

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Renata Rossi Ignácio

**Constitucionalismo Regional Transformador, Sistema Interamericano e a
Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais
(DESCA) na América Latina**

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Flávia Piovesan

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2020

RENATA ROSSI IGNÁCIO

**Constitucionalismo Regional Transformador, Sistema Interamericano e a
Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais
(DESCA) na América Latina**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito final à aprovação no curso que viabiliza a obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo: Direito Constitucional.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Flávia Piovesan

SÃO PAULO

2020

RENATA ROSSI IGNÁCIO

Constitucionalismo Regional Transformador, Sistema Interamericano e a
Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (DESCA) na
América Latina

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como
requisito final à aprovação no curso que viabiliza a
obtenção do título de MESTRE em Direito – Núcleo:
Direito Constitucional.

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a. Dra. Flávia Piovesan

Prof^o. Dr. Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo

Prof^a. Dra. Melina Girardi Fachin

Dedico este trabalho

*Ao meu pai, por ser minha fonte de inspiração,
motivação e apoio, além de ser um grande amigo.*

*À minha mãe, por ser minha dose diária de amor, força,
conselhos e luz – e acreditar em mim como ninguém.*

Nenhuma sociedade pode se desenvolver sem paz e segurança. Nenhum Estado pode estar seguro se sua população está condenada à pobreza, sem esperança. E nenhuma Nação pode estar segura ou próspera se os direitos fundamentais de seus cidadãos não estiverem protegidos¹.

No society can develop without peace and security. No State can be secure if its people are condemned to poverty without hope. And no nation can be secure or prosperous for long, if the basic rights of its citizens are not protected.

¹Kofi Annan, Ex-Secretário Geral da ONU, durante seu discurso na sessão inaugural do Conselho de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2006-06-19/secretary-generals-address-human-rights-council>>, acesso em 15 de agosto de 2020.

O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001. Número do Processo:88887.493689/2020-00.

This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Finance Code 001. Process No. 88887.493689/2020-00.

AGRADECIMENTOS

Busco sempre cultivar o sentimento de gratidão, mas, após finalizar esta trajetória tão desafiadora e enriquecedora, sou especialmente grata:

Aos meus pais, Ana Rosa e Helencar, pois sem o apoio e o incentivo de vocês nada disso seria possível. Sem os seus ensinamentos, presença, confiança, carinho e amizade eu não seria a pessoa que sou hoje. Obrigada, obrigada e obrigada por terem me permitido tomar os passos que eu tomei, e por estarem ao meu lado – sendo uma base fortalecedora e essencial – durante todo esse tempo. Amo vocês, e me sinto muito privilegiada de ter pais como vocês.

Agradeço também aos meus tios, Gerson e Nana, por terem, à sua maneira, me auxiliado psicologicamente e também por sempre me incentivar, me compreender, além de encherem a minha vida de amor. Aos meus lindos primos, Jotinha e Mari, que também deixam a minha vida alegre e leve.

À minha avó Maria, que tem ensinamentos para dar e vender aos seus 94 anos. Cheia de saúde e sempre feliz, é uma bênção tê-la me acompanhando e vibrando por mim a todo momento. Não poderia deixar de agradecer aos meus avós que, apesar de já terem partido, são grandes contribuições para a minha personalidade de hoje: vô João, vô Carlos e vó Nice. Saudades imensas, sei que estariam muito orgulhosos com essa conquista.

À minha prima e amiga Teresa Cristina, uma grande fonte de inspiração, amizade, motivação e diálogo. A Te me compreende, me auxilia e me traz luz nos momentos de ansiedade e insegurança; ainda, foi fundamental para a construção da minha trajetória no Mestrado. Obrigada por nossas inúmeras conversas, conselhos, debates, e por me ajudar a lidar melhor com os meus desafios.

À querida Rose, quem eu considero como parte integrante da minha família. Obrigada por me acompanhar, me estimular e vibrar por mim desde pequenininha! Foi uma grande companheira nesse período de quarentena.

Às minhas amigas-irmãs Pamela e Fernanda, com quem convivo diariamente há 5 anos morando sob o mesmo teto. Que sorte em ter essa família paulistana, mulheres inspiradoras,

amigas, inteligentes, conselheiras e que sempre estão ao meu lado, me acompanhando nos momentos bons e ruins, e me trazendo equilíbrio, companheirismo, lições, bons papos e força na minha rotina.

Também às amigas: “Pretinha”, Chres, Bayma, Marina, Laurinha, Paloma, Diana, Tef, Lilian, Fer, Dani, Ana Be e Lele. São presentes que a PUC me deu, e as agradeço por serem tão amigas e compartilharem a vida delas comigo. O amor e admiração que nutro por elas só cresce!

À Camila, com quem me identifiquei desde o primeiro instante, quando trabalhávamos juntas. Desde então, nossa amizade se fortalece a cada dia, e nos acompanhamos em todas as conquistas, desafios, alegrias e tristezas. Obrigada por ser tão presente, amiga, e por me incentivar tanto! Muitas parcerias em Direitos Humanos vem aí.

Agradeço imensamente à minha professora, orientadora e amiga Flávia Piovesan, por me acolher desde o segundo ano da faculdade. Me sinto privilegiada de ter uma orientadora que admiro demais, e que luta com tanto afinco pelas causas de impacto social. Desde o primeiro momento, a querida Flávia me fez amadurecer, e me trouxe valiosíssimas lições tanto pessoais quanto acadêmicas. Obrigada pelos ricos diálogos, pelo carinho e pela confiança. Também te agradeço por seu tempo com meu trabalho, sendo uma orientadora muito presente; obrigada por me incentivar no meu estágio na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, peça-chave para o meu desenvolvimento em diversas esferas; que honra integrar também as equipes de assistência na graduação, tanto em Direito Constitucional quanto em Direitos Humanos; pela parceria em escrever artigos, e sei que outros virão por aí. Aprendi muito sobre humanidade na convivência como aluna, assistente e orientanda nesses 5 anos.

Aos professores Luiz Guilherme Conci, Silvia Pimentel e Roberto Dias, integrantes da minha banca de qualificação, e que me trouxeram críticas essenciais para um melhor desenvolvimento deste trabalho.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), pelo meu percurso tanto na graduação quanto no Mestrado – fui e sou muito feliz nesta Universidade. Sou grata por ali receber tantos ensinamentos, e por ter tantas boas lembranças dos anos ali vivenciados.

À CAPES, cujo auxílio financeiro concedido foi essencial para que eu pudesse ter permanecido,

em regime de dedicação exclusiva, no programa de pós-graduação que escolhi cursar.

Por fim, agradeço a todos os professores que me impactaram nesse percurso, com suas aulas apaixonadas e enriquecedoras. Agradeço, em especial, aos professores Wagner Balera e Álvaro Gonzaga, que me estimularam nos meus planos, projetos e artigos.

Fiz também amigos e amigas queridos/as e que me trouxeram grandes lições de vida e acadêmicas. Agradeço pelos diálogos, cafés, compartilhamento de textos, artigos, livros, filmes, músicas, além de suas visões, percepções, boas energias e que me motivaram nesse período de desafios e de autoconhecimento. A pesquisa, apesar de ser um período de introspecção, me apresentou pessoas que contribuíram, e muito, para o meu desenvolvimento pessoal, auxiliando – direta ou indiretamente – na elaboração desta dissertação.

.

RESUMO

O presente trabalho propõe superar a concepção clássica de hierarquia constitucional para pensarmos em um modelo heterárquico, tendo em vista a realidade global em que estamos inseridos. Problemas globais demandam respostas globais, e o meio jurídico precisa se adequar para proporcionar soluções mais protetivas aos indivíduos. O *Ius Constitutionale Commune* Latino-Americano se pauta no constitucionalismo transformador para buscar padrões que concretizem o princípio *pro persona*, com um enfoque na região mais desigual do planeta: a América Latina. Foram analisados padrões internacionais e a necessidade de sua aplicação na região para a efetividade dos direitos humanos. A América Latina é caracterizada, principalmente, por uma profunda desigualdade socioeconômica, um padrão histórico de discriminação em face de grupos em situação de vulnerabilidade, e dilemas da institucionalidade democrática. As Constituições da região, apesar de preverem um amplo rol de direitos fundamentais, não têm um histórico de implementação desses direitos. Em especial, foram destacados os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), pois, para que estes sejam efetivados, se faz crucial uma articulação entre diversos atores, tanto nacionais quanto internacionais. Considerando a universalidade, indivisibilidade e inter-relação dos direitos humanos, os DESCAs ganharam grande importância ao longo dos últimos anos pela jurisprudência internacional, especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Analisar os padrões em matéria DESCAs, a teoria do *Ius Commune* e o impacto do Sistema Interamericano para que estes sejam protegidos e promovidos foi fundamental para entender a importância da relação dialógica entre cortes nacionais e internacionais. Defendo que há que se inventar uma nova ordem, mais democrática, multidisciplinar e igualitária, capaz de garantir os direitos humanos por meio de mecanismos jurídicos, administrativos e legislativos pautados em padrões do âmbito do sistema regional e global.

Palavras-chave: *Ius Constitutionale Commune*; Padrões; Princípio *Pro Persona*; América Latina; DESCAs; Sistema Interamericano; Relação dialógica.

ABSTRACT

This study aims to overcome the classic conception of constitutional hierarchy to think about a heterarchical model, considering the global reality in which we are inserted. Global problems demand global responses, and the judicial ambit needs to adapt to provide more protective solutions to individuals. The *Ius Constitutionale Commune* in Latin America is based on the transformative constitutionalism to seek standards that concretize the *pro persona* principle, focusing on the most unequal region on the planet: Latin America. It was analyzed the international standards and the necessity to apply them in the region for the effectiveness of human rights. Latin America is characterized mainly by profound socio-economic inequality, a historical pattern of discrimination against vulnerable groups, and dilemmas of democratic institutionality. The Constitutions of the region, despite providing a wide range of fundamental rights, do not have a history of implementing these rights. In particular, I highlighted the economic, social, cultural, and environmental rights (ESCER) since that, for these to be effective, it is crucial an articulation between different actors, both national and international. Considering the universality, indivisibility, and interrelationship of human rights, the ESCER have gained significant importance in recent years for international jurisprudence, especially from the Inter-American Court of Human Rights. It was fundamental to analyze the standards about the ESCER, the *Ius Commune* theory and the impact of the Inter-American System as a way to protect and promote them, to understand the importance of the dialogical relationship between national and international Courts. I argue that it is necessary to create a new order, more democratic, multidisciplinary, and egalitarian, capable of guaranteeing human rights through legal, administrative, and legislative mechanisms, based on regional and global systems' standards.

Key-words: *Ius Constitutionale Commune*; Standards; *Pro Persona* Principle; Latin America; ESCER; Inter-American System; Dialogical Relationship.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
------------------	----

PARTE I: Constitucionalismo Regional Transformador e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos

1 A EMERGÊNCIA DE UM NOVO PARADIGMA JURÍDICO.....	20
1.1 – <i>Ius Constitutionale Commune</i> na América Latina: uma abordagem transformadora	20
1.2 – Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o contexto de seus elementos políticos, normativos e ideológicos	27
1.3 – Características das democracias latino-americanas	33
1.4 – A interação entre o Direito nacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos...	43
1.5 – O papel do Judiciário na implementação do <i>Ius Constitutionale Commune</i>	50
2 CONTEXTO, DESAFIOS E PERSPECTIVAS DO CONSTITUCIONALISMO NA AMÉRICA LATINA	59
2.1 – A exclusão e a desigualdade como problemas centrais da América Latina	59
2.2 – A linha jurisprudencial da Corte Interamericana no marco do Constitucionalismo Transformador	64
2.3 – O papel da sociedade civil na luta por direitos e justiça.....	69
2.4 – Objetivos e perspectivas centrais do ICCAL.....	72

PARTE II: Estandares DESCA e sua Importância para o *Ius Constitutionale Commune*

1 A INDIVISIBILIDADE E A INTERDEPENDÊNCIA DOS DIREITOS HUMANOS	76
2 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS DESCA.....	87
3 EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA RELACIONADA AOS DESCA.....	96
4 ESTANDARES DESCA E SUA ESSENCIALIDADE PARA A REGIÃO	106

PARTE III: Diálogo entre Cortes e a Proteção dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais

1 A DOCTRINA E A JURISPRUDÊNCIA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	126
1.1 – Diálogo judicial no Sistema Interamericano	126
1.2 – Aspectos da doutrina do Controle de Convencionalidade.....	127
1.3 – Aspectos da jurisprudência do Controle de Convencionalidade	131
1.4 – O princípio <i>pro persona</i> como norteador do diálogo entre cortes.....	136
2 A COOPERAÇÃO E O DIÁLOGO PARA A REALIZAÇÃO DOS DESCA	138
2.1 – Importantes parâmetros para o diálogo judicial	139
2.2 – Diálogo judicial no direito comparado: lições da Argentina, Colômbia e Equador.....	144
2.2.1 – Argentina	144
2.2.2 – Colômbia	152
2.2.3 – Equador.....	159
CONCLUSÃO:	169
BIBLIOGRAFIA	179

INTRODUÇÃO

No cenário atual repleto de assimetrias entre os países, e caracterizado por globalização econômica e cultural, transnacionalidade dos problemas e extraterritorialidade das soluções, o direito público vive um momento existencial importante e encontra-se em busca de novos parâmetros. Em um mundo cada vez mais globalizado, os países devem inovar seus ordenamentos e suas respostas jurídicas, a partir da incorporação de estándares internacionais, especialmente no que tange aos direitos humanos. A necessidade da cooperação internacional é um assunto que está na ordem do dia, pois se torna evidente no contexto em que vivemos de pandemia global do COVID-19, a qual assolou todo o mundo, comprovando a importância de um diálogo para que haja uma efetiva troca e implementação de boas práticas. Nas palavras do filósofo Yuval Noah Harari: “Se escolhermos a solidariedade global, será uma vitória, não apenas contra o coronavírus, mas contra todas as futuras epidemias e crises que a humanidade possa enfrentar no século XXI”².

Nessa linha, a cooperação jurídica internacional é uma ferramenta fundamental para encorajar os Estados a aceitar e implementar as diretrizes trazidas por organismos internacionais, já que não é mais compreensível que Estados aceitem direitos e neguem as garantias de sua proteção. O presente trabalho considera esse contexto de cooperação e tem como objetivo tratar da importância da relação dialógica entre os sistemas internacionais de proteção e os sistemas internos de cada país, especialmente para a garantia e satisfação dos direitos humanos, com destaque aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA).

Partindo dessas reflexões, formulo a seguinte pergunta: como os Estados da região latino-americana podem garantir progressivamente os DESCAs às suas populações, concretizando o previsto nas constituições nacionais? Este é o problema enfrentado nesta dissertação.

Para alcançar o objetivo e responder a essa pergunta que permeia o trabalho, a metodologia envolveu pesquisa bibliográfica, normativa e jurisprudencial, principalmente de literaturas estrangeiras. Navegar por esses três universos metodológicos foi necessário porque a dissertação é constituída por primordialmente duas vertentes: uma teórica e outra normativo-jurisprudencial, debatendo dispositivos constantes em tratados, convenções e pactos internacionais, além de referenciar artigos constitucionais de países da América Latina; quanto

² HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*. Financial Times, 2020. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>>, acesso em 25 de março de 2020.

à jurisprudência, casos emblemáticos da Corte Interamericana de Direitos Humanos e de Cortes Constitucionais latino-americanas foram importantes passos para chegar até a defesa da essencialidade das diretrizes internacionais para transformar a realidade do hemisfério sul. Conforme se verá, ao longo do trabalho estabeleci uma relação dialógica entre conceitos³ e jurisprudência, e trabalhar com a dupla doutrina-jurisprudência foi fundamental para explorar os padrões dos sistemas regional e global.

Para iniciar o meu trajeto, na Parte I analisarei, explicarei e defenderei a teoria do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, construída no Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e de Direito Internacional Público. Essa teoria é extremamente importante para o direito constitucional da realidade atual, trazendo uma abordagem regional sobre o constitucionalismo transformador. O enfoque do *Ius Commune*, assim, é a América Latina, que consiste na região mais desigual do planeta, e onde se mostra ainda mais necessária uma cooperação para que sejam protegidos e promovidos os direitos fundamentais. Essa teoria se pauta na inquietante experiência dos países que possuem inaceitáveis condições de vida, e aponta para a transformação das realidades política e social através do fortalecimento da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos.

Os problemas comuns e persistentes da América Latina advêm de uma história, cultura e políticas partilhadas, desigualdades estruturais e uma deficiente institucionalidade, o que gera pobreza e exclusão de amplos setores da sociedade. Isso compromete, principalmente, os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais da população do hemisfério. Desse modo, os desafios estruturais da região, que serão devidamente identificados e enfrentados, são a base para a formulação dos padrões interamericanos, e o sistema interamericano nos chama para compartilhá-los.

Pretende-se, com esse estudo, e partindo do *Ius Constitutionale Commune*, demonstrar não apenas a importância de uma integração funcional da região, como também do constitucionalismo regional dos direitos para garanti-los supranacionalmente. De fato, há uma estreita relação entre os direitos constitucional, internacional e comparado, de modo que abordarei a abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais de numerosos países latino-americanos para o direito internacional em geral e, em particular, para o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Se faz necessário sustentar a emergência desse novo paradigma jurídico para construir um Estado de Direito que respeite mutuamente o controle de

³ Eu falo em “conceitos” porque abordarei não somente os estudiosos, isto é, as estipulações da doutrina tradicional, como também as manifestações dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, o que podem ser concebidas como uma “quase” jurisprudência.

constitucionalidade e o controle de convencionalidade, para melhor lidar com os contextos de ditaduras, democracias frágeis, e populismos autoritários que impactam essa região.

Uma análise retrospectiva das cinco décadas transcorridas desde a adoção da Convenção Americana de Direitos Humanos permite reconhecer o impacto positivo que esse instrumento teve na situação dos direitos humanos em nossa região. Demonstrarei, assim, que a Convenção entrou em vigor em 1978, quando ainda prevaleciam regimes ditatoriais na América Latina – e, conseqüentemente, violações massivas dos direitos humanos na região. O sistema interamericano contribuiu eficazmente para desestabilizar essas ditaduras e, posteriormente, ajudou as democracias emergentes a lidar com o seu legado de abusos. A jurisprudência que será apresentada comprova o papel do sistema como motor de construção de normas e padrões no âmbito da justiça transicional, que almejou dar voz às vítimas como um modo de atingir a paz duradoura na região.

Ainda na primeira parte do trabalho, contextualizarei e explicarei a lógica da jurisprudência do Sistema Interamericano. O diálogo entre as cortes nacionais e internacionais faz com que os direitos humanos sejam incorporados nas agendas dos Estados, e a sua implementação torna-se visível sob os olhos do mundo. Para isso, trarei a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos com a intenção de explicar o processo de internacionalização desses direitos, como uma forma de estabelecer um denominador comum daquilo que as nações entendem como irredutível e irrenunciável: o respeito e a proteção da dignidade da pessoa humana.

Seguidamente, a segunda parte analisará que se, por um lado, o progressivo processo de internacionalização dos direitos humanos leva-nos à conclusão lógica da universalidade dos direitos humanos, por outro ressalta o desafio enfrentado especialmente na América Latina da devida implementação dos direitos através do respeito à diversidade e a luta contra a intolerância. Os primeiros documentos internacionais de direitos humanos se dirigiam à pessoa humana de qualquer categoria e, ao longo do tempo, a questão da diversidade veio à tona, pois a intolerância contra determinados grupos tidos por “vulneráveis” ou “minorias” tem sido a causa histórica mais comum de violações massivas de direitos fundamentais, mesmo nos períodos pós-guerra e pós períodos ditatoriais. Assim, não basta a proteção abstrata e genérica da pessoa humana - os excluídos e oprimidos historicamente devem ser tratados de forma diferente, como único meio de assegurar a igualdade material entre todos os seres humanos.

Nessa esteira, conforme desenhado pela jurisprudência internacional, as mulheres, as crianças, a população afrodescendente, os migrantes, as pessoas portadoras de deficiências, os idosos, os povos indígenas, a comunidade LGBTQI+, dentre outras categorias vulneráveis,

devem ser vistos pela lente das especificidades e peculiaridades de suas condições sociais. Ao lado do direito à igualdade surge também, como direito fundamental, o direito à diferença, pois, considerando os processos de “feminização” e “etnicização” da pobreza, percebe-se que as maiores vítimas de violação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais são as populações discriminadas historicamente. Daí a necessidade de adoção, ao lado das políticas universalistas, de políticas específicas, capazes de dar visibilidade aos sujeitos de direito com maior grau de vulnerabilidade, visando ao pleno exercício dos DESCAs. Talvez o maior desafio à efetiva implementação dos direitos fundamentais é o da efetivação dos direitos sociais.

Vivemos em um mundo de privação, destituição e opressão extraordinárias. Existem problemas novos convivendo com os antigos — a persistência da pobreza e de necessidades essenciais não satisfeitas, fome crônica muito disseminada, violação de liberdades políticas elementares e de liberdades formais básicas, ampla negligência diante dos interesses de grupos mais vulneráveis, e ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente e à sustentabilidade de nossa vida econômica e social. Superar esses problemas é uma parte central do processo de desenvolvimento, sendo que o desenvolvimento consiste justamente na eliminação de privações de liberdades que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.

Há fortes indícios de que as liberdades econômicas e políticas se reforçam mutuamente, em vez de serem contrárias umas às outras; adicionalmente, oportunidades sociais de educação e assistência médica, que requerem ações públicas, complementam as oportunidades individuais de participação econômica e política. Se o ponto de partida da abordagem da Parte II é identificar a liberdade como o principal objetivo do desenvolvimento, o alcance da análise de políticas depende de estabelecer os encadeamentos que tornam coerente e convincente o ponto de vista da liberdade como a perspectiva norteadora do processo de desenvolvimento.

Exporei também na segunda parte a evidente evolução dos entendimentos da Corte e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no sentido de trazer, cada vez mais incisivamente, a universalidade, a inter-relação e a indivisibilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais dos direitos civis e políticos, demonstrando a necessidade da adoção dos padrões internacionais pelos Estados-parte da Convenção e de outras normas, para que haja, de fato, a concretização de uma almejada justiça social e a redução das desigualdades nas Américas. A garantia dos DESCAs, que possuem a característica da transversalidade, não é apenas uma obrigação moral dos Estados, mas sim uma obrigação

jurídica que tem por fundamento os padrões internacionais de proteção, especialmente os tratados internacionais de direitos humanos e seus mecanismos de implementação de direitos.

Na terceira e última parte desenvolverei a doutrina e a jurisprudência do Controle de Convencionalidade. Por meio desse instrumento, o Judiciário e a administração pública interna em geral averiguam seus atos jurídicos e administrativos utilizando como parâmetro não apenas a Constituição nacional, mas também os parâmetros internacionais, que podem ser a jurisprudência, as opiniões consultivas da Corte, as recomendações emitidas, outras diretrizes e, claro, os tratados internacionais de direitos humanos.

Para ocorrer uma efetiva cooperação internacional, devem estar envolvidos no processo, além do Poder Judiciário (que não deixa de ser a pedra angular para a aplicação da jurisprudência internacional no âmbito interno dos países), todos os atores da administração pública, além dos defensores públicos, comissões de direitos humanos, ministérios públicos, acadêmicos, mídia, e a sociedade civil, que possui um papel primordial nessa relação dialógica entre os Estados e os sistemas internacionais de proteção. Tais atores são essenciais para a concretização plena dos direitos fundamentais, que já vimos que são indivisíveis: a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais e vice-versa, de modo que, quando um deles é violado, os demais também o são. Esses atores, juntamente com as organizações internacionais, são cruciais para controlar o cumprimento dos princípios do Estado de Direito, da democracia e da proteção dos direitos humanos dos grupos vulneráveis.

Os DESCAs são de substancial relevância quando abordamos a temática da cooperação internacional. Sobre isso, analisarei que a justiciabilidade desses direitos deve ser orientada pelo princípio da aplicação progressiva, a demandar dos Estados a priorização e máxima alocação de recursos disponíveis para a implementação destes, assegurando a proibição do retrocesso social e a vedação da inação estatal. Portanto, as alegações de incapacidade econômico-financeira ou ausência de normas regulamentadoras responsáveis pela concretização de políticas públicas não podem configurar um comportamento estratégico da Administração Pública de desviar-se das responsabilidades e dos compromissos assumidos.

A maior motivação deste estudo é evidenciar que, se antes os Estados foram os protagonistas centrais da ordem internacional, vive-se hoje a emergência de atores internacionais, como as organizações internacionais, os blocos regionais, e a sociedade civil internacional. O fortalecimento da sociedade civil, mediante uma *network* que alia e fomenta uma rede de interlocução entre entidades locais, regionais e globais, bem como a consolidação do indivíduo como sujeito de direito internacional, demandam a democratização dos

instrumentos internacionais; demandam, ainda, a obediência aos padrões internacionais e à própria justiça internacional. Portanto, o diálogo entre as cortes para a proteção dos direitos fundamentais é a garantia de respeito à evolução desse sistema de *network*, cooperação e progresso no contexto fático defasado e problemático da América Latina. A cooperação é a peça chave para uma progressiva implementação de direitos no âmbito interno. Para ilustrar o impacto da adoção de padrões internacionais em âmbito interno, analisarei casos emblemáticos da Corte da Argentina, da Colômbia e do Equador.

Por fim, importante dizer que entendo que o momento para estudar, pesquisar e valorizar os padrões internacionais de proteção relacionados aos DESCAs não poderia ser mais oportuno. O cenário atual de crise sanitária, no qual um grande risco ao direito à saúde acarretou em violações e instabilidade na garantia de diversos outros direitos fundamentais – como direito à água, direito à alimentação, direito à educação, direito à liberdade, dentre tantos outros - demonstra a relevância histórica atribuída aos DESCAs. Hoje, mais do que nunca, há que se inventar uma nova ordem, mais democrática, multidisciplinar e igualitária, capaz de celebrar a interdependência entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos e que, sobretudo, tenha a sua centralidade no princípio da absoluta prevalência da dignidade humana. A cooperação internacional, baseada na articulação de políticas públicas e nas boas práticas, se torna central para a solução das problemáticas sociais e econômicas da região. No contexto da crise causada pelo COVID-19, Michelle Bachelet sustentou que “No one will be safe until everyone is safe” e, segundo Nizan Guanaes, “o drama humano é o nosso drama”.

PARTE I

CONTITUCIONALISMO REGIONAL TRANSFORMADOR E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Capítulo I: A Emergência de um Novo Paradigma Jurídico

1.1 *Ius Constitutionale Commune* na América Latina: uma abordagem transformadora

No contexto da convocação da constituinte no Brasil e a consequente elaboração da Constituição Brasileira de 1988 – advinda após um período de 21 anos de ditadura militar –, reflete-se que, além das complexidades e sutilezas inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional⁴. A Constituição, assim, tornava-se mistificação, instrumento de dominação ideológica⁵, repleta de promessas que não seriam honradas. Nela se buscava não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce⁶.

Não só o Brasil, como outros países da América Latina, se identificam com esse quadro: são países dotados de um Estado, mas sem a formação de uma identidade nacional. Deixaram de ser colônias para serem subjugados por países em pleno desenvolvimento econômico, de modo que restaram elites ambíguas que, apesar de se afirmarem como uma nação, não deixaram de ceder à hegemonia ideológica externa. Nesse sentido, o desenvolvimento dos países dessa região foi obstaculizado pela concentração de renda, o que inviabilizou a realização de diversos direitos humanos, como os econômicos, os sociais, os culturais e os ambientais.

Levando isso em conta, o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL) consiste em um projeto de constitucionalismo transformador⁷ que tem por objetivo alterar as

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50. Disponível em: <http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_razao_sem_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso em 29 de agosto de 2019. P. 27.

⁵ GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Editora RT, 1985. P. 44.

⁶ Sobre o tema da falta de efetividade, ver BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.

⁷ O projeto do ICCAL é fomentado pelo Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e de Direito Internacional Público. Desde 2004, esse Instituto tem promovido o Colóquio Ibero-americano, que consiste em um grupo de discussão promovido por um grupo de doutorandos, e uma grande variedade de temas foi abordada no Colóquio, mas o constitucionalismo transformador da América Latina destacou-se como a questão central. Sobre o tema, ver: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, vol. I. Curitiba: Juruá, 2016c ; ANTONIAZZI, Mariela Morales.

realidades política e social da América Latina, a fim de garantir o cumprimento das promessas centrais previstas nas constituições - especialmente a implementação plena dos direitos humanos, da democracia, e do Estado de Direito⁸. É considerado transformador porque almeja a concretização dessas promessas em regiões nas quais não estão consolidadas, a partir de um diálogo entre os ordenamentos jurídicos dos países da região com tratados, convenções e outras diretrizes internacionais, em particular com a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nessa perspectiva, é importante lembrar dos ensinamentos de Norberto Bobbio sobre os direitos humanos, que são:

“[...] coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e que, apesar da sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda a parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha que fizemos e que gostaríamos que fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento”⁹.

O projeto, assim, busca delinear as características, tensões, potencialidades e desafios das Américas; esse propósito político, jurídico e cultural, sob uma visão transformadora do direito público, baseia-se na tríade composta por seus objetivos, conceitos-chave e desafios. Entre os objetivos centrais, conforme citado, estão: a promoção e a proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito, bem como o desenvolvimento de um Estado aberto e a formação de instituições eficazes e legítimas. A sistematização dos conceitos-chave gira em torno da órbita do diálogo, do pluralismo normativo e da inclusão, e as características essenciais incluem uma concepção abrangente do direito público, uma argumentação baseada em princípios e estándares, e a maior relevância atribuída ao direito internacional.

Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina, in *Ius Constitutionale Commune en América Latina: Textos Básicos para su comprensión*, México, 2017 ; ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; e PANTOJA, Rogelio Flores (coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018; BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Constitucionalismo transformador, inclusión e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: Juspodivum, 2019; ANTONIAZZI, Mariela Morales; CLÉRICO, Laura (coord.). *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete de la Corte IDH*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019 ; ANTONIAZZI, Mariela Morales; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura (coord.). *Interamericanización de los DESCA. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2020.

⁸ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to Transformative Constitutionalism*. In: *Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism*. Oxford: United Kingdom, 2017. P. 28.

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 38.

A ideia de um direito constitucional latino-americano comum e compartilhado tem uma longa história, se entrelaçando com a recuperação da democracia, mas no século XXI essa ideia de um *Ius Commune* adquiriu um perfil renovado. A estatalidade aberta e a globalização levantam a questão de como entender as estruturas fundamentais do direito público, e o ideal desse constitucionalismo comum representa uma estratégia para responder a essa pergunta. Trata-se de uma noção semelhante ao conceito do direito comum europeu, e semelhantes são as estratégias que impulsionam esse ideal – promoção dos direitos humanos através de um direito cosmopolita, global ou transnacional. O *Ius Constitutionale Commune*, no entretanto, não é uma mera alusão às teorias europeias, mas sim a reconstrução de um contexto latino-americano que leva em conta uma transformação, e a experiência do constitucionalismo transnacional em outras regiões.

Esse ideal advém de um fato constatado: a relativização da noção clássica de soberania, e a avassaladora perspectiva de avanço da transnacionalização do direito. A ciência jurídica evoluiu a passos largos nas últimas décadas, de modo que, se antes a percepção da Constituição como núcleo central e supremo de todo ordenamento jurídico era inquestionável, hoje percebe-se uma complexa realidade que vem abalar essa aparente estabilidade constitucional. Defende-se que, em matéria de direitos humanos, o conceito de soberania deve ser superado, pois não necessariamente deve prevalecer a ordem constitucional nacional¹⁰.

Historicamente, com a formação do constitucionalismo na segunda fase da Idade Moderna, rompeu-se a era da tensão entre o direito positivo e o direito natural, sob a concepção de que ambos estariam reconhecidos: “(...) o direito natural passou a ser um fato histórico – e que, portanto, são preceitos que se tornaram direito internacional positivo”¹¹. Nesse sentido, a Constituição representa a superação dos fundamentos jusnaturalistas do direito, pois falar no princípio da Supremacia da Constituição ultrapassa esses fundamentos para a camada positivista: a defesa de um texto autofundante, que teve o viés de lei Fundamental após a juridicização deste.

Desse modo, o maior símbolo da superação da tensão entre as teses jusnaturalistas e juspositivistas é justamente o reconhecimento jurídico dos Direitos Humanos, incorporados como direitos fundamentais pelos textos constitucionais, o que se deu principalmente através das Revoluções da Idade Moderna. As Constituições modernas, assim, defenderam a

¹⁰ Para entender mais sobre a relativização do conceito de soberania, a fim de adotar a norma que melhor implemente os direitos humanos, consultar CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. São Paulo, 2012.

¹¹ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.293.

importância do reconhecimento desses direitos nas ordens jurídicas, de modo que a afirmação dos Direitos Humanos levou à formação de fontes de direitos em espaços externos aos limites do Estado nacional, mas que este adota como direitos compatíveis às suas aspirações internas.

O Estado-nação ficará vulnerável se não acompanhar as mutações de seu tempo, persistindo em não enxergar a mitigação da soberania – resta claro que é impossível manter a antiga concepção de exclusividade na produção do direito. Claramente, o constitucionalismo não está imune a tal fenômeno, e diante das forças supranacionais e poderes econômicos globais que atuam na realidade contemporânea, falta ainda – especialmente no Brasil – uma percepção no sentido da necessária harmonização com a dinâmica mundial, pois, caso contrário, resta comprometida a eficiência e a garantia dos direitos fundamentais.

Destarte, a transformação almejada pelo *Ius Commune* se realiza através da coordenação entre as constituições nacionais e a normatividade internacional, que devem juntas efetivar garantias constitucionais, e reforçar o bloco de constitucionalidade. O ICCAL é uma abordagem regional desse constitucionalismo transformador, que se fortalece na experiência concreta e na convicção profunda da inaceitabilidade de situações de injustiça sistemática nessa região¹², e que orienta os ordenamentos internos para entendimentos compartilhados.

Essa abordagem de que, hoje, não mais se percebe a constituição nacional suficiente frente às complexas relações globais encontra respaldo também nas teorias propostas por, como exemplo, Ingolf Pernice, Marcelo Neves, Neil Walker, dentre outras vozes que avançam na construção de um novo constitucionalismo em um cenário tipicamente transnacional. No cenário europeu, Ingolf Pernice traz o Constitucionalismo Multinível (*Multilevel Constitutionalism*¹³), propondo uma nova organização supranacional no âmbito da União Europeia: as Constituições nacionais devem ser mantidas e, em um patamar comunitário superior, uma Constituição em nível supranacional. Para referida teoria, essa integração comunitária ocasionaria uma mutação constitucional progressiva com o fim de consolidar um Sistema Constitucional Multinível. A Europa, segundo esse autor, não precisa ter uma constituição, pois já constitui um sistema de poder compartilhado entre os níveis de governança regional, nacional e supranacional, senda esta Constituição Multinível formada mediante a

¹² VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594/56160>>, acesso em: 24 de janeiro de 2020.

¹³ O conceito do Constitucionalismo Multinível é inicialmente definido por Ingolf Pernice como um processo próprio de integração europeia, com base no Tratado da União Europeia e a cláusula de integração, tomando como modelo o artigo 23 da Constituição Alemã. A respeito, ver: VIEIRA, Gustavo Oliveira. *Constitucionalismo na mundialização: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos*. Ijuí: Unijuí, 2015. p. 178.

relação entre as Constituições dos Estados membros vinculados por um corpo constitucional complementar.

Em outras palavras, essa tese¹⁴ desenvolve a ideia de “pangeialização” constitucional, isto é, a necessidade de se criar uma norma fundamental superior e comum a todos (ou a vários) Estados, em referência ao supercontinente denominado Pangeia. Já o termo “Transconstitucionalismo” cunhado por Marcelo Neves¹⁵ traz a ideia de um entrelaçamento entre diversas ordens jurídicas constitucionais para a solução de problemas afins. Para Neves, essas influências recíprocas servem de aprendizado para esferas da sociedade com racionalidade ou experiências diversas, e aborda a superação de um constitucionalismo provinciano, em que o Estado não é mais o *locus* privilegiado – mas, sim, se faz necessário reconhecer essa conversação constitucional¹⁶, na mesma linha do constitucionalismo transformador debatido no Instituto Max Planck.

Outro esboço teórico que se aventura com um olhar de remodelagem do constitucionalismo contemporâneo é o constitucionalismo pluralista, formulado principalmente por Neil Walker. Walker, ao propor um “método holístico”, aponta para um constitucionalismo de engajamento, tratando também da necessidade de um diálogo, sem a exclusão ou dispensa de Constituições Nacionais; para o autor, “In a nutshell, the holistic method is a method of constitutional articulation and engagement in which the authority and meaning of the various parts are understood and treated as dependent on the integrity of the whole”¹⁷. Nessa esteira, essa análise holística, e não mais individualista, nada mais faz do que afirmar a importância dos Estados Nacionais, só que com uma perspectiva comunicativa constitucional.

Independentemente da teoria adotada, a globalização parece apresentar desafios à doutrina constitucional, e a importância reconhecida aos tratados internacionais, especialmente aos tratados sobre direitos humanos, parece questionar a ideia de Constituição como ordenamento jurídico supremo de um Estado “soberano”. Nesse sentido, as teorias tradicionais

¹⁴ O “Multilevel Constitutionalism” aborda que o Constitucionalismo atingiu sua maioria, e, com isso, tornou-se uma ideia autônoma e independente do modelo clássico de Estado Nacional existente da Idade Moderna. A justificativa é a afirmação da Globalização em todos os âmbitos e a inescapável interligação entre problemas que ultrapassam fronteiras. Esta tese defende o Constitucionalismo Pós-estatal, ou melhor dizendo, um Constitucionalismo pós-moderno que levaria a uma nova percepção da configuração do Estado nacional nesse novo ambiente multicultural e globalizado.

¹⁵ Cf. NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

¹⁶ Para Neves, “Os modelos de constitucionalismo internacional, supranacional ou transnacional, como alternativas à fragilidade do constitucionalismo estatal para enfrentar os graves problemas da sociedade mundial, levam a perspectivas parciais e unilaterais, não oferecendo, quando considerados isoladamente, soluções adequadas para os problemas constitucionais do presente”. (Ibidem, p. 131).

¹⁷ WALKER, Neil. *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*. LSE ‘Europe in Question’ Discussion Paper Series. Londres, Inglaterra. p.15, 2009.

que explicam as relações entre o direito internacional e o direito interno são insuficientes para explicar o atual cenário jurídico.

Desse modo, cotejando o princípio da supremacia da constituição com a defesa e a materialização dos direitos fundamentais não há como subsistirem teses extremadas e ultrapassadas, seja a do Monismo kelseniano (que afirma que o Direito Nacional é mera delegação do Direito Internacional, e que este prevalece sobre aquele), seja a do Dualismo de Triepel (a qual defende a absoluta separação entre o ordenamento nacional e o internacional, colocando a soberania estatal como um valor absoluto). De fato, de acordo com a professora Paola Acosta, deve ser superada essas antigas teorias das relações entre o direito internacional e o direito interno, para que seja criada uma alternativa teórica acima abordada: o pluralismo constitucional. Segundo esta autora,

“(…)parece necesario superar los zombis, que regentaron el escenario hasta ahora, pero que ya no son suficientes, y pensar en la posibilidad de que la respuesta a los retos enlistados sea el Frankenstein al que da lugar el pluralismo constitucional. Una propuesta que reconoce que derecho nacional e internacional son dos ordenamientos diferentes, pero profundamente conectados, cuyas relaciones, pese a no regirse por la jerarquía o por una regla última de solución de conflictos, han de guiarse por el respeto de unos principios básicos que, ante todo, han de buscar la consecución de objetivos constitucionales (ontológicamente hablando)”¹⁸.

Trago a proposta de uma “Razão Transversal”, também defendida por Marcelo Neves. Essa tese apresenta-se como liame de conversação constitucional entre os Estados nacionais e o direito internacional, rejeitando imposições ou decretos imperialistas, ou uma “Super Constituição”. Preza-se, aqui, pela importância das Constituições Nacionais no diálogo internacional, isto é, “As diversas concepções não devem ser medidas, desacreditadas ou coativamente unidas em nome de um supermodelo – que, na verdade, só poderia ser um modelo parcial (correspondente a uma verdade particular)”¹⁹. Portanto, deve haver a integração das vontades nacionais com as políticas e normativas internacionais, por meio de diálogos e cessões voluntárias da soberania nacional mediante atos expressos e formais, sendo a participação democrática dos Estados a solução para a eficácia do princípio do *jus cogens*, sem agredir as particularidades internas dos países. Isto é, “(....) uma relação transversal permanente entre

¹⁸ ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Zombis Vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*. Estudios Constitucionales, Año 14, N°1, 2016, pp. 15-60. Disponível em: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>>, acesso em 02.09.2020. P. 55.

¹⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Op.cit., p.39.

ordens jurídicas em torno de problemas constitucionais comuns. O direito constitucional, nesse sentido, embora tenha a sua base originária no Estado, dele se emancipa”²⁰.

Similarmente, os adeptos do projeto do ICCAL e do constitucionalismo transformador partem da ideia de que, apesar dos regionalismos e das características particulares de cada país, a América Latina em geral tem uma história e uma cultura semelhantes, além de problemáticas comuns, produtos da colonização ibérica, das lições do *Corpus Iuris Civilis* e do *Corpus Canonici*, da influência dos Estados Unidos, da Constituição de Cádiz, do direito constitucional e administrativo francês, assim como da teoria de uma grande união latino-americana e seu subsequente fracasso²¹. Assim, empenha-se na elaboração de um constitucionalismo compartilhado que contemple as diferenças locais de cada país latino-americano, mas que permite trazer as características similares e as experiências exitosas para o progresso do direito constitucional na região. A Constituição Nacional não deixa de ser um texto base e paramétrico, mas os valores ali previstos reclamam uma leitura sistemática e além-fronteiras das normas nacionais, pois o desafio constitucional que se impõe é a amplificação dos valores (especialmente de direitos humanos) que possam ser conquistados na região.

Ainda, o projeto não contempla o ideal de uma integração social, econômica e política da América Latina semelhante à da União Europeia, isto é, não almeja a formação de um bloco, como o pan-americanismo pregado por Simon Bolívar²²; a ideia central é realmente a implementação regional do que foi estipulado nas constituições nacionais, e se enfoca nas conquistas constitucionais advindas após o período de autoritarismo que vingou em grande parte da América Latina durante anos, considerando que os ordenamentos nacionais e as estruturas de poder emergidas não se ajustaram adequadamente às ambições constitucionais desenvolvidas. Não surpreende, assim, que muitas disposições constitucionais focadas em inclusão tiveram pouca efetividade nas realidades social, econômica e política da região.

Portanto, o núcleo normativo do ICCAL consiste no desenvolvimento constitucional de numerosos países latino-americanos após o árduo período de autoritarismo e ditaduras, e que teve como consequência o entrelaçamento entre os ordenamentos jurídicos nacionais com o direito internacional – e, em particular, com o Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos. A intenção da teoria construída no Instituto Max Planck de Direito Público

²⁰ Ibid. p.XXI.

²¹ VON BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. Op. Cit.

²² O pan-americanismo (expressão utilizada para designar a solidariedade política entre os países do continente americano) de Simon Bolívar tinha como objetivo unir os países da América Latina, promovendo leis de comércio entre os membros.

Comparado e de Direito Internacional Público é justamente superar o antigo embate do Monismo vs. Dualismo, para propor a supraestatalidade. Com isso, sendo o sistema interamericano fundamental para o tema ora debatido, faz-se necessário entender o seu histórico e descrever os seus contornos.

1.2 Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o contexto de seus elementos políticos, normativos e ideológicos

O direcionamento da América Latina para um constitucionalismo compartilhado teve início já há um tempo na história, entre o fim da Segunda Guerra Mundial e o começo de uma era de paz global²³, período que marca uma redefinição do continente para a incorporação e a proteção do direito internacional dos direitos humanos. Nesse momento histórico, ressalta-se a relevância da realização da Nona Conferência Internacional dos Estados Americanos²⁴, que ocorreu em 1948 em Bogotá, Colômbia, em que foram frisados os valores dos direitos humanos e sua necessária implementação através de documentos e organismos internacionais.

Foi nessa época que foram elaborados a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), o Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas (Pacto de Bogotá) e a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem, sendo estes primordiais para a criação do sistema regional interamericano. Foram eles que, de fato, consolidaram definitivamente as tratativas anteriores na finalidade de integrar as populações americanas para a proteção internacional dos direitos humanos. Além desses, destaca-se também a Carta Americana de Garantias Sociais e as convenções sobre direitos civis e políticos das mulheres que, em conjunto com os anteriormente citados, foram os instrumentos iniciais para a construção do *Ius Commune* de direitos humanos²⁵.

Cabe dizer que, já em seu artigo inaugural, a Carta da OEA de 1948 prevê que sejam empregados esforços por parte de seus Estados-membros para a obtenção de “uma ordem de paz e justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua

²³ GARCÍA, Sergio Ramírez. *The American Human Rights Navigation. Toward a Ius Commune*. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford University Press, United Kingdom, 2017. P. 303.

²⁴ “A Nona Conferência Internacional Americana, que se reuniu em Bogotá (Colômbia), em 1948, com a participação de 21 Estados, adotou a Carta da Organização dos Estados Americanos, o Tratado Americano sobre Soluções Pacíficas (“Pacto de Bogotá”) e a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Essa mesma conferência adotou o Acordo Econômico de Bogotá, que buscava promover a cooperação econômica entre os Estados americanos; contudo, este nunca entrou em vigor”. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/nossa_historia.asp>, acesso em 30 de janeiro de 2020.

²⁵ GARCÍA, Sergio Ramírez. *Op. cit.* P. 304.

soberania, sua integridade territorial e sua independência”²⁶. Da mesma maneira, em seu artigo segundo estão previstos os propósitos essenciais da Carta, os quais destacam-se: garantir a paz e a segurança continentais, promover e consolidar a democracia representativa, procurar a solução dos problemas políticos, jurídicos e econômicos que surgirem entre os Estados membros, promover, por meio da ação cooperativa, seu desenvolvimento econômico, social e cultural e erradicar a pobreza crítica, que constitui um obstáculo ao pleno desenvolvimento democrático dos povos do hemisfério.

Com essas coalizões iniciais, vemos que o Sistema Interamericano surgiu antes mesmo da configuração da Organização dos Estados Americanos, que se trata de uma organização intergovenamental com a possibilidade de entrada de qualquer Estado americano; o professor doutor Wagner Menezes assinala em sua doutrina que:

“Os princípios da OEA são apoiados em grande parte na doutrina latino-americana e nas discussões ocorridas a partir das conferências interamericanas como: respeito ao primado do direito internacional; igualdade; respeito à autonomia soberana dos Estados; o pacta sunt servanda; a boa-fé, solidariedade e defesa conjunta; a cooperação econômica; solução pacífica de controvérsias; o repúdio à guerra; o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana; a autodeterminação dos povos e a não intervenção”²⁷.

Nessa esteira, com a criação da Organização dos Estados Americanos (OEA), os Estados buscaram solidificar um ambiente regional próspero de proteção aos povos, mas para isso foi necessária a elaboração de normas vinculativas. Assim, em 1969 irrompe o documento mais importante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH): a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica²⁸, e que entrou em vigor em 18 de julho de 1978. Tal documento foi essencial para a unificação dos anseios cooperativos dos Estados Americanos.

A OEA conta principalmente com dois órgãos de supervisão para a proteção dos direitos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Sinteticamente, temos que a Convenção Americana, por influência do Sistema Regional Europeu de Direitos Humanos, possui um

²⁶ Artigo 1 da Carta da Organização dos Estados Americanos, disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.Carta.OEA.htm>>, acesso em 24 de janeiro de 2020.

²⁷ MENEZES, Wagner. *Direito Internacional na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2007. P. 138.

²⁸ SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010. P. 167.

procedimento bifásico²⁹, no qual são previstos os dois citados órgãos com competência para verificar o cumprimento dos compromissos estabelecidos pelos Estados-parte da Convenção. Nesse sistema integrativo, compete à Comissão IDH receber e analisar petições individuais sobre violações de direitos humanos, investigar *in loco* casos particulares ou a situação geral dos Estados (gerando relatórios sobre a situação dos direitos humanos naqueles locais), bem como desempenhar diversas atividades, como publicar comunicados de imprensa para dar visibilidade à diversos fatos preocupantes ocorridos nas Américas, elaborar relatórios anuais, temáticos e de países para abordar violações, monitorar o cumprimento das recomendações emitidas aos Estados violadores, valorizar o progresso na implementação dos direitos humanos nos Estados, incentivar e desenvolver conferências e reuniões com as populações vulneráveis, realizar audiências públicas e reuniões de trabalho com os Estados, a sociedade civil e outros atores para analisar as problemáticas e dar alternativas de soluções para estas, propor a adoção de medidas cautelares aos governos para evitar danos graves irreparáveis, e consultar a Corte IDH, além de enviar os casos que julgar necessário à jurisdição da Corte, podendo atuar em alguns litígios.

Destaca-se, ainda, que na CIDH existem 13 relatorias temáticas, dentre elas, a das pessoas idosas, afrodescendentes, povos indígenas, migrantes, pessoas com deficiências, crianças e adolescentes, comunidade LGBTQI+, mulheres e pessoas privadas de liberdade, bem como duas Relatorias Especiais: a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) e a Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão (RELE). São de suma relevância essas relatorias, pois dinamizam e segmentam a Comissão para uma abordagem específica aos grupos vulneráveis, o que garante uma maior atenção, promoção e proteção de seus direitos. Já as Relatorias Especiais possuem estrutura operacional própria e independência funcional, assessorando a CIDH nas questões mais urgentes e estruturais das Américas.

Por sua vez, no que tange à competência da Corte Interamericana, os artigos 62 e 64 da Convenção preveem, de um lado, a sua competência consultiva, possibilitando que dela se utilizem todos os membros da OEA, partes ou não da Convenção Americana; de outro, há a competência contenciosa, dependente dos Estados serem partes da Convenção e do reconhecimento de seu caráter jurisdicional. Válido frisar que, dentre os 35 membros da OEA, 25 deles ratificaram a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e, destes, apenas 20 reconheceram expressamente a competência contenciosa da Corte. A título de exemplo, estão:

²⁹ Destaca-se que, antes da adoção do Protocolo nº 11, o sistema europeu também possuía procedimento bifásico.

Brasil, Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Peru, Costa Rica, Equador, México, Uruguai, Paraguai, dentre outros.

Apesar de a aceitação da competência contenciosa da Corte ser facultativa, uma vez que um Estado se submete à sua jurisdição, reconhecendo-a, esse reconhecimento deve ser tratado como cláusula pétrea, não assumindo limitações. Desse modo, o cumprimento ou não da sentença não se trata mais de uma questão de direito interno, sujeito à soberania dos Estados, mas sim da obrigatoriedade de fazer valer as condenações proferidas, sempre lembrando que são essas cortes internacionais que proporcionam a compatibilização da ação estatal ao princípio da dignidade da pessoa humana. Prioriza-se, nesta esfera, o compartilhamento regional da soberania dos Estados em prol de uma eficiente justicialização do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, através de mecanismos que devem ser adotados pelos Estados-parte para garantir a completa integração do Direito Internacional dos Direitos Humanos nos ordenamentos jurídicos internos.

Destaca-se que o Sistema Interamericano vivenciou três fases até o momento. A primeira delas se refere ao período da criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos até aproximadamente a década de 80, em que o mencionado sistema passou por períodos ditatoriais sucessivos de seus países membros. Na segunda fase, o continente experimentou o renascimento da democracia, rejeitando os regimes ditatoriais e seu legado. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte IDH foram confrontadas com casos relativos principalmente à liberdade de expressão e ao devido processo legal. Na sua terceira fase, a atual fase do sistema, desigualdade e exclusão, bem como a pobreza e questões ambientais, foram consideradas como um retrocesso e uma ameaça à expansão das instituições democráticas no continente³⁰.

Dentro dessa conjuntura é que se encontra o *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. Trata-se de uma combinação de fatores que ocorreram no decorrer do período democratizante na região e que leva a essa abordagem transformadora, em que o direito positivo se pauta nos Direitos Humanos, e em que as cláusulas de abertura das Constituições permitem a construção uma jurisprudência que aproxima o direito internacional, objetivando: (i) promover a democracia, o Estado de Direito e a proteção dos direitos humanos e das populações vulneráveis; (ii) fortalecer o Sistema Interamericano e a jurisprudência dos países que a ele estão submetidos; e (iii) construir uma nova cultura jurídica aberta, reafirmadora de padrões

³⁰ GROSSMAN, Claudio. *The Inter-American System and Its Evolution* (2009). 2 Inter-Am. & Eur. Hum. J. 49 (2009). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2209876>, acesso em 15 de fev. de 2020.

mínimos de um direito constitucional latino-americano compartilhado³¹. O ICCAL visa a um apoio mútuo a partir das particularidades e similaridades do contexto latino-americano, que é composto por elementos ideológicos, normativos e políticos.

No aspecto ideológico, analisa-se que a formação da identidade da América Latina se pauta na rejeição de três ideologias constitucionais tradicionais: o conservadorismo, o liberalismo e o radicalismo³². Além disso, possui a característica positiva de praticar um diálogo constante com a América do Norte, a Europa e o mundo em geral, como uma estratégia na busca de evoluções graduais. O elemento ideológico, portanto, está enraizado nas noções de uma sociedade democrática e nos valores e princípios que a identificam³³.

O segundo elemento é o normativo. Há aproximadamente 50 anos, as normas relativas aos direitos humanos eram desvalorizadas pois, apesar de existir o conceito de *common law*, ainda não havia organismos e sistemas de proteção regional, como o Sistema Interamericano³⁴. Com o surgimento desse sistema, foram ratificados e incorporados vários protocolos e tratados³⁵ à Convenção Americana de Direitos Humanos, e tal conjunto de normas demonstra uma ampliação do *corpus iuris* - que também abrange casos e análises da Corte IDH quanto à aplicação desses protocolos e convenções. De modo geral, a normativa interamericana engloba outros regramentos que fazem parte do direito interno, e que devem ser levadas em conta pelas autoridades nacionais; assim, cabem aos Estados aderir aos padrões advindos dos estatutos e leis dos órgãos internacionais de supervisão, além de suas diretrizes, resoluções,

³¹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em América Latina : context, challenges, and perspectives*. In: *Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism*. Oxford: United Kingdom, 2017a, posição 2991.

³² GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism 1810-2010. The engine room of the constitution*. Oxford: OUP, 2013. Em particular, p. 1974-1977.

³³ Na Opinião Consultiva OC-8/87, por exemplo, a Corte Interamericana argumentou que “El concepto de derechos y libertades y, por ende, el de sus garantías, es también inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros”. Disponível em: <
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf>, acesso em 20 de janeiro de 2020. Pág. 26.

³⁴ GARCÍA, Sergio Ramírez. *Op. cit.* P. 306.

³⁵ Destaca-se que a assinatura e ratificação de um protocolo à Convenção Americana requer a ratificação prévia do Pacto de San José. Nem todos os Estados Membros da OEA o fizeram, pois se mostrou mais conveniente elaborar tratados especializados, ao invés de protocolos, pois eles não demandam a ratificação da Convenção Americana.

recomendações, procedimentos e outros atos que fazem parte da denominada *soft law*³⁶³⁷, com o objetivo de formar uma espécie de *common law* imediatamente aplicável.

Por fim, o Sistema Interamericano possui um elemento político e operacional: as estruturas nacionais incorporam o Direito Internacional dos Direitos Humanos através de vários meios, e a estrutura internacional providencia garantias coletivas, além de supervisão, proteção internacional e colaboração. Esses são os protagonistas do Sistema Interamericano: os Estados-membros, a OEA, entidades de supervisão, sociedade civil (caracterizada por ser dedicada, diligente e heterogênea), e outros atores emergentes, como o defensor público interamericano³⁸.

Ressalta-se que, desde a sua origem, o SIDH é marcado por divergências e resistências³⁹. A partir da transição democrática, em meados da década de 80, diversos países da América Latina elaboraram novas constituições, visando a instaurar uma nova ordem política e social⁴⁰; para isso, estipularam um amplo rol de direitos e garantias que buscavam direcionar a atuação dos governantes, direitos cuja concretização precisava superar resistências culturais e estruturas de poder concentradas. Por serem diplomas de forte caráter aspiracional, implicavam desde a sua construção um alto risco de inefetividade, pois a concretização dessas promessas demanda esforços institucionais, jurídicos e políticos. Ainda, demandam escolhas contraditórias, pois se por um lado pretendem avançar na proteção de direitos (e, para isso, aspiram transformações sociais estruturais), por outro lado há o desejo de uma manutenção das estruturas oligárquicas de poder. Isso faz com que a efetivação das garantias e promessas constitucionais na região seja particularmente desafiadora, o que influencia na falta de aderência e aceitação regional à formação de um *Ius Commune*.

