



**Universidade do Estado do Rio de Janeiro**

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Cláudio Cerqueira Bastos Netto

**Princípio *pro persona*: conceito, aplicação e análise de casos da Corte  
Interamericana de Direitos Humanos**

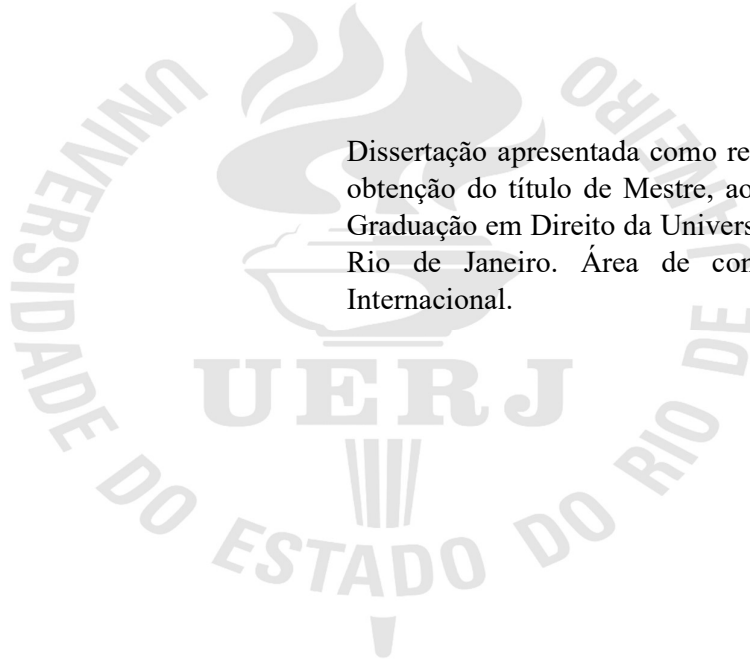
Rio de Janeiro

2017

Cláudio Cerqueira Bastos Netto

**Princípio *pro persona*: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional.



Orientador: Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos.

Rio de Janeiro

2017

CATALOGAÇÃO NA FONTE  
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

B327 Bastos Netto, Cláudio Cerqueira.

Princípio pro-persona: conceito, aplicação e análise de casos da corte interamericana de direitos humanos / Cláudio Cerqueira Bastos Netto. – 2017.

139 f.

Orientador: Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Direitos humanos - Teses. 2. Direito internacional – Teses. 3. Corte interamericana de direitos humanos – Teses. I. Vasconcelos, Raphael Carvalho de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 341.645

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

---

Assinatura

---

Data

Cláudio Cerqueira Bastos Netto

**Princípio *pro persona*: conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Direito Internacional.

Aprovado em 22 de novembro de 2017.

Banca Examinadora:

---

Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos  
Faculdade de Direito – UERJ

---

Prof. Dr. Eduardo Val  
Universidade Federal Fluminense

---

Prof. Dr. Siddharta Legale  
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2017

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Prof. Dr. Raphael Carvalho de Vasconcelos, que me acompanhou durante toda a duração do curso de mestrado e foi meu orientador. Sou extremamente grato por todos os ensinamentos de suas aulas, além de sua vontade em ajudar seus alunos.

Ao Prof. Dr. Siddharta Legale, que foi fundamental para a escolha do tema deste trabalho, e com quem pude aprender muito em nossos debates acadêmicos.

A todos os colegas da UERJ, pelos debates que me trouxeram grandes lições.

Aos funcionários da UERJ, que seguiram trabalhando mesmo com salários atrasados, e tornaram possível a conclusão do meu curso de mestrado.

Em especial, ao meu pai Cláudio, à minha mãe Eliana e à minha irmã Nathália, que estiveram ao meu lado nessa jornada, sempre me apoiando e torcendo por mim.

## RESUMO

NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. **Princípio pro persona:** conceito, aplicação e análise de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2017. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Nesse trabalho, é estudado o princípio *pro persona*, também conhecido como princípio *pro homine* ou da primazia da norma mais favorável à pessoa humana, entre outras nomenclaturas. O estudo parte de uma análise com um viés internacionalista, dado que o referido princípio é um princípio geral de Direito Internacional dos Direitos Humanos. Pretende-se definir seus pressupostos teóricos e conceituais, levando em conta sua origem histórica, e definir seu conteúdo e aplicação de forma didática. Ainda, reflete-se sobre seu impacto na interação entre direito interno e direito internacional, e faz-se uma análise da aplicação desse princípio nos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Princípio *pro persona*. Princípio *pro homine*. Direitos Humanos. Direito Internacional. Corte Interamericana de Direitos Humanos.

## ABSTRACT

NETTO, Cláudio Cerqueira Bastos. **Pro persona principle:** concept, application and analysis of cases from the Inter-American Court of Human Rights. 2017. 139f. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

In this work, we study the *pro persona* principle (also known as *pro homine* principle or most favourable norm, among other terminologies). The work has an international perspective, because this principle is a general principle of International Human Rights Law. We aim to define its theoretical presuppositions, taking in considerations its historical origins, and defining its content and forms of its application in a clear manner. Moreover, we reflect upon its impact on the interaction between national law and international law, and analyze its use on the decisions given by the Inter-American Court of Human Rights.

Key-words: *Pro persona* principle. *Pro homine* principle. Human Rights. International Law. Inter-American Human Rights Court.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – A pirâmide de Kelsen.....	52
Figura 2 – O pluralismo de ordenamentos superiores, por J. J. Gomes Canotilho.....	59
Figura 3 – Trapézio normativo, por Yota Negishi.....	62



## LISTA DE ABREVIATURAS

ADIIH	Academia de Direito Internacional da Haia
ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados
CADH	Convenção Americana de Direitos Humanos
CDI	Comissão de Direito Internacional da ONU
CEDH	Convenção Europeia de Direitos Humanos
CIDH	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Corte EDH	Corte Europeia de Direitos Humanos
Corte IDH	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CVDT	Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados (1969)
DADDH	Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem
DI	Direito Internacional
DIDH	Direito Internacional dos Direitos Humanos
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos
LINDB	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
TDH	Tratados de direitos humanos
OC	Opinião Consultiva
OIT	Organização Internacional do Trabalho
PIDCP	Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais
SIDH	Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>1. PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS E TEÓRICOS</b> .....	11
1.1 <b>Gênese – Como foi concebido o princípio <i>pro persona</i>?</b> .....	15
1.2 <b>Terminologia – De onde surge a expressão <i>pro persona</i>?</b> .....	19
1.3 <b>Definição – As duas dimensões do princípio <i>pro persona</i></b> .....	22
1.3.1 <u>Preferência de fontes</u> .....	25
1.3.2 <u>Preferência interpretativa</u> .....	28
1.4 <b>Diferenciando o princípio <i>pro persona</i> de outros princípios do DIDH</b> .....	30
1.4.1 <u>Máxima efetividade e efeito útil</u> .....	30
1.4.2 <u>Controle de convencionalidade</u> .....	33
1.4.3 <u>Proibição do retrocesso e outros princípios correlatos</u> .....	35
1.4.4 <u>Princípio da melhor tutela europeia</u> .....	36
1.5 <b>O princípio <i>pro persona</i> como princípio geral do DIDH</b> .....	38
<b>2 INTERAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL</b>	43
2.1 <b>Status hierárquico normativo dos tratados de direitos humanos</b> .....	44
2.2 <b>O enfraquecimento da alegoria da pirâmide kelseniana e as novas teorias</b> .....	50
2.3 <b>Critérios tradicionais de solução de antinomias vs. Princípio <i>pro persona</i></b> .....	66
2.4 <b>Aplicação do princípio <i>pro persona</i> diante de direitos em colisão</b> .....	72
<b>3 CASOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS</b> .....	76
3.1 <b>Opiniões Consultivas</b> .....	76
3.2 <b>Sentenças em casos contenciosos</b> .....	82
3.2.1 <u>Competência</u> .....	82
3.2.2 <u>Questões procedimentais e garantias processuais</u> .....	84
3.2.3 <u>Vida, liberdade e nacionalidade</u> .....	88
3.2.4 <u>Direitos de comunidades indígenas</u> .....	94
3.2.5 <u>Proteção da família, direitos reprodutivos e orientação sexual</u> .....	100
3.2.6 <u>Complementaridade entre CADH e Direito Internacional Humanitário</u> .....	104
3.3 <b>Análise crítica – O princípio <i>pro persona</i> é aplicado da forma adequada?</b> .....	108

3.3.1	<u>O princípio geral da boa-fé</u> .....	110
3.3.2	<u>Corpus juris internacional</u> .....	112
3.3.3	<u>Interpretação evolutiva</u> .....	113
3.3.4	<u>Interpretação sistemática</u> .....	118
3.3.5	<u>O significado do artigo 29.b</u> .....	120
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	125
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	127

## INTRODUÇÃO

A consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos, que vem se desenvolvendo progressivamente ao longo dos anos, realizou mudanças relevantes no direito internacional. O próprio conceito de soberania foi modificado pelos direitos humanos, ao serem impostas ao Estado obrigações internacionais em relação ao tratamento dos cidadãos sujeitos à sua jurisdição.

A interação entre direito interno e direito internacional, que tem sido objeto de discussões por várias décadas, também sofreu impacto pelo fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos. Ao colocar a proteção do ser humano como prioridade, as relações deixam de ser pautadas exclusivamente na hierarquia das normas, na sua ordem cronológica ou no grau de especialidade do instrumento. É nesse espaço que deve se discutir o princípio *pro persona*, que será explorado neste trabalho.

Primeiramente, deve ser explorada a origem do princípio. Busca-se uma visão histórica do *pro persona*, obtida por meio dos cursos da Academia de Direito Internacional da Haia que tratam do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Destacam-se o artigo 29.b, da CADH, e o artigo 53, da CEDH, que são cláusulas que visavam a garantir que as respectivas convenções não seriam usadas para diminuir a proteção prevista em outros instrumentos. Nota-se que tais artigos dão origem ao princípio, mas são anteriores ao surgimento da nomenclatura *pro persona*. Assim, faz-se necessária uma reflexão sobre a terminologia.

