Persuasive Authority. **McGill Law Journal**, v. 32, p. 261-298, 1986.

GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018, p. 13-61. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/doctrine-of-conventionality-control/1E694F6499B433C03C1709C41FB1E0D1>. Acesso em: 13 jun. 2023.

GONZÁLEZ-DOMÍNGUEZ, Pablo. **The Doctrine of Conventionality Control: Between Uniformity and Legal Pluralism in the Inter-American Human Rights System**. Cambridge: Intersentia, 2018. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/books/doctrine-of-conventionality-control/1E694F6499B433C03C1709C41FB1E0D1>. Acesso em: 13 jun. 2023.

GREER, S. **La marge d'appréciation**: interprétation et pouvoir discrétionnaire dans le cadre de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 2000.

GROSSI, Eduardo Vio. Voto individual. In: CORTE IDH. **Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo**. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24, p.16-17.

GROSSI, Eduardo Vio. Voto individual. In: CORTE IDH. **Medio ambiente y derechos humanos** (obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos 4.1 y 5.1, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23., p. 2.

GUILLAUME, Gilbert. The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 2, n. 1, p. 5–23, 1 fev. 2011.

HAMANN, Andrea. L'autorité du precedent. In: **Le précédent en droit international**: colloque de Strasbourg. Paris: Éditions Pedone, 2016, p. 151–191 (afirmando que as cortes, com base em outras normas legais, buscam a afirmação de um efeito precedencial, dada sua

impossibilidade de afirmar a autoridade legal que os precedentes efetivamente possuiriam).

HAYNES, Jason. The Emergence of a Doctrine of de jure horizontal stare decisis at the Caribbean Court of Justice: Fragmentation or Pluralism of International Law? **Journal of International Dispute Settlement**, v. 5, n. 3, p. 498–530, 2014.

HENNEQUET, Erika. Jus Cogens and Human Rights: Interactions Between Two Factors of Harmonization of International Law. *Em: The Influence of Human Rights on International Law*. Cham: Springer International Publishing, 2015. p. 13–26.

HERNÁNDEZ, Gleider. Interpretative Authority and the International Judiciary. *In: Interpretation in International Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015, fl. 166-185. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198725749.003.0008>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

ICJ. **Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)**, Merits, Judgment, I.C.J. Reports 2010, p. 664, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/103/103-20101130-JUD-01-00-EN.pdf>

ICJ. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)**, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2008, p. 428, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/118/118-20081118-JUD-01-00-EN.pdf>). Acesso em: 11 nov. 2024.

ICJ. **Case concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)**, Preliminary Objections, Judgment of 2 December 1963: I.C.J. Reports 1963, p. 37, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/48/048-19631202-JUD-01-00-EN.pdf>). Acesso em: 11 nov. 2024.

ICJ. **Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)**, Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/68/068-19840321-JUD-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2024.

ICJ. **Land and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria**, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1998, p. 292, grifo nosso. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/94/094-19980611-JUD-01-00-EN.pdf>). Acesso em: 11 nov. 2024.

ICJ. **Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory**, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 2004, p. 175-176. Disponível em <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2024.

INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. **Precedents and case law (jurisprudence) in interstate litigation and advisory proceedings** (2 Res EN). 2nd Commission. Resolution of 1.9.2023. Session d'Angers – 2023.

IOANNIDIS, Michael. A Procedural Approach to the Legitimacy of International

Adjudication: Developing Standards of Participation in WTO Law. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1175–1202, maio 2011.

JACOB, Marc. Precedents: Lawmaking Through International Adjudication. In: **International Judicial Lawmaking**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2012, v. 236, p. 38-39. Disponível em: https://link.springer.com/10.1007/978-3-642-29587-4_2. Acesso em: 26 maio 2023.

JALLOH, Charles Chernor. **First report on subsidiary means for the determination of rules of international law** (A/CN.4/760). International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April–2 June and 3 July–4 August 2023. Geneva: United Nations, 2023, p. 71-84. Disponível em: <<https://digitallibrary.un.org/record/4010690?v=pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2024.

JALLOH, Charles Chernor. **Second report on subsidiary means for the determination of rules of international law** (A/CN.4/769). International Law Commission. 75th session. Geneva, 29 April–31 May and 1 July–2 August 2024. Geneva: United Nations, 2024.

KELSEN, Hans. Will the Judgment in the Nuremberg Trial Constitute a Precedent in International Law? **The International Law Quarterly**, v. 1, n. 2, p. 153, 1947.

KLEINLEIN, Thomas. Judicial Lawmaking by Judicial Restraint? The Potential of Balancing in International Economic Law. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1141–1174, maio 2011.

KOSKENNIEMI, Martti. A política do Direito Internacional: 20 anos depois. **Revista de Direito Internacional**, v. 15, n. 1, p. 30–40, abr. 2018.

KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in International Law: A Sketch. **European Journal of International Law**, v. 8, n. 4, p. 566–582, 1 jan. 1997.

KOSKENNIEMI, Martti. **From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument**. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

KOSKENNIEMI, Martti. Hierarchy in International Law: A Sketch. **European Journal of International Law**, v. 8, n. 4, p. 566–582, jan. 1997.

KRATOCHVÍL, J. The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights. **Netherlands Quarterly of Human Rights**, v. 29, n. 3, p. 324–357, set. 2011.

KRISTJÁNSSON, Hafsteinn Dan. Elements of Precedent. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 75-88. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0007>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

LAFFERRIERE, Jorge Nicolás; LELL, Helga María. Los usos del término “dignidad” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinión Jurídica**, v. 20, n. 43, p. 315–348, 2022.

LANZONI, Niccolo. The Authority of ICJ Advisory Opinions as Precedents: The Mauritius/Maldives Case Essays on Judicial Precedent. **Italian Review of International and Comparative Law**, v. 2, n. 2, p. 296–322, 2022.

LEMMENS, Koen. Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex

Judicial Dialogue. **European Constitutional Law Review**, v. 15, p. 691-713.

LIMA, Gabriela Garcia Batista. **A internacionalização dos Direitos e a Incomensurabilidade de Valores**: Sua proposta como reflexo de uma tradição. *In*: XVII Congresso Nacional CONPEDI - XX anos de Constituição da República do Brasil: reconstrução, perspectiva e desafios. Brasília: Conselho Nacional de Pesquisa e pós-graduação em Direito, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/09_486.pdf. Acesso em: 29 jul. 2019.

LIMA, Lucas Carlos. A Corte Interamericana em tempos de crise. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 16, n. 1, 2023.