Portanto, esse projeto, apesar de abordar ideais que podem parecer ambíguos (especialmente quando pensamos nos conceitos conflitantes construídos ao longo do tempo nas

³⁶ HUERTA, Mauricio. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, N°6, 2006. Págs. 513-549. Disponível em: <<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>>, acesso em 20 de janeiro de 2020.

³⁷ Ao meu ver, o termo “soft” diminui a importância do que é tratado; as recomendações, observações e diretrizes emitidas pelos organismos internacionais são valiosas e ricas em conteúdo, pois ao interpretar os tratados e convenções trazem novo sentido à realidade social. Esses órgãos fazem de maneira brilhante a interpretação da lei.

³⁸ Nesse sentido, o regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos traz, em seu artigo 37: “Em casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, o Tribunal poderá designar um Defensor Interamericano de ofício que as represente durante a tramitação do caso”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov_2009_por.pdf>, acesso em 20 de janeiro de 2020.

³⁹ Para um entendimento generalizado do assunto, ver MORENO PINO, Ismael. *Orígenes y evolución del Sistema Interamericano*. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 1977.

⁴⁰ O México (1917), a Costa Rica (1949), o Uruguai (1967), o Panamá (1972) e o Chile (1980) são exceções: mantêm suas constituições originais, ainda que profundamente emendadas.

Américas - desde à prática da doutrina Monroe⁴¹ até o bolivarianismo, além de outros aspectos em que não houve homogeneidade na região⁴²), na verdade traz uma abordagem que se alimenta de experiências muito precisas e concretas, amparada pelo desejo de transformar uma situação que é evidentemente inaceitável. Por um momento, houve a ideia de expandir os termos da Convenção Americana através de um protocolo para enfatizar os deveres dos Estados e o caráter vinculante do instrumento, porém sem sucesso⁴³. As organizações da sociedade civil geralmente resistem às sugestões de uma maior abertura da Convenção da OEA pelo medo de que uma renegociação de seus termos pudesse resultar em retrocessos, especialmente considerando a fragilidade das democracias dos países latino-americanos, problemática que será tratada a seguir.

1.3 Características das democracias latino-americanas

Sabemos que os países da região latino-americana são, via de regra, antigas colônias espanholas e portuguesa. Conforme já citado, a grande maioria vivenciou (ou vivencia) períodos de governos autoritários, experimentou ou experimenta desequilíbrio entre os poderes, e não ajustou suas estruturas de poder às necessidades locais⁴⁴, marcadas principalmente pela pobreza e desigualdade social. Portanto, no plano social resta evidente as deficiências na garantia de uma vida digna, com características como altos níveis de concentração de renda, condições precárias em que vive grande parte da população, e altos índices de violência que marcam a região; todo esse contexto compromete a efetividade dos direitos civis e políticos e,

⁴¹ Para uma análise detalhada do papel da ideologia na época do expansionismo norte-americano na região, consultar: MERK, Frederick. *La Doctrina Monroe y el Expansionismo Norteamericano 1843-1849*. Buenos Aires: Paidós, 1968.

⁴² A própria importância do Sistema Interamericano não é homogênea na região. Em 2013, a Venezuela abandonou o sistema interamericano de direitos humanos; outra crise ocorreu na região quando o Peru, em certa ocasião, tentou se retirar da Convenção para não ser julgado - A Corte IDH, porém, considerou inadmissível a retirada de declaração de reconhecimento da competência da Corte com efeitos imediatos, razão pela qual reputou irrelevante a tentativa de se retirar da demanda. Outros países, dentre eles o Brasil, já tentaram enfraquecer o papel do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (ver: <http://www.global.org.br/blog/brasil-endossa-frente-de-enfraquecimento-do-sistema-interamericano-de-direitos-humanos/>, acesso em 28 de janeiro de 2020). Entende-se, no presente trabalho, que a Convenção Americana é vinculante, sendo interpretada pela doutrina como um *corpus juris* interamericano e, posteriormente, pela própria jurisprudência da Corte IDH, como um “bloco de convencionalidade”.

⁴³ Sobre essa tentativa, ver: “Informe: Bases para un proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para fortalecer su mecanismo de protección”, de relatoria do Antônio A. Cançado Trindade. Disponível em: < <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11694.pdf> >, acesso em 30 de janeiro de 2020.

⁴⁴ GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. New York e Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 148-195.

principalmente, dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), recordando que a América Latina ostenta o maior grau de desigualdade do mundo⁴⁵.

Importa aqui enfocar na questão da desigualdade porque, em decorrência dessas profundas e patológicas brechas sociais e econômicas que existem na região, a pobreza e a pobreza extrema constituem um problema transversal para toda a América Latina. Dessa maneira, ao examinarmos os princípios da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, vemos que a Corte IDH reconheceu, no caso *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*⁴⁶, que a pobreza se trata de uma forma de negação de todos os direitos, tanto civis e políticos quanto econômicos, sociais e culturais. Nessa linha, em relatório temático publicado em 2017, a CIDH afirmou que a pobreza é “um problema estrutural que se traduz em afetações ao gozo e exercício dos direitos humanos e que, em certas ocasiões, implica em violações que supõem a responsabilidade internacional do Estado”⁴⁷. Esse enfoque, que será melhor desenvolvido ao longo da dissertação, é de grande utilidade, pois permite analisar a pobreza segundo os direitos e deveres em matéria de direitos humanos, conduzindo a políticas que abordam as necessidades de grupos em situação de vulnerabilidade.

Válida a ressalva que, em âmbito internacional, há uma extrema dificuldade em conceituar, medir e enfrentar a pobreza. Tal dificuldade permeia a própria delimitação de outros termos, como “desenvolvimento”, “qualidade de vida”, “bem-estar”, “custo de vida”, dentre outros⁴⁸, que envolvem concepções culturais e circunstanciais, podendo alterar-se conforme o tempo e o local. Destaco que, para este estudo, a pobreza tratada considera os seus aspectos objetivos, isto é, de disponibilidade de rendimentos *per capita*, entendendo-a como a falta de renda ou o poder de compra mínimo para garantir as necessidades básicas de subsistência das pessoas⁴⁹.

⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. Revista Direito & Práxis, 2017. P. 1358. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1356.pdf>>, acesso em 21 de janeiro de 2020.

⁴⁶ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Sentença de 14 de agosto de 2010, mérito, reparações e custas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_por.pdf>, acesso em 20 de janeiro de 2020.

⁴⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). *Pobreza y Derechos Humanos*. 7 de setembro de 2017, OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147, párr. 101. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>>, acesso em 20 de setembro de 2019.

⁴⁸ Ibid., párr. 36.

⁴⁹ Segundo as Nações Unidas, “Poverty has been conventionally viewed as the lack of income or purchasing power to secure basic needs”. Informe: “Human Rights and Extreme Poverty. Report of the independent expert on the question of human rights and extreme poverty, Arjun Sengupt”. UN DOC E/CN.4/2005/49, de 11 de fevereiro de 2005. Disponível em: <<https://undocs.org/en/E/CN.4/2005/49>>, acesso em 12 dez. 2019. Párr. 3.

A partir disso, é sabido que tais brechas acarretam em violações sistêmicas aos direitos humanos, obstaculizando a própria consolidação da democracia e do Estado de Direito⁵⁰, pois a exclusão e a desigualdade repercutem principalmente na impossibilidade de iguais oportunidades para deliberar no espaço público⁵¹. Soma-se a essas questões o fato que a região sofre do baixo poder das instituições e o constante questionamento acerca da legitimidade dos juízes, produtos, de um modo geral, dos casos de corrupção e da dificuldade de separação entre o cargo público e seu ocupante⁵². Isso advém de um passado construído por oligarquias que historicamente apropriaram-se das instituições e das estruturas estatais, o que alimentou o ciclo de exclusão social.

Temos, assim, como características da América Latina: autoritarismo, democracias frágeis, resistência ao progresso e uma reticência quanto à observância dos direitos humanos, o que comprova o fato de que houve na região um constitucionalismo de fantasia, através da inclusão nas constituições de metas e princípios que não seriam cumpridos. Apesar de se notar uma mudança positiva no cenário – houve, mesmo subsistindo indicadores ainda muito insatisfatórios, inegáveis e significativos avanços desde a redemocratização, através da conscientização da necessidade da luta pela legalidade e contra a impunidade -, os temas do passado persistem e tendem a não ser esquecidos. Nesse contexto, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos lida com essa temática quando reprime a anistia e outros impedimentos relacionados à memória e à reparação⁵³, ainda demandados por vítimas e seus familiares.

Nesse quadro, destaca-se o papel de relevância da Corte IDH que, conforme se verá, possui grande destaque na pavimentação do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, tendo a sensibilidade de reconhecer e amparar esse contexto regional marcado por legados

⁵⁰ Em uma sociedade aberta e pluralista, que oferece espaço de diálogo entre distintos ideais do poder público, o Estado de direito se trata de uma proteção comum contra o poder arbitrário. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Desigualdad estructural y Estado de derecho*, in GARAVITO, César Rodríguez (org.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011. P. 27.

⁵¹ ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: Unam, 2015.

⁵² A Transparência Internacional publicou o Índice de Percepção da Corrupção 2018, que demonstra os níveis de percepção de corrupção no setor público em 180 países e territórios, em uma pontuação que vai de zero (altamente corrupto) a 100 (altamente íntegro). Vide os índices de alguns países da América Latina e sua posição no ranking: Chile: 67 (27ª posição); Argentina: 40 (85ª posição); Guiana: 37 (93ª posição); Colômbia: 36 (99ª posição); Brasil: 35 (105ª posição); Peru: 35 (105ª posição); El Salvador: 35 (105ª posição); Equador: 34 (114ª posição); República Dominicana: 30 (129ª posição); Bolívia: 29 (132ª posição); Venezuela: 18 (168ª posição). TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Índice da percepção da corrupção 2018. Berlim, 2018. Disponível em: <https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/>. Acesso em: 27 de janeiro de 2020.

⁵³ Tema tratado, dentre outros, nos casos: *Gelman Vs. Uruguay*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011, pár 232; *Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador*. Sentença de 25 de outubro de 2012, pár. 283.

autoritários, onde a pobreza e a desigualdade extrema são marcas indeléveis da formação social, além de lidar com problemas de corrupção e instabilidade política. Capta-se a “ênfase na dimensão coletiva na proteção dos direitos fundamentais”⁵⁴ como um elemento diferenciador dos direitos humanos na América Latina.

Para lidar com a situação, o ICCAL objetiva direcionar as funções estatais internas para o direito internacional, almejando, assim, mudanças sociais, políticas e jurídicas. Tal constitucionalismo transformador na América Latina, conforme apontado, é orientado por princípios universais, embasados no respeito aos direitos humanos, democracia e o Estado de Direito, e a motivação deste projeto está em cumprir, na prática, as promessas das constituições latino-americanas através de três vieses-chave: (i) o conteúdo transformador das constituições está, acima de tudo, contido nos direitos fundamentais; (ii) esses direitos impulsionam a mobilização da sociedade civil por meio da litigância estratégica; (iii) julgamentos embasados em direitos humanos e fundamentais, que são geralmente vinculados à demandas de ativistas sociais, proporcionam a energia jurídica necessária aos projetos desses grupos⁵⁵.

O constitucionalismo transformador aborda uma linguagem comum a esse cenário latino-americano característico, e envolve tanto a comunidade jurídica quanto a sociedade civil, além de debates públicos. Está inserido nesse quadro fático de democracias frágeis, com a concessão de anistia aos violadores de direitos humanos, a ocorrência de desaparecimentos forçados de indivíduos, feminicídios, e constantes violações a grupos historicamente discriminados, como migrantes, povos indígenas, afrodescendentes, crianças e adolescentes, pessoas com deficiências, idosos, dentre outros, o que foi devidamente colocado na agenda da Comissão e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A necessidade da consulta prévia e participação desses grupos no espaço público chama especial atenção do Sistema Interamericano.

A atuação da América Latina no âmbito dos direitos fundamentais deve ser pautada em suas constituições nacionais, que trazem promessas nesse campo desde a Constituição Mexicana de 1917. A indivisibilidade dos direitos de primeira e segunda geração, em particular os direitos civis e sociais, tem sido enfatizada fortemente desde então, bem como há um

⁵⁴ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina : aclaración conceptual*. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Instituti de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Mexico, 2017, p. 152-153.

⁵⁵ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to Transformative Constitutionalism*. In: *Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism*. Oxford: United Kingdom, 2017. P.33.

destaque para a dimensão coletiva de proteção. Nessa esteira, julgamentos relevantes são fruto de uma litigância estratégica de grupos e organizações privadas que estão comprometidas com as mudanças sociais. Contudo, apesar de os projetos jurídicos almejarem uma mudança substancial, a ênfase nos direitos humanos e o direcionamento para essa área demonstram um profundo ceticismo em relação aos programas políticos, o que será explicado a seguir. Conclui-se, nesse ponto, que a concretização desses direitos é necessária, e não se fala aqui de soluções revolucionárias, mas sim por meio de um caminho árduo e progressivo da jurisprudência transformativa.

Há várias décadas, em todas as partes construídas pelo regime democrático, é recorrente o discurso acerca da crise dos parlamentos e das dificuldades de representação política. Da Escandinávia à América Latina vemos que há um misto de insatisfação, ceticismo e indiferença na relação entre a sociedade civil e a classe política – por exemplo, nos países que o voto não é obrigatório, os índices de abstinência revelam o desinteresse geral⁵⁶. Já em países de tradição de voto obrigatório, como o Brasil e a América Latina em geral, um percentual relevante dos eleitores não é capaz de recordar em quem votou nas últimas eleições parlamentares. Isso se justifica pelas características de disfuncionalidade, corrupção e captura de interesses privados, que são temas associados à atividade política latino-americana.

O ceticismo citado advém da construção do próprio regime democrático e, no contexto latino-americano, o presidencialismo é o ponto central do discurso constitucional quando tratamos das questões estruturais de governo. As insuficiências da democracia representativa são muito evidentes para serem ignoradas, levando em conta, ao longo dos anos, a ampla exposição das disfunções do financiamento eleitoral, as relações oblíquas entre o Executivo e os outros poderes, e o exercício de cargos públicos em benefício próprio que revela as mazelas de um sistema que gera muita indignação e poucos resultados⁵⁷. Para se ter uma ideia concreta, dados da última pesquisa Latinobarômetro (que mede as percepções políticas da população de 18 países), realizada em 2018, mostram que os latino-americanos estão insatisfeitos como nunca

⁵⁶ BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Op.cit. P. 38.

⁵⁷ A respeito desse desencanto, escreveu em artigo jornalístico o historiador VILLA, Marco Antonio. *Os desiludidos da República*, O Globo, Rio de Janeiro, p. 16, 8 jul. 2014: “O processo eleitoral reforça este quadro de hostilidade à política. A mera realização de eleições — que é importante — não desperta grande interesse. Há um notório sentimento popular de cansaço, de enfado, de identificação do voto como um ato inútil, que nada muda. De que toda eleição é sempre igual, recheada de ataques pessoais e alianças absurdas. Da ausência de discussões programáticas. De promessas que são descumpridas nos primeiros dias de governo. De políticos sabidamente corruptos e que permanecem eternamente como candidatos — e muitos deles eleitos e reeleitos. Da transformação da eleição em comércio muito rendoso, onde não há política no sentido clássico. Além da insuportável propaganda televisiva, com os jingles, a falsa alegria dos eleitores e os candidatos dissertando sobre o que não sabem”.

antes com a saúde de suas democracias, e se inclinam cada vez mais para modelos autoritários – o respaldo democrático caiu em 2018 para 48%, cinco pontos a menos que no ano anterior. Em 2010, o índice de apoio à democracia atingiu seu ápice, com 61%, mas desde então os gráficos mostram uma curva descendente.

Além do problema do déficit democrático da representação política⁵⁸, o sistema presidencialista torna-se patológico quando analisamos o populismo, tópico que, apesar de não ser o enfoque deste trabalho, é de grande relevância para a análise da América Latina contemporânea e do mundo como um todo. Sobre isso, cabe a reflexão que, por trás do citado desprestígio corrente da democracia, está um conjunto de circunstâncias que assolam diversos países: a globalização e seu impacto sobre o desemprego, as ondas de imigração, o terrorismo, o fundamentalismo religioso, a debilidade dos partidos políticos, as mudanças climáticas, as conquistas de grupos relegados (como mulheres, comunidades LGBTQI+, migrantes), dentre outros. A reação à esses fatos heterogêneos explica o avanço desse populismo sobretudo conservador na política de diversos países em todo o mundo, que se valem de um discursos anti-establishment, antiglobalização, e anti “tudo isso que está aí”⁵⁹.

Sem embargo, esses governos populistas, na prática, afetam diretamente as populações historicamente e socialmente excluídas, pois se associam a políticas de austeridade que reduzem as redes de proteção social, bem como impedem o avanço de uma agenda progressista de direitos humanos, igualdade racial, políticas feministas, casamento homossexual, defesa de populações nativas, proteção ambiental e descriminalização de drogas, entre outras “modernidades”. Em governos populistas, as instituições são enfraquecidas pelo presidente, e a presença da sociedade civil organizada, que pressiona o governo em prol de mudanças nessa estrutura que gera os problemas sociais, se mostra essencial para descentralizar as estruturas, e trazer reformas ao sistema.

Nessa conjuntura, convém explicar que as constituições latinas, a despeito do esforço de implementar mudanças, mantêm – de modo geral - desenhos institucionais que contemplam poderes executivos fortes através da centralização do poder na figura do presidente, fenômeno

⁵⁸ Sobre isso, ver GRABER, Mark A. *The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order*, Annual Review of Law and Social Science, n. 4, p.361-362, 2008.

⁵⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Revolução Tecnológica, Crise da Democracia e Mudança Climática: Limites do Direito num Mundo em Transformação*. REI - Revista Estudos Institucionais, [s.l.], v. 5, n. 3, p. 1234-1313, dez. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/rei/article/view/429/444>>, acesso em 22 set. 2019. P. 1280.

característico da região e designado “hiperpresidencialismo”⁶⁰. São políticos eleitos pelo voto popular mas que, através de um discurso de combate à exclusão, acabam por concentrar suas competências por meio de sua grande capacidade de coalizão, de modo a limitar ou impedir outros elementos essenciais em uma democracia: a atuação parlamentar, a separação de poderes, e a divisão de tarefas em diferentes instituições. Nesse sentido, o populismo⁶² e o citado “hiperpresidencialismo” se consolidam quando há uma desconfiança e até um descrédito nas outras instituições de equilíbrio ao governo como um todo, a exemplo do Poder Judiciário, da mídia e das organizações não-governamentais, e a opinião pública fica comprometida com esse discurso da primazia do presidente para a garantia de soluções aos problemas sociais e estruturais que aquela sociedade vivencia.

Para os representantes do *Ius Constitutionale Commune*, essa estratégia não só é inócua para a solução dos problemas de exclusão e desigualdade como também os

⁶⁰ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. Op. Cit., p. 32; COUFFIGNAL, Georges. *La nueva América Latina: Laboratorio político del Occidente*. Santiago: LOM Ed., 2015. p. 50-55; GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Op. Cit. p. 148-195.

⁶¹ Em muitas ocasiões, esse termo é empregado com um viés depreciativo, atribuindo ao presidente um exercício ilegítimo de seus poderes constitucionais. Destaca-se que a maior parte dos textos se reporta à contribuição crítica de Carlos Santiago Nino como precursor da terminologia “hiperpresidencialismo” no direito constitucional (NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992). Para Jorge Carpizo, o hiperpresidencialismo é resultado da excessiva personalização do poder em paralelo com a fragilidade dos outros poderes. Segundo esse autor, as “inquietudes internas resultado de la miseria de amplios sectores sociales y la desigualdad social insultante, amén de factores como efecto dominó o mal ejemplo, solidaridad y apoyos mutuos entre las autocracias, escasez de divisas extranjeras, explosión demográfica, derroches económicos, falta de cultura cívica y marcado desprecio por el estado de derecho entre otros. Además, no pueden desconocerse las peculiaridades de los países de la región, ni que esos factores pesen más en unos que en otros. Dichos factores externos e internos son aprovechados por personas sedientas de poder”. O resultado disso é o autoritarismo e a consequente perda de liberdades. Ver: CARPIZO, Jorge. *Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*. In: CARBONNEL, Miguel; CARPIZO, Jorge; ZOVATTO, Daniel (Coord.). *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 9. Na mesma linha, Antonio Hernández identifica o hiperpresidencialismo como uma “patologia institucional”: “Para nosotros este fenómeno se caracteriza por la concentración del poder en el presidente, mas allá de las competencias fijadas por la Constitución, en desmedro de la división y equilibrio de los poderes y de los principios de la democracia constitucional. Debemos a Carlos Santiago Nino el más agudo y profundo estudio de esta grave patología institucional, que produce incommensurables efectos negativos para el sistema político y jurídico y para una sociedad abierta porque impide la vigencia de una democracia deliberativa, en su obra *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Astrea, 1992, capítulo III, donde expuso el tema con visión interdisciplinaria. También se detuvo en la caracterización del carácter corporativo de nuestro hiperpresidencialismo, que en nuestros días se manifiesta con particular fuerza.” (HERNÁNDEZ, Antonio. *A Tres Lustros de la Reforma Constitucional de 1994*. Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 60, 254, 2010. p. 186).

⁶² Independente de ideologias de esquerda ou direita, os governos populistas possuem traços comuns, dentre os quais pode-se citar: (i) a relação próxima do líder com o “povo”; (ii) o enfraquecimento de corpos intermediários como os partidos, os meios de comunicação, os sindicatos independentes, os juízes; (iii) críticas em relação ao pluralismo; (iv) um autoritarismo mascarado por ser supostamente exercido em nome do povo, por meio de um discurso de patriotismo que encarna a unanimidade e a homogeneidade étnica pretendidas para a nação; (v) críticas quanto à alternância de poder, através de ataques constantes à mídia e aos opositores políticos.

potencializa⁶³, tendo em vista que o modelo presidencial centralizado não possibilita a democratização social, bem como o mais alto grau de personalização é em detrimento ao desenvolvimento de instituições fortes⁶⁴. O fomento da institucionalidade para a efetividade do direito é uma das grandes aspirações para os estudiosos do *Ius Constitutionale Commune*, que valorizam a separação de poderes e a independência das instituições para o fortalecimento da proteção aos direitos humanos. Destaca-se ainda mais a independência do Poder Judiciário, levando em conta o protagonismo desse poder na garantia dos direitos fundamentais e o fato de ser grande fiador da democracia – a sua independência, assim, é a pedra angular do Estado Democrático de Direito.

Nesse aspecto, para entender o progresso do constitucionalismo na América Latina se faz necessário entender o processo de institucionalidade, considerando o papel decisivo das instituições para a elaboração das “regras do jogo”, garantindo o desenvolvimento político e econômico dos países. Na maior parte dessa região, foi imposto o trabalho forçado às populações nativas e a sua conversão ao cristianismo, e o continente foi herdeiro de um modelo centralizador, autoritário, em que a Igreja e o Estado se encontravam vinculados, e os colonizadores controlavam todas as atividades econômicas, que eventualmente foram delegadas aos particulares por diferentes métodos de favoritismo⁶⁵. Essa construção histórica explica em boa parte as dificuldades que as instituições da região enfrentam, e que fazem com que haja discrepâncias entre o texto constitucional no papel e na prática.

A atuação fundamental das instituições foi tratada no livro merecidamente prestigiado de Daron Acemoglu e James A. Robinson, “Por que as nações fracassam”⁶⁶. A obra traz como tese central a de que as origens do poder, da prosperidade e da pobreza não estão nas características geográficas, culturais ou na ignorância das populações – a principal razão do sucesso ou fracasso dos países está em suas instituições, que devem se valer de políticas sociais e econômicas inclusivas. Nessa seara, defende-se, como regra geral, que instituições políticas

⁶³ Esse é precisamente o *leitmotiv* do livro de R. Gargarella, *Latin American constitutionalism 1810- 2010*. Op. Cit.

⁶⁴ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to Transformative Constitutionalism*. Op.Cit. P. 35.

⁶⁵ Sobre esse aspecto, ver NORTH, Douglass C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018. P. 173-176. Após a independência, os países latino-americanos importaram, de uma maneira geral, o modelo constitucional norte-americano. Tal fato, todavia, não foi capaz de assegurar a efetividade das novas normas, nem tampouco de transmutar as disfunções arraigadas nas instituições espanholas e lusitanas, que se perpetuaram no tempo e ainda hoje cobram seu preço.

⁶⁶ Tradução ao português do livro “Why nations fail”. ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012.

inclusivas geram instituições econômicas inclusivas e, inversamente, instituições políticas extrativistas geram instituições econômicas extrativistas⁶⁷.

Na América Latina, analisa-se a prevalência de instituições políticas extrativistas⁶⁸, geradoras de instituições econômicas igualmente extrativistas, que transferem riqueza e poder para as elites; países que se atrasaram na história, como os dessa região, foram conduzidos por elites extrativistas e autorreferentes, que controlam um Estado apropriado por setores privados, e que distribuem de maneira muito limitada os frutos do progresso econômico limitado que ele é capaz de produzir. As nações fracassam, nos dias de hoje, quando não conseguem prover segurança jurídica e igualdade nas oportunidades, existindo déficits sistêmicos no Estado de Direito, pois o poder normativo da lei é debilitado e muitas estruturas estatais são precárias. Dessa maneira, a região de fato sofre com uma baixa institucionalidade e uma falta de independência dos órgãos públicos daqueles que os ocupam, e os interesses pessoais dos membros, bem como a generalização da corrupção, comprometem o Estado de Direito⁶⁹.

Analisa-se que o fenômeno da recessão da democracia, com a ascensão de líderes autoritários e populistas, tem inúmeras causas - dentre elas, o arrefecimento do sentimento democrático dos cidadãos, a desigualdade persistente e a elevada percepção de corrupção⁷⁰. Apesar do direito, sozinho, não conseguir dar todas as respostas à essas problemáticas, as Cortes Constitucionais podem funcionar como importantes pontos de vetos às arbitrariedades, enfraquecendo uma possível concentração desenfreada de poderes. Ainda, o sistema jurídico pode atuar para tornar os partidos e as instituições políticas mais responsivas às demandas dos cidadãos, de modo que, em uma primeira reflexão, os sistemas eleitorais devem ser repensados para se tornarem mais inclusivos e representativos.

Nessa linha, para lidar com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais e a baixa credibilidade ao Estado de Direito, alguns ordenamentos jurídicos implementaram mudanças para fortalecer os seus regimes democráticos. Alguns exemplos são

⁶⁷ Ibid, p. 43, 80 e 81.

⁶⁸ Ibid, p. 372 e 401.

⁶⁹ Instituições são compostas por práticas consolidadas que se aplicam independentemente de quem ocupa o cargo ou do destinatário das decisões. Trata-se de elemento central para a consolidação do estado de direito. BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. Op. Cit. p. 32-34

⁷⁰ O Índice de Percepção da Corrupção é um indicador de corrupção no setor público calculado desde 1995 pela Transparência Internacional, entidade não governamental sediada em Berlim, na Alemanha. Em 2018, a Dinamarca estava na melhor colocação, Reino Unido e Alemanha empatados em 11º lugar, Estados Unidos em 22º, Argentina em 85º e o Brasil em 105º. 141 No Brasil, por exemplo, entre final de 2018 e ao longo de 2019, houve decisões importantes do Supremo Tribunal Federal derrubando restrições à liberdade de expressão nas universidades, impedindo a extinção de órgãos de proteção de direitos humanos por via de decreto e criminalizando a homofobia.

a transcendência da figura de *ombudsman* que Jorge Capizo implementou no sistema mexicano, e o estabelecimento de instituições independentes para a supervisão de processos eleitorais. A criação dessas figuras remonta a 1924, quando os Estados de Uruguai e Chile criaram a Corte Electoral e o Tribunal Calificador de Elecciones, respectivamente⁷¹. A partir disso, vários outros países criaram instituições de fiscalização eleitoral especializadas, e teoricamente independentes e autônomas dos poderes clássicos⁷². Com o tempo, essas instituições ganharam força e ampliaram suas funções, bem como passaram a ter maior legitimidade⁷³ e credibilidade. Projetos como esses são fundamentais para o avanço da teoria do ICCAL⁷⁴, principalmente para aumentar a transparência e a receptividade do sistema político.

Constata-se que, enquanto os representantes do ICCAL estimulam a presença de novas instituições na proteção de direitos, é questionado se o Poder Judiciário faz o mesmo. Tem-se visto uma baixa confiança dos cidadãos no Judiciário, apesar do fato que as constituições latino-americanas buscam empoderar essa esfera como uma instituição voltada à concretização de suas normas. Nessa linha, as supremas cortes assumem um papel de extrema relevância e destaque, já que a elas é conferida a jurisdição constitucional e múltiplas ações constitucionais, o que retrata um empenho de não apenas consolidar direitos, como também de consolidar a democracia e instaurar o estado de direito nos países da região⁷⁵. O papel central do Poder Judiciário para fortalecer a proteção dos direitos será melhor abordado em outro tópico.

Destaca-se, por fim, outra característica diferenciadora do *Ius Constitutionale Commune* em relação aos outros movimentos constitucionais: o fato que este transcende o horizonte nacional, isto é, Constituição e legislação internacional se comunicam, mas sempre conferindo autonomia às instituições internacionais. Para o ICCAL, a soberania de cada país é considerada uma “casca protetora, sendo que o ordenamento interno de cada país latino se mostra politicamente e juridicamente auto suficiente e independente, a despeito de emprestar entendimentos da Europa, EUA”⁷⁶.

⁷¹ ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Constitutional Courts in the Breach*. Cambridge University Press, 2014. p. 165. A importância do modelo uruguaio é ressaltada no manuscrito de Issacharoff, assim como em FIALLOS OYANGUREN, M. *Los organismos electorales en el proceso de consolidación democrática en América Latina*. In: PRETEL, J.; RAMIREZ, J. M. (Comp.). *Democracia política y electoral en América Latina*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda; OEA, 2000. p. 348.

⁷² JARAMILLO, Juliana. *Los órganos electorales supremos*. In: NOHLEN, D. et al. (Comp.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México, DF: IIDH, 2007. v. 2, p. 372.

⁷³ RUANO, Pedro Martínez. *Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral*. Revista Derecho Electoral, v. 13, 2011. P. 180-181.

⁷⁴ Vide BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina: uma reflexão sobre um Constitucionalismo Transformador*. Op. Cit., p. 35.

⁷⁵ COUFFIGNAL, Georges. *La nueva América Latina: Laboratorio político del Occidente*. Op.Cit. p. 44-46.

⁷⁶ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to Transformative Constitutionalism*. Op. Cit. P. 39.

Necessário, assim, um melhor entendimento acerca dessa comunicação entre as legislações nacionais e o direito internacional, e a sua importância para fortalecer o regime democrático na região e suas promessas.

1.4 A interação entre o Direito nacional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos

Foi analisado que a globalização enfraqueceu o conceito clássico de soberania, considerando que atualmente os países não são mais tratados como comunidades independentes. Para os estudiosos do ICCAL, a soberania está vinculada aos princípios fundamentais, à proteção dos direitos humanos, a democracia e o estado de direito; por sua vez, o direito internacional dos Direitos Humanos, que fortalece tais princípios fundamentais, é considerado como uma conquista constitucional, estando presente no direito interno dos países da América Latina.

Nas últimas décadas temos notado que vários países latino-americanos passaram por um processo de abertura de suas constituições nacionais, isto é, passaram a abrir seus ordenamentos às normas internacionais de proteção aos direitos humanos, para uma melhor efetivação dos princípios fundamentais em suas constituições. Nesse sentido, o conceito de constitucionalismo multinível surgiu para explicar um sistema repleto de conexões, advindo de uma abertura das Constituições locais em prol de um sistema de poder interligado, para enfrentar os desafios de uma era pós-nacional⁷⁷. O que ocorre é uma globalização ativa dos direitos humanos, através de mecanismos de incorporação e técnicas de litigância estratégica.

Desse modo, delineia-se um processo evolutivo de recepção do direito internacional, em que as Constituições sofreram reformas e incorporaram diversas cláusulas de abertura para absorver os direitos humanos, expandindo, consequentemente, os blocos de constitucionalidade. Superada a soberania ilimitada, os contextos constitucionais pluralistas exigem normas constitucionais que integram novos elementos jurídicos em um movimento que cruza os limites dos Estados nacionais. Um Estado que se enxerga no âmbito multicultural é aquele que afirma uma política dialogal – e não só comunicativa, como também interdependente.

Sobre essa temática, válida a ideia trazida pelo professor Peter Häberle, que traz que vivemos hoje em um “Estado Constitucional Cooperativo”, o qual não mais se apresenta como

⁷⁷ PERNICE, Ingolf. *Multilevel Constitutionalism in the European Union*. Berlim: Walter Hallsyein – Institut, 2001. P. 4.

um Estado Constitucional voltado para si mesmo, mas que se disponibiliza como referência para os outros Estados Constitucionais membros de uma comunidade, e no qual ganha relevo o papel dos direitos humanos e fundamentais⁷⁸. Para Häberle, ainda que a cooperação entre os Estados possa ser vista como uma mera coordenação para uma coexistência pacífica – e levando em conta as delimitações advindas das soberanias nacionais –, no campo do direito constitucional nacional tal fenômeno pode, por si só, introduzir ao menos tendências que apontem para um enfraquecimento dos limites entre o interno e o externo, gerando uma visão que traz a prevalência do direito comunitário sobre o interno⁷⁹. Nesse contexto, não se pode deixar de considerar a proteção aos direitos humanos como a fórmula mais concreta de que dispõe o sistema constitucional, a exigir dos atores da vida sócio-política do Estado um aporte positivo para a máxima eficácia das normas das Constituições modernas que protegem a cooperação internacional amistosa como princípio vetor das relações entre os Estados Nacionais⁸⁰ e a proteção dos direitos humanos como corolário da própria garantia da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, toda essa complexa abertura ao direito internacional alcança os mais variados regramentos, e tornou-se marcante na região latino-americana; essa abertura só foi possível graças à entrada em vigor da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1978, que impactou principalmente o período marcado pelos regimes autoritários e o período de transição ao regime democrático, mas que continua com um forte e necessário papel nas democracias prematuras. Gradativamente, o Sistema Interamericano se legitima como um instrumento eficaz e crucial para a proteção de direitos, quando as instituições nacionais se mostram falhas ou omissas. Como leciona Flávia Piovesan, “com a atuação da sociedade civil, a partir de articuladas e competentes estratégias de litigância, o Sistema Interamericano tem a força catalisadora de promover avanços no regime de direitos humanos”⁸¹.

Nesse ponto, válido ponderar que uma decisão interamericana pode ser definida de duas formas: uma dentro do âmbito administrativo e amistoso – quando antes de remeter o caso à Corte, o Estado reconhece o seu descumprimento da Convenção e aceita as recomendações da Comissão IDH -, e a segunda forma é a contenciosa (dentro da competência judicial do SIDH), quando a Corte emite uma sentença condenando o Estado por afetações aos direitos

⁷⁸ HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. p. 75-77.

⁷⁹ Ibid. p. 74.

⁸⁰ Ibid. p. 67.

⁸¹ PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 11 ed, Saraiva Educação: São Paulo, 2018, P.135.

previstos na CADH, e prescreve medidas de reparação que devem ser implementadas pelos Estados para cessar a violação.

A litigância estratégica configura uma linguagem especializada de organizações que buscam impactos políticos e jurídicos nos âmbitos domésticos. Na prática, os agentes da litigância estratégica possuem certos objetivos específicos e contam com membros especializados, formando redes amplas de troca de experiência e ajuda mútuas⁸². No Brasil, grandes exemplos de atores da litigância estratégica no Sistema Interamericano são as organizações não governamentais (ONGs) e as Defensorias Públicas Estaduais e Federal (DPEs e DPU). A advocacia em direitos humanos também vem atuando com protagonismo crescente. Entretanto, a advocacia internacional dos direitos humanos está mais associada às ONGs, pois essas organizações possuem maior *expertise* no campo do litígio estratégico, em razão da necessidade de atingir alto impacto com financiamento e recursos humanos limitados⁸³.

A região se mostra singular ao considerarmos o diálogo entre as constituições nacionais e o dever de harmonização imposto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, já que numerosos países da região fizeram a escolha de se abrirem às normas internacionais de direitos humanos a fim de proteger melhor os princípios fundamentais de suas Constituições⁸⁴. Os diálogos entre ordenamentos jurídicos dos países vizinhos têm propiciado o desenvolvimento de um contexto comum na região, e toda a gama de tratados internacionais sobre direitos humanos entra na formação de um *corpus iuris* interamericano.

O impacto transformador do Sistema Interamericano está na efetivação desse constitucionalismo pluralista, que, ainda nos ensinamentos de Flávia Piovesan, “de um lado, o sistema interamericano se inspira no princípio pro ser humano, mediante regras convencionais interpretativas baseadas no princípio da norma mais protetiva e favorável à vítima, endossando contemplar parâmetros protetivos mínimos. Por outro lado, as Constituições latino-americanas estabelecem cláusulas de abertura constitucional a propiciar o diálogo em matéria de direitos

⁸² CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 62.

⁸³ Essas organizações lidam diretamente com vítimas e com a resistência do sistema de justiça nacional em oferecer uma resposta adequada para vítimas e perpetradores de violência. Por isso, os casos são pensados desde o início para se permitir o acesso às instâncias internacionais. Sobre isso, ver: Fórum DPU. Publicação da Escola Superior da DPI V.4 N° 12, 2018.

⁸⁴ Nos entendimentos de Armin von Bogdandy: “Numerous Latin American states have chosen, in the course of democratization, to open themselves up to norms of international human rights protection in order to better protect the fundamental principles of their constitutions.” BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to Transformative Constitutionalism*. Op.Cit. P. 40.

humanos, concernentes à hierarquia, incorporação e impacto dos tratados de direitos humanos”⁸⁵.

É fato que cada país optou por processos e mecanismos diferentes, mas, de modo gradual, quase todos os países da região democratizaram-se se pautando na inclusão dos direitos humanos nas constituições. Assim, a constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos, por meio de princípios e critérios hermenêuticos, vem materializando nas constituições os princípios *pro homine*⁸⁶ e *pro libertatis*, trazidos, por exemplo, no artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ou ao menos sendo utilizados pela jurisprudência nacionais⁸⁷. Se antes o diálogo judicial era escasso, hoje é mais abrangente, e os critérios desenvolvidos pelo Sistema Interamericano foram e vem sendo adotados pelas cortes nacionais⁸⁸.

O constitucionalismo transformador refere-se à transformação gradual do panorama latino-americano, por meio de um conjunto de ideias que une: (i) a supraestatalidade; (ii) o diálogo plural entre os ordenamentos nacionais e internacionais; e (iii) a atuação judicial. Essa coordenação de ideias permite a construção do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, a partir de estándares comuns em matéria de direitos humanos, estado de direito e democracia. Esses estándares são desenvolvidos com base nas convenções, tratados, diretrizes, recomendações, opiniões consultivas e outros entendimentos desenvolvidos pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que compõem a OEA.

Ainda, há algumas jurisdições que reconhecem a supremacia da lei internacional – no caso de tratados de direitos humanos -, a exemplo da Constituição da Colômbia de 1991, que traz: “Os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Congresso, que reconhecem os direitos humanos e que proíbem a sua limitação nos estados de exceção, prevalecem sobre o ordenamento interno”⁸⁹. Ao mesmo tempo, alega que todos os direitos fundamentais

⁸⁵ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo regional transformador: o impacto do Sistema Interamericano*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, vol. I. Curitiba: Juruá, 2016, p. 94.

⁸⁶ “El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más restringida cuando “se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”. PINTO, Monica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. In: *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales – Editorial del Puerto, 1997, p. 163.

⁸⁷ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *El Control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*. México: UNAM, Ano 4, 2010/2011. Disponível em:

<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>>, acesso em 20 jan. 2020. P. 172

⁸⁸ GARCÍA, Sergio Ramírez. *Op. Cit.* P. 313.

⁸⁹ Tradução livre do artigo 93: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el

estipulados na Constituição devem ser interpretados à luz dos tratados internacionais ratificados pela Colômbia (artigo 93). Isso está relacionado ao conceito de “bloco de constitucionalidade”, no qual a integração de normas internacionais na ordem jurídica interna faz com que as cortes constitucionais as interprete em conjunto, pois possuem igual relevância. Ainda que não constem expressamente do texto constitucional, entende-se que o direito internacional dos direitos humanos integra esse bloco, de modo que constituem, juntamente com as normas constitucionais, paradigmas de validade das normas e demais atos do Poder Público.

A Constituição da Argentina de 1994 também demonstra a evolução do conceito de bloco de constitucionalidade ao incorporar, através de seu artigo 75 (22), uma extensa lista de tratados de direitos humanos, constituindo o auge de direitos humanos e políticas de justiça de transição seguidas no país depois do término do período ditatorial⁹⁰. Por sua vez, a Constituição do Equador de 2008 prevê que “todos os direitos e garantias previstos na Constituição e nos instrumentos internacionais de direitos humanos são direta e imediatamente aplicáveis aos e pelos servidores públicos, judiciais ou administrativos” (artigo 11(3)). Também estabelece que “os seguintes princípios constitucionais devem ser aplicados aos tratados internacionais de direitos humanos: Pro persona, interpretação menos restritiva, aplicabilidade direta, e cláusula aberta” (Artigo 417). Além disso, estipula que “tratados de direitos humanos internacionais ratificados pelo Estado e que fornecem mais proteção que a Constituição devem prevalecer sobre todos os ditames legais ou atos públicos” (artigo 424).

Outro exemplo marcante é a Constituição Mexicana. O Artigo 1, emendado em 2011, é inovador por abordar uma superação do modelo dualista, trazendo um texto que faz referência ao princípio *pro persona* – isto é, aponta que prevalecem as normas que mais protegem os indivíduos, independentemente de serem constitucionais ou estarem previstas em tratados internacionais⁹¹. As constituições influenciadas pelo constitucionalismo bolivariano também

orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. COLOMBIA, Constituição (1991). Disponível em: <<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>>, acesso em 22 jan. de 2020.

⁹⁰ O artigo 75(22) da Constituição da Argentina menciona a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal de Direitos Humanos, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e seu protocolo adicional, a Convenção relativa à Prevenção e Punição do Crime de Genocídio, Convenção Internacional para a eliminação de todas as formas de discriminação racial, Convenção para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, Convenção contra a tortura e outras penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, e convenção dos direitos das crianças. ARGENTINA, Constituição (1994). Disponível em: <<https://www.congreso.gob.ar/constitucionSeccion1Cap4.php>>, acesso em 19 jan. 2020.

⁹¹ Artigo 1º: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”. MÉXICO, Constituição (1917). Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf>, acesso em 19 jan. 2020.

possuem um papel evolutivo importante – por exemplo, a Constituição Boliviana de 2009 prevê que as garantias do direito internacional dos direitos humanos prevalecem sobre a lei interna e os direitos e deveres estipulados na Constituição devem ser interpretados de acordo com esses tratados. Ainda, as normas desses tratados tem prevalência sobre as normas constitucionais na medida em que elas garantem maior proteção que a própria constituição⁹². Outros Estados foram na mesma linha através de uma interpretação de suas respectivas constituições: por exemplo, desde 1995 a Câmara Constitucional da Suprema Corte da Costa Rica reconhece status supraconstitucional dos tratados de direitos humanos por eles garantirem maior proteção⁹³.

A seu turno, o Brasil também atribuiu uma hermenêutica inovadora sobre a hierarquia interna dos tratados internacionais a partir da adoção da Emenda Constitucional (EC) nº 45 de 2004. Com ela, o Supremo Tribunal Federal (STF) modificou a visão tradicional de outrora e criou uma nova leitura referente à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, passando a interpretá-los não só como equivalentes à lei ordinária federal, mas sim com natureza suprallegal, isto é, abaixo da Constituição Federal e acima de qualquer lei. Caso paradigmático ilustrou a mudança de entendimento da Corte Suprema brasileira: no Recurso Extraordinário (RE) 466.343/SP⁹⁴, acerca da prisão civil do depositário infiel, foi consagrado novo patamar normativo para os tratados que versavam sobre direitos humanos, atribuindo essa perspectiva ao art. 5º, §3º, trazido pela EC nº 45/2004⁹⁵. No caso de os tratados serem aprovados com o quórum diferenciado estipulado constitucionalmente, estes teriam status de norma constitucional, se inserindo no bloco de constitucionalidade. Portanto, a partir do entendimento do STF neste RE, que foi (e ainda é) alvo de debates, os tratados que versam sobre direitos humanos passaram a ter um patamar normativo superior⁹⁶.

⁹² Constituição da Bolívia, art. 256. Vide também artigo 13 (IV): “Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”. BOLÍVIA, Constituição (2009). Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf>, acesso em 29 jan. 2020.

⁹³ Vide a Câmara Constitucional da Suprema Corte da Costa Rica (9 de maio de 1995), Julgamento n. 2313-95, Caso 0421-S-90, Ação de Inconstitucionalidade. Disponível em: <<https://www.refworld.org/pd/415d6f584.pdf>>, acesso em 29 jan. 2020.

⁹⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 466.343*. Recorrente: Banco Bradesco S/A. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator Ministro Cezar Peluso. Brasília, julgamento em 03/12/2008, DJe de 05/06/2009.

⁹⁵ Ver também BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 349.703/RS*, Recorrente: Banco Itaú S.A. Recorrido: Armando Luiz Segabinazzi. Relator Ministro Carlos Britto, maioria, julgamento em 03/12/2008, DJe de 05/06/2009.

⁹⁶ Para entender melhor o funcionamento hierárquico dos tratados no Brasil, ver: IGNÁCIO, Renata Rossi. *Constitucionalismo Regional Transformador e o impacto do Sistema Interamericano na América Latina*, In:

No entanto, apesar de o ICCAL não ser um fenômeno homogêneo na região, a questão central que deve ser tratada pelos países é o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Particularmente, o Sistema Interamericano possui especial relevância nesse cenário, levando em consideração a importância do fortalecimento da comunicação deste com os atores domésticos em sua implementação – afinal, a função essencial a nível internacional é aumentar as forças a nível doméstico, para que as constituições tenham sempre um progresso na proteção de direitos.

Válido ressaltar que a Corte Interamericana de Direitos humanos vem produzindo um corpo jurisprudencial que transforma o contexto latino americano. Esse corpo jurídico e o impacto da Corte colocaram a legitimidade de sua jurisprudência em pauta – acadêmicos e instituições confiam no *modus operandi* da Corte⁹⁷, e esta realiza audiências públicas para se aproximar das partes envolvidas; ainda, acredita-se que a relação dialógica com a sociedade civil se trata de uma maneira de reforçar o pacto democrático dos países. Por sua vez, outros argumentam que a legitimidade da Corte está enraizada em sua contribuição para a consolidação da democracia na América Latina⁹⁸.

Portanto, constata-se que o SIDH se mostra como o mecanismo mais importante de estabilização das democracias em âmbito regional. Apesar de as recomendações da OEA não serem vinculantes, mostram-se como instrumentos de controle que vem sendo utilizado para promover a democracia. Assim, a tríade Direitos Humanos, Democracia e Estado de Direito designa o objetivo constitucional que as instituições e, em particular, os Tribunais e organizações internacionais devem focar.

Relembra-se a importância do pluralismo no diálogo, o qual aparece na doutrina do ICCAL como não só um meio, como também um fim; tal pluralismo diz respeito a uma interação social e um modo de solução de conflitos que visa a atingir especialmente a uma determinada condição social⁹⁹. O pluralismo dialógico descreve três diferentes fenômenos: constitucionalmente, designa uma sociedade na qual diversos grupos conflitam uns com os outros para impor valores, interesses, e modos de vida através de processos democráticos; já no

AMARAL JR., Alberto do; MONTEIRO DANESE, Paula; PIOVESAN, Flávia (coord.). *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: JusPODIVM, 2019. P. 202-206.

⁹⁷ Vide GARGARELLA, Roberto. *Latin American Constitutionalism – 1810-2010: the engine room of the Constitution*. Op. Cit. P. 170-171.

⁹⁸ VERA, Oscar Parra. *Lucha contra la impunidad, independencia judicial y derechos de los pueblos indígenas: Algunos avances y debates en torno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Fernando Rey Martinez (ed.). *Los derechos en Latinoamérica: Tendencias judiciales recientes*. Editorial Complutense, 2012.

⁹⁹ BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to Transformative Constitutionalism*. Op. Cit. P. 44.

âmbito sociológico jurídico, demonstra a normatividade social, presente em plano diverso que a lei do Estado¹⁰⁰; por fim, o terceiro aspecto do pluralismo é a livre interação entre diferentes regimes jurídicos - o interno, a lei da União Europeia, e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesse contexto, o *Ius Commune* abrange os três elementos conceituais, mas pretende uma interação ainda mais intensa, e o fenômeno da exclusão e desigualdades os aproximaria.

Para se ter uma verdadeira sociedade plural na América Latina, os países latino-americanos devem considerar as populações tradicionais e ancestrais, como os povos indígenas, rurais, quilombolas e camponeses, incluindo-os na vida social e política como grupos que possuem valores e interesses específicos. Enfoca-se, assim, no segundo aspecto do pluralismo, pois esses grupos demandam uma normatividade própria e a inclusão implica em permitir que eles convivam em seus próprios ordenamentos. Em alguns países, importantes inovações para esses grupos foram trazidas em suas constituições, através do movimento do Novo Constitucionalismo Latino Americano, sendo que o ICCAL, na mesma linha, prioriza a diversidade ao levar em consideração as numerosas e distintas formas de vida sociais e culturais dos povos latino americanos.

A jurisprudência da Corte Interamericana abarca esse pluralismo social, pois grande parte de suas decisões são fruto da litigância estratégica de grupos da sociedade civil. Destaca-se também o papel de grande relevância dos juízes, já que a devida implementação do ICCAL depende de mecanismos jurídicos, como o controle de convencionalidade, que será oportunamente tratado em tópico específico.

Portanto, o desafio para o *Ius Constitutionale Commune* está em introduzir essa dinâmica transformadora nas estruturas internas dos Estados, que depende de um diálogo pluralista entre as instituições nacionais, mas protegendo a independência destas instituições. Nos casos concretos, cabem às instituições reconhecer e assumir a responsabilidade de fortalecer o constitucionalismo democrático na América Latina, e o ICCAL, como um projeto jurídico, objetiva mediar esses atores legais envolvidos em suas responsabilidades próprias e mútuas.

1.5 O papel do Judiciário na implementação do *Ius Constitutionale Commune*

Primeiramente, analisa-se que, ao longo da história, houve uma vertiginosa ascensão do Poder Judiciário e da jurisdição constitucional – fenômeno universal que está conectado com

¹⁰⁰ Ibid. P. 45

o final da Segunda Guerra Mundial, a consolidação do ideal democrático e a centralidade dos direitos fundamentais. A partir desse fato, o mundo em geral se deu conta da importância da existência de um Poder Judiciário independente e forte, o que é fulcral para a preservação das instituições democráticas e dos direitos fundamentais. Na América Latina, este fenômeno não foi diferente: com a redemocratização, aumentou-se a demanda por justiça na sociedade e, conseqüentemente, juízes e tribunais foram cada vez mais convocados para atuar em diversas temáticas, o que gerou uma ampla judicialização das relações sociais nos países.

Com essa perspectiva, o *Ius Commune* se torna viável se existir um Poder Judiciário forte que aplica as políticas pertinentes para a implementação desse projeto. Os representantes desse novo paradigma entendem que, se antes algumas decisões poderiam ser consideradas como ativismos do Judiciário, hoje elas são apropriadas no contexto da democracia constitucional, tendo em vista a urgência do tema na proteção judicial aos direitos humanos. Sem embargo, não é pertinente a estratégia de uma corte centralizada¹⁰¹, mas sim, conforme visto, de um diálogo plural entre vários atores.

Conforme apontado, o constitucionalismo transformador depende de três fatores principais: supraestatalidade, pluralismo dialógico entre as ordens nacionais e internacionais, e a atuação judicial nesse panorama. No que tange ao aspecto supraestatal, sabe-se que a proteção dos direitos humanos só se torna legítima quando perpassa a fronteira dos Estados para englobar diversas ordens jurídicas, visando a orientar o âmbito jurídico-constitucional nas esferas local, regional e global. A saudosa juíza Ruth Ginsburg trouxe a questão com uma ponderação bastante pertinente:

“In the area of human rights, experience in one nation or region may inspire or inform other nations or regions. (...) In my view, comparative analysis emphatically is relevant to the task of interpreting constitutions and enforcing human rights. We are the losers if we neglect what others can tell us about endeavors to eradicate bias against women, minorities, and other disadvantaged groups. For irrational prejudice and rank discrimination are infectious in our world. In this reality as well as the determination to counter it, we all share.”¹⁰²

¹⁰¹ O contexto venezuelano pode ser citado como perigoso, pois nele a Câmara Constitucional da Suprema Corte, controlada pelo presidente Nicolas Maduro, tem desmontado o estado de direito para apoiar um crescente governo autoritário.

¹⁰² GINSBURG, Ruth Bader; MERRIT, Deborah Jones, *Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue*, 21 CARDOZO L. REV. 253, 271, 1999. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/trace1&div=18&id=&page=>>>, acesso em 22 de fevereiro de 2020.

Vimos que, em harmonia com o Sistema Interamericano de proteção, os países da América Latina reconhecem, de modo geral, um status especial aos tratados internacionais de direitos humanos, caracterizando-os como normas com status supraconstitucional, constitucional ou supralegal. Essa característica expressa a incorporação de diversas cláusulas de abertura para absorver os direitos humanos e, conseqüentemente, expandir os blocos de constitucionalidade dos países da região, através das quais as constituições e os ordenamentos jurídicos dos países que a integram mantêm uma “janela” de diálogo com o direito internacional dos direitos humanos¹⁰³.

Assim, os países que atribuem status supraconstitucional a tais tratados adotam o direito internacional dos direitos humanos como paradigma de validade, critério hermenêutico obrigatório de interpretação de normas constitucionais¹⁰⁴; já os que conferem status constitucional às normas internacionais de direitos humanos, equiparam tais normas às normas constitucionais internas, de modo que todas estão inseridas na noção de “bloco de constitucionalidade”¹⁰⁵, por meio das citadas cláusulas de abertura. Por fim, nos países que atribuem status supralegal¹⁰⁶ às normas internacionais de direitos humanos, temos que tais normas podem produzir efeitos paralisantes sobre normas infraconstitucionais incompatíveis com o direito internacional dos direitos humanos. Em todos esses casos, passa a ser relevante para as cortes nacionais conhecer o significado e o alcance conferido aos direitos pelos demais órgãos que aplicam tais tratados.

Sem embargo, o que se visa é uma superação desses modelos hierárquicos; na verdade, o constitucionalismo moderno, como o multinível ou o transformador, almeja romper com essa trajetória estrutural que analisamos para conceber uma visão heterárquica, pautada pela criação e fortalecimento das pontes conversacionais entre os Estados e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Afinal, soberania e supremacia, nesse contexto multicultural,

¹⁰³ ANTONIAZZI, Mariela Morales. *O estado aberto: objetivo do Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Marco conceptual*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 1. p. 53-74; PIOVESAN, Flávia. *Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 115-147.

¹⁰⁴ BOLÍVIA. Constituição (2009). Disponível em: http://www.mindef.gob.bo/mindef/sites/default/files/nueva_cpe_abi.pdf. Acesso em: 20 fev. 2020. Vale assinalar, contudo, que o caráter supraconstitucional é reconhecido aos tratados de direitos humanos quando forem mais protetivos do que as normas constitucionais. Há, portanto, uma espécie de supraconstitucionalidade condicionada.

¹⁰⁵ ARGENTINA. Constituição (1994). Disponível em: <https://www.congreso.gob.ar/constitucionSeccion1Cap4.php>. Acesso em: 19 fev. 2020.

¹⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03 de dezembro de 2008.

assinalam o ideal universalista que objetiva a materialização dos direitos fundamentais, não pela prevalência de uma ou outra norma, mas sim pelo fortalecimento e promoção dos diálogos¹⁰⁷. Nesse sentido, o constitucionalismo moderno pretende deixar para trás o critério hierárquico, já que nesse modelo dialógico essas fontes se alimentam mutuamente, e com o fim último de garantir o princípio *pro persona*, tal como versado, a título ilustrativo, no citado artigo 1º da Constituição Mexicana.