Após, será necessário avançar no estudo dos pressupostos conceituais e teóricos do referido princípio, e tratar da sua definição. Ao definir as dimensões do princípio, também será preciso diferenciá-lo de princípios correlatos. Será usado o método dedutivo-indutivo de pesquisa, a partir da doutrina nacional, internacional e comparada sobre o objeto de estudo, a fim de compreender a origem, o conceito e a aplicação do princípio. Ademais, apoia-se nessa pesquisa para diferenciar o princípio *pro persona* de outras construções jurídicas existentes no âmbito dos direitos humanos.

Deve ser ressaltado o status do *pro persona* como princípio geral de Direito Internacional de Direitos Humanos. Dessa maneira, faz-se necessário destacar que o referido princípio é estudado a partir de uma perspectiva internacionalista, e como um princípio que será aplicado quando estiver presente no conflito uma norma de Direito Internacional de Direitos Humanos.

Dado que o *pro persona* é um princípio que possui impacto relevante na interação entre direito interno e direito internacional, é necessário demonstrar sua influência nessa dinâmica.

No capítulo 2, fala-se de como as mudanças sofridas pelo Direito Internacional, em especial a adoção dos tratados de direitos humanos, modificaram essa interação, e como o princípio *pro persona* assume importante papel dentro desse contexto.

Primeiramente, deve-se refletir sobre o próprio status hierárquico normativo dos tratados de direitos humanos em um sistema jurídico que tem o *pro persona* como princípio geral. Destaca-se o papel desse princípio de alterar verdadeiramente o tradicional modelo da pirâmide kelseniana, e substituir os tradicionais critérios de solução de antinomias pela prevalência da norma mais favorável ao indivíduo. Para corroborar tal afirmativa, são exploradas teorias sobre o enfraquecimento da perspectiva clássica de supremacia constitucional, como a teoria do trapézio. Ressalta-se que o referido princípio não é hábil para resolver, por si só, conflitos entre diferentes direitos de diferentes titulares. Desde sua origem, não foi esse o objetivo ou o significado a ele empreendido. Trata-se de princípio que resolverá conflitos entre normas que prevejam diferentes graus de proteção para o mesmo direito.

Busca-se compreender o sentido dado ao referido princípio pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, por meio da análise de suas sentenças e opiniões consultivas. Não foram analisadas medidas provisórias e resoluções de supervisão de cumprimento de sentença por se entender que o entendimento do tribunal está bem retratado em suas sentenças e opiniões, não sendo necessário que se recorra a outros meios para entender o seu posicionamento.

Em decorrência do elevado número de sentenças que fazem referência ao artigo 29.b e/ou ao princípio *pro persona*, foi necessário fazer uma separação temática dessas decisões, que serão exploradas individualmente com o objetivo de analisar a jurisprudência da Corte sobre o tema. Tal separação tem como único objetivo organizar melhor os casos analisados, sendo utilizada a pertinência temática como critério. A divisão de itens ficaria muito extensa se fossem usados outros critérios como o artigo violado, por exemplo.

Ao conhecer os casos, cabem as seguintes reflexões: como se aplica o artigo 29.b na Corte Interamericana de Direitos Humanos? Há definição precisa de seu conteúdo nas suas decisões? Há um problema metodológico nas decisões da Corte? Ademais, questiona-se se o artigo 29.b é utilizado como figura central para resolução do caso ou como um mero acessório na fundamentação do tribunal. Ainda, é necessário distinguir o *pro persona* de outras construções jurídicas que são frequentemente mencionadas pela Corte conjuntamente com o referido princípio.

## 1. PRESSUPOSTOS CONCEITUAIS E TEÓRICOS

O conceito de soberania tem sofrido mudanças em relação a sua interpretação ao longo do tempo, dado que é entendido como um conceito histórico<sup>1</sup>. No início do século XX, ainda vivíamos tempos em que se entendia que a soberania do Estado prevaleceria sobre os direitos humanos<sup>2</sup>. A concepção de soberania admitida pela doutrina contemporânea, especialmente pela doutrina positivista, é muito diferente da teoria tradicional, como aponta Charles Rosseau<sup>3</sup>. A soberania era tradicionalmente vista como uma noção extra ou supra jurídica, enquanto hoje pode ser dito que a soberania é um poder limitado pelo Direito<sup>4</sup>. Como ressalta Raphael Vasconcelos, soberania e Direito estão, simultaneamente, em sincronia e oposição, dado que a soberania é usada para fundamentar a produção normativa no plano internacional e também para delimitar a atuação estatal<sup>5</sup>.

Assim, cumpre observar que, após o fim da Segunda Guerra Mundial, a ordem internacional sofreu grandes mudanças, cujo objetivo era de atenuar o voluntarismo estatal rígido. Parte dessa mudança se dá por meio da assinatura de tratados destinados a estipular normas de direitos humanos. Consolida-se o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), que “é o Direito do pós-guerra, nascido como resposta às atrocidades e aos horrores

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. P. 425-427

<sup>2</sup> Para descrever a ordem internacional da época, Borges de Macedo faz referência à resposta dada ao regime nazista pela Sociedade das Nações: “Em 1933, a Assembleia Geral da Liga das Nações reúne-se, e Bernheim pede a palavra e denuncia as “práticas odiosas e bárbaras dos hitleristas às expensas de seus próprios compatriotas refratários ao regime”. Ele explica como os nazistas incendiavam as lojas e as casas, violentam as mulheres, assassinam os homens e molestam as crianças, saqueiam as sinagogas, profanam tumbas e lugares sagrados e expulsam famílias inteiras de seus lares. O presidente da sessão concede a palavra ao representante da Alemanha, um certo Joseph Goebbels. A sua resposta está registrada nos anais do princípio da não-intervenção: “Senhores, representantes e presidente. Nós somos um Estado soberano; tudo o que este indivíduo afirmou não vos concerne. Nós fazemos aquilo que queremos dos nossos socialistas, pacifistas e judeus, e não estamos sujeitos ao controle nem da humanidade, nem da SDN.” Não procurou negar os fatos, nem alegou inocência do seu governo. Os diplomatas daquele encontro ficaram petrificados, mas não por Goebbels e sim por Bernheim. A resolução proveniente daquela sessão foi bastante comedida e se absteve de qualquer condenação: a Liga “confia” que todos seus membros não devem atentar contra os direitos dos homens sob sua jurisdição. A prevalência da soberania sobre os direitos do homem foi bem estabelecida. A Alemanha recebe carta branca sobre como tratar suas minorias, e o plano político descrito no Mein Kampf pôde ser cumprido. Hitler acreditava que o “respeito pela pessoa humana que todos têm presente nada mais é do que uma invenção das fábulas para se proteger dos mais fortes.” BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. *A ingerência humanitária e a guerra justa*. Disponível em : <https://jus.com.br/artigos/11543/a-ingerencia-humanitaria-e-a-guerra-justa/2> Acesso em : 13 de dezembro de 2017.

<sup>3</sup> ROUSSEAU, Charles. L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Volume 73, 1948-II, pp. 167-253. p. 192. In verbis: « *La conception de la souveraineté admise par la doctrine contemporaine, spécialement par la doctrine positiviste, est très différente de la théorie traditionnelle. Au lieu de voir dans la souveraineté une notion extra ou supra-juridique, la doctrine actuelle dominante s'est efforcée de présenter celle-ci comme un notion strictement juridique, s'analysant en un pouvoir limité par le droit.* »

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional: domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

cometidos durante o Nazismo”, como define Flávia Piovesan<sup>6</sup>. Na lição de Louis Henkin, descreve-se a mudança de paradigma trazida pelo DIDH, que estipula obrigações dos Estados com os cidadãos baixo sua jurisdição, assim mudando a antiga lógica do DI clássico que disciplinava apenas as relações entre Estados:

Subsequentemente à Segunda Guerra Mundial, os acordos internacionais de direitos humanos têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados com respeito às pessoas sujeitas à sua jurisdição e um direito costumeiro internacional tem se desenvolvido. O emergente Direito Internacional dos Direitos Humanos institui obrigações aos Estados para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com estrangeiros. Este Direito reflete a aceitação geral de que todo indivíduo deve ter direitos, os quais todos os Estados devem respeitar e proteger. Logo, a observância dos direitos humanos é não apenas um assunto de interesse particular do Estado (e relacionado à jurisdição doméstica), mas é matéria de interesse internacional e objeto próprio de regulação do Direito Internacional.<sup>7</sup> (*grifos acrescentados*)

Desde então, foram elaborados diversos instrumentos internacionais destinados a ampliar a proteção do ser humano. A Organização das Nações Unidas é criada em 1945. Em 1948, é adotada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, na IX Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, a mesma conferência em que foi criada a Organização dos Estados Americanos (OEA). No Preâmbulo da DADDH é ressaltado que: “em repetidas ocasiões, os Estados americanos reconheceram que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana”. Como aponta Fabián Salvioli, apesar de não ser o único documento a fazer tal afirmação, a Declaração constitui relevante passo adiante para consagrar o conceito de universalismo dos direitos humanos, ao prescrever que os direitos humanos são inerentes a todas as pessoas, não importando a nacionalidade<sup>8</sup>. Esse é um desdobramento relevante, pois, àquela época, alguns países ainda pensavam em adotar a teoria do relativismo cultural dos direitos humanos.