LIMA, Lucas Carlos. Uti possidetis juris e o papel do direito colonial na solução de controvérsias territoriais internacionais. **Seqüência**: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 38, n. 77, p. 121-148, 2017.

LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE, Lucas Mendes. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, v. 1, n. 21, p. 125-166, mar. 2021.

LIMA, Lucas Carlos; FELIPPE, Lucas Mendes. A expansão da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de opiniões consultivas. **Anuario mexicano de derecho internacional**, v. 21, p. 125-166, dez. 2021.

LIMA, Lucas. Carlos. A Corte Interamericana em tempos de crise. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, v. 16, n. 1, 2023.

MAAS, Rosana Helena; MÜLLER, Letícia Joana. Transformação paradigmática da Corte IDH quanto aos DESCA: quem foi o arquiteto da nova abordagem? **REI - REVISTA ESTUDOS INSTITUCIONAIS**, v. 10, n. 2, p. 520-540, 4 maio 2024.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto fundamentado. *In*: CORTE IDH. **Enfoques diferenciados respecto de determinados grupos de personas privadas de la libertad** (Interpretación y alcance de los artículos 1.1, 4.1, 5, 11.2, 12, 13, 17.1, 19, 24 y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros instrumentos que conciernen a la protección de los derechos humanos). Opinión Consultiva OC-29/22 de 30 de mayo de 2022. Serie A No. 29, p. 8-9.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto Razonado. *In* CORTE IDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220, p. 18, 2010.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto Razonado. *In*: CORTE IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia**. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Voto Razonado. *In*: CORTE IDH. **Caso Gelman Vs. Uruguay**. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MANRIQUE, Ricardo C. Pérez; MUDROVICH, Rodrigo. Voto concurrente. In: CORTE IDH. **Caso Baraona Bray Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2022. Serie C No. 481

MAC-GREGOR, Eduardo. Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad . El nuevo paradigma para el juez Mexicano. **Estudios constitucionales**, v. 9, p. 531–622, 2010.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S. (Orgs.). **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 1997. Disponível em: <<https://www.taylorfrancis.com/books/9781351926454>>. Acesso em: 21 jun. 2023.

MACCORMICK, D. Neil; SUMMERS, Robert S.. Further General Reflections and Conclusions. In: **Interpreting Precedents**. New York: Routledge, 1997.

MACCORMICK, Neil. The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now. **European Law Journal**, v. 1, n. 3, p. 259–266, 1995.

MACCORMICK, Neil. The Significance of Precedent. **Acta Juridica**, v. 1998, p. 174–187, 1998.

MAGALHÃES, Breno Baía. Prefácio. In: **Estândares internacionais de direitos humanos e o direito brasileiro**. Porto Alegre: Editora Fi, 2022, p. 12-13.

MAIA, Catherine. Le jus cogens dans la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l’Homme. Em: **Le cinquantième anniversaire de l’adoption de la Convention américaine des droits de l’Homme**. Bruxelles: Bruylant, 2009.

MÄLKSOO, Lauri. Sources of International Law in the Nineteenth-Century European Tradition: Insights from Practice and Theory. In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 152-153. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0007>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

MANLEY, Stewart; TEHRANI, Pardis Moslemzadeh; RASIAH, Rajah. The (Non-)Use of African Law by the International Criminal Court. **European Journal of International Law**, v. 34, n. 3, pp. 555–580, 2023.

MARGERIN, Marselha.; VARMA, Monika.; SARMIENTO, Salvador. Building a Dangerous Precedent in the Americas: Revoking Fundamental Rights of Dominicans. **Human Rights Brief**, v. 21, n. 1, jan. 2014.

MARSHALL, Geoffrey. What is Binding in a Precedent. In: **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 507-508.

MARTINICO, Giuseppe. National courts and judicial disobedience to the ECHR: a comparative overview. In: **Shifting Centres of Gravity in Human Rights Protection: Rethinking relations between the ECHR, EU and national legal orders**. 1. ed. London: Routledge, 2016.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira; ROESLER, Cláudia Rosane; JESUS, Ricardo Antonio Rezende de. A noção de coerência na teoria da argumentação jurídica de Neil MacCormick: caracterização, limitações, possibilidades. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 16,

n. 2, p. 211, 2011.

MAZZESCHI, Riccardo Pisillo. **International Human Rights Law**: Theory and Practice. Cham: Springer International Publishing, 2021, p. 69. Disponível em: <https://link.springer.com/10.1007/978-3-030-77032-7>. Acesso em: 23 jun. 2023.

MELLO FILHO, José Celso de. Ementa. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1480**. Tribunal Pleno, julgado em 4 de setembro de 1997.

MELLO, Celso de. Voto. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Tribunal Pleno, julgado em 29 abr 2010.

MENDAÑA, Florencia Soledad Ratti. Análisis de fórmulas usuales y criterios hermenéuticos sobre dignidad de las personas privadas de libertad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios constitucionales**, v. 19, n. 2, 2021.

MENDAÑA, Florencia Soledad Ratti. El discurso de la corte interamericana de derechos humanos sobre dignidad de personas privadas de libertad : fuentes, fórmulas usuales y citas. **Revista de la Facultad de Derecho**. 2021, p. 11. Disponível em: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/12466>. Acesso em: 6 set. 2024.

MENDONÇA, André. **Voto na Homologação em Processo Estrutural na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 18 de dezembro de 2024.

MERA, Manuel Eduardo Góngora. Diálogos jurisprudenciales entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Constitucional de Colombia: una visión coevolutiva de la convergencia de estándares sobre derechos de las víctimas. In: **La justicia constitucional y su internacionalización**. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina? México: UNAM, 2010, v. II.

MICHELON, Claudio. The Uses of Precedent and Legal Argument. In: ENDICOTT, Timothy; KRISTJÁNSSON, Hafsteinn Dan; LEWIS, Sebastian (org.). **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 117-129. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0010>. Acesso em: 5 jun. 2023.

MÜHREL, Linus Jannek. **The Authority of the International Committee of the Red Cross**: Determining What International Humanitarian Law Is. Leiden: Brill, 2024.

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

NEUMAN, Gerald L.. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. **European Journal of International Law**, v. 19, n. 1, p. 115, 1º fev. 2008.

NGOMANE, Mungi. **Ubuntu todos os dias**. São Paulo: Bestseller, 2022. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/justica/justica-de-xango-uma-proposta-etico-juridica-a-partir-da-orixalidade/>. Acesso em: 24 jan. 2025.

NIKKEN, Pedro. **El derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno**. Revista IIDH, n. 57, 2013, p. 11–68. Disponível em:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4646058>. Acesso em: 29 jul. 2019.