O *Ius Constitutionale Commune* propõe esse tipo de integração, tendo por premissas teóricas a combinação dogmática entre o direito nacional e o internacional público, a orientação metodológica focada em princípios, a centralidade dos direitos e a estratégia de buscar transformações graduais. Pretende-se alcançar esse apoio mútuo a partir das particularidades do contexto latino-americano, buscando efetivar e promover as promessas consagradas nas constituições nacionais e nas postulações do Direito Internacional dos Direitos Humanos; as constituições latino-americanas são textos potencialmente transformadores, com um rol amplo de direitos fundamentais, impulsionadores do desenvolvimento social, da consecução de ambiciosos objetivos e do cumprimento de tarefas direcionadas ao Estado e à sociedade¹⁰⁸. Caracteriza-se, portanto, um *corpus iuris* em que há a proibição de auto anistias, desaparecimento forçado de pessoas, proteção aos refugiados e imigrantes, aos povos indígenas, aos direitos das mulheres, aos afrodescendentes, e outros grupos vulneráveis¹⁰⁹.

Em relação ao pluralismo dialógico, o qual também já foi abordado, destaca-se que a Comissão IDH e a Corte IDH se manifestam sobre o alcance das normas da CADH e demais pactos e, internamente, cada Corte nacional está autorizada a aplicar o direito internacional dos direitos humanos. O pluralismo dialógico pressupõe, em plano vertical, que os tribunais e

¹⁰⁷ Nas palavras do professor Thiago Oliveira Moreira, “É fato que a ordem hierárquica tem seu valor; é necessária para manter a disciplina e a ordem, mas esta necessidade não pode se sobrepor aos valores legalmente protegidos pelo Direito Internacional”. O próprio artigo 33 do Estatuto de Roma traz a impossibilidade de se alegar a obediência hierárquica como excludente de responsabilidade. Sendo assim, “A Constituição, que antes se encontrava no topo da hierarquia das normas do sistema jurídico estatal, agora, no que alguns chamam de pós-modernidade, passa a concorrer com uma normatividade oriunda do direito internacional, do direito comunitário/supranacional (União Europeia) e do direito transnacional (Lex Mercatoria, Direito Desportivo etc...)”. Cf. MOREIRA, Thiago Oliveira; OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. *Direito internacional na contemporaneidade: estudo em comemoração aos 17 anos da SOI*. Brasília: CFOAB, 2018. Disponível em:

<https://www.academia.edu/37565003/MOREIRA_Thiago_Oliveira_OLIVEIRA_Diogo_Pignataro_de_XAVIER_Yanko_Marcus_de_Alencar_Direito_internacional_na_contemporaneidade_estudo_em_comemora%C3%A7%C3%A3o_aos_17_anos_da_SOI_Bras%C3%ADlia_CFOAB_2018>, acesso em 02 set. 2020.

¹⁰⁸ O autor James Fowkes apresenta tais características quando trata do constitucionalismo na África do Sul, mas que também são aplicáveis ao constitucionalismo transformador latino-americano. FOWKES, James. *Transformative Constitutionalism and the Global South: the view from South Africa*. In: *Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism*. Oxford: United Kingdom, 2017, posição 4537.

¹⁰⁹ BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: aclaración conceptual*. Op. Cit. P. 150-151.

cortes, por um lado, levem em consideração as decisões da Corte IDH e, por outro lado, que a Corte IDH incorpore e considere as perspectivas das cortes nacionais em seu processo decisório, de modo que o diálogo implica reciprocidade na troca e abertura de ambas as partes a diferentes perspectivas e argumentos¹¹⁰.

No plano horizontal, o diálogo deve ser estabelecido entre as próprias cortes nacionais dos países da região, de forma que haja um intercâmbio de posicionamentos, informações e pontos de vista que são chamados a julgar. Essas cortes, além de aplicarem os mesmos dispositivos e entendimentos do Sistema Interamericano e demais pactos, compartilham de uma histórica, problemáticas e contextos sociais, culturais e políticos semelhantes, de modo que devem interagir no modo de concretização dos direitos humanos nas ordens internas, sendo esse intercâmbio muito enriquecedor para o processo decisório de cada qual.

Portanto, é necessária a percepção de que diversos atores da região enfrentam problemas semelhantes, e a resposta a tais problemas por cada qual constitui um elemento importante a ser levado em consideração, a título de informação, para resolver os próprios problemas. Não se defende uma homogeneidade na resolução das questões, mas sim um engajamento através de uma interlocução que permite a construção de entendimentos comuns e convergentes a respeito das matérias semelhantes, em prol da concretização de direitos. Desse modo, esses múltiplos atores que se sujeitam a ordens jurídicas distintas e que enfrentam questões semelhantes devem, amparados pelo direito internacional dos direitos humanos, se engajar em “um exercício contínuo de mútua observação, intercâmbio e diálogo, por meio do qual logram construir compreensões comuns acerca do alcance de determinados direitos”¹¹¹.

Diante disso, percebe-se que há uma metamorfose no universo jurídico, na qual há uma interessante articulação dialógica entre o direito internacional dos direitos humanos, o

¹¹⁰ O diálogo entre a Corte IDH e as cortes nacionais é objeto de múltiplos debates. Há uma discussão importante sobre até que ponto se deve reconhecer preponderância das decisões da Corte IDH, dado o seu déficit de legitimidade democrática, decorrente de um baixíssimo contato com a sociedade ou com as realidades sobre as quais julga. Há, ainda, algum questionamento sobre a efetiva existência de um diálogo, dada a postura contundente e eventualmente impositiva adotada pela Corte em algumas matérias. Por outro lado, é criticável o comportamento de desconsiderar as decisões da Corte IDH, sem um engajamento argumentativo mínimo quanto aos fundamentos que justificam a adoção desta postura. Lembra-se que, nesse trabalho, pretende-se superar o debate hierárquico para focar na relação dialógica entre as cortes nacionais e internacionais. Ver, sobre o tema, CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. 24 de novembro de 2006.

¹¹¹ MELLO, Patrícia Perrone Campos; PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes. *Constitucionalismo em Rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*. Curitiba: CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341525942_Constitucionalismo_em_rede_o_direito_a_identidade_cultural_dos_povos_indigenas_como_filtro_hermeneutico_para_tutela_da_tradicionalidade_da_ocupacao_da_terra>, acesso em 10 jan. 2020. Em sentido análogo: NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

direito estrangeiro e o direito constitucional de cada país. As falhas dos sistemas nacionais demonstram a necessidade de amparo nos sistemas regionais e global de proteção, e essa permeabilidade dos direitos humanos garante o fim último que é o fortalecimento da estrutura de proteção ao ser humano, com base na dignidade da pessoa humana. Para Luigi Ferrajoli, “a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados.”; segundo o mesmo autor, “A liberdade absoluta e selvagem do Estado se subordina a duas normas fundamentais: o imperativo da paz e a tutela dos direitos humanos”¹¹².

O ICCAL, nessa mesma linha, propõe uma superação plural de processos decisórios puramente estatais, para que haja esse peculiar entrelaçamento entre o direito a nível local e global, tornando-se uma estratégia para contornar as idiosincrasias internas típicas de cada país da região. Assim, o projeto “pode constituir um instrumento de resiliência democrática em situações internas de ameaça de retrocesso, oferecendo standards mínimos de proteção em momentos de paixões autoritárias”¹¹³.

Nessa linha, quando tratamos da atuação judicial, sabemos que o Poder Judiciário possui um papel central na implementação de um constitucionalismo transformador. Nas palavras de Eduardo Ferrer Mac-Gregor, “Los jueces nacionales ahora se convierten en los primeros jueces interamericanos. Son ellos los que tienen la mayor responsabilidad para armonizar la legislación nacional con los parámetros interamericanos.”¹¹⁴ Diante do quadro latino americano já demonstrado acima – de pobreza e desigualdade social, de baixa institucionalidade, e de concentração de poderes-, o Poder Judiciário constitui elemento-chave para criar condições para que uma maior inclusão possa ocorrer.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos emitiu, em 2013, um Informe sobre as garantias para a independência dos operadores da justiça e fortalecimento do acesso à justiça na região¹¹⁵. Apesar de reconhecer que, em vários países, o arcabouço constitucional prevê condições para uma atuação forte e independente do Judiciário, existem aspectos organizativos

¹¹² FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali – Um dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Roma, Bari, Laterza, 2002, p. 338.

¹¹³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 2 p.253-285, 2019. P. 258.

¹¹⁴ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad*. Opus Magna: Constitucional Guatemalteco, 2011. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf>. Acesso em: 16 jan. 2020, p. 333.

¹¹⁵ CIDH. *Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas*. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 44. 5 dez. 2013. Disponível em: < <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/operadores-de-justicia-2013.pdf> >, acesso em 10 já. 2020.

como falta de recursos materiais e logísticos, e o próprio descrédito da população nos juízes, que impedem a plena concretização de sua missão institucional. Em princípio, o referido Informe reforça o papel dos Estados como garantidores do funcionamento da justiça e o acesso a esta por meio de juízes, fiscais (promotores, procuradores), e defensores públicos; isso porque os juízes, de forma geral, exercem papel amplo de distribuição da justiça, agindo nos controles de legalidade, convencionalidade e constitucionalidade dos outros poderes.

Por sua vez, cabem aos defensores públicos garantir, junto com os juízes, o devido processo legal aos que se veem afetados pelo poder coercitivo do Estado, exercendo nos diversos países da região o papel crucial de impedir o arbítrio. Constatase, assim, que a Organização das Nações Unidas e o Sistema Interamericano estabelecem padrões relevantes e úteis para aferir a independência judicial, através de recomendações e normas que devem ser aplicadas nos Estados-membros. Fato é que a independência do Judiciário, segundo a recomendação da Comissão, é fator fundamental na garantia de acesso pleno à justiça, de modo que os Estados devem organizar as suas operações e sistemas administrativos para garantir a sua concretização.

O Sistema Interamericano, através de diretrizes como essa, produz importantes impactos na região. Importa explicar que, no âmbito de atuação da Corte, há a produção de efeitos subjetivos – de *res judicata* – para as partes dos casos em que são constatadas afetações de direitos, com eficácia direta e imediata (arts. 62.1, 67, 68.1, 68.2, 65, *in fine* e 69)¹¹⁶. Ainda, há a produção de efeitos objetivos, de *res interpretata*, que constitui standard interpretativo mínimo da CADH, componente do *corpus iuris* interamericano¹¹⁷, com dever de observância *prima facie* pelos demais Estados (arts. 1.1., 2 e 62.1 do Pacto de San José)¹¹⁸.

¹¹⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata)*. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 46-50.

¹¹⁷ Ibid. p. 50-59.

¹¹⁸ Há uma polêmica relacionada à atribuição de efeitos vinculantes e *erga omnes* à razão de decidir da Corte IDH. De certo modo, alega-se que tais efeitos parecem decorrer logicamente do sistema - sempre que uma corte — à qual um Estado se submeteu — decide uma determinada questão jurídica, presume-se que seu entendimento será aplicado a todos os Estados sujeitos à sua jurisdição que se encontrem em situação semelhante. Disso decorre, consequentemente, o dever de tais Estados de, ao menos, levarem em consideração o precedente da Corte IDH ao decidir sobre suas ações. Igualmente, implica o dever das cortes nacionais de ter em conta o precedente, ao decidir sobre o significado de um direito previsto na CADH. No entanto, a questão é polêmica porque certas decisões da Corte IDH impõem a superação de resistências culturais e históricas: a polêmica é ilustrada pela declaração apresentada pelos governos da Argentina, Brasil, Chile, Colômbia e Paraguai, em 11 de abril de 2019, ao Secretário Executivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), por meio da qual tais países alegaram a sua rejeição aos efeitos vinculantes e *erga omnes* da razão de decidir da Corte, com o seguinte raciocínio: “[Os países] Destacam a importância de uma aplicação estrita das fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do reconhecimento da margem de apreciação dos Estados no cumprimento das obrigações que a Convenção estabelece. Recordam, ademais, que os entendimentos e sentenças dos órgãos do sistema interamericano só produzem efeitos para as partes do litígio” (tradução própria). Esse debate, apesar

Quando proferidas decisões ou recomendações da Comissão IDH ou da Corte IDH, espera-se que os Estados-membros da OEA considerem os entendimentos que lhe são submetidos, aplicando a norma convencional com o significado que a Corte IDH e a Comissão IDH lhe atribui¹¹⁹. Caso contrário, o país deve ter argumentos fortes e justos para não fazê-lo, sempre a partir do princípio *pro persona* (também conhecido como “pro homine”), segundo o qual, em matéria de direitos humanos, deve prevalecer a norma mais protetiva¹²⁰. A respeito disso, Monica Pinto¹²¹ explica que:

“El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud el cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más restringida cuando “se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria”.

A vinculação dos Estados com a CADH, como partes do Tratado e adotantes da competência contenciosa da Corte, gera os deveres de garantia e respeito e, por conseguinte, como manifestação destes, o dever de adotar medidas para assegurar esse princípio e promover esses respeitos e garantias¹²². A obrigação de aplicar os direitos e respeitar as liberdades, e de garantir seu pleno exercício a toda pessoa sujeita a sua jurisdição, sem qualquer tipo de distinção, permeia não somente o objetivo do Pacto, como também deve permear o entendimento de todos os operadores do direito, para que se alcance a plena efetividade dos direitos humanos.

de extremamente relevante, extrapola o objeto deste trabalho. Para os fins deste trabalho, parte-se apenas da premissa de que, se um país se submeteu à jurisdição da Corte IDH, seus órgãos e instituições devem, ao menos, considerar os entendimentos da Corte para decidir e conferir-lhe um peso diferenciado. Mesmo que não lhe reconheçam um conteúdo vinculante, devem ter em conta com seriedade e compromisso o que disse a Corte e explicar as razões que o levam a não a seguir. Sobre o debate, ver: SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões*. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 93-139; e GARGARELLA, Roberto. *The “new” latin american constitutionalism: old wine in new skins*. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2017. p. 211-234.

¹¹⁹ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Sentença de 26 de setembro de 2006, exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Disponível em: <

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>, acesso em 10 agosto 2019.

¹²⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. v. 1; RAMOS, André de Carvalho. *O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

¹²¹ PINTO, Monica. *Op. Cit.*, p. 163.

¹²² RAMÍREZ, Sergio Garcia. *El Control Judicial Interno de Convencionalidad*. In: IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, Año V, nº 28, julho-dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.icipuebla.com/revista/IUS28/IUS28.pdf>>, acesso em: 05 fev. 2020. P. 145.

É nesse contexto de desafios e transformações que percebemos a importância de ultrapassarmos as limitações do controle de constitucionalidade, para compreender a importância e necessidade do controle de convencionalidade, em que cada juiz nacional atua para a realização efetiva dos direitos fundamentais e, em especial, da dignidade da pessoa humana. O Controle de Convencionalidade é, de fato, um meio pelo qual no espaço doméstico – observando-se as regras sobre o exercício da jurisdição - pode-se dar cumprimento ao estabelecido na CADH, e na correspondente interpretação trazida adotada pelo Sistema Interamericano, intérprete última e definitiva do Pacto de São José da Costa Rica¹²³. Nessa linha, o artigo 2º da Convenção prevê a obrigação dos Estados-partes em adequar seu direito interno às disposições convencionais, exigindo que sejam adotadas todas as medidas necessárias para a efetividade de seus preceitos.

Cabe aos juízes e às cortes constitucionais exercer, de forma difusa, tal controle de convencionalidade, o qual será amplamente analisado mais adiante. Esse instrumento mostra-se essencial para aferir a compatibilidade do direito e jurisprudência internos com os tratados de direitos humanos, e com os precedentes da Corte IDH¹²⁴, e pode e deve ser exercido de ofício, assim como ocorre com o controle difuso de constitucionalidade das normas¹²⁵.

Conclui-se que, por meio do Poder Judiciário, as decisões proferidas na seara do direito internacional dos direitos humanos são acessadas, debatidas e referenciadas, e os juízes e tribunais são agentes fundamentais do pluralismo ideológico, embora claramente não sejam os únicos. Como visto acima, um judiciário forte e independente é condição para a estabilização dos princípios sobre os quais emerge o Estado Democrático de Direito, e a independência judicial – e dos demais operadores de justiça – se mostra como a pedra de toque da democracia, garantindo o atendimento e o zelo pelos direitos fundamentais. O entrelaçamento dessas garantias fortalece as instituições e traz legitimidade para mudanças sociais constantes e, dado o modelo de Estado constituído principalmente a partir do século XX, é de rigor reconhecer que sem um Judiciário forte e que goza de confiança não se pode conceber um Estado sem ser tirânico.

¹²³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MOLLER, Carlos María Pelayo. *Parte I – Deberes de los Estados y Derechos protegidos*. In: STEINER, Christian; URIBE, Patricia. (ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014. P. 67.

¹²⁴ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Sentença de 24 de novembro de 2006, exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>, acesso em 07 agosto 2020.

¹²⁵ CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_ing.pdf>, acesso em 10 agosto 2020.

Capítulo II: Contexto, Desafios e perspectivas do Constitucionalismo na América Latina

2.1 A exclusão e a desigualdade como problemas centrais da América Latina

Sabemos que o contexto regional histórico, social e político peculiar da América Latina justificou a emergência do projeto do *Ius Constitutionale Commune*, através de uma abordagem transformadora. Países latino americanos, sendo que muitos deles configuram democracias em consolidação, compartilham tensões e dilemas similares, fruto de sociedades desiguais e violentas. Desse modo, o ICCAL aborda três desafios comuns: desigualdade social, violência sistêmica e democracias pouco consolidadas.

O processo de democratização da região levanta questões importantes, já vistas acima, como o empoderamento crescente do Sistema Interamericano de direitos humanos e a conscientização de seu impacto transformador, a adoção de cláusulas abertas e em diálogo com o direito internacional dos direitos humanos, e o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e justiça. Nessa esteira, os principais objetivos propostos no projeto são: (i) avançar na proteção dos direitos humanos, democracia, e o estado de direito; (ii) fortalecer o Sistema Interamericano de proteção aos direitos humanos; e (iii) construir novos parâmetros legais abertos para elaborar princípios-base de uma cultura constitucional compartilhada na América Latina¹²⁶.

Tristemente, a América Latina continua sendo a região mais desigual do mundo. Houve uma década de otimismo no início do século, quando ocorreram evoluções na região que reduziram a pobreza e a desigualdade, mas constata-se que, desde então, a região não mantém o mesmo fôlego. Nesse sentido, os retrocessos sentidos anulariam certos ganhos obtidos desde 2002, ano em que 44,5% dos latino-americanos viviam na pobreza, dos quais 11,2% viviam na pobreza extrema, segundo a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal). Em comparação, hoje temos que a proporção de pobres ou muito pobres é de aproximadamente 30% dos 638 milhões de latino-americanos, ou seja, cerca de 210 milhões de pessoas. Em relatório emitido em janeiro de 2019, a Cepal demonstrou que a redução da

¹²⁶ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: context, challenges and perspectives*. Op. Cit. P. 49 e 50.

desigualdade desacelerou nos anos recentes, e apesar dos avanços remanescentes entre 2002 e 2014, a América Latina segue em um quadro de extrema desigualdade social¹²⁷.

Destaca-se, ainda, que essa desigualdade também possui uma dimensão étnica e racial. Indicadores sociais demonstram um padrão sistemático de discriminação, exclusão e violência que afetam especialmente afrodescendentes e populações indígenas, com mulheres e crianças sendo objetos de constante discriminação; ainda, uma média de 33% da população latino-americana se depara com uma forte padronização de violações de direitos, de modo que, além dos altos índices de desigualdade, a região é a mais violenta do mundo, dentro de um quadro de desconfiança populacional no próprio sistema democrático¹²⁸.

Questões sociais como igualdade e redistribuição são extremamente delicadas e ambíguas, e dentro desse contexto complexo o conceito de exclusão torna-se importante. A desigualdade advém de inúmeros fatores – a exemplo de uma colonização exploratória e a formação de elites oligárquicas, que impediram que grupos de pessoas participassem dos grandes sistemas sociais, como o educacional, o legal, o econômico e o político. O desafio descrito, que faz com que um grande número de pessoas não seja levado em conta pelas instituições¹²⁹, é captado com o conceito de exclusão. É impossível para uma sociedade aliviar a desigualdade se não consegue superar essa exclusão, e essa superação torna-se um projeto compartilhado por vertentes com ideias distintas a respeito da garantia de educação, criação de um bem-estar social, redistribuição de terras, livre-comércio, criação de investimento, dentre outras.

O tema da inclusão é usado constantemente nos âmbitos da política e da academia, e muito utilizado nas disputas políticas da América Latina. A academia, por sua vez, vincula a inclusão com os princípios constitucionais¹³⁰, mas não deixa de aproximá-la a uma luta política – principalmente pela necessidade da criação de políticas públicas inclusivas. Essas políticas são fundamentais para a realização de objetivos socialmente relevantes, já que orientam a tomada de decisão que ensejará a atuação concreta no seio social, influenciando, assim, as vidas dos cidadãos, seus destinatários últimos.

¹²⁷ CEPAL. *Panorama Social da América Latina*, 2018. Disponível em:

<https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/44412/1/S1801085_pt.pdf>, acesso em 29 jan. 2020.

¹²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. Op. Cit. P. 1359.

¹²⁹ SEN, Amartya. *The idea of justice*. Londres: Lane, 2009. P. 117.

¹³⁰ Isso explica a importância dada a obra de Häberle pela academia latino-americana, apesar das críticas. Sobre essa influência, ver MENDES, Gilmar Ferreira.; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. *Observatório da Jurisdição Constitucional*, v. 2, 2, 2008-2009. Disponível em: < <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/205> >, acesso em 25 jan. 2020. Assim como a introdução de: VALADÉS, D. Peter Häberle: *un jurista para el siglo XXI*. Estudio introductorio. In: HÄBERLE, P. *El estado constitucional*. México, DF: Unam, 2001. p. XXI-LXXXIV.

O livro *“The cost of rights – Why liberty depends on taxes”*, dos autores Stephen Holmes e Cass R. Sunstein¹³¹ problematiza a questão envolvendo o custeio dos direitos e a implementação de políticas públicas. O livro centra-se no argumento de que direitos custam dinheiro e não podem ser protegidos sem apoio e fundos públicos, enveredando pela análise de questões orçamentárias e, por outro lado, pelo enfoque de interesses que podem ser protegidos por indivíduos ou grupos mediante o uso de instrumentos governamentais. Abordam os autores, portanto, o tema da reserva do possível, exortando a seguinte reflexão: “Levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério” (tradução livre), isto é, a realidade orçamentária dos países mostra que o desperdício de recursos públicos, em um universo de escassez, gera injustiça com aqueles potenciais destinatários a que deles deveriam atender.

Essa obra almeja romper com a leitura enviesada de que somente os direitos econômicos, sociais e culturais custam; resta demonstrado no livro que todo aparato para a proteção da propriedade, liberdade de expressão, dentre outros direitos civis e políticos, custam fortunas, isto é, há um discurso ideológico na dificuldade para a progressividade dos DESCAs. Assim, direitos não podem ser protegidos ou cumpridos sem dinheiro público, e isto é verdade tanto para os “velhos” direitos quanto para aqueles que dependem de proteção social – tanto o direito à seguridade social quanto o direito à propriedade possuem custos ao tesouro. Portanto, os que atacam todos os programas sociais devem contemplar o óbvio: que a definição, interpretação, atribuição e a proteção do direito de propriedade é um serviço público que é prestado a todos que possuem propriedade, mas é financiado pela renda extraída do público em geral. Para Stephen Holmes e Cass Sunstein, o custo dos direitos implica, realisticamente, que os poderes executivos e legislativos extraem e alocam novamente recursos públicos, o que substancialmente afeta o valor, escopo e previsibilidade dos nossos direitos. Se o governo não investe consideráveis recursos contra o abuso da polícia, haverá muitos casos de abuso de polícia, indiferente do que a lei ou os cidadãos livres dirão. O acúmulo das escolhas da comunidade para gastar decisivamente afeta a extensão de quais direitos fundamentais são protegidos e obrigatórios.

Em linha com os autores, defendo que a escassez afeta a nossa liberdade. A melhor forma de o Estado cumprir o seu papel de inclusão e redução das desigualdades é via criação de políticas públicas sociais e assistenciais, enfocadas em direitos humanos, e dentro das orientações das melhores práticas administrativas e econômicas, a fim de evitar o desperdício

¹³¹ Em tradução livre: “O custo dos direitos – Por que a liberdade depende dos tributos”. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The cost of rights – Why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton & Company. 2000.

e atingir um maior número de pessoas necessitadas. Sobre o tema, a Comissão IDH elaborou o Informe sobre Políticas Públicas com enfoque em Direitos Humanos¹³², o qual traz diretrizes para os Estados visando à implementação de políticas públicas dirigidas a promover as condições necessárias ao pleno gozo e exercício dos direitos humanos das pessoas, grupos e coletivos, com garantias de igualdade e acesso à justiça.

Ao ver da Comissão, uma política pública com tal enfoque se trata de um conjunto de decisões e ações que o Estado cria, aplica, monitora e avalia – a partir de um processo permanente de inclusão, deliberação e participação social efetiva – com o objetivo de proteger, respeitar e garantir os direitos humanos de todos os seus cidadãos, através dos princípios de não discriminação, universalidade, acesso à justiça, prestação de contas, transparência, transversalidade e interseccionalidade. Portanto, seguindo os padrões internacionais nesse tema, os Estados devem se valer dessas políticas que contribuem sobremodo para o controle da discricionariedade administrativa (já que exigem a explicitação dos pressupostos materiais que orientam a tomada de decisão que ensejará a atuação concreta no seio social), e aceitar que nem todas as necessidades sociais serão resolvidas pelo ordenamento jurídico e pelos tribunais, pois a melhor forma de subsidiar políticas redistributivas é via tributação da renda.

Assim, a adoção dessas políticas não se limita à atuação de uma instituição específica, como Secretarias e Ministérios que lidam com os direitos humanos, mas sim devem permear todo o aparato estatal e a atuação de distintos setores e níveis, abrangendo as estruturas dos poderes executivo, legislativo e judiciário¹³³. Ainda, diferentes autores tornam o desafio da desigualdade o ponto central do seu pensamento¹³⁴, e esse tema inspirou o *Ius Constitutionale Commune* na busca de uma mudança da realidade política e social da América Latina.

O direito comparado e a construção do Sistema Interamericano de direitos humanos são peças-chave para essa mudança estrutural, na tentativa de sanar a desigualdade sistêmica da região. De fato, o surgimento do constitucionalismo transformador remete ao crescente empoderamento do Sistema Interamericano de direitos humanos, além das cláusulas de abertura constitucionais e o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos, como as ONGs¹³⁵,

¹³² CIDH. Informe: *Políticas Públicas con enfoque de derechos humanos*. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 191, 15 setembro 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasyPublicasDDHH.pdf>>, acesso em 20 set. 2019.

¹³³ Ibid. Pár. 112 e 128.

¹³⁴ PIOVESAN, F. *Ius Constitutionale Commune impacto del sistema interamericano: rasgos, potencialidades y desafíos*. In: A. v. Bogdandy, H. Fix-Fierro e M. Morales Antoniazzi, *Ius Constitutionale Commune en América Latina*, op. cit., p. 61 e 63.

¹³⁵ Na percepção de Kathryn Sikkink: “O trabalho das ONGs torna as práticas repressivas dos Estados mais visíveis e públicas, exigindo deles, que se manteriam calados, uma resposta. Ao enfrentar pressões crescentes, os Estados repressivos buscam apresentar justificativas. (...) Quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera sua

pois através desses atores se tornou possível a concretização de mudanças na região. A partir desses dados que confirmam o cenário preocupante da América Latina, busca-se compreender melhor a atuação do Sistema Interamericano na prática, especialmente a partir da Corte Interamericana, que possui a força catalizadora de promover avanços no regime de direitos humanos.

Primeiramente, destaca-se que, de fato, a eficiente proteção dos direitos humanos se dá em circunstância além da normatividade estatal, sendo indispensáveis os diversos documentos internacionais que tratam do tema. Para o professor André de Carvalho Ramos, “O desenvolvimento da proteção dos direitos humanos fez nascer a necessidade de coexistência entre os diversos procedimentos de responsabilização do Estado por violação de direitos humanos na esfera internacional. Com efeito, a internacionalização dos direitos humanos foi pautada pela diversidade de diplomas normativos internacionais no âmbito universal e regional, que criaram normas primárias com objeto semelhante ou idêntico”¹³⁶.

Existem, de modo concomitante e complementar ao sistema global de proteção – liderado pela Organização das Nações Unidas (ONU) –, os sistemas regionais de proteção, sendo eles: o europeu, o interamericano e o africano. Cada um possui especificidades próprias para atender às demandas e peculiaridades locais, considerando que um número reduzido de Estados, com características semelhantes, torna mais facilmente realizável o consenso político e a cooperação¹³⁷.

O sistema regional interamericano, diversamente do sistema regional europeu – que teve como fonte inspiradora a tríade indissociável Estado de Direito, Democracia e Direitos Humanos –, tem em sua origem o paradoxo de nascer em um ambiente acentuadamente desigual e autoritário, que não permitia qualquer associação direta e imediata entre Democracia, Estado de Direito e Direitos Humanos. Ademais, neste contexto, os direitos humanos eram tradicionalmente concebidos como uma agenda contra o Estado. Essas resistências existentes na América Latina, especialmente por parte de uma elite dominante e conservadora, tornaram difícil um movimento de integração regional.

Conforme já tratado supra, a Organização dos Estados Americanos (OEA) conta principalmente com dois órgãos para a proteção dos direitos: a Comissão Interamericana e a

prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais”. SIKKINK, Kathryn. *Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America*. In: International Organizations. Massachusetts: IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology, 1993. p. 414-415.

¹³⁶ RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. P. 343.

¹³⁷ SMITH, Rhona K.M. *Textbook on International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. A Comissão IDH recebe petições acerca de violações a direitos humanos, podendo deferir medidas cautelares, além de produzir informes e recomendações sobre violações e temáticas urgentes, e tem competência para acionar a Corte IDH. Por sua vez, a Corte IDH dispõe de jurisdição consultiva e contenciosa sobre violações a direitos, julga essas violações, determina medidas, e pode até aplicar sanções aos Estados, tanto por provocação da Comissão quanto dos próprios Estados contratantes¹³⁸.

Nessa esteira, passa a ser relevante para as cortes nacionais conhecer o significado, a importância e o alcance desses órgãos que, em conjunto, garantem a implementação e a garantia dos direitos humanos no âmbito nacional de cada país. Para uma melhor análise da atuação da Corte IDH, a professora *expert* em direitos humanos Flávia Piovesan elaborou uma tipologia de casos baseada em decisões pertencentes a seis categorias, sendo elas referentes: (i) à violações que remetem ao regime autoritário ditatorial; (ii) à violações que estiveram presentes durante a justiça de transição (passagem do regime autoritário para o democrático – *transitional justice*); (iii) à violações que demonstram as dificuldades no fortalecimento das instituições e da consolidação do Estado de Direito; (iv) à violações contra os direitos de grupos vulneráveis; (v) à violações a direitos sociais; e (vi) à violações a novos direitos da agenda contemporânea¹³⁹.

2.2 A linha jurisprudencial da Corte Interamericana no marco do Constitucionalismo Transformador

A história dos direitos humanos na América Latina pode ser dividida, genericamente, em duas fases: (i) a fase dos regimes autoritários; (ii) a fase da transição democrática. Em 1978, quando a Convenção Americana entrou em vigor, grande parte das Américas Central e do Sul estavam sob regimes autoritários, e dentre os 11 Estados-parte da Convenção na época, menos da metade tiveram governos democraticamente eleitos. Esse clima apolítico mudou gradualmente, de modo que, hoje, quase todos os governos da América Latina foram eleitos democraticamente.

¹³⁸ Vide CADH, art. 62, 3: “A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.”; art. 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”.

¹³⁹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina : context, challenges, and perspectives*. Op. cit., p. 53-62.

Nessa esteira, a Corte IDH, através de sua jurisprudência, vai em direção a uma agenda voltada à promoção de direitos humanos, a partir da criação de padrões comuns de proteção aos direitos nessa região, com base nas seis linhas históricas e jurisprudenciais referenciadas acima: regimes autoritários, justiça de transição, consolidação da democracia e do estado de direito, proteção de grupos vulneráveis, direitos sociais e, finalmente, os “novos” direitos.

Quanto à primeira linha de atuação da Corte, temos decisões que objetivam prevenir abusos e arbitrariedades decorrentes do regime ditatorial, de modo a impor limites à atuação e uso da força pelo Estado. Destacam-se os casos: *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* (leading case na temática dos desaparecimentos forçados) e *Loayza Tamayo Vs. Peru*, nos quais foi enfatizado o dever dos Estados de investigar, processar e punir os responsáveis por violações, bem como efetuar o pagamento de indenizações às vítimas; quanto a esses crimes cometidos durante regimes de exceção, a Corte deixa claro o seu repúdio pelas precárias e cruéis condições de detenção, e pela violência às integridades física, psíquica e moral das pessoas detidas, em face da prática de tortura, ou de execuções sumárias e extrajudiciais.

Por sua vez, nos casos referentes à justiça de transição, encontram-se decisões que repudiam as leis de anistia, que levam à impunidade, e frisam os direitos à transparência e à busca da verdade. Caso emblemático nessa categoria foi o *Barrios Altos Vs. Peru*, que serviu como paradigma de atuação para outros países latino-americanos. Nele, o Estado peruano foi condenado pelo massacre que envolveu a execução de pessoas por agentes policiais, e as leis de anistia decretadas no país representavam um óbice às investigações, além de impedir a punição dos violadores dos direitos humanos. Nessa esteira, o país foi condenado a reabrir as investigações judiciais sobre os fatos em questão, para tornar sem efeito as referidas leis, e garantir a reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas¹⁴⁰. Além desse, outros casos julgados nessa linha retratam o entendimento contrário da Corte quanto às leis de anistia, e no âmbito brasileiro podemos destacar os casos *Herzog e outros Vs. Brasil* e o *Gomes Lund e outros vs. Brasil*¹⁴¹.

As decisões pertencentes a essa categoria demonstram a grande influência da Corte e da Comissão IDH na anulação das leis de anistia de alguns países latino-americanos, assim como na consolidação do direito à transparência, pelo qual os familiares das vítimas e a

¹⁴⁰ CORTE IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Sentença de 14 de março de 2001, mérito. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>, acesso em 22 dez. 2019.

¹⁴¹ Tal caso gerou grandes debates no país, tendo em vista que o Supremo Tribunal brasileiro, indo de encontro a alguns de seus países latino americanos, decidiu pela continuidade de aplicação da lei de anistia, descumprindo com suas obrigações internacionalmente contraídas. Para maiores detalhes ver IGNÁCIO, Renata Rossi. *Constitucionalismo Regional Transformador e o Impacto do Sistema Interamericano na América Latina*. Op. Cit. P. 212.

sociedade como um todo deveriam ser devidamente informados das violências perpetradas. Isso realça o dever do Estado de investigar, processar, punir e reparar as transgressões aos direitos dos indivíduos, concluindo a Corte que essas leis perpetuam a impunidade e propiciam a injustiça continuada¹⁴². Portanto, vê-se que as anistias, quando do incumprimento dos direitos humanos, são incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e as obrigações jurídicas internacionais contraídas pelos Estados, obstaculizando o dever desses países de condenar os crimes de lesa humanidade.

Sabemos que a região latino-americana possui elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual soma-se o descrédito nas instituições; assim, mesmo após o período ditatorial e a transição ao regime democrático, graves ofensas de direitos continuaram (e continuam) sendo deflagradas, fruto de reminiscências do legado dos regimes ditatoriais, uma cultura de violência e impunidade, e a precária tradição de respeito aos direitos humanos em plano interno. Com efeito, a terceira categoria de violações abordada pela Corte trata do desafio do fortalecimento de instituições e da consolidação do *rule of law*, particularmente no aspecto do acesso à justiça, à proteção judicial e ao fortalecimento e independência do Poder Judiciário. Nesse âmbito, destaca-se o caso Tribunal Constitucional contra o Peru¹⁴³, em que, em decorrência da destituição de juízes, a Corte reconheceu ser necessária a garantia da independência destes, o que envolve um adequado processo de nomeação, um mandato com prazo certo, e garantias contra pressões externas. Tal decisão foi fulcral para o fortalecimento de instituições e para a consolidação do estado de direito.

Já caminhando para as últimas categorias de destaque da atuação da Corte Interamericana, a jurisprudência desta tratou em diversas ocasiões das violações de direitos que constantemente ocorrem aos grupos mais vulneráveis, como os povos indígenas, as mulheres, os afrodescendentes, os migrantes, os presos, as crianças, os idosos, a população LGBTQI+, dentre outros. Nesse terreno, aponta-se os casos: comunidade indígena *Mayagna Awas Tingni vs Nicarágua*, em que a Corte frisou os direitos dos povos indígenas à propriedade coletiva da terra, como uma tradição secular e comunitária, constituindo um direito fundamental à sua cultura e espiritualidade¹⁴⁴; no caso dos direitos das crianças, importa mencionar o caso

¹⁴² Outro caso de grande destaque nessa temática foi o *Almonacid Arellano y otros Vs. Chile* (julgado em 26 de setembro de 2006) – que perdoava os crimes cometidos durante o governo Pinochet –, em que a Corte decidiu pela invalidade do decreto lei 2191/78 de “auto anistia”. *Op. Cit.*

¹⁴³ CORTE IDH. *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Peru*. Sentença de 31 de janeiro de 2001, mérito, reparações e custas. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf >, acesso em 22 out. 2019.

¹⁴⁴ Outros casos que abrangem os direitos indígenas são de extrema importância no estudo da atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como o da comunidade *Yakye Axa vs. Paraguai* (2005), e da comunidade *Yákmok Kásek vs. Paraguai* (2010); a Corte leciona que, para os povos indígenas, a relação com a terra não é

Villagran Morales vs. Guatemala (1999), em que o Estado foi condenado pela impunidade relativa à tortura e morte de crianças de rua por atos de policiais nacionais da Guatemala.

Adiciona-se o caso *Gonzáles e outras vs. México* (conhecido como “Campo Algodonero”), que trata do direito das mulheres, caso emblemático em que o México foi condenado pelo sumiço e morte de mulheres na *Ciudad Juarez*. A omissão estatal, além dos comentários misóginos dos agentes de polícia, comprova a cultura de violência e discriminação contra a mulher, e a sentença da Corte impôs ao país o dever de investigar as graves ofensas sucedidas, adotando medidas preventivas para a proteção dos direitos relacionados ao gênero. Nessa temática, destaca-se, em âmbito brasileiro, o caso *Maria da Penha Vs. Brasil* tratado pela Comissão IDH, e que teve como principal consequência a elaboração da lei que visa a combater a violência doméstica no país, trazendo diversos avanços.

Tratemos também de algumas decisões que protegem os direitos sociais. Destaca-se a importância do Protocolo de San Salvador, o qual foi ratificado pelo Brasil e dispõe sobre direitos econômicos, sociais e culturais. Em certos julgados, a Corte endossa o dever jurídico dos Estados de aplicar progressivamente os direitos sociais, especialmente nos casos que tratam de grupos socialmente marginalizados. No caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005), a Corte enfatizou a necessidade e importância de assegurar o direito à educação; já no caso *Acevedo Buendía y otros Vs. Peru* (2009), o país foi condenado pela violação ao direito à proteção judicial e à justiça no ambiente laboral¹⁴⁵; nos casos *Albán Cornejo e outros Vs. Ecuador* (2007) e *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* (2003), a Corte aborda e relaciona o direito à integridade física ao direito à saúde. O caso *Lagos del Campo vs. Peru* (2017) é paradigmático por reconhecer, pela primeira vez, uma violação direta do artigo 26¹⁴⁶ da Convenção Americana de Direitos Humanos, e os casos *Poblete Vilches e outros Vs. Chile*¹⁴⁷ (2018) e *Cuscul Pivaral e outros Vs. Guatemala* (2018) são fundamentais por tratar da necessidade de garantir o direito à saúde sem discriminação, dando atenção especial aos grupos

apenas uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual, devendo gozar plenamente dela para preservar o seu legado cultural e histórico. A ruptura da relação simbiótica dos indígenas com a terra, segundo a Corte, exerce um efeito prejudicial sobre a saúde dessas populações.

¹⁴⁵ Em sua fundamentação, a Corte aborda que os direitos humanos devem ser interpretados sob a perspectiva de sua integralidade e interdependência, a conjugar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, inexistindo hierarquia entre eles, sendo todos exigíveis.

¹⁴⁶ A Convenção Americana de Direitos Humanos contempla apenas em seu artigo 26 a aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, mas o Protocolo de San Salvador foi elaborado em 1988 e veio para tratar especificamente da matéria relativa aos DESCAs, impondo obrigatoriedade em suas disposições.

¹⁴⁷ ANTONIAZZI, Mariela Morales; MONTERO, Erika; PIOVESAN, Flávia. *Avances en la protección de las personas mayores en el Sistema Interamericano: perspectivas y retos para la efectividad de sus derechos, in Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. UNAM: México, 2019, p. 385.

vulneráveis. Finalmente, o tema do direito ao trabalho - o qual envolve tanto a questão do trabalho digno (vedação à exploração e trabalho escravo), quanto a vedação de demissões arbitrárias e o pagamento adequado de pensões e seguridade social – foi abordado em casos como *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil* (2016), *Baena Ricardo e outros Vs. Panamá* (2001), *Cinco Pensionistas vs. Peru* (2003) e *Muelle Flores Vs. Peru* (2019), respectivamente. A evolução da jurisprudência da Corte especificamente em relação à proteção e abrangência dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais será tratada no próximo capítulo.

Por fim, na última categoria de decisões, temos os casos que protegem os “novos” direitos, com destaque aos direitos reprodutivos, mas também podem ser enquadrados os direitos ambientais, tema empresas e direitos humanos, direitos digitais, proteção de dados, vigilância digital, *hate speech*, dentre outros. Essa sexta categoria pode ser ilustrada através do caso *Artavia Murillo e outros Vs. Costa Rica* (2012)¹⁴⁸, no qual a Corte, a partir de uma interpretação sistemática e baseando-se na jurisprudência do sistema universal, europeu e africano, alegou não ser possível atribuir a um embrião o *status* de pessoa. Isto é, a partir de uma abordagem progressiva, a Corte analisou que a fertilização *in vitro* não existia na época que a Convenção foi elaborada, e analisando essa matéria com base nas experiências positivas de outros países, concluiu que ter filhos ou filhas por meio da técnica de reprodução assistida decorre dos direitos à integridade pessoal, liberdade, e vida privada e familiar. Condenou a Costa Rica por violação aos artigos 5º, parágrafo 1º, 7º, 11, parágrafo 2º e 17, parágrafo 2º da Convenção Americana, alegando que o Estado não deve proibir e nem obstaculizar a fertilização *in vitro*, que constitui um direito das pessoas. Ainda, o Estado tem o dever de proporcionar aos indivíduos atendimento psicológico, fomentando a educação, programas e cursos nesse campo. Por fim, destaca-se que, recentemente, a Corte deu um grande passo ao tratar da importância do direito a um meio ambiente saudável, o que inclui o acesso à água e alimentos adequados, no caso *Comunidades Indígenas da Associação Lhaka Honrat (nuestra tierra) Vs. Argentina*¹⁴⁹ (2020).

Por todo o exposto, conclui-se que, através dessa atuação, desse controle e da jurisprudência, a Comissão e a Corte Interamericana possibilitaram o enfraquecimento e a

¹⁴⁸ CORTE IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“fecundación in vitro”) Vs. Costa Rica*. Sentença proferida em 28 de novembro de 2012, exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Disponível: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf>, acesso em 22 dez. 2020.

¹⁴⁹ CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Sentença de 06 de fevereiro de 2020, mérito, reparações e custas. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf>, acesso em 02 de abril de 2020.

desestabilização dos regimes de exceção, exigiram o fim da impunidade e a justiça durante os períodos de transição democráticas, e continuam na luta pela implementação de direitos através do fortalecimento das instituições democráticas. Outros temas contemporâneos tem sido objetos de decisões, comprovando a constante evolução, o crescente empoderamento e a dinâmica intensa do Sistema Interamericano. Destaca-se também que as visitas *in loco* da Comissão IDH são cruciais para gerar mudanças e trazer maior impacto nos países visitados.

Em caso de conflito entre o direito nacional e o direito internacional, incluindo a jurisprudência da Corte, é imperiosa a utilização do princípio da primazia da norma mais favorável e protetiva ao indivíduo, de sorte que os Estados não podem se valer de suas disposições internas como empecilho ou para diminuir ou eliminar direitos convencionados. Para a Corte, “(...) si a una misma situación son aplicables al Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana”¹⁵⁰.

Destarte, os casos acima citados demonstram as peculiaridades e especificidades das lutas emancipatórias pelos direitos e justiça na América Latina. A construção de um *Ius Constitutionale Commune* tem sido possível graças a essa jurisprudência transformativa e o envolvimento de uma pluralidade de atores que têm se debruçado sobre a agenda de direitos humanos: Estados, vítimas, organizações da sociedade civil nacional e internacional, a OEA e outros sistemas internacionais como um todo. O diálogo intenso entre os diferentes atores do Sistema Interamericano se mostra primordial na construção de estándares comuns de direitos humanos.

2.3 O papel da sociedade civil na luta por direitos e justiça

Foi citada a importância da sociedade civil para a concretização de direitos, especialmente quando analisamos a sua performance acadêmica, *in loco*, e em articulação com outras instituições governamentais e não governamentais. Pode-se dizer que grande parte da força do Sistema Interamericano está na sociedade civil, tendo em vista que redes transnacionais organizadas possuem métodos de litigância estratégica¹⁵¹. Contudo, necessária a reflexão do conceito de sociedade civil, e qual é de fato a sua importância para a proteção dos direitos humanos.

¹⁵⁰ Corte IDH. Parecer Consultivo sobre a filiação obrigatória de jornalistas (arts. 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos). *Opinião Consultiva OC-5/85*. 13 de novembro de 1985, Série A n. 5, §52, p. 31. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_por.pdf>, acesso em 22 nov. 2019.

¹⁵¹ PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em América Latina: context, challenges, and perspectives*. *Op. cit.*, p. 63.

Como ponto de partida útil, há a definição de sociedade civil proposta por Jan Aart Scholte: "A sociedade civil é o espaço político no qual associações voluntárias buscam explicitamente formular as regras (em termos de políticas específicas, normas mais abrangentes e estruturas sociais mais profundas) para governar um ou outro aspecto da vida social"¹⁵². Em uma sociedade dominada por governos e mercados, o papel da sociedade civil é essencial para trazer à tona debates sociais, políticos e econômicos, com o fim de implementar condições necessárias para o respeito aos direitos humanos. Isso possibilita o fortalecimento da democracia, por incorporar a responsabilidade social.

No contexto da invisibilidade dos socialmente e economicamente excluídos, a sociedade civil faz o papel de ampliar as vozes dos interesses particulares e advogar naturalmente em favor dos grupos marginalizados¹⁵³. Segundo Jean Cohen e Andrew Arato, quatro características dessas associações devem ser levadas em consideração: (i) publicidade (instituições de cultura e comunicação); (ii) pluralidade (diferenciação de interesses e formas); (iii) privacidade (um ambiente que sustente o desenvolvimento e a expressão do indivíduo); e (iv) legalidade (a estrutura de leis e direitos básicos que propiciem a publicidade, a pluralidade e a privacidade)¹⁵⁴.

Os grupos que lutam pela defesa dos direitos humanos emergiram em um contexto de violação de tais direitos pelo Estado, e foram (e ainda são) responsáveis por oferecer condições de engajamento e debate através de uma atuação enfocada em um discurso plural, dando voz a perspectivas que não seriam ouvidas. Assim, levam a injustiça à esfera pública, em uma realidade na qual os mais poderosos abafam as vozes dos menos poderosos, seja na esfera governamental ou dentro da própria sociedade civil. Ao participar e questionar diretamente os sistemas estruturais, legais ou políticos, os grupos de direitos humanos questionam os tribunais, fornecem informações e dados essenciais para o aprimoramento das políticas públicas, e apontam críticas e soluções para a elaboração de novos mecanismos de apoio aos direitos humanos, o que conduz a uma inovação social pautada em princípios democráticos e em uma litigância estratégica¹⁵⁵.

¹⁵² SCHOLTE, Jan Aart. *Civil Society and Democracy in Global Governance*. CSGR Working Paper n. 65/01, Centre for the Study of Globalization and Regionalization, Universidade de Warwick, jan. 2001.

¹⁵³ VIEIRA, Oscar Vilhena; DUPREE, A. Scott. *Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos*. Sur, Rev. int. direitos humanos. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 48-69, 2004. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100004&lng=en&nrm=iso>, acesso em 21 Jan. 2020.

¹⁵⁴ COHEN, Jean L; ARATO, Andrew. *Civil Society and Political Theory*. Massachusetts Institute of Technology, 1994. P. 347.

¹⁵⁵ "O apoio à litigância estratégica é fundamental pois cria e fortalece capacidades no âmbito da sociedade civil, ajuda a mobilizar comunidades e a desenvolver valores democráticos. Processos judiciais são demorados e onerosos. Ainda que 18 meses não sejam suficientes para reparar violações históricas de direitos humanos, a

Entretanto, apesar desse importante papel de articulação e de dar visibilidade às problemáticas sociais, um fator de impedimento à sua atuação é a carência de financiamentos e outros recursos, o que traz grandes desafios ao movimento de direitos humanos e até à consolidação do *Ius Commune*. Os direitos humanos estiveram em grande evidência durante as lutas históricas contra regimes totalitários e ditaduras militares, mas perderam a sua força quando as crises terminaram; assim, reitera-se a importância de não deixar com que essas associações passem para um segundo plano, pois o restabelecimento das estruturas democráticas evidentemente não garantiu a concretização devida dos direitos. Na importante análise de Kathryn Sikkink:

O trabalho das ONGs torna as práticas repressivas dos Estados mais visíveis e públicas, exigindo deles, que se manteriam calados, uma resposta. Ao enfrentar pressões crescentes, os Estados repressivos buscam apresentar justificativas. (...) Quando um Estado reconhece a legitimidade das intervenções internacionais na questão dos direitos humanos e, em resposta a pressões internacionais, altera sua prática com relação à matéria, fica reconstituída a relação entre Estado, cidadãos e atores internacionais¹⁵⁶.

Constata-se que grande parte dos casos submetidos à Comissão IDH pelos países são fruto de uma articulação entre as vítimas e organizações locais e internacionais, com um intenso ativismo caracterizado por alianças estratégicas, e pela implementação na esfera nacional dos ganhos obtidos internacionalmente. Nesse sentido, a participação ativa das vítimas (normalmente amparadas pelas organizações não governamentais locais e internacionais) nos procedimentos da Comissão e da Corte é um marco do Sistema Interamericano.

Graças a muitos ativistas que buscam estratégias perante o Sistema Interamericano temos um rico, protetivo e criativo *corpus iuris* na região, de maneira que o seu desenvolvimento depende também dos esforços desses grupos. A sociedade civil faz mais do que simplesmente dar visibilidade aos casos, como também defende os indivíduos quando atacados, fazendo pressão aos governos para que garantam os direitos de seus cidadãos. Ainda nas palavras da autora supracitada, “pressões e políticas transnacionais no campo dos direitos humanos, incluindo network de ONGs, têm exercido uma significativa diferença no sentido de permitir avanços nas práticas dos direitos humanos em diversos países do mundo. Sem os

litigância estratégica pode transformar realidades e tornar casos emblemáticos uma referência para outros conflitos semelhantes”. FUNDO BRASIL DE DIREITOS HUMANOS. *Litigância estratégica – Experiências e reflexões*. Disponível em: <<https://fundobrasil.org.br/wp-content/uploads/2016/12/litigancia-estrategia-1.pdf>>, acesso em 21 jan. 2020. P. 5.

¹⁵⁶ Ver SIKKINK, Kathryn. *Op. Cit.*, p. 414 e 415.

regimes internacionais de proteção dos direitos humanos e suas normas, bem como sem a atuação das networks transnacionais que operam para efetivar tais normas, transformações na esfera dos direitos humanos não teriam ocorrido”¹⁵⁷.

Reforça-se, assim, a necessidade do despertar da consciência da sociedade civil, para que se possa conduzir a um maior respeito e efetivação dos direitos humanos. Sem um processo de discurso e diálogo social, a situação de muitas pessoas permanece invisível, e a dimensão moral a que tem direito continuaria sendo uma construção teórica. O encaminhamento de casos ao Poder Judiciário e aos sistemas internacionais de proteção, além da participação das ONGs e outros defensores de direitos humanos em audiências públicas, são cruciais ao avanço da proteção dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito.

2.4 Objetivos e perspectivas centrais do ICCAL

Considerando a desigualdade persistente e a violência sistêmica do contexto latino americano, que rompem os laços sociais e causam invisibilidade e criminalização, avançar na implementação dos direitos humanos, da democracia e do estado de direito na região é fundamental. Importantes avanços nas constituições nacionais ocorreram com os novos regimes democráticos, e o Sistema Interamericano tem sido essencial para a implementação dos direitos civis, políticos, e as variáveis dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

Uma mirada retrospectiva das cinco décadas transcorridas desde a adoção da Convenção Americana sobre Direitos Humanos permite reconhecer o impacto positivo que teve e tem esse instrumento na situação de direitos humanos em nossa região. Sabemos que o Sistema Interamericano adveio de um quadro de regimes ditatoriais, de modo que o sistema gradualmente se consolidou e se fortaleceu como um ator democratizante na região, impulsionado por estratégias de litigância estratégica executadas por uma rede transacional que elevou a legitimidade social. Nessa linha, o sistema contribuiu de modo eficaz para desestabilizar as ditaduras, e posteriormente ajudou as democracias emergentes a lidar com seu legado de abusos.

Ainda, foi particularmente notável o seu papel central como motor da construção de normas e estándares no âmbito da justiça de transição, com ênfase na obrigação dos Estados de investigar e julgar os responsáveis pelas graves violações de direitos humanos e no direito das vítimas de conhecer a verdade e obter reparações integrais pelos danos sofridos. Após esse

¹⁵⁷ SIKKINK, Kathryn; RISSE, Thomas. *Conclusions*, In: RISSE, Thomas; ROPP, Stephen C.; e SIKKINK, Kathryn. *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 275.

período, o sistema demanda pelo fortalecimento das instituições, tanto as governamentais quanto as não governamentais, e aborda a emergência do combate às violações de direitos humanos e proteção aos grupos vulneráveis. Não cabem dúvidas que o Sistema Interamericano se consolidou como fator positivo de mudanças políticas e sociais, mas as ameaças atuais aos direitos humanos em nosso hemisfério trazem constantes desafios para a sua legitimidade, eficácia e relevância futuras.

O impacto transformador na região, advindo da reconfiguração dos sistemas legais, é impulsionado acima de tudo pela atuação vital das organizações da sociedade civil na luta por justiça e direitos, que pressionam os governos ao denunciar abusos e proporcionar políticas públicas alternativas para aliviar os principais problemas sociais. Essa dinâmica é fomentada pela efetividade do diálogo regional e local em um sistema multinível, em que há mútua abertura e permeabilidade. O controle de convencionalidade é um importante impulsor desse diálogo.

Seria simplista atribuir ao Poder Judiciário a capacidade de produzir a sua própria eficácia, e também seria um equívoco desdenhar as potencialidades dos novos atores para promover mudanças sociais mediante o emprego de estratégias jurídicas; as políticas públicas sociais e inclusivas, o litígio estratégico e as funções de defesa social podem mobilizar recursos materiais, administrativos e jurídicos a favor dos interesses dos menos poderosos contrários aos que possuem um excesso de representação. Este seria um modo de desestabilizar os privilégios existentes na sociedade, em um esforço de construir culturas mais recíprocas em que o Estado tenha maiores condições de romper com o *status quo*.

Os advogados e juízes não podem por si só mudar a sociedade, mas podem sim ter influência quando outros atores sociais os acionam. A experiência recente de países extremamente desiguais como o Brasil e a Colômbia demonstra que a comunidade jurídica em geral e os tribunais em particular podem, em certas circunstâncias, ser permeáveis às demandas dos pobres quando estes buscam uma compensação pela via do sistema jurídico¹⁵⁸. Nesse diapasão, qualquer tentativa de fazer uso da lei para melhorar o Estado de direito em si pressupõe um respaldo político e social.