No mesmo ano, adota-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelecida como um código de princípios e valores universais que devem ser respeitados pelos Estados. “A partir daí, começa a se desenvolver o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mediante

<sup>6</sup> PIOVESAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

<sup>7</sup> HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar, SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

<sup>8</sup> SALVIOLI, Fabián. El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos. In: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomo I; San José, Costa Rica: Edit. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf>

a adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à proteção de direitos fundamentais”<sup>9</sup>, que foram ratificados e internalizados por um grande número de Estados. Também em 1948, é criada a Convenção para a Repressão e Prevenção do Crime de Genocídio<sup>10</sup>, que, em seu artigo 1º, estabelece o genocídio como crime contra o Direito Internacional, quer cometido em tempo de paz, quer em tempo de guerra.

Com o passar dos anos, novos tratados foram celebrados, e o Estado brasileiro adotou um grande número deles. André de Carvalho Ramos reflete sobre o impacto da incorporação desses instrumentos internacionais ao ordenamento jurídico brasileiro, dada a “expansão quantitativa e qualitativa do Direito Internacional, que convive – como veremos – com o ordenamento nacional, outrora regente quase exclusivo da vida social”<sup>11</sup>:

O Direito Internacional é uma realidade impressionante no Brasil do século XXI. Do ponto de vista da produção normativa, o Brasil aderiu a centenas de tratados nos mais diversos planos (universal, regional) e temas (gerais, setoriais), bem como tem acatado inúmeros diplomas normativos de *soft law*. A cada ano, novas demandas são traduzidas em textos internacionais e o Brasil é um dos países mais receptivos a essa produção normativa. Do ponto de vista do alcance, a influência do Direito Internacional atinge todos os temas da conduta social nacional, mostrando uma impressionante força expansiva de suas normas.

Esse inesgotável fôlego normativo associado à sua força expansiva insere o Direito Internacional no epicentro da temática da pluralidade de ordens jurídicas que disputam a regência da vida social no século XXI. [...]

Desde a redemocratização, o Brasil ratificou centenas de tratados e se submeteu à interpretação de vários órgãos internacionais, como, por exemplo, o Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Penal Internacional, o Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, entre outros.<sup>12</sup>

Como ressalta Fábio Konder Comparato, no contexto da expansão do número de tratados de direitos humanos, a norma mais favorável ao sujeito de direito prevalecerá em caso de conflito de normas:

Sem entrar na tradicional querela doutrinária entre monistas e dualistas, a esse respeito, convém deixar aqui assentado que a tendência predominante, hoje, é no sentido de se considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética universal, estão acima do ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias Constituições posteriores à Segunda Guerra Mundial, aliás, já se inseriram normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Seja como for, vai se firmando hoje na doutrina a tese de que, na hipótese de conflito entre normas internacionais e internas, em matéria de direitos humanos, há de prevalecer sempre a mais favorável ao sujeito de direito, pois a proteção da dignidade da pessoa humana é a finalidade última e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

<sup>9</sup> PIOVESAN, 1996, op. cit.

<sup>10</sup> Internalizada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952.

<sup>11</sup> RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 106/107, jan./dez. 2011/2012. P. 497 – 524

<sup>12</sup> *Ibidem*.



Justamente, se a ordem jurídica forma um sistema dinâmico, isto é, um conjunto solidário de elementos criados para determinada finalidade e adaptável às mutações do meio onde atua, os direitos humanos constituem o mais importante subsistema desse conjunto. E, como todo sistema, eles se regem por princípio ou leis gerais, que dão coesão ao todo e permitem sempre a correção de rumos, em caso de conflitos internos ou transformações externas.<sup>13</sup>

A primazia da norma mais favorável deve ser aplicada pelo Estado em sua ordem interna, e também na esfera internacional pelos tribunais internacionais, como demonstraremos ao longo do trabalho. Nesse capítulo, serão explorados seus pressupostos teóricos e conceituais, desde sua origem.

### 1.1 Gênese – Como foi concebido o princípio *pro persona*

No contexto da proliferação dos tratados de direitos humanos, é possível que diferentes tratados tutelem o mesmo direito, e que ofereçam diferentes graus de proteção a tal direito. Ainda, pode ser que o grau de proteção oferecido pelos tratados seja diferente da proteção estabelecida por normas de direito interno do Estado signatário do tratado. Dado que o objetivo desses instrumentos internacionais é o de promover a proteção dos direitos humanos, muitos deles incluíram em seu texto uma cláusula que tem o escopo de garantir que um tratado não seja interpretado de modo a diminuir a proteção concedida a um indivíduo caso tal tratado ofereça menor proteção quando comparado à outra norma de direito interno ou de direito internacional. Em outras palavras, prevê-se que o tratado pode deixar de ser aplicado quando outro instrumento legal aplicável for mais favorável ao indivíduo.

Heribert Golsong, em seu curso na Academia de Direito Internacional da Haia (ADIH) de 1963, afirma que uma disposição dessa natureza foi incluída na Convenção Europeia de Direitos Humanos (doravante CEDH) porque ela não inclui direitos protegidos na Declaração Universal de Direitos Humanos (doravante DUDH), como os direitos econômicos e sociais<sup>14</sup>. Para o jurista, “*the Convention— which, in order to provide effective protection, sought to cover the desirable minimum rather than the Utopian optimum— does not exclude other already existing but more far-reaching provisions*”. Por essa razão, incluiu-se o artigo 60, posteriormente modificado para artigo 53, que estabelece:

---

<sup>13</sup> COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010. P. 74-75.

<sup>14</sup> GOLSONG, Heribert. Implementation of international protection of human rights. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, tome 110, 1963. P. 57-62

Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte.

Portanto, Golsong ressalta que a CEDH representa nada mais que os primeiros passos na proteção dos direitos humanos, como afirma seu próprio Preâmbulo. Também no Preâmbulo, os Estados afirmam que visam a “a tomar as primeiras providências apropriadas para assegurar a garantia coletiva de certo número de direitos enunciados na Declaração Universal”. Ademais, destaca-se que a CEDH pretendia criar um sistema judicial de supervisão de seu cumprimento, até então algo bastante inovador, e diferente de declarações anteriores, como a DUDH. Para que o sistema judicial funcionasse, era necessário que os direitos protegidos fossem bem definidos. Golsong leciona:

*Therefore the so-called "social rights" had to be excluded. In addition, to make the proposed judicial system of control workable it was necessary to define the rights enumerated in the Convention with sufficient precision to enable a judge to control their application. This is another point on which the Convention differs from the Universal Declaration. In the European Convention for the Protection of Human Rights, something more was needed than a simple statement of a large number of more or less vague principles; rights had to be defined as precisely as possible. If this had not been done, there would have been a risk of leaving the definition of rights to the full discretion of the States. We therefore find in the European Convention, in codified form, a definition of each right guaranteed, together with provisions containing the restrictions that may be placed upon it in certain circumstances.*

Por outro lado, buscou-se impedir que a definição precisa desses direitos protegidos pelo DIDH servisse de base para que se interpretasse de forma mais restritiva os direitos fundamentais já previstos por outros instrumentos legais. Antônio Augusto Cançado Trindade, em seu curso na ADIH em 1987, leciona sobre a coordenação entre diferentes mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos, fazendo referência ao “teste ou princípio da aplicação da provisão mais favorável às supostas vítimas”, e ressalta que este está previsto em tratados de direitos humanos, além de encontrar suporte na doutrina e na jurisprudência<sup>15</sup>. O jurista observa que os tratados de direitos humanos regionais e universais são complementários, uns em relação aos outros, e essa complementaridade fortalece a proteção dos direitos humanos:

*The choice or primacy of the most favourable provision to the alleged victims has a bearing on the issue of the co-existence of distinct complaint procedures of human rights protection, as significantly it may reduce or minimize the possibilities of normative conflict; it is, in fact, well in keeping with the present-day tendency at international level to extend, rather than to restrict, the protection of human rights. It moreover evidences the complementary nature — from the standpoint of the alleged victims — of human rights mechanisms of protection at global and regional levels, a*

<sup>15</sup> TRINDADE, A. A. Cançado. Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights. In : *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, tomo 202, 1987.

*phenomenon which, in turn, reflects the specificity of the domain of the international protection of human rights.*<sup>16</sup>

Portanto, diante de múltiplos mecanismos internacionais de proteção de direitos humanos, as supostas vítimas têm a liberdade de escolher o procedimento e a normativa que darão apoio jurídico à sua petição ou denúncia, observando-se que tentar limitar a escolha da vítima nesse âmbito não seria uma atitude razoável. Cançado Trindade demonstra que esse entendimento em relação à liberdade de escolha da vítima tem amplo suporte da doutrina europeia há bastante tempo:

*In the European Continent, as early as in 1968, Modinos argued that when certain rights were guaranteed by two international instruments (e.g., the European Convention on Human Rights and the United Nations Covenant on Civil and Political Rights), "le choix du plaignant se portera sur celui qui lui est le plus favorable", and this was in accordance with Article 60 of the European Convention which "laisse intacts" the rights recognized by any other convention if they are "more favourable to the individuals" [...].*<sup>17</sup> (grifos acrescentados)

Além de tratar de conflitos entre normas de tratados de direitos humanos, como se demonstrou *supra*, note-se que a aplicação da norma mais favorável também foi desenhada para garantir que a interação entre o direito internacional e o direito interno privilegiasse a proteção da pessoa humana. Karel Vasak, em seu Curso de Haia de 1974, ressalta que o DIDH é tido como um direito que impõe uma proteção mínima, e que trata de matéria que está em constante desenvolvimento, em decorrência da ação das autoridades estatais na ordem interna<sup>18</sup>. O jurista destaca que os tratados de direitos humanos previram esse possível conflito, e incluíram em seu

<sup>16</sup> Ibid., p. 403

<sup>17</sup> Ibid., Pag. 120-121. Cançado Trindade complementa: "In the following year De Meyer wrote likewise in favour of the primacy, in each case, of the "most favourable guarantees" to the individuals concerned : the degree of recognition of the rights at issue determined the provision which was to have primacy, that is, that which accorded the complainants the protection "la plus étendue". Consequently, he added significantly, "c'est le niveau de la protection garantie et non pas le niveau . . . auquel elle est garantie, qui détermine cette primauté". In view of the co-existence of instruments, the recognition of the primacy of the most favourable clause to the individuals concerned is, in Cohen-Jonathan's remark, for the State "la meilleure manière de s'acquitter simultanément de ses obligations au titre des deux traités" , besides helping considerably to reduce "conflicts" in their normative aspect . Likewise, with regard to co-existing human rights instruments, Capotorti states that Articles 60 and 17 of the European Convention clearly confirm the pre-eminence of the most favourable provisions to the individuals concerned; there is a presumption of the compatibility of the two human rights treaties in the application of this test, which is in keeping with the present-day tendency at international level to extend, rather than to restrict, the protection of human rights."