NOLLKAEMPER, Andre. **National Courts and the International Rule of Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/11093>. Acesso em: 8 maio 2024.

NOLLKAEMPER, André; SHANY, Yuval; TZANAKOPOULOS, Antonios. Engagement of Domestic Courts with International Law Principled or Unprincipled? *In: The Engagement of Domestic Courts with International Law: Comparative Perspectives*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2024.

NOLLKAEMPER, André; SHANY, Yuval; TZANAKOPOULOS, Antonios. Engagement of Domestic Courts with International Law Principled or Unprincipled?. *In: The engagement of domestic courts with International Law: comparative perspectives*. Oxford, New York: Oxford University Press, 2024.

OLIVEIRA, Laura Marques; SQUEFF, Tatiana Cardoso; SILVA, Bianca Guimarães. Existe uma troca efetiva entre as cortes internacionais? um estudo a partir dos casos de asilo diplomático perante à Corte Europeia e à Corte Interamericana de Direitos Humanos. *In: Direito Internacional dos Direitos Humanos e as Pessoas em Situação de Vulnerabilidade: estudos em homenagem ao Professor Antônio Augusto Cançado Trindade*. Natal: Polimatia, 2023. v. 4, p. 244

OLSEN, Henrik Palmer. International Courts and the Building of Legal Authority beyond the State. *In: Legal Authority beyond the State*. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, p. 81–101. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108100045%23CN-bp-3/type/book-part>. Acesso em: 12 jun. 2023.

PALCHETTI, Paolo. The Authority of the Decisions of International Judicial or Quasi-judicial Bodies in the Case Law of the International Court of Justice: Dialogue or Competition? *In: Decisions of the ICJ as Sources of International Law? Gaetano Morelli Lectures Series Vol. 2*. Rome: International and European Papers Publishing, 2018.

PANEL INDEPENDIENTE PARA EVALUAR LAS CANDIDATURAS A LOS ÓRGANOS DEL SIDH. **Informe final del panel independiente de expertos y expertas para la evaluación de candidatos y candidatas a la Corte y Comisión Interamericanas de Derechos humanos**. 1 de octubre de 2021. Disponível em <https://www.american.edu/wcl/impact/initiatives-programs/center/publications/documents/upload/informe-final-del-panel-de-expertos-as-independientes-2021-esp.pdf>. Acesso em: : 8 set. 2024.

PAPARINSKIS, Mārtiņš. **Subsidiary means for the determination of rules of international law - Statement of the Chairperson of the Drafting Committee - Mr. Mārtiņš Paparinskis - 21 July 2023**. International Law Commission. 74th session. Geneva, 24 April to 2 June and from 3 July to 4 August 2023. Disponível em: <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210057325>. Acesso em: 16 jun. 2024.

PAUWELYN, Joost. Sources of International Trade Law: Mantras and Controversies at the World Trade Organization. *In: The Oxford Handbook of the Sources of International Law*.

Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em:
<<https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0048>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

PEAT, Daniel. **Comparative Reasoning in International Courts and Tribunals**. Cambridge: Cambridge University Press, 2019

PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. *In: Interpreting precedents: a comparative study*. Brookfield: Dartmouth Publishing Company, 1997, p. 471.

PELLET, Alain. Decisions of the ICJ as Sources of International Law? *In: Decisions of the ICJ as Sources of International Law?* Gaetano Morelli Lectures Series Vol. 2. Rome: International and European Papers Publishing, 2018.

PEREIRA, Vinicius Carvalho. De olho no minotauro: a poética do labirinto em tessituras eletrônicas de Andrei Thomaz. **Galáxia (São Paulo)**, p. e48209, 2021. Disponível em <https://www.scielo.br/j/gal/a/9ZKzxCcQLNGQ64xLZT4Yjgp/?lang=pt>. Acesso em 3 fev. 2025.

PÉREZ, Alberto Pérez. Voto parcialmente disidente. *In: CORTE IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22, p. 15.

PORTO, Humberto Antonio Sierra. Voto conconcorrente. *In: CORTE IDH. Derechos a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga, y su relación con otros derechos, con perspectiva de género* (interpretación y alcance de los artículos 13, 15, 16, 24, 25 y 26, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de los artículos 3, 6, 7 y 8 del Protocolo de San Salvador, de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 de la Convención de Belem do Pará, de los artículos 34, 44 y 45 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, y de los artículos II, IV, XIV, XXI y XXII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre). Opinión Consultiva OC-27/21 de 5 de mayo de 2021. Serie A No. 27.

RAMÍREZ, Sergio García . El control judicial interno de convencionalidad. **Revista IUS**, v. 5, n. 28, pp. 134-135, 2011.

RAMÍREZ, Sergio García. El control judicial interno de convencionalidad. **REVISTA IUS**, v. 5, n. 28, 2011. Disponível em: <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/68>. Acesso em: 20 ago. 2024.

RAMÍREZ, Sergio García. Voto Concurrente Razonado. *In: CORTE IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

RAMÍREZ, Sergio García. Voto concurrente. *In: CORTE IDH. Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-20/09 de 29 de septiembre de 2009. Serie A No. 20, p. 4

RAMÍREZ, Sergio García. Voto Razonado. CORTE IDH. **Caso Trabajadores Cesados del**

Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

RAMÍREZ, Sergio García; SÁNCHEZ, Julieta Morales. Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, v. 24, n. 1, p. 11–49, 10 jun. 2020.

RAMOS, André de Carvalho; ABADÉ, Denise Neves. Jurisdição constitucional e o desafio do diálogo das Cortes. **Revista Brasileira de Estudos Constitucionais**, n. 50, 2022, p. 35-51.

RAMOS, Chiara; PRAZERES, Lucas dos; ARAÚJO, Márvila. **Justiça de Xangô**: uma proposta ético-jurídica a partir da orixalidade. Carta Capital, 6 nov. 2020. Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/justica/justica-de-xango-uma-proposta-etico-juridica-a-partir-da-orixalidade/>. Acesso em: 24 jan. 2025.

RESENDE, Ranieri L. Precedent of the Inter-American Court of Human Rights: State Compliance and Judicial Performance in Brazil, Colombia, Argentina, Chile, and Bolivia. **ICL Journal**, v. 18, n. 1, pp. 107–108, 2024

RESENDE, Ranieri L.. Precedent of the Inter-American Court of Human Rights: State Compliance and Judicial Performance in Brazil, Colombia, Argentina, Chile, and Bolivia. **SSRN Electronic Journal**, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2023-02. January 18, 2023

REUTERS. “**Netanyahu says ICC decisions will not affect Israel's actions, set dangerous precedent**”. Notícia de 26 de abril de 2024. Disponível em <https://www.reuters.com/world/middle-east/netanyahu-says-icc-decisions-will-not-affect-israel-actions-set-dangerous-2024-04-26/>. Acesso em: 11 nov 2024.