O ICCAL e o constitucionalismo transformador correspondem, portanto, a um direito desenvolvido através da interação entre ordens legais e múltiplos atores. As cortes internacionais dialogam com as cortes nacionais, que exercem o controle de convencionalidade e fixam estándares de proteção. As cortes nacionais também interagem entre si, através do

¹⁵⁸ GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (ed.). *Courts and Social Transformations in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, United Kingdom: Ashgate, 2006.

intercâmbio de informações, experiências e decisões. Esse modo de interação, que também envolve outros agentes - como os Poderes Legislativo e Executivo, a opinião pública, a mídia, as ONGs, membros das Defensorias Públicas e Ministérios Públicos, da academia e da Advocacia Pública, propiciam distintas visões e demandas em um processo dialógico por meio do qual se desenvolve o direito. Tais interações se baseiam na adoção de diretrizes pregadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos, pelos demais pactos que lhe estão relacionados, pelos instrumentos globais de direito internacional dos direitos humanos, e outras diretrizes e princípios, a exemplo do princípio *pro persona* ou primazia da norma mais favorável.

É assim que o Sistema Interamericano tem o potencial de causar um impacto extraordinário em concretizar o caminho para um *common law* latino americano e para contribuir no fortalecimento dos direitos humanos, a democracia e estado de direito em uma das regiões mais desiguais e violentas do mundo. O objetivo principal desse constitucionalismo dialógico, assim, é lograr construir compreensões e jurisprudência compartilhadas acerca do alcance de direitos, contribuindo para o avanço da proteção dos direitos humanos, além de ser uma peça chave para a resiliência de ordens nacionais que tendem a trazer um retrocesso social.

As perspectivas desse projeto envolvem o desenvolvimento de estándares comuns, de modo que, com o tempo, o intercâmbio entre cortes permitirá uma convergência a respeito de padrões mínimos de proteção e a identificação das melhores práticas em determinadas matérias. Mesmo que não haja uma perfeita concordância entre os membros da rede, certos entendimentos acerca do alcance e das implicações de alguns direitos se consolidam na jurisprudência da maioria dos países, e essa consolidação passa a expressar o entendimento dominante sobre o tema; assim, se torna um critério objetivo para a concretização dos direitos humanos, havendo um incentivo mútuo e reputacional para que se avance na tutela destes, à luz de normativas internacionais.

Portanto, com o *Ius Commune* os retrocessos se tornariam mais visíveis, produzindo uma má reputação aos que não seguem a linha regional e internacional. Nesse contexto, há um monitoramento recíproco, e as cortes nacionais vigiam permanentemente a implementação e garantia de direitos em âmbito regional, de modo que o distanciamento de cortes que interagem entre si permite que se revelem os “pontos cegos” de cortes nacionais que eventualmente não puderam balancear o seu próprio ordenamento e suas próprias prática. Nas palavras de Marcelo Neves, “todo observador tem um limite de visão no ‘ponto cego’, aquele que o observador não

pode ver em virtude de sua posição ou perspectiva de observação”. Aí está o valor epistêmico do constitucionalismo em rede, “o ponto cego de um observador pode ser visto pelo outro”¹⁵⁹.

Em suma, objetiva-se com o *Ius Constitutionale Commune* – por meio desse novo constitucionalismo transformador e multinível - a realização, pelos atores nacionais, de uma estatalidade aberta e de um pluralismo dialógico entre os ordenamentos jurídicos, a fim de definir as melhores práticas em termos de direitos humanos e democracia, atribuir maior visibilidade a retrocessos, e deflagrar um monitoramento mútuo e cooperativo entre cortes, Estados e outros agentes. A adoção de novos elementos representa uma maior garantia de efetivação das promessas constitucionais dos países do hemisfério e, conseqüentemente, de um melhor funcionamento das democracias da região. Para isso, é essencial estabelecer e estimular na cultura dos países a implementação dos padrões e da jurisprudência da Comissão e da Corte IDH, e de todo o *corpus iuris* protetivo internacional, pois os precedentes do direito internacional dos direitos humanos são elementos-chave no processo decisório sobre direitos fundamentais¹⁶⁰.

¹⁵⁹ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Op. Cit. p. 297 e 298.

¹⁶⁰ MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. *Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional do México na implementação de direitos sociais*. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 252-280, 2018; MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. *Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional do Peru na implementação de direitos sociais*. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 295-322, 2018; MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. *Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional do Chile na implementação de direitos sociais*. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, p. 275-294, 2018; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Casoteca da América Latina: a atuação da Corte Constitucional da Colômbia na implementação de direitos sociais*. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 286-312, 2017; MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. *Casoteca da América Latina: a atuação da Suprema Corte da Equador na implementação de direitos sociais*. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 3, n. 2, p. 313-338, 2017; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Casoteca da América Latina: a atuação da Suprema Corte da Argentina na implementação de direitos sociais*. Revista Publicum, Rio de Janeiro, v. 4, n. 2, p. 220-251, 2018.

PARTE II
ESTANDARES DESCA E SUA IMPORTÂNCIA PARA O IUS CONSTITUTIONALE
COMMUNE

Capítulo I: A indivisibilidade e a interdependência dos Direitos Humanos

Em seu livro “Desenvolvimento como liberdade”, Amartya Sen procura demonstrar que o desenvolvimento de uma sociedade pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam. Explica-se: o crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB) ou das rendas individuais claramente é muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelas pessoas, mas essas liberdades também dependem de outros determinadas, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de educação e saúde), e os direitos civis e políticos (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e processos públicos).

Para se atingir o desenvolvimento, é necessário remover as principais fontes de privação de liberdade, dentre elas: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos. Nessa esteira, o direito ao desenvolvimento¹⁶¹ demanda uma globalização ética e solidária e, no entender de Mohammed Bedjaoui, “Na realidade, a dimensão internacional do direito ao desenvolvimento é nada mais que o direito a uma repartição equitativa concernente ao bem estar social e econômico mundial. Reflete uma demanda crucial de nosso tempo, na medida em que os quatro quintos da população mundial não mais aceitam o fato de um quinto da população mundial continuar a construir sua riqueza com base em sua pobreza”¹⁶².

A ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo

¹⁶¹ Em 1986, foi adotada pela ONU a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento por 146 Estados, com um voto contrário (EUA) e 8 abstenções. Para Allan Rosas, “A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação internacional. (...)”. Vide ROSAS, Allan. *The Right to Development*, In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; e ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995, p. 254-255.

¹⁶² BEDJAOUI, Mohammed. *The Right to Development*, In: BEDJAOUI, M. *International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff, Netherlands, 1991. P. 1182.

apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. Segundo o citado Amartya Sen, “(..)a privação relativa de rendas pode resultar em privação absoluta de capacidades. Ser relativamente pobre em um país rico pode ser uma grande desvantagem em capacidade, mesmo quando a renda absoluta da pessoa é elevada pelos padrões mundiais”¹⁶³.

Em outros casos, a privação de liberdade se relaciona estreitamente à carência de serviços públicos e assistência social como, por exemplo, a ausência de programas epidemiológicos, de um sistema bem planejado de assistência médica e educação ou de instituições eficazes para a manutenção da paz e da ordem locais. Por fim, citam-se os casos em que a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas à liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade. Desse modo, “ É perigoso ver a pobreza segundo a perspectiva limitada da privação de renda e a partir daí justificar investimento em educação, serviços de saúde etc. com o argumento de que são bons meios para atingir o fim da redução da pobreza de renda. Isso seria confundir os fins com os meios”¹⁶⁴.

Essas reflexões iniciais são relevantes para entendermos a vinculação dos direitos de primeira geração (civis e políticos) com os direitos de segunda geração (DESCA). Para evitar ilusões, deve-se registrar desde já que esses processos de inter-relação e indivisibilidade dos direitos não são lineares e sem sobressaltos, justamente ao contrário: países diversos, principalmente na América Latina, na antiga União Soviética ou na Europa Oriental, que são marcados por experiências autoritárias e por falhas na tradição constitucionalista, evidentemente passaram por desvios, avanços e retrocessos na implementação de direitos. O amadurecimento e a consolidação dos direitos humanos é um processo histórico, e não um fato datado.

Fazendo um resgate histórico, os três principais elementos que dão sustentação a toda a arquitetura internacional de normas e mecanismos de proteção aos direitos humanos são: A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH), o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos (PIDCP), e o Pacto Internacional sobre direitos econômicos, sociais e culturais (PIDESC), estes últimos de 1966. A DUDH é a pedra fundamental do sistema, primeiro documento a estabelecer internacionalmente os direitos inerentes a todos os homens e mulheres, independentemente das situações particulares de cada um, e que devem ser observados em todo o mundo. Os dois Pactos complementam a Declaração de 1948, conferindo

¹⁶³SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 111.

¹⁶⁴ Idem, p. 114.

aos direitos nela estabelecidos a força de obrigação jurídica que os respectivos Estados-partes se comprometem. Portanto, o conjunto dos três documentos configura a Carta Internacional dos Direitos Humanos e, na língua inglesa, é chamado de *International Bill of Rights*.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 10 de dezembro de 1948, trata-se do marco maior do processo de reconstrução dos direitos humanos, criada no período pós Segunda Guerra. Ela introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos; indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos, assim, compõem uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais (e, mais recentemente, os ambientais). Ressalte-se que a Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 reitera a concepção da Declaração de 1948, quando, em seu § 5º, afirma: “Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos globalmente de forma justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase”.

Ao examinar a indivisibilidade e a interdependência dos direitos humanos, leciona Hector Gros Espiell: “Só o reconhecimento integral de todos estes direitos pode assegurar a existência real de cada um deles, já que sem a efetividade de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais. Inversamente, sem a realidade dos direitos civis e políticos, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos, sociais e culturais carecem, por sua vez, de verdadeira significação. Esta ideia da necessária integralidade, interdependência e indivisibilidade quanto ao conceito e à realidade do conteúdo dos direitos humanos, que de certa forma está implícita na Carta das Nações Unidas, se compila, se amplia e se sistematiza em 1948, na Declaração Universal de Direitos Humanos, e se reafirma nos Pactos Universais de Direitos Humanos, aprovados pela Assembleia Geral em 1966, e em vigência desde 1976, na Proclamação de Teerã de 1968 e na Resolução da Assembleia Geral, adotada em 16 de dezembro de 1977, sobre os critérios e meios para melhorar o gozo efetivo dos direitos e das liberdades fundamentais (Resolução n. 32/130)”¹⁶⁵.

¹⁶⁵ ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José, Libro Libre, 1986. P. 16-17.

Além disso, no marco da elaboração dos dois Pactos Internacionais (dos direitos civis e políticos, e dos direitos econômicos, sociais e culturais), aponta Fábio Konder Comparato que “Embora divididos em instrumentos apartados, não significa que haja uma prioridade de um em detrimento de outro. Muito pelo contrário, conforme o que declara a Declaração Universal dos Direitos Humanos, são direitos universais e indivisíveis, o que significa que os direitos humanos de ambos os pactos, todavia, formam um conjunto uno e indissociável. A liberdade individual é ilusória sem um mínimo de igualdade social, e a igualdade social imposta com sacrifício dos direitos civis e políticos acaba engendrando, mui rapidamente, novos privilégios econômicos e sociais”¹⁶⁶.

Com a aprovação da Declaração Universal de 1948, e a partir da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais. Como leciona Norberto Bobbio, os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares (quando cada Constituição incorpora Declarações de Direito), para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais¹⁶⁷.

Fortalece-se, assim, a noção que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, isto é, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Esta concepção inovadora aponta uma importante consequência, já tratada anteriormente: a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional em prol da proteção dos direitos humanos¹⁶⁸. Transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal¹⁶⁹ - a cristalização da ideia de que o indivíduo deve ter direitos protegidos na esfera

¹⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P. 312.

¹⁶⁷ BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1988, p.30.

¹⁶⁸ Destaque-se a afirmação do Secretário Geral das Nações Unidas, no final de 1992: "Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional." (BOUTROS-GHALI, Boutros. *Empowering the United Nations*. Foreign Affairs. Disponível em: < <https://www.foreignaffairs.com/articles/1992-12-01/empowering-united-nations> >, acesso em 20 nov. 2019).

¹⁶⁹ Para Celso Lafer, de uma visão *ex parte príncipe*, fundada nos deveres dos súditos com relação ao Estado passa-se a uma visão *ex parte populi*, fundada na promoção da noção de direitos do cidadão. (LAFER, Celso.

internacional, na condição de sujeito de Direito. Prenuncia-se, deste modo, o fim da era em que a forma pela qual o Estado tratava seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania.

A crescente consolidação deste positivismo universal concernente aos direitos humanos levou à elaboração de inúmeros tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, o que reflete a formação de uma consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados; ou seja, se constrói um consenso internacional acerca de parâmetros protetivos mínimos referentes à dignidade humana, um mínimo ético irreduzível que deve ser observado por toda a comunidade internacional.

Um desses parâmetros protetivos mínimos referente à dignidade humana consiste na igualdade, valor imprescindível quando pensamos em direitos humanos. Da dignidade humana resulta que todas as pessoas são fins em si mesmas¹⁷⁰, possuem o mesmo valor e merecem, por essa razão, igual respeito e consideração¹⁷¹. A igualdade, segundo o ministro Luís Roberto Barroso, veda a hierarquização dos indivíduos e as desequiparações infundadas, mas impõe a neutralização das injustiças históricas, econômicas e sociais, bem como o respeito à diferença¹⁷². A efetiva proteção do direito ao desenvolvimento e dos direitos econômicos, sociais e culturais demanda não apenas políticas universalistas, mas específicas em favor de grupos socialmente vulneráveis. Somando-se ao processo de expansão dos direitos humanos, vislumbra-se o processo de identificação de novos sujeitos de direito, bem como a criação de tutela jurídica específica no plano internacional; enquanto a primeira fase de proteção dos direitos foi marcada pela tônica da proteção geral, que expressava o temor da diferença (que no nazismo havia sido orientada para o extermínio), em uma segunda fase determinados sujeitos - ou determinadas violações de direitos - passaram a exigir uma resposta específica e diferenciada. Ao lado do direito à igualdade, surge, também como direito fundamental, o direito à diferença.

No mundo contemporâneo, a igualdade se expressa particularmente em três dimensões: a igualdade formal, que funciona como proteção contra a existência de privilégios

Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p.145).

¹⁷⁰ Uma das formulações do imperativo categórico kantiano tem a seguinte dicção: toda pessoa, todo ser racional existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário pela vontade alheia. Vide KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2004. P. 68 e 71.

¹⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1997, p. 181.

¹⁷² Texto-base da apresentação no “Seminário en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política” – SELA, organizado pela Yale Law School. Rio de Janeiro, 11-14 de junho de 2014. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/SELA_Yale_palestra_igualdade_versao_fina.pdf>, acesso em 03 de junho de 2020.

e tratamentos discriminatórios; a igualdade material, que corresponde às demandas por redistribuição de poder, riqueza e bem-estar social; e a igualdade como reconhecimento, que remete ao respeito devido às minorias, sua identidade e suas diferenças, sejam físicas, sexuais, étnicas, raciais, religiosas, etárias, ou quaisquer outras. Neste cenário, as mulheres, as crianças e adolescentes, a população afrodescendente, os povos indígenas, os migrantes, as pessoas portadoras de deficiências, pessoas LGBTQI+, dentre outras categorias vulneráveis, devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social; importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial.

Em suma, a igualdade formal remete ao Estado liberal, e se projeta na proposição tradicional da igualdade perante a lei, que deve ser aplicada de modo impessoal e uniforme a todos os que estão sob sua incidência. Sem embargo, ao longo da história, o contraste de classes sociais, de gênero, de raça e outros determinantes conduziu à uma percepção crítica da dimensão puramente formal da igualdade; daí o surgimento do conceito de igualdade material, ligado às demandas relacionadas à justiça social. Constata-se, assim, um novo ambiente em que o Estado liberal se incorpora a um sentido social, e que precisa atuar de modo ativo contra a desigualdade econômica e a superação da discriminação. Preocupa-se em assegurar uma vida digna em todas as suas esferas, através de antídotos contra situações de desequilíbrio e exploração, bem como a criação de redes de proteção em prol de grupos marginalizados.

A partir daí surge a necessidade de adoção, ao lado das políticas universalistas, de políticas específicas que sejam capazes de dar visibilidade a sujeitos de direitos com maior grau de vulnerabilidade, visando ao pleno exercício dos direitos humanos. Um dos cursos de ação para a promoção da justiça material é a satisfação de direitos econômicos, sociais e culturais, com a incorporação do enfoque de classe, gênero, raça e etnia. Passa-se a exigir do Estado a entrega de prestações positivas adequadas em matérias como saúde, educação, saneamento, moradia, trabalho e assistência social, para que haja uma distribuição da renda que reduza as desigualdades e garanta a igualdade material.

Mais recentemente, essa ideia incorporou a igualdade como reconhecimento, tendo em vista que a noção tradicional de igualdade se mostrou insensível às minorias¹⁷³. A injustiça a ser combatida remete aos modelos sociais de dominação, em que se recusam os “outros”, se

¹⁷³ De acordo com a observação de Daniel Sarmiento, A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. São Paulo: Juspodivm, 2007. P. 194: “A ênfase predominante na dimensão econômica da igualdade, tributária do pensamento marxista, acabava relegando a um plano secundário as demandas por reconhecimento de certos grupos portadores de uma identidade própria”.

desprezam os “diferentes”. Sabemos que determinados grupos sofrem discriminação histórica em decorrência de sua identidade, suas origens, sua aparência, religião, gênero ou opção sexual. Nas palavras de Nancy Fraser, uma das principais teóricas da perspectiva do reconhecimento, o objetivo é constituir um mundo aberto à diferença (“a difference-friendly world”), onde a assimilação aos padrões culturais dominantes ou majoritários não seja o preço a ser pago pelo mútuo respeito¹⁷⁴.

Portanto, a luta pelo reconhecimento, apesar de estar estreitamente vinculada à luta pela redistribuição, não se confunde com esta; também almeja a justiça social, mas busca principalmente a superação dos estereótipos e a valorização da diferença. Segundo Boaventura de Souza Santos, “As pessoas têm o direito de ser iguais quando a diferença as inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade as descaracteriza¹⁷⁵”. Ainda, conforme defendem Asbjorn Eide e Allan Rosas: “Levar os direitos econômicos, sociais e culturais a sério implica, ao mesmo tempo, um compromisso com a integração social, a solidariedade e a igualdade, incluindo a questão da distribuição de renda. Os direitos sociais, econômicos e culturais incluem como preocupação central a proteção aos grupos vulneráveis. (...) As necessidades fundamentais não devem ficar condicionadas à caridade de programas e políticas estatais, mas devem ser definidas como direitos¹⁷⁶”. Resta evidente a importância de tanto a redistribuição quanto o reconhecimento para o combate contra as injustiças.

Em caminho oposto, a desigualdade se trata justamente de um obstáculo ao desenvolvimento, o que inviabiliza o exercício de liberdades. Em livro de grande sucesso desde o lançamento da versão em inglês, em 2014, Thomas Piketty procurou demonstrar que a desigualdade não é um acidente, mas uma característica do modo de produção capitalista, que só a intervenção do Estado pode conter¹⁷⁷. Nesse sentido, ao explicitar a imprescindibilidade da presença e da intervenção estatal para a implementação dos direitos fundamentais, resta evidente a importância da indivisibilidade, inter-relação e interdependência dos direitos civis e políticos, por um lado, e dos DESCA, por outro.

Ao refletirmos a história que permeia os direitos humanos, vemos que eles surgiram na tentativa de controlar o poder do Estado por meio de limites impostos à ação dos governantes,

¹⁷⁴ FRASER, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. The Tanner Lectures on Human Values, 1996, p. 3. No original: “Here the goal, in its most plausible form, is a difference-friendly world, where assimilation to majority or dominant cultural norms is no longer the price of equal respect”.

¹⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

¹⁷⁶ ROSAS, Allan; EIDE, Asbjorn. *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; e ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Op. cit. p. 17-18.

¹⁷⁷ PIKETTY, Thomas. *Capital in the twenty first century*. Londres: Belknap, 2014, p. 1.

isto é, os direitos individuais se tratam de uma reação contra o Estado absoluto que não conhece a distinção entre o público e o privado. Por sua vez, a segunda geração dos direitos humanos surge com a consagração dos direitos sociais e econômicos, sob o impacto das desigualdades advindas com a Revolução Industrial. Assim, são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade, de modo que os indivíduos devem pleitear esses direitos perante o Estado, que dispõe dos meios necessários para atender às necessidades dos mais vulneráveis e garantir a todos as condições para uma vida digna.

O presente estudo traz um enfoque aos direitos alegados como de segunda geração, os DESCAs, porque o contexto de pobreza e desigualdade social tão presente na América Latina afeta diretamente o gozo desses direitos, impedindo o alcance de uma vida digna. Esses direitos devem ser analisados sob os enfoques de indivisibilidade, progressividade, gênero, diversidade e interseccionalidade, desenvolvimento e direitos humanos, interdisciplinariedade, educação em direitos humanos e anticorrupção; nessa linha, há de ser afastada a equivocada noção de que uma classe de direitos (a dos direitos civis e políticos) merece inteiro reconhecimento e respeito, enquanto outra classe de direitos (a dos direitos sociais, econômicos e culturais), ao revés, não merece qualquer observância. Sob a ótica normativa internacional, conforme analisaremos, está superada a concepção de que os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais não são direitos justiciáveis, pelo contrário: são eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.

O ponto-chave é que a exclusão social e econômica, derivada de níveis extremos de pobreza e desigualdade, causa a invisibilidade de muitos povos, a criminalização dos que questionam o sistema e a imunidade dos privilegiados, o que anula a imparcialidade jurídica¹⁷⁸. Em síntese, as desigualdades sociais e econômicas corroem a integridade do Estado de direito, de modo que a lei e os direitos meramente positivados se tratam de uma farsa, uma disputa de poder onde são poucos os afortunados que negociam os termos dos excluídos. Nesse contexto, a invisibilidade significa que o sofrimento humano de certos segmentos da sociedade não provoca uma reação moral ou política dos mais beneficiados, que pretendem manter um *status quo*.

A cooperação internacional e a supervisão dada pelas organizações internacionais de proteção aos direitos humanos são essenciais para lutar contra realidades desiguais e injustas, e para assegurar que existam reações jurídicas e políticas à perda de vidas humanas e à ofensa à

¹⁷⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Desigualdad estructural y Estado de derecho*. Op. Cit. P. 36.

dignidade dos excluídos historicamente. Nesse quadro, constata-se que

“a desigualdade [...] permite que os ricos derrubem as instituições políticas, reguladoras e legais da sociedade para seu próprio benefício. Se uma pessoa é mais rica que a outra e os tribunais são corruptíveis, o sistema jurídico favorece os ricos, mas não os justos. Da mesma forma, se as instituições políticas e reguladoras puderem ser controladas pela riqueza e as influências, favorecerão o estabelecido, e não o eficiente”¹⁷⁹.

Não é raro confrontarmos com opiniões que negam todo o valor legal dos DESCAs, caracterizando-os como meras declarações de boas intenções, um compromisso político. Embora seja aceita a hierarquia privilegiada dos tratados internacionais, os instrumentos que estabelecem especificamente os direitos econômicos, sociais e culturais são considerados de natureza política, e não catálogos de obrigações legais que o Estado deve seguir. De acordo com essa visão, estes são os únicos direitos que geram prerrogativas para os indivíduos e obrigações para o Estado, sendo acionáveis judicialmente. Ainda, outro argumento utilizado para apoiar a suposta distinção de direitos civis e políticos em relação aos DESCAs está no caráter de obrigações negativas da primeira categoria de direitos, enquanto se diz que a segunda geração de direitos implicaria a criação de obrigações positivas que, no geral, demandam a utilização de recursos públicos¹⁸⁰.

As obrigações negativas seriam esgotadas pelo não fazer do Estado, isto é: não deter pessoas arbitrariamente, não aplicar sanções sem o esgotamento dos recursos, não restringir a liberdade de expressão, não violar correspondência ou documentos sem autorização judicial, não interferir na propriedade privada, e por aí vai. A seu turno, os DESCAs demandariam pela necessidade da presença do Estado ao realizar, através de seus recursos, prestações positivas: fornecer um sistema de saúde adequado, garantir a educação básica, investir no patrimônio cultural e artístico da sociedade, etc. Segundo essa teoria, para garantir os direitos civis e políticos seria suficiente limitar a atividade do Estado, proibindo-o de interferir em algumas esferas; já para implementar os DESCAs, o Estado deve necessariamente gastar seus recursos para realizar as prestações positivas exigidas.

Essas distinções são ultrapassadas, e até para os pensadores mais ilustres da economia política clássica, como Adam Smith e David Ricardo, é evidente a inter-relação entre as supostas “obrigações negativas” do Estado, principalmente no que se refere à garantia da

¹⁷⁹ Tradução livre. GLAESER, E.; SCHEINKMAN, J. e SHLEIFER, A. *The Injustice of Inequality*, National Bureau of Economic Research, Working Paper Nº 9150, Setembro, 2002.

¹⁸⁰ Ver HAYEK, F.A. *Law, Legislation and Liberty*. Londres, 1976, vol. 2, cap. 9.

liberdade de comércio, e um extenso rol de obrigações positivas, ligadas à manutenção de instituições políticas, jurídicas, de segurança e defesa, tão necessárias para o exercício das liberdades individuais. Segundo Smith, por exemplo, cabe ao Estado ter um papel ativo na criação de condições institucionais e burocráticas para a expansão do mercado¹⁸¹; o mesmo se aplica a muitos outros direitos de primeira geração: por exemplo, o respeito a direitos como o devido processo legal e o acesso à justiça, bem como os direitos de reunião, de associação e de manifestação implicam na manutenção, por parte do Estado, de tribunais, bem como o estabelecimento de instituições que estabeleçam normas que permitam legalmente a reunião de pessoas, que haja a organização de sistemas políticos, etc.

Qualquer direito, por mais que demande primordialmente uma omissão ou uma falta da intervenção estatal, ainda assim implicará uma intensa atividade estatal que impeça que outros indivíduos interfiram nessa liberdade, sendo que os direitos concedidos, para serem cumpridos em sua plenitude, dependem de funções estatais de polícia, de segurança, de defesa, e que garantam a justiça por parte do Estado. Obviamente, o cumprimento dessas funções exige obrigações positivas, caracterizadas pelo dispêndio de recursos, e não a mera abstenção do Estado¹⁸². Em suma, os direitos civis e políticos são complexos e demandam tanto obrigações positivas quanto negativas por parte do Estado: obrigação de abster-se de atuar em determinadas áreas e de desempenhar uma série de funções, a fim de garantir o gozo de direitos.

Nessa perspectiva, as diferenças entre direitos civis e políticos e os DESCAs são diferenças de grau, e não diferenças substanciais. De fato, é possível reconhecer que a faceta mais visível dos direitos econômicos, sociais e culturais são as obrigações de fazer, e por isso que são denominados “direitos-prestação”¹⁸³. No entanto, também é possível observar, concomitantemente, certas obrigações estatais de não fazer, por exemplo, o direito à saúde acarreta na obrigação do Estado de não prejudicar a saúde; o direito à preservação cultural implica a obrigação de não destruir o patrimônio cultural, etc. Partindo desses apontamentos, resta clara a dificuldade de distinguir radicalmente os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais e culturais; pelo contrário, evidencia-se a correlação deles - muitos direitos tradicionalmente acobertados pelo catálogo de direitos civis e políticos foram reinterpretados

¹⁸¹ Cf. SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Nova York: A.M. Kelley, 1937; SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sobre los modos de producción del derecho y del poder social*, In: *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1991. P. 175-8.

¹⁸² "No existen, en resumen, obligaciones "negativas" puras (o, mejor dicho, derechos que comporten exclusivamente obligaciones negativas), pero sí parece posible afirmar una diferencia de grado en lo que se refiere a la relevancia que las prestaciones tienen para uno y otro tipo de derechos". CONTRERAS, Francisco José. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994. p. 21.

¹⁸³ Ibid. P. 17-20.

em um ângulo social, de modo que as distinções absolutas também perderam significado e importância ao longo do tempo.

Em relação aos princípios da interdependência e inter-relação dos direitos humanos, destaca-se um amplo estudo que foi publicado pela *World Organisation against Torture*¹⁸⁴, intitulado (tradução livre): “Atacando as raízes da tortura: Pobreza, Desigualdade e Violência”¹⁸⁵. Esse estudo delinea evidências da correlação entre desigualdade socioeconômica e a violência (estatal e de entes privados), apresentando estudos de casos que ilustram essas correlações. Examina-se, em seguida, até que ponto a existência de um vínculo entre pobreza e violência é refletido no trabalho de direitos humanos em organizações internacionais como a ONU – por exemplo, analisando as atividades de onze Relatores Especiais e outros especialistas desse sistema durante o período de 1999 a 2005, o estudo ressalta que todos apontaram a pobreza, a discriminação, a marginalização e a exclusão como “causas estruturais das violações dos direitos humanos”¹⁸⁶. Alguns também se preocuparam com os efeitos negativos das privatizações, desregulamentações e outros processos de reestruturação econômica e de políticas macroeconômicas aos grupos vulneráveis¹⁸⁷.

A partir disso, foi estabelecida uma abordagem holística em que se aponta uma investigação sistemática da ligação entre a negação de direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais, isto é, como a violação de um acarreta na violação dos demais; há, evidentemente, uma transversalidade entre as violações dos direitos de primeira e de segunda geração, por exemplo, a pobreza (condições sócio, econômicas e culturais) se interliga com a violência (como uma resposta à privação de desenvolvimento e, conseqüentemente, de liberdades). Destarte, no âmbito global, a Organização Mundial de Saúde alerta ser a pobreza a principal *causa mortis* do mundo — mata mais que todos os conflitos armados somados —,

¹⁸⁴ WORLD ORGANISATION AGAINST TORTURE. *Attacking the Root Causes of Torture: Poverty, Inequality and Violence* (Geneva: World Organisation against Torture, 2006). Disponível em: <<https://www.omct.org/escr/interdisciplinary-study/>>, acesso em 06 fev. 2020. Esse é apenas um dos muitos relatórios da Organização Mundial contra a Tortura sobre o tema.

¹⁸⁵ Tradução livre de: “Attacking the Root Causes of Torture: Poverty, Inequality and Violence”.

¹⁸⁶ WORLD ORGANISATION AGAINST TORTURE. *Attacking the Root Causes of Torture: Poverty, Inequality and Violence*. Op.Cit. P. 244: “the many situations in which the failure of states to respect, protect or fulfil economic, social and cultural rights is accompanied by violations of civil and political rights and, in particular, leads to violence. All have seen, to different extents, poverty, discrimination, inequality, marginalisation and exclusion as structural causes of human rights violations”. Disponível em: <https://www.omct.org/files/interdisciplinary-study/attacking_the_root_causes_of_torture.pdf>, acesso em 06 fev. 2020.

¹⁸⁷ Experts em direitos econômicos, sociais e culturais tem estudado os efeitos negativos sobre grupos vulneráveis dos processos de privatização, globalização, ajustes econômicos e outras decisões tomadas a nível internacional ou por atores internacionais. Frisa-se, nesse aspecto, a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

tendo sua influência destrutiva em cada estágio da vida humana, do momento do nascimento à morte¹⁸⁸.

Sem embargo, o processo histórico de afirmação dos direitos humanos comprova uma dificuldade de interligar e relacionar esses direitos. Para que mudanças sociais sejam de fato implementadas na América Latina, é necessária e urgente uma cooperação multinível e internacional, como um dos vieses que geram desenvolvimento, considerando o contexto estrutural de permanência do *status quo* vivido na região há décadas. Especial atenção deve ser dada às populações em situação de vulnerabilidade ou discriminação histórica, como mulheres, povos indígenas, afrodescendentes, pessoas LGBTQI+, migrantes, crianças e adolescentes, idosos, deficientes, defensores de direitos sociais e ambientais, dentre outros. Enuncia a Declaração Universal dos Direitos Humanos que toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização de direitos sociais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade (artigo 22). Direitos sociais demandam integração social, solidariedade e igualdade, com especial proteção aos mais vulneráveis, não podendo ficar condicionados à caridade, generosidade ou compaixão, mas sim devendo ser respeitados como direitos.

A partir disso, será analisada a história da implementação e da judicialização dos DESCAs, com um enfoque em como o Sistema Interamericano tem expandido a incidência desses direitos, a partir de uma análise da evolução jurisprudencial da Corte IDH na matéria, bem como os padrões que a Comissão e outros organismos internacionais adotam e difundem aos Estados-parte.

Capítulo II: Direito Internacional dos Direitos Humanos e os DESCAs

Conforme demonstrado, a DUDH foi a pioneira em trazer uma linguagem de universalidade, inter-relação e indivisibilidade dos direitos humanos. No âmbito regional, desde 1948, com a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, os países americanos construíram uma cultura tanto de afirmação de liberdades, quanto de direitos de caráter social. Considerando a necessidade de construir um todo interdependente, indissociável e indivisível, a Declaração reconheceu – sem separá-los estruturalmente dos direitos civis e políticos –, os

¹⁸⁸ De acordo com a Organização Mundial da Saúde, “a pobreza é a maior assassina do mundo. A pobreza exerce sua influência destrutiva em todas as fases da vida humana, desde o momento da concepção até o sepultamento. Conspira com as doenças mais mortais e dolorosas para levar à uma existência miserável todos aqueles que sofrem com ela”. Tradução livre. FARMER, Paul. *Pathologies of Power*. Berkeley: University of California Press, 2003, p.50.

direitos econômicos, sociais e culturais, em seus artigos XI (preservação da saúde e bem-estar), XII (educação), XIV (trabalho e justa retribuição), VII (proteção da maternidade e infância), VX (descanso e seu aproveitamento), e XVI (seguridade social). Portanto, foi de fato adotada uma visão integral dos direitos humanos; entretanto, a partir da Guerra Fria, constata-se que o desenvolvimento de uns e de outros foi díspar.

Pode-se notar essa evolução desigual ao analisarmos o próprio fato de que a Convenção Americana de Direitos Humanos privilegiou evidentemente os direitos civis e políticos em suas disposições, sendo que apenas o artigo 26 remeteu aos DESCs, definindo a obrigação de adotar providências para realizar progressivamente a plena efetividade das normas econômicas, sociais, e relacionadas a educação, ciência e cultura (de acordo com os recursos disponíveis). Nesse sentido, a Declaração Americana foi fundamental para o trabalho da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de construir os padrões DESC: em 1977, por exemplo, a Comissão IDH encontrou violações dos direitos à saúde e ao bem-estar, ao trabalho e sua justa retribuição, e descanso digno através do caso *Aché Vs. Paraguai* (1977)¹⁸⁹; outras violações a esses direitos previstos na Declaração foram indicadas em *Comunidade Yanomami Vs. Brasil* (1985)¹⁹⁰, e nos casos de *Mary e Carrie Dann* (2002)¹⁹¹ e *Andrea Mortlock vs Estados Unidos* (2008)¹⁹², Estado que, apesar de não ser parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, deve observar os deveres previstos na Declaração¹⁹³.

Nessa linha, apenas no ano de 1988 foi elaborado um protocolo adicional à CADH sobre os direitos econômicos, sociais e culturais, reconhecido como “Protocolo de San Salvador”. Neste, foram reconhecidos direitos como o direito ao trabalho (artigos 6 e 7), direitos sindicais (artigo 8), direito à seguridade social (artigo 9), direito à saúde (artigo 10), à um meio ambiente equilibrado (artigo 11), à alimentação (artigo 12), à educação (artigo 13), aos benefícios advindos da cultura (artigo 14), dentre outros. Destaca-se que, para garantir a proteção de tais direitos, o artigo 19 estabeleceu a obrigação dos Estados-parte de apresentar ao

¹⁸⁹ CIDH. *Caso 1802, Tribu Aché (Paraguay)*. 27 de maio de 1977. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org/Indigenas/Paraguay.1802.htm>>, acesso em 12 dez. 2020.

¹⁹⁰ CIDH. *Resolução nº 12/85*. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/84.85sp/Brasil7615.htm>>, acesso em 12 dez. 2020.

¹⁹¹ CIDH. *Relatório nº 75/02. Caso 11.140, Mary e Carrie Dann*. Mérito. Decisão de 27 de dezembro de 2002. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2002port/EstadosUnidos.11140.htm>>, acesso em 12 dez. 2020.

¹⁹² CIDH. *Informe Nº 63/08. Caso 12.534, Andrea Mortlock. Admisibilidad y Fondo*. Decisão de 25 de julho de 2008. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2008sp/EEUU12534.sp.htm>>, acesso em 12 dez. 2020.

¹⁹³ SALMON, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata. *Estándares jurisprudenciales de derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; LEAL, Cesar Barros (Eds). *El desafío de los derechos económicos, sociales y culturales*. FB Editora, 2019. P. 77

Secretário Geral da OEA relatórios periódicos acerca das medidas progressivas que foram sendo adotadas para a efetivação dos DESCAs¹⁹⁴.

Em outro âmbito, constata-se que, quando se pensou na elaboração de instrumentos internacionais vinculantes aos Estados signatários, foram instrumentalizados dois pactos distintos, conforme citado anteriormente: em dezembro de 1966, foram adotados o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Apesar de terem sido criados em conjunto, o PIDCP e o PIDESC foram formalmente separados, e diferenciadas as formas de proteção. Nesse sentido, no início não foi criado um organismo independente de seguimento e monitoramento para o PIDESC, enquanto que para o PIDCP foi estabelecido o Comitê de Direitos Humanos. Finalmente, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Comitê DESC), que atualmente é o órgão de supervisão ao cumprimento do PIDESC, foi criado posteriormente. Consequentemente, pelas vicissitudes da história, terminou imperando uma dicotomia normativa e operativa entre os direitos que a DUDH não estabelecia, e que revela as ambivalências e resistências dos Estados em conferir igual proteção às diversas categorias de direitos.

Apesar do enfoque do presente capítulo ser a evolução dos DESCAs no marco do Sistema Interamericano, ressalta-se a importância do PIDESC, justamente por ter sido o primeiro e único instrumento jurídico de escopo mundial a conferir obrigatoriedade à promoção e proteção dos direitos “de segunda geração”, reconhecidos como fundamentais apenas intuitivamente pelo Iluminismo e consagrados como direitos pela primeira vez na Declaração Universal de 1948. Este Pacto descreve, aprofunda e amplia os direitos da pessoa humana como ser social, e traz o compromisso dos Estados de assegurar progressivamente, “até o máximo de seus recursos disponíveis”, com esforços próprios ou via cooperação internacional, o pleno exercício, sem discriminações, dos direitos nele reconhecidos¹⁹⁵. O PIDESC, portanto, foi

¹⁹⁴ Entretanto, de forma particular (conforme o inciso 6 desse artigo), apenas os direitos a educação (art. 13) e a associação sindical (art. 8.a) são objetos de utilização do sistema de petições individuais ante os órgãos do SIDH, podendo ser exigidos de maneira direta.

¹⁹⁵ Art. 2º: Artigo 2º §1. Cada Estado Membro no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. §2. Os Estados Membros no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação. Disponível em: <<https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>>, acesso em 03 de março de 2020.

fundamental para impor, a nível internacional, as obrigações dos Estados de garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais a todos os seus cidadãos, e o Comitê DESC¹⁹⁶, que foi criado para monitorar o cumprimento e os avanços dos países nessa garantia, foi essencial não só para examinar os relatórios nacionais, como também para formular e desenvolver observações gerais, as quais formam um verdadeiro “soft jurisprudence” da matéria.

Já vimos que a justiciabilidade dos direitos sociais deve ser orientada pelo princípio da aplicação progressiva dos DESCs, a demandar dos Estados a priorização e máxima alocação de recursos disponíveis para a implementação de tais direitos, assegurando a proibição do retrocesso social¹⁹⁷ e vedação inação estatal. As alegações de incapacidade econômico-financeira ou ausência de normas regulamentadoras responsáveis pela concretização de políticas públicas podem demonstrar um comportamento estratégico da Administração Pública de desviar-se das responsabilidades e dos compromissos constitucionalmente definidos.

Essas justificativas, quando utilizados estrategicamente, tem como propósito neutralizar e minimizar as consequências decorrentes da omissão e inação estatal perante as medidas necessárias na construção e no desenvolvimento de políticas públicas. Como afirma o professor David Trubek, “Os direitos sociais, enquanto *social welfare rights*, implicam a visão de que o Estado tem a obrigação de garantir adequadamente tais condições para todos os indivíduos. A ideia de que o *welfare* é uma construção social e de que as condições de *welfare* são em parte uma responsabilidade governamental, repousa nos direitos enumerados pelos diversos instrumentos internacionais, em especial pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Ela também expressa o que é universal neste campo, na medida em que se trata de uma ideia acolhida por quase todas as nações do mundo, ainda que exista uma grande discórdia acerca do escopo apropriado da ação e responsabilidade

¹⁹⁶ Antes, os relatórios eram encaminhados ao Secretário-Geral das Nações Unidas, eram por ele submetidos ao Conselho Econômico e Social – ECOSOC. Em 1978, para auxiliá-lo no exame dos relatórios recebidos, o ECOSOC decidiu criar um Grupo de Trabalho (GT) seccional, composto por quinze membros nomeados pelo Presidente do Conselho entre os delegados governamentais de países membros do ECOSOC que também fossem participar do Pacto. Em 1982, o GT foi convertido em órgão composto por peritos governamentais eleitos pelos membros do Conselho. Somente em 1985, o ECOSOC decidiu substituir o GT por um Comitê DESC, integrado por dezoito peritos não-governamentais, eleitos em sua qualidade individual e atuantes a título pessoal, equiparado ao Comitê dos Direitos Humanos do PIDCP.

¹⁹⁷ Segundo o Ministro Celso de Mello: “o princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado (...). Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar- mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. STF. ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23.08.2011, 2ª Turma, DJE de 15.09.2011.

governamental, e da forma pela qual o *social welfare* pode ser alcançado em específicos sistemas econômicos e políticos”¹⁹⁸.

Nesse sentido, é fundamental compreender as linhas delineadas por esse “soft jurisprudence” do Comitê DESC, as quais dialogam completamente com a jurisprudência e os padrões interamericanos. Sob uma perspectiva holística, aplica-se aos direitos sociais o regime jurídico dos direitos humanos, com sua lógica e principiologia próprias. Da jurisprudência internacional trazida pelo Comitê DESC (e pelo SIDH também), extraem-se cinco relevantes princípios concernentes aos direitos sociais¹⁹⁹: (i) o princípio da observância do *minimum core obligation*; (ii) o princípio da aplicação progressiva; (iii) o princípio da inversão do ônus da prova; (iv) o princípio da participação, transparência e *accountability*; e (v) o princípio da cooperação internacional.

- (i) Princípio da Observância do *minimum core obligation*: A jurisprudência internacional endossa o dever dos Estados de observar *um minimum core obligation* no tocante aos direitos sociais. Segundo o Comitê DESC: “Minimum core obligations are those obligations to meet the “minimum essential levels of a right”, isto é, o Estado deve fornecer um mínimo que garanta uma vida com dignidade.

Portanto, os Estados partes são obrigados, independentemente do nível de desenvolvimento econômico, a assegurar o respeito ao direito de uma subsistência mínima a todos; o dever de observância do mínimo essencial concernente aos direitos sociais tem como fonte o princípio da dignidade humana, que é o princípio fundante e nuclear dos direitos humanos, demandando absoluta urgência e prioridade²⁰⁰.

- (ii) Princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, do qual decorrem os princípios da proibição do retrocesso social e da proibição da inação estatal: a

¹⁹⁸ TRUBEK, David. *Economic, social and cultural rights in the third world: human rights law and human needs programs*. In: MERON, Theodor (Editor). *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford: Clarendon Press, 1984. A respeito, ainda afirma David Trubek: “Eu acredito que o Direito Internacional está se orientando no sentido de criar obrigações que exijam dos Estados a adoção de programas capazes de garantir um mínimo nível de bem-estar econômico, social e cultural para todos os cidadãos do planeta, de forma a progressivamente melhorar este bem-estar.”. P. 207.

¹⁹⁹ FUKUNAGA, Nathalia; PIOVESAN, Flávia. *Proteção constitucional dos direitos sociais: jurisprudência emblemática do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva multinível*. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; e ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais. Desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019. P. 632-638.

²⁰⁰ PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos Direitos Sociais: Desafios do Ius Commune Sul-Americano*. Ver. TST, Brasília, vol.77, nº4, out/dez 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28340/004_piovesan.pdf>, acesso em 02 jan. 2020.

Observação Geral nº3 do Comitê DESC afirma a obrigação dos Estados de adotar medidas, através de ações concretas, e de modo mais efetivo possível, voltadas à implementação dos direitos sociais. Por consequência, cabe aos Estados o dever de evitar medidas de retrocesso social. Segundo a interpretação dada a esse princípio, “o componente de realização progressiva do Pacto é muitas vezes erroneamente tomado ao implicar que os direitos econômicos, sociais e culturais só podem ser realizados quando um país atinge um certo nível de desenvolvimento econômico. Esta não é a intenção nem a interpretação legal desta disposição. Em vez disso, esse dever obriga todos os Estados partes, apesar do nível de riqueza nacional, a avançar o mais rápido possível em direção à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. O Pacto exige o uso efetivo e equitativo dos recursos imediatamente²⁰¹”.

Na mesma linha, o PIDESC estabelece a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados, utilizando o máximo de recursos disponíveis. Para J. Gomes Canotilho, “o princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado”²⁰². Ainda, “O termo ‘recursos disponíveis’ inclui tanto os recursos domésticos e qualquer assistência técnica ou econômica internacional ou de cooperação disponíveis para um Estado. O termo abrange tanto as despesas públicas e todos os outros recursos que podem ser aplicados para a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais”²⁰³.

O Comitê DESC, assim, cita alguns exemplos de medidas que os Estados podem adotar a fim de alcançar a eficácia progressiva destes direitos: (i) avaliar a garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais, incluindo a garantia de

²⁰¹ONU. *Economic, Social and Cultural Rights. Handbook for National Human Rights Institution*. Disponível em: <www.ohchr.org/Documents/Publications/training12en.pdf>, acesso em: 29 mai. 2020. P. 10.

²⁰²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

²⁰³ONU. *Economic, Social and Cultural Rights. Handbook for National Human Rights Institution*. Op. Cit. p. 22.

mecanismos adequados para reunir e avaliar os dados relevantes e devidamente desagregados; (ii) desenvolver estratégias e planos e incluir indicadores e metas com tempo-limite para sua implantação, que devem ser realistas, exequíveis e destinados a avaliar os progressos realizados no sentido a alcançar a realização destes direitos; (iii) aprovar leis e políticas necessárias e alocar recursos suficientes para implementar os planos e estratégias; (iv) monitorar e avaliar periodicamente os progressos realizados na implementação de planos e estratégias; (v) estabelecer mecanismos para permitir que os indivíduos façam reclamações quando o Estado não cumprir as suas obrigações²⁰⁴. A interface do Direito e da Economia no trato e abordagem da matéria envolvendo o custeio de direitos sociais, portanto, revela-se salutar, na medida em que a ciência econômica muito tem a contribuir na alocação eficiente de recursos públicos.

Nota-se que há medidas de aplicação imediata concernente aos direitos sociais, como é a cláusula da proibição da discriminação; ainda, destaca-se que a censura jurídica à violação ao princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais pode fundamentar-se no princípio da proporcionalidade²⁰⁵, com destaque à afronta à proporcionalidade estrita sob o prisma da proibição da insuficiência. Portanto, esse princípio abrange as diversas medidas que estão ao alcance dos Estados, como as administrativas, judiciais, políticas, econômicas, sociais e educacionais, e “Exige que os Estados-partes comecem imediatamente a adotar medidas para o pleno gozo de todos os direitos”²⁰⁶.

- (iii) Princípio da inversão do ônus da prova: nos termos do artigo 2 (1) do PIDESC, os Estados têm a obrigação de adotar todas as medidas necessárias, utilizando o máximo de recursos disponível, para a realização dos direitos sociais. É a partir desse artigo que emerge o princípio da inversão do ônus da prova, pois a

²⁰⁴ ONU. *Preguntas frecuentes sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Folleto informativo n. 33*. Disponível em: < https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf>, acesso em 21 set. 2012. P. 20-21.

²⁰⁵ Segundo o professor Willis Santiago Guerra Filho, “(...) sem o reconhecimento e necessário emprego, adequado e estritamente proporcional do princípio da proporcionalidade (...) não se resolve bem os tormentosos conflitos entre direitos e princípios fundamentais de uma ordem que se pretenda, como a nossa, a de um Estado de Direito também Democrático (...), sendo o resultado e indicativo maior de uma má resolução a violação do princípio que corretamente se eleva como o mais importante dentre todos, do ponto de vista material: o da dignidade humana”. FILHO, Willis Santiago Guerra. *ARTIGO 4º*. In: BALERA, Wagner (coord.); SILVEIRA; Vladimir Oliveira da(coord.); COUTO; Mônica Boneti (org). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013. P. 86.

²⁰⁶ ONU. *Economic, Social and Cultural Rights. Handbook for National Human Rights Institution. Op. Cit.* p.7.

partir do momento que o Estado alega que não possui recursos para implementar essa obrigação, deve provar que não conseguiu cumprir a obrigação por razões que fogem de seu controle, e que buscou obter ajuda internacional, mas não obteve êxito.

- (iv) Princípio da participação, transparência e *accountability*: no regime democrático é essencial a adoção de políticas públicas em matéria de direitos humanos, e tais políticas devem inspirar-se nos princípios da participação, transparência e *accountability*. Como explica Amartya Sen, “political liberties and democratic rights are among the constituent components of development”²⁰⁷. Ou seja, democracia requer participação política, diálogo e interação na esfera pública, conferindo o direito à voz aos grupos mais vulneráveis²⁰⁸.

Segundo José Joaquim Gomes Canotilho: “a ideia de procedimento/processo continua a ser valorada como dimensão indissociável dos direitos fundamentais”, acrescentando que “a participação no e através do procedimento já não é um instrumento funcional e complementar da democracia, mas sim uma dimensão intrínseca dos direitos fundamentais”²⁰⁹.

Nessa esteira, considerando o princípio da participação²¹⁰, é fundamental promover o direito à participação tanto no âmbito local, como no âmbito internacional, através do multilateralismo, particularmente nas instituições financeiras internacionais, de forma a ampliar a participação da sociedade civil internacional e a fortalecer o envolvimento dos países em desenvolvimento.

- (v) Princípio da cooperação internacional: de acordo com o artigo 1º, §3º, da Carta das Nações Unidas, um dos objetivos da criação da ONU é: “Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião”. Ainda, o artigo XXII da DUDH

²⁰⁷ SEN, Amartya. *The idea of Justice*. Op. Cit. P. 347.

²⁰⁸ PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos Direitos Sociais: Desafios do Ius Commune Sul-Americano*. Op. Cit. p. 120 e 121.

²⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed., Portugal, Coimbra editora, 2008.

²¹⁰ O direito à participação é consagrado em diversos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, incluindo o artigo 21 da Declaração Universal de Direitos Humanos; o artigo 25 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; o artigo 7 da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher, dentre outros.

aponta que “Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.”.

Na mesma direção, realça o Protocolo de San Salvador, em seu artigo 1º, que a necessidade de cooperação internacional ainda vem realçada pela Convenção Americana, em seu artigo 26, quando trata da aplicação progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Por sua vez, em sua Observação Geral nº 12, o Comitê DESC aponta as obrigações dos Estados no campo dos DESCs, que englobam os atos de respeitar, proteger e implementar: respeitar implica que os Estados não violem esses direitos; em relação a proteger, cabe ao Estado evitar e impedir que terceiros (atores não-estatais) violem estes direitos. Já o implementar indica que os Estados devem criar medidas voltadas à realização destes direitos.

No entanto, conforme vimos, no campo dos direitos sociais – além dessas obrigações mínimas – também se impõe a necessidade da cooperação. Isto porque, tal como o direito ao desenvolvimento, os direitos sociais têm como valor fundante a solidariedade, que, em uma ordem cada vez mais global, invoca o dever de cooperação internacional. Portanto, em matéria de direitos sociais, o princípio da cooperação internacional merece especial destaque, sendo invocado nos principais documentos de proteção aos DESCs.

Finalmente, Fábio Konder Comparato, ao destacar o impacto do PIDESC, alegou que “O elemento comum ao conjunto dos direitos nele declarados é a proteção das classes ou grupos sociais desfavorecidos, contra a dominação socioeconômica exercida pela minoria rica e poderosa”. O Pacto, assim, anuncia direitos humanos em uma dimensão positiva, isto é, são endereçados primordialmente aos Estados, atribuindo-lhes obrigações de garantia. São direitos que exigem uma prestação por parte do Estado para serem efetivados, tendo os indivíduos o direito de reivindicar essas prestações. Em sua maioria, assumem um caráter programático, pois necessitam de um mínimo de recursos disponíveis para serem implementados.

Partindo dessa análise da “soft jurisprudence” do sistema global de proteção, adentraremos na evolução jurisprudencial da Corte IDH em matéria DESCs, que, conforme se verá, possui a mesma lógica do sistema ONU, pautada pelos princípios que servem para

impulsionar o seu desenvolvimento: interdependência, inter-relação e indivisibilidade. Ressalto que descrevi os casos sem aprofundar os argumentos e debates, apesar de sabermos que a sua adoção gerou importantes controvérsias.

Capítulo III: Evolução da jurisprudência relacionada aos DESCA

Conforme estudado, o sistema interamericano possibilita a consolidação de um constitucionalismo regional transformador e, através do *Ius Constitutionale Commune*, objetiva-se salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano dos Estados Americanos. A interamericanização, nesse contexto, se refere à “expansão dos padrões do sistema interamericano nos respectivos ordenamentos nacionais. Inclui a interpretação dos direitos estabelecidos pelo órgão jurisdicional, determinando os padrões normativos e as restrições toleráveis em uma sociedade democrática, especificando as obrigações positivas dos Estados, e utilizando os padrões internacionais e os de outras latitudes”²¹¹. Desse modo, a interamericanização trata-se de uma resposta que permite consolidar esse *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, almejando transformar os sistemas jurídicos dos Estados-Partes para a adequada interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos, mediante a adoção gradual e progressiva das normas e diretrizes do sistema interamericano²¹².

A interamericanização, assim, viabiliza uma maior interação entre os países ao consolidar um terreno comum de padrões que salvaguardam os direitos humanos, a democracia e o Estado de Direito, o que reforça o paradigma do constitucionalismo transformador. Nos últimos anos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos desenvolveu um modelo de relacionamento direto com diferentes órgãos dos Estados, e os tribunais nacionais, por sua vez, tem incorporado a jurisprudência do Tribunal interamericano²¹³. Esse diálogo é essencial para a consolidação do constitucionalismo pluralista e para gerar a interamericanização dos ordenamentos nacionais²¹⁴. Portanto, é fundamental estudar os entendimentos da Corte IDH, e a interpretação que deve ser feita à CADH e seu protocolo

²¹¹ ANTONIAZZI, Mariela Morales. *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune*. In: *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México, 2013. P. 124 e 125.

²¹² ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. Op. Cit. P. 418.

²¹³ 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: *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, 2011. P. 404.

²¹⁴ ANTONIAZZI, Mariela Morales; MONTERO, Erika; PIOVESAN, Flávia. *Avances en la protección de las personas mayores en el Sistema Interamericano: perspectivas y retos para la efectividad de sus derechos*. Op. Cit. P. 385.

adicional no âmbito dos DESCA, que devem servir de parâmetro pelos países da região, visando a expandir o *Ius Commune* e fortalecer o diálogo em prol da proteção e promoção dos direitos humanos como um todo.

Inicialmente, temos que, na primeira manifestação da Corte IDH em matéria DESCA, o tribunal interamericano se referiu apenas à interdependência e, apesar de ter introduzido o conceito, não mencionou a indivisibilidade²¹⁵. Em tal oportunidade, citou a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos (Caso *Airey vs. Irlanda*), entrando na linha que outros organismos internacionais vinham adotando²¹⁶.

O primeiro caso em que a Comissão IDH encontrou uma violação do artigo 26 foi o caso *Milton García Fajardo e outros Vs. Nicaragua*²¹⁷ (2001), em que apontou que o Estado falhou em adotar medidas progressivas, limitando o exercício dos direitos econômicos e sociais. Antes disso, havia uma referência à proteção indireta dos direitos sociais, por exemplo, a proteção do direito ao trabalho era fundamentada no direito ao devido processo legal e à proteção judicial – a respeito, no caso *Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*²¹⁸ (2001), o qual envolveu a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos (por participarem de uma greve), a Corte condenou o Estado pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores; já no caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Peru* (2006)²¹⁹, que também envolveu a despedida arbitrária de centenas de trabalhadores, o Estado do Peru foi também condenado pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial; isto é, em ambos os casos, a violação direta aos DESCA não foi suscitada, sendo mencionada indiretamente sob o argumento central de violação aos direitos de primeira geração (devido processo legal).

²¹⁵ Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentença de 1 de julho de 2009. Pág. 101.