<sup>18</sup> « Etant un droit dérivé du droit interne, le droit international des droits de l'homme couvre de ce fait une matière qui continue à se développer grâce à l'action des autorités législatives, gouvernementales et judiciaires des différents Etats. Les conventions internationales des droits de l'homme ont bien prévu cette situation car elles contiennent une disposition qui, étant une véritable « clause de l'individu le plus favorisé », fait du droit international des droits de l'homme un droit minimum. L'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme dispose par exemple [...]. Cette clause autorise et rend intangible, au regard de la Convention, une protection nationale et internationale des droits de l'homme plus large que celle que la Convention elle-même prévoit. » VASAK, Karel. Le Droit International des Droits de L'Homme. In : *Recueil des cours*. Académie de Droit International, Tomo 140, 1974. P. 406-407

texto uma *clause de l'individu le plus favorisé*<sup>19</sup>, assim sendo classificado o então artigo 60 da CEDH. Logo, esse artigo garante que não seja afetado instrumento legal, tanto de fonte internacional quanto de fonte nacional, que preveja uma proteção de direitos humanos mais ampla do que a constante na própria CEDH.

Héctor Gros Espiell disserta sobre esse tipo de cláusula em seus cursos da Haia de 1975 e 1989. Segundo o jurista uruguaio, é equivalente ao então artigo 60 da CEDH o artigo 29.b da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante CADH)<sup>20</sup>, que prevê:

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados.

Gros Espiell entende que o artigo 29 prevê disposições plausíveis, que visam a impedir uma hermenêutica restritiva ou limitativa. O artigo 29.b, especificamente, impede uma interpretação que conduza à exclusão do gozo de direitos e liberdades reconhecidos por leis do Estado parte ou por outro tratado do qual o Estado é signatário<sup>21</sup>. Ademais, afirma que o caso a que se refere o referido artigo é bem conhecido do direito internacional do trabalho<sup>22</sup>, com base no artigo 19, parágrafo 8, da Constituição da OIT, que dispõe:

Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação.

Desse dispositivo, infere-se que o reconhecimento e a proteção internacional de direitos e liberdades (o standard mínimo aceitável) não pode reduzir, limitar e restringir direitos reconhecidos de modo mais amplo pelo direito interno ou por outros tratados internacionais, como ressalta o jurista uruguaio<sup>23</sup>. Na mesma linha, o Protocolo de San Salvador<sup>24</sup> estabelece, em seu artigo 4º: “Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou

<sup>19</sup> Podemos traduzir como, grosso modo, cláusula do indivíduo mais favorecido. Como veremos posteriormente, várias outras nomenclaturas foram empregadas para se referir a este tipo de cláusula.

<sup>20</sup> GROS ESPIELL, Hector. La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme: analyse comparative. In : *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 218, ano 6, 1989.

<sup>21</sup> GROS ESPIELL, Hector. Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme. In : *Recueil des Cours*. Académie de Droit International Collected Courses of the Hague Academy of International Law, Tomo 145, 1975. Pág. 42

<sup>22</sup> Gros Espiell, 1989, op. cit.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (também conhecido como Protocolo de San Salvador). Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm)

vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau”.

Até aqui, vimos os motivos pelos quais o nosso objeto de estudo foi criado e integrado em tratados de direitos humanos. Antes de prosseguir nosso estudo, é necessário fazer uma reflexão sobre a terminologia.

## 1.2 Terminologia – De onde surge a expressão *pro persona*?

Observa-se que várias expressões podem definir nosso objeto de estudo, como “prevalência da disposição mais protetiva à pessoa humana” ou “primazia da norma mais favorável às vítimas”. No texto de Adamantia Rachovitsa, adota-se a expressão “*more favourable protection clause*”, e as expressões “*pro homine*” e “*pro persona*” só aparecem quando a autora faz referência à jurisprudência da Corte IDH, que faz uso destas expressões<sup>2526</sup>. É comum que estas expressões latinas sejam utilizadas para que se refira a esse princípio. Nota-se que seu uso destaca-se na América Latina, podendo ser dito que o uso destes termos faz parte de um recorte latino-americano desse princípio.

Vale ressaltar que nosso objeto de estudo não se confunde com o brocardo *Dies interpellat pro homine*, que “remete a um instituto do Direito das Obrigações, de origem romanística, [e significa] a não necessidade de interpelação do devedor com a chegada do prazo para cumprimento da obrigação acordada”<sup>27</sup>. Logo, não se assemelha em nada ao princípio *pro homine*, que tem origem no DIDH.

<sup>25</sup> RACHOVITSA, Adamantia. Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights Treaties. *Human Rights Law Review*, vol. 16, issue 1. Oxford : Oxford University Press, 2016. Págs. 77–101.

<sup>26</sup> Gros Espiell, em seu curso na ADIH de 1989, também faz referência à aplicação do princípio de interpretação “*pro hominis*” (sic) pela Corte IDH: « *La Cour a implicitement accepté le principe d'interprétation pro hominis, dans la mesure de sa compatibilité avec l'existence d'un ordre juridique dans lequel coexistent harmonieusement la liberté et l'ordre, ce qui peut seulement se réaliser dans l'Etat de droit démocratique. Tout permet de penser que la Cour interaméricaine et, dans ce domaine aussi la Commission interaméricaine, doivent continuer à employer une interprétation ouverte et évolutive laquelle — sans s'éloigner du texte — tient compte de la réalité et de ce qui doit caractériser la vie d'un Etat de droit démocratique.* » Gros Espiell, op. cit., 1989.

<sup>27</sup> Como alerta Illeide Sampaio de Sousa, o princípio *pro homine* não se confunde com o brocardo “*Dies interpellat pro homine*”: “[V]ale trazer a acepção clássica que já houve sobre o termo “*Dies interpellat pro homine*” para asseverar que não possui qualquer relação com o que aqui vai está sendo defendido. O “*Dies interpellat pro homine*” (o dia interpela pelo homem), remete a um instituto do Direito das Obrigações, de origem romanística. Significando a não necessidade de interpelação do devedor com a chegada do prazo para cumprimento da obrigação acordada. Ou seja, ao chegar o dia acordado para o pagamento, o devedor já está em mora.” SOUSA, Illeide Sampaio de. Memórias Constitucionais e a Nova Gramática dos Direitos Humanos ante o Princípio Pro Homine. In: *Hermenêutica jurídica* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2015. Págs. 324-350

O uso mais antigo da expressão *pro homine* que conseguimos encontrar está em votos separados do juiz Rodolfo Piza Escalante, na Corte IDH. O magistrado usa esse termo na Opinião Consultiva n° 5/1985<sup>28</sup> e na Opinião Consultiva n° 7/1986<sup>29</sup>. Não encontramos qualquer uso ou referência anterior a essas OCs. É possível que a expressão *pro homine* tenha sido criada por Piza Escalante, em analogia ao princípio *pro sententia*. O juiz, em voto dissidente na Resolução de 8 de setembro de 1983 sobre o assunto Viviana Gallardo<sup>30</sup>, já havia feito referência ao princípio *pro sententia*, advindo do Direito Processual geral, ao afirmar que “*las formalidades y requisitos procesales deben siempre interpretarse en el sentido más favorable a la resolución de las cuestiones de fondo en sentencia- principio pro sententia del Derecho Procesal general*”. É possível que o juiz costarriquenho tenha criado tal nomenclatura, por influência e fazendo uma analogia ao princípio *pro sententia*. No entanto, não podemos afirmar categoricamente que esta é a origem da nomenclatura *pro homine*. Cumpre ressaltar que, como vimos anteriormente, o instituto já existia bem antes do uso da nomenclatura *pro homine* pelo juiz Piza Escalante.

Segundo Mireya Castañeda, o referido princípio passou a ser denominado *pro persona* especialmente entre os autores mexicanos, em um esforço para utilizar uma denominação neutra em relação ao gênero<sup>3132</sup>. Na mesma linha, vemos nomenclaturas como *pro ser humano*, na

<sup>28</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva n° 5. Serie A, n° 5, 1985. Parágrafo 12 do voto separado do juiz Rodolfo Piza Escalante

<sup>29</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva n° 7. Serie A, n° 7, 1986. Parágrafo 36 do voto separado do juiz Rodolfo Piza Escalante

<sup>30</sup> Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Serie A N° 101/81. Piza Escalante defendeu, em seu voto separado, §22: “*como se trata, de procedimientos preventivos o preliminares de simple carácter administrativo, no propiamente jurisdiccional, que además deben ser aplicados restrictivamente, ante principios fundamentales como el del acceso a la justicia y el de que las formalidades y requisitos procesales deben siempre interpretarse en el sentido más favorable a la resolución de las cuestiones de fondo en sentencia -principio pro sententia del Derecho Procesal general-. Las limitaciones y retenciones tradicionales frente a la jurisdicción internacional, no tienen cabida en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*”

<sup>31</sup> CASTAÑEDA, Mirella. *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ciudad de México, D.F., 2014. P. 15

<sup>32</sup> Nota-se que o princípio foi positivado na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, após a reforma constitucional de 2011, que teve como objetivo mudar a concepção e o posicionamento dos direitos humanos no ordenamento jurídico mexicano. Por força dessa reforma, foi adicionado ao artigo 1° da Constituição mexicana o seguinte parágrafo: “*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*”.

