

# CRITÉRIOS PARA VINCULAÇÃO AOS PRECEDENTES DE CORTES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: UM MODELO DE PERSUAÇÃO

## CRITERIA FOR BOUNDING PRECEDENTS OF INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS COURT: A PERSUASION MODEL

Felipe Klein Gussoli<sup>1</sup>

**Resumo:** O artigo detalha os requisitos para recepção de precedentes de Cortes internacionais de direitos humanos pelos órgãos julgadores nacionais brasileiros. A partir de um recorte metodológico que leva em conta a análise do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, busca estabelecer critérios para verificação da aplicabilidade de precedentes internacionais em um modelo de persuasão, cuja superação do ônus argumentativo no caso concreto permite o órgão nacional afastar a orientação sugerida pelo intérprete oficial de um tratado internacional de direitos humanos. Sem desconsiderar a importância e vinculação dos precedentes da Cortes internacionais, o artigo aponta caminhos para estabelecimento de diálogos verdadeiros entre os tribunais de diferentes ordens jurídicas.

**Palavras-Chave:** Controle de Convencionalidade. Tratado Internacional de Direitos Humanos. Precedentes. Margem de apreciação. Soberania.

**Abstract:** *The article details the criteria for the reception of precedents of International Courts of human rights by the Brazilian national judging organs. Based on a methodological approach that takes into account the analysis of the Inter-American Human Rights System, it seeks to establish criteria to verify the applicability of international precedents in a persuasion model, whose overcoming of the argumentative burden in the concrete case allows the national judges to move away from orientation suggested by the official interpreter of an international human rights treaty. Without disregarding the importance and bounding to the precedents of the international courts, the article points out ways to establish true dialogues between the Courts of different legal orders.*

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Curitiba-PR). Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador Adjunto e Professor do Curso de Especialização em Direito Administrativo do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (Curitiba-PR, Brasil). Professor da graduação e do Curso de Especialização em Licitações e Contratos Administrativos da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Pesquisador do NUPED - Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Advogado em Curitiba-PR. E-mail: gussoli@hotmail.com.

**Key-Words:** *Conventionality control. International human rights treaty. Hierarchy of international treaties. Precedentes. Margin of appreciation. Sovereignty.*

**Sumário:** 1. Introdução; 2. O Brasil no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. 3. Há um caráter vinculante das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete oficial da Convenção Americana? 4. Um modelo de persuasão: o precedente internacional não é definitivo nem absoluto para os órgãos internos. 5. Critérios para internalização do precedente internacional no modelo de persuasão. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O efeito vinculante de precedentes de Cortes internacionais é assunto recorrente e envolto de polêmicas, especialmente quando se trata de Cortes responsáveis pela interpretação e garantia de tratados internacionais de direitos humanos. Não raro, em nome da soberania nacional, busca-se afastar decisões e recomendações de órgãos internacionais de proteção de direitos humanos. De outro lado, mais frequente ainda é a defesa irrestrita por parte de alguns para que se aplique sem qualquer mediação o caso internacional para resolução de litígios internos.

Diante disso, este estudo parte de questionamentos diretos e relevantes para resolução daqueles impasses. **A interpretação que os tribunais internacionais de direitos humanos outorgam aos pactos internacionais por meio de suas decisões é vinculante para os órgãos internos? Se sim, qual o grau de vinculação dos órgãos internos à jurisprudência das Cortes internacionais? Os efeitos das sentenças internacionais são limitados às partes do processo internacional ou são erga omnes?**

As perguntas instigam e geram profícuos debates acadêmicos e jurisprudenciais, posto que não há até o momento normas internas que regulamentem os efeitos das decisões de tribunais internacionais de direitos humanos no Brasil. De outro lado, não se descuida da importância que as respostas para aqueles questionamentos têm no dia-a-dia do processo legislativo, processo administrativo e processo judicial brasileiros. Afinal, a tão propagada auto-aplicabilidade dos dispositivos de tratados de direitos humanos nem sempre está acompanhada da aplicação das normas no modo como interpretadas pelas Cortes internacionais, o que lhes diminui efetividade (SLOSS, 2015).

Os limites desse trabalho obrigam a restringir o estudo do caráter vinculante para terceiros das decisões e da interpretação das Cortes internacionais à Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), intérprete oficial da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ou Pacto de São José da Costa Rica). A Convenção é, sem dúvida, o principal instrumento de proteção de direitos humanos no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), motivo do recorte do objeto de estudo à Corte IDH. Não se trata de diminuir a importância do Sistema Global de Direitos Humanos. Os sistemas global e regionais são complementares, de modo que sua existência concomitante oferece ao indivíduo opções mais abrangentes de escolha e proteção (PIOVESAN, 2015, p. 338). No entanto, o

recorte é uma opção metodológica com vistas a propiciar um estudo direcionado e mais verticalizado acerca do caráter obrigatório (ou não) das decisões proferidas em casos internacionais pela Corte IDH.

Igualmente, este estudo limita-se ao exame da influência da jurisprudência da Corte IDH no Direito brasileiro, sem descuidar da importância das ações da Comissão Interamericana e sem excluir de antemão o caráter vinculante de suas recomendações. Diferentemente das sentenças da Corte, o descumprimento das recomendações da Comissão Interamericana não gera responsabilização internacional do Estado. Muito embora essa seja a regra, seguir as recomendações é modo de preservar o princípio da boa-fé da Convenção de Viena (Decreto n. 70.030/09), uma vez que a Comissão é um órgão de proteção da Convenção Americana com legitimidade para interpretar o tratado (BERNARDES, 2011, p. 147).

Aliás, como lembram Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann, após o Caso Loayza Tamayo a Corte IDH entende serem vinculantes também as recomendações da Comissão Interamericana, pelo princípio da boa-fé objetiva (2017, p. 82). No mesmo sentido, com base na internalização voluntária de tratados pelos Estados, Sergio García Ramírez chega a citar a defesa da "interpretação vinculante" para as sentenças, opiniões consultivas medidas provisórias e sentenças de cumprimento da Corte IDH em relação aos Estados que aderiram à Convenção Americana (2011, p. 138). Não obstante isso, o assunto, envolto de polêmica, não será tratado de modo exaustivo nesta sede, na qual a análise se limitará à natureza vinculante das sentenças e opiniões consultivas do órgão jurisdicional da Convenção Americana. Por último, importante mencionar que o recorte metodológico realizado não prejudica o aproveitamento dos critérios mais adiante sugeridos para casos oriundos de outras Cortes internacionais além da Interamericana.