²¹⁶ No caso *Airey vs. Irlanda*, o Tribunal Europeu analisou que: “Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso, el Tribunal estima, como lo hace la Comisión, que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio” (Caso *Airey Vs. Irlanda*, sentença de 9 de outubro de 1979, Serie A, no. 32, párr. 26). Nesse mesmo sentido, o Comitê DESC, na Observação Geral nº9 (1998), pronunciou: “La adopción de una clasificación rígida de los derechos económicos, sociales y culturales que los sitúe, por definición, fuera del ámbito de los tribunales sería, por lo tanto, arbitraria e incompatible con el principio de que los dos grupos de derechos son indivisibles e interdependientes”. Disponível em: < <https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-9-aplicacion-interna-del-pacto>>, acesso em 10 dez. 2019.

²¹⁷ CIDH. Relatório nº 100/01, caso 11.381. *Milton García Fajardo e outros Vs. Nicaragua*. 11 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2001port/Nic11381.htm>>, acesso em 12 dez. 2019.

²¹⁸ CORTE IDH. *Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*. Sentença de 02 de fevereiro de 2001.

²¹⁹ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Peru*. Sentença de 24 de novembro de 2006.

Apenas em 2003 que a Comissão e as vítimas alegaram diante da Corte a violação direta do artigo 26 da Convenção, através do caso *Cinco Pensionistas Vs. Peru*²²⁰. Na ocasião, a Corte dissentiu da alegação, considerando que as vítimas consistiam em uma mostra insuficiente para analisar o contexto geral do Peru, decidindo, portanto, que a progressividade dos DESCAs somente poderia ser medida quando as circunstâncias fossem representativas de uma situação geral prevalente.

No entanto, os pensionistas do caso foram amparados em relação aos impedimentos de acesso à justiça, de modo que a Corte declarou que o acesso à justiça e ao devido processo legal devem abarcar todos os direitos, inclusive os econômicos, sociais e culturais. Ainda, citou que, ao violar o direito à seguridade social, o Estado também violou o direito à propriedade²²¹, sugerindo a interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos, e recordou que os DESCAs possuem uma dimensão individual e coletiva.

Nesse âmbito da dimensão coletiva dos direitos sociais, no caso da comunidade indígena *Yakye Axa Vs. Paraguai* (2005)²²², a Corte argumentou que os povos indígenas tem o direito à medidas específicas que lhes assegurem o acesso aos serviços de saúde, que devem ser apropriados e considerar a perspectiva cultural desses povos, incluindo cuidados preventivos, práticas curativas e medicinas tradicionais. Constatou-se que, para esses povos, a saúde se trata de um direito da coletividade, e a ruptura de sua relação ancestral e simbiótica com a terra exerce um efeito prejudicial à sua saúde. Cabe ao Estado adotar as medidas positivas necessárias para assegurar o direito da comunidade indígena à existência digna, com proteção às suas vulnerabilidades específicas, à luz de seu direito à identidade cultural, ao meio ambiente sadio, à saúde, à alimentação (incluindo o direito à água potável), e o direito à educação e à cultura de acordo com suas especificidades.

O artigo 26 da CADH foi novamente mencionado pelo Tribunal Interamericano no caso *Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana* (2005)²²³. Neste, alegou-se que o artigo 19²²⁴ da Convenção Americana deve ser interpretado em conjunto com o dever de implementação progressiva previsto no artigo 26, sendo obrigação do Estado providenciar

²²⁰ CORTE IDH. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*. Sentença de 28 de Fevereiro de 2003. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_98_esp.pdf>, acesso em 13 dez. 2019.

²²¹ Ibid. Pár. 121.

²²² CORTE IDH. *Caso Yakye Axa Community Vs. Paraguay*. Sentença de 17 de junho de 2005. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf>, acesso em 22 dez. 2019.

²²³ CORTE IDH. *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf>, acesso em 22 dez. 2019.

²²⁴ O artigo 19 da Convenção Americana dispõe que: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

educação primária gratuita a todos os menores, em um ambiente que permita o seu pleno desenvolvimento intelectual²²⁵. Nessa linha, sobre esse dever de implementação progressiva, a Corte definiu que existem dois tipos de obrigações que derivam das normas econômicas, sociais, e de educação, ciência e cultura descritas na Carta da OEA: as de caráter progressivo e as de exigibilidade imediata²²⁶. Inicialmente, tratou das de caráter progressivo, baseando-se no Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais²²⁷, estabelecendo que:

“[...] la plena efectividad de aquellos [DESC] no podrá lograrse en un breve período de tiempo y que, en esa medida, requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos”²²⁸.

Em outra ocasião, definiu que “(...) la dimensión progresiva de protección de los DESCAs, si bien reconoce una cierta gradualidad para su realización, también incluye un sentido de progreso, que requiere la mejora efectiva de las condiciones de goce y ejercicio de estos derechos, de forma tal que se corrijan las desigualdades sociales y se facilite la inclusión de grupos vulnerables. En esta lógica, la obligación de realización progresiva prohíbe la inactividad del Estado en su tarea de implementar acciones para lograr la protección integral de los derechos, sobre todo en aquellas materias donde la ausencia total de protección estatal coloca a las personas ante la inminencia de sufrir un daño a su vida o su integridad personal”²²⁹.

Em suma, à luz da jurisprudência da Corte IDH (e indo ao encontro da *soft jurisprudence* da ONU), a obrigação de progressividade em matéria DESCAs se fundamenta na

²²⁵ CORTE IDH. *Caso de las Niñas Yeany Bosico Vs. República Dominicana*. Op. Cit. Pág. 185.

²²⁶ Cf. CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Sentença de 23 de agosto de 2018. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf>, acesso em 12 dez. 2019. Pág. 141.

²²⁷ Cf. Observação Geral nº 03. Disponível em: <<https://www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-no-3-indole-obligaciones-estados-partes>>, acesso em 20 dez. 2019.

²²⁸ Cf. CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú*. Op. Cit. Pág. 102.

²²⁹ Cf. CORTE IDH. *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*. Op. Cit. Pág. 146.

necessidade de o Estado adotar medidas ao longo do tempo – essencialmente obrigações de fazer –, que permitam um desenvolvimento paulatino desses direitos (proibição da inatividade do estado), e levando em consideração as suas possibilidades e recursos econômicos e com a possibilidade de exigência de uma prestação de contas nesse âmbito. Destaca-se que, dessa obrigação de caráter progressivo, se desprende o dever de não regredir – isto é, seguindo novamente o Comitê DESC, a Corte entendeu que: “las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá ‘determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso’”²³⁰. Portanto, o Estado pode impor medidas que signifiquem uma redução de direitos, mas estas devem ser plenamente justificáveis e proporcionais, podendo ser revisadas pelos tribunais.

Por sua vez, o caso *Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría) Vs. Peru*²³¹ (2009) foi muito importante para a definição de padrões DESC, no que tange à implementação destes; neste caso, a Corte empregou uma interpretação histórica da Convenção Americana de Direitos Humanos e considerou que seus elaboradores tiveram a intenção de garantir aos DESC certa obrigação jurídica de cumprimento e aplicação, inclusive através da ação dos tribunais. Portanto, conforme visto, no caso de descumprimento do dever de progressividade, o Estado poderá responder perante os tribunais pela violação de direitos humanos, inclusive na Suprema Corte²³².

²³⁰ Cf. CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) Vs. Perú. Op. Cit.* Pár. 103.

²³¹ Ao analisar o caso, a Corte sentenciou a sua legitimidade para se pronunciar acerca do artigo 26 da Convenção. Nesse sentido, abordou que “Como todo órgano con funciones jurisdiccionales, este Tribunal tiene el poder inherente a sus atribuciones de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence). Para hacer dicha determinación, la Corte debe tener en cuenta que los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. Además, el Tribunal ha señalado anteriormente que los términos amplios en que está redactada la Convención indican que la Corte ejerce una jurisdicción plena sobre todos sus artículos y disposiciones”. Em consequência, concluiu que “(...) puesto que el Perú es Estado Parte de la Convención Americana y ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte, ésta es competente para decidir si el Estado ha incurrido en una violación o incumplimiento de alguno de los derechos reconocidos en la Convención, inclusive en lo concerniente al artículo 26 de la misma”. Corte IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros. Op Cit.*, pár. 17.

²³² Ibid. Pár. 99.

A Corte também seguiu o Comitê DESC, especialmente em sua Observação Geral nº 3²³³, quando alegou que a obrigação de implementar os DESC não deixa de ser imediata – se trata de um compromisso incondicionado, e corresponde a cada Estado-parte uma obrigação mínima de assegurar a satisfação de pelo menos os níveis essenciais de cada um desses direitos²³⁴. Nesse contexto, a Corte entendeu que, estando o artigo 26 inserido na Parte I da Convenção, os direitos ali previstos estão sujeitos às obrigações gerais imediatas previstas nos artigos 1.1 e 2²³⁵; ao Estado compete, por conseguinte, respeitar as obrigações de caráter imediato, adotando medidas eficazes e garantindo o livre e pleno exercício dos DESC, sem discriminação por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões públicas ou qualquer outra índole, origem nacional ou social ou posição econômica, assim como adotar as disposições de direito interno adequadas por meio de medidas legislativas ou de outro caráter que sejam necessários para fazê-los efetivos²³⁶.

Quanto ao tratamento dos princípios e sua implementação, a Corte passou a incorporar progressivamente o princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, definindo-o do seguinte modo no caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador* (2013): “(...) la corte considera pertinente recordar la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”²³⁷. Em diversas outras ocasiões, a Corte IDH trouxe esse entendimento²³⁸, além de mencionar que a interdependência e proteção dos DESC são trazidos pelo próprio Preâmbulo da Convenção Americana:

²³³ A Corte se baseou na Observação Geral nº 3 do Comitê DESC das Nações Unidas para interpretar o dever de progressividade, abordando a obrigação de adotar medidas até o máximo dos recursos disponíveis. Observação Geral nº3, *Op.Cit.*

²³⁴ Segundo a Observação Geral nº 3, “un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, prima facie no está cumpliendo sus obligaciones” (parágrafo 10).

²³⁵ Nas palavras da Corte IDH, “Asimismo, resulta pertinente observar que si bien el artículo 26 se encuentra en el capítulo III de la Convención, titulado “Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se ubica, también, en la Parte I de dicho instrumento, titulado “Deberes de los Estados y Derechos Protegidos” y, por ende, está sujeto a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 señalados en el capítulo I (titulado “Enumeración de Deberes”), así como lo están los artículos 3 al 25 señalados en el capítulo II (titulado “Derechos Civiles y Políticos”)”. “De esta forma, la Corte considera que las obligaciones generales de “respeto” y “garantía”, conjuntamente con la obligación de “adecuación” del artículo 2 de la propia Convención, aplican a todos los derechos, sean civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales”. Vide *Caso Cuscul Pivara Vs. Guatemala*, *Op.Cit.*, pár. 83; e *Caso Acevedo Buendía y otros*, *Op.Cit.*, pár. 100.

²³⁶ CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. Sentença de 8 de março de 2018. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf >, acesso em 12 nov. 2019. Pág. 104

²³⁷ Corte IDH. *Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador*. Sentença de 21 de maio de 2013. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_261_esp.pdf >, acesso em 22 nov. 2019. Pág. 131.

²³⁸ Dentre outros: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Sentença de 1 de setembro de 2015. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf >, acesso em 12 nov. 2019.

Los Estados Americanos signatarios de la presente Convención,
 [...] Reiterando que, **con arreglo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos**, sólo puede realizarse el ideal del ser humano libre, exento del temor y de la miseria, si se crean condiciones que permitan a cada **persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos**, y

Considerando que la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria (Buenos Aires, 1967) aprobó la incorporación a la propia Carta de la Organización de normas más amplias sobre derechos económicos, sociales y educacionales y resolvió que una convención interamericana sobre derechos humanos determinara la estructura, competencia y procedimiento de los órganos encargados de esa materia,
 Han convenido en lo siguiente: [...]”²³⁹. (Grifos propios).

Assim, mesmo sem alegar diretamente a violação ao artigo 26, em sua análise do artigo 5.1²⁴⁰ a Corte recordou a interdependência e a indivisibilidade dos direitos humanos e sua exigibilidade perante as autoridades, reiterando que a obrigação de garantir o direito a integridade pessoal está relacionada ao dever dos Estados de construir um marco normativo adequado, com padrões de qualidade para as instituições públicas e privadas de saúde, com o objetivo de prevenir as ameaças à integridade pessoal²⁴¹.

Sem dúvidas, houve uma mudança de paradigma quanto à implementação dos DESCAs no Sistema Interamericano a partir do caso *Lagos del Campo Vs. Perú* (2017)²⁴². Este precedente trouxe uma linha divisória entre duas formas de julgar as possíveis violações a essa categoria de direitos humanos: por um lado, as afetações declaradas indiretamente, isto é, subordinadas aos direitos civis e políticos reconhecidos na CADH; por outro, as pronunciadas de forma direta através do artigo 26. Nesse sentido, ao analisar a violação ao direito à estabilidade laboral, a Corte reconheceu, uma vez mais, de forma expressa, os princípios de independência, indivisibilidade e progressividade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, afirmando a inexistência de hierarquia entre os direitos humanos, que são exigíveis perante as autoridades competentes.

Pár. 172; e CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*. Sentença de 31 de Agosto de 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf>, acesso em 22 nov. 2019. Pár. 141

²³⁹ CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. *Op.Cit.*, pár. 102.

²⁴⁰ Artigo 5.1 da CADH: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

²⁴¹ MAAS, Juan Jesús Góngora. *La nueva era jurisprudencial de la Corte Interamericana: los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y su justiciabilidad directa*. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, LEAL, Cesar Barros (Eds). *El desafío de los derechos económicos, sociales y culturales*. FB Editora, 2019. P. 158

²⁴² CORTE IDH. *Caso Lagos del Campo Vs. Perú*., *Op.Cit.*

Nesse caso, a Corte também afirmou que o conteúdo dos DESCAs deve ser determinado de acordo com o direito internacional dos direitos humanos, inclusive com o Sistema Interamericano e o direito interno pertinente. A lei vigente ao tempo dos fatos reconhecia constitucionalmente o direito à estabilidade laboral, o que colaborou para a garantia desse direito; ainda, a Corte defendeu que esse direito se enquadra no artigo 26 da CADH, de modo que há a obrigação de respeitá-lo e a necessidade de outorgar medidas pertinentes ao trabalhador para que, em caso de demissão, esta ocorra por meio de causas justificadas, podendo o trabalhador recorrer contra essa decisão. Outros exemplos de casos de relevância que seguiram essa linha e tratam do direito ao trabalho são os casos *Trabajadores Cesados de Petroperú y otros Vs. Perú* (2017), e *San Miguel Sosa y Otras Vs. Venezuela* (2018).

Portanto, o caso *Lagos del Campo Vs. Perú* trouxe definitivamente a relação entre os direitos humanos e a sua necessidade de garantia mútua – por exemplo, quando tratou do direito à seguridade social, a Corte declarou violado também o direito à propriedade privada (art. 21 da Convenção) e à proteção judicial (art. 25 da CADH)²⁴³; ainda, quando abordou a violação dos direitos à saúde, à alimentação, e o acesso à água limpa, determinou violado o direito à vida (art. 4 da CADH)²⁴⁴. Outro exemplo seria a vinculação do direito à saúde aos direitos à vida e à integridade física (artigos 4 e 5 da Convenção), sendo que a Corte determinou que o Estado “[...] es responsable por la violación de la obligación de fiscalización y supervisión de la prestación de servicio de salud, en el marco del derecho a la integridad personal y de la obligación de no poner en riesgo la vida [...]”²⁴⁵. Esse caso, portanto, foi um importante giro do entendimento da Corte em considerar com igual valoração os direitos civis e políticos dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Uma interpretação dinâmica e evolutiva da Convenção pela Corte demonstra ser o documento um *living instrument*, de modo que o direito à vida não pode ser concebido restritivamente. Assim, o direito à vida compreende não apenas uma dimensão negativa – o direito a não ser privado da vida arbitrariamente –, mas uma dimensão positiva, que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para proteger o direito à vida digna (o “direito a criar e desenvolver um projeto de vida”). Esta interpretação lança um importante horizonte para proteção dos direitos sociais.

²⁴³ Cf. CORTE IDH. *Caso Cinco Pensionistas Vs. Perú*; e CORTE IDH. *Caso Acevedo Buendía y otros (Cesantes y Jubilados de la Contraloría) Vs. Perú*, Op.Cit.

²⁴⁴ Na ocasião, a Corte IDH defendeu que “[...] no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se generen condiciones que le impidan o dificulten el acceso a una existencia digna”. CORTE IDH. *Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Op.Cit. Pár. 161.

²⁴⁵ Cf. CORTE IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Op.Cit. Pár. 191.

Seguidamente, a decisão da Corte IDH no caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile* (2018) reiterou os argumentos acima retratados quanto à implementação dos DESCAs, apontando que não só devem ser considerados como deveres progressivos, como também há a obrigação de adotar medidas adequadas imediatamente. No caso, o Tribunal Interamericano declarou, por unanimidade, a responsabilidade internacional do Estado Chileno por não ter garantido ao senhor Vinicio Antonio Poblete Vilches o seu direito à saúde sem discriminação, mediante serviços básicos e urgentes e respeitando a sua vulnerabilidade de uma pessoa idosa. Destaca-se que este caso retrata a primeira vez que a Corte analisou o direito à saúde como um direito autônomo decorrente do artigo 26, declarando que esta não se trata apenas de uma ausência de doenças, mas sim um estado completo de bem-estar físico, mental e social, derivado de um estilo de vida que permite que as pessoas alcancem um equilíbrio integral²⁴⁶. A Corte também trouxe o dever do estado de impulsionar a melhora das condições de saúde da população, e afirmou que o direito ao consentimento informado e o acesso à informação são primordiais para o exercício do direito à saúde, determinado que os Estados devem implementar, pelo menos, os padrões específicos relacionados à qualidade, acessibilidade, disponibilidade e aceitabilidade.

No caso *Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala* (2018) a Corte também se pronunciou com relação ao direito à saúde, e a Guatemala foi responsabilizada por violações a diversos direitos cometidas em prejuízo de pessoas que possuíam o HIV, tendo em vista que o Estado se omitiu ao não providenciar os tratamentos necessários - considerou, assim, a violação aos direitos à saúde, à vida, e à integridade pessoal. No caso, a Corte determinou também que a omissão em garantir um atendimento adequado às mulheres grávidas que possuem o HIV constitui uma violação ao direito de não discriminação, e essa omissão viola a obrigação de progressividade resultante do artigo 26. Constata-se, por fim, que esse caso foi fundamental para reafirmar que o Protocolo Adicional de San Salvador, que estabelece mecanismos diretos de implementação dos DESCAs a partir de petições individuais perante o sistema interamericano, não limita a competência da Corte, não sendo um obstáculo para a interpretação e o reconhecimento de violações ao artigo 26.

Como últimos destaques, temos os casos em que a Corte aborda o direito à seguridade social. Nessa linha, subsídios para a interpretação do artigo 26 também são encontrados em alguns Relatórios de Mérito da Comissão IDH, a exemplo do caso *Opario Lemoth Morris y otros (Buzos Miskitos) Vs. Honduras*, onde foi reconhecido que do artigo 26 deriva-se a

²⁴⁶ CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs Chile*. Op.Cit. Pág. 118.

proteção dos direitos ao trabalho, como condições laborais, saúde e seguridade social. Nesses temas, a Comissão entende que cabem aos Estados regular e realizar ações dirigidas a velar por seu efetivo cumprimento, em particular fiscalizando e sancionando sua violação por empregadores públicos e privados, e estabelecendo principalmente sanções adequadas e proporcionais à gravidade do dano provocado por atores privados²⁴⁷.

Para a Comissão Interamericana, assim, o respeito às condições justas e equitativas de trabalho inclui a obrigação de prevenir os acidentes laborais e doenças advindas do trabalho, bem como a formulação de uma política nacional coerente em matéria de segurança no emprego. Ainda, ressaltou o dever essencial do Estado em assegurar que os trabalhadores participem e possam acessar informações adequadas e oportunas sobre saúde ocupacional no processo de elaboração de normas e políticas públicas nesse âmbito. O direito à saúde, portanto, está bastante presente na agenda da Comissão e da Corte IDH, e há o entendimento de que o Estado deve regular e fiscalizar os sistemas de saúde, inclusive o desenho do financiamento destes através de seguradoras privadas, além da obrigação estatal de velar pela criação de condições que assegurem a todos uma assistência médica e serviços de saúde em caso de doenças²⁴⁸.

Nessa linha, a Comissão avançou ao relacionar o direito à seguridade social com o direito à saúde. Para a Comissão IDH, a supressão, redução ou suspensão das prestações que se tenha direito somente pode ser feita com base em motivação razoável e prevista na legislação nacional. Quando são terceiros que administram os planos de seguridade e saúde, o Estado continua sendo responsável por regular e fiscalizar o sistema de seguridade social, assim como garantir razoavelmente que os agentes do setor privado não violem esses direitos. Isso está retratado no julgamento do recente caso *Muelle Flores vs. Perú* (2019), em que a Corte IDH declarou a violação autônoma e direta – pela primeira vez – do direito à seguridade social²⁴⁹, a

²⁴⁷ Ver CIDH. *CIDH presenta caso sobre Honduras a la Corte IDH*. Comunicado de Imprensa N° 257/19, de 11 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/257.asp>>, acesso em 27 out. 2019.

²⁴⁸ Sobre isso, ver: Caso 13.039, *Martina Rebeca Vera Rojas vs. Chile*. CIDH. *CIDH presenta caso sobre Chile a la Corte IDH*. Comunicado de Imprensa N° 37/20. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/037.asp>>, acesso em 20 mar. 2020.

²⁴⁹ Segundo a Corte, “204. [...] **en un contexto de no pago de la pensión reconocida judicialmente, los derechos a la seguridad social, a la integridad personal y la dignidad humana se interrelacionan, y en ocasiones, la vulneración de uno genera directamente la afectación del otro, situación que se acentúa en el caso de las personas mayores.** A pesar de que ni la Comisión ni las representantes alegaron de manera expresa la violación de los artículos 5.1 y 11.1 de la Convención en el presente caso, ello no impide que dichos preceptos sean aplicados por esta Corte en virtud de un principio general de Derecho, *iura novit curia*, del cual se ha valido reiteradamente la jurisprudencia internacional en el sentido de que el juzgador posee la facultad, e inclusive el deber, de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente [...]”. Grifos próprios. CORTE IDH. *Caso Muelle Flores Vs. Perú*. Sentença de 06 de março de

partir do artigo 26 da CADH; do mesmo modo, o caso *Asociación Nacional de Cesantes y Jubilados de Superintendencia de Administración Tributaria Vs. Peru* (2019) também trouxe expressamente a inter-relação entre os direitos à seguridade social e à vida digna²⁵⁰.

Finalmente, a última novidade da Corte IDH em âmbito DESCA, até o presente momento, foi o julgamento do paradigmático caso *Comunidades Indígenas da Asociación Lhaka Honrat (nuestra tierra) Vs. Argentina*²⁵¹, o qual abordou a importância do direito a um meio ambiente saudável, incluindo o acesso adequado à água e alimentos, e ordenou medidas específicas de reparação para a realização desses direitos. Citou-se que esses direitos estariam contemplados pelo artigo 26 da CADH, e o Estado da Argentina foi responsabilizado por infringir os direitos de propriedade coletiva, identidade cultural, um meio ambiente saudável e o acesso à alimentação adequada, além do direito à água. Restou confirmada a proteção desses direitos pela Convenção Americana, o que reitera a grande inovação jurisprudencial da Corte IDH em relação à exigibilidade direta dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, no marco de uma nova era de proteção direta e autônoma dos DESCA perante o Tribunal Interamericano.

Capítulo IV: Estandares DESCA e sua essencialidade para a região

Após analisarmos a arquitetura da jurisprudência do Sistema Interamericano em matéria DESCA, vemos que a intenção dos órgãos é fixar o alcance e o conteúdo do artigo 26 do Pacto de San José, bem como estabelecer estandares internacionais. A Corte Interamericana, por meio de uma interpretação dinâmica e evolutiva - inspirada na indivisibilidade e

2019, disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_375_esp.pdf>, acesso em 10 abril 2020. Pár. 204.

²⁵⁰ “185. **La Corte considera que en el presente caso los derechos a la seguridad social y a la vida digna se interrelacionan**, situación que se acentúa en el caso de personas mayores. El Tribunal ha señalado que la ausencia de recursos económicos ocasionada por la falta de pago de las mesadas pensionales genera en una persona mayor directamente un menoscabo en su dignidad, pues en esta etapa de su vida la pensión constituye la principal fuente de recursos económicos para solventar sus necesidades primarias y elementales como ser humano. Lo mismo puede afirmarse de la falta de otros conceptos que se encuentran directamente relacionados con la pensión, como son el pago de reintegros adeudados. De esta forma, la afectación del derecho a la seguridad social por la falta de pago de dichos reintegros implica angustia, inseguridad e incertidumbre en cuanto al futuro de una persona mayor por la posible falta de recursos económicos para su subsistencia, ya que la privación de un ingreso lleva intrínsecamente la privación en el avance y desarrollo de su calidad de vida y de su integridad personal”. Grifos próprios. CORTE IDH. *Caso Asociación nacional de Cesantes y Jubilados de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (ANCEJUB-SUNAT) Vs. Perú*. Sentença de 21 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_394_esp.pdf>, acesso em 22 fev. 2020. Pár. 185.

²⁵¹ CORTE IDH. *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honrat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*. Sentença de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf>, acesso em 30 mar. 2020.

interdependência dos direitos humanos -, tem alavancado avanços na proteção desses direitos. Nesse processo, o Tribunal Interamericano, ao consagrar a dimensão positiva do direito à vida, bem como a *soft law* adotada no sistema global, se vale do *corpus iuris* internacional para contribuir às legislações internas dos países da região, no marco do *Ius Commune*.

Entretanto, os padrões estabelecidos pela Corte e pela Comissão IDH sobre os DESCAs não estão restritos à interpretação do artigo 26 da Convenção; conforme trazido, houve uma importante construção jurisprudencial ao longo do tempo, iniciada, por exemplo, através do caso *Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala* de 1999 – neste, a Corte estabeleceu que o direito à vida²⁵², o qual constitui um pré-requisito para a garantia de todos os outros direitos, deve ser interpretado à luz do princípio da indivisibilidade dos direitos humanos, como um direito à viver com dignidade²⁵³. Por conseguinte, cria não apenas o dever de não privar o indivíduo de sua vida arbitrariamente, como também há a obrigação positiva de assegurar as condições de uma vida digna em todas as suas dimensões, incluindo o âmbito social, econômico, cultural e ambiental. A partir deste *leading case*, outros seguiram essa jurisprudência, a exemplo dos casos *Bulacio Vs. Argentina* (2003), *Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay* (2004) e *Caso Huilca Tecse Vs. Perú* (2005).

Ao estudarmos os padrões do sistema interamericano, resta claro que os DESCAs estão estritamente relacionados a uma vida digna e, como já trazido, a pobreza e a desigualdade extrema características da região impedem o acesso a tal vida digna. Nas palavras de Magdalena Sepúlveda Carmona, “La extrema pobreza es una clara ilustración de la indivisibilidad, relación mutua e interdependencia de los derechos humanos, ya que las personas que viven en la pobreza se ven enfrentadas a diario a violaciones de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, que interactúan entre sí y se refuerzan mutuamente, con efectos devastadores”²⁵⁴.

Nesse mesmo sentido, ressaltou Louise Arbour, então Secretária Geral do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos, que

“Nunca será exagerado chamar a atenção para a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais. A pobreza e a exclusão estão por trás de muitas das ameaças de segurança que enfrentamos, tanto a nível nacional e internacional e, portanto,

²⁵² Art 4.1 da CADH: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

²⁵³ CORTE IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf >, acesso em 10 nov. 2019. Pág. 4.

²⁵⁴ ONU. *Informe Pobreza y Derechos Humanos*. Disponível em: < <https://acnudh.org/load/2019/07/027-Pobreza-y-Derechos-Humanos.pdf> >, acesso em 20 mar. 2020. Pág. 16.

prejudicam a promoção e proteção de todos os direitos humanos. Mesmo nas economias mais prósperas persistem a pobreza e grandes desigualdades, e muitos grupos e indivíduos vivem em condições que os impedem de desfrutar de direitos humanos econômicos, sociais, civis, políticos e culturais. As desigualdades sociais e econômicas afetam o acesso à justiça e à vida pública. A globalização promoveu maiores taxas de crescimento econômico, entretanto não em todas as sociedades e nem em todas elas se desfruta de seus benefícios de forma igual. Diante desses desafios tão importantes para a segurança humana, é necessário não só para agir em nível nacional, mas também cooperar internacionalmente”²⁵⁵.

Segundo a Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o maior desafio de todo o mandato é o combate à pobreza e à desigualdade, de maneira alinhada com a Agenda 2030 das Nações Unidas²⁵⁶. Considerando que na última década se realizaram importantes progressos na região em matéria DESCAs, os quais permitiram a grandes setores da população sair da pobreza e da pobreza extrema, resulta especialmente preocupante que tais avanços se encontram atualmente em sério risco de retrocesso²⁵⁷; por essa razão, a REDESCA recordou aos Estados que eles têm a obrigação de adotar passos deliberados e concretos para avançar na erradicação da pobreza, abordando essa problemática a partir de um enfoque em direitos humanos e elaborando estratégias para garantir a toda sua população políticas essenciais para os direitos sociais e ambientais²⁵⁸.

²⁵⁵ Tradução livre de: “Nunca podrá recalcarse lo suficiente la importancia de los derechos económicos, sociales y culturales. La pobreza y la exclusión se esconden detrás de muchas de las amenazas de seguridad a las que seguimos enfrentándonos tanto en el plano nacional como internacional y, por tanto, ponen en peligro la promoción y la protección de todos los derechos humanos. Incluso en las economías más prósperas persisten la pobreza y grandes desigualdades, y muchos grupos e individuos viven en condiciones que les impiden disfrutar de los derechos humanos económicos, sociales, civiles, políticos y culturales. Las desigualdades sociales y económicas repercuten en el acceso a la vida pública y la justicia. La globalización ha propiciado mayores tasas de crecimiento económico, pero no en todas las sociedades, ni en el seno de todas ellas, se disfruta de sus beneficios por igual. Ante esos desafíos tan importantes para la seguridad humana, es necesario no sólo actuar en el plano nacional sino también cooperar en el plano internacional”. ONU. *Folleto informativo n. 33 de Derechos Humanos*. Disponível em: < https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS33_sp.pdf >, acesso em 16 mar. 2020, p. 7.

²⁵⁶ CIDH. *III Informe Anual de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA)*. Disponível em:

<<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2019/docs/IA2019REDESCA-es.pdf>>, acesso em 24 fev. 2020. Pág. 58.

²⁵⁷ CIDH. *Informe sobre Pobreza y Derechos Humanos en las Américas*. 7 de septiembre de 2017. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf> >, acesso em 10 out. 2020. Pág. 349.

²⁵⁸ CIDH. *La Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) presenta informe sobre sus resultados en 2018 y junto a la CIDH llama al compromiso con su fortalecimiento*. Comunicado de Imprensa Nº 048/19, 27 de fevereiro de 2019. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/048.asp>>, acesso em 18 out. 2020.

Além disso, o Estado deve garantir a participação das pessoas em situação de pobreza da vida pública, levando em conta suas perspectivas e experiências, a fim de realizar o empoderamento econômico e social destas. Considerando os processos de “feminização” e “etnicização” da pobreza, percebe-se que as maiores vítimas de violação dos direitos econômicos, sociais e culturais são as mulheres e as populações tradicionais e afrodescendentes; daí a necessidade de adoção, ao lado das políticas universalistas, de políticas específicas, capazes de dar visibilidade a sujeitos de direito com maior grau de vulnerabilidade, visando ao pleno exercício dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, com a incorporação dos enfoques de gênero, raça e etnia na concepção do direito ao desenvolvimento.

Segundo a REDESCA, devem haver esforços contundentes para garantir os DESCAs das mulheres para combater a feminização da pobreza. Nesse aspecto, o hemisfério enfrenta grandes desafios na implementação dos direitos humanos, que incluem situações graves de falta de acesso ou contaminação da água na região, falta de acesso à uma alimentação adequada, desnutrição infantil e de mulheres, dificuldades no acesso à moradia digna, assentamentos informais, violações dos DESCAs causadas por empresas, bem como obstáculos particulares para pessoas ou grupos vivendo em situação de desigualdade ou discriminação histórica.

Nesse contexto, a Comissão IDH defende que as políticas públicas com enfoque em direitos humanos orientam e coordenam a ação estatal com o objetivo de proteger e promover esses direitos essenciais, direcionando a resolução das problemáticas politicamente definidas dentro de um contexto social, econômico, cultural e ambiental. O fortalecimento institucional voltado para os direitos humanos é fator chave para o respeito e a implementação dos padrões interamericanos de direitos humanos; nessa linha, segundo o informe elaborado sobre Políticas Públicas com Enfoque em Direitos Humanos, o planejamento do gasto público deve visar a promoção da igualdade nas Américas²⁵⁹, de modo que há a necessidade de uma política fiscal adequada que contribua para a redistribuição da riqueza e para a redução das brechas de desigualdade, para as correções das deficiências do mercado, para a melhor aplicação das verbas públicas – o que se mostra essencial para o cumprimento dos padrões apontados -, e a prestação de contas entre o Estado e seus cidadãos²⁶⁰.

Considera-se também que a análise de impacto que se faz sobre as alocações de verbas e dotações orçamentais devem estabelecer dados desagregados por sexo e outros elementos de diversidade, como a idade, etnia, deficiências, situação socioeconômica, etc, para que deste

²⁵⁹CIDH. *Informe Políticas Públicas com Enfoque de Derechos Humanos*. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PoliticasyPublicasDDHH.pdf>>, acesso em 10 nov. 2020. Pág. 118.

²⁶⁰Ibid. Pág. 493.

modo se possa identificar situações de discriminação indireta ocasionadas pelos impactos desproporcionais que tais dotações orçamentais têm em grupos específicos²⁶¹. Para alcançar esses objetivos, se mostra imprescindível promover um diálogo profundo e urgente entre o direito internacional dos direitos humanos com o mundo da economia e das finanças, tanto a nível nacional quanto a nível internacional.

O Poder Judiciário também possui um papel fundamental ao realizar o monitoramento e controle sobre as contas públicas e seu impacto na proteção de direitos nas demandas judiciais, por exemplo, através dos avanços em relação à implementação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Um elemento chave na jurisprudência interna é analisar se as contas públicas e as execuções orçamentais cumprem com as obrigações estatais de garantir o mínimo essencial dos DESCAs, impondo o princípio da progressividade e o princípio da igualdade e não discriminação. Ressalta-se, também, que tanto as instituições nacionais de defesa dos direitos humanos como as organizações da sociedade civil são atores centrais no monitoramento e na demanda ao Estado pelo vínculo do orçamento com a proteção dos direitos humanos, exigindo participação, transparência, prestação de contas e acesso à informação, sendo estes os componentes democráticos das políticas públicas²⁶².

Além da jurisprudência da Corte abordada, há duas Opiniões Consultivas fundamentais para a interpretação do significado do direito à uma vida digna: (i) a Opinião Consultiva (OC) 17/2002, que reiterou que o Estado deve empregar todos os esforços, de maneira constante e deliberada, para assegurar o acesso das crianças à direitos como a educação e a saúde – pilares fundamentais para garantir o desfrute de uma vida digna -, evitando retrocessos e demoras injustificadas e alocando os maiores recursos disponíveis para garantir esse cumprimento²⁶³; (ii) a OC- 18/03 que, por sua vez, esclareceu que os direitos laborais são condições essenciais para uma vida digna²⁶⁴. Ainda, destaco quatro casos, julgados entre 2005

²⁶¹CIDH. *Control del gasto público, políticas fiscales y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*. Audiência Pública, 168 Período de Sessões, 11 de maio de 2018. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=-nl76z30Rpl&list=PL5QlapyOGhXtsMXZJufgB9OeUbP6_I5Gk&index=64>, acesso em 10 nov. 2019.

²⁶² CIDH. *Informe de Políticas Públicas con enfoque de derechos humanos*. Op.Cit. Pág. 502.

²⁶³ Nas palavras da Corte, “El pleno ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños se ha relacionado a las posibilidades del Estado obligado (artículo 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño), el cual debe realizar el mayor esfuerzo, de manera constante y deliberada, para asegurar el acceso de los niños a esos derechos, y el disfrute de los mismos, evitando retrocesos y demoras injustificadas y asignando a este cumplimiento los mayores recursos disponibles”. CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-17/200*, de 28 de agosto de 2002. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf>, acesso em 10 out. 2019. Pág. 81.

²⁶⁴ “Esta Corte considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno”. CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-*

a 2006, que concretizaram a definição do que seria uma vida digna a grupos vulneráveis: o caso *Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador*, o qual trouxe que o direito à vida não pode ser interpretado sem a devida consideração do direito à identidade cultural²⁶⁵; e os casos das *Comunidades Indígenas Yakye Axa e Sawyhoramaya Vs Paraguay*, que foram cruciais para a compreensão de que os membros das comunidades indígenas, quando deslocados forçosamente de suas terras tradicionais, ou são privados de suas vidas ou forçados a uma existência marginalizada incompatível com os padrões de uma vida digna. No primeiro caso, a Corte entendeu que lesionar a identidade cultural equivale a lesionar a identidade pessoal de seus membros²⁶⁶.

Ainda sobre a importância dos direitos culturais, o Grupo de Trabalho do Protocolo de São Salvador (GTPSS), nas Observações e Recomendações Finais ao México em 2018²⁶⁷, abordou a importância do desenvolvimento de políticas públicas destinadas à cultura, com a ênfase nos princípios da universalidade, igualdade, não discriminação e participação. Recomendou-se aos Estados o investimento nas áreas que promovam políticas culturais, bem como valorização da ciência, tecnologia e inovação. Nessa esteira, a Corte IDH já manifestou em diversas ocasiões, além das já tratadas, a importância dos direitos culturais, a exemplo do caso *Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*, no qual reconheceu: “El fortalecimiento de la identidad cultural de los pueblos indígenas y tribales, garantizando el control de sus propias instituciones, culturas, tradiciones y territorios, a fin de contribuir con su desarrollo de acuerdo con sus proyectos de vida y necesidades presentes y futuras. Asimismo,

18/03. Disponível em: < <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/2351.pdf>>, acesso em 12 out. 2019. Pág. 158.

²⁶⁵ Nessa linha, o deslocamento de familiares indígenas para fora de suas comunidades pode provocar uma ruptura com a sua identidade cultural, afetando o vínculo com seus familiares, e o seu idioma e o seu passado ancestral, de modo que o Tribunal Interamericano entende que, dentro da obrigação geral dos Estados de promover e proteger a identidade cultural, está a obrigação específica de garantir o direito à vida cultural das crianças indígenas. Sobre isso, ver (dentre outros): CORTE IDH. *Caso Chitay Nech y otros Vs. Guatemala*. Sentença de 25 de maio de 2010. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_212_esp.pdf>, acesso em 10 nov. 2019. Pág. 146; CORTE IDH. *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay*. Sentença de 24 de agosto de 2010. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf>, acesso em 12 nov. 2019. Pág. 262.

²⁶⁶ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos económicos, sociales y culturales: recapitulación de fragmentos de memorias*. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; LEAL, Cesar Barros (Coord.). *El desafío de los derechos económicos, sociales y culturales*. Fortaleza: FB Editora, 2019. P. 16

²⁶⁷ OEA. Grupo de Trabajo Protocolo de San Salvador. *Observaciones Finales a los Estados Unidos Mexicanos*. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/observaciones-finales-gtpps-mexico.pdf>>, acesso em 10 nov. 2019.

el Tribunal reconoce que la situación de los pueblos indígenas varía según las particularidades nacionales y regionales, y las diversas tradiciones históricas y culturales”²⁶⁸.

A Comissão IDH e sua REDESCA, na mesma linha, expressaram a sua preocupação com a falta de comunicação entre os prestadores de serviço e as comunidades tradicionais, assim como a falta de compreensão e empatia dos empreendedores com as realidades e práticas socioculturais das tribos, o que agrava as violações de direitos econômicos, sociais e culturais desses povos, tendo em vista que isso dificulta o seu acesso aos bens, serviços e recursos econômicos – além de ter a sua existência e modo de vida profundamente afetados²⁶⁹.

Em relação ao direito à saúde, válida a análise feita no caso *Ximenes Lopes Vs. Brasil* (2006) que demonstrou, mais uma vez, que o direito a uma vida digna está intrinsicamente relacionado ao direito à saúde. Em tal oportunidade, a Corte reiterou que o cuidado à saúde de pessoas com deficiência é um dever resultante de seu direito à uma vida digna, e que o Estado tem a obrigação de assegurar uma atenção médica eficaz às pessoas nessa condição de vulnerabilidade. Tal obrigação inclui garantir o acesso das pessoas aos serviços básicos de saúde, a promoção dos cuidados à saúde mental, e a prestação de serviços que sejam os menos restritivos possíveis na prevenção de deficiências mentais. Conforme já abordado²⁷⁰, os Estados têm o dever de fiscalizar tanto os seus serviços públicos quanto os fornecidos por entes privados, de acordo com as argumentações da Corte no caso *Suárez Peralta Vs. Ecuador* (2013), e de acordo com os princípios de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade dos serviços médicos previstos na Observação Geral nº 14 do Comitê DESC²⁷¹. Em relação aos presos, a Corte também se manifestou quanto à necessidade de garantir-lhes seu direito à saúde – por exemplo, em *De la Cruz Flores Vs. Perú* (2004), argumentou-se que o Estado possui o dever de proporcionar aos presos uma revisão médica regular, além de cuidados

²⁶⁸ CORTE IDH. *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras*. Sentença de 8 de outubro de 2015. Disponível em : < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf>, acesso em 10 out. 2019. Pág. 316.

²⁶⁹ CIDH. *CIDH y su REDESCA condenan hechos de represión violenta en Venezuela y urgen al Estado venezolano a garantizar los derechos humanos de la población frente a la crisis política, económica y social*. Comunicado de Imprensa Nº 184/19, 1 de março de 2019. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/052.asp>>, acesso em 19 out. 2019.

²⁷⁰ Recordar-se que o *leading case* do sistema interamericano em matéria de direito a saúde foi o caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Foi a primeira ocasião em que a Corte analisou o direito à saúde de forma autônoma como parte integrante do artigo 26 da CADH, e frisou a obrigação dos Estados de impulsionar a melhora das condições de saúde da população. CORTE IDH. *Caso Poblete Vilches y otros Vs. Chile*. *Op.Cit.* Pág. 121.

²⁷¹ O Comitê DESC entende que o direito a saúde abarca os principais fatores determinantes à saúde, como o acesso a água limpa e potável e condições sanitárias adequadas, bem como o consumo de alimentos saudáveis, uma moradia adequada, oportunidades de trabalho e um meio ambiente equilibrado, além do acesso a informações relacionadas com a saúde sexual e reprodutiva. COMITÊ DESC. *Observación General nº 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*, 11 de agosto de 2000. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/052.asp>>, acesso em 08 nov. 2019. Pág. 4 e 11.

e tratamentos adequados quando for solicitado, e permitir e facilitar que sejam atendidos por alguém eleito por eles mesmo, ou quem exerça a sua representação legal.

Já no campo da saúde sexual e reprodutiva, o Comité DESC alega, em sua Observação Geral nº22, que se trata de uma vertente do direito à saúde, e inclui a possibilidade de decidir livremente e de modo responsável, sem violência, coerção ou discriminação, a respeito dos assuntos relacionados ao próprio corpo e à própria saúde sexual e reprodutiva²⁷². Esta Observação faz referência à Organização Mundial da Saúde (OMS) para definir que a saúde sexual é “um estado de bem-estar físico, emocional, mental e social em relação com a sexualidade”. Do mesmo modo, a saúde reprodutiva se refere à capacidade de reprodução com a liberdade de adotar decisões responsáveis, que incluam o acesso à informação, bens, estabelecimentos e serviços de saúde reprodutiva que permitam às pessoas adotar essas decisões em relação ao seu comportamento reprodutivo²⁷³.

O GTPSS, em suas observações e recomendações finais à Argentina (2018), recomendou que o fornecimento de métodos contraceptivos se realize com um enfoque de igualdade e não discriminação, assim como a revisão dos protocolos de atuação para que as mulheres possam acessar os serviços de aborto não puníveis²⁷⁴. Os Estados partes possuem a obrigação de assegurar a satisfação dos níveis mínimos essenciais ao direito à saúde sexual e reprodutiva, observando as diretrizes e protocolos internacionais estabelecidos pelos organismos das Nações Unidas – em particular, a OMS e o Fundo de População das Nações Unidas²⁷⁵. O acesso a esse direito também deve orientar-se pelos princípios da disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, com a possibilidade de derrogação ou modificação de leis, políticas e práticas discriminatórias nessa esfera da saúde sexual e reprodutiva.

Válido ressaltar que a questão sobre o aborto na Argentina tem sido muito debatida na atualidade, havendo uma análise da legislação e as principais políticas articuladas ao redor da saúde sexual e reprodutiva. Grupos de ativistas pela legalização do aborto convocaram grandes

²⁷² COMITÉ DESC. *Observación General No. 22, Derecho a la salud sexual y reproductiva*. 02 de maio de 2016. Disponível em: < [²⁷³ Ibid. Pág. 6.](http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmlBEDzFEovLCuW1a0Szab0oXTdImnsJZZVQfQejF41Tob4CvIjeTiAP6sU9x9eXO0nzmOMzdytOOLx1%2BaoaWAKy4%2BuhMA8PLnWfdJ4z4216PjNj67NdUrGT87#:~:text=Todas%20las%20personas%20y%20grupos%20deben%20poder%20disfrutar%20de%20igualdad,sin%20ning%C3%BAAn%20tipo%20de%20discriminaci%C3%B3n.>, acesso em 22 nov. 2019.</p>
</div>
<div data-bbox=)

²⁷⁴ OEA. *Indicadores de progreso para la medición de derechos contemplados en el protocolo de San Salvador, Informe de seguimiento a las observaciones realizadas por el grupo de trabajo del protocolo de San Salvador*. República Argentina, período 2018. Disponível em: < http://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/Informe_Argentina_PSS_Revisado_Final.pdf>, acesso em 01 nov. 2019.

²⁷⁵ COMITÉ DESC. *Observación General No. 22, Derecho a la salud sexual y reproductiva*. Op. Cit. Pág. 49.

manifestações no país²⁷⁶, tendo em vista ser o aborto a primeira causa de morte materna em âmbito nacional. O fenômeno, longe de ser uma problemática só da saúde pública, é também um assunto que deve ser abordado desde a perspectiva dos direitos sexuais e reprodutivos, e esses direitos são considerados como parte dos direitos humanos das mulheres, como resultado das ações desdobradas por grupos de demanda específicos, que buscam que se revalorizem essas esferas. A partir dos padrões internacionais na matéria, entende-se que a solução a essa problemática (de saúde pública e de direitos) radica em mudanças que só podem ser implementadas através de decisões parlamentárias que garantam alterações nas leis, acompanhando as mudanças sociais que vêm acontecendo em muitos países onde o aborto é legal²⁷⁷. Enquanto isso não acontecer, o cenário descrito continuará crítico, caracterizado por gravidez indesejada, altas taxas de mortalidade por aborto inseguro, e inequidades no acesso à atenção e cuidado de qualidade. Ainda de acordo com a Observação Geral nº 22,

“Debido a los numerosos obstáculos jurídicos, procedimentales, prácticos y sociales, el acceso a todos los establecimientos, servicios, bienes e información en materia de salud sexual y reproductiva se ve seriamente restringido. De hecho, el pleno disfrute del derecho a la salud sexual y reproductiva sigue siendo un objetivo lejano para millones de personas, especialmente para las mujeres y las niñas, en todo el mundo. Determinadas personas y grupos de población que sufren formas múltiples y concomitantes de discriminación que exacerban la exclusión en la legislación y en la práctica, como las personas lesbianas, gais, bisexuales, transgénero e intersexuales y las personas con discapacidad, tienen aún más restringido el pleno ejercicio del derecho a la salud sexual y reproductiva”²⁷⁸

No âmbito da OEA também há diversas diretrizes que trazem essa preocupação relacionada ao direito sexual e reprodutivo das mulheres. Em relatório publicado em 2011, sobre o acesso à informação em matéria reprodutiva desde uma perspectiva de direitos humanos²⁷⁹, abordou-se que a Comissão Interamericana “considera que para que los Estados miembros de la OEA garanticen el derecho de las mujeres al acceso a la información en materia

²⁷⁶ PRESSE, France. *Argentina se prepara para nova batalha pela legalização do aborto*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/05/argentina-se-prepara-para-nova-batalha-pela-legalizacao-do-aborto.ghtml>>, acesso em 02 agosto de 2020.

²⁷⁷ ONU. *Especialistas da ONU pedem fim da criminalização do aborto em todo o mundo*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/especialistas-da-onu-pedem-fim-da-criminalizacao-do-aborto-em-todo-o-mundo/>>, acesso em 02 agosto de 2020.

²⁷⁸ COMITÉ DESC. *Observação Geral nº22*. Op. Cit. Pág. 02.

²⁷⁹ CIDH. *Acceso a la información en materia reproductiva desde una perspectiva de derechos humanos*. 22 de novembro de 2011. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/mujeres/docs/pdf/ACCESO%20INFORMACION%20MUJERES.pdf>>, acesso em 22 nov. 2019.

reprodutiva, deben brindar toda la información disponible respecto de los métodos de planificación familiar así como de otros servicios de salud sexual y reproductiva que se brinden en condiciones legales. Respecto de los servicios de planificación familiar, ello comprende por lo menos facilitar toda la información sobre los métodos de planificación familiar permitidos por ley, su alcance, riesgos y beneficios y efectos colaterales de cada uno de ellos. Respecto de los servicios de salud sexual y reproductiva, ello incluye información sobre la prevención de infecciones de transmisión sexual, incluyendo VIH/SIDA, así como la discusión de la naturaleza de procedimientos médicos que se requieran, alternativas razonables a la intervención propuesta, información sobre los riesgos y beneficios relevantes. En ambas situaciones y como se desarrollará más adelante, los profesionales de la salud deben asesorar la comprensión por parte de la paciente, con la finalidad de que tome una decisión respecto de la intervención y/o tratamiento. Para ello, se deben considerar las necesidades específicas de información que pueden tener algunos grupos de mujeres, debido a contextos de exclusión, marginalización o discriminación, como las indígenas, afrodescendientes, las adolescentes, las que habitan en zonas rurales y las migrantes”²⁸⁰. A CIDH, portanto, deixa claro que os Estados devem prover toda a informação necessária para que as mulheres tenham procedimentos seguros e que representem a sua vontade, sob o princípio da igualdade e não discriminação.

A Corte IDH, em sua Opinião Consultiva nº 24/17, tratou da proteção dos DESCAs de grupos vulneráveis, reconhecendo que as pessoas LGBTQI+ muitas vezes tem os seus direitos básicos - como o trabalho, a saúde, a educação e a moradia - obstaculizados, de modo que vivem em situações de pobreza ou privadas de possibilidades econômicas²⁸¹. Em sua manifestação sobre o tema, por meio do relatório sobre o reconhecimento de direitos das pessoas LGBTI, a Comissão IDH observou que vários países apresentaram informações sobre o reconhecimento do direito à saúde a essa população somente ou principalmente vinculado ao vírus da imunodeficiência (HIV). A esse respeito, e com vistas a eliminar o estigma sobre esse tema vinculado às pessoas da comunidade LGBTQI+, a Comissão IDH, apesar de reconhecer que a epidemia HIV “está concentrada mayormente en [...] hombres que tienen sexo con hombres, personas trans, personas que usan drogas inyectables o trabajadores/as sexuales”²⁸², trouxe

²⁸⁰ Ibid. Pág. 48.

²⁸¹ Em tal Opinião Consultiva, a Corte afirmou que o reconhecimento da identidade de gênero pelo Estado resulta de vital importância para garantir o gozo pleno dos direitos humanos das pessoas transgênero, inclusive o direito à saúde, educação, emprego, acesso a seguridade social e moradia. CORTE IDH. *Parecer Consultivo OC 24/17. Identidade de Género, Igualdade e Não Discriminação a casais do mesmo sexo*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_por.pdf>, acesso em 02 nov. 2019. Pág. 98.

²⁸² CIDH. *La CIDH, la CIM, ONUSIDA y la OPS llaman a los Estados Miembros de la OEA a erradicar el estigma y la discriminación en relación con el VIH en las Américas*. Comunicado de Imprensa No. 147/12, 17 de

também que tal epidemia está relacionada a fatores biológicos, socioculturais e econômicos; a Comissão, portanto, destaca que não é unicamente o fato de ser LGBTQI+ que facilita a infecção do HIV, mas sim a discriminação e a vulnerabilidade enfrentadas por essa população que acarretam que os tornem mais vulneráveis ao HIV²⁸³. Nesse contexto, a Comissão alega que

“La legislación y las políticas públicas vigentes en varios Estados Miembros de la OEA tienen un grave impacto en el ejercicio pleno de los derechos humanos de poblaciones claves que están en mayor riesgo de infección por VIH y personas viviendo con VIH y SIDA, y constituyen el principal obstáculo en lograr acceso universal a servicios relacionados con el VIH, incluyendo la prevención y el tratamiento²⁸⁴”.

A Comissão Interamericana valoriza as iniciativas progressivas adotadas pelos Estados membros, que tem se esforçado na emissão de guias e protocolos de atenção médica para erradicar a discriminação e violência direcionada à população LGBTQI+. No entanto, os protocolos dirigidos aos médicos e gestores da saúde são apenas o primeiro passo para garantir o acesso ao direito à saúde, especialmente às pessoas que sofrem discriminação; além disso, ressalta-se também a importância das regras adotadas pelas instituições desse setor, que devem se adequar às especificidades das comunidades de acordo com as suas diversidades e suas condições relacionadas ao gênero, idade, condição social, condição física, dentre outros fatores²⁸⁵.

O direito à moradia também foi pauta de inúmeros pronunciamentos por parte dos organismos internacionais de proteção. Para a interpretação desse direito, é imprescindível a compreensão dos padrões estabelecidos pela Observação Geral nº 4 do Comitê DESC. Nele, ressalta-se que não se deve interpretar uma moradia adequada em um sentido restritivo, como um simples teto sobre a cabeça; para que esse direito seja de fato efetivado, devem ser observados critérios de segurança, disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura, gastos justos, acessibilidade, adequação cultural e localização que permita o acesso fácil ao trabalho, aos serviços de saúde, centros de atendimento para crianças, bem como

dezembro de 2012. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2012/147.asp>>, acesso em 12 nov. 2019.

²⁸³ CIDH. *Informe de Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*. 07 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/LGBTI-ReconocimientoDerechos2019.pdf>>, acesso em 02 nov. 2019. Pág. 169.

²⁸⁴ CIDH. *Comunicado de Imprensa N° 147/12*. Op. Cit.

²⁸⁵ CIDH. *Informe de Reconocimiento de derechos de personas LGBTI*. Op. Cit., pág. 170.

outros serviços sociais²⁸⁶. Ainda, destaca-se nesse tema o relatório da Comissão IDH sobre migração forçada de nicaraguenses a Costa Rica, o qual aborda, em relação ao direito à moradia adequada, que deve haver a criação de lugares como o Centro de Atendimento a Migrantes, bem como um lugar para acolhimento às crianças não acompanhadas, e se atentar às condições dignas desses lugares²⁸⁷, especialmente levando em consideração a vulnerabilidade dos migrantes.

Isto porque os grupos sociais que sofrem discriminação e condições desfavoráveis devem ser tratados de modo prioritário. Nesse contexto de mobilidade humana, por exemplo, o Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos (ACNUDH), bem como o Programa da ONU para os assentamentos humanos (ONU HABITAT) já abordaram que as pessoas itinerantes, sejam elas refugiadas, solicitantes de asilo, pessoas deslocadas ou migrantes, são particularmente vulneráveis a uma gama de direitos humanos, incluindo o direito à uma moradia adequada. As pessoas que sofrem deslocamentos por motivos sociais, econômicos, políticos, climáticos, ou expulsas em decorrência de atividades empresariais, são particularmente vulneráveis à discriminação, ao racismo e à xenofobia, o que pode dificultar o seu acesso a condições de vida dignas e sustentáveis. Nesse quadro, importante tratar da necessidade da garantia dos serviços básicos, como saneamento, água e alimentação; ainda, válido lembrar que mulheres e crianças migrantes se encontram sob um risco de violência sexual motivada pela discriminação de gênero, de modo que os lugares de acolhimento devem ter a estrutura necessária para o atendimento de acordo com as vulnerabilidades específicas²⁸⁸.