Constituição do Equador de 2008, em seu artigo 417<sup>33</sup>; ou, ainda, princípio *favor persona*, como diz o Tribunal Constitucional chileno<sup>34</sup>.

O professor Cançado Trindade utiliza a nomenclatura “*pro victima*”<sup>35</sup>. Deve ser observado que o uso dessa expressão deve ser entendido de acordo com a doutrina desenvolvida pelo autor, na qual especial atenção é dada às vítimas de graves violações de direitos humanos, e é fortalecido seu papel como sujeito de direito na ordem internacional. Sua doutrina é verdadeiramente transformadora, ao defender o *locus standi in judicio* das vítimas de graves violações de direitos humanos no processo internacional. Cançado Trindade leciona:

Para realizar a justiça, há que dar oportunidade às partes de expor todos seus argumentos. E para restaurar a dignidade das vítimas, há que deixá-las expressar-se livremente, há que ouvi-las atentamente, inclusive como forma de reparação. As vítimas atuam como verdadeiros sujeitos de direito e não como simples objeto de proteção. Isto contribui também a evitar a repetição das violações.<sup>36</sup>

Há de se ressaltar que, independente da nomenclatura adotada, a pessoa humana, o indivíduo ou a vítima em questão deve ser entendido como todo ser humano, no contexto no qual é beneficiário de um direito humano protegido pelo DIDH. A própria CADH dispõe, em seu artigo 1.2: “Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”. Dessa maneira, pessoas jurídicas não devem ser consideradas titulares de direitos humanos, como entendeu a Corte IDH na OC n° 22/2016<sup>37</sup>. Nessa OC, admitiu-se uma exceção, que é a de comunidades indígenas, que foram consideradas titulares dos direitos protegidos pela CADH. Também foi admitido que organizações sindicais podem apresentar-se ao sistema interamericano em defesa de seus próprios interesses, por força do artigo 8.1.a do Protocolo de San Salvador.

<sup>33</sup> Constituição do Equador de 2008, artigo 417: “*Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. En el caso de los tratados y otros instrumentos internacionales de derechos humanos se aplicarán los principios pro ser humano, de no restricción de derechos, de aplicabilidad directa y de cláusula abierta establecidos en la Constitución.*”

<sup>34</sup> ALCALÁ, Humberto Nogueira. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, Año 13, n. 2, Talca: 2015.

<sup>35</sup> “A seu turno, os tribunais internacionais de direitos humanos sempre têm tido em mente o princípio da dignidade da pessoa humana, assim como o princípio (*pro victima*) da aplicação da norma mais favorável à vítima.” (TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Os tribunais internacionais contemporâneos*. Brasília : FUNAG, 2013, p. 74). Também é usada essa expressão no texto de Amaya Torres: “*The general trend here, which is approved of by the Commission, is to apply the pro homine principle or rather the pro victima principle (...)*”. (TORRES, Amaya Úbeda de. Determination of victims. In: BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. Oxford University Press, 2011.

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 56-57

<sup>37</sup> Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

Entendemos que a preocupação dos autores mexicanos tem mérito, e acreditamos que as expressões *pro persona*, *pro victima* e *pro ser humano* são mais adequadas do que a expressão *pro homine* para descrever o princípio. Contudo, usaremos a expressão *pro homine* ocasionalmente, quando em referência a autores que a utilizam. Também ressaltamos que pode se optar pelas nomenclaturas traduzidas para o português, como “primazia da norma mais favorável”, etc, que são de mais fácil compreensão para pessoas leigas se comparadas com os brocados citados, dado que apenas parcela ínfima da população possui conhecimentos de latim.

Como aponta Alexandre Dantas Coutinho, para alguns doutrinadores, as nomenclaturas utilizadas podem configurar especificação em relação a determinados casos de aplicação<sup>38</sup>. Ramos, por exemplo, refere-se ao “princípio da prevalência ou primazia da norma mais favorável ao indivíduo” para a aplicação diante da existência de múltiplas normas, e à “interpretação *pro homine*” quando se trata de múltiplas interpretações da mesma fonte<sup>39</sup>. No entanto, tal especificação não se trata de posição majoritária.

Para fins desse estudo, não faremos essa distinção, e entendemos que as expressões são equivalentes. Ademais, entendemos que a multiplicidade de nomenclaturas utilizadas para se referir a nosso objeto de estudo não representa qualquer prejuízo a esta pesquisa ou à aplicação do referido princípio tanto na ordem interna quanto na ordem internacional.

### 1.3 Definição – As duas dimensões do princípio *pro persona*

Como aponta Mireya Castañeda, a definição dada por Mónica Pinto é constantemente utilizada em estudos desse tema e foi utilizada por tribunais constitucionais de diversos países latino-americanos em julgamentos que tocam o tema<sup>40</sup>. Pinto descreve a aplicação prática do princípio da seguinte forma:

*El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.<sup>41</sup>*

<sup>38</sup> Op. cit., p. 86

<sup>39</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, 3. Ed. Re., atual. E ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016. P. 108-109

<sup>40</sup> CASTAÑEDA, Mireya, op. cit., p. 17. Note-se que Castañeda menciona apenas a Sentencia T-725/04, da Corte Constitucional da Colômbia, como julgado que utiliza o princípio.

<sup>41</sup> PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. in: ABREGÚ, Martín, e COURTIS, Christian (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires : Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997.



Podemos entender, a partir da definição dada por Mónica Pinto, que o *pro persona* não é violado de forma autônoma. Sua vulneração sempre se dá acompanhada de um direito material protegido no âmbito internacional. Também se pode extrair dessa definição duas dimensões distintas do princípio *pro homine*<sup>42</sup>: 1) a “preferência interpretativa”, que impõe que, diante de múltiplas interpretações possíveis de uma mesma fonte jurídica, aplica-se a interpretação mais favorável à pessoa, de modo a adotar a interpretação mais extensiva para reconhecer direitos protegidos e a interpretação mais restritiva quando se trata de restringir direitos; e 2) a “preferência de fontes”, que impõe que, diante de múltiplas normas, sejam ambas de DIDH ou uma de DIDH e outra de direito interno, que tratem do mesmo direito, aplica-se a norma mais benéfica ao titular do direito protegido.

Medellín Urquiaga aponta como o fundamento do argumento de Pinto o de reconhecer que nos sistemas jurídicos atuais existe uma multiplicidade de normas de origem nacional e de origem internacional que reconhecem direitos humanos da pessoa<sup>43</sup>. Assim como o juiz Piza Escalante, Pinto reconhece que, quando se trata de um caso que toque os direitos humanos, a interpretação das normas deve se amparar em seu peso substantivo, e não em critérios formalistas que ponham em perigo o efetivo exercício desses direitos. Mónica Pinto, então, adiciona:

*Sin perjuicio de la autonomía de cada orden jurídico para determinar los modos de su integración, para establecer el orden jerárquico de sus normas y, por lo tanto, individualizar los criterios para resolver y superar los eventuales conflictos que puedan plantearse, la pluralidad de fuentes apuntada impone una compatibilización respecto del alcance de los derechos protegidos y las obligaciones asumidas por los Estados.*<sup>44</sup>  
(grifos acrescentados)

Segundo Kelsen, há antinomia quando “uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela”<sup>45</sup>. Cabe ressaltar que, nos casos de aplicação do *pro persona*, nem sempre se estará diante de uma antinomia como a descrita por Kelsen. Pode ser que as normas tratem de um

<sup>42</sup> As expressões “preferência normativa” e “preferência interpretativa” ou construções análogas são utilizadas por: CARPIO MARCOS, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2004; DANTAS COUTINHO, op. cit., p. 86 e seguintes; MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. *Principio pro persona*. México: CDHDF.SCJN-OACNDH, 2013, p. 27; e SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. In: PALOMINO, José, REMOTTI, José Carlos (coords.). *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

<sup>43</sup> MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. *Principio pro persona*. Op. cit., p. 19

<sup>44</sup> PINTO, Mónica, op. cit.

<sup>45</sup> KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 228 e 229.

mesmo direito, mas não sejam diametralmente opostas, e apenas ofereçam graus de proteção diferente. Então, é relevante a distinção feita por Norberto Bobbio:

[P]odemos definir novamente a antinomia jurídica como aquela situação que se verifica entre duas normas incompatíveis, pertencentes ao mesmo ordenamento e tendo o mesmo âmbito de validade. As antinomias, assim definidas, podem ser, por sua vez, distintas em três tipos diferentes, conforme a maior ou menor extensão do contraste entre as duas normas: [...] *[T]otal-total*: em nenhum caso uma das duas normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra. [...] *[P]arcial-parcial*: cada uma das normas tem um campo de aplicação em conflito com a outra, e um campo de aplicação no qual o conflito não existe. [No terceiro caso,] [s]e, de duas normas incompatíveis, uma tem um âmbito de validade igual ao da outra, porém mais restrito, ou, em outras palavras, se o seu âmbito de validade é, na íntegra, igual a uma parte da outra, a antinomia é total por parte da primeira norma com respeito à segunda, e somente parcial por parte da segunda com respeito à primeira, e pode-se chamar *total-parcial*.<sup>46</sup>

Para ilustrar, vejamos o exemplo a seguir. O artigo 8.4, da CADH, prevê: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Já o artigo 14.7, do PIDCP prevê: “Ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país”. Pode ser entendido que o PIDCP permite que uma pessoa seja processada mais de uma vez pelo mesmo fato, desde que a capitulação jurídica seja diferente. Assim, a CADH seria mais protetiva. Assim entendeu a Corte IDH no caso *Loayza Tamayo vs. Peru* (1997):

*[L]a Corte observa que el principio de non bis in idem está contemplado en el artículo 8.4 de la Convención. [...] Este principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos. A diferencia de la fórmula utilizada por otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, artículo 14.7, que se refiere al mismo “delito”), la Convención Americana utiliza la expresión “los mismos hechos”, que es un término más amplio en beneficio de la víctima.<sup>47</sup> (grifos acrescentados)*

Nesse caso, deve ser aplicada a norma internacional, dado que mais protetiva. Trata-se de diferentes graus de proteção, previstos em fontes legais diferentes. Roucouнас afirma que é improvável que um conflito de normas advenha da tutela de um mesmo direito de formas diferentes por múltiplos instrumentos. Assim, o autor usa a palavra coexistência de direitos. Dessa maneira, entendemos que o uso de expressões como concorrência ou coexistência de normas é mais adequado para tratar da primazia da norma mais favorável.