## **2. O BRASIL NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

As respostas para as perguntas indicadas acima pressupõem o entendimento do funcionamento do sistema regional do qual o Brasil faz parte. O SIDH conta com quatro principais diplomas normativos: (i) Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948; (ii) Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, intitulada simplificada de Carta da OEA; (iii) Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica; e (iv) Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1988, também denominada Pacto de São Salvador (RAMOS, p. 114). Apesar desses quatro instrumentos, pode-se dizer que fundamentalmente a base do sistema é dual, porque seus instrumentos fundadores e sustentadores são a Carta da OEA e o Pacto de São José (FACHIN, 2009).

Por conta do que preveem esses dois instrumentos citados, os principais órgãos de atuação no SIDH são a Comissão e Corte IDH. É importante mencionar que o SIDH é supranacional, o que significa dizer que se rege por uma lógica diferente da estatal, impulsionada por especialistas em direitos humanos (seja na Comissão ou na Corte), e não pelos interesses dos Estados que indicam esses especialistas. (BERNARDES, 2011, p. 146).

A Comissão Interamericana foi instituída pela Carta da OEA e, nos termos do artigo 106, tem como função "promover o respeito e a defesa dos direitos humanos e servir como órgão consultivo da Organização em tal matéria". O mesmo dispositivo da Carta de 1948 previu, para o futuro, 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".

Dita Convenção foi assinada durante a Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em São José da Costa Rica na data de 22 de novembro de 1969. Além de prever uma série de direitos e deveres (Parte I), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos estruturou na sua Parte II os meios de proteção dos compromissos assumidos pelos Estados que aderiram ao tratado internacional. Designou-se como órgãos competentes para conhecer os assuntos da Convenção a Comissão Interamericana e a Corte IDH (artigo 33).

A Comissão é composta de sete membros, e tem entre suas *principais* funções, definidas no artigo 41 da Convenção Americana, as seguintes: (a) formulação de recomendações aos Estados em prol do fortalecimento dos direitos humanos e aperfeiçoamento da legislação interna; (b) recebimento de petições relativas ao descumprimento da Convenção pelos Estados partes, tanto por pessoas físicas quanto pelos Estados; (c) apresentação de relatório anual à OEA acerca dos avanços e retrocessos na proteção dos direitos humanos no SIDH.

Recebida uma denúncia pela Comissão Interamericana, ela tem o dever de verificar o cumprimento dos requisitos de análise (artigo 46).<sup>2</sup> Recebida a petição, o Estado é notificado para respondê-la, e é aberta a possibilidade de conciliação entre vítima e Estado (artigo 50). Caso não seja viabilizada uma solução amigável e nem seja sanada a violação identificada, além da publicação de relatório expositivo da contrariedade às normas da Convenção, a Comissão levará o caso à Corte IDH, nos termos de seu regulamento.

No SIDH, diferentemente, por exemplo, do que se passa no Sistema Europeu, o processo internacional perante a Corte de Direitos Humanos só tem início a partir da provocação da Comissão Interamericana ou de algum dos Estados partes do Pacto de São José (artigo 61.1). Até o presente momento, o indivíduo não é legitimado para dar início ao processo internacional, embora já se admita a participação da vítima como interessada no processo.

Por sua vez, a Corte IDH é o órgão jurisdicional criado pela Convenção Americana, composta por sete juízes, e tem competência consultiva e contenciosa (artigo 63 e 64). A competência consultiva existe para esclarecimento dos Estados a respeito da interpretação da Convenção e da adequação da legislação interna às normas do tratado. A competência contenciosa diz respeito à verificação de violação de algum preceito da Convenção por Estados que declararam expressamente sua submissão à Corte para resolução de litígios internacionais. Além da Convenção Americana, a Corte tem competência contenciosa para analisar violação aos direitos previstos nos arts. 8.1, "a" e 13 do Pacto de São Salvador (direito à associação sindical e à educação) e os direitos previstos na

---

<sup>2</sup> (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) Artigo 46. 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver

Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (GARCÍA RAMÍREZ, 2011, p. 136).

As sentenças da Corte são definitivas e inapeláveis (artigo 67), e os Estados se comprometem a cumprir integralmente seus dispositivos quando condenados (artigo 68). As sentenças da Corte IDH são sentenças internacionais. São, portanto, diferentes de sentenças estrangeiras, e por isso não precisam de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça e surtem efeitos por si só desde sua publicação (CEIA, 2013, p. 135).

Cabe aos Estados, em função do artigo 2 da Convenção, adotar todas as medidas legislativas e de outras naturezas necessárias à efetivação dos direitos previstos na Convenção, de que é intérprete oficial a Corte IDH (artigo 62). As sentenças da Corte não anulam as decisões judiciais ou administrativas internas (BREWER-CARÍAS; SANTOFIMIO GAMBOA, 2013, p. 60). Essa característica deixa de ser uma fraqueza a partir do momento que o Estado incorpora a Convenção e seus órgãos conferem normatividade superior a ela (SWEET, 2009, p. 7).

Seja como for, os efeitos da sentença são outros, consistentes em medidas geralmente reparadoras em sentido amplo. Diferentemente da Corte Europeia de Direitos Humanos, que faz amplo uso da doutrina da margem de apreciação, a Corte IDH estabelece em suas sentenças medidas concretas de reparação (TORELLY, 2017, p. 325). As sentenças da Corte IDH dirigem aos Estados não só obrigações de pagar, mas também de fazer e de não-fazer (COELHO, 2008, p. 108). Até que a sentença seja cumprida, em decorrência de construção jurisprudencial da Corte IDH e não por previsão no tratado constitutivo, existe o monitoramento e supervisão por parte do tribunal de modo a pressionar o Estado a respeitar a autoridade da decisão internacional. Segundo a jurisprudência da Corte IDH, a legitimidade de supervisionar o cumprimento de suas sentenças é ínsita à função jurisdicional que lhe é própria (BICALHO, 2011, p. 49).

Caso o Estado se recuse a cumprir as sentenças, é responsabilizado internacionalmente. Ademais, está definido na Convenção que anualmente a Corte enviará relatório à OEA informando a Assembleia Geral da Organização sobre os Estados que descumprem suas sentenças (artigo 65).

De outra sorte, a competência consultiva se manifesta por meio das opiniões emitidas pela Corte a pedido de Estados que fazem parte da OEA (artigo 64).<sup>3</sup> Não é preciso reconhecer a competência contenciosa da Corte IDH para consultá-la sobre a interpretação do Pacto de São José ou de qualquer outro tratado.