REYNOLDS, William L.; RICHMAN, William M. The Non-Precedential Precedent - Limited Publication and No-Citation Rules in the United States Courts of Appeals. **Columbia Law Review**, v. 78, n. 6, p. 1167–1208, 1978.

RI JR, Arno Dal Ri; LIMA, Lucas Carlos. A flexibilização da doutrina clássica de fontes e o papel das decisões judiciais no ordenamento internacional. **Anuário Brasileiro de Direito Internacional**, v. X, fls. p. 71, 2015.

RIDI, Niccolò. Rule of Precedent and Rules on Precedent. In: **International Procedure in Interstate Litigation and Arbitration: A Comparative Approach**. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, p. 354–400. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/books/international-procedure-in-interstate-litigation-and-arbitration/rule-of-precedent-and-rules-on-precedent/50917FB3562B7DE609C1FD99523696D1>>. Acesso em: 20 jun. 2023.

RIDI, Niccolò. The Shape and Structure of the ‘Usable Past’: An Empirical Analysis of the Use of Precedent in International Adjudication. **Journal of International Dispute Settlement**, v. 10, n. 2, p. 200–247, 1 jun. 2019.

RIEDEL, Eibe. Standards and Sources. Farewell to the Exclusivity of the Sources Triad in International Law?. **European Journal of International Law**, v. 2, n. 2, 1991.

ROBERTS, Anthea. The Divisible College of International Lawyers. **Is International Law International?** Oxford: Oxford University Press, 2017.

RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence.** Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 158 e 173. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0009>. Acesso em: 12 jun. 2023.

RODILES, Alejandro. The Law and Politics of the Pro Persona Principle in Latin America. In: **The Interpretation of International Law by Domestic Courts: Uniformity, Diversity, Convergence.** Oxford: Oxford University Press, 2016.

ROESLER, Claudia. A análise da argumentação judicial em perspectiva crítica: o que fazemos quando analisamos decisões judiciais? In: **Retórica e Argumentação Jurídica: modelos em análise.** 1ª ed. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 24.

ROESLER, Cláudia. O uso de elementos de direito estrangeiro nas decisões judiciais: um esboço de modelos de análise. **Revista Brasileira de Direito**, v. 17, n. 3, p. 4482.

ROJAS, Claudio Nash. Breve introducción al control de convencionalidad. In: CORTE IDH. **Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos nº 7: Control de Convencionalidad.** Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo7.pdf>. Acesso em: 26 set 2022.

ROMÁN, Ediberto; SAGÁS, Ernesto. Who Belongs: Citizenship and Statelessness in the Dominican Republic. **Georgetown Journal of Law & Modern Critical Race Perspectives**, v. 9, n. 35, p. 35-56, 2017.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. **Revista Direito GV**, v. 9, n. 2, pp. 681–706, dez. 2013.

RYNGAERT, Cedric. Sources of International Law in Domestic Law: Relationship Between International and Municipal Law Sources. In: BESSON, Samantha; D'ASPREMONT, Jean (org.). **The Oxford Handbook of the Sources of International Law.** Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 1149-1151. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0053>. Acesso em: 12 jun. 2023.

SALDANHA, Jânia Maria Lipes; BRUM, Márcio Moraes. **A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia:** uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado? *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol 15, 1 ed, 2015. Disponível em <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465415000070>. Acesso em: 12 jun. 2023.

SALERNO, Francesco. Treaties Establishing Objective Regimes. In: **The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention.** Oxford: Oxford University Press, 2011, pp. 225-243. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199588916.003.0014>. Acesso em: 2 jun. 2023.

SCHACHTER, Oscar. Invisible College of International Lawyers. **Northwestern University**

Law Review, v. 72, n. 2, p. 217–226, 1978.

SCHAUER, Frederick. Why Precedent in Law (and Elsewhere) Is Not Totally (or Even Substantially) About Analogy. In: **Legal Argumentation Theory: Cross-Disciplinary Perspectives**. Dordrecht: Springer Netherlands, 2013, fl. 45–56. (Law and Philosophy Library). Disponível em: <https://doi.org/10.1007/978-94-007-4670-1_3>.

SCHAUER, Frederick; SPELLMAN, Barbara A. Precedent and Similarity. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023. p. 243. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0019>. Acesso em: 5 jun. 2023.

SCHILL, Stephan W.. System-Building in Investment Treaty Arbitration and Lawmaking. **German Law Journal**, v. 12, n. 5, p. 1083–1110, maio 2011.

SCHWÖBEL-PATEL, Christine. (Global) Constitutionalism and the Geopolitics of Knowledge. In: **The Global South and Comparative Constitutional Law**. Oxford: Oxford University Press, 2020.

SECRETARIAT OF THE INTERNATIONAL LAW COMMISSION. **Memorandum by the Secretariat of the International Law Commission on Subsidiary means for the determination of rules of international law**. Seventy-fifth Session (29 April–31 May and 1 July–2 August 2024). Geneva: United Nations, 2024. Disponível em: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/014/48/pdf/n2401448.pdf?token=n8i90mOp34IR9SG4Lx&fe=true>).

SHAHABUDDEEN, Mohamed. **Precedent in the World Court**. Cambridge: Cambridge University Press, 1996. (Hersch Lauterpacht Memorial Lectures), p. 107-109 (usando a expressão “força precedencial”).

SHECAIRA, Fábio Perin. Precedent and the Source–Norm Distinction. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 321-324. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0025>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

SHECAIRA, Fábio Perin. Precedent and the Source–Norm Distinction. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023, p. 323. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780192857248.003.0025>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

STRUCHINER, Noel. Contexto de descoberta: uma análise filosófica de aspectos psicológicos da argumentação jurídica. In: **Diálogos sobre retórica e argumentação**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 141.

SILVA, Anderson Santos da. **Quem tem medo do Direito Internacional? : um estudo empírico na justiça federal do Distrito Federal**. 2022. 128 f. Dissertação - Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

SILVA, Bianca Guimarães. **América para os americanos ou para a humanidade? : estudo crítico dos diálogos transjudiciais na jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos sobre migrações internacionais**. 2022. Universidade de Brasília, Brasília, 2022. Disponível em: <http://repositorio2.unb.br/jspui/handle/10482/44214>. Acesso em: 16 fev. 2024

SILVA, Sandoval Alves. O ementismo e a tentativa de usurpação da função dos precedentes.