<sup>46</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição, tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999. P. 88-89

<sup>47</sup> Corte IDH. *Caso Loayza Tamayo Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33. §66

Nestor Sagüés, que aponta o princípio *pro homine* como talvez a mais importante entre as pautas interpretativas específicas aos direitos humanos, segue a mesma linha de Pinto<sup>48</sup>. O autor argentino afirma que o princípio possui duas variantes: **1)** uma diretriz de preferência de fontes (obriga o juiz, seja em jurisdição nacional ou internacional, a aplicar a norma mais favorável à pessoa, independente de seu nível jurídico); e **2)** uma diretriz de preferência de interpretação (escolher, dentro das possibilidades interpretativas de um preceito normativo, a versão mais protetora da pessoa). Em seguida, falaremos separadamente de cada uma dessas dimensões.

### 1.3.1 Preferência de fontes

Dantas Coutinho descreve a aplicação no contexto da preferência de fontes:

[O]pta-se pela norma que mais proteja [um] direito, no caso de existirem diferentes previsões protetivas [de tal direito], advindas de diferentes fontes jurídicas. Sendo assim, deve-se escolher a norma mais favorável dentre todas as normas que possam ser aplicadas ao caso, seja esta uma norma de origem interna ou uma norma de origem internacional. Deve-se notar que este princípio não olha a fonte normativa, mas sim o seu conteúdo, para verificar qual norma oferece maior grau de proteção. Justamente por isso, há quem denomine esta pauta interpretativa de “princípio da norma mais favorável ao indivíduo” ou “à vítima”.<sup>49</sup>

Entendemos que não é ideal o uso da expressão “preferência normativa”, utilizada por alguns autores<sup>50</sup>, para descrever essa dimensão do *pro persona*. Ocorre que, como se explorará no próximo subtópico, a interpretação de um enunciado também dá origem a uma norma jurídica. Assim, tanto a preferência de fontes quanto a preferência interpretativa constituem uma espécie de preferência normativa. Pode-se dizer que há uma preferência de fontes, quando houver coexistência de fontes, e for adotada a fonte que preveja maior proteção ao indivíduo.

Na aplicação dessa dimensão do *pro persona*, pode ser feito um paralelo com a teoria do diálogo de fontes, desenvolvida pelo professor alemão Erik Jayme, no âmbito do Direito Internacional Privado. Segundo o jurista alemão, os sistemas jurídicos atuais têm como características a existência de várias fontes normativas. Para solucionar um conflito entre eles, pode-se adotar um critério hierárquico ou pode-se buscar uma forma de coordenação das fontes.

<sup>48</sup> SAGÜÉS, Nestor, op. cit., P. 6-8

<sup>49</sup> DANTAS COUTINHO, op. cit., P. 89

<sup>50</sup> DANTAS COUTINHO, op. cit., P. 89; SAGÜÉS, op. cit.

Jayme entende que a solução mais ideal é a de buscar a coordenação das fontes<sup>51</sup>. Cláudia Lima Marques assim descreve a doutrina de Erik Jayme:

É o chamado ‘diálogo das fontes’ (di + a = dois ou mais; logos = lógica ou modo de pensar), expressão criada por Erik Jayme, em seu curso de Haia (Jayme, *Recueil des Cours*, 251, p. 259), significando a atual aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais. Erik Jayme, em seu Curso Geral de Haia de 1995, ensinava que, em face do atual ‘pluralismo pós-moderno’ de um direito com fontes legislativas plúrimas, ressurgiu a necessidade de coordenação entre leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo (*Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Recueil des Cours*, II, p. 60 e 251 e ss.).

O uso da expressão do mestre, ‘diálogo das fontes’, é uma tentativa de expressar a necessidade de uma aplicação coerente das leis de direito privado, coexistentes no sistema. É a denominada ‘coerência derivada ou restaurada’ (*cohérence dérivée ou restaurée*), que, em um momento posterior à descodificação, à tópica e à microrrecodificação, procura uma eficiência não hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo, a evitar a ‘antinomia’, a ‘incompatibilidade’ ou a ‘não coerência’.

‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção pela fonte prevalente ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato – solução flexível e aberta, de interpenetração, ou mesmo a solução mais favorável ao mais fraco da relação (tratamento diferente dos diferentes).<sup>52</sup>

Alguns autores<sup>53</sup> destacam duas manifestações diferentes da preferência de fontes: 1) a preferência da norma mais protetora e 2) a conservação de norma anterior mais favorável. Basicamente, a primeira manifestação se dá quando for aplicada norma mais protetiva de hierarquia inferior a uma norma menos protetiva de hierarquia superior, assim prevalecendo o critério *pro persona* sobre o critério da hierarquia. A segunda manifestação se dá quando a norma mais protetiva for anterior a uma norma menos protetiva posterior – posteriormente, será discutida a relação do *pro persona* com o critério da temporalidade.

Para ilustrar tal aplicação na interação entre as ordens interna e internacional, tomemos em conta o seguinte exemplo: a Constituição Brasileira de 1988 prevê que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, inciso LVII). Esse dispositivo consagra a garantia de presunção de inocência, que também está

<sup>51</sup> JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*. In : *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 251, II, 1995. P. 60

<sup>52</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 89-90

<sup>53</sup> ALCALÁ, supra nota 34; e HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Costa Rica, n. 39: 2004. P. 59-63.

prevista no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, em seu artigo 14.2<sup>54</sup>, e na CADH, em seu artigo 8.2<sup>55</sup>. No entanto, tais tratados usam apenas a expressão “comprovação legal da culpa” para tratar da presunção de inocência, e não impõem a necessidade de trânsito em julgado de sentença penal condenatória, como faz a CRFB/88.

Constata-se que a proteção concedida pela CRFB/88 é mais ampla do que a concedida pelos referidos tratados, logo, a norma constitucional é mais favorável à pessoa. Como leciona Renato Brasileiro de Lima, trata-se de caso de incidência do artigo 29.b, da CADH, o qual estabelece a prevalência da disposição mais favorável:

A par dessa distinção terminológica, percebe-se que o texto constitucional é mais amplo, na medida em que estende referida presunção até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ao passo que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec. 678/92, art.8º, nº 2) o faz tão somente até a comprovação legal da culpa. Com efeito, em virtude do texto expresso do Pacto de São José da Costa Rica, poder-se-ia pensar que a presunção de inocência deixaria de ser aplicada antes do trânsito em julgado, desde que já estivesse comprovada a culpa, o que poderia ocorrer, por exemplo, com a prolação de acórdão condenatório no julgamento de um recurso, na medida em que a mesma Convenção Americana também assegura o direito ao duplo grau de jurisdição (art. 8º, § 2º, "h"). A Constituição Federal, todavia, é claríssima ao estabelecer que somente o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória poderá afastar o estado inicial de inocência de que todos gozam. Seu caráter mais amplo deve prevalecer, portanto, sobre o teor da Convenção Americana de Direitos Humanos. De fato, a própria Convenção Americana prevê que os direitos nela estabelecidos não poderão ser interpretados no sentido de restringir ou limitar a aplicação de normas mais amplas que existam no direito interno dos países signatários (art. 29, b). Em consequência, deverá sempre prevalecer a disposição mais favorável.<sup>56</sup>

Dessa maneira, não se pode, no direito brasileiro, desprezar a garantia da presunção de inocência antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória<sup>57</sup>. Entendemos que se este posicionamento for defendido com base nos referidos tratados, ou seja, se tais instrumentos internacionais servirem de justificativa para que se interprete de forma mais restritiva a própria CRFB/88; o Estado brasileiro estaria incorrendo em responsabilidade internacional, por violação de obrigação internacional estabelecida na CADH.

Piovesan usa como exemplo o caso da liberdade sindical, protegida pelo artigo 22 do PIDCP, pelo artigo 8º do PIDESC, e pelo artigo 16 da CADH. Tal direito é tutelado pela CRFB/88, no artigo 8º, inciso II, que prevê a unicidade sindical, dispondo: “é vedada a criação

<sup>54</sup> O artigo 14.2 prevê: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

<sup>55</sup> O artigo 8.2 prevê: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (...)”.