Essas amplas competências reconhecidas pelos Estados que aderiram à Convenção fazem desta o mais importante tratado de direitos humanos do SIDH, e, no contexto brasileiro, o mais importante tratado de direitos humanos em vigor no Brasil. De fato, não se pode mais pôr em dúvida a vigência do Pacto de São José da Costa no Brasil, incorporado no ordenamento jurídico desde a

---

permitted to be presumed prejudiced in his rights or access to the internal jurisdiction, or if he has been exhausted; and c. if the delay in the decision on the mentioned appeals is unjustified.

<sup>3</sup> (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) 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.

publicação do Decreto n. 678 de 6 de novembro de 1992. O decreto marca o momento de ingresso do tratado no plano interno (FRAGA, 2004, p. 317).

A recepção de tratados internacionais enaltece a criação de órgãos internacionais responsáveis pela sua interpretação e aplicação, fato gerador de um reforço jurídico e sociológico dos direitos previstos naqueles instrumentos internacionais (CAMPOS, 1991, p. 358). Sob essa perspectiva, também não se duvida da competência da Corte IDH para conhecer dos assuntos relativos ao cumprimento das obrigações contidas no Pacto de São José pelo Estado brasileiro, desde o depósito de aceitação da competência obrigatória da Corte IDH junto à Secretaria-Geral da OEA em 10 de dezembro de 1998.<sup>4</sup> O Brasil, anos após a incorporação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, declarou expressamente o reconhecimento da competência da Corte IDH para interpretação e aplicação desse tratado, e no artigo 1º do Decreto Executivo n. 4.463/2002 reconheceu-se expressamente a competência interpretativa e contenciosa da Corte.<sup>5</sup>

### **3. HÁ UM CARÁTER VINCULANTE DAS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, INTÉRPRETE OFICIAL DA CONVENÇÃO AMERICANA?**

Apesar do longo tempo de vigência do Pacto de São José no Brasil, "tem sido notado pouco impacto das decisões da Corte no debate constitucional nacional" (SANTOS; TEIXEIRA, 2016, p. 273). Por isso, de modo a contornar o cenário de precariedade na tutela do Direito Internacional dos Direitos Humanos, e para a efetivação do processo de aplicação e interpretação convencionalmente adequada dos tratados de direitos humanos, é fundamental o conhecimento do conteúdo atribuído aos direitos pelos seus intérpretes oficiais. Por isso "é indispensável o estudo dos direitos humanos *interpretados pelos tribunais nacionais e internacionais*" (RAMOS, 2015, p. 102).

No que tange ao objeto específico deste estudo, a competência interpretativa da Corte IDH está reconhecida expressamente na Convenção, em seu artigo 62.1: "Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos **relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção**" (grifo nosso).

Nesse quadro, o argumento mais comum para vincular a jurisprudência da Corte IDH para terceiros que não são partes de um processo internacional a todos os Poderes de Estado é o seguinte: o tribunal internacional é o intérprete último da Convenção, segundo consta no artigo 62.1, regra vigente em diversos Estados signatários do Pacto de São José da Costa Rica (SANTOFIMIO GAMBOA, 2016, p. 210). Ou seja, a linha argumentativa mais comum compreende o reconhecimento voluntário de que a jurisprudência das Cortes internacionais é responsável pelo estabelecimento de patamares mínimos de proteção, dentro dos quais o Estado está obrigado a seguir o posicionamento do órgão supranacional, sob pena de violar o tratado. Por sua vez, a compatibilização do ordenamento interno com esses

---

<sup>4</sup> O artigo 7º do ADCT se efetivou em 1998, com a aceitação da competência da Corte IDH: "O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos".

<sup>5</sup> (Decreto Executivo nº 4.463/2002) Artigo 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com artigo 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

patamares mínimos definidos interpretativamente nas decisões internacionais vinculantes seria dever dos juristas e agentes públicos (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2007, p. 128).

No Brasil, a aceitação da competência contenciosa da Corte IDH a partir de 1988, aliada à interpretação conjunta do artigo 4º, II, artigo 5º, §§ 2º e 3º da Constituição e artigo 7º do ADCT, indicariam a vinculação de todos os órgãos de Estado à interpretação da Convenção tal como feita pela Corte de São José (BERNARDES, 2011, p. 148). Do mesmo modo que todos os Poderes de Estados e agentes públicos estão diretamente obrigados às normas estatais (MAZZUOLI, 2014, p. 396), a interpretação que a Corte IDH atribui à Convenção Americana e os juízos que elabora sobre normas internas (na competência consultiva ou contenciosa) vincularia toda manifestação jurídica e ato material estatal relativos a questões de fato análogas. As normas de Direito Internacional de Direitos Humanos, "juntamente com a interpretação dada pelas Cortes e Tribunais Internacionais devem servir de parâmetro para os que exercem a jurisdição no âmbito doméstico brasileiro" (MOREIRA, 2015, p. 212). Assim, a incorporação dos tratados de direitos humanos presumiria a incorporação da interpretação que os órgãos internacionais conferem aos pactos (GALINDO, 2005, p. 128-129), o que naturalmente se manifesta nas sentenças e opiniões consultivas (MAZZUOLI, 2013, p. 108) (CARBONELL, 2013, p. 83).

Desta forma, o fato de o artigo 62.1 da Convenção Americana posicionar a Corte IDH como intérprete oficial do tratado é o principal argumento da jurisprudência internacional em defesa do caráter vinculante de seus precedentes. Mais relevante ainda é que além de outorgada essa competência interpretativa da Convenção à Corte IDH, nenhum outro instrumento internacional atribuiu a outro órgão tal incumbência (GARCÍA RAMÍREZ, 2011, p. 135). Logo, o Estado que internaliza o Pacto de São José termina por reconhecer a Corte IDH como detentora da palavra final sobre a interpretação correta da Convenção, com exclusão de qualquer outro órgão.

Por meio do uso da doutrina do controle de convencionalidade, a Corte IDH já defendeu **expressamente** a vinculação de sua jurisprudência pelos Estados. No voto do Caso *Almonacid Arellano vs. Chile* consta esse suposto dever de acatar a interpretação que a Corte dá à Convenção em seus julgados. Naquele caso, julgado no ano de 2006, a Corte IDH definiu a obrigatoriedade do controle de convencionalidade e da aplicação da interpretação que a última intérprete do Pacto de São José da Costa Rica faz de seus dispositivos. No parágrafo 124 da sentença constou o trecho sempre repetido nos julgados e doutrina sobre a temática: "Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a sua interpretação feita pela Corte Interamericana, última intérprete da Convenção Americana" (CORTE, 2006, § 124).