Cadernos de Informação Jurídica (Cajur), v. 3, n. 2, p. 107–120, 2017.

SIMMA, Bruno. Sources of International Human Rights Law: Human Rights Treaties. In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 871–888. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0041>. Acesso em: 12 jun. 2023.

SPIERMANN, Ole. The History of Article 38 of the Statute of the International Court of Justice: ‘A Purely Platonic Discussion’? In: **The Oxford Handbook of the Sources of International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/law/9780198745365.003.0008>. Acesso em: 12 jun. 2023.

SQUEFF, Tatiana Cardoso. Overcoming the “Coloniality of Doing” in International Law: Soft Law as a Decolonial Tool. **Revista Direito GV**, v. 17, e2127, 2021.

SQUEFF, Tatiana Cardoso; FREITAS, Felipe Simor de. Segurança jurídica na jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de sinalização-alerta de interpretações em opiniões consultivas. **Revista Jurídica**, v. 1, n. 73, p. 159–184, 9 abr. 2023.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; ROSA, Marina de Almeida. Jus cogens: An european concept? An emancipatory conceptual review from the interamerican system of human rights. **Revista de Direito Internacional**, Brasil, v. 15, n. 1, 2018, p. 123-137.

SUMMERS, Robert S.. Departures from Precedent. In: **Interpreting Precedents: A Comparative Study**. 1. ed. Nova York: Routledge, 2016, p. 520.

SUNSTEIN, Cass R. Analogical Reasoning and Precedent. In: **Philosophical Foundations of Precedent**. Oxford: Oxford University Press, 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 496**. Tribunal Pleno, julgado em 22 de junho de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 743**. Tribunal Pleno, julgado em 20 de março de 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 760**. Tribunal Pleno, julgado em 14 de março de 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 991 (MC-Ref)**. Tribunal Pleno, julgado em 8 de agosto de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43**. Tribunal Pleno, julgado em 7 de novembro de 2019

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 2943**. Tribunal Pleno, julgado em 2 de maio de 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 3239**. Plenário, julgamento em 8 de fevereiro de 2018

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275**. Tribunal Pleno, julgado em 1º de março de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 4439**. Tribunal Pleno, julgado em 27 de setembro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5240**. Tribunal Pleno, julgado em 20 de agosto de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5668**. Tribunal Pleno, julgado em 1º de julho de 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5793**. Tribunal Pleno, julgado em 1º de julho de 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 580252**. Tribunal Pleno, julgado em 23 de março de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6281**. Tribunal Pleno, julgado em 17 de fevereiro de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 59**. Tribunal Pleno, julgado em 3 de março de 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal 470 (25º AgR)**. Tribunal Pleno, julgado em 18 de setembro de 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agravo em Recurso Extraordinário 1099099**. Tribunal Pleno, julgado em 26 de novembro de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153**. Tribunal Pleno, julgado em 29 de abril de 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347**. Plenário Virtual, julgamento em 4 de outubro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 378**. Tribunal Pleno, julgado em 17 de dezembro de 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Extradição 1362**. Tribunal Pleno, julgado em 9 de novembro de 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus 152752**. Tribunal Pleno, julgado em 4 de abril de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 635**. Tribunal Pleno, julgado em 18 de agosto de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Petição 3388**. Tribunal Pleno, julgado em 3 de dezembro de 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso em Habeas Corpus 142608**. Tribunal Pleno, julgado em 12 de dezembro de 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 1017365**. Plenário, julgamento em 27 de setembro de 2023

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 466343**. Tribunal Pleno, julgado em 3 de dezembro de 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 580252**. Tribunal Pleno, julgado em 16 de setembro de 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário 670422**. Tribunal Pleno, julgado em 15 de agosto de 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso Extraordinário com Agravo 1225185**. Plenário, julgamento em 3 de outubro de 2024.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Referendo na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6119**. Tribunal Pleno, julgado em 21 de setembro de 2022.

SWEET, Alec Stone; RYAN, Clare. Beyond Individual Justice. In: **A Cosmopolitan Legal Order: Kant, Constitutional Justice, and the European Convention on Human Rights**. Oxford: Oxford University Press, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198825340.003.0005>>. Acesso em: 3 jul. 2023.

TAMS, Christian J.. The ICJ as a ‘Law-Formative Agency’: Summary and Synthesis. In: **The Development of International Law by the International Court of Justice**. Oxford: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199653218.003.0016>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

TAPIA HERRERA, René; CANDIA FALCÓN, Gonzalo. Los Estándares Interamericanos de Derechos Humanos y El Estado de Derecho: Una Evaluación Crítica. **Revista chilena de derecho**, v. 50, n. 2, p. 157–184, 2023.

TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: **Interpreting Precedents**. Nova York: Routledge, 1997, p. 440.

TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing Precedents. In: **Interpreting Precedents**. Nova York: Routledge, 1997, p. 440.

THOUVENIN, Jean-Marc. On different res : res judicata, res interpretata, res praescripta (or indicata), res deliberata. **The Japanese Yearbook of International Law**, 2022. Disponível em: <<https://hal.science/hal-04452216>>. Acesso em: 5 maio 2024. Sobre o uso da doutrina da *res interpretata* no sistema interamericanos trataremos com mais vagar na Parte 2.

TLADI, Dire. Representation, Inequality, Marginalization, and International Law-Making: The Case of the International Court of Justice and the International Law Commission. **UC Irvine Journal of International, Transnational, and Comparative Law**, v. 7, n. 1, p. 60, 2022.

TREVES, Tullio. Aspects of Legitimacy of Decisions of International Courts and Tribunals. In: **Legitimacy in International Law**. Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg, 2008. v. 194, p. 169-188

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas dos direitos humanos no século XXI. Conferências proferidas pelo Autor no XXXIII Curso de Direito Internacional Organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, no Rio de Janeiro, em 18 e 21-22

de agosto de 2006, p. 438. Consultado em
<<https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20oea%20cji%20%20.def.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2025

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. El acceso directo de los individuos a los tribunales internacionales de derechos humanos. *In: ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. XXVII Curso de Derecho Internacional*: conferencias pronunciadas. Rio de Janeiro, agosto de 2000. Washington: Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, 2001, p. 243–284. Disponível em <https://www.oas.org>.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reflexões sobre o método comparado no Direito Internacional. *In: O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Reflexões sobre o método comparado no Direito Internacional. *In: O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume 2**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume 2**. Porto Alegre: Fabris, 1999.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos: volume 3**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 95-102.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Voto Razonado. CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Voto Razonado. CORTE IDH. **Caso El Amparo vs. Venezuela**. Fondo. Sentencia de 18 de enero de 1995. Serie C No. 19.