Sobre a questão da desigualdade de gênero, destaca-se a Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a mulher (“Convenção Belém do Pará”). Em seu artigo 5º, está previsto que toda mulher poderá exercer livre e plenamente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, bem como contará com a total proteção desses direitos consagrados nos instrumentos regionais e internacionais sobre direitos humanos; enfatiza-se também o artigo 9º, o qual aclara que os Estados-Parte devem levar em conta especialmente a situação de vulnerabilidade relacionada à violência que as mulheres em situação socioeconômica desfavorável podem sofrer. Nesse campo, o Comitê DESC, em sua

²⁸⁶ COMITÉ DESC. *Observación General No 4: El derecho a una vivienda adecuada*. Disponível em: < <https://www.eschr-net.org/es/recursos/observacion-general-no-4-derecho-una-vivienda-adecuada-parrafo-1-del-articulo-11-del-pacto>>, acesso em 02 nov. 2019. Pág. 8.

²⁸⁷ CIDH. *Informe Migración forzada de personas Nicaragüenses a Costa Rica*. 8 de setembro de 2019. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/MigracionForzada-Nicaragua-CostaRica.pdf>>, acesso em 18 out. 2019.

²⁸⁸ ONU HABITAT. *El derecho a una vivienda adecuada*. Folleto informativo No 21/Rev.1, P. 26-27. Disponível em: < https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf>, acesso em 22 out. 2019.

Observação Geral nº 23, esclareceu importantes estándares acerca do acesso à água e desigualdade de gênero, alegando que o acesso à água e à serviços de saneamento adequados devem suprir as necessidades de higiene específicas das mulheres, bem como deve haver o fornecimento de instrumentos e informação para promover uma higiene adequada, o que se mostra essencial em um contexto de trabalho seguro e saudável²⁸⁹.

É imprescindível a garantia dos direitos à água, à alimentação²⁹⁰ e ao saneamento para o alcance de uma vida digna. As Nações Unidas não só reconhecem o direito à água e ao saneamento como direitos humanos, como também reconhecem a sua essencialidade para garantir o pleno gozo dos outros direitos humanos. Para a REDESCA da Comissão IDH, esses direitos são cruciais para garantir os outros direitos, considerando a relação intrínseca do direito à água, à alimentação²⁹¹ e à saúde para uma vida digna²⁹². É obrigação dos Estados fornecer um serviço de água limpa, segura e acessível para todos²⁹³, com destaque ao enfoque de direitos humanos nas políticas e marcos normativos, em particular nos contextos de gestão e uso da água, com atenção às atividades de empresas públicas e transnacionais, bem como em projetos de desenvolvimento e investimento²⁹⁴.

Nesse quadro, o Artigo 12 da Convenção Interamericana sobre a Proteção dos Direitos Humanos das Pessoas Idosas afirma o direito dos idosos a ter acesso a um sistema abrangente de assistência, que ofereça proteção e promoção da saúde, cobertura de serviços sociais,

²⁸⁹ COMITÉ DESC. *Observación General No. 23 sobre el derecho a condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias*. 27 de abril de 2016. Disponível em: <www.escri-net.org/es/recursos/observacion-general-num-23-2016-sobre-derecho-condiciones-trabajo-equitativas-y>, acesso em 01 nov. 2019. Pág. 30.

²⁹⁰ O Comitê DESC, em sua Observação Geral nº12, trata do alcance do direito à alimentação, alegando ser a “disponibilidade de alimentos em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades alimentarias dos indivíduos, sem substâncias nocivas e adequadas para uma cultura determinada”, e “a acessibilidade desses alimentos de forma que seja sustentável e não dificulte o gozo de outros direitos humanos”. COMITÉ DESC. *Observación General No. 12, El derecho a una alimentación adecuada*. 12 de maio de 1999. Disponível em: <<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1450.pdf>>, acesso em 19 out. 2019. Pág. 8

²⁹¹ A CIDH e a REDESCA recordam que o direito à alimentação se mostra efetivo quando as pessoas têm o acesso físico e econômico a uma alimentação adequada, ou possuem meios de obtê-la a qualquer momento. CIDH. *CIDH y REDESCA condenan hechos de represión violenta en Venezuela y urgen al Estado venezolano a garantizar los derechos humanos de la población frente a la crisis política, económica y social*. Comunicado de Imprensa No. 052/19, 1 de março de 2019. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/052.asp>>, acesso em 12 out. 2019.

²⁹² CIDH. *REDESCA de la CIDH insta a priorizar acciones dirigidas a la realización de los derechos al agua y saneamiento en el hemisferio*. Comunicado de Imprensa No. 059/18, 23 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2018/059.asp>>, acesso em 12 out. 2019.

²⁹³ Sobre isso, a Corte IDH também se manifestou no Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay* - alegou que o fornecimento da água pelo Estado não era suficiente para satisfazer o conjunto de necessidades básicas, que incluem a alimentação e a higiene. Ainda, segundo estándares internacionais, a água deve ser de tal qualidade que não apresente riscos, de modo que o Estado deve fornecer às comunidades uma água de quantidade e qualidade para não expor as pessoas à riscos ou doenças. Corte IDH. Caso *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*. Op. Cit. Pág. 196.

²⁹⁴ CIDH. *REDESCA de la CIDH insta a priorizar acciones dirigidas a la realización de los derechos al agua y saneamiento en el hemisferio*. Comunicado de Imprensa No. 059/18, 23 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/Comunicados/2018/059.asp>>, acesso em 12 out. 2019.

segurança alimentar e nutricional, água, vestimentas e moradia, apontando que esse grupo vulnerável deve ter a possibilidade de permanecer em seu lar e ter a sua independência e autonomia garantidas. Esta Convenção reitera, no geral, os direitos dos idosos de ter uma vida digna na velhice (artigo 6), e ter garantidos o consentimento livre e informado no âmbito do direito à saúde (artigo 11), a previdência social (artigo 17), o trabalho (artigo 18), a saúde (artigo 19), a educação (artigo 20), a cultura (artigo 21), a moradia (artigo 24), a um meio ambiente sadio (artigo 25), dentre outros.

Ainda em relação ao gozo dos DESCAs por parte de grupos marginalizados ou vulneráveis, merecem atenção também a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas com Deficiência que, por sua vez, estabelece em seu artigo III que os Estados devem adotar medidas de caráter legislativo, social, educativo, laboral, ou de qualquer outra índole, necessárias para “eliminar progressivamente a discriminação e promover a integração por parte das autoridades governamentais e/ou de entidades privadas na prestação ou fornecimento de bens, serviços, instalações, programas e atividades, tais como o emprego, transporte, comunicações”. Destaca-se, ainda, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e as Formas Relacionadas de Intolerância, que proíbe a negação do acesso a quaisquer dos direitos sociais, econômicos e culturais por essa parcela populacional (Artigo 4º). No Artigo 7º, os Estados partes comprometem-se a adotar uma legislação que defina e proíba claramente o racismo, a discriminação racial e outras intolerâncias, especialmente nas áreas de emprego, participação em organizações profissionais, educação, capacitação, moradia, saúde, previdência social, exercício da atividade econômica, acesso à serviços públicos, dentre outros. Finalmente, a Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2016 reconhece o direito fundamental desses povos à livre determinação e suas tradições culturais, à propriedade coletiva da terra em seus territórios ancestrais, à educação, saúde, meio ambiente saudável e direitos laborais.

Especial enfoque se dá ao direito ao meio ambiente saudável e sustentável, tão tratado na atualidade. A afirmação expressa da existência e imprescindibilidade do direito ambiental como parte integrante e fundamental dos direitos humanos consta na Opinião Consultiva nº 23-17 da Corte Interamericana²⁹⁵. Em sua análise, a Corte aclarou que o exercício de todos os direitos humanos – inclusive o direito à vida, à saúde, à integridade física e à moradia adequada - demanda como pressuposto um meio ambiente limpo, saudável, seguro, sustentável e

²⁹⁵ CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-23/17. Medio Ambiente y Derechos Humanos*. 15 de novembro de 2017. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>, acesso em 02 nov. 2019.

ecologicamente equilibrado, sendo um direito autônomo e totalmente justiciável. O direito à um meio ambiente equilibrado possui dimensões tanto individuais quanto coletivas, e sua execução deve ser interpretada em relação aos impactos para as gerações presentes e futuras. Os governos devem, entre outras medidas, impedir danos ambientais tanto dentro quanto fora de seus territórios, além de regular, supervisionar e monitorar as atividades de sua jurisdição, realizar avaliações de impacto ambiental, elaborar planos de contingência, e mitigar qualquer dano significativo.

Estandares complementares relacionados aos direitos ambientais também foram estabelecidos pelo Comitê DESC, em especial em sua Observação Geral nº 36; nesta, analisa-se que usufruir do direito à vida, em especial à vida digna, está condicionada à adoção de medidas pelos Estados para proteger o meio ambiente contra os danos e a contaminação. Os governos possuem o dever de utilizar de modo sustentável os recursos naturais, aplicar avaliações de impacto ambiental em atividades que possam ter um impacto significativo ao meio ambiente e notificar a outros Estados os desastres ambientais e emergências naturais, amparando-se pelos princípios da prevenção e precaução²⁹⁶.

No alarmante contexto que vivemos, para o Comitê DESC a obrigação de respeitar os direitos humanos implica em evitar medidas que possam impactar ainda mais nas mudanças climáticas, e proteger os direitos humanos através da regulamentação e fiscalização efetivas das atividades dos agentes privados que possam gerar degradação ambiental – além de adotar medidas que direcionem os modos de produção e o consumo para uma prática mais sustentável ao meio ambiente²⁹⁷. Sobre essa matéria, a CIDH e a REDESCA²⁹⁸ recordam que o direito ao meio ambiente equilibrado possui efeitos coletivos, na medida que constitui um interesse universal para as gerações presentes e futuras, sendo um direito fundamental para a própria existência da humanidade. Nessa mesma linha, cabem especialmente aos governos adotar medidas coordenadas e adequar as suas políticas para controlar o desmatamento, garantir os

²⁹⁶ COMITÉ DESC. *Observación General No. 36 sobre el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida*. Disponível em: <
https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/GCArticle6/GCArticle6_SP.pdf> acesso em 01 dez. 2019. Pár. 65.

²⁹⁷ ONU. *Principios marco sobre los derechos humanos y el medio ambiente*. 2018. Disponível em: <
https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Environment/SREnvironment/FP_ReportSpanish.pdf>, acesso em 02 out. 2019.

²⁹⁸ A REDESCA elogiou, em abril de 2018, a decisão da Corte Suprema de Justiça da Colômbia (STC 4360-2018) na qual foi tutelado o direito a um meio ambiente equilibrado, reconhecendo a Amazônia colombiana como sujeito de direito ao afirmar que os bosques possuem um papel importante na atenuação das mudanças climáticas, podendo ser passíveis de proteção jurídica. CIDH. *REDESCA saluda decisiones tomadas en la región para enfrentar el cambio climático*. Comunicado de Prensa No. 083/18, 17 de abril de 2018. Disponível em: <
<https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/083.asp>>, acesso em 17 out. 2020.

ciclos vitais dos ecossistemas e fazer um uso adequado dos recursos naturais a partir do fortalecimento das instituições e no marco regulatório ambiental²⁹⁹. Segundo a CIDH,

“El derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales”³⁰⁰.

Vemos a importância do cuidado ao meio ambiente, relacionado à contenção do aquecimento global, que são fatores fundamentais para garantir a plena efetividade de todos os outros direitos humanos – considerando que o próprio direito ao meio ambiente é um direito humano. No processo dialógico entre os Estados, a sociedade civil e os organismos internacionais, as estratégias contra as mudanças climáticas devem ser coordenadas, sendo essencial a realização de esforços conjuntos para alcançar a justiça social e o desenvolvimento integral – que se tratam de uma responsabilidade comum e solidária dos Estados membros³⁰¹. Para tratar do tema, em setembro de 2019 cinco comitês das Nações Unidas publicaram uma declaração conjunta sobre os direitos humanos e as mudanças climáticas³⁰²; a Declaração reitera que a ausência de medidas para prevenir a violação previsível dos direitos humanos causada pelas mudanças climáticas, ou para regular as atividades que causem danos ambientais, constitui uma violação em si das obrigações dos Estados, já que estes devem reduzir emissões e assegurar que os investimentos públicos e privados visem a um desenvolvimento sustentável.

Por fim, destaca-se que tal documento também traz o fato que a crise ambiental dimensiona as desigualdades preexistentes, afetando desproporcionalmente os grupos vulneráveis, como mulheres, crianças, povos indígenas, migrantes e pessoas com deficiência, além das pessoas em situação de pobreza, conforme também defendido pelo Relator Especial da ONU para a Extrema Pobreza.

²⁹⁹ CIDH. *CIDH y su REDESCA expresan profunda preocupación por la deforestación y la quema en la Amazonía*. Comunicado de Imprensa nº 215/19, 3 de setembro de 2019. Disponível em: < <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/215.asp>>, acesso em 04 set. 2019.

³⁰⁰ CIDH. *Situación de los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales de la Panamazonia*. Relatório de 29 de setembro de 2019. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Panamazonia2019.pdf>>, acesso em 10 out. 2019. Pág. 36.

³⁰¹ O artigo 31 da Carta da OEA estabelece que “el desarrollo integral es responsabilidad común y solidaria de los Estados miembros en el marco de los principios democráticos y de las instituciones del sistema interamericano. OEA. *Carta de la Organización de los Estados Americanos*, 27 de febrero de 1967. Disponível em: < http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp>, acesso em 20 set. 2019.

³⁰² ONU. *La ACNUDH y el Cambio Climático*. Disponível em: < <https://www.ohchr.org/SP/Issues/HRAndClimateChange/Pages/HRClimateChangeIndex.aspx>>, acesso em 18 out. 2019.

Em estreita vinculação ao direito ao meio ambiente equilibrado e sustentável, faz-se válido citar alguns estándares relativos à pauta de empresas e direitos humanos. No relatório sobre povos indígenas, comunidades afrodescendentes e indústrias extrativas, a Comissão Interamericana argumentou que o Estado tem o dever de proteger as pessoas dentro de seu território ou jurisdição contra todas as violações de direitos humanos cometidos por terceiros, incluindo as empresas³⁰³. As empresas, segundo a Comissão IDH e a REDESCA, devem respeitar os direitos humanos não apenas abstendo-se de infringi-los, e exercendo a devida diligência nessa matéria, por exemplo: (i) avaliando com antecedência os riscos que sua atividade produtiva ou comercial pode gerar sobre os direitos humanos, incluindo o direito ao meio ambiente; (ii) adaptando medidas adequadas de prevenção; e (iii) respondendo aos impactos negativos e violações aos direitos humanos que provoquem ou que contribuam para sua ocorrência³⁰⁴. Sobre o tema, destaca-se o recente e inovador relatório elaborado pela REDESCA sobre Empresas e Direitos Humanos³⁰⁵, o qual traz estándares e diretrizes específicos sobre as medidas que devem ser adotadas por empresas em suas atividades, sob um viés de proteção aos direitos humanos.

Em sua visita *in loco* ao Brasil em 2018, a Comissão apontou esses estándares no marco dos impactos ao meio ambiente causados pela atividade mineira e a ausência de medidas estatais para proteger os direitos humanos das populações afetadas ou em risco de sofrer violações a seus direitos. Tais empreendimentos, a despeito de serem considerados de importância para a prosperidade dos povos do hemisfério, devem ser realizados junto com medidas adequadas e efetivas que permitam assegurar que não se produzam às custas dos direitos humanos das pessoas, comunidades ou povos onde se executam, nem afetem ao meio ambiente, que sabemos ser também um direito de toda a coletividade³⁰⁶.

Aqui, válida a reflexão que no mundo atual e globalizado as empresas se tornaram até mais poderosas que os próprios Estados. É de conhecimento público que a concentração de poder está principalmente no setor tecnológico, de modo que seria ingênuo pensar que o setor

³⁰³ CIDH. *Pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y recursos naturales: protección de derechos humanos en el contexto de las actividades de extracción, explotación y desarrollo*. Relatório de 31 de dezembro de 2015. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/industriasestractivas2016.pdf>>, acesso em 19 set. 2019.

³⁰⁴ CIDH. *Relatoría Especial DESCA de la CIDH expresa profunda preocupación por tragedia humana, ambiental y laboral en Brumadinho (Minas Gerais, Brasil) y llama a la reparación integral a las víctimas*. Comunicado de imprensa nº 019/19, de 30 de janeiro de 2019. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/019.asp>>, acesso em 10 out. 2019.

³⁰⁵ CIDH. *Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos*. Relatório de 01 de novembro de 2019. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/EmpresasDDHH.pdf>>, acesso em 12 nov. 2019.

³⁰⁶ CIDH. *CIDH conduce visita in loco a Brasil*. Comunicado de Imprensa nº 232/18, de 1 de novembro de 2018. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2018/232.asp>>, acesso em 15 nov. 2019.

privado não influi nas decisões políticas, na elaboração de leis e no dia a dia dos cidadãos. Sendo assim, resta clara a influência das empresas tanto na opinião pública quanto nas decisões estatais, por isso é necessário frisar a sua responsabilidade e relevância para garantir uma maior prosperidade e sustentabilidade global. As grandes corporações modernas e influentes têm um grande peso na implementação de políticas de inclusão, diversidade e garantia dos direitos humanos.

Destarte, houveram avanços na última década na incorporação das pautas relacionadas aos direitos humanos pelo setor privado. Os direitos humanos tornaram-se um tópico cada vez mais proeminente para os profissionais de responsabilidade corporativa no Brasil, e percebemos um entusiasmo por discussões que vão além do “por que”, e se concentram no “como”. Assim, empresas que almejam ter uma boa repercussão estão cientes do crescente impacto dos Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos (UNGPs)³⁰⁷ nas expectativas das partes interessadas – particularmente entre parceiros de negócios, investidores e organizações da sociedade civil – e ouvimos um forte interesse em aumentar a confiança no trabalho com esses padrões.

Acontecimentos recentes como a pandemia do COVID-19 aumentaram os desafios que as empresas enfrentam no Brasil e no mundo, aumentando a urgência dos esforços dos profissionais para promover o respeito aos direitos humanos em suas atividades. Cabe tanto aos Estados quanto às empresas proporcionarem mecanismos acessíveis e eficientes de reparação às violações cometidas. Os Estados, por meio de medidas apropriadas para garantir, pelas vias judiciais, administrativas ou legislativas, que as vítimas de violações cometidas por empresas tenham acesso à uma justa reparação; já as empresas devem viabilizar e participar de mecanismos de denúncia eficazes a nível operacional, colocando-os à disposição das pessoas e comunidades que sofrem os impactos negativos, além de reparar ou contribuir para sua reparação em situações de violação que tenha causado ou para as quais tenha contribuído.

Sem dúvidas, foi feita aqui apenas uma seleção dentro de uma ampla gama de padrões internacionais em prol da garantia e da efetividade dos DESCAs, que de fato foram comprovados essenciais para uma vida digna, além de terem igual hierarquia e relevância em relação aos direitos civis e políticos. O peculiar contexto atual de pandemia gerada pelo

³⁰⁷ Após debate que se estendeu por quase uma década, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou, em julho de 2011, o documento “Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos”. Esses Princípios são estruturados em três pilares – proteger, respeitar e reparar: (i) o dever do Estado de proteger contra abusos de direitos humanos por parte de terceiros, incluindo empresas; (ii) a responsabilidade corporativa de respeitar os direitos humanos; e (iii) o acesso das vítimas a recursos judiciais e não-judiciais para remediar e reparar violações. Disponível em : < https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/outubro/Cartilha_versoimpresso.pdf>, acesso em 03 de agosto de 2020.

COVID-19 trouxe uma nova dinâmica para a aplicação das recomendações emitidas internacionalmente, e evidencia-se um novo padrão interamericano: o direito à saúde demanda políticas públicas, programas e ações estatais adotadas com base na melhor evidência científica, por meio de procedimentos transparentes, participativos e inclusivos. Nesse cenário, destaca-se a recém elaborada Observação Geral nº25 sobre ciência e direitos econômicos, sociais e culturais³⁰⁸, que demonstra o impacto da tecnologia e do progresso científico no direito à saúde, comprovando a importância da melhor evidência científica para a garantia desse direito humano. Reitera-se, assim, a transversalidade destes direitos, isto é, como a violação de um implica na violação dos outros.

Além disso, importa trazer o conceito essencial da “discriminação interseccional”, que se trata de outro avanço na jurisprudência da Corte Interamericana; de acordo com essa abordagem, a interseccionalidade nos permite entender a dinâmica real da discriminação e seus danos resultantes³⁰⁹. Define-se discriminação interseccional como o “resultado da confluência de diferentes fatores de vulnerabilidade ou fontes de discriminação associados a determinadas condições de uma pessoa”³¹⁰. Da mesma forma, Manuel Góngora Mera considera esse conceito como de uma discriminação múltipla, onde diversos fatores operam simultaneamente, implicando em um impacto maior decorrente da soma das várias formas de discriminação ou em uma nova forma de discriminação que opera como resultado da discriminação sofrida³¹¹. A título de ilustração, no caso *Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador* a Corte Interamericana considerou a intersecção de diferentes fatores de vulnerabilidade e discriminação contra a vítima, ligados à sua condição de mulher, menina, pessoa em situação de pobreza e pessoa com HIV³¹².

Portanto, os padrões internacionais expressamente demonstram que os Estados devem não apenas focar nos direitos humanos de seus povos, mas sim em seus deveres como autoridades públicas responsáveis pela garantia e implementação desses direitos. Esses deveres incluem identificar as vulnerabilidades e levar em conta a interseccionalidade para evitar

³⁰⁸ Comitê DESC. *Observação Geral nº 25 sobre ciência e direitos econômicos, sociais e culturais*. Disponível em: <<https://undocs.org/E/C.12/GC/25>>, acesso em 12 de abril de 2020.

³⁰⁹ Vide: Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, voto concorrente do juiz Eduardo Ferrer MacGregor, pár. 12; e CHÁVEZ, Leiry Cornejo. *El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCA en la Jurisprudencia Interamericana: El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, México, 2018, pág. 253.

³¹⁰ Corte IDH, *Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala*, op. cit., pár. 138.

³¹¹ Sobre discriminação interseccional, ver MERA, Manuel Góngora. *Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas*, in CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana; ALDAO, Martín (coord.). *Tratado de derecho a la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

³¹² Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador*. Op. Cit., pár. 290.

maiores desigualdades, com o fim último de implementar eficazmente os DESCAs a todos, por meio do dever de proteção reforçada que os Estados possuem.

Dentre os grandes desafios que os Estados enfrentam estão, assim, (i) adotar políticas públicas com um enfoque em direitos humanos (se valendo de uma prioridade orçamentária para a implementação desses direitos); (ii) garantir a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, com igualdade, não-discriminação, progressividade e proteção aos mais vulneráveis (inclusive reforçando a justiciabilidade destes); (iii) promover a ampla ratificação dos Tratados e Convenções internacionais de proteção dos direitos humanos da ONU e da OEA (para que esses padrões sejam de fato incorporados no âmbito interno); e (iv) fomentar programas de capacitação a nível interno para que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário apliquem esses parâmetros protetivos internacionais em matéria dos DESCAs.

Destarte, para que ocorra na prática a incorporação desses padrões, é essencial fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle de convencionalidade das leis, bem como fortalecer o princípio da cooperação internacional voltada à proteção dos direitos sociais, a partir de uma agenda de prioridades orçamentárias.

Analisaremos, na próxima e última parte do trabalho, justamente a importância do controle de convencionalidade para a cultura de interamericanização em nossa região; ainda, restará comprovado que a abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições, e ao diálogo vertical com jurisdições supranacionais, é condição, requisito e pressuposto para a formação do *Ius Commune* em matéria DESCAs. É essencial que os países da América Latina possam enriquecer-se mutuamente, por meio do intercâmbio de normas, jurisprudência, experiências, conceitos, princípios e argumentos voltados à proteção dos direitos humanos. Portanto, veremos que a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, *soft law*, jurisprudência e padrões, é fator a dinamizar a pavimentação desse *Ius Commune* dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais na região, sendo fundamental avançar no diálogo entre as esferas global, regional e local para assegurar a maior efetividade possível aos DESCAs sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos.

Se os direitos humanos são um construído e não um fato datado, as violações a esses direitos também o são; as exclusões, injustiças e violações são um construído histórico a ser desconstruído, e isso só será possível a partir da ruptura de uma cultura que naturaliza e banaliza a pobreza, a desigualdade e a exclusão social (especialmente em um contexto problemático como o da região latino-americana). Seguindo a ideia de Angela Davis, “não aceito mais as coisas que não posso mudar, estou mudando as coisas que não posso aceitar”.

PARTE III

DIÁLOGO ENTRE CORTES E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS

Capítulo I: A Doutrina e a Jurisprudência do Controle de Convencionalidade

1.1 Diálogo judicial no Sistema Interamericano

Na conjuntura atual caracterizada pela globalização, o direito público vive um momento existencial importante e encontra-se em busca de novos parâmetros. O século XIX foi, sem dúvidas, o do direito privado, marcado pelo proprietário e pelo contratante. Por sua vez, o século XX assistiu à ascensão do direito público, do Estado social e da expansão da jurisdição constitucional. O século XXI convive com as demandas de uma sociedade global, que exige, em relação a temas específicos, um direito igualmente global – e a presente calamidade gerada pela pandemia de COVID-19 é um exemplo vivo disso. Não se trata de uma opção doutrinária ou filosófica, mas de uma inevitabilidade: as problemáticas sociais, culturais, ambientais e a desestabilização das democracias não respeitam fronteiras ou soberanias. Em suma, processos históricos complexos como os que estamos vivendo não são lineares, e o futuro é imprevisível. Desse modo, avanços civilizatórios e jurídicos misturam-se com riscos dramáticos, e é preciso ter caminhos que nos inspirem e motivem em um mundo em que problemas globais demandam respostas globais.

Neste cenário, é fundamental encorajar os Estados a aceitar e implementar os instrumentos trazidos em âmbito internacional, já que não é mais compreensível que Estados aceitem direitos e neguem as garantias de sua proteção. Para os Estados violadores de direitos humanos, estes mecanismos podem gerar situações politicamente delicadas e constrangedoras no âmbito internacional, de modo que, ao enfrentar a publicidade das violações de direitos humanos, bem como as pressões internacionais, os Estados veem-se compelidos a apresentar justificativas a respeito de suas práticas.

Nessa esteira, os ditames e as pressões internacionais podem contribuir para transformar uma prática governamental específica, referente aos direitos humanos, conferindo suporte ou estímulo para reformas internas. Ressalte-se que, cada vez mais, o respeito aos direitos humanos tem se tornado um aspecto crucial de legitimidade governamental, tanto no âmbito doméstico, como no âmbito internacional. A cooperação internacional, assim, é a pedra angular da atualidade, e o diálogo multinível se configura como um dos principais aspectos a

serem considerados na realidade dos países.

Com o desenvolvimento desse diálogo plural, analisa-se que cresce a preocupação internacional dos Estados Democráticos de Direito da América Latina com a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos nos seus âmbitos internos, a partir da necessidade urgente de enfrentamento das problemáticas estruturais e de temas transversais que a região enfrenta como um todo: direito à existência de grupos vulneráveis, fluxos migratórios, atentados a minorias e defensores de direitos humanos, mudanças climáticas, prisões arbitrárias ou injustificadas e questionamentos de liberdades fundamentais.

Para lidar com essas temáticas, houve uma verdadeira metamorfose no mundo jurídico através de uma interessante articulação entre o direito constitucional interno e o direito internacional dos direitos humanos, sendo os sistemas nacionais necessários para a proteção dos direitos humanos. Os sistemas universal e regional de proteção consagram-se como a lógica desses modelos de tutela multiníveis, pautada na retroalimentação desses sistemas a fim de garantir a permeabilidade dos direitos humanos e um consequente fortalecimento da estrutura de proteção aos indivíduos.

Com a incorporação dos tratados internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais, por meio das cláusulas de abertura, ampliou-se o rol de direitos fundamentais, permitindo melhores interpretações aos indivíduos guiadas pelo princípio *pro persona*. É justamente nesse ambiente que se destaca a importância de ultrapassar as limitações do Controle de Constitucionalidade para compreender a importância e o significado do Controle de Convencionalidade, sendo este imprescindível para que os juízes atuem na efetiva garantia da dignidade da pessoa humana.

1.2 Aspectos da doutrina do Controle de Convencionalidade

Uma das medidas mais efetivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos para garantir o cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos no âmbito interno dos países do hemisfério foi a criação da doutrina do Controle de Convencionalidade. A Corte IDH interpreta o Controle como sendo um instituto jurídico que visa a aplicar a lei internacional, primordialmente o direito internacional dos direitos humanos e, especificamente, a Convenção Americana e a jurisprudência da própria Corte³¹³. A partir desse instituto, fortalece-se o diálogo

³¹³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *The Conventionality Control as a Core Mechanism of the Ius Constitutionale Commune*. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2017, p. 321.

jurisprudencial entre as instituições nacionais e a Corte IDH, promovendo a criação de estándares de proteção dos direitos humanos comuns aos Estados-parte da Convenção.

A doutrina do controle de convencionalidade foi criada a partir de voto proferido pelo juiz Sérgio García Ramírez, no caso *Myrna Mack Chang v. Guatemala*, julgado em 25 de novembro de 2003. Este proferiu em seu voto concorrente que

“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”.

Assim, de acordo com essa doutrina, as autoridades públicas dos Estados-parte da Convenção Americana possuem a obrigação internacional de interpretar qualquer norma jurídica interna – Constituição, lei, decreto, regulamento, decisão judicial, dentre outras – em consonância com o Pacto de São José da Costa Rica, e com o *corpus iuris* internacional em geral. Nesse sentido, no caso de a norma interna ser claramente incompatível com esses parâmetros, as autoridades devem deixar de aplicá-la a fim de prevenir a violação dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Ainda, a doutrina prega que as autoridades nacionais, ao exercer o Controle de Convencionalidade, devem se pautar em suas competências e regulamentações procedimentais definidas pelas leis internas.

Além disso, diferentemente do controle de constitucionalidade (cuja lógica se pauta na hierarquia entre as normas dentro de um ordenamento, isto é, existe um sistema jurídico ordenado de cima para baixo, desde a Constituição) para o controle de convencionalidade não importa serem os tratados internacionais superiores às leis ou às constituições, segundo uma perspectiva formal ou estrutural; o que prevalece se justifica por um critério material: aquele que dá maior proteção à pessoa humana. A doutrina prega que a declaração da inconvencionalidade somente é possível sob a justificativa do princípio *pro persona*, ou seja, somente é declarado inconvencional quando a proteção derivada do direito internacional dos direitos humanos é mais efetiva ou estabelece restrições de direitos menos profundas do que os

atos internos³¹⁴.

A esse respeito, segundo o professor Luiz Guilherme Arcaro Conci, a “mera contrariedade entre direito interno e direito internacional (tratados e jurisprudência internacional) não admite automaticamente a invalidação do ato nacional. Essa declaração de inconvenção exige (a) além da contrariedade (b) que haja proteção menos efetiva ou restrições mais salientes aos direitos humanos pelo direito interno (leis, atos administrativos, sentenças judiciais, Constituição). Caso isso não ocorra, a mera contrariedade não importa inconvenção”³¹⁵. Ainda segundo este autor, diferentemente do que ocorre com as jurisdições constitucionais nacionais, o controle de convencionalidade se constrói a partir de três pressupostos: (a) efeito útil; (b) *pro persona*; (c) boa-fé ou *pacta sunt servanda*. O relacionamento entre as normas nacionais e internacionais se dá mediante uma análise substancial, e não formal, prevalecendo a norma de direitos humanos mais favorável, em prol da dignidade humana.

Outra característica do controle de convencionalidade é que, enquanto o controle de constitucionalidade envolve apenas juízes nacionais de determinado país, aquele inclui o contato também com juízes de outros estados nacionais e de cortes internacionais. Trata-se do definido como um diálogo horizontal, pois verifica-se que, ao invés de argumentos fundados na lógica do precedente de força vinculante, se estabelece um diálogo baseado no uso de força persuasiva desses julgados³¹⁶.

Esse método tem se mostrado um dos mais importantes na construção do ICCAL, por ser um instituto jurídico que fortalece o diálogo jurisprudencial entre as instituições nacionais e o Sistema Interamericano, promovendo na prática a criação de um constitucionalismo compartilhado. Ainda, destaca-se que tal instituto não foi criado de um modo abstrato: a Corte IDH desenvolveu essa doutrina após notar a crescente internacionalização das Constituições que ocorreu na América Latina nas últimas décadas – conforme analisado, desde o começo da década de 90 vários países da região conferiram status constitucional à Convenção Americana e outras normativas decorrentes do direito internacional dos direitos humanos.

Destacam-se, como fundamentos do Controle de Convencionalidade, o artigo 41 da Comissão IDH e o artigo 62.3 da Corte IDH. O primeiro estipula a função principal do órgão

³¹⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. Revista de Informação Legislativa, vol. 46, n. 181, p. 113-133, jan.-mar. de 2009. P. 114.

³¹⁵ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. *O controle de convencionalidade como parte de um constitucionalismo transnacional fundado na pessoa humana*. Revista de Processo, v. 232, jun. 2014.

³¹⁶ SLAUGHTER, Anne-Marie. *A Global Community of Courts*. Harvard International Law Journal, vol. 44, n. 1, 2003, p. 200.

de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, e no exercício de seu mandato possui a função de “atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta Convenção”. A Corte, por sua vez, “tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial”. Adicionalmente, consideram-se como fundamentos do instituto os artigos 26³¹⁷ e 27³¹⁸ da Convenção de Viena, bem como o art. 2º³¹⁹ do Pacto de São José da Costa Rica, que trata do dever de adotar disposições no direito interno para harmonizar com o interamericano, exigindo a compatibilização entre os ordenamentos jurídicos³²⁰.

Vemos que a realização desse Controle encontra respaldo na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, que impõe esse dever de harmonização (o que comprova a natureza obrigatória do Controle de Convencionalidade) e estabelece, no seu artigo 1.1, obrigações gerais de respeito e garantia aos direitos convencionais. Ao analisar os seus aspectos, conclui-se que esse método, em primeiro lugar, fundamenta-se no princípio da boa-fé (tendo em vista o compromisso assumido pelos Estados de cumprir as normas e princípios da Convenção Americana de Direitos Humanos e incorporar as sentenças da Corte Interamericana), bem como no princípio do efeito útil das Convenções - já que a eficácia das normas internacionais não podem ser desconsideradas pelas normas internas -, e no princípio internacional que impede que os Estados tragam o direito interno para eximir-se de seus deveres internacionais assumidos nos tratados³²¹ (art. 27 da Convenção de Viena).

Entretanto, para que seja efetivo, as autoridades públicas nacionais devem ater-se à interpretação dada pela Corte e pela Comissão Interamericana nessa temática, bem como levar em conta as decisões, resoluções, opiniões consultivas e recomendações de outros organismos

³¹⁷ Artigo 26: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

³¹⁸ Artigo 27: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”.

³¹⁹ Artigo 2º: “Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”.

³²⁰ MORALES, Zamir Andrés Fajardo. *Control de Convencionalidad: fundamentos y alcance especial referencia a México*. In: *Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos*, Fascículo 16. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015. p. 41. Disponível em: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH16.pdf>, acesso em: 28 fev. 2020.

³²¹ SAGUÉS, Néstor Pedro. *El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: Concordancias y diferencias con el sistema europeo*. México: UNAM. 2010, p. 383.

internacionais do sistema de proteção aos direitos humanos, em busca de parâmetros mais elevados de proteção, bem como uma melhor harmonização dos ordenamentos internos e internacionais, para que seja possível a interpretação adequada e a aplicação precisa dos paradigmas éticos convencionais exigidos para a preservação da dignidade humana³²². Com isso, passemos a analisar alguns aspectos da jurisprudência internacional que deve orientar a adequada aplicação do Controle de Convencionalidade no direito interno dos países da região.

1.3 Aspectos da jurisprudência do Controle de Convencionalidade

Ao analisar a jurisprudência do Sistema Interamericano quanto à implementação do Controle de Convencionalidade, vemos diversas interpretações relacionadas a esse tema ao longo do tempo, as quais demonstram a importância do método para a efetividade do Sistema. Conforme tratado no tópico anterior, cabe aos Estados nacionais estabelecer uma interpretação conforme, considerando a própria Constituição, a Convenção Americana e toda a jurisprudência convencional dos organismos internacionais. Pertinente a análise do juiz Eduardo Ferrer Mac-Gregor, que argumenta: *“requiere una actividad creativa para lograr la compatibilidad de la norma nacional conforme al parámetro convencional y así lograr la efectividad del derecho o libertad de que se trate, con los mayores alcances posibles en términos del principio pro homine”*³²³.

Primeiramente, para entendermos quais sujeitos são obrigados a implementar o Controle de Convencionalidade, importa trazer a Resolução 56/83 da ONU sobre a responsabilidade internacional dos Estados, na qual alega-se que (...) *“Se considerará fato do Estado, segundo o direito internacional, o comportamento de qualquer órgão do Estado, seja exercendo funções legislativas, executivas, judiciárias ou de outra índole, qualquer que seja a sua posição na organização do Estado e se pertence ao governo central ou a uma divisão territorial do Estado”*³²⁴. Nessa linha, a Corte IDH trouxe em sua jurisprudência que *“De acordo com o artigo 1.1, é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância na qual um órgão ou*

³²² BORGES, Bruno Barbosa. *O Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

³²³ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad*. In: *Opus Magna: Constitucional Guatemalteco*, 2011. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf>>, acesso em: 28 fev. 2020. P. 308.

³²⁴ Tradução livre do trecho: *“Se considerará hecho del Estado según el derecho internacional el comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado”*. ONU. *Resolução 56/83 da Assembleia Geral das Nações Unidas*. Disponível em: <<https://undocs.org/es/A/RES/56/83>>, acesso em 08 mai. 2020. P. 2.

funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente um direito, se está perante uma hipótese de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo” (...) 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 violador de 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”³²⁵.

Verifica-se que, se antes apenas os juízes e juízas eram considerados os responsáveis pela aplicação do Controle de Convencionalidade, houve uma evolução jurisprudencial³²⁶ que passou a considerar toda autoridade e órgão do Estado (de todos os Poderes) como dotados de legitimidade e capacidade para implementar o método. Desse modo, todas as autoridades estatais, independentemente se pertencem ao Executivo, Legislativo ou Judiciário, devem atuar conforme a sua obrigação de respeitar e promover os direitos, em consonância com os artigos

³²⁵ CORTE IDH. *Caso Velasquez Rodriguez Vs. Honduras*. Sentença de 29 de julho de 1988. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_por.pdf >, acesso em 02 out. 2019. Pár. 169 e 172.

³²⁶ Destacam-se, como parte dessa evolução, os seguintes casos – além do já citado Velásquez Rodríguez: (i) *Almonacid Arellano Vs. Chile* (2006): “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”; (ii) *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México* (2010): “(...) Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (...); (iii) *Gelman Vs. Uruguay* (2011): “(...) La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo “susceptible de ser decidido” por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un “control de convencionalidad”, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial.”; (iv) *Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia* (2012): “(...) el Estado es “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos”. Esas ideas también han adquirido forma en la jurisprudencia reciente bajo la concepción de que todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un “control de convencionalidad”.

1º e 2º³²⁷ da Convenção Americana, que vinculam o Estado como um todo; nesse sentido, a Corte defendeu, em sua Opinião Consultiva OC-21/14, que:

“(...) 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”³²⁸. Grifos próprios.

Entretanto, já analisamos que os juízes possuem um papel central na salvaguarda dos direitos fundamentais, e as Cortes de cada país da região devem atuar como principais guardiãs dos direitos estabelecidos na CADH.

Além disso, deve-se analisar quais normas legais que servem de parâmetro para o Controle de Convencionalidade, pois estas constituem um denominado “bloco de convencionalidade”³²⁹. Há também uma evolução jurisprudencial da Corte IDH nesse campo, considerando que, se antes apenas a Convenção Americana e a jurisprudência da Corte IDH eram consideradas como parâmetro³³⁰, hoje, além desses instrumentos, também são levados em consideração outros tratados e toda a jurisprudência e opiniões consultivas emitidas pelo Sistema Interamericano³³¹.

³²⁷ “Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos. 1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades”. CADH. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/508144/000992124.pdf?sequence>>, acesso em 04 mar. 2020. P. 153.

³²⁸ CORTE IDH. *Opinión Consultiva 21-2014*. Disponível em: <<https://www.ippdh.mercosur.int/wp-content/uploads/2015/12/OC-21-Completa.pdf>>, acesso em 08 mai. 2020. P. 13.

³²⁹ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *The Conventionality Control as a Core Mechanism of the Ius Constitutionale Commune*. Op.Cit. P. 334

³³⁰ “(...) 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”. CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Op. Cit. P. 53.

³³¹ (...) “Una vez que este Tribunal ha dictado Sentencia en el presente caso, la cual produce los efectos de la autoridad de cosa juzgada, de conformidad con los principios generales del Derecho Internacional y con lo dispuesto en los artículos 67 y 68 de la Convención Americana, el Estado y todos sus órganos se encuentran obligados a darle pleno cumplimiento. La Sentencia no se limita en su efecto vinculante a la parte dispositiva del fallo, sino que incluye todos los fundamentos, motivaciones, alcances y efectos del mismo, de modo que aquélla es vinculante en su integridad, incluyendo su ratio decidendi. Así, puesto que la parte resolutive o dispositiva de la Sentencia refiere expresa y directamente a su parte considerativa, ésta es claramente parte integral de la misma

Entende-se que há um “passo a passo”³³² na metodologia desse processo, em que as autoridades, em um primeiro momento, devem interpretar as leis nacionais de acordo com as regras e princípios do *corpus iuris* interamericano; no entendimento da Corte,

“Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “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.”³³³. Gifos próprios.

Essa teoria foi reconhecida como “teoria do duplo controle”, e assinala que os direitos humanos possuem uma dupla garantia: o Controle de Constitucionalidade e o Controle de Convencionalidade internacional. O professor André de Carvalho Ramos, ao tratar dessa temática, afirmou que qualquer ato ou norma “deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil. Esse *duplo controle* parte da constatação de uma verdadeira separação de atuações, na qual inexistiria conflito real entre as decisões porque cada Tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos. (...) A partir da teoria do duplo controle, agora deveremos exigir que todo ato interno se conforme não só ao teor da jurisprudência do STF, mas também ao teor da jurisprudência interamericana, cujo conteúdo deve ser estudado já nas Faculdades de Direito. Só assim será possível evitar o antagonismo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos internacionais de direitos humanos, impedindo-se a ruptura e estimulando-se a convergência em prol dos direitos humanos”³³⁴.

Nessa linha, eventuais conflitos são apenas aparentes, fruto de um pluralismo normativo que assola o mundo globalizado e com ampla possibilidade de cooperação, tanto localmente quanto regionalmente e universalmente. No específico caso brasileiro, a solução para as divergências deve vir justamente do intercâmbio entre as cortes, com prevalência para o entendimento que mais protege as pessoas. A teoria do duplo controle se mostra como um ótimo instrumento de aplicação interna, pois reconhece a atuação em separado do Controle de

y el Estado también está obligado a darle pleno acatamiento”. CORTE IDH. *Caso Gelman Vs. Uruguay*. Op. Cit. P. 30.

³³² MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *The Conventionality Control as a Core Mechanism of the Ius Constitutionale Commune*. Op. Cit. P. 334.

³³³ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>, acesso em 12 out. 2019.

³³⁴ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Constitucionalidade – realizado pela Suprema Corte brasileira e juízes nacionais – e do Controle de Convencionalidade, realizado pela Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional. Sob esse enfoque, todas as normas relativas a direitos humanos deveriam passar por essa checagem reforçada, para que esses direitos no Brasil e em todo o hemisfério sejam respeitados em sua integralidade.

Ratificando essa linha, a Corte assinalou ao Estado de Barbados, em relação a essa necessidade de realizar um duplo controle, que

“77. La Corte observa que el CJCP llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales.

78. El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDGP era inconstitucional. Más bien, la cuestión debería haber girado en torno a si la ley también era “convencional”. Es decir, los tribunales de Barbados, incluso el CJCP y ahora la Corte de Justicia del Caribe, deben también decidir si la ley de Barbados restringe o viola los derechos reconocidos en la Convención”³³⁵. Grifos próprios.

Após essa checagem, as autoridades competentes devem se abster de aplicar as leis internas que não estejam de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos ou outros tratados internacionais. No caso de tais normas serem incompatíveis com a Convenção e a autoridade tiver a devida competência, deverá declará-la inválida internamente, e fazer os ajustes legislativos necessários para evitar futuras violações das diretrizes internacionais. Sobre esse aspecto, houve outra evolução jurisprudencial da Corte Interamericana: enquanto no caso *Trabajadores cesados del Congreso Vs. Peru* (2006) o Tribunal Interamericano tratava somente de um controle de convencionalidade *ex officio*, com o passar do tempo estipulou-se a necessidade do duplo controle, demonstrando que o controle de convencionalidade difere do controle de constitucionalidade (*Boyce y otros Vs. Barbados*), para finalmente tratar da invalidação da lei interna como *ultima ratio*, conforme abordado em *Pollo Rivera vs. Perú* (2016)³³⁶. Vide:

“224. Ante la extrema amplitud con que esta sentencia interpreta el tipo penal, cabe

³³⁵ CORTE IDH. *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. Sentença de 20 de novembro de 2007. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>, acesso em 05 out. 2019.

³³⁶ CORTE IDH. *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*. Sentença de 21 de outubro de 2016. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf>, acesso em 05 out. 2019. P.4.

formular dos preguntas: (a) si el tipo penal viola en realidad el principio de legalidad estricta o (b) si es incorrecta la interpretación que del tipo hizo la Corte Suprema. En cuanto a lo primero, esta Corte no puede apartarse de lo que es regla en la jurisprudencia de todos los máximos tribunales de nuestros países, que reiteran –al igual que la doctrina constitucional- que la declaración de inconstitucionalidad es un recurso extremo, una “última ratio”, cuando la ley resulta contraria a un precepto constitucional en forma irremisible, no admitiendo ninguna interpretación compatible con el principio o norma superior invocado. De esta regla de elemental prudencia no puede apartarse esta Corte cuando se trata del control de convencionalidad, atendiendo a la gravedad de la declaración que implica descartar una norma legal, lo que puede dar lugar a vacíos legislativos de gravísimas consecuencias, en particular cuando se trata de la tipificación de delitos de extremo contenido antijurídico”. Grifos propios.

Portanto, constata-se o importante papel dessa sistemática não só para a reforma ou até a revogação e derrogação de leis, como também para a implementação das decisões do Tribunal Interamericano³³⁷. Com isso, podemos notar dois objetivos principais: prevenir e/ou impedir a aplicação de leis que são manifestamente incompatíveis com a Convenção Americana – a exemplo das leis de anistia que permitem a impunidade de sérias violações aos direitos humanos³³⁸; e servir como um instituto legal que permita que todas as autoridades estatais cumpram propriamente com suas obrigações estabelecidas internacionalmente³³⁹.

1.4 O princípio *pro persona* como norteador do diálogo entre cortes

A principal ideia do Controle de Convencionalidade é a cooperação jurídica entre as

³³⁷ “69. (...) todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana”. CORTE IDH. *Gelman vs. Uruguay, Supervisión de cumplimiento de sentencia*. 20 mar. 2013. Disponível em: <

https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>, acesso em 10 fev. 2020. P.20.

³³⁸ Caso de grande destaque nessa temática foi o *Almonacid Arellano e outros vs. Chile* (julgado em 26 de setembro de 2006), no contexto em que o país perdoava os crimes cometidos durante o governo Pinochet. A Corte decidiu pela invalidez do decreto lei 2191/78 de “auto anistia”. Destaca-se também o caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil*, no qual a Corte Interamericana condenou o Brasil declarando que a Lei de anistia brasileira de 1979 era manifestamente incompatível com a Convenção Americana, carecendo de efeitos jurídicos, e esta não poderia representar um óbice para as investigações dos graves atentados aos direitos humanos das vítimas e familiares, nem para a identificação e punição dos responsáveis.

³³⁹ Vide caso *Atala Riffo e crianças vs. Chile*, 2012, em que a Corte IDH apontou que nenhuma decisão das autoridades nacionais poderia restringir os direitos de uma pessoa pela sua orientação sexual. Disponível em: <
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_por.pdf>, acesso em 22 fev. 2020.

Cortes nacionais e a Corte Interamericana, com foco nas questões relativas aos direitos humanos. Muitos países da América Latina internacionalizaram as suas constituições ao atribuir status constitucional ou supralegal à Convenção Americana, de sorte que essa doutrina serve como um instrumento para viabilizar que autoridades nacionais invoquem estandares do *corpus iuris* interamericano em suas decisões internas.

Entretanto, válido ressaltar que o seu propósito não é impor uma visão homogênea dos direitos humanos no Sistema Interamericano. O princípio *pro persona* e a lógica do pluralismo normativo são os principais atributos dessa metodologia, e os países devem sempre se atentar aos estandares mais protetivos, independentemente de terem sido trazidos ou não pelo *corpus iuris* internacional. Aqui não se trata do Constitucionalismo de Múltiplos Níveis de Ingolf Pernice, que almeja uma Constituição Mundial sem Estado, ou um Constitucionalismo pós-estatal; defende-se, na verdade - e para evitar um Constitucionalismo Hegemônico - recorrer à teses de Razão e Constituição transversais defendidas por Marcelo Neves, a fim de superar o clássico debate entre Monistas e Dualistas e seguir a aspiração do Instituto Max Planck para um entrelaçamento confederativo, em que a materialização dos direitos humanos deve sobressair-se à soberania dos Estados.

Nessa seara, a Corte Interamericana é da opinião que o direito internacional dos direitos humanos providencia os estandares mínimos de proteção, e não o máximo que os Estados podem fazer para garantir direitos às pessoas sujeitas à sua jurisdição. Não só os estandares internacionais estão em foco - devem ser considerados também aqueles definidos pelas Cortes nacionais quando se implementa o Controle de Convencionalidade no âmbito internacional. Para entender melhor essa lógica, analisa-se o seguinte trecho que explica o “princípio da complementariedade” tratado pela Corte na supervisão de cumprimento de sentença do caso *Gelman Vs. Uruguai*:

“70. La Corte estima pertinente precisar que la concepción del llamado control de convencionalidad tiene íntima relación con el “principio de complementariedad”, en virtud del cual la responsabilidad estatal bajo la Convención sólo puede ser exigida a nivel internacional después de que el Estado haya tenido la oportunidad de declarar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios medios. (...).

De tal manera, el Estado “es el principal garante de los derechos humanos de la personas, de manera que, si se produce un acto violatorio de dichos derechos, es el propio Estado quien tiene el deber de resolver el asunto a nivel interno y, [en su caso,] reparar, antes de tener que responder ante instancias internacionales como el Sistema Interamericano, lo cual deriva del carácter subsidiario que reviste el proceso internacional frente a los sistemas nacionales de garantías de los derechos humanos.

72. De tal modo, el control de convencionalidad es una obligación propia de todo

poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad³⁴⁰. Grifos próprios.

No âmbito brasileiro, o Ministro do Supremo Tribunal Federal brasileiro Celso de Mello assinalou que “o Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades civis, das franquias constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que foi confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções políticas do Poder Judiciário. (...) É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana”³⁴¹.

Assim sendo, os valores e princípios relativos à dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais são compartilhadas através dessa cooperação jurídica internacional, e o que estava antes refletido apenas nas Constituições dos países da região, hoje são reforçados pelos padrões trazidos pelos organismos internacionais. Através do diálogo legal, doutrinário e jurisprudencial, os patamares normativos mínimos de proteção aos direitos humanos vão sendo estabelecidos, e isso se trata de uma importante defesa da teoria do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina. A partir dessa leitura, tratarei no próximo capítulo especificamente sobre a importância desse diálogo para a garantia dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA) na região.

Capítulo II: A cooperação e o diálogo para a realização dos DESCA

³⁴⁰ CORTE IDH. *Supervisión de cumplimiento de sentencia caso Gelman vs. Uruguay*. Op. Cit. Pág. 72.

³⁴¹ Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 87.585-8. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 12 de março de 2008.

2.1 Importantes parâmetros para o diálogo judicial

Partindo da análise dos aspectos doutrinários e jurisprudenciais do Controle de Convencionalidade, enfocaremos na necessária implementação dos direitos de segunda geração em âmbito interno, através do diálogo e da cooperação internacionais. Para implementar os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, a mera abertura ao direito internacional dos direitos humanos (principalmente através do Controle de Convencionalidade) não se mostra suficiente, pois são direitos que, para serem efetivados, dependem de políticas públicas dos Estados para assegurar a educação, saúde, saneamento, alimentação, meio ambiente, água, trabalho, seguridade social, moradia, lazer, cultura, dentre outros direitos básicos para se ter uma vida digna.

Sabe-se que o Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador) e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) da Organização das Nações Unidas são importantes parâmetros para o Controle de Convencionalidade, devendo ser levados em conta pelos Estados-parte para que não haja regressividade ou omissão na implementação desses direitos. Ainda, reitera-se a imprescindibilidade da Declaração Universal de 1948, a Declaração Americana de 1948, o Pacto de San José, a Convenção de Viena, as Cartas da ONU e da OEA, e todas as Declarações e Protocolos adotados pelos organismos internacionais (como os direcionados às populações vulneráveis), que devem, em conjunto, também ser tratados como instrumentos do Controle.

Além destes, destaco como um importante parâmetro pertencente ao “bloco de convencionalidade”, a Declaração da ONU sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986, que traz expressamente que “Todos os seres humanos têm responsabilidade pelo desenvolvimento, individual e coletivamente, levando-se em conta a necessidade de pleno respeito aos seus direitos humanos e liberdades fundamentais, bem como seus deveres para com a comunidade, que sozinhos podem assegurar a realização livre e completa do ser humano e deveriam por isso promover e proteger uma ordem política, social e econômica apropriada para o desenvolvimento”. Para Allan Rosas, “A respeito do conteúdo do direito ao desenvolvimento, três aspectos devem ser mencionados. Em primeiro lugar, a Declaração de 1986 endossa a importância da participação. (...) Em segundo lugar, a Declaração deve ser concebida no contexto das necessidades básicas de justiça social. (...) Em terceiro lugar, a Declaração enfatiza tanto a necessidade de adoção de programas e políticas nacionais, como da cooperação

internacional. (...)”³⁴². Portanto, conforme já tratado, se não lidarmos com problemáticas como a pobreza e a exclusão na América Latina, que levam à falta de liberdades, esse desenvolvimento não é passível de ser atingido.

Voltando ao cenário interamericano, restou evidente a evolução gradual dos entendimentos da Corte e da Comissão IDH na implementação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais na região; nos últimos anos, a Corte IDH tem evidentemente se empenhado em ampliar os padrões em matéria DESC, de modo que há um número crescente de sentenças que reconhecem a justiciabilidade direta do artigo 26 da Convenção Americana, detalhando as obrigações estatais frente aos direitos como saúde, trabalho, estabilidade laboral, seguridade social, direitos ambientais, dentre outros. Esses esforços recentes remontam a pronunciamentos e votos dissidentes que, desde o final dos anos 80, tem apontado pela competência contenciosa em torno dos DESC. Mas o salto jurisprudencial mais ambicioso ocorreu em agosto de 2017, com a sentença do Caso *Lagos del Campo Vs. Perú* - trata-se da primeira sentença que declara a violação direta de um direito social, até então considerado justiciável de maneira indireta ou por conexão a certos direitos civis e políticos protegidos pela CADH.

Até então, o mais perto que a Corte tinha chegado da argumentação de justiciabilidade direta dos DESC através da Convenção Americana havia sido na sentença do caso *Acevedo Buendía Vs. Perú* de 2009, no qual a maioria do Tribunal descartou a violação do artigo 26, mas alegou que a proibição da regressividade se trata de uma obrigação justiciável. Esse posicionamento incorporou aos padrões interamericanos o defendido por uma parte considerável da doutrina especializada, segundo a qual o descumprimento de obrigações de efeito imediato derivadas do art. 1.1 e 2 da Convenção, assim como a regressividade no gozo dos DESC, podem ser objeto de escrutínio no marco da competência contenciosa dos órgãos do SIDH. Nessa esteira, os casos paradigmáticos revelados ao longo do presente estudo devem ser considerados pelos Tribunais nacionais dos Estados-partes em suas decisões internas, para que seja de fato garantida a integralidade dos direitos humanos das populações da região.