Sete anos depois, de modo emblemático, no Caso *Guelman vs. Uruguai*, a Corte IDH se posicionou pela existência de efeitos *erga omnes* dos seus julgados, para além dos Estados-parte da Convenção, distinguindo assim duas consequências do controle de convencionalidade pelos órgãos estatais: (a) o efeito direto das sentenças sobre os Estados partes de algum processo internacional, situação em que a coisa julgada internacional obriga o cumprimento de uma decisão determinada por todos os agentes estatais; e (b) o efeito *erga omnes*, incidente sobre Estados partes da Convenção que não tenham sido parte de um processo internacional, mas que em situações semelhantes se obrigam por meio de todos os seus órgãos a seguir a jurisprudência internacional (CORTE, 2013, §§ 67-69). A classificação da Corte IDH expõe a diferenciação entre o que Juan Carlos Hitters chama de (a) **vinculação direta às decisões**, que por força do artigo 62.1 da Convenção só acontece para o país

condenado e (b) **vinculação relativa ou indireta** “*erga omnes*”, obrigatória para todos os países signatários da Convenção, mesmo que não tenham participado do processo internacional (2015, p. 151-152).

Especialmente no parágrafo 69 do voto do cumprimento de sentença do mesmo Caso Guelman, a Corte fundamentou o dever dos juízes de realizar a "determinação, julgamento e resolução de situações particulares e casos concretos, levando em conta o próprio tratado e, segundo corresponda, os precedentes ou diretrizes jurisprudenciais da Corte Interamericana" (2013, § 69).

Entretanto, como explica Ezequiel Malarino, não se pode extrair de uma ou mais decisões da Corte IDH a obrigatoriedade de seguir suas interpretações, pois este seria um critério no mínimo falacioso. De acordo com o autor, a definitividade e irrecorribilidade das sentenças da Corte não podem ser confundidas com vinculação à jurisprudência. Ademais, em nenhum momento a Convenção estabelece uma regra de *stare decisis*, e violaria o princípio da separação dos poderes aceitar que o Judiciário (ou a Administração) criasse, à revelia do Poder Legislativo, uma regra de vinculação a precedentes no sistema de *civil law* (2011, p. p. 438-440). De acordo com essa lógica, o fundamento da obrigatoriedade de seguir a jurisprudência internacional deve ser outro que não a **própria jurisprudência** da Corte. Deve existir algum outro fundamento jurídico, porque comumente se interpreta o Pacto de São José de modo a restringir os efeitos das decisões internacionais aos Estados litigantes.

Porém, ainda segundo Ezequiel Malarino, inexistiria esse fundamento jurídico, porque mesmo que a Corte IDH seja a última intérprete da Convenção, ela o seria apenas no âmbito de sua competência internacional. Isto é, segundo o autor, a Corte só disporia de autoridade nos processos internacionais por ela julgados, enquanto que no âmbito interno, o último intérprete da Convenção Americana seria o Poder Judiciário nacional, responsável pela interpretação jurídica do Direito internalizado (2011, p. 441). Essa diferenciação condicionaria uma interpretação diferente daquela propugnada pela Corte IDH no Caso Almonacid Arellano e no Caso Guelman e dispensaria os Poderes de Estado de seguir obrigatoriamente a jurisprudência da Corte.

Com argumentos semelhantes, e sem rejeitar a importância da jurisprudência da Corte, Augusto Durán Martínez nega o efeito *erga omnes* das decisões da Corte IDH porque: (a) a competência da Corte está definida na Convenção; (b) a Convenção restringe no artigo 68.1 os efeitos das decisões aos Estados partes do processo; (c) o artigo 69 da Convenção não admite extensão dos efeitos a outros Estados; (d) a Convenção não criou nem regula um sistema de *stare decisis*; (e) depreende-se da Convenção que os efeitos das decisões se restringem unicamente aos casos concretos; (f) a Corte não pode mediante suas decisões ampliar sua competência definida convencionalmente (DURÁN MARTÍNEZ, 2014, p. 120-121).

Por outro lado, a alta especialização de seus integrantes e seu importante papel não eximem as sentenças da Corte IDH de críticas. A ampla liberdade conferida pela Convenção em relação aos tipos de obrigações cabíveis nas sentenças internacionais proferidas seria inclusive problemática na medida em que dá à Corte margem excessiva de conformação de direitos e obrigações que a princípio não existiriam se não fosse a interpretação abrangente que se faz dos dispositivos convencionais. Como se nota, a crítica também passa pela questão do déficit democrático dos tribunais internacionais, um dado que realmente não pode ser desconsiderado (TORELLY, 2016, p. 114-115).



Apesar dos contrapontos, negar em qualquer grau os efeitos *erga omnes* e a vinculação às opiniões consultivas parece estar em desacordo com as diretrizes bases do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ademais, no caso brasileiro, essa postura de resistência parece negar os compromissos assumidos internacionalmente pelo Estado, que reconheceu expressamente e publicizou por via de decreto a competência contenciosa e interpretativa da Corte IDH no ano de 2002.<sup>6</sup> Deste modo, a postura resistente assumiria ares de *venire contra factum proprium* e atentado à segurança jurídica.

Ou seja, em que pese as considerações críticas, não se pode admitir de maneira alguma a adoção de interpretação, por parte do Judiciário brasileiro, de posição frontalmente **contrária** à jurisprudência da Corte IDH em casos semelhantes. Afinal, isso seria desobedecer ao próprio conteúdo do tratado internalizado, o artigo 27 da Convenção de Viena em vigor,<sup>7</sup> e provocaria responsabilização internacional do Brasil, com o que não se pode concordar (RAMOS, 2009, p. 282).

#### **4. UM MODELO DE PERSUASÃO: O PRECEDENTE INTERNACIONAL NÃO É DEFINITIVO NEM ABSOLUTO PARA OS ÓRGÃOS INTERNOS**

A obrigatoriedade de levar em conta ou **orientar-se** pela interpretação dada pela Corte IDH aos dispositivos da Convenção Americana, segundo Eleonora Mesquita Ceia, "decorre do princípio *pacta sunt servanda* [...], bem como da regra do artigo 27 da CVDT, que determina que os Estados não podem, por razões de direito interno, descumprir obrigações internacionais" (CEIA, 2013, p. 141).