<sup>56</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016. Pág. 467

<sup>57</sup> Observamos que a posição majoritária atual no STF não respeita esse entendimento, desde o julgamento do Habeas Corpus (HC) 126292 (julgado em 17/02/2016), no qual se entendeu por possível a execução provisória da pena após condenação em segundo grau, ou seja, antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. No entanto, os referidos tratados não foram usados como justificativa para esse entendimento.

de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial”<sup>58</sup>. Piovesan entende que tal artigo representa “restrição injustificada à ampla liberdade de associação, que pressupõe a liberdade de fundar sindicatos”. Então, entende que:

Acolhendo o princípio da prevalência da norma mais favorável ao indivíduo e considerando que os direitos previstos em tratados internacionais de que o Brasil é parte são incorporados pela Constituição, que lhes atribui natureza de norma constitucional e aplicação imediata, conclui-se que a ampla liberdade de criar sindicatos merece prevalecer sobre a restrição da unicidade sindical.<sup>59</sup>

### 1.3.2 Preferência interpretativa

Na lição de Norberto Bobbio, a norma jurídica é entendida como uma proposição, que deve ser entendida como “um conjunto de palavras que tem um significado”<sup>60</sup>. O jurista italiano distingue uma proposição de seu enunciado<sup>61</sup>. O enunciado é entendido como “a forma gramatical e linguística pela qual um determinado significado é expresso, por isso a mesma proposição pode ter enunciados diversos, e o mesmo enunciado pode exprimir proposições diversas”<sup>62</sup>. A doutrina de Bobbio é descrita da seguinte forma por Alaôr Caffê Alves:

A mesma proposição normativa, o mesmo sentido, pode formular-se com diferentes enunciados linguísticos. Isto quer dizer que Bobbio já atinava com a distinção entre o texto normativo (literal) e a norma jurídica como estrutura de sentido, inconfundível mas dependente de seu enunciado. Por isso, o que interessa ao jurista, quando interpreta a lei, é seu significado e não apenas o enunciado literal correspondente. O sentido normativo, a norma jurídica, portanto, é o produto de uma interpretação e não o objeto da interpretação. O objeto a ser interpretado é o enunciado, o texto linguístico, do qual sobressai, mediante a interpretação, o significado, a norma jurídica.<sup>63</sup>

A preferência interpretativa será aplicada quando, a partir de um mesmo enunciado, for possível extrair proposições diferentes sobre a tutela de direitos humanos. Nessa situação, por força do *pro persona*, deve ser aplicada a proposição que melhor proteja o beneficiário daquele direito.

Se a interpretação de um enunciado é propriamente a norma jurídica, a preferência interpretativa também caracteriza uma manifestação da primazia da norma mais favorável à

<sup>58</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. Ver. e atual. São Paulo : Saraiva, 2010. P. 105-106

<sup>59</sup> *Ibidem*

<sup>60</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti / Apresentação Alaôr Caffê Alves – Bauru, SP: EDIPRO, 2001. Pág. 74

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 72

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 73

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 11-12

pessoa. Assim, “[n]a hermenêutica de normas aplicáveis a um caso concreto que se apresenta a um magistrado – seja este nacional ou internacional –, deve-se sempre buscar o sentido que mais favoreça à proteção dos direitos do ser humanos”<sup>64</sup>.

Por óbvio, para que se adote a interpretação que melhor proteja o beneficiário do direito, pela aplicação do *pro persona*, “procura-se [...] atribuir a interpretação que mais proteja um direito, ou a interpretação que menos restrinja tal direito”<sup>65</sup>.

Humberto Henderson, ao tratar da “interpretação com sentido tutelar diante de várias interpretações possíveis”, destaca que o artigo 31.1 da CVDT prevê a seguinte regra geral de interpretação: “Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade”. É notório que o fim e o objetivo dos tratados de direitos humanos são o de conferir direitos aos indivíduos, e não de regular apenas as relações entre Estados. Henderson entende que, apesar de esta manifestação do princípio *pro persona* não aparecer explicitamente em algumas normas internacionais, pode-se basear sua aplicação no texto constitucional dos Estados que positivaram essa disposição em sua ordem interna, e, na ordem internacional, no disposto no referido artigo 31.1. A Corte IDH, na aplicação do princípio *pro persona*, usa o artigo 31.1 como fundamento, como se nota no trecho a seguir:

*El artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 indica que [...]. En el presente caso el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona.*<sup>66</sup>

Assim, há um mandato específico do princípio *pro persona*, que impõe a escolha da interpretação mais extensiva para reconhecer direitos protegidos e a interpretação mais restritiva quando se trata de restringir direitos. Assim, implica escolher, diante de múltiplas possibilidades interpretativas, a interpretação mais protetiva à pessoa, como prescreveu Sagüés<sup>67</sup>.

Na Corte IDH, podemos ver a aplicação da preferência interpretativa em voto separado de Piza Escalante na OC n° 5/1985, no qual se faz referência ao princípio *pro homine* como um “*principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus*

<sup>64</sup> DANTAS COUTINHO, op. cit., p. 86

<sup>65</sup> DANTAS COUTINHO, op. cit., p. 88

<sup>66</sup> Corte IDH. Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia. Sentença de 5 de julho de 2004 (Mérito, Reparação e custos), Serie C, no. 109. Parágrafos 172-173.

<sup>67</sup> *Supra* nota 42

*limitaciones*”<sup>68</sup>. Na Opinião Consultiva n° 7/1986<sup>69</sup>, que será analisada posteriormente, Piza Escalante volta a aplicá-lo, e assim o define:

*En este aspecto, me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental --principio **pro homine** del Derecho de los Derechos Humanos--, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción [...].*

Note-se que, nesse caso, Piza Escalante não está interpretando um enunciado do qual se pode exprimir mais de uma proposição. O juiz está ditando uma regra geral dos DIDH: a exigibilidade imediata e incondicional dos direitos humanos protegidos por tratados em vigor é a regra, a sua regulamentação ou a imposição de condições para seu gozo e exercício é exceção. É oportuno, nesse ponto, diferenciar o pro persona de outras disposições de DIDH, como o critério da máxima efetividade<sup>70</sup>, como faremos a seguir.

## 1.4 Diferenciando o princípio *pro persona* de outros princípios do DIDH

### 1.4.1 Máxima efetividade e efeito útil

Cumpramos observar que esta dimensão do *pro persona* se diferencia de outros postulados interpretativos de direitos humanos. Ramos distingue a “interpretação *pro homine*” do “critério da máxima efetividade”, descrevendo-os como princípios diferentes. Segundo o jurista, o critério da máxima efetividade prevê a aplicabilidade integral, direta e imediata dos direitos humanos protegidos pela Constituição e pelos tratados. Ramos leciona:

O critério da máxima efetividade exige que a interpretação de determinado direito conduza ao *maior proveito* do seu titular, com o menor sacrifício imposto aos titulares dos demais direitos em colisão. A máxima efetividade dos direitos humanos conduz à aplicabilidade *integral* desses direitos, uma vez que todos seus comandos são vinculantes. Também implica a aplicabilidade *direta*, pela qual os direitos humanos previstos na Constituição e nos tratados podem incidir diretamente nos casos concretos.

<sup>68</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva n° 5. Serie A, n° 5, 1985. Parágrafo 12 do voto separado do juiz Rodolfo Piza Escalante

<sup>69</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva n° 7. Serie A, n° 7, 1986. Parágrafo 36 do voto separado do juiz Rodolfo Piza Escalante

<sup>70</sup> Cumpramos ressaltar que, como aponta Castañeda, a definição dada por Piza Escalante é relevante para que se notem duas dinâmicas possíveis no que tange à coexistência de normas de direitos humanos, uma de escolha de normas, e outra interpretativa. Castañeda afirma que, ao comentar tal voto de Piza Escalante: “*Esta última definición, con casi dos décadas de anticipación a la de Mónica Pinto, se enfoca, en particular, a la interpretación de las normas, sin hacer referencia, en este caso, a la aplicación o elección de las normas, ello también me parece válido en el sentido de que, para aplicar las normas, como señala Gadamer, está inmersa la comprensión e interpretación de las mismas, además de que conforme al método sistemático debe considerarse el orden jurídico aplicable en su conjunto.*” CASTAÑEDA, op. cit., p. 18



Finalmente, a máxima efetividade conduz à aplicabilidade *imediate*, que prevê que os direitos humanos incidem nos casos concretos, sem qualquer lapso temporal.<sup>71</sup>

Constata-se que, no voto de Rodolfo Piza Escalante *supra* citado, o juiz aplica o critério da máxima efetividade, mas não aplica o *pro persona*, pois estava tratando de uma regra geral de DIDH, que observa a aplicabilidade direta e integral descrita por Ramos. Esta se difere da preferência interpretativa estipulada pelo *pro persona*, que só se consuma quando há mais de uma proposição a ser extraída de um mesmo enunciado.

No âmbito constitucional, no que se refere aos direitos garantidos pelas fontes jurídicas de direito interno, entende-se que há um regime específico para tratar dos direitos fundamentais, e a aplicabilidade direta é um dos “traços caracterizadores deste regime próprio dos direitos, liberdades e garantias”, como destaca J. J. Gomes Canotilho. O jurista afirma que este princípio está positivado pelo artigo 18º.1, da Constituição portuguesa<sup>72</sup>, e conceitua:

Deve-se ter aqui em conta o sentido da aplicabilidade directa de preceitos consagradores de direitos, liberdades e garantias a que atrás se fez referência. Recorde-se o sentido fundamental desta **aplicabilidade directa**: os direitos, liberdades e garantias são regras e princípios jurídicos, imediatamente eficazes e actuais, por via directa da Constituição e não através da *auctoritas interpositio* do legislador. Não são simples *norma normarum* mas *norma normata*, isto é, não são meras normas para a produção de outras normas, mas sim normas diretamente reguladoras de relações jurídico-materiais. Lembremos, de novo, que se esta ideia de aplicabilidade significa uma *normatividade qualificada*, nem sempre os direitos, liberdade e garantias dispensam a concretização através das entidades legiferantes. Por outras palavras: a aplicabilidade directa das normas consagradoras de direitos, liberdades e garantias não implica sempre, de forma automática, a transformação destes em *direitos subjectivos, concretos e definitivos*.<sup>73</sup>

Sobre a aplicabilidade integral, Canotilho destaca que a Constituição portuguesa consagra a exigência de reserva de lei para a restrição de direitos fundamentais<sup>74</sup>. O mesmo é disposto pelo artigo 30, da CADH, que prevê: “As restrições permitidas, de acordo com esta Convenção, ao gozo e exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos, não podem ser aplicadas senão de acordo com leis que forem promulgadas por motivo de interesse geral e com o propósito para o qual houverem sido estabelecidas”. A OC n° 6/1986 tratou da interpretação da palavra ‘leis’ constante nesse dispositivo, e se entendeu que seu significado pode ser entendido como norma jurídica de caráter geral, de acordo com o bem comum, emanada dos órgãos legislativos constitucionalmente previstos e democraticamente eleitos, e

<sup>71</sup> RAMOS, op. cit., pág. 108

<sup>72</sup> Tal dispositivo prevê: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

<sup>73</sup> CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição, 8ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010. Pág. 437 e seguintes

<sup>74</sup> Artigo 18º.2: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”

elaborada segundo o procedimento estabelecido pelas constituições dos Estados partes para a formação de leis<sup>75</sup>.