A partir da metodologia trazida pelo Controle de Convencionalidade, os poderes públicos em geral averiguarão seus atos jurídicos e administrativos utilizando como parâmetro não apenas a Constituição local ou nacional, mas também os padrões internacionais, como a jurisprudência, as opiniões consultivas da Corte, as recomendações emitidas, outras diretrizes e, claro, os Tratados, Declarações, Convenções e Protocolos internacionais de direitos

³⁴² ROSAS, Allan. *The Right to Development*. Op. Cit. P. 254-255.

humanos. A partir desse mapeamento dos seus atos, em consonância com a normatividade internacional ratificada e incorporada nacionalmente, os Estados devem criar e implementar as políticas públicas apropriadas para lidar com seus problemas estruturais e históricos, bem como os novos desafios que surgem na sociedade dinâmica em que vivemos, sempre com o olhar nos princípios da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, bem como nos princípios da não discriminação, da proibição do retrocesso, e na necessidade da garantia de um mínimo essencial à dignidade humana.

Para que haja uma efetiva cooperação jurídica internacional, devem estar envolvidos no processo, além do Poder Judiciário (que não deixa de ser a pedra angular para a aplicação da jurisprudência internacional no âmbito interno dos países), todos os atores da administração pública, além dos defensores públicos, acadêmicos, e a sociedade civil nacional e internacional, que possuem um papel primordial nessa relação dialógica entre os Estados e os sistemas internacionais de proteção. Desse modo, lembrando que a América Latina é a região mais desigual do mundo, tais atores são essenciais para a efetivação plena dos direitos humanos, através de uma litigância estratégica e articulada.

A cooperação internacional e essa relação dialógica são, assim, de substancial relevância quando abordamos os DESCs. Segundo o artigo XXII da DUDH, “Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”. Por sua vez, o artigo 2º (1) do PIDESC traz que “Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”.

Ainda, o artigo 15.4 do PIDESC aborda que “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura “. O artigo 11 também demonstra a importância da cooperação internacional para a efetiva promoção dos DESCs; a esse respeito, observam Philip Alston e Gerard Quinn que “O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais consagra três previsões que podem ser interpretadas no sentido de sustentar uma obrigação por parte dos Estados-partes ricos de prover assistência aos Estados-partes pobres, não dotados de recursos para satisfazer as obrigações decorrentes do Pacto. O artigo 2

(1) contempla a frase “individualmente ou através de assistência internacional e cooperação, especialmente econômica e técnica”. A segunda é a previsão do artigo 11 (1), de acordo com a qual os Estados-partes concordam em adotar medidas apropriadas para assegurar a plena realização do direito à adequada condição de vida, reconhecendo para este efeito a importância da cooperação internacional baseada no livre consenso. Similarmente, no artigo 11 (2) os Estados-partes concordam em adotar “individualmente ou por meio de cooperação internacional medidas relevantes para assegurar o direito de estar livre da fome”³⁴³.

Por sua vez, o Protocolo de São Salvador reconhece, em seu artigo 1º, que “Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo”. Nessa mesma linha, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento aborda, no artigo 3º, §3, que “Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações, de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional, baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como a encorajar a observância e a realização dos direitos humanos”.

Além disso, é fundamental adotar medidas que assegurem uma maior exigibilidade dos DESCAs, tais como a elaboração de indicadores técnico-científicos precisos capazes de mensurar os avanços e retrocessos na implementação desses direitos. No sistema global, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais apenas contempla o mecanismo dos relatórios a serem encaminhados pelos Estados, como forma de monitoramento dos direitos que enuncia; já no sistema regional interamericano, há a previsão do envio de petições à Comissão Interamericana de Direitos Humanos para a denúncia de violação do direito à educação e dos direitos sindicais, enunciados no Protocolo de São Salvador.

Essa medição é necessária para a continuidade da relação dialógica entre os sistemas internacionais de proteção e o sistema interno de cada país, pois apenas através desses dados se torna possível um efetivo monitoramento e visibilidade das situações locais e regionais

³⁴³ ALSTON, Philip; QUINN, Gerard. *The Nature and Scope of States Parties' obligations under the ICESCR*. 9 Human Rights Quarterly 156, 1987, p. 186, In: STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, 2000. P. 1327.

pelos organismos internacionais, garantindo a potencialidade da litigância internacional e da cooperação para propiciar avanços internos no regime de proteção dos direitos humanos. Outra estratégia é assegurar a visita de Relatores Especiais sobre temas afetos ao direito ao desenvolvimento e aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. As relatorias temáticas (sejam da ONU ou da OEA) constituem um meio eficaz de catalisar as atenções e dar visibilidade à determinada violação de direitos humanos, bem como de propor recomendações.

Esta é a maior contribuição que a aderência e o compromisso com os organismos internacionais de proteção pode oferecer: fomentar progressos e avanços internos na realização dos direitos humanos em um determinado Estado. Por isso, é de grande relevância a cooperação entre os entes internos e os internacionais. De acordo com a professora Kathryn Sikkink, "o Direito Internacional dos Direitos Humanos pressupõe como legítima e necessária a preocupação de atores estatais e não estatais a respeito do modo pelo qual os habitantes de outros Estados são tratados. A rede de proteção dos direitos humanos internacionais busca redefinir o que é matéria de exclusiva jurisdição doméstica dos Estados"³⁴⁴.

Se antes os Estados foram os protagonistas centrais da ordem internacional, vive-se hoje a emergência de novos atores internacionais, como as organizações internacionais, os blocos regionais, os indivíduos e a sociedade civil internacional, como as organizações não governamentais internacionais. O fortalecimento da sociedade civil, mediante um intercâmbio que promove uma rede de interlocução entre entidades locais, regionais e globais, bem como a consolidação do indivíduo como sujeito de direito internacional, demandam a democratização dos instrumentos internacionais; demandam, ainda, a obediência às diretrizes internacionais e a todo o Direito Internacional dos Direitos Humanos. O diálogo entre as cortes, a criação de políticas públicas com enfoque em direitos humanos, e a obediência aos mecanismos trazidos internacionalmente de amparo e controle na proteção e efetivação progressiva desses direitos, em especial dos DESCAs, é a garantia do respeito e da evolução desse sistema de cooperação e progresso no contexto fático defasado e problemático da América Latina em geral.

Portanto, esses cenários de pobreza, desigualdade, violência e injustiças tão presentes na região nos reclamam ações, que devem ser baseadas nos estándares, normas, recomendações, diretrizes, jurisprudência e nos tratados internacionais, já que o direito possui um potencial transformador que deve nos levar a um mundo mais justo. O *Ius Constitutionale Commune*, que estimula mudanças a partir desses estándares, possui esse potencial

³⁴⁴ SIKKINK, Kathryn. *Human Rights, Principled issue-networks, and Sovereignty in Latin America*. Op. Cit. P.413.

transformador de implementar os direitos e garantias previstos internacionalmente, e que visam alterar a realidade injusta e desigual da América Latina.

2.2 Diálogo judicial no direito comparado: lições da Argentina, Colômbia e Equador

Sabemos que a abertura dos ordenamentos jurídicos nacionais de numerosos países latino-americanos para o Direito Internacional dos Direitos Humanos é de especial importância e constitui o núcleo do ICCAL. O discurso comum do direito comparado é requisito para o constitucionalismo regional transformador, para fins de garantir a tríade Direitos Humanos, Democracia e Estado de Direito. O diálogo é um instrumento de transformação, afetando e retroalimentando os Estados, até que estes aceitem os ensinamentos e mecanismos dos órgãos internacionais de proteção.

Assim, para um breve e exemplificativo estudo do direito público comparado analisarei alguns julgados da Argentina, Colômbia e Equador, os quais trazem a perspectiva do *Ius Commune* para a efetivação dos direitos fundamentais, em especial, dos DESCAs. Destaco que o recorte metodológico desses três países não quer dizer que os outros não têm o que nos ensinar – pelo contrário, inclusive o Brasil teve recentes exemplos, no marco da pandemia do COVID-19, de julgados que trouxeram o *corpus iuris* internacional como ferramenta de afirmação dos direitos humanos; na verdade, o recorte se justifica por serem países onde existe um histórico de criação e fortalecimento de pontes conversacionais com outros Estados e com o sistema internacional de proteção, bem como a forte tradição de cumprimento das sentenças da Corte IDH. Como se tratam apenas de exemplos de diálogos jurisprudenciais frutíferos na região, escolhi me restringir aos três neste trabalho.

2.1.1 - Argentina

Apesar de não estar vinculado aos DESCAs, um caso emblemático argentino que merece ser ressaltado é o Acórdão nº 4015/17 de 5 de dezembro de 2017, em que há uma clara ponte dialógica entre a Corte Suprema de Justiça da Nação e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Direção de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores solicitou à Corte Suprema, órgão judicial máximo, que, como consequência da sentença "Fontevicchia e D'Amico vs. Argentina"³⁴⁵ – proferida pela Corte IDH em 29 de novembro de 2011 – deixasse sem efeito um acórdão transitado em julgado do ano de 2001, em que se condenava dois

³⁴⁵ CORTE IDH. *Caso Fontevicchia e D'Amico Vs. Argentina*. Sentença de 29 de novembro de 2011. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_238_por.pdf>, acesso em 05 out. 2019.

jornalistas por violarem a vida privada de Carlos Menem, em virtude de uma publicação em uma revista na qual informava a respeito de um filho não reconhecido do ex-presidente argentino. Para a Corte IDH, a Argentina havia violado o direito à liberdade de expressão dos jornalistas, determinando entre outras medidas, que fosse deixada sem efeito (revogada) a sentença condenatória civil da Corte Suprema e todas as suas consequências.

A Corte Suprema Argentina, então, decidiu primeiramente por indeferir o pedido de revogação da própria sentença, não dando cumprimento à decisão da Corte IDH; em sua argumentação, afirmou que não cabe a Corte revisar ou anular decisões judiciais estatais, sendo tal revogação juridicamente impossível à luz dos princípios de direito público argentino. Por seu turno, em uma resolução de 18 de outubro, a Corte Interamericana interpretou que o Estado argentino poderia cumprir seu pedido original por meio de "algum outro tipo de ato legal, diferente da revisão da sentença", como, por exemplo, a elaboração de uma "anotação indicando que este julgamento foi declarado uma violação da Convenção Americana pela Corte Interamericana " (parágrafo 21).

A Suprema Corte se reposicionou entendendo que a solicitação formulada estava de acordo com o ordenamento argentino³⁴⁶, e a medida sugerida não violava os princípios de direito público estabelecidos na Constituição Nacional (artigo 27). Por este motivo, ordenou-se a adição de declaração junto à decisão registrada no Decreto Judicial 324: 2895: "Este julgamento foi declarado incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos pela Corte Interamericana (sentença de 21 de novembro de 2011)". Isso demonstra a intenção da Corte em manter um debate aberto com o direito internacional dos direitos humanos, sendo a Argentina um exemplo de Estado que recepciona o Sistema Interamericano.

Além deste, destaca-se o *Fallo 337:611*³⁴⁷, que trata do direito das mulheres ao trabalho (especificamente a admissão de motoristas mulheres no transporte público). No caso, Mirtha Graciela Sisnero e a Fundação Entre Mulheres ajuizaram duas ações – uma de caráter individual e outra de caráter coletivo -, alegando violação do direito à igualdade e à não discriminação em razão do sexo, em virtude da não contratação de motoristas mulheres.

³⁴⁶ CIJ. *La Corte considera compatible con la Constitución el requerimiento de la Corte Interamericana de dejar asentada su decisión en una sentencia nacional previa*. Disponível em < <https://www.cij.gov.ar/nota-28770-La-Corte-considera-compatible-con-la-Constituci-n-el-requerimiento-de-la-Corte-Interamericana-de-dejar-asentada-su-decisi-n-en-una-sentencia-nacional-previa.html>>, acesso em 13 ag. 2020.

³⁴⁷ ARGENTINA. Suprema Corte de Justiça da Argentina. *Fallo 337.611*. Pleno. Recorrentes: Sisnero, Mirtha Graciela y otros. Recorrido: Taldelva SRL y otros (Autoridade Metropolitana de Transporte). CSJ, Buenos Aires, 20.05.2014. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7113781&cache=1504974289021>>, acesso em 02 jul. 2020.

O principal fundamento do pedido refere-se à prática da discriminação contra a mulher no mercado de trabalho e, em consequência, à necessidade de definir critérios de seleção igualitários, com base nos direitos às mesmas oportunidades de emprego (art. 1º, Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho, relativo à discriminação em matéria de emprego³⁴⁸); reforçou-se a necessidade de aplicar o princípio *in dubio pro operario*, segundo o qual o juiz, em caso de dúvida, deve escolher o caminho que melhor atenda à concretização do direito constitucionalmente reconhecido. Apontou-se violação no tocante aos compromissos assumidos pelo Estado Argentino ao adotar a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a mulher. Assim, o pedido principal fundamenta-se na demanda de proteção individual e coletiva para que os réus cessem a discriminação, por razão de gênero, que resulta na não contratação (por parte das empresas responsáveis pelo transporte público de passageiros) de motorista mulher.

O caso é paradigmático porque simboliza uma ruptura com práticas discriminatórias, e proporciona às mulheres maior acesso ao mercado de trabalho, como motoristas de ônibus do sistema de transporte público. A Suprema Corte Argentina, ao julgar, consignou que houve de fato afronta aos valores da dignidade humana, afetando direitos fundamentais das mulheres estabelecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, que determina o direito ao trabalho e o direito à igualdade, e que protege o trabalhador(a) contra discriminações arbitrárias. A Corte se ampara no direito internacional ao abordar:

Que esta Corte tiene dicho que los principios de igualdad y de prohibición de toda discriminación resultan elementos estructurales del orden jurídico constitucional argentino e internacional (Constitución Nacional, artº 16; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artº 2º; Declaración Universal de Derechos Humanos, arts. 2º y 7º; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 2.1 y 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 2º y 3º, Y Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.1 y 24, además de los tratados destinados a la materia en campos específicos: Convención Internacional sobre la Eliminación de todas

³⁴⁸ Art. 1:1. Para os fins da presente convenção o termo “discriminação” compreende: a) toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidade ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão; b) qualquer outra distinção, exclusão ou preferência que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento em matéria de emprego ou profissão que poderá ser especificada pelo Membro interessado depois de consultadas as organizações representativas de empregadores e trabalhadores, quando estas existam, e outros organismos adequados. 2. As distinções, exclusões ou preferências fundadas em qualificações exigidas para um determinado emprego não são consideradas como discriminação. 3. Para os fins da presente convenção as palavras ‘emprego’ e ‘profissão’ incluem o acesso à formação profissional, ao emprego e às diferentes profissões, bem como às condições de emprego.

las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre los Derechos del Niño, arto 2º y Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) .

En particular, en esta última se establece que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo, a fin de asegurar [...]b) el derecho a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección [...]y c) el derecho a elegir libremente profesión y empleo [...]" (arto 11; en igual sentido, Convenio n° 111 de la Organización Internacional del Trabajo, relativo a la discriminación en materia de empleo). Asimismo, de conformidad con el arto 2, "e" y "f", de dicha Convención, los Estados Partes se comprometen a "Tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas [...] adoptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos Y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer" (el resaltado no es del original).

(...)

En igual sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la Opinión Consultiva 18/03, párrafo 140, ha señalado que "en una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (erga omnes). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Drittwirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares"³⁴⁹ (grifos propios).

Ao longo do julgado, a Corte traz outras referências e destaques ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, trazendo força à sua argumentação.

Por sua vez, o *Fallo 323 1339*³⁵⁰ trata do direito à saúde, especificamente em relação ao combate e tratamento da AIDS. Trata-se de ação inicialmente promovida pela Associação Benghalensis e outras entidades governamentais (as quais desenvolvem atividades no combate à AIDS), objetivando a declaração judicial que obrigasse o Estado Nacional a prestar auxílio integral na assistência, tratamento e reabilitação dos doentes, especialmente

³⁴⁹ ARGENTINA. *Fallo 337.611. Op.Cit.* P. 3.

³⁵⁰ ARGENTINA. Suprema Corte de Justiça da Argentina. *Fallo 323.1339*. Pleno. Recorrentes: Asociación Benghalensis y otros. Recorrido: Estado Nacional - Ministério de Salud y Acción Social. CSJ, Buenos Aires, 01.06.2000. Disponível em: <
<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=4862491&cache=1504977662169>>, acesso em 02 jul. 2020.

através do fornecimento dos medicamentos necessários de forma contínua. Nessa esteira, caberia ao Estado Argentino garantir a distribuição dos medicamentos de forma contínua, uma vez que a interrupção do tratamento comprometeria a efetividade da droga, com sérias consequências para os enfermos.

A sentença reconheceu a obrigação da Argentina em combater a AIDS; o Estado, por sua vez, interpôs recurso defendendo que o fornecimento dos medicamentos não é sua obrigação exclusiva, devendo tal obrigação ser compartilhada com os demais entes e que, com fundamento no princípio da divisão dos poderes, o Judiciário não deveria interferir nessa questão.

Importa destacar esse julgado porque a Suprema Corte, ao negar esse recurso – reconhecendo a responsabilidade do Estado Nacional na luta contra a AIDS – ampara a sua argumentação no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Reconhece, assim, o dever do Estado Nacional de proteger a saúde pública com prioridade, uma vez que o direito à saúde está compreendido dentro do direito à vida. Aduz que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, asseguram a todas as pessoas o direito a ter sua saúde preservada por medidas sanitárias e sociais, por meio de ações positivas do Estado. Assim, ao trazer os padrões internacionais, impõe a obrigação de fazer do Estado - não apenas no que se refere ao dever de disponibilizar os medicamentos necessários para o diagnóstico e tratamento do vírus, mas também garantindo a regularidade e continuidade do tratamento médico, ressaltando que o Estado Nacional não pode transferir aos entes regionais a responsabilidade integral pelo acompanhamento e eficácia do projeto de luta contra a AIDS³⁵¹.

Esse caso é paradigmático e foi objeto de diversos trabalhos acadêmicos. Além de ser referência quanto à efetivação positiva do direito à saúde na Argentina, também inaugurou o entendimento da Suprema Corte no sentido de reconhecer a obrigação positiva do Estado à luz dos compromissos internacionais de direitos humanos relativos ao direito à saúde, trazendo o *corpus iuris* internacional nesse âmbito.

³⁵¹ “Que como puede notarse, esta Corte debió arrojar luz respecto a la normativa en juego y determinar el papel del Estado Nacional para el logro de fines tales como el afianzamiento de la salubridad en consonancia con los más altos principios fijados en la Carta Magna y los tratados internacionales. Tarea que no fue sencilla, pues la ley 23.798 versa sobre una cuestión de múltiples aristas, que ofrece las más variadas interpretaciones -entre otras razones- por la posibilidad de participación directa y efectiva de los estados provinciales en las decisiones de alcance nacional en la materia”. *Fallo 323.1339, op cit.*, p. 21-22.

Outro caso de destaque é o *Fallo 330:3853*³⁵², que retrata a necessidade de conceder um benefício assistencial para estrangeira residente na Argentina. A autora, de nacionalidade boliviana, padecia de uma incapacidade de caráter congênito, e morava na Argentina desde 2001. Em razão da incapacidade da criança, os pais requereram a concessão de pensão por invalidez, a qual foi negada sob o argumento de que ela não cumpria o requisito temporal de residência estabelecido em um decreto. Os pais, assim, argumentaram que a interpretação conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos ao art. 30 da Convenção Americana de Direitos Humanos reconheceu que somente a lei pode restringir direitos e liberdades, afirmando que, na hipótese, a restrição foi imposta pelo Poder Executivo e não pelo legislador, o que feriria tal exigência; ainda, os tratados internacionais de direitos humanos preconizam que uma restrição a um direito não pode ter como fundamento a distinção de nacionalidade, o que configuraria ato discriminatório.

Nessa linha, a conduta privava a menina do sistema de assistência social, afrontando a Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças e ferindo o direito à seguridade social, que constitui obrigação do Estado. Nos termos de numerosos tratados internacionais ratificados pela Argentina, cabe ao Estado conceder benefícios assistenciais, não contributivos, a todos aqueles que comprovarem atender aos requisitos legais, sem distinção entre estrangeiros e nacionais.

É válido citar esse caso porque nele foi abordado o conteúdo e a extensão dos Direitos de Seguridade Social e os limites da discricionariedade do Estado na regulação desses direitos. A argumentação utilizada pela Suprema Corte, no sentido de as prestações não contributivas não poderem ser vistas como “um favor” estatal, reforça o reconhecimento dos direitos sociais como um compromisso do Estado em garantir uma sobrevivência mínima e vital às pessoas, fortalecendo o respeito e promoção dos direitos fundamentais. Além disso, o caso leva a construção de uma jurisprudência de não discriminação, que reconhece o tratamento humano e igualitário entre as pessoas, sobrepondo o dever do Estado de garantir a dignidade da pessoa humana, independentemente de sua nacionalidade; estabelece, ainda, um compromisso maior para garantia da proteção social a todos aqueles que vivem em seu território.

A Corte Suprema, ao julgar, utiliza o *corpus iuris* internacional - à luz do art. XVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, deve-se reconhecer que a

³⁵² ARGENTINA. Suprema Corte de Justiça da Argentina. *Fallo 330.3853*. Pleno. Recorrentes: Luisa Aguilera Mariaca e Antonio Reyes Barja representando Daniela Reyes Aguilera. Recorrido: Estado Nacional. CSJ, Buenos Aires, 04.09.2007. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6323981&cache=1524160223004>>, acesso em 02 jul. 2020.

pessoa tem o direito à seguridade social que a proteja contra as consequências advindas da deficiência, de modo a ter assegurada a sua subsistência. Aborda também o art. 25 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o qual reconhece o direito ao seguro, em caso de invalidez e incapacidade, bem como o art. 9º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que reconhece o direito à seguridade social. Destaca também os estándares da Corte IDH a partir do caso *Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala* (1999), o que demonstra o diálogo judicial adotado pela Corte da Argentina para garantir o direito da criança boliviana à pensão.

Na mesma linha, o *Fallo* 334:829³⁵³ também trata do direito à pensão, abrangendo o direito à pensão por morte de parceiro homoafetivo - no caso, o autor ajuizou uma ação objetivando o reconhecimento do direito à pensão por morte de seu companheiro. Alegou que viveu com seu parceiro de 1955 até a data de sua morte, em junho de 1966, em união estável, com coexistência pública e acordo de permanência, fidelidade e assistência mútua. O casal, por meio de escritura pública, instituiu um ao outro como herdeiros únicos e universais. O pedido foi julgado improcedente em primeira instância, sendo esta decisão confirmada pela 3ª Câmara federal de Previdência Social, ambas fundamentadas na impossibilidade de reconhecimento de vínculo conjugal entre pessoas do mesmo sexo. Inconformado, o autor apresentou Recuso Extraordinário à Suprema Corte Argentina.

A Corte, uma vez mais, se valeu do *corpus iuris* em matéria de seguridade social para reconhecer o direito à pensão ao cônjuge sobrevivente de uma relação de união estável entre pessoas do mesmo sexo. Ressaltou que os documentos internacionais também têm hierarquia constitucional, razão pela qual se deve tomar em conta o texto da Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 25, que reconhece a qualquer pessoa, sem qualquer distinção de sexo ou orientação sexual, o direito à proteção pecuniária diante da perda de seus meios de subsistência. De igual maneira, o PIDESC reconhece a cada pessoa o direito à segurança social, incluindo acesso ao seguro social (art. 9º). Observou que as convenções internacionais também orientam a eliminação de todas as formas de discriminação, de sorte que o sistema jurídico argentino não poderia validar a negativa da pensão. Portanto, o caso é paradigmático tanto por reconhecer, pela primeira vez, o direito à pensão entre homossexuais, quanto por trazer importantes lições de hermenêutica previdenciária, ressaltando que a

³⁵³ ARGENTINA. Suprema Corte de Justiça da Argentina. Fallo 334.829. Pleno. Recorrentes: P.A (processo em segredo de justiça). Recorrido: ANSES. CSJ, Buenos Aires, 28.06.2011. Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=56121&cache=1524234676404>>, acesso em 03 jul. 2020.

legislação deve ser interpretada no sentido de harmonizar-se com os padrões internacionais de proteção.

Por fim, destaca-se caso em que se aborda a autorização para indução de parto (*Fallo: 324:5*)³⁵⁴. Neste, as autoridades de um hospital de Buenos Aires se negaram a realizar os procedimentos médicos cabíveis a uma mulher que estava em adiantado estado de gravidez de um feto anencefálico, e não pretendia continuar a gravidez, por significar um verdadeiro tormento, afetando, sobremaneira, a sua saúde física e mental. O julgamento da Corte foi no sentido de que o simples objetivo de prolongar a vida intrauterina do nascituro não pode prevalecer diante do dano psicológico da mãe, por saber que carrega em seu ventre um feto com viabilidade zero de vida extrauterina – feto anencefálico –, sofrimento que não foi apenas endossado pela declaração dos médicos, mas que o senso comum permite entender. A decisão se amparou em um rico *corpus iuris* internacional, utilizando padrões trazidos tanto pelo sistema regional quanto pelo sistema internacional. Segundo um dos ministros,

Que el recurso extraordinario es formalmente procedente, por hallarse en juego la interpretación de normas federales (arts. 14, 14 bis, 18, 19, 33, 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y **la Declaración Universal de Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Convención Americana sobre los Derechos Humanos - Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; ley 23.849 aprobatoria de la Convención de los Derechos del Niño; la Convención de los Derechos del Niño; Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, tratados de jerarquía constitucional**) y haber sido la decisión apelada contraria a los derechos que el recurrente **sustenta en dichas normas**. (...) Ese grave daño psíquico de la actora -que sin duda han de padecer quienes componen su grupo familiar, incluida su hija de doce años- representa una lesión a su derecho a la salud que se encuentra protegido por tratados de rango constitucional (conf. art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), art. 12. incs. 1 y 2 de la **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer que impone a los estados partes adoptar todas las medidas apropiadas para eliminar discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica, a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres el acceso a servicios de atención médica y el art. 12 inc. 2 del mismo tratado en cuanto dispone que los estados partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario; también el art. 10,**

³⁵⁴ ARGENTINA. Suprema Corte de Justicia da Argentina. *Fallo 324.5*. Pleno. Recorrentes: Assessor Geral de Incapazes. Recorrido: S.T. CSJ, Buenos Aires, 11.01.2001. Disponível em: <<http://www.defensoria.org.ar/wp-content/uploads/2016/10/T.-S.-c-GCBA-s-Amparo.pdf>>, acesso em 20 jun. 2020.

inc. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 4 inc. I de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ley 153, art. 3 de dicha Ciudad³⁵⁵. (grifos próprios)

O Judiciário argentino se alimenta com elementos de tribunais internacionais, e esses exemplos demonstram que os debates realizados ajudaram a enriquecer e definir os alcances e interpretação dos direitos e instituições atuantes. O caso da Argentina poderia ser caracterizado como um progresso na região, posto que busca valorizar e incorporar os padrões do sistema internacional de proteção, através de um diálogo cooperativo e protetivo.

2.1.2 – Colômbia

No emblemático caso T-025/04³⁵⁶, a Corte Constitucional da Colômbia lidou com o estado de coisas inconstitucional referente ao deslocamento forçado – e a violação estrutural de diversos direitos sociais. No momento da decisão, o país tinha mais de 3,5 milhões de pessoas deslocadas internamente, a maior população do mundo nessa situação. Foram reunidos diversos processos, em que associações, procuradores municipais e cidadãos ajuizaram ações de tutela em razão de problemas no conteúdo e alcance da política estatal de atendimento às vítimas do deslocamento forçado. Os principais problemas apontados foram: (i) a grave situação de vulnerabilidade que atinge a população deslocada; (ii) o longo tempo decorrido sem obter os auxílios previstos na política para atenção à população deslocada; (iii) o grande volume de ações de tutela propostas pelos deslocados, e o fato de que a propositura de tais ações ter se convertido, na prática, em uma pré-condição para obtenção da ajuda solicitada; (iv) o caráter reiterado e persistente dos problemas abordados. Constatou-se que, durante o deslocamento, diversos direitos constitucionais eram afetados, considerando as circunstâncias de especial vulnerabilidade e ausência de mecanismos de defesa em que se encontram os forçadamente deslocados.

A Corte, ao reconhecer o estado de coisas inconstitucional no âmbito do deslocamento forçado, traz padrões internacionais na matéria e considera violados os direitos da população deslocada em geral à uma vida digna, à integridade pessoal, à igualdade, à saúde,

³⁵⁵ ARGENTINA. *Fallo 324.5 Op. Cit.*, p. 34 e 37.

³⁵⁶ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. T-025/04. Terceira Sala de Revisão. Autor: Fundação Ayudémonos FUNDYUDE e outros. Réu: Red de Solidaridad Social e outros. Relator(a): Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 22 de janeiro de 2004. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

à educação, ao acesso à justiça, ao trabalho, à seguridade social, ao mínimo vital, à proteção especial devida às pessoas idosas, à mulher e às crianças. Assim, a Corte Colombiana fundamenta a sua decisão nos princípios do direito internacional humanitário, como os Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos de 1998 da ONU, constatando que:

“Para definir el nivel mínimo de satisfacción de los derechos constitucionales de las personas desplazadas, debe hacerse una distinción entre (a) el respeto por el núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales de los desplazados, y (b) la satisfacción, por parte de las autoridades, de ciertos deberes prestacionales derivados de los derechos reconocidos a nivel internacional y constitucional en cabeza de los desplazados” (...) “observa la Sala que **la mayor parte de los derechos reconocidos por la normatividad internacional y la Carta Política a las personas desplazadas imponen a las autoridades, por las circunstancias mismas en que se encuentran los desplazados, claras obligaciones de carácter prestacional, que necesariamente implicarán un gasto público. Es allí, en la preservación de las condiciones más básicas que permiten sobrevivir con dignidad, donde se debe trazar un límite claro entre las obligaciones estatales de imperativo y urgente cumplimiento frente a la población desplazada, y aquellas que, si bien tienen que ser satisfechas, no tiene la misma prioridad**”.

(...)

“El goce efectivo de los derechos de fuerte contenido prestacional - como los derechos sociales- depende de que el Estado cree y mantenga las condiciones para dicho goce y adopte políticas encaminadas a su progresiva realización. Un Estado dispone de un margen amplio de decisión al respecto. Sin embargo, **de las obligaciones adquiridas por la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), se derivan unos requisitos mínimos plasmados en la Observación General 1 adoptada por el Comité que interpreta dicho Pacto Internacional. Estos son: (i) la elaboración y actualización periódica de un diagnóstico de la situación en que son ejercidos y disfrutados tales derechos por la población; (ii) el diseño de políticas públicas encaminadas a lograr progresivamente la realización plena de tales derechos las cuales han de incluir metas específicas para medir los avances en los plazos fijados; (iii) la divulgación periódica de los resultados alcanzados y de las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales –incluidas las organizaciones no gubernamentales- participen en la evolución de las políticas públicas pertinentes y se identifiquen las fallas, dificultades o circunstancias que inhiben la plena realización de los derechos con miras a su revisión o a la elaboración de nuevas políticas públicas más apropiadas.**”³⁵⁷(grifos próprios).

³⁵⁷ Ibid.

A Corte colombiana também abordou o estado de coisas inconstitucional no âmbito do sistema penitenciário (Caso T-762/15³⁵⁸). O julgamento abrange um conjunto de ações de tutela que apontam problemas estruturais nos presídios, levando em conta a superlotação e a má qualidade dos serviços, que se estendem ao nível nacional a todo o sistema penitenciário, gerando graves problemas de saúde física e psicológica aos presos. São exemplos dos problemas apresentados: (a) o relato sobre a existência de apenas uma ducha e de três banheiros para 800 presos, o mau cheiro e a proliferação de roedores e insetos; (b) o fato de que os internos têm que dormir no chão das celas ao lado dos banheiros; (c) a falta de acesso à luz solar e a medicamentos; (d) o fato de que os presos dormem nos corredores, a presença de epidemias, a péssima alimentação e a falta de intimidade em visitas conjugais; (e) o relato sobre a existência de problemas de saúde severos, carência de sanitários e de água potável, bem como a realização dos banhos em um poço de sistema artesanal; e (f) a deficiência dos serviços sanitários, escassez de água e de espaço de mobilidade, além da proliferação de doenças e dos precários serviços de saúde. A Corte reconhece, assim, o estado de coisas inconstitucional, o que impede a proteção dos direitos fundamentais, como o direito a ter uma vida digna, direito à saúde, a um ambiente saudável, à integridade física, à igualdade e à intimidade.

No julgamento, a Corte traz estándares reconhecidos internacionalmente para considerar que o mínimo para a proteção da dignidade humana não foi garantido dentro dos presídios do país. Abordou-se que devem ser levados em conta os instrumentos internacionais para delinear as condições mínimas de subsistência física e humana às pessoas privadas de liberdade, reconhecendo que, ante a ausência de normas técnicas destinadas a proteger essa população, deve-se recorrer à expertise das organizações internacionais para que sejam construídas normas suficientemente protetivas. Portanto, a Corte se vale das diretrizes internacionais para fixar as exigências necessárias para garantir a dignidade humana dos presos, de modo que o caso é emblemático por tratar da evolução do tratamento dado pela Corte tanto ao instituto do estado de coisas inconstitucional, quanto ao sistema carcerário como um todo.

Outro caso de destaque é o T-760/082³⁵⁹, que aborda a necessidade da reestruturação do sistema de saúde da Colômbia. A argumentação permeia o direito à saúde

³⁵⁸ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-762/15*. Quinta Sala de Revisão. Autor: Diosemel Quintero Bayona e outros. Réu: EPMSC, Cárcel Modelo de Bucaramanga, Pabellón Cuarto.e outros. Relator(a): Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 16 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>>, acesso em: 03 jul. 2020.

³⁵⁹ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. *T-760/08*. Segunda Sala de Revisão. Autor: Personeria Distrital Delegada em Derechos Humanos en Cartagena e outros. Réu: Ministerio de la Protección Social.

como um direito constitucional fundamental, e a importância da garantia da prestação dos serviços de saúde, em situações em que o acesso a esses serviços foi negado. Citam-se vários padrões internacionais na matéria, como o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que prevê, no art. 12, o direito de toda pessoa de desfrutar do mais alto nível possível de saúde física e mental; e a Convenção 169 da OIT, no que concerne aos serviços de saúde pertinentes aos povos indígenas.

A Corte colombiana aborda padrões do Comitê DESC relacionados ao direito à saúde³⁶⁰, alegando que “Como se ha reconocido internacionalmente, el derecho a la salud se ‘desprende de la dignidad inherente de la persona humana’. No es posible, por lo tanto, aceptar indefinidamente que a las personas que menos recursos tienen en la sociedad sólo se les garantice el acceso a algunos de los servicios de salud que se consideran básicos. La obligación de unificar los planes de servicios de salud del régimen contributivo y subsidiado, surge pues, del deber constitucional de garantizar a toda persona el acceso a los servicios de salud en condiciones de universalidad y equidad (art. 49, CP; art. 2 y 12, PIDESC). De hecho, de acuerdo con el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Colombia tiene la obligación de ‘garantizar el ejercicio’ del derecho a la salud (artículo 12 del Pacto), sin discriminación alguna, entre otras razones, por motivos de ‘posición económica’.

Ao longo do julgamento, são abordados diversos compromissos internacionais que a Colômbia assumiu, demonstrando claramente a importância desses padrões para que os direitos fundamentais sejam concretizados no país³⁶¹. A Corte, nessa linha, faz uma construção histórica do direito à saúde em âmbito internacional, analisando as obrigações reconhecidas internacionalmente, como os entendimentos da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e as declarações no contexto interamericano e universal sobre o

Relator(a): Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, 31 de julho de 2008. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2008/t-760-08.htm>>, acesso em: 03 jul. 2020.

³⁶⁰ “El Comité advierte que ‘todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente’, y resalta que se trata de un derecho ampliamente reconocido por los tratados y declaraciones internacionales y regionales, sobre derechos humanos. Observa el Comité que el concepto del ‘*más alto nivel posible de salud*’ contemplado por el PIDESC (1966), tiene en cuenta tanto las condiciones biológicas y socioeconómicas esenciales de la persona como los recursos con que cuenta el Estado, en tal sentido es claro que éste no está obligado a garantizar que toda persona goce, en efecto, de ‘buena salud’, sino a garantizar “toda una gama de facilidades, bienes y servicios” que aseguren el *más alto nivel posible de salud*. En tal sentido, considera que ‘el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud’; entre ellos ‘la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano.’ *Op. Cit.*, pár. 3.4.2.2.

³⁶¹ Vide segundo anexo, página 31, no qual a Corte Colombiana traz um capítulo específico referente ao direito à saúde à luz dos sistemas de proteção de direitos humanos, internacional e interamericano.

bem-estar social. Aborda, assim, a importância das principais declarações, convenções e tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país. Segundo a Corte,

“En la medida en la que el Constituyente de 1991 consideró que ‘los derechos’ y ‘los deberes’ consagrados en la Constitución Política de Colombia **deben interpretarse ‘de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia’ (CP, art. 93), es preciso exponer el contenido y alcance de dichos tratados.** Para presentar la génesis y desarrollo del derecho a la salud, **se tendrán en cuenta los diversos instrumentos de derecho internacional acordados o proferidos a lo largo de cuatro momentos.** El primero, la aparición de las primeras declaraciones de derechos, las cuales se proferían en contextos nacionales, por lo general, de intensos cambios políticos. Se trata de un extenso periodo de tiempo, que va desde los últimos años del siglo XVIII, durante las revoluciones burguesas que producen las primeras declaraciones de derechos, hasta la mitad del siglo XX. El segundo momento es el lapso durante el cual se crea la Carta Internacional de Derechos Humanos. Va desde el final de la segunda guerra mundial, 1948, año de la Declaración Universal hasta finales de la década de los sesenta, años en los que se adoptaron los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En este periodo se dan también las declaraciones interamericana y europea de derechos humanos, y se fundan las bases de estos dos sistemas regionales de protección de los derechos. El tercer periodo es en el cual entra en vigor la Carta Internacional de Derechos Humanos (1976) y se crean los instrumentos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos, está comprendido por las décadas de los años setenta y de los años ochenta. El cuarto y último periodo, es en el cual **los órganos encargados de interpretar y monitorear el cumplimiento de las obligaciones emanadas de los pactos de derechos humanos, se han pronunciado acerca de la interpretación y el alcance de los derechos y deberes de dichas disposiciones.** (grifos propios).

Portanto, o caso é relevante porque promoveu extenso debate a respeito do direito à saúde e a estrutura do sistema de saúde no país, tendo como fundamento os padrões internacionais de direitos humanos para a concretização desse direito. Esse caso resultou na reforma no sistema de saúde por parte das entidades regulatórias, tendo como consequência a Lei nº 1751 de 2015 (Lei Estatutária da Saúde). Além de proferir os denominados “remédios estruturais”, a Corte estabeleceu um sistema complexo de monitoramento das ordens proferidas, para garantir a efetividade da decisão.

A seu turno, no caso T-616/10³⁶² a Corte Constitucional Colombiana tratou da importância de outro DESC: o direito à água. Tendo como relator Luis Ernesto Vargas Silva³⁶³, a Corte decidiu que direito à água é um pré-requisito para que sejam usufruídos outros direitos - exemplo disso é o direito à educação: segundo a Corte, para garantir o funcionamento de uma escola, é necessário ter acesso a serviços públicos como o abastecimento de água e esgoto. Segundo a Corte, “a carência de água para consumo humano alegada nos casos é uma situação que põe em risco a vida, a saúde e a dignidade das pessoas afetadas e, diante dela, a ação de tutela é o mecanismo mais idôneo e eficaz para sua proteção. (...) a entidade recorrida violou o direito fundamental do recorrente à água, negando-se, em diferentes oportunidades e com diferentes argumentos, a conectar o lugar de residência ao sistema de água e esgoto da cidade. Por esse motivo, pôs em perigo constante a dignidade humana do autor e sua família, pois os impediu de gozarem das condições materiais mínimas de existência para realizarem seus projetos vitais dentro da sociedade. Em atenção a isso, a Sala revogará a decisão adotada pelo Juiz com Função de Conhecimento de Medellín e, em seu lugar, tutelar os direitos do peticionário à vida digna, à saúde e à água” (tradução livre).

O *corpus iuris* internacional relacionado a esse direito foi efetivamente considerado ao longo da decisão, apontando que “el derecho al agua es considerado como un derecho económico y social, derivado de los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales – PIDESC. También hace parte del derecho a la mujer a gozar de condiciones de vida adecuadas, y de los derechos de los niños y niñas a que se combatan las enfermedades y la malnutrición a la que pueden verse expuestos a través, entre otras cosas, del suministro de agua potable”. Argumenta que o conteúdo e o alcance do direito à água deve ser interpretado à luz do PIDESC e da Observação Geral nº 15 do Comitê DESC, bem como toda a interpretação concernente aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pela Colômbia. Segundo a Corte, “aunque estos documentos no se incorporen de manera automática al bloque de constitucionalidad, sí constituyen un criterio hermenéutico relevante y un límite para el legislador”.

O caso merece destaque justamente por trazer os padrões internacionais relacionados ao direito à água, considerada – com base nesses padrões - como uma garantia fundamental “que se traduz no acesso a um serviço público de aqueduto que forneça água para

³⁶² COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. T-616/10. Nona Sala de Revisão. Autor: Hernán Galeano Días e outros. Réu: Empresas Públicas de Medellín E.S.P e outros. Relator: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, 5 de agosto de 2010. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-616-10.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

³⁶³ Comissário da OEA de 2017 a 2019.

o consumo humano, em condições de disponibilidade, qualidade, acessibilidade e não discriminação” (tradução livre). A Corte ressaltou o dever de uso dos melhores meios disponíveis para que o direito à água seja uma realidade para a população colombiana.

Destaco, por fim, o julgamento nº T-523/16³⁶⁴, relacionado ao direito à educação (para crianças com necessidades especiais). Neste, a autora é mãe de uma criança que tem transtorno de linguagem misto, déficit de atenção e hiperatividade. Desde 2003, seu filho menor e os estudantes do mesmo colégio eram amparados por serviços educativos regulares com enfoque em crianças e jovens com necessidades especiais; no entanto, a Secretaria de Educação do município informou aos encarregados da educação dos alunos que os colégios não atendiam aos percentuais mínimos para serem habilitados à contratação pelo Estado. Em consequência, as crianças matriculadas em escolas particulares contratadas pelo Estado seriam direcionadas a escolas públicas com apoios pedagógicos para atender suas necessidades individuais.

A Corte decidiu que, em um prazo máximo de seis meses, o Ministério da Educação deveria criar um método de avaliação de planos educacionais que fosse inclusivo para as pessoas com necessidades especiais. Ainda, determinou que o Ministério da Educação implementasse uma estratégia de diálogo mais eficaz entre os colégios, sociedade, ONGs, instituições do Estado, profissionais da área, pessoas com deficiência e suas famílias, para que sejam informados a respeito do modelo de educação inclusiva. Para amparar essa argumentação, destacou estándares, tratados e convênios internacionais, aduzindo que “[l]a separación entre personas con discapacidad y personas sin discapacidad en instituciones de educación regular sigue siendo contrario a los estándares internacionales en materia de educación y de respeto a los derechos de las personas con discapacidad”, e apontou a necessidade de garantir o direito ao desenvolvimento pleno da personalidade humana à luz do PIDESC, da Observação Geral nº 13 do Comitê DESC, da Declaração Universal de Direitos Humanos, da Convenção sobre os Direitos da Criança, da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU.

Desse modo, o caso é paradigmático porque trouxe os entendimentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos ao enfrentar o modelo de avaliação das instituições

³⁶⁴ COLÔMBIA. Corte Constitucional da Colômbia. T-523/16. Quinta Sala de Revisão. Autor: Margarita María Atehortúa Ortega. Réu: Ministério de Educación-Dirección de Cobertura e Equidad. Relatora: Gloria Stella Ortiz Delgado. Bogotá, 21 de setembro de 2016. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-523-16.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2020.

educacionais capazes de contratar com as entidades territoriais, com o objetivo de proteger o direito à educação para as pessoas com necessidades especiais.

2.1.3 – Equador

A sentença nº 001-10-SIN-CC³⁶⁵ da Corte Constitucional Equatoriana traz o julgamento, em conjunto, de duas ações de inconstitucionalidade em relação à Lei de Mineração no Equador, com os argumentos que esta possibilitava a concessão e exploração de minérios dentro dos territórios indígenas e de povos tradicionais sem a realização de consulta prévia a estas populações. Desse modo, a nova legislação conferia liberdade de prospecção aos detentores de concessões de mineração, impactando diretamente nos direitos à propriedade, moradia, saúde, água, integridade do território e *buen vivir* dessas populações tradicionais.

Esse julgamento é um marco importante por analisar os dispositivos da lei nacional à luz dos padrões internacionais de direitos humanos. A Corte, ao longo de sua argumentação, analisou a Convenção nº 169 da OIT e a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas da ONU para criar padrões relativos ao direito à consulta prévia desses povos, alegando que tais padrões deveriam ser utilizados enquanto não fosse elaborada lei específica para tratar da matéria. Além disso, se baseou na Convenção Americana de Direitos Humanos, no PIDESC e no Protocolo de San Salvador para fundamentar a sua decisão.

Assim, nesse procedimento de consulta aos povos tradicionais do Equador, a Corte Constitucional alegou que: “(...) Uma consideração importante é o caráter substancial e não somente processual da consulta prévia como direito coletivo, assim como o reconhecimento do caráter medular do art. 6º do Convênio nº 169 da OIT, dentro do núcleo essencial do citado Convênio. Os parâmetros específicos desenvolvidos pela OIT que deverão ser levados em conta são: a) o caráter flexível do procedimento de consulta, que deve levar em conta o direito de cada Estado e das tradições, usos e costumes dos povos consultados; b) o caráter prévio da consulta (...); c) o caráter público e informado da consulta; d) o reconhecimento de que a consulta não se esgota na mera informação ou na publicização da medida (...); e) a obrigação de todos os indivíduos de atuarem de boa-fé. A consulta deve constituir um verdadeiro mecanismo de participação, cujo objeto seja a busca do consenso entre os participantes; f) a difusão pública e a destinação de um tempo razoável para cada uma das fases do processo (...); g) a definição prévia e concertada do procedimento (...); h) a definição prévia e concertada dos

³⁶⁵ EQUADOR. Corte Constitucional del Ecuador. *Sentença 001-10-SIN-CC*. Relator: Nina Pacari Vega. *Registro Oficial nº 176, 21.14.2010*. Disponível em: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2010/001-10-SIN-CC/REL_SENTENCIA_001-10-SIN-CC.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2020.

atores da consulta (...); i) o respeito à estrutura social e aos sistemas de autoridade e representação dos povos consultados (...); j) o caráter sistemático e formalizado da consulta (...); l) quanto ao alcance da consulta, embora ela não vincule o Estado e suas instituições, a opinião dos povos consultados tem uma conotação jurídica especial, assemelhada ao *soft law* do direito internacional (...)"³⁶⁶ (tradução livre).

Portanto, a Corte deu procedência parcial ao argumento dos oponentes da Lei de Mineração, declarando-a inconstitucional com o fundamento de que esta não respeitava os direitos dos povos indígenas estabelecidos constitucionalmente e em tratados, convenções e declarações internacionais. O precedente, assim, normatizou a promoção e garantia do direito à consulta prévia, estabelecendo a obrigação da sua realização a despeito da inexistência de regulamentação legislativa a respeito, e valendo-se do *corpus iuris* internacional para estipular os padrões a serem aplicados durante a realização do procedimento.

Também em relação aos povos indígenas, a Sentença nº 0008-09- SAN-CC³⁶⁷ trouxe o tema do direito de acesso à educação superior por esses povos. No caso, o Conselho de Educação Superior do Equador (CONESUP) impediu que a Universidade Intercultural das Nacionalidades e Povos Indígenas promovesse a abertura de programas acadêmicos mais próximos às comunidades tradicionais e indígenas distantes - visando a facilitar o seu acesso à educação superior -, com base no argumento de a instituição ter sido autorizada a funcionar apenas com sede em Quito. O CONESUP sublinhou que a abertura de novos *campi* ou programas acadêmicos só poderia ocorrer após transcorridos cinco anos de regular funcionamento da universidade, requisito que a instituição requerente não cumpria. Nessa esteira, postulou-se que a Corte Constitucional declarasse o descumprimento pelo CONESUP dos preceitos insculpidos no bloco de constitucionalidade formado pelos artigos 2º, 3º e 27 da Convenção nº 169 da OIT, assentando que estratificam princípios com perspectiva intercultural e, por consequência, requereram que o Conselho deferisse o funcionamento dos programas acadêmicos nas localidades próximas às comunidades tradicionais e indígenas.

Em sua argumentação, a Corte declarou o descumprimento da normativa internacional e nacional por parte do CONESUP, determinando que este órgão incorporasse em todos os seus atos jurídico-administrativos que tenham relação com nacionalidades e povos indígenas, afrodescendentes e montúbios, princípios com perspectiva intercultural e amparados

³⁶⁶ EQUADOR. *Sentença 001-10-SIN-CC*. Op.Cit. P. 53-55.

³⁶⁷ EQUADOR. Corte Constitucional del Ecuador. *Sentença 0008-09-SAN-CC*. Relator: Nina Pacari Vega. *Registro Oficial* nº 97, 29.12.2009. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/images/contenidos/gaceta-constitucional/Gaceta011.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

pelos padrões internacionais, de forma a aplicar em sua integralidade os direitos destes povos. Segundo a Corte Equatoriana,

“(...)el derecho a la educación intercultural, el respeto de los conocimientos ancestrales, su manejo, estructura, desarrollo, no pueden quedar sometidos a un criterio extraño a su realidad y cosmovisión, pues se condiciona el ejercicio de sus derechos y se limita el mandato constitucional reconocido a las nacionalidades y pueblos indígenas. **El CONESUP y sus autoridades, el Estado ecuatoriano mismo, deben hacer un esfuerzo para que el eje rector de la diversidad cultural, producto de la pluriculturalidad del país, se incorpore al sistema educativo y así se permita que se cumpla con lo establecido en la Constitución y en los convenios y pactos internacionales sobre los derechos humanos y derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas.** Toda autoridad e institución, pública o privada, tiene el deber de enfatizar en todos los casos que se ponen a su conocimiento y tratamiento, una política de reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, realizando un procedimiento diferenciado para configurar, mediante un referente de cultura, el camino idóneo para permitir desarrollar los derechos de las nacionalidades y pueblos indígenas.”³⁶⁸(grifos próprios).

Esse caso é emblemático não só porque garantiu a prevalência do princípio da interculturalidade sobre normas internas de ensino, permitindo que uma universidade funcionasse em bases diferentes das acordadas, mas sobretudo porque impôs a incorporação dos princípios e normas internacionais relativas aos direitos desses povos pelo próprio sistema de ensino.

Além destes, destaco também a sentença nº 146-14-SEP-CC³⁶⁹ sobre direito à moradia, direito ao bem viver e direito à propriedade. Trata-se do fato que, no ano de 2004, a Municipalidade Metropolitana de Quito começou a realizar trabalhos de alargamento do beco existente do lado leste do imóvel de propriedade do requerente. As obras em questão acabaram por destruir a casa, obrigando sua família a abandoná-la às pressas. A família do requerente foi, então, compelida a providenciar outro local para moradia, sem ter recursos para tanto. Todos estes fatos ocorreram sem que o Município tivesse declarado o imóvel de utilidade pública ou promovido a correspondente indenização por danos.

³⁶⁸ EQUADOR. *Sentença 0008-09-SAN-CC. Op.Cit.* P. 3-4.

³⁶⁹ EQUADOR. Corte Constitucional del Ecuador. *Sentença 146-14-SEP-CC*. Relator: Patricio Pazmiño Freire. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/146-14-SEP-CC.pdf>>, acesso em 30 jun. 2020.

A Corte Constitucional do Equador, amparada por estándares internacionales – e reconhecendo o valor dos tratados internacionales incorporados pelo país – trata do direito à moradia adequada como fundamental para uma vida digna, argumentando do seguinte modo:

“En este sentido, como bien se desprende del texto constitucional, **el derecho a la vivienda digna, ligada a un enfoque social, ambiental y ecológico, tiene estrecha relación con otros derechos fundamentales que, en definitiva, aseguran en su conjunto una existencia digna, es decir, el derecho a la vivienda adecuada y digna se toma condicionante para el efectivo goce de otros derechos constitucionales, como el derecho a transitar libremente, a escoger residencia, a la inviolabilidad de domicilio, a acceder a bienes y servicios públicos y privados de calidad, a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, entre otros.**

El derecho a la vivienda adecuada y digna es uno de los derechos que integra los llamados derechos del buen vivir, reconocidos a todas las personas, cuyo cumplimiento corresponde al Estado, a quien se le atribuyen dos conjuntos de obligaciones: un conjunto positivo y un conjunto negativo. El positivo, en lo referente a encausar todos sus esfuerzos para que estos derechos sean accesibles, ya sea a través de la provisión de recursos económicos, el establecimiento de políticas públicas, etc.; y el negativo, entendido como la abstención del Estado para realizar conductas que puedan menoscabar su efectivo goce, y a su vez su obligación de proteger que el derecho no sea afectado por un tercero.

(...)

Por todo lo enunciado, la efectividad del derecho a la vivienda implica la no afectación de su ejercicio, razón por la cual, refiriéndonos a esta obligación negativa del Estado, respecto de la abstención de ejecutar algún acto que pueda menoscabar la vivienda adecuada y digna, es menester, además de referirse a lo dispuesto en la Constitución de la República y la jurisprudencia citada, **analizar el bloque de convencionalidad, el cual incluye la remisión a Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Ecuador, y conforme el control de convencionalidad, al *ius commune* interamericano, entre ellos a otros informes de organismos internacionales que establecen recomendaciones a los países a favor de la plena vigencia de los derechos humanos**³⁷⁰. (grifos próprios).

Vemos que a Corte argumenta com base na cláusula de abertura constitucional, e defende o *Ius Commune* para a implementação dos direitos humanos, destacando que “el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, la Corte Constitucional destaca la importancia del control de convencionalidad, como aquel mecanismo que permite a los Estados, con el objeto de lograr la efectividad de los derechos contenidos en su

³⁷⁰ EQUADOR. *Sentença 146-14-SEP-CC. Op.Cit.* P. 32-33 e 36.

ordenamiento jurídico, considerar estos criterios interpretativos internacionales en ciertos casos denominados *soft law*, como lo son las recomendaciones emitidas por los Comités, principios, directrices, observaciones, entre otros, como fundamento para desarrollar el contenido de los derechos”. Nessa linha, é desenvolvido no caso as diretrizes internacionais referentes ao direito à moradia, incluída a Observação Geral nº4 do Comitê DESC, a fim de especificar e desenrolar as conceituações e implicações relacionadas ao direito à uma moradia digna.

O julgado aborda o direito à moradia sob o olhar do Direito Internacional dos Direitos Humanos, trazendo o *corpus iuris* interamericano – que serve de base para o bloco de convencionalidade – para o presente caso, a fim de reforçar a obrigação estatal na garantia desse direito fundamental³⁷¹. Portanto, na argumentação resta claro o enfoque voltado à garantir eficazmente a proteção da vítima: “Siendo así, este cambio constitucional se da como respuesta a la denominación del Ecuador como un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social, cuyo objetivo principal no solo debe limitarse a garantizar el respeto de los derechos constitucionales, sino además debe ir más allá y encaminarse hacia el establecimiento de medidas que promuevan que la situación de la víctima de la vulneración de un derecho sea reparada, con lo cual se cumple la finalidad de las garantías constitucionales de proteger eficaz e inmediatamente los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos”³⁷².

O caso é relevante porque estabeleceu o direito à moradia não só como direito fundamental individual, como também um direito fundamental social, parte integrante do complexo do *buen vivir*. Mais do que isso, o precedente aponta a existência de duas dimensões de atuação estatal para a garantia do direito à moradia, uma positiva e outra negativa. Tais premissas foram empregadas em outros precedentes, como por exemplo na Sentença 344-16-SEP-CC³⁷³. A decisão foi, ainda, publicada em diversos periódicos acadêmicos.

Finalizo essa análise jurisprudencial com mais um exemplo vindo do Equador, referente à estabilidade de gestante no emprego (trata do direito ao trabalho e proteção à

³⁷¹ Segundo a Corte, “En este sentido, ante la necesidad de sentar bases sólidas acerca de la obligación negativa - abstención y respeto- del Estado en lo referente al derecho a la vivienda entendido como un derecho complejo, las observaciones del Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales forman parte del "corpus iuris interamericano " que sirve de base para el bloque de convencionalidad, a fin de que en el presente caso se establezca el contenido de este derecho a partir de la obligación estatal referida.” EQUADOR. *Sentença 146-14-SEP-CC. Op.Cit.* P. 37.

³⁷² Ibid. P. 48.