Por sua vez, "levar em consideração" ou "orientar-se" nem de longe significa obrigar-se definitivamente. Muito diferentemente de uma vinculação absoluta, guiar-se pela jurisprudência da Corte IDH é, mediante um intenso exercício de fundamentação, "ser fiel à linguagem do outro tanto como afirmar a nossa própria" (KNOP, 2000, p. 530). Em outras palavras, não se pode "simplesmente substituir o nosso próprio ponto de vista pelo original, e ainda, se nós não fizermos nenhuma tentativa de relacionar aquele ponto de vista com o nosso próprio, ele perderá a habilidade de falar para nós sobre nós mesmos" (KNOP, 2000, p. 530). A juridicidade inclui além do conjunto de normas dos tratados internacionais de direito humanos "o caráter inicialmente vinculante das interpretações que os órgãos próprios de aplicação dos tratados realizam" (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2009, p. 84). Se o Estado concordou em cumprir a normativa convencional e aceitou submeter-se à jurisdição da Corte Internacional e responsabilizar-se em casos de violações, fugiria da lógica admitir que esse mesmo Estado pode escusar-se por sua mera vontade de seguir a jurisprudência do órgão jurisdicional competente para interpretar e aplicar as regras do tratado. O ônus argumentativo para fuga da aplicação da orientação jurisprudencial do órgão competente para interpretar a Convenção é inteiramente daquele que pretende afastá-la, e que deverá fundamentar amplamente as razões de inaplicabilidade dos precedentes, sob pena de violação ao princípio da juridicidade (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2009, p. 84).

---

<sup>6</sup> (Decreto Executivo nº 4.463/2002) Artigo 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com artigo 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998.

<sup>7</sup> (Decreto n. 7.030/09) Artigo 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Desta forma, a síntese aqui proposta é de que os contrapontos dos opositores à obrigatoriedade absoluta da jurisprudência internacional são elucidativos a respeito da problemática, e têm o potencial de demonstrar que possivelmente é melhor afastar-se de um modelo de vinculação **absoluta** para aceitar um modelo no qual a **persuasão**, além de refletir melhor a configuração pluralista global, possibilita diálogos mais frutíferos. No paradigma internacionalista abandona-se, assim, a perspectiva dicotômica e excludente “vinculante/não-vinculante” em direção a um modelo argumentativo (KNOP, 2000, p. 512-525). Mais correto é falar de complementaridade e de influências recíprocas das decisões de tribunais nacionais e internacionais. Ou seja, discorrer sobre a **prevalência** ou **imposição** de uma decisão internacional ou internacional seria conduta supérflua, como ressalta Cançado Trindade (TRINDADE, 2006, p. 59).

O papel dos tribunais nacionais e dos órgãos da Administração Pública responsáveis pela efetivação dos direitos humanos não pode ser diminuído, nem mesmo quando se admite a grande importância das Cortes internacionais de direitos humanos (LEAL, 2014). A subsidiariedade da atuação das Cortes internacionais torna essencial o papel dos tribunais nacionais e do efetivo cumprimento dos tratados pelo Estado e todos os seus agentes. Os sistemas de proteção de direitos humanos não são substitutivos das ordens nacionais. Ao contrário, eles são **subsidiários**, além de conter em seus tratados um piso mínimo de proteção aos direitos humanos (PIOVESAN, 2015, p. 239). Desta feita, o modo com que os tribunais nacionais interpretam e aplicam os tratados é que definirá o grau de respeito de uma nação ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (MAUÉS; MAGALHÃES, 2016, p. 78). São os tribunais nacionais e a Administração Pública de cada Estado os primeiros responsáveis pelas garantias previstas nos instrumentos convencionais. Desconsiderar totalmente a competência dos agentes públicos nacionais e pressupor que são desqualificadas as suas decisões não é o caminho ideal para fortalecimento do ideal protetivo que fundamenta o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Obviamente que no contexto plural é impossível inexistir disputas e conflitos entre o conteúdo decidido pelas Cortes nacionais e internacionais. Esse é um dado inelutável da realidade. Por exemplo, os atritos entre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e os precedentes da Corte IDH são constantes, do que é exemplo mais recente a negativa do pedido de extradição feito pela Argentina na Extradicação n. 1.362, em que o Judiciário brasileiro rejeitou, por maioria de votos dos Ministros, a tese pacífica no SIDH da imprescritibilidade de crimes contra a humanidade (NOWAK, 2016). Outro exemplo de caso em que o Supremo Tribunal Federal divergiu da interpretação da Corte IDH está no processo de *impeachment* de Dilma Rousseff em comparação ao Caso Tribunal Constitucional vs. Peru. Caio Paiva e Thimotie Heemann comparam os dois casos para demonstrar que enquanto a Corte brasileira entendeu que o grau de imparcialidade em processo de *impeachment* é reduzido em função da natureza política do julgamento, para a Corte IDH deve haver ampla imparcialidade do Congresso mesmo nos julgamentos políticos. Assim, se para o Supremo Tribunal Federal pode haver juízo antecipatório e público por parte dos congressistas sobre seus votos (sem que isso configure impedimento ou suspeição), a diretriz é contrária à Convenção Americana segundo a Corte IDH (PAIVA; HEEMANN, 2017, p. 136). Os conflitos, como se disse, são um dado da realidade.

Em outras palavras, a existência paralela de direitos fundamentais e direitos humanos compreende o problema latente da diversidade de proteção na esfera nacional e internacional. Do mesmo modo, essa configuração leva ao problema de que "um mesmo instrumento legal receba interpretações divergentes, implicando conflitos transversais quanto à existência e aos conteúdos de

determinados direitos e obrigações" (TORELLY, 2016, p. 68). Por essas razões é que é mais útil (e esse é o ponto que realmente interessa) buscar maneiras de resolver esses conflitos (SWEET, 2009, p. 12) do que negar qualquer tipo de vinculação com base na interpretação isolada das normas legais e convencionais. Em suma, é inocente e ultrapassado falar em vinculação absoluta da jurisprudência internacional. O que não pode ocorrer é que ela seja ignorada (HITTERS, 2015, p. 129-130), mas tampouco deve ser aplicada cegamente, até mesmo porque passa, no âmbito interno, por "tradução" antes de servir de parâmetro interpretativo pelo Legislativo, Executivo ou Judiciário (KNOP, 2000, p. 506).

## 5. CRITÉRIOS PARA INTERNALIZAÇÃO DO PRECEDENTE INTERNACIONAL NO MODELO DE PERSUASÃO

Os conflitos entre normas ou interpretações são comuns. Os embates são inevitáveis, e o melhor jeito de resolvê-los possivelmente não seja por meio da força nem mesmo outorgando a alguém a competência de decisão final e impositiva, mas propiciando o desenvolvimento de sínteses interpretativas progressivas (GARCÍA RAMÍREZ, 2011, p. 129). André de Carvalho Ramos chama esse processo construtivo de "fertilização cruzada", segundo ele benéfico principalmente para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, "que lida com normas de redação genérica, contendo valores muitas vezes conflitantes" (RAMOS, 2011/2012, p. 514).

Sendo assim, a partir de uma perspectiva realista será ideal encontrar a interpretação adequada da Convenção Americana e do ordenamento jurídico brasileiro, à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que permita compreender de que modo e em que grau o Estado se vincula à jurisprudência da Corte IDH e se obriga às suas opiniões consultivas.