TZANAKOPOULOS, Antonios. **Domestic Courts in International Law**: The International Judicial Function of National Courts. Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review, vol. 34, 2011.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. *In: AUST, Helmut Philipp; NOLTE, Georg (org.). The Interpretation of International Law by Domestic Courts*: Uniformity, Diversity, Convergence. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 74-75. Disponível em:
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue as a Means of Interpretation. *In: The Interpretation of International Law by Domestic Courts*: Uniformity, Diversity, Convergence. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 80. Disponível em:
<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198738923.003.0005>. Acesso em: 12 jun. 2023.

TZANAKOPOULOS, Antonios. Judicial Dialogue in Multi-level Governance: The Impact of the Solange Argument. *In: The Practice of International and National Courts and the*

(de-)Fragmentation of International Law. London: Bloomsbury Publishing Plc, 2014.

VENTURA-ROBLES, Manuel E. El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 14, p. 257–280, 2014.

VENZKE, Ingo. International Courts' De Facto Authority and its Justification. In: **International Court Authority**. Oxford: Oxford University Press, 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/oso/9780198795582.003.0019>>.

VENZKE, Ingo. Semantic authority. In: **Concepts for International Law**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019, p. 815, tradução nossa. Disponível em: <<https://www.elgaronline.com/view/edcoll/9781783474677/9781783474677.00059.xml>>. Acesso em: 26 maio 2023.

VENZKE, Ingo. The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working out the Jurisgenerative Practice of Interpretation Symposium Issue. **Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review**, v. 34, n. 1, p. 111–114, 2011.

VERGARA, Marcela Molina. Estándares jurídicos internacionales: Necesidad de un análisis conceptual. **Revista de derecho (Coquimbo)**, v. 25, n. 1, p. 245, 2018.

VOETEN, Erik. Borrowing and Nonborrowing among International Courts. **The Journal of Legal Studies**, v. 39, n. 2, p. 547–576, 2010.

VON BOGDANDY, Armin. **The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach**. 1. ed. Oxford: Oxford University Press Oxford, 2024, fls. 213-217. Disponível em: <<https://academic.oup.com/book/56270>>. Acesso em: 7 jun. 2024.

VON BOGDANDY, Armin. **The Emergence of European Society through Public Law: A Hegelian and Anti-Schmittian Approach**. Oxford: Oxford University Press, 2024, pp. 243-244. Disponível em: <https://academic.oup.com/book/56270>. Acesso em: 7 jun. 2024.

VON BOGDANDY, Armin; VENZKE, Ingo. The Spell of Precedents: Lawmaking by International Courts and Tribunals. In: **The Oxford Handbook of International Adjudication**. Oxford: Oxford University Press, 2013. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/law/9780199660681.003.0023>>. Acesso em: 5 jun. 2023.

VON BOGDANDY, Armin; WOLFRUM, Rüdiger.; VON BERNSTORFF, Jochen; DANN, Philipp; GOLDMANN, Matthias. **The Exercise of Public Authority by International Institutions: Advancing International Institutional Law**. Berlin, Heidelberg: Springer, 2010. v. 210.

WÄHLISCH, Martin. Cognitive Frames of Interpretation in International Law. In: **Interpretation in International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2015. Disponível em: <<https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780198725749.003.0016>>. Acesso em: 12 jun. 2023.

WEBER, Rosa. Voto da relatora. In: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 623**. Tribunal Pleno, julgado em 22 de maio de 2023, pp. 30 e 31.

WEBER, Rosa. Voto da Relatora. *In*: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 748**. Tribunal Pleno, julgado em 23 maio 2022.

WISNIK, Guilherme. **Dentro do nevoeiro**: diálogos cruzados entre arte e arquitetura contemporânea. São Paulo: Universidade de São Paulo, 10 maio 2012.

WOLFRUM, Rüdiger. Sources of International Law. *In*: **Max Planck Encyclopedia of Public International Law**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

ZAFFARONI, Raúl. Voto dissidente. *In*: CORTE IDH. **La figura de la reelección presidencial indefinida en Sistemas Presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos** (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Serie A No. 28, p. 2.

ZYBERI, Gentian. The Interpretation and Development of International Human Rights Law by the International Court of Justice. *In*: **Human Rights Norms in ‘Other’ International Courts**. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2019, fls. 29-31. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/product/identifier/9781108584623%23CN-bp-2/type/book-part>>. Acesso em: 30 jun. 2024.

ANEXO - CORPO DE ANÁLISE DO STF

Tabela 13 - Lista de acórdãos do plenário do STF analisados

Nº do processo	Relator	Julgamento	Publicação
ADC 42	Luiz Fux	28/02/2018	13/08/2019
ADC 43	Marco Aurélio	07/11/2019	12/11/2020
ADC 43 MC	Marco Aurélio	05/10/2016	07/03/2018
ADI 1055	Gilmar Mendes	15/12/2016	01/08/2017
ADI 2404	Dias Toffoli	31/08/2016	01/08/2017
ADI 2566	Alexandre De Moraes	16/05/2018	23/10/2018
ADI 2943	Edson Fachin	02/05/2024	10/09/2024
ADI 3239	Cezar Peluso	08/02/2018	01/02/2019
ADI 3294	Dias Toffoli	22/03/2021	26/05/2021
ADI 3329	Gilmar Mendes	24/06/2024	01/07/2024
ADI 3337	Gilmar Mendes	24/06/2024	01/07/2024
ADI 3446	Gilmar Mendes	08/08/2019	31/07/2020
ADI 3486	Dias Toffoli	12/09/2023	14/11/2023
ADI 3738	Marco Aurélio	04/11/2020	10/02/2021
ADI 4031	Rosa Weber	02/10/2023	09/11/2023
ADI 4263	Roberto Barroso	25/04/2018	28/10/2020
ADI 4275	Marco Aurélio	01/03/2018	07/03/2019
ADI 4277	Ayres Britto	05/05/2011	14/10/2011
ADI 4439	Roberto Barroso	27/09/2017	21/06/2018
ADI 4451	Alexandre de Moraes	21/06/2018	06/03/2019
ADI 4652	Roberto Barroso	13/06/2023	13/07/2023
ADI 4815	Cármen Lúcia	10/06/2015	01/02/2016
ADI 5122	Edson Fachin	03/05/2018	20/02/2020
ADI 5240	Luiz Fux	20/08/2015	01/02/2016