³⁷³ EQUADOR. Corte Constitucional del Ecuador. *Sentença 344-16- SEP-CC*. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/344-16-SEP-CC.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2020.

maternidade). Na Sentença nº 309-16- SEP-CC³⁷⁴ analisa-se o caso em que uma mulher, que trabalhava por três anos e meio no Banco de Desenvolvimento do Equador, foi dispensada de suas funções em razão do fim do pacto laboral; no entanto, estava grávida e não teve direito a qualquer indenização, atenção médica ou licença maternidade. O trabalho da autora consistia na única fonte de renda da família.

A Corte Constitucional do Equador analisou a questão posta sob o enfoque do princípio da igualdade e estabeleceu a renovação dos contratos temporários de trabalho de mulheres grávidas ou em período de lactância. Segundo a Corte, a decisão de não renovar o contrato de serviços temporários de uma mulher grávida ou em período de lactância efetivamente agrava a vulnerabilidade na qual se encontra, ainda mais quando seu sustento depende do trabalho que realiza. Diante disso, não se deve impor o cumprimento de norma administrativa, a despeito das necessidades vitais da trabalhadora.

Os padrões internacionais foram utilizados pela Corte para frisar a preocupação internacional em matéria de discriminação por razões do gênero, abordando a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres ao alegar que “entre las medidas que deben adoptar los Estados para la eliminación de la discriminación en razón del empleo, está reproducida la obligación de (...) prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil”³⁷⁵.

A decisão final da Corte, nesse caso, foi de: “1. Declarar a violação aos direitos à igualdade e à não discriminação das mulheres no contexto do trabalho. 2. Determinar ao Banco de Desenvolvimento do Equador a publicação da sentença em seu espaço na web. 3. Determinar ao Banco que peça desculpas à vítima e à sua família, a serem publicadas em jornal de circulação nacional. 4. Determinar ao Banco o pagamento dos valores que a autora deixou de receber desde sua ilegal dispensa. 5. Declarar a constitucionalidade condicionada do art. 58 da Lei Orgânica do Serviço Público, a fim de que sejam renovados os contratos temporários das mulheres grávidas ou estado de lactância até o final do ano fiscal em que termina este último período”. (tradução livre).

³⁷⁴ EQUADOR. Corte Constitucional del Ecuador. *Sentença 309-16-SEP-CC*. Relator: Alfredo Ruiz Guzmán. Registro Oficial nº 866, 20.10.2016. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/309-16-SEP-CC.pdf>>. Acesso em 30 jun. 2020.

³⁷⁵ EQUADOR. *Sentença 309-16-SEP-CC*. Op. Cit. P. 16.

Apesar de eu ter feito esse recorte jurisprudencial, outros países latino-americanos vêm inovando o seu modo de julgar³⁷⁶, tendo um novo olhar sobre os direitos humanos a partir do *corpus iuris* internacional. Não cabem dúvidas de que esta tendência evidencia a tentativa de cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados de cumprir e fazer valer os direitos humanos internamente, tendo como preocupação o seu conteúdo e princípios, bem como mecanismos de ação, que estão presentes nas múltiplas diretrizes emitidas por organismos internacionais.

O *Ius Commune* garante a aplicação dessa abordagem trazida pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como o Direito Comparado, para o quadro jurídico interno de cada país da região. É uma linguagem inovadora, necessária, e que contempla as maiores preocupações enfrentadas na atualidade, caracterizada por violações sistemáticas dos direitos humanos. Sem a cooperação, o diálogo compartilhado e a retroalimentação jurídica entre os países, o cumprimento dos padrões e a disseminação dos mecanismos de controle internacionais torna-se mera utopia, comprometendo o progresso e a transformação na região mais violenta e desigual do mundo. São fundamentais mudanças sociais profundas, a partir da visão de promoção dos direitos humanos de forma efetiva, e isso pode se concretizar com um enfoque especial às vítimas de violações, através de remédios judiciais efetivos, e partindo do fortalecimento e utilização dos mecanismos, ferramentas e padrões internacionais, tendo como objetivo central trazer um impacto efetivo nas estruturas para lograr uma sociedade mais igualitária e democrática.

Gostaria de finalizar esta análise com uma angústia pessoal. Apesar desse rico e amplo arcabouço legal e jurisprudencial relacionado aos direitos humanos, vemos na região latino-americana uma dificuldade em avançar na implementação desses direitos, havendo empecilhos ideológicos, financeiros e políticos para que esses direitos formais se transformem em direitos substantivos. O que torna a aplicabilidade dos Direitos Humanos tão difícil na vida

³⁷⁶ Vide Chile: STC Rol n° 309-00 sobre direitos sociais de povos indígenas; México: Amparo Direto em Revisão n° 3516/2013 sobre direito à moradia digna e Peru: Recurso de Agravio n° 2002-2006-PC/TC, sobre contaminação por Chumbo e Direito à saúde. O Brasil, apesar de se mostrar resistente quanto a adoção de padrões internacionais em sua jurisprudência, também vem se valendo de suas cláusulas de abertura. Em recente caso, o Ministro Ricardo Lewandowski julgou embargos de declaração trazendo o *corpus iuris* interamericano, a partir da análise da Resolução n° 1/2020 da Comissão IDH, emitida em contexto da pandemia de COVID-19 (disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/04/decisao-stf-mp936-agu.pdf>>, acesso em 15 de abril de 2020; ainda, inovadora decisão veio da Corregedoria Geral da Justiça do Estado de Mato Grosso, recomendando aos magistrados que observem todo o *corpus iuris* internacional, bem como a jurisprudência interamericana em suas decisões. Disponível em: <[http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/19%20-%20Provimento%20n_%202020%20-%2005_06_2020%20-%20aplicabilidade%20dos%20tratados%20de%20direitos%20humanos%20\(1\).pdf](http://www.tjmt.jus.br/intranet.arq/downloads/Imprensa/NoticiaImprensa/file/19%20-%20Provimento%20n_%202020%20-%2005_06_2020%20-%20aplicabilidade%20dos%20tratados%20de%20direitos%20humanos%20(1).pdf)>, acesso em 10 jun. 2020.

real e efetiva? Para responder a essa pergunta, abordarei particularmente o caso brasileiro – por estar inserida e ver essa realidade de perto –, mas que serve de exemplo para outros países da região.

Ao refletir o contexto brasileiro, o pensador Alceu Amoroso Lima dizia, de forma apropriada, que se trata de um país formado às avessas: “Tivera Coroa antes de ter Povo. Tivera parlamentarismo antes de ter eleições. Tivera escolas superiores antes de ter alfabetismo. Tivera bancos antes de ter economias”. Esse é justamente o problema que vem afetando os Direitos Humanos no Brasil, tendo em vista que os direitos são ampliados, mas não há a criação de condições materiais para lhes dar efetividade. O país assina tratados internacionais sobre Direitos Humanos, como o Pacto de San José e o Protocolo de San Salvador, mas não cria instrumentos imprescindíveis à sua aplicação ao longo da prestação jurisdicional.

Além disso, falta uma cultura jurídica de aplicação dos padrões internacionais. Por exemplo, segundo pesquisa do professor José Ricardo Cunha sobre “Direitos Humanos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: concepção, aplicação e formulação”³⁷⁷, dos juizes entrevistados, 76% afirmaram atuar somente ocasionalmente em demandas envolvendo normas de Direitos Humanos. Isso traz à tona uma realidade preocupante de que os magistrados brasileiros ainda encontram dificuldades em reconhecer casos que envolvam os Direitos Humanos, embora concordem que as normas internacionais são aplicáveis no Brasil. No levantamento citado, 59% dos juizes também afirmaram que possuem conhecimento superficial sobre o funcionamento dos Sistemas de Proteção Internacional dos Direitos Humanos da ONU e da OEA (convenções, pactos e comitês), ratificados em sua maioria pelo Brasil. A formação dos operadores do Direito sobre o tema vem se mostrando uma lacuna que urge preencher, para que esses direitos passem a fazer parte da realidade da justiça nacional.

Falta, também, mudar a própria concepção de direitos humanos dentro da sociedade brasileira, que vê tais direitos com resistência e preconceito – as pessoas que mais sofrem violações são vistas como criminosas, e geralmente moradores pobres das periferias das cidades. Há uma significativa parcela da sociedade que não se conforma que possa ter direitos, como está na Constituição; acreditam, inclusive, que devam ser torturadas e executadas. Como consequência, recai brutal carga de ódio sobre ativistas e ONGs que lutam contra esses arbítrios, e o que se vê na sociedade brasileira é uma leitura dos direitos humanos fora de sua concepção

³⁷⁷ CUNHA, José Ricardo. *Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 2, n. 3, p. 138-172, Dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000200009&lng=en&nrm=iso>, acesso em 02 set. 2020.

jus naturalista elementar, baseada na Declaração Universal e incorporada na Constituição (que é a ideia de que qualquer ser humano, seja quem for, é portador de todos os direitos humanos, sem qualquer hierarquização - princípios da inalienabilidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos). Essa peculiar ideia mira a ação dos indivíduos, e não o indivíduo em si, e essa associação negativa advém de uma histórica luta pela anistia aos presos políticos da ditadura, assim como a luta que vem dos movimentos sociais, sobretudo nas periferias das grandes cidades. A luta pelas violações de direitos de prisioneiros comuns e nas abordagens policiais etc., vem no bojo desses movimentos³⁷⁸.

Assim, mesmo que essas pessoas estivessem sofrendo violações segundo a lei e a Constituição, para a maioria da sociedade conservadora não seria defensável um crime comum, independentemente das circunstâncias (alia-se a esse pensamento o papel determinante da mídia, além de exageros nas narrativas). Essa sociedade conservadora, para complementar, se preocupa com o rompimento de um equilíbrio, o que se configuraria com a mudança de lugares sociais – e, portanto, de privilégios. Não é vantajoso para essa classe dominante, conforme já estudamos no início deste trabalho, romper com o *status quo*, sendo mais fácil falar sobre violência e insegurança ao invés de defender os direitos humanos; quer dizer, justamente a ideia de privilégios a bandidos, usada no discurso contra os direitos humanos, tinha como objetivo conter a perda de privilégios de alguns atores sociais, que poderiam ocorrer com as mudanças na sociedade.

Observou-se que o discurso contra os direitos humanos foi ganhando força no Brasil, sendo usado por vários atores em diferentes contextos, o que inclusive acabou por legitimar a atuação policial violenta e discriminatória. Na mesma linha, as ONGs foram perdendo sua credibilidade, sendo o Brasil um dos países que menos estimula a filantropia. Ressalta-se, por fim, que muitos países, dentre eles o Brasil, se valem de discursos populistas para negligenciar ou desvalorizar a lógica do multilateralismo, questionando e até enfraquecendo o papel de organismos internacionais, como a ONU e a OEA.

Portanto, esses são alguns fatores que tornam tão difícil a implementação dos direitos humanos no Brasil, e em outros países da América Latina. É preciso, e com urgência, mudar a mentalidade jurídica e social, bem como estimular a atuação da sociedade civil; frisa-

³⁷⁸ Interessante notar que parcela dos ativistas que vão atuar nessa luta são os mesmos que atuaram a favor dos presos políticos, mas se imaginavam que seria apenas mudar o alvo dos sujeitos violados, se enganaram; as dificuldades e diferenças foram enormes. Podemos citar o exemplo de Dom Paulo Evaristo Arns, que gozou de muito prestígio na luta pelos presos políticos, mas na luta contra as violações associadas a prisioneiros comuns, jovens e adolescentes moradores de rua etc., passou a ser duramente atacado por muitos. Fato marcante foi a reação de parte da sociedade quando celebrou um culto ecumênico para Joilson de Jesus, morto a pontapé na Praça da Sé (São Paulo, SP), em 1983, depois de ter sido acusado de roubar uma corrente de ouro.

se, ainda, a importância de organismos internacionais para apoiar e cooperar em prol do desenvolvimento de políticas focadas em direitos humanos. É crucial conscientizar a população que os Direitos Humanos estão na base da construção do conceito de cidadania, criando as condições de garantia para que as pessoas sejam sujeitos dos direitos estatuídos. Esses direitos não atingem a universalidade dos brasileiros, a despeito de tantas previsões legais e constitucionais, nacionais e internacionais. Nesses termos, fica o desafio de sair desse modelo às avessas, preservando a tutela jurídica (princípio da legalidade) e dando efetividade aos Direitos Humanos, para que possamos cumprir a crença inabalável em nossa humanidade e na construção de um mundo mais justo e digno para todos.

CONCLUSÃO

O Constitucionalismo considerado democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX, derrotando projetos autoritários que com ele concorreram. Ele é produto da fusão de ideias que advieram após períodos de violações sistemáticas aos direitos humanos, e trouxe conceitos como Estado de direito, poder limitado e respeito aos direitos fundamentais. Democracia, por sua vez, traduz a ideia de soberania popular, governo do povo, vontade da maioria, e está intrinsecamente relacionada à proteção dos direitos humanos - há uma dupla condicionalidade entre a democracia e os direitos humanos, já que a democracia é indispensável para a garantia efetiva das liberdades fundamentais e dos direitos em seu caráter universal, indivisível e interdependente; por sua vez, é necessário fortalecer o sistema de proteção dos direitos humanos para consolidar a democracia.

O constitucionalismo democrático, assim, é uma fórmula política baseada no respeito aos direitos fundamentais e no autogoverno popular, bem como trata-se de um modo de organização social fundado na cooperação de pessoas livres e iguais. Nas últimas décadas, a teoria e a prática do direito constitucional, sob a influência de movimentos históricos, políticos e doutrinários – nacionais e internacionais – passou por um processo de reelaboração extenso e profundo.

Nesse contexto, este trabalho analisa a ascensão do constitucionalismo regional transformador na América Latina, apontando os desafios enfrentados na sua legitimidade e eficácia. Concentra-se na prática do sistema interamericano, trazendo os impactos tanto da Comissão Interamericana quanto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujas decisões e procedimentos constituem uma parte vibrante e essencial para a consolidação do *Ius Commune* na América Latina, região em que um grupo diversificado de atores tem de confrontar a violência, a exclusão e a desigualdade social, além de ter instituições e meios legais frágeis. O constitucionalismo transformador constitui a prática de interpretar e aplicar as normas constitucionais de maneira a perseguir e promover profundas mudanças sociais.

As Constituições da América Latina são um grande símbolo de uma história de sucesso: a transição de um Estado autoritário, intolerante e violento, para um Estado democrático de direito. Sob suas vigências, realizaram-se inúmeras eleições presidenciais, com debates públicos amplos, participação popular e alternância de partidos políticos no poder. Mais que tudo, a maioria das Constituições latino-americanas asseguraram aos respectivos países décadas de estabilidade institucional - e não foram tempos banais: ao longo desse período, diversos episódios poderiam ter deflagrado crises que, em outros tempos, teriam levado à

ruptura institucional. Só quem não soube a sombra não reconhece a luz.

No entanto, a região possui, até hoje, várias problemáticas que obstaculizam o Estado Democrático de Direito. Um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de Direito nos países da região foi justamente a falta de seriedade e a indiferença em relação às Leis Fundamentais, o que levou à uma distância entre os textos e a realidade, entre o ser e o dever-ser. A disfunção mais grave do constitucionalismo regional, naquele final de regimes autoritários, foi a falta de efetividade das normas constitucionais. Assim, indiferentes ao que prescrevia a Lei Maior, os estamentos perenemente dominantes construía uma realidade própria de poder, refratária a uma real democratização da sociedade e do Estado.

Construímos uma região caracterizada por principalmente três desafios: (i) desigualdade e exclusão socioeconômica; (ii) padrão histórico de discriminação; e (iii) insegurança no que se refere à institucionalidade democrática. Sem dúvidas estamos um cenário complexo, de profundas brechas econômicas e sociais, em que aproximadamente 30% da população vive na pobreza, e 11% na pobreza extrema³⁷⁹. Trata-se da região mais desigual e violenta do mundo, na qual apenas 48% da população considera a democracia preferível a toda e qualquer outra forma de governo.

Para entender melhor isso, é preciso considerar a história da América Latina. Na década de 1960, quando a Convenção Americana (CADH) foi debatida, a maioria dos países da região passava por governos autoritários ou repressivos, de forma que os anos 70 foi um período particularmente sombrio. Somente a partir da década de 1980 os países da região fizeram uma lenta transição para a democracia, buscando garantir que não houvesse mais violações massivas dos direitos humanos em suas sociedades. Para isso, eles conseguiram um amplo consenso ao aprovar os novos textos constitucionais: Brasil em 1988, Colômbia em 1991, Paraguai em 1992, Equador em 1998 e 2008, Peru em 1993, Venezuela em 1999 e Bolívia em 2009. Outros países reformaram suas constituições em conformidade, como a Argentina em 1994 e o México em 2011. O Chile, como certa exceção, manteve a Constituição promulgada sob o regime de Pinochet de 1980, mas teve emendas importantes e um processo de mudança constitucional iniciado em 2019.

Essas inovações têm em comum o fato de adotarem uma abordagem transformadora da lei: as constituições foram projetadas para superar o duro legado dos períodos repressivos. Nessa linha, a maioria dos textos constitucionais da região introduziu uma generosa lista de

³⁷⁹ Nações Unidas. *CEPAL prevê aumento da pobreza na América Latina e Caribe em 2019*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/cepal-preve-aumento-da-pobreza-na-america-latina-e-caribe-em-2019/>>, acesso em 05 abril 2020.

direitos fundamentais, incluindo direitos socioeconômicos, bem como dispositivos destinados a melhorar a participação democrática, seja participação direta ou melhor representação.

Partindo dessas reflexões, a Parte I introduziu o conceito e as implicações do *Ius Constitutionale Commune* na América Latina (ICCAL), sendo o sistema interamericano a peça chave na consolidação desse projeto. O histórico e características da América Latina justificam e comprovam a importância desse novo olhar. Demonstrei, ainda, a essencialidade dos diversos atores comprometidos com os direitos humanos para a consolidação do ICCAL, como os juízes, a sociedade civil, os defensores públicos, promotores, academia, a mídia, os ativistas, dentre outros, que possuem um papel de auxílio e monitoramento do Estado, estimulando e pressionando constantemente as mudanças estruturais.

Esse projeto do *Ius Constitutionale Commune* em direitos humanos para a América Latina emergiu do intercâmbio acadêmico entre o Instituto Max Planck de Direito Público Comparado e Direito Internacional Público e expertos latino-americanos, buscando perfilar os aspectos, tendências, tensões, potencialidades e desafios nessa região. Entre os objetivos centrais estão a promoção e a observância da tríade direitos humanos, democracia e o Estado de Direito, o desenvolvimento do Estado aberto e a formação de instituições internacionais eficazes e legítimas. A sistematização dos conceitos-chave gira em torno da órbita do diálogo, da inclusão e do pluralismo normativo. As características essenciais incluem uma concepção abrangente do direito público, uma argumentação baseada em princípios e a maior relevância atribuída ao direito comparado.

Os elementos provenientes do direito internacional público que compõem o bloco constitucional são muito variados. O status atribuído aos Tratados Internacionais após a sua ratificação é heterogêneo na região, o que evidencia que o *Ius Commune* não é um fenômeno uniforme. No entanto, continua constituído por um núcleo comum: o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, em especial graças ao trabalho de suas instituições - a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comissão Interamericana tem o mandato de proteger e promover os direitos humanos na região, envolvendo os 35 países membros³⁸⁰; atua com independência e imparcialidade, sendo o seu trabalho guiado pelos padrões interamericanos. O *corpus iuris* interamericano, assim, é o que inspira o sistema interamericano. O trabalho tem como centralidade o chamado *victim centred approach*, ou seja, uma arquitetura baseada na proteção mais favorável às vítimas, que são o ponto de partida e o de chegada, a fim de salvaguardar a

³⁸⁰ CADH. Artigo 41. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>, acesso em 06 abril 2020.

dignidade humana e prevenir o sofrimento humano.

Por sua vez, a interpretação jurisprudencial evolutiva da Corte Interamericana evidencia o apoio crucial do Tribunal a uma abordagem transformadora, pois considera a transformação social um de seus princípios orientadores. Nas palavras da Corte, “os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais”³⁸¹. Por meio dessa interpretação progressiva, a Corte IDH expandiu e aprofundou a proteção de diversos direitos fundamentais com o toque específico da América Latina, como foi abordado em sua jurisprudência sobre desaparecimentos forçados, liberdade pessoal, direito à memória e justiça, direitos das minorias, propriedade coletiva, privacidade, igualdade e não discriminação, etc.

Acredito ser este o significado último do constitucionalismo transformador: que problemas sociais aparentemente imutáveis, entendidos unicamente como frutos de um sistema ou forças políticas, também são esquadros como questões jurídicas, devendo ser debatidos e encarados como problemas de direitos humanos que podem ser resolvidos pelo Judiciário – não considerado como único ator, mas sim em uma rede de *network* que envolva a sociedade civil, a mídia, a academia, organizações internacionais, defensores públicos, dentre outros. Expandir efetivamente as fronteiras do que pode ser considerado como uma questão de direitos humanos é essencial para o constitucionalismo transformador. Evidentemente, o sistema interamericano promove essa reformulação e estimula a comunidade jurídica latino-americana a ter esse olhar.

Portanto, os mandatos transformadores dessas instituições operam em dois níveis diferentes: (i) conferem à Comissão e à Corte os poderes para apoiar os processos domésticos de transformação constitucional, legal e institucional; e (ii) fornecem estruturas jurídicas aos países, por meio de seus estándares, de práticas em direitos humanos, apoiando e monitorando os processos de implementação desses estándares.

Em uma região de instituições e magistrados constantemente questionados e deslegitimados, os tribunais nacionais devem se valer do *corpus iuris* interamericano para reforçar a sua independência e ganhar força na adoção de decisões controversas, mas que geram a redução das desigualdades e a promoção de direitos humanos. O Sistema Interamericano, portanto, contribui para solucionar os obstáculos que as instituições da região enfrentam, auxiliando a desencadear ações para que estruturas de poder, inércia burocrática, paternalismos e corrupção não impeçam as mudanças necessárias.

Na Parte II, abordei o conceito contemporâneo da universalidade, indivisibilidade e

³⁸¹ CORTE IDH. *Opinión Consultiva OC-16/99*. 1 de outubro de 1999. Disponível em: <https://corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>, acesso em 02 fev. 2020. Pág. 114.

interdependência dos direitos humanos, tratados assim desde a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. Trouxe a compreensão dos DESCAs sob a perspectiva dessa concepção, analisando em que medida merecem o mesmo grau de importância que os direitos civis e políticos. Foram estas as questões centrais a inspirar o presente trabalho, que teve por objetivo maior focar a proteção dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais sob o prisma internacional e regional interamericano, com destaque aos desafios da implementação desses direitos no contexto sul-americano.

Vale pontuar que a pandemia atual do COVID-19 evidencia, na prática, como os direitos humanos devem ser analisados à luz da interdependência e indivisibilidade: apesar do maior enfoque no direito à saúde, não há dúvidas que a crise sanitária atingiu todas as esferas da vida social. Vemos que pandemia obstaculiza profundamente a garantia dos DESCAs, principalmente aos grupos vulneráveis; esses grupos se veem em extremo risco por não terem acesso à água e ao saneamento básico, que são fatores essenciais para a prevenção da doença.

Por outro lado, sem dúvidas a crise também atinge aos direitos civis e políticos. Sabendo dos problemas de institucionalidade democrática na região, em que relevante parcela populacional questiona a democracia como a melhor forma de governo, o que se vê é que muitos Estados, que já possuem um legado de autoritarismo e corrupção, se valem do atual contexto para acumular poderes, e se aproveitam do temor das pessoas para implementar medidas desproporcionais e desvinculadas com o propósito de lidar com a pandemia.

Os DESCAs são direitos acionáveis e justiciáveis, e os parâmetros trazidos nesse âmbito devem ser fortalecidos, a partir da intensificação do diálogo vertical e horizontal de jurisdições. Vimos que, a partir do caso *Lagos del Campo Vs. Peru*, inaugurou-se uma nova era de justiciabilidade dos DESCAs (a partir do artigo 26 da Convenção), e a progressiva normatização e implementação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais, hoje, mostra-se imprescindível. Nessa esteira, os Estados devem primar por políticas públicas com enfoque em direitos humanos, e repensar o panorama através de suas obrigações de igualdade e não discriminação, com a devida valoração e proteção aos grupos mais vulneráveis.

Foi avaliado neste trabalho que o pleno gozo dos DESCAs exige certa gradualidade para a sua realização, isto é, estes possuem um sentido de progresso; sem embargo, a implementação progressiva deve se iniciar imediatamente para que seja constatada uma melhora efetiva, que corrija as desigualdades e facilite a inclusão dos grupos vulneráveis, sendo proibida a omissão do Estado em sua função de implementar os direitos. Para que haja essa realização progressiva de direitos, faz-se necessário contar com políticas públicas que permitam avançar no cumprimento dos DESCAs, e as medidas regressivas são válidas apenas em caráter

excepcional e devidamente justificadas, com base no aproveitamento pleno do máximo dos recursos disponíveis aos Estados. Além disso, frisa-se que a restrição de direitos somente pode ocorrer de modo excepcional, temporário e como *última ratio*, comprovando que não haviam outras medidas possíveis menos gravosas.

A evolução dos padrões em matéria DESCAs, que antes eram considerados vinculados aos direitos civis e políticos, mas que com o passar do tempo foram sendo tratados como autônomos e de igual importância, comprova que estes direitos estão ganhando um enfoque maior da Corte e da Comissão. Sem dúvidas, não há vida digna sem o acesso à água e alimentação, que se relacionam com o direito à saúde, que seguramente se relaciona com o direito à vida; também não é possível ter liberdade e direito ao voto se não há o devido acesso à educação. A Corte IDH, no último caso que julgou em matéria DESCAs (Caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (nuestra tierra) vs. Argentina*) ilustrou a sua maior preocupação com os DESCAs - o caso representa um marco na jurisprudência interamericana, pois constitui a primeira vez que a Corte IDH decide de maneira autônoma sobre os DESCAs que dizem respeito aos povos indígenas. Através de uma interpretação evolutiva, a sentença declara a violação de quatro direitos derivados e protegidos pelo artigo 26 da CADH: direito à identidade cultural, direito a um meio ambiente saudável, direito à alimentação e direito à água. Além disso, as reparações ordenadas visam restaurar a violação de cada um dos direitos sociais, culturais e ambientais declarados violados no julgamento.

A incorporação dos padrões de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais na região, de modo compartilhado pelos Estados, leva à pavimentação do *Ius Commune* em matéria de direitos sociais. Assim, deve haver o fortalecimento do diálogo entre os sistemas global e regional com as ordens locais, por meio das cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional, especialmente no campo dos direitos humanos, ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Essa constitucionalização do Direito Internacional, por um lado, e a internacionalização do Direito Constitucional, por outro, foi abordada na Parte III do presente estudo.

À luz desse contexto, existem certos desafios que devem ser encarados pelas administrações públicas internas: a promoção da ampla ratificação dos tratados, convenções, declarações e a *soft law* em matéria de direitos humanos, tanto do sistema global quanto do sistema regional de proteção; que essas diretrizes internacionais tenham um status privilegiado nos ordenamentos nacionais; o estímulo a uma cultura jurídica orientada pelo controle de convencionalidade; a existência de programas de capacitação para que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário valorizem esse diálogo com o Direito Internacional dos Direitos

Humanos; o reconhecimento dos DESCAs como direitos fundamentais, justiciáveis e inter-relacionados com os direitos civis e políticos; o devido direcionamento das verbas públicas para a implementação desses direitos; o monitoramento e avaliação constante da progressividade na garantia dos DESCAs; o envolvimento de outros atores, como a sociedade civil, para impulsionar o componente democrático no processo de incorporação dos padrões internacionais; e o fortalecimento do princípio da cooperação internacional, para que haja um avanço efetivo no diálogo vertical e horizontal de jurisdições, para salvaguardar os direitos das populações mais vulneráveis.

Nessa linha, a ambição de gerar a transformação através do Direito Internacional só é possível através de uma ferramenta específica para implementar as interpretações evolutivas da Corte IDH: o Controle de Convencionalidade. Em essência, a doutrina encarrega os tribunais nacionais de revisar qualquer ato nacional, inclusive as leis internas, para compatibilizarem com a Convenção Americana de Direitos Humanos, conforme interpretada pelo Tribunal Interamericano. A doutrina do Controle de Convencionalidade faz de todo juiz nacional um juiz interamericano, tendo a missão de incorporar e aplicar os padrões internacionais, e a Corte também tem a sua missão de examinar a conformidade das leis domésticas com a Convenção. Em certos casos, a Corte chegou até a reivindicar o poder de fazer cumprir a Convenção, encontrando ordenamentos nacionais “sem efeitos legais”³⁸², um poder geralmente reservado para julgamento constitucional. Essas medidas ampliam o alcance da Convenção Americana e criam um verdadeiro sistema jurídico descentralizado e multinível, que tem como fim último proteger a dignidade humana.

As Constituições latino-americanas se abriram para o Direito internacional, em particular para o Direito Internacional dos Direitos Humanos, através de cláusulas que incorporaram as normas internacionais nos ordenamentos jurídicos nacionais. Por exemplo, a Constituição boliviana de 2009 concedeu aos tratados internacionais de direitos humanos o mesmo *status* que a Constituição; a Constituição equatoriana de 2008 previa a incorporação do direito internacional dos direitos humanos, reconhecendo que o tratado que previa direitos de modo mais favorável deveria prevalecer sobre a ordem interna. No Brasil, a Emenda Constitucional nº 45/2004 estabeleceu que os tratados de direitos humanos aprovados pelo Congresso pelo mesmo quórum de uma emenda constitucional seriam considerados parte da Constituição de 1988. Em termos doutrinários, essa integração é concebida como “bloco de

³⁸² Vide CORTE IDH. *Caso La Cantuta v. Peru*. Sentença de 29 de novembro de 2006. O juiz Sergio García Ramírez, em sua manifestação apartada da decisão, argumenta que leis internas que violam a Convenção são “basicamente inválidas”.

constitucionalidade”, que abrange as constituições e os padrões internacionais de proteção, sendo estes considerados parte integrante do direito constitucional interno de muitos países da região.

A efetividade dos direitos fundamentais previstos nas constituições, por um lado, e essa abertura ao direito internacional, por outro, são processos complementares que criam espaço para o constitucionalismo regional transformador. Esse processo depende da estratégia de abertura formal como uma maneira de formalizar as proteções legais que os ativistas de direitos humanos alcançaram em suas lutas contra regimes autoritários, e de proteção às minorias. O constitucionalismo transformador da América Latina é um sistema de dois níveis: um deles é a interação horizontal entre instituições nacionais que compartilham essa perspectiva transformadora, fornecendo apoio complementar – engloba juízes (em primeiro lugar), defensores, promotores, administrações especializadas, e, com grande protagonismo, as ONGs; o outro é a interação vertical entre os sistemas nacionais e os organismos internacionais de direitos humanos. É por isso que o *Ius Commune* na América Latina opera não somente através de meios judiciais, mas de maneira mais ampla através de todos os instrumentos legais.

Por fim, destaquei casos emblemáticos julgados por Cortes da região (Argentina, Colômbia e Equador) incorporando padrões e tecendo o diálogo jurisdicional. Como exemplo, considera-se a decisão de 2005 da Corte Constitucional da Colômbia que visava proteger os direitos da população que sofria deslocamento interno naquele país. As numerosas políticas do governo para essa população não traziam resultados concretos, devido a falhas sistemáticas na implementação e alocação insuficiente de recursos; diante dessa situação, o Tribunal Constitucional da Colômbia proferiu uma decisão transformadora e, procurando reverter burocracias ineficazes, deu ordens que buscavam incentivar a construção de apoio institucional, coordenar órgãos, e enfrentar o desafio humanitário através do monitoramento da implementação de políticas. A decisão foi notável porque transcendeu o formalismo jurídico e transformou a situação concreta da população deslocada, envolvendo um esforço conjunto com organizações da sociedade civil e se baseando em padrões internacionais mais benéficos para as vítimas. Portanto, o constitucionalismo transformador está na tentativa do Tribunal de interpretar as normas internas com a intenção de impactar a realidade a curto e longo prazo.

Defendo, nessa linha, ser essencial criar e desenvolver diálogos transnacionais, com o objetivo de consolidar o intercâmbio de informação, boas práticas e ferramentas de proteção aos direitos humanos eficientes. A difusão e compartilhamento de padrões, bem como a adoção de políticas públicas com o enfoque em direitos humanos é primordial na luta contra violações e retrocessos, que afetam diretamente às populações mais vulneráveis. As decisões

judiciais possuem um papel central na construção do *Ius Commune* com base nos DESCAs, e foram abordados casos em que o Poder Judicial se pronunciou a favor da garantia dos DESCAs, se valendo dos padrões de organismos como a ONU e a OEA para trazer mais força à sua jurisprudência.

Esses casos concretos demonstram a tendência ao constitucionalismo transformador e a construção de padrões compartilhados. O Judiciário desempenha um papel fundamental na salvaguarda dos direitos humanos dos grupos mais vulneráveis, e se mostra evidente uma expansão dos padrões através da chamada interamericanização dos ordenamentos nacionais. Esse processo implica no mapeamento de boas práticas, por meio de diferentes mecanismos, e a promoção de relações dialógicas com a sociedade civil e os Estados. De fato, analisar boas práticas com o objetivo de expandir o *Ius Commune* e fortalecer o diálogo para a promoção e proteção dos direitos humanos representa uma tarefa inescapável nos tempos atuais.

Portanto, atores nacionais precisam aprender os padrões e a jurisprudência interamericanos; as universidades devem estabelecer cursos e centros de pesquisa sobre esses tópicos; e cursos de capacitação nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são necessários para criar a consciência da importância desses padrões para transformar a realidade social. O constitucionalismo transformador não acontece de um momento para o outro, como se fosse apertar um botão para um mundo melhor - na verdade, é flexível e situacional, principalmente porque depende de casos concretos. Requer, acima de mudanças institucionais e orçamentais, uma nova mentalidade jurídica. Nesse sentido, é preciso uma infraestrutura básica em termos de democracia constitucional: uma constituição com direitos básicos que opera como lei superior, instituições fortes de representação democrática e um Judiciário mais aberto, razoável e independente. Somado a isso, é essencial um público de apoio que tenha a percepção que determinada sociedade está estruturalmente falhando em cumprir os seus princípios constitucionais, entendendo que essas deficiências estruturais podem ser abordadas e potencialmente resolvidas por meio de processos legais sobre casos individuais que representam essas deficiências.

As emergências na América Latina são estruturais, mas a atualidade ilustra a necessidade de atos progressivos e, ao mesmo tempo, imediatos, sempre com o olhar nos princípios da universalidade e interdependência que os direitos humanos exigem. Estados devem aplicar perspectivas interseccionais, levando em conta os impactos diferenciados aos grupos em especial condição de vulnerabilidade, os quais possuem mais riscos; com isso, medidas econômicas, administrativas, políticas e, principalmente, jurídicas são essenciais para salvaguardar esses direitos, por meio de estratégias que sejam justas, progressivas, e que visem

a salvaguardar uma redistribuição equitativa enfocada na realização dos direitos humanos.

As organizações internacionais, principalmente o Sistema Interamericano, possuem um papel chave e transformador na efetivação dos direitos. Necessitamos transformar a dinâmica da região latino-americana, tanto jurídica quanto social e econômica, trazendo um estado de bem-estar por meio de lições internacionais baseadas em desenvolvimento com base na igualdade e sustentabilidade. Sabemos que problemas globais demandam respostas globais, e a melhor resposta frente às crises que enfrentamos na implementação dos DESCAs demanda atos coordenados e articulados de todos os países da região, baseados nos padrões e lições internacionais.

Finalizo a presente dissertação apontando um dos maiores desafios de nossa geração: estimular que haja, de fato, uma cooperação entre países e instituições multilaterais. Organismos internacionais, como a ONU e a OEA, estão sendo constantemente questionados, o que comprova mais um retrocesso na defesa dos direitos humanos. Relembro o quanto essa cooperação é fundamental para oferecer respostas para os principais problemas e crises que enfrentamos, e a pandemia do COVID-19 é um retrato vivo disso: sem a OMS (Organização Mundial de Saúde) as consequências trazidas pelo vírus seriam muito mais catastróficas. No entanto, a retórica populista e nacionalista de diversos líderes de governos atuais, bem como a grande polarização política, enfraquece as tentativas de apoio supranacionais e fragilizam a atuação desses organismos multilaterais. Com isso, é crucial reconstruir a confiança nesses atores, e fortalecer a sua governança como uma forma de efetivar os direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *Why Nations Fail: The Origins of Power, Prosperity and Poverty*. New York: Crown, 2012.

ALSTON, Philip; QUINN, Gerard. *The Nature and Scope of States Parties' obligations under the ICESCR*. 9 Human Rights Quarterly 156, 1987, p. 186, In: STEINER, Henry; ALSTON, Philip. *International Human Rights in Context: Law, Politics and Morals*. 2nd edition, Oxford, Oxford University Press, 2000.

ALVARADO, Paola Andrea Acosta. *Zombis Vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno*. Estudios Constitucionales, Año 14, N°1, 2016, pp. 15-60. Disponible em: <<https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n1/art02.pdf>>, acceso em 02.09.2020.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. *El Estado abierto y el cambio de paradigma de la soberanía: objetivo y desafío del Ius Constitutionale Commune*. In: *Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. México, 2013.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Protección supranacional de la democracia en Suramérica: un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: Unam, 2015.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. *O estado aberto: objetivo do Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos*. In: BOGDANDY, Armin von; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Ius Constitutionale Commune na América Latina: Marco conceptual*. Curitiba: Juruá, 2016.

ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Interamericanización como mecanismo del Ius Constitutionale Commune en Derechos Humanos en América Latina*. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Instituti de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Mexico, 2017.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; e PANTOJA, Rogelio Flores (coord.). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; CLÉRICO, Laura (coord.). *Interamericanización del derecho a la salud. Perspectivas a la luz del Caso Poblete de la Corte IDH*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2019.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; MONTERO, Erika; PIOVESAN, Flávia. *Avances en la protección de las personas mayores en el Sistema Interamericano: perspectivas y retos para la efectividad de sus derechos, in Interamericanización del derecho a la salud: perspectivas a la luz del caso Poblete de la Corte IDH*. UNAM: México, 2019.

ANTONIAZZI, Mariela Morales; RONCONI, Liliana; CLÉRICO, Laura (coord.). *Interamericanización de los DESCAs. El caso Cuscul Pivaral de la Corte IDH*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2020.

ARGENTINA, Constituição (1994). Disponível em: <
<https://www.congreso.gob.ar/constitucionSeccion1Cap4.php>>, acesso em 19 fev. 2020.

BALERA, Wagner (coord.); SILVEIRA; Vladimir Oliveira da (coord.); COUTO; Mônica Boneti (org). *Comentários ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Curitiba: Clássica, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015, p. 23-50. Disponível em:
<http://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/bitstream/handle/bdtse/3096/2015_barroso_razao_sem_voto.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, acesso em 29 de agosto de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. *Revolução Tecnológica, Crise da Democracia e Mudança Climática: Limites do Direito num Mundo em Transformação*. REI - Revista Estudos Institucionais, [s.l.], v. 5, n. 3, p. 1234-1313, dez. 2019. Disponível em: <<https://estudosinstitucionais.com/rei/article/view/429/444>>, acesso em 22 set. 2019.

BEDJAOUI, Mohammed. *The Right to Development*, In: BEDJAOUI, M. *International Law: Achievements and Prospects*, Martinus Nijhoff, Netherlands, 1991.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594/56160>>, acesso em: 24 de janeiro de 2020.

BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, vol. I. Curitiba: Juruá, 2016.

BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: a regional approach to Transformative Constitutionalism*. In: *Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism*. Oxford: United Kingdom, 2017.

BOGDANDY, Armin Von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina : aclaración conceptual*. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Ius Constitutionale Commune en América Latina: textos básicos para su comprensión*. Instituti de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Mexico, 2017.

BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Constitucionalismo transformador, inclusão e direitos sociais: desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: Juspodivum, 2019.

BOLÍVIA, Constituição (2009). Disponível em: <
https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_bolivia.pdf>, acesso em 20 fev. 2020.

BORGES, Bruno Barbosa. *O Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano: entre o conflito e o diálogo de jurisdições*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

BOUTROS-GHALI, Boutros. *Empowering the United Nations*. Foreign Affairs. Disponível em: < <https://www.foreignaffairs.com/articles/1992-12-01/empowering-united-nations> >, acesso em 20 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343*. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. 03 de dezembro de 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 1ª ed., Portugal,, Coimbra editora, 2008.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. *Litígio Estratégico e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CARPIZO, Jorge. *Tendencias actuales del constitucionalismo latinoamericano*. In: CARBONNEL, Miguel; CARPIZO, Jorge; ZOVATTO, Daniel (Coord.). *Tendencias del Constitucionalismo en Iberoamérica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

CHÁVEZ, Leiry Cornejo. *El derecho a la educación como instrumento contra la exclusión: avances en la práctica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, in Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la Jurisprudencia Interamericana: El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*, México, 2018.

COLOMBIA, Constituição (1991). Disponível em:

<<https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Colombia/colombia91.pdf>>, acesso em 22 jan. 2020.

COHEN, Jean L; ARATO, Andrew. *Civil Society and Political Theory*. Massachusetts Institute of Technology, 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 12 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. São Paulo, 2012.

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

CONTRERAS, Francisco José. *Derechos sociales: teoría e ideología*. Madrid: Tecnos, 1994.

COUFFIGNAL, Georges. *La nueva América Latina: Laboratorio político del Occidente*. Santiago: LOM Ed., 2015.

CUNHA, José Ricardo. *Direitos humanos e justiciabilidade: pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*. Sur, Rev. int. direitos human., São Paulo, v. 2, n. 3, p. 138-172, Dez. 2005. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452005000200009&lng=en&nrm=iso>, acesso em 02 set. 2020.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, 1997.

ESPIELL, Hector Gros. *Los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*. San José, Libro Libre, 1986.

FARMER, Paul. *Pathologies of Power*. Berkeley: University of California Press, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali – Um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale*. Roma: Bari, Laterza, 2002.

FIALLOS OYANGUREN, M. *Los organismos electorales en el proceso de consolidación democrática en América Latina*. In: PRETELT, J.; RAMIREZ, J. M. (Comp.). *Democracia política y electoral en América Latina*. Bogotá: Universidad Sergio Arboleda; OEA, 2000.

FOWKES, James. *Transformative Constitutionalism and the Global South: the view from South Africa*. In: *Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism*. Oxford: United Kingdom, 2017, posição 4537.

FRASER, Nancy. *Social Justice in the Age of Identity Politics: Redistribution, Recognition, and Participation*. The Tanner Lectures on Human Values, 1996.

FUKUNAGA, Nathalia; PIOVESAN, Flávia. *Proteção constitucional dos direitos sociais: jurisprudência emblemática do Supremo Tribunal Federal sob a perspectiva multinível*. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; e ANTONIAZZI, Mariela Morales (coord.). *Constitucionalismo Transformador, Inclusão e Direitos Sociais. Desafios do Ius Constitutionale Commune Latino-Americano à luz do Direito Econômico Internacional*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.

HAYEK, F.A. *Law, Legislation and Liberty*. Londres, 1976.

GARCÍA, Sergio Ramírez. *The American Human Rights Navigation. Toward a Ius Commune*. In: BOGDANDY, Armin Von; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Transformative Constitutionalism in Latin America. The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford University Press, United Kingdom, 2017.

GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis (ed.). *Courts and Social Transformations in New Democracies: an institutional voice for the poor?*, United Kingdom: Ashgate, 2006.

GARGARELLA, Roberto. *Latin American constitutionalism 1810-2010. The engine room of the constitution*. Oxford: OUP, 2013.

GARGARELLA, Roberto. *The “new” latin american constitutionalism: old wine in new skins*. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2017.

GINSBURG, Ruth Bader; MERRIT, Deborah Jones, *Affirmative Action: An International Human Rights Dialogue*, 21 CARDOZO L. REV. 253, 271, 1999. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/race1&div=18&id=&page=>>, acesso em 22 de fevereiro de 2020.

GLAESER, E.; SCHEINKMAN, J. e SHLEIFER, A. *The Injustice of Inequality*, National Bureau of Economic Research, Working Paper N° 9150, Setembro, 2002.

GRABER, Mark A. *The countermajoritarian difficulty: from courts to Congress to constitutional order*, Annual Review of Law and Social Science, n. 4, p.361-362, 2008.

GRAU, Eros Roberto. *A constituinte e a Constituição que teremos*. São Paulo: Editora RT, 1985.

GROSSMAN, Claudio. *The Inter-American System and Its Evolution* (2009). 2 Inter-Am. & Eur. Hum.J.49 (2009). Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2209876>, acesso em 15 de fevereiro de 2020.

HÄBERLE, Peter. *El estado constitucional*. Trad. de Hector Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*. Financial Times, 2020. Disponível em: <<https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>>, acesso em 25 de março de 2020.

HERNÁNDEZ, Antonio. *A Tres Lustros de la Reforma Constitucional de 1994*. Revista de la Facultad de Derecho de México, Vol. 60, 254, 2010.

HUERTA, Mauricio. *El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, N°6, 2006. Págs. 513-549. Disponível em: <<http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>>, acesso em 20 de janeiro de 2020.

IGNÁCIO, Renata Rossi. *Constitucionalismo Regional Transformador e o impacto do Sistema Interamericano na América Latina*, In: AMARAL JR., Alberto do; MONTEIRO DANESE, Paula; PIOVESAN, Flávia (coord.). *50 anos da Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo: JusPODIVM, 2019.

ISSACHAROFF, Samuel. *Fragile Democracies: Constitutional Courts in the Breach*. Cambridge University Press, 2014.

JARAMILLO, Juliana. *Los órganos electorales supremos*. In: NOHLEN, D. et al. (Comp.). *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. México, DF: IIDH, 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

LAFER, Celso. *Comércio, Desarmamento, Direitos Humanos: reflexões sobre uma experiência diplomática*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

MAAS, Juan Jesús Góngora. *La nueva era jurisprudencial de la Corte Interamericana: los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y su justiciabilidad directa*. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, LEAL, Cesar Barros (Eds). *El desafío de los derechos económicos, sociales y culturales*. FB Editora, 2019.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *El Control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional*. México: UNAM, Ano 4, 2010/2011. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf>>, acesso em 20 jan. 2020.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad*. In: *Opus Magna: Constitucional Guatemalteco*, 2011. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/27751.pdf>>, acesso em: 28 fev. 2020.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MOLLER, Carlos María Pelayo. *Parte I – Deberes de los Estados y Derechos protegidos*. In: STEINER, Christian; URIBE, Patrícia. (ed.) *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentario*. Bolivia: Fundación Konrad Adenauer, 2014.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los Estados Parte de la Convención Americana (res interpretata)*. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *The Conventionality Control as a Core Mechanism of the Ius Constitutionale Commune*. In: BOGDANDY, Armin von; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; MORALES ANTONIAZZI, Mariela; PIOVESAN, Flávia (coord.). *Transformative Constitutionalism in Latin America*. New York: Oxford University Press, 2017.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (coord.). *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; CHEVITARESE, Aléssia Barroso Lima Brito Campos. *Casoteca da América Latina*. Revista Publicum, Rio de Janeiro, 2018.

MELLO, Patrícia Perrone Campos; PEÑAFIEL, Juan Jorge Faundes. *Constitucionalismo em Rede: o direito à identidade cultural dos povos indígenas como filtro hermenêutico para tutela da tradicionalidade da ocupação da terra*. Curitiba: CEPEDIS, 2019. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/341525942_Constitucionalismo_em_rede_o_direito_a_identidade_cultural_dos_povos_indigenas_como_filtro_hermeneutico_para_tutela_da_tradicionalidade_da_ocupacao_da_terra>, acesso em 10 jan. 2020.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o Ius Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer?*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 9, n. 2 p.253-285, 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira.; VALE, André Rufino do. *O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Observatório da Jurisdição Constitucional, v. 2, 2, 2008-2009. Disponível em: <
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/view/205> >, acesso em 25 jan. 2020.

MENEZES, Wagner. *Direito Internacional na América Latina*. Curitiba: Juruá, 2007.

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: *Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales: hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina*, México, 2011.

MERA, Manuel Góngora. *Derecho a la salud y discriminación interseccional: Una perspectiva judicial de experiencias latinoamericanas*, in CLÉRICO, Laura; RONCONI, Liliana; ALDAO, Martín (coord.). *Tratado de derecho a la salud*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013.

MERK, Frederick. *La Doctrina Monroe y el Expansionismo Norteamericano 1843-1849*. Buenos Aires: Paidós, 1968.

MÉXICO, Constituição (1917). Disponível em: <
http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf>, acesso em 19 jan. 2020.

MORALES, Zamir Andrés Fajardo. *Control de Convencionalidad: fundamentos y alcance especial referencia a México*. In: *Colección sobre la protección constitucional de los derechos humanos*, Fascículo 16. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos,

2015. Disponível

em: <http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/fas_CPCDH16.pdf>, acesso em: 28 fev. 2020.

MOREIRA, Thiago Oliveira; OLIVEIRA, Diogo Pignataro de; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar. *Direito internacional na contemporaneidade: estudo em comemoração aos 17 anos da SOI*. Brasília: CFOAB, 2018. Disponível em:

<https://www.academia.edu/37565003/MOREIRA_Thiago_Oliveira_OLIVEIRA_Diogo_Pignataro_de_XAVIER_Yanko_Marcus_de_Alencar_Direito_internacional_na_contemporaneidade_estudo_em_comemora%C3%A7%C3%A3o_aos_17_anos_da_SOI_Bras%C3%ADlia_CFOAB_2018>, acesso em 02 set. 2020.

MORENO PINO, Ismael. *Orígenes y evolución del Sistema Interamericano*. México: Secretaría de Relaciones Exteriores, 1977.

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

NINO, Carlos Santiago. *Fundamentos de derecho constitucional: análisis filosófico, jurídico y político de la práctica constitucional*. Buenos Aires: Astrea, 1992.

NORTH, Douglass C. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NOVELINO, Marcelo (org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos humanos e direitos fundamentais*. São Paulo: Juspodivm, 2007.

PERNICE, Ingolf. *Multilevel Constitutionalism in the European Union*. Berlim: Walter Hallsyein – Institut, 2001.

PIKETTY, Thomas. *Capital in the twenty first century*. Londres: Belknap, 2014.

PINTO, Monica. *El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. In: *La aplicación de los tratados de derechos humanos*

por los tribunales locales. Buenos Aires: Ediar, Centro de Estudios Legales y Sociales – Editorial del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção dos Direitos Sociais: Desafios do Ius Commune Sul-Americano*. Ver. TST, Brasília, vol.77, nº4, out/dez 2011. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/28340/004_piovesan.pdf>, acesso em 02 jan. 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Controle de convencionalidade, direitos humanos e diálogos entre jurisdições*. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune em Direitos Humanos e Constitucionalismo regional transformador: o impacto do Sistema Interamericano*. In: BOGDANDY, Armin Von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, vol. I. Curitiba: Juruá, 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e Sistema Interamericano: perspectivas e desafios*. Revista Direito & Práxis, 2017. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdp/v8n2/2179-8966-rdp-8-2-1356.pdf>>, acesso em 21 de janeiro de 2020.

PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: context, challenges, and perspectives*. In: *Transformative Constitutionalism in Latin America: observations on transformative constitutionalism*. Oxford: United Kingdom, 2017a, posição 2991.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 11 ed, Saraiva Educação: São Paulo, 2018.

PRESSE, France. *Argentina se prepara para nova batalha pela legalização do aborto*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2020/03/05/argentina-se-prepara-para-nova-batalha-pela-legalizacao-do-aborto.ghtml>>, acesso em 02 de agosto de 2020.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. *El Control Judicial Interno de Convencionalidad*. In: IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla. México, Ano V, nº 28, julho-dezembro de 2011. Disponível em: <<http://www.icipuebla.com/revista/IUS28/IUS28.pdf>>, acesso em: 05 fev. 2020.

RAMOS, André de Carvalho. *O diálogo das cortes: o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JÚNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (org.). *O STF e o direito internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

RAMOS, André de Carvalho. *Processo internacional de direitos humanos*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ROSAS, Allan. *The Right to Development*, In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; e ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995.

ROSAS, Allan; EIDE, Asbjorn. *Economic, Social and Cultural Rights: A Universal Challenge*. In: EIDE, Asbjorn; KRAUSE, Catarina; e ROSAS, Allan. *Economic, Social and Cultural Rights*. Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston e Londres, 1995.

RUANO, Pedro Martínez. *Los modelos latinoamericanos y europeos de control electoral*. Revista Derecho Electoral, v. 13, 2011.

SAGUÉS, Néstor Pedro. *El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: Concordancias y diferencias con el sistema europeo*. México: UNAM. 2010.

SALMON, Elizabeth; BREGAGLIO, Renata. *Estándares jurisprudenciales de derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano*. In: TRINDADE, Antonio

Augusto Cançado; LEAL, Cesar Barros (Eds). *El desafío de los derechos económicos, sociales y culturales*. FB Editora, 2019.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sobre los modos de producción del derecho y del poder social*, In: *Estado, derecho y luchas sociales*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 1991.

SANTOS, Boaventura de Souza. *As tensões da modernidade*. Texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional e direito internacional: diálogos e tensões*. In: PIOVESAN, Flávia; SALDANHA, Jânia Maria Lopes. *Diálogos jurisdicionais e direitos humanos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

SCHOLTE, Jan Aart. *Civil Society and Democracy in Global Governance*. CSGR Working Paper n. 65/01, Centre for the Study of Globalization and Regionalization, University of Warwick, jan. 2001.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. *The idea of justice*. Londres: Lane, 2009.

SIKKINK, Kathryn. *Human rights, principled issue-networks, and sovereignty in Latin America*. In: International Organizations. Massachusetts: IO Foundation and the Massachusetts Institute of Technology, 1993.

SIKKINK, Kathryn; RISSE, Thomas. *Conclusions*, In: RISSE, Thomas; ROPP, Stephen C.; e SIKKINK, Kathryn. *The Power of Human Rights: International Norms and Domestic Change*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos Humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

SMITH, Adam. *An Inquiry Into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*. Nova York: A.M. Kelley, 1937.

SMITH, Rhona K.M. *Textbook on International Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2003.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. 2. ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y los derechos económicos, sociales y culturales: recapitulación de fragmentos de memorias*. In: TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; LEAL, Cesar Barros (Eds). *El desafío de los derechos económicos, sociales y culturales*. Fortaleza: FB Editora, 2019.

TRUBEK, David. *Economic, social and cultural rights in the third world: human rights law and human needs programs*. In: MERON, Theodor (Editor). *Human rights in international law: legal and policy issues*. Oxford: Claredon Press, 1984.

VALADÉS, D. Peter Häberle: *un jurista para el siglo XXI*. Estudio introductorio. In: HÄBERLE, P. *El estado constitucional*. México, DF: Unam, 2001.

VERA, Oscar Parra. *Lucha contra la impunidad, independencia judicial y derechos de los pueblos indígenas: Algunos avances y debates en torno a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Fernando Rey Martinez (ed.). *Los derechos en Latinoamérica: Tendencias judiciales recientes*. Editorial Complutense, 2012.

VIEIRA, Gustavo Oliveira. *Constitucionalismo na mundialização: desafios e perspectivas da democracia e dos direitos humanos*. Ijuí: Unijuí, 2015.

VIEIRA, Oscar Vilhena; DUPREE, A. Scott. *Reflexões acerca da sociedade civil e dos direitos humanos*. Sur, Rev. int. direitos humanos. São Paulo, v. 1, n. 1, p. 48-69, 2004.

Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-64452004000100004&lng=en&nrm=iso>, acesso em 21 Jan. 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Desigualdad estructural y Estado de derecho*, in GARAVITO, César Rodríguez (org.), *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

WALKER, Neil. *Multilevel Constitutionalism: Looking Beyond the German Debate*. LSE ‘Europe in Question’ Discussion Paper Series. Londres, Inglaterra, 2009.

WORLD ORGANIZATION AGAINST TORTURE. *Attacking the Root Causes of Torture: Poverty, Inequality and Violence* (Geneva: World Organisation against Torture, 2006).
Disponível em: <https://www.omct.org/files/interdisciplinary-study/attacking_the_root_causes_of_torture.pdf>, acesso em 06 fev. 2020.

WEBSITES

<https://www.cepal.org/es>
<https://www.cidh.oas.org/>
<http://www.corteconstitucional.gov.co/>
<http://www.corteidh.or.cr/>
<https://www.escr-net.org/>
<https://www.fundobrasil.org.br/>
<https://nacoesunidas.org/>
<https://www.oas.org/>
<https://www.ohchr.org/>
<http://portal.corteconstitucional.gob.ec/>
<http://portal.stf.jus.br/>
<https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/>
<https://transparenciainternacional.org.br/>
<https://undocs.org/>