Quais seriam então os critérios de recepção do entendimento da Corte IDH? Ainda que descrente do efeito vinculante da jurisprudência da Corte IDH no plano nacional, Ezequiel Malarino propõe, com base na jurisprudência argentina, critérios para a utilização dos precedentes internacionais. Adotam-se, aqui, os critérios apontados pelo autor argentino, que preocupado em evitar arbitrariedades, lista quatro critérios de recepção:

(i) **Identificação da jurisprudência**, consistente na verificação obrigatória sobre a existência ou não de casos internacionais que decidiram questão que pode contribuir para o deslinde do feito (critério este que evita o uso retórico de decisões internacionais para apoiar soluções tomadas internamente);

(ii) **Identificação da *ratio decidendi* do caso internacional coletado**, de modo a excluir os *obiter dictum* da sentença da Corte como fundamentação vinculante;

(iii) **Verificação da aplicabilidade da doutrina extraída do caso internacional no caso concreto**, o que evita a utilização impertinente da jurisprudência internacional; e

(iv) **Verificação da compatibilidade da *ratio decidendi* da decisão internacional com a ordem constitucional**, último passo que garante a recepção de jurisprudência compatível com o Direito interno. Nesse último passo, caso o Tribunal nacional resolva pela incompatibilidade da jurisprudência internacional com o ordenamento interno, deverá fundamentar de modo a superar o ônus argumentativo que lhe cabe, o que nem sempre é fácil ou simples (MALARINO, p. 453-455). Este último critério é o teste de fogo do princípio *pro persona*. Afinal, se a jurisprudência internacional

representa patamar inferior de proteção do ser humano em relação à jurisprudência interna, aquela deverá ser desconsiderada. O ônus argumentativo para prova-lo, porém, é sempre bastante grande.

Os critérios apontados seguem em paralelo a proposta de André de Carvalho Ramos para a realização de um diálogo jurisdicional autêntico entre a jurisprudência brasileira e a internacional. De forma a evitar o uso retórico dos casos internacionais, muito comum no Supremo Tribunal Federal e em todo o Judiciário, o autor propõe quatro passos: (a) identificação dos dispositivos internacionais aplicáveis ao caso; (b) identificação da existência de caso internacional no qual o Brasil esteja envolvido e que tenha relação com o objeto da controvérsia; (c) identificação de jurisprudência internacional afeta ao caso; e (d) a identificação do grau de aplicação da norma internacional no caso e do grau de vinculação à jurisprudência identificada (RAMOS, 2015, p. 410).

Do mesmo modo que a leitura adequada da Constituição brasileira é a leitura orientada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o que teria fundamento no artigo 102, *caput* da Constituição<sup>8</sup>, a leitura adequada do tratado internacional é a leitura *orientada* pela Corte Internacional responsável pela sua interpretação autêntica. É dizer, a interpretação dos tratados internacionais deve ser **internacional**, inclusive como forma de unificar a interpretação do tratado por todos seus signatários e não criar uma colcha de retalhos interpretativa por cada ordem nacional (RAMOS, 2011/2012, p. 516-517). Afinal, seria difícil falar em **sistemas** de proteção de direitos humanos se não há um mínimo de unidade e coerência na interpretação e aplicação de normas de direitos humanos compartilhadas entre países.

Esse processo de utilização da jurisprudência internacional que considera a amplitude dos ordenamentos jurídicos e separa a *ratio decidendi* do caso daquilo que é o argumento acessório ou não resulta, ao final, em decisões inovadoras do ângulo do caso, nas quais a junção de argumentos variados culmina em decisão única para o caso concreto: "O ideal é, portanto, nem totalmente internacional nem totalmente nacional, mas um híbrido que expressa a relação entre eles" (KNOP, 2000, p. 506). Nas precisas palavras de Lilian Balmant Emerique e Sidney Guerra: "A prevalência da interpretação atribuída na esfera internacional deve ser dosada com certa margem nacional que atenda razoavelmente as particularidades nacionais, sempre que elas não desvirtuem a essência do que o tratado internacional pode assegurar" (EMERIQUE; GUERRA, 2008, p. 23).

## 6. CONCLUSÃO

A jurisprudência das Cortes internacionais é o instituto de convergência jurídica dos Estados irrefreavelmente interligados no contexto mundial contemporâneo (VEIRA; MORAIS, p. 2012, p. 181) por problemas diversos (ambientais, migratórios, sociais, informacionais e de segurança) e pela globalização das finanças e comunicações. Em função disso, a síntese que se defende é aquela em torno da consideração da jurisprudência internacional, verificação da *ratio decidendi* que lhe fundamenta e da impossibilidade de recusar-se a segui-la em contextos fáticos e jurídicos semelhantes. Essa conclusão está afinada com o sentido da norma do artigo 69 da Convenção Americana,<sup>9</sup> cujo comando determina a intimação de todos os Estados partes de cada sentença emitida pela Corte

---

<sup>8</sup> (Constituição Federal) Artigo 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...].

(CARBONELL, 2013, p. 81). Afinal, não faria sentido intimar acerca da sentença todos os Estados signatários da Convenção, inclusive os que não participaram do processo contencioso, se não fosse para os vincular de algum modo às decisões da Corte IDH (ALCALÁ, 2015, p. 346).

O que está vedado ao intérprete e juiz nacional, em todo caso, é ignorar solenemente a jurisprudência da Corte Internacional, ou mesmo utilizá-la como mero argumento de autoridade para ratificar uma posição já tomada (como de resto é comum no Brasil). Para afastar o precedente internacional é dever do operador jurídico expor as razões aptas para tanto, pois simplesmente ignorar a orientação da Corte para casos análogos significa deixar de aplicar uma norma convencional sem motivação suficiente e mediante infração à juridicidade reconhecida constitucionalmente (GUTIÉRREZ COLANTUONO, 2009, p. 85).

As considerações não descartam o papel primário dos tribunais, Legislativo e Administrações Públicas nacionais na construção conjunta de precedentes cada vez mais afinados com o Direito Internacional dos Direitos Humanos em evolução. Certamente, as decisões internacionais não são necessariamente melhores. Apesar da alta qualificação do corpo de juízes das Cortes Internacionais, não é esse o fator suficiente para legitimar a **imposição** de sua jurisprudência sem a mediação nacional. Mais do que vinculação em sentido forte, a jurisprudência internacional precisa ser observada como um teste das práticas nacionais, para verificar se elas são ou não mais protetivas aos direitos humanos e o quanto podem melhorar em comparação com elas mesmas e com aquelas praticadas em outros Estados.