ADI 5243	Alexandre de Moraes	11/04/2019	05/08/2019
ADI 5315	Luís Roberto Barroso	04/09/2023	07/11/2023
ADI 5418	Dias Toffoli	11/03/2021	25/05/2021
ADI 5547	Edson Fachin	22/09/2020	06/10/2020
ADI 5591	Cármen Lúcia	22/03/2021	05/05/2021
ADI 5617	Edson Fachin	15/03/2018	03/10/2018
ADI 5668	Edson Fachin	01/07/2024	21/08/2024
ADI 5766	Roberto Barroso	20/10/2021	03/05/2022
ADI 5783	Rosa Weber	06/09/2023	14/11/2023
ADI 5793	Cristiano Zanin	01/07/2024	13/08/2024
ADI 6062 MC-Ref	Roberto Barroso	01/08/2019	29/11/2019
ADI 6119	Edson Fachin	03/07/2023	03/10/2023
ADI 6119 MC-Ref	Edson Fachin	21/09/2022	23/11/2022
ADI 6134 MC	Rosa Weber	03/07/2023	05/09/2023
ADI 6138	Alexandre de Moraes	23/03/2022	09/06/2022
ADI 6139	Edson Fachin	03/07/2023	06/09/2023
ADI 6139 MC-Ref	Edson Fachin	21/09/2022	27/04/2023
ADI 6148	Cármen Lúcia	05/05/2022	15/09/2022
ADI 6225	Cármen Lúcia	23/08/2021	01/09/2021
ADI 6259	Alexandre de Moraes	22/08/2023	14/09/2023
ADI 6281	Luiz Fux	17/02/2022	26/05/2022
ADI 6298	Luiz Fux	24/08/2023	19/12/2023
ADI 6347 MC-Ref	Alexandre de Moraes	30/04/2020	14/08/2020
ADI 6466	Edson Fachin	03/07/2023	05/09/2023
ADI 6466 MC-Ref	Edson Fachin	21/09/2022	19/12/2022
ADI 6512	Edson Fachin	21/12/2020	10/02/2021
ADI 6513	Edson Fachin	21/12/2020	10/02/2021

ADI 6514	Cármén Lúcia	29/03/2021	04/05/2021
ADI 6515 MC-Ref	Roberto Barroso	23/11/2020	03/12/2020
ADI 6680 MC	Rosa Weber	03/07/2023	05/09/2023
ADI 6957	Edson Fachin	17/12/2022	06/02/2023
ADI 7013	Cármén Lúcia	03/07/2023	05/09/2023
ADI 7051	Roberto Barroso	26/06/2023	02/08/2023
ADI 7058 MC	André Mendonça	03/03/2022	26/05/2022
ADI 7219	Gilmar Mendes	01/07/2024	05/07/2024
ADI 7433	Cristiano Zanin	07/05/2024	02/07/2024
ADI 7492	Cristiano Zanin	14/02/2024	08/04/2024
ADO 26	Celso De Mello	13/06/2019	06/10/2020
ADO 59	Rosa Weber	03/11/2022	16/08/2023
ADO 63	André Mendonça	06/06/2024	10/12/2024
ADPF 1013	Luís Roberto Barroso	18/10/2023	05/02/2024
ADPF 1107	Cármén Lúcia	23/05/2024	26/08/2024
ADPF 1151	Dias Toffoli	09/12/2024	13/12/2024
ADPF 130	Carlos Britto	30/04/2009	06/11/2009
ADPF 132	Ayres Britto	05/05/2011	14/10/2011
ADPF 144	Celso De Mello	06/08/2008	26/02/2010
ADPF 153	Eros Grau	29/04/2010	06/08/2010
ADPF 187	Celso De Mello	15/06/2011	29/05/2014
ADPF 279	Cármén Lúcia	03/11/2021	14/02/2022
ADPF 347	Marco Aurélio	04/10/2023	19/12/2023
ADPF 347 MC	Marco Aurélio	09/09/2015	19/02/2016
ADPF 378 MC	Edson Fachin	17/12/2015	08/03/2016
ADPF 457	Alexandre de Moraes	27/04/2020	03/06/2020
ADPF 460	Luiz Fux	29/06/2020	13/08/2020

ADPF 461	Roberto Barroso	24/08/2020	22/09/2020
ADPF 462	Edson Fachin	01/07/2024	22/08/2024
ADPF 467	Gilmar Mendes	29/05/2020	07/07/2020
ADPF 496	Roberto Barroso	22/06/2020	24/09/2020
ADPF 526	Cármen Lúcia	11/05/2020	03/06/2020
ADPF 548	Cármen Lúcia	15/05/2020	09/06/2020
ADPF 548 MC-Ref	Cármen Lúcia	31/10/2018	06/10/2020
ADPF 572	Edson Fachin	18/06/2020	07/05/2021
ADPF 623	Rosa Weber	22/05/2023	18/07/2023
ADPF 635 MC	Edson Fachin	18/08/2020	02/06/2022
ADPF 635 MC-ED	Edson Fachin	03/02/2022	03/06/2022
ADPF 635 MC-TPI-Ref	Edson Fachin	05/08/2020	09/11/2020
ADPF 708	Roberto Barroso	04/07/2022	28/09/2022
ADPF 709 MC-Ref	Roberto Barroso	05/08/2020	07/10/2020
ADPF 743	André Mendonça	20/03/2024	11/06/2024
ADPF 748	Rosa Weber	23/05/2022	05/08/2022
ADPF 748 MC-Ref	Rosa Weber	30/11/2020	10/12/2020
ADPF 749	Rosa Weber	14/12/2021	10/01/2022
ADPF 760	Cármen Lúcia	14/03/2024	26/06/2024
ADPF 779	Dias Toffoli	01/08/2023	06/10/2023
ADPF 779 MC-Ref	Dias Toffoli	15/03/2021	20/05/2021
ADPF 787	Gilmar Mendes	17/10/2024	18/12/2024
ADPF 850	Rosa Weber	19/12/2022	28/04/2023
ADPF 850 MC-Ref	Rosa Weber	11/11/2021	22/03/2022
ADPF 991 MC-Ref	Edson Fachin	08/08/2023	02/10/2023
AP 1067 EI-AgR	Alexandre de Moraes	14/10/2024	04/12/2024
AP 1069 AgR	Alexandre de Moraes	23/09/2024	16/10/2024