Observa-se que o artigo 1, da CADH, estipula a aplicabilidade integral, direta e imediata dos direitos protegidos por ela, e o artigo 2º, da mesma convenção, impõe ao Estado a obrigação de adequar o seu ordenamento interno às disposições da CADH. Assim preveem os artigos:

Artigo 1. 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 os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. 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.

Estes artigos impõem deveres específicos aos Estados partes. “[E]les podem ser basicamente resumidos em dois: (i) o dever de respeitar os direitos da Convenção e (ii) o dever de garantir tais direitos, sem qualquer discriminação. Com isto, assegura-se efeito útil (*effet utile*) ao Pacto”<sup>76</sup>. O artigo 2 refere-se ao princípio do efeito útil, como se nota na sentença do caso *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008):

*179. En relación con la obligación general de adecuar la normativa interna a la Convención, la Corte ha afirmado en varias oportunidades que “[e]n el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas”. En la Convención Americana este principio es recogido en su artículo 2, que establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de la misma, para garantizar los derechos en ella reconocidos, lo cual implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio de effet utile).*

*180. La Corte ha interpretado que tal adecuación implica la adopción de medidas en dos vertientes, a saber: i) la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio, y ii) la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Precisamente, respecto a la adopción de dichas medidas, es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina “control de convencionalidad”,*

<sup>75</sup> Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

<sup>76</sup> SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro no sistema interamericano de proteção, pág. 70 / Monografia de conclusão de curso - 2013.

*según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos.*<sup>77</sup>

A decisão desse caso também menciona a doutrina do controle de convencionalidade, tema alvo de discussões doutrinárias e bastante em voga atualmente, que será tratado a seguir.

#### 1.4.2 Controle de convencionalidade

Cumprе ressaltar que o *pro persona* não é equivalente à doutrina do controle de convencionalidade ou ao princípio do efeito útil. Note-se que a “expressão ‘controle de convencionalidade’ não está presente no texto da CADH, e aparece pela primeira vez na Corte IDH no julgamento do caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala (2003), no qual o juiz Sergio García Ramírez<sup>78</sup> a utiliza”<sup>79</sup> em voto apartado. Na sentença de mérito do caso Almonacid Arellano vs. Chile (2006), o tribunal pleno adota essa nomenclatura pela primeira vez:

A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo.<sup>80</sup> (grifos acrescentados)

Esta decisão conceitua o controle de convencionalidade, afirmando que tal controle não leva em conta apenas os dispositivos da CADH, mas também a interpretação dada a ela pela

<sup>77</sup> Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs Panamá. Sentencia de 12 de Agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C no. 186. §§179-180

<sup>78</sup> No seu voto apartado, em seu parágrafo 27, García Ramírez diz: “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.” (grifos acrescentados) Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C No. 101. Voto separado do juiz Sérgio García Ramírez, disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)

<sup>79</sup> BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Op. cit.

<sup>80</sup> Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas). Serie C No. 154, disponível em : <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>

Corte Interamericana, sendo esta a intérprete última da CADH. Na definição de Ramos, o controle de convencionalidade nacional “consiste no exame de compatibilidade do ordenamento interno diante das normas internacionais incorporadas, realizado pelos próprios tribunais internos”<sup>81</sup>. Assim, entende-se que os tribunais nacionais não só devem se limitar a realizar um exame de constitucionalidade das normas, mas também de sua convencionalidade<sup>82</sup>. O controle de convencionalidade também pode ser realizado na ordem internacional, quando um tribunal internacional verifica a compatibilidade do direito interno de um Estado com a normativa internacional vigente, como é o caso da Corte Interamericana<sup>83</sup>.

Alguns elementos da doutrina do controle de convencionalidade desenvolvida pela Corte IDH são: 1. o controle de convencionalidade deve ser realizado *ex officio* e no marco das competências e regulações processuais correspondentes; 2. a obrigação de realizar o controle de convencionalidade corresponde aos juízes e aos órgãos vinculados à administração de justiça em todos os níveis; 3. O controle de convencionalidade é uma obrigação de toda autoridade pública; 4. O parâmetro de convencionalidade se estende a outros tratados de direitos humanos; 5. A CADH não impõe modelo específico de controle de convencionalidade; 6. O parâmetro de convencionalidade se estende às opiniões consultivas<sup>84</sup>.

Constata-se que o princípio *pro persona* tem conteúdo diferente do controle de convencionalidade. Há de ser observado que, tanto os tribunais internacionais quanto os juízes internos, ao realizarem o controle de convencionalidade, devem observar a aplicação do *pro persona*. A doutrina desenvolvida pela Corte IDH não estipula que deve prevalecer sempre o direito internacional ou sempre o direito interno, mas que prevalece a norma mais favorável ao indivíduo, como prevê o artigo 29.b. Assim, no exame de compatibilidade entre as ordens interna e internacional, o DIDH sempre privilegiará a proteção mais benéfica ao indivíduo. Não se deve aqui adotar um “unilateralismo internacional” ou um “provincianismo nacionalista”<sup>85</sup>, mas se deve buscar garantir que a norma mais favorável ao indivíduo seja aplicada.

<sup>81</sup> RAMOS, André de Carvalho. Op. cit., p. 430.

<sup>82</sup> Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. §78: “El análisis del CJCP no debería haberse limitado a evaluar si la LDCP [Ley de Delitos del Estado contra la Persona] 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.”

<sup>83</sup> BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. Op. Cit.

<sup>84</sup> Corte IDH. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7: Control de Convencionalidad. Elaborado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos con la colaboración de Claudio Nash y el Ministerio de Relaciones Exteriores de Dinamarca, 2015.

<sup>85</sup> Expressões similares às utilizadas por DANTAS COUTINHO, op. cit.

Tanto o postulado do controle de convencionalidade quanto o princípio *pro persona* tratam da interação entre os ordenamentos interno e internacional. Enquanto o primeiro visa a garantir o cumprimento do direito internacional, e que o direito interno esteja a ele adequado; o segundo se trata de critério hermenêutico que complementarmente o controle de convencionalidade, e que pode fazer com que tal exame de compatibilidade executado no âmbito do controle de convencionalidade resulte na prevalência de norma interna, quando mais benéfica que a normativa internacional que tutele o mesmo direito protegido, pois, como vimos anteriormente, o DIDH representa garantia mínima à pessoa humana, que pode ser ampliada pela normativa de direito interno. E se o ordenamento interno estabelece proteção maior do que a estipulada por tal garantia mínima do DIDH, é certo que está compatível com o DIDH.

### 1.4.3 Proibição do retrocesso e outros princípios correlatos

Karel Vasak questiona se a primazia da norma mais favorável impede o Estado ou um grupo de Estados de modificarem instrumentos jurídicos de modo a reduzir essa proteção mais elevada de um direito, com tanto que a proteção mínima prevista no tratado seja respeitada, considerando que o DIDH é um mínimo irredutível. O jurista cita um caso levado à Comissão da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a interpretação de um tratado sobre direito do trabalho, no qual se entendeu que este tipo de disposição: não impõe a um Estado a obrigação de manter em vigor disposições que fixem normas mais elevadas do que aquelas previstas pela convenção<sup>86</sup>. Note-se que o caso citado é bastante antigo, e o DIDH sofreu mudanças desde então.

É relevante observar que, por força do *pro persona*, não se deve entender que, em casos como esse, o tratado que prevê menor proteção ao indivíduo derroga ou cessa a aplicação de outra normativa que ofereça maior proteção. Nesse caso, o *pro persona* é aplicado em detrimento dos critérios hierárquico e/ou da temporalidade, como será demonstrado posteriormente.

Mesmo que não seja caso de aplicação do princípio *pro persona*, deve ser respeitado outro princípio de direitos humanos, diferente do *pro persona*, que é o princípio da proibição do retrocesso ou entrincheiramento. Este proíbe o Estado de realizar supressão normativa quando nociva à proteção dos direitos humanos. Segundo Ramos, tal princípio também pode

---

<sup>86</sup> Entendeu-se que este tipo de disposição « *n'impose pas à un Etat l'obligation de maintenir en vigueur des dispositions fixant des normes plus élevées que celles qui sont prévues par la convention* ». Apud VASAK, op. cit.

ser chamado por “efeito *cliquet*” ou “princípio do não retorno da concretização, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramentos e acréscimos”<sup>87</sup>. Ramos leciona:

Os direitos humanos caracterizam-se pela existência da proibição do retrocesso, também chamada de “efeito *cliquet*” ou princípio do não retorno da concretização, que consiste na vedação da eliminação da concretização já alcançada na proteção de algum direito, admitindo-se somente aprimoramentos e acréscimos. Outra expressão utilizada pela doutrina é o *entrenchment* ou entrincheiramento, que consiste na preservação do mínimo já concretizado dos direitos fundamentais, impedindo o retrocesso, que poderia ser realizado pela supressão normativa ou ainda pelo amesquinamento ou diminuição de suas prestações à coletividade.

A dimensão de preferência de fontes do princípio *pro persona* é frequentemente comparada com “construções do direito interno de princípio de favorecimento, como o *favor debitoris*, o *in dubio pro reo* e o *in dubio pro operario*”<sup>88</sup>. Esses princípios preveem uma interpretação que leve em conta a proteção de uma parte mais fraca e/ou vulnerável