Respeitados esses pressupostos, o fato é que existe certa dose de vinculação de Estados que não participaram do processo internacional à decisão final da Corte (ou seja, à sua jurisprudência). Esse grau de observância não existe em relação ao cumprimento do dispositivo de uma sentença em concreto, mas sim no modo em que as normas convencionais foram interpretadas pelo Tribunal e podem ser aplicadas em casos semelhantes. Esta é a interpretação do artigo 62.1 do Pacto de São José da Costa em acordo com a jurisprudência da Corte IDH e em consonância com os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos acatados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Importante mencionar, nesse sentido, que a jurisprudência brasileira, embora vacilante, encaminha-se para esse patamar de vinculação. No início do ano de 2017 a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça por exemplo, chegou a decidir, por unanimidade, a invalidade do tipo penal de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal, por afronta ao artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica. No Recurso Especial n. 1.640.084-SP, de relatoria do Min. Ribeiro Dantas, a Quinta Turma aderiu à fundamentação do voto do relator, reconhecendo que a "adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais nele reconhecidos" (BRASIL, 2017). Além de citar os Casos Almonacid Arellano e outros vs. Chile (para fundamentar o controle de convencionalidade), e os Casos Horácio Verbitsky (11.012) vs. Argentina e Palarama Iribane vs. Chile, da Comissão Interamericana (para fundamentar a contrariedade do crime de desacato à liberdade de expressão), os membros do Superior Tribunal de Justiça fizeram consignar no voto até mesmo que por força do que a Corte IDH decidiu no Caso Loayza Tamayo vs. Peru, "As recomendações da CIDH (Comissão Interamericana) assumem força normativa interna" (BRASIL, 2017a, p. 14-15). A Corte

---

<sup>9</sup> (Convenção Americana) Artigo 69. A sentença da Corte deve ser notificada às partes no caso e transmitida aos Estados Partes na Convenção.

brasileira ainda consignou no corpo do voto e na ementa do julgado a força normativa do artigo 29 da Convenção Americana e do princípio pro persona que a regra alberga, afirmando categoricamente que a norma faz preponderar a interpretação mais benéfica ao ser humano em caso de dúvida entre a validade ou não da norma brasileira que prevê o crime de desacato (BRASIL, 2017a).

Mais tarde, porém, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça reviu a posição da Quinta Turma, para em nome da defesa (criticável) da soberania nacional e com base na teoria da margem de apreciação, afirmar no Habeas Corpus n. 379.269-MS que o desacato ainda é crime no Brasil (BRASIL, 2017b). As idas e vindas da jurisprudência são sintomas da nítida falta de rumo que a ausência de critérios para vinculação do Brasil aos precedentes internacionais causa.

Para enfrentar esse problema acima de tudo prático de recepção, é preciso insistir na distinção entre vinculação direta e vinculação relativa aos julgados da Corte IDH, resumida do seguinte modo: "A sentença faz coisa julgada para as partes, podendo eventualmente **orientar** a apreciação de outros casos submetidos à Corte Interamericana, o que resguarda a coerência dos julgados no sistema regional" (COELHO, 2008, p. 107, grifo nosso). Afinal, não se pode pôr em dúvida que no Brasil, conferindo eficácia ao artigo 7º do ADCT, o artigo 1º do Decreto n. 4.463/2002 reconheceu a competência interpretativa da Corte IDH e assumiu que o Estado brasileiro se obriga a seguir a jurisprudência internacional do SIDH. Na forma definida constitucionalmente, após aprovação por decreto legislativo (Decreto Legislativo n. 89/1998), houve inequívoco e válido aceite da competência da Corte IDH para interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Uma vez que a Corte o faz por meio de sua jurisprudência em casos internacionais e opiniões consultivas, o Brasil estaria violando sua própria normativa interna que incorporou o tratado caso negasse o caráter vinculante da jurisprudência para casos idênticos ou semelhantes. De todo modo, mesmo que se aceite a vinculação à jurisprudência e opiniões consultivas da Corte IDH, os critérios listados para utilização dos casos internacionais deverão ser sempre observados, sob pena de utilização arbitrária de decisões de fora para justificar retoricamente uma opção do aplicador nacional, ou ainda integração automática de decisões que não se aplicam aos casos ou possuam falhas de adaptação. Ou seja, o reconhecimento dos efeitos *erga omnes* e a vinculação propriamente dita aos precedentes e opiniões consultivas da Corte IDH não são absolutos. A exemplo do que acontece em sistemas jurídicos guiados pelos precedentes, alguns critérios devem ser seguidos.

Conclusivamente, listam-se novamente os critérios apontados acima pela doutrina estrangeira, aplicáveis também no Direito brasileiro: (i) **identificação da jurisprudência**, consistente na verificação obrigatória sobre a existência ou não de casos internacionais que decidiram questão que pode contribuir para o deslinde do feito; (ii) **identificação da *ratio decidendi* do caso internacional coletado**, de modo a excluir os *obiter dictum* da sentença da Corte como fundamentação vinculante; (iii) **verificação da aplicabilidade da doutrina extraída do caso internacional no caso concreto**; e (iv) **verificação da compatibilidade da *ratio decidendi* da decisão internacional com a ordem constitucional**, último passo que garante a recepção de jurisprudência compatível com o Direito interno (MALARINO, 2011, p. 453-455). Neste último passo, o intérprete deve reconhecer a compatibilidade da jurisprudência internacional ou superar o ônus argumentativo para afastá-la. Ao final do método, a vinculação à jurisprudência da Corte, assim como na aplicação da norma, só existirá nas hipóteses em que as decisões internacionais forem mais favoráveis. Se a jurisprudência

internacional for menos benéfica aos direitos humanos do que a jurisprudência nacional, de acordo com o princípio *pro persona* esta última será preferível.

Esse passo a passo é que permite realizar um eficiente *distinguishing*, que ao fim e ao cabo determina aplicação do precedente ou não (SERRA JÚNIOR, 2017, p. 148). E como visto, ainda quando o precedente é aplicável, desvincular-se da jurisprudência internacional não é impossível, mas exige satisfação do ônus argumentativo da entidade ou do órgão nacional (RAMOS, 2011/212, p. 515). Para se desviar do caminho sugerido pela Corte IDH em casos semelhantes o agente público obrigatoriamente deverá justificar amplamente a inaplicabilidade da *ratio decidendi* do precedente internacional ao caso sob sua competência decisória. É fundamental "que, quando se distanciam os posicionamentos, sejam marcadas as diferenças entre os casos decididos e entre as formas de decisão" (SANTOS; TEIXEIRA, 2016, p. 277).