AP 1074 AgR	Alexandre de Moraes	06/11/2024	18/12/2024
AP 1192 EI-ED	Alexandre de Moraes	30/09/2024	16/10/2024
AP 470	Joaquim Barbosa	17/12/2012	22/04/2013
AP 470 AgR-vigésimo quinto	Joaquim Barbosa	18/09/2013	17/02/2014
AP 470 AgR-vigésimo sétimo	Joaquim Barbosa	18/09/2013	17/02/2014
AP 470 AgR-vigésimo sexto	Joaquim Barbosa	18/09/2013	17/02/2014
AP 536 QO	Roberto Barroso	27/03/2014	12/08/2014
AP 891	Marco Aurélio	24/02/2021	26/04/2021
AP 937 QO	Roberto Barroso	03/05/2018	11/12/2018
ARE 1099099	Edson Fachin	26/11/2020	12/04/2021
ARE 1225185	Gilmar Mendes	03/10/2024	16/12/2024
ARE 1385315	Edson Fachin	11/04/2024	20/06/2024
ARE 1405505 AgR	Rosa Weber	12/09/2023	21/02/2024
ARE 843989	Alexandre de Moraes	18/08/2022	12/12/2022
Ext 1126	Joaquim Barbosa	22/10/2009	11/12/2009
Ext 1362	Edson Fachin	09/11/2016	27/08/2018
HC 126292	Teori Zavascki	17/02/2016	17/05/2016
HC 152752	Edson Fachin	04/04/2018	27/06/2018
HC 154248	Edson Fachin	28/10/2021	23/02/2022
HC 208240	Edson Fachin	11/04/2024	28/06/2024
HC 87395	Ricardo Lewandowski	23/03/2017	13/03/2018
Inq 2704	Rosa Weber	17/10/2012	27/02/2013
Inq 4513 AgR	Luís Roberto Barroso	5/9/2022	19/12/2022
MI 4733	Edson Fachin	13/06/2019	29/09/2020
Pet 3388	Carlos Britto	19/03/2009	01/07/2010
Rcl 29303	Edson Fachin	06/03/2023	10/05/2023

RE 1010606	Dias Toffoli	11/02/2021	20/05/2021
RE 1017365	Edson Fachin	27/09/2023	15/02/2024
RE 1075412	Marco Aurélio	29/11/2023	08/03/2024
RE 1167478	Luiz Fux	08/11/2023	08/03/2024
RE 1209429	Marco Aurélio	10/06/2021	20/10/2021
RE 1212272	Gilmar Mendes	25/09/2024	26/11/2024
RE 1235340	Luís Roberto Barroso	12/09/2024	13/11/2024
RE 1282553	Alexandre De Moraes	04/10/2023	15/12/2023
RE 466343	Cezar Peluso	03/12/2008	05/06/2009
RE 511961	Gilmar Mendes	17/06/2009	13/11/2009
RE 580252	Alexandre de Moraes	16/2/2017	11/9/2017
RE 591054	Marco Aurélio	17/12/2014	26/02/2015
RE 592581	Ricardo Lewandowski	13/08/2015	01/02/2016
RE 601182	Marco Aurélio	08/05/2019	02/10/2019
RE 625263	Gilmar Mendes	17/03/2022	06/06/2022
RE 646721	Marco Aurélio	10/05/2017	11/09/2017
RE 654833	Alexandre de Moraes	20/04/2020	24/06/2020
RE 670422	Dias Toffoli	15/08/2018	10/03/2020
RE 859376	Luís Roberto Barroso	17/04/2024	10/12/2024
RE 878694	Roberto Barroso	10/05/2017	06/02/2018
RE 886131	Luís Roberto Barroso	30/11/2023	18/03/2024
RE 929670	Ricardo Lewandowski	01/03/2018	12/04/2019
RE 979742	Luís Roberto Barroso	25/09/2024	26/11/2024
RE 999435	Marco Aurélio	08/06/2022	15/09/2022
RHC 142608	Edson Fachin	12/12/2023	12/04/2024
RvC 5508 MC-Ref	Nunes Marques	05/09/2022	16/12/2022

Fonte: próprio autor

Tabela 14 - Lista de acórdãos do STF excluídos com a razão da exclusão

Titulo	Razão de exclusão
ARE 1385315 RG	Apenas o reconhecimento da rep geral
ARE 1054490 QO	Apenas o reconhecimento da rep geral
Inq 2606	Menção a cargo ou a participação em ato vinculado ao SIDH
Inq 2842	Menção a cargo ou a participação em ato vinculado ao SIDH
RE 669367	Menção a cargo ou a participação em ato vinculado ao SIDH
ADI 7228	Menção a cargo ou a participação em ato vinculado ao SIDH
ADO 20	Menção a cargo ou a participação em ato vinculado ao SIDH
ADI 4424	Menção apenas à Comissão interamericana
ADI 6362	Menção apenas à Comissão interamericana
ADI 6363 MC-Ref	Menção apenas à Comissão interamericana
ADPF 54	Menção apenas à Comissão interamericana
ADPF 607	Menção apenas à Comissão interamericana
ADPF 690 MC-Ref	Menção apenas à Comissão interamericana
ADPF 709 TPI-Ref	Menção apenas à Comissão interamericana
ADPF 714	Menção apenas à Comissão interamericana
ADPF 714 MC-Ref	Menção apenas à Comissão interamericana
ADPF 742 MC	Menção apenas à Comissão interamericana
ARE 1121633	Menção apenas à Comissão interamericana
ARE 1309642	Menção apenas à Comissão interamericana
Rcl 23899	Menção apenas à Comissão interamericana
RE 459510	Menção apenas à Comissão interamericana
RE 806339	Menção apenas à Comissão interamericana
STP 1007 MC-Ref	Menção apenas à Comissão interamericana
ADI 6023 AgR	Menção em relatório

ADPF 496 ED	Menção em relatório
ADPF 527	Menção em relatório
ADPF 850 MC-Ref-Ref	Menção em relatório
ADPF 854 MC-Ref-Ref	Menção em relatório
AR 2686 AgR	Menção em relatório
AR 2745 AgR-ED-AgR	Menção em relatório
ARE 1421924 AgR	Menção em relatório
ARE 1447463 AgR	Menção em relatório
HC 239162	Menção em relatório
MS 38472 AgR	Menção em relatório
RE 511961 ED	Menção em relatório
ADI 4109	Menção em título de doutrina citada
RE 971959	Menção em título de doutrina citada
ADI 6421 MC	Referência a prática da Corte IDH ou da OEA
ADI 4768	Referência a prática da Corte IDH ou da OEA
ADI 6260	Referência em ementa citada, em ponto distinto do caso
ADI 7110	Referência em ementa citada, em ponto distinto do caso

Fonte: Próprio autor