No panorama mundial globalizado, a unificação da interpretação do Direito, e dos direitos humanos, é uma necessidade. A legitimação do papel do Estado depende da correspondência que ele dá às normas aplicáveis por outros Estados, especialmente aqueles da mesma região com práticas e culturas comuns ou similares. A Corte IDH, no SIDH, funciona como instituição de referência para definição do piso mínimo dos direitos da pessoa humana. Esse dado não leva à compreensão de que a Corte IDH é uma quarta instância, mas sim um tribunal internacional com competência e influência para ditar os rumos que os sistemas nacionais de Direito devem seguir em relação aos direitos humanos aos quais se obrigaram voluntariamente.

As decisões das Cortes Internacionais contribuem para a formação do Direito aplicado em cada Estado, que consciente da inserção no paradigma pós-estadualista e pluralista deverá reconhecer o papel das instâncias jurisdicionais externas na regulação da vida social, mais especialmente na proteção da pessoa humana. Esse reconhecimento é forçoso como modo de evitar um fechamento normativo não compatível com os novos tempos e, por conseguinte, evitar insuficiências regulatórias por parte do Direito, bem como o desmonte e deslegitimação dos institutos jurídicos.

## 7. REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales, y su diferenciación con el control de constitucionalidad. *Revista de Derecho Político*, n. 93, p. 321-381, maio/ago. 2015.

BERNARDES, Marcia Nina. Sistema interamericano de direitos humanos como esfera pública transnacional: aspectos jurídicos e políticos da implementação de decisões internacionais. *Revista Internacional de Direitos Humanos - SUR*, São Paulo, v. 8, n. 15, p. 135-155, dez. 2011.

BICALHO, Luís Felipe. A análise comparativa dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos: particularidades sistêmicas e o delineamento de uma racionalidade uniforme. *Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais*, Curitiba, n. 14, v. 1, p. 42-64, 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.640.084-SP. Quinta Turma. Relator Min. Ribeiro Dantas. Julgamento em 15 dez. 2016. Publicado em 01 jan. 2017a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 379.269-MS. Terceira Seção. Rel Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 24 Maio 2017. Publicado em 30 jun. 2017b.

BREWER-CARÍAS, Allan R.; SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.

CAMPOS, Germán J. Bidartigo *Teoría general de los derechos humanos*. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1991.

CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. In: *El constitucionalismo contemporáneo: homenaje a Jorge Carpizo*. México: UNAM, 2013.

CEIA, Eleonora Mesquita. A Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Desenvolvimento da Proteção dos Direitos Humanos no Brasil. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 61, p. 113-152, jan./mar. 2013.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTEAMERICANA DE DIREITO HUMANOS. Caso Gelman vs. Uruguai . Supervisão de cumprimento de sentença. Publicado em 20 mar. 2013.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano vs. Chile. Publicado em 26 set. 2006.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la perspectiva del Derecho Administrativo: especial referencia as caso Gelman vs. Uruguay. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v.1, n.2, p. 103-130, maio/ago. 2014.

EMERIQUE, Lilian Balmant; GUERRA, Sidney. A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 10, n. 90, p.1-34, abr./maio, 2008.

FACHIN, Melina Girardi. *Fundamentos dos direitos humanos: teoria e práxis na cultura da tolerância*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

FRAGA, Mirtô. A obrigatoriedade do tratado na ordem interna. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 41, n. 162, p. 311-328, abr./jun. 2004.



GALINDO, George Rodrigo Bandeira. O §3º do artigo 5º da Constituição Federal: um retrocesso para a proteção internacional dos direitos humanos no Brasil. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, Fortaleza, v. 6, n. 6, p. 121-131, 2005.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. El control judicial interno de convencionalidad. *Ius - Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, a. 5, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.

GUTIÉRREZ COLANTUONO, Pablo Ángel. El derecho administrativo argentino y su desafío frente al régimen americano de derechos humanos. *Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derecho Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello*. Tomo I. Caracas: Ediciones Paredes, 2007.

HITTERS, Juan Carlos. *Control de convencionalidad: adelantos y retrocesos*. Estudios constitucionales, Talca, v. 13, n. 1, p. 123-162, 2015.

KNOP, Karen. Here and there: International law in domestic courts. *New York University Journal of International Law and Politics*, New York. v. 32. n. 2, p. 501-535, 2000.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014.

MALARINO, Ezequiel. Acerca de la pretendida obligatoriedad de la jurisprudencia de los órganos interamericanos de protección de derechos humanos para los tribunales judiciales nacionales. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ESLNER, Gisela (Org.). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Tomo II. Berlin: Konard Adenauer, 2011.

MAUÉS, Antonio Moreira; MAGALHÃES, Breno Baía. A recepção dos tratados de direitos humanos pelos tribunais nacionais: sentenças paradigmáticas de Colômbia, Argentina e Brasil. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 48, p. 76-112, jan./jul., 2016.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOREIRA, Thiago Oliveira. *A aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos pela jurisdição brasileira*. Natal: EDUFRN, 2015.

NOWAK, Bruna. O (quase) diálogo do STF com o Direito Internacional: o debate sobre a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade no julgamento da Extradicação 1.362. In: MENEZES, Wagner. (Org.). *Tribunais internacionais e a relação entre o direito internacional e o direito interno*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. *Jurisprudência internacional de direitos humanos*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional internacional*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 104, p. 241-286, jan./dez., 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. *El concepto de convencionalidad: vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectoras*. Madrid, 2016. 638 f. Tese pós-doutoral. Universidad Carlos III de Madrid; Universidad Externado de Colombia.

SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 16, n. 66, p. 267-282, out./dez. 2016.

SERRA JÚNIOR, Marcus Vinícius Barreto. A vinculação do precedente judicial e a segurança jurídica. *Revista de informação legislativa - RIL*, v. 54, n. 214, p. 131-152, abr./jun. 2017.

SLOSS, David; ALSTINE, Michael Van. *International Law in Domestic Courts*. 2015. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/889>>

SWEET, Alec Stone. On the constitutionalisation of the Convention: the European Court of Human Rights as a Constitutional Court. *Faculty Scholarship Series*. Paper 71, Yale Law School, p. 1-14, 2009. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=fss\\_papers](http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=fss_papers)>.

TORELLY, Marcelo. Controle de convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos? *Revista Direito & Práxis*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, 2017.

TORELLY, Marcelo. *Governança transversal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A humanização do Direito Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília: FUNAG, 2013.

VIEIRA, Gustavo Oliveira; MORAIS, José Luis Bolzan de. A internacionalização do Direito a partir dos direitos humanos- reflexões iniciais para o futuro do constitucionalismo. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, São Leopoldo, v. 4, n. 2, p. 175-184, jul./dez. 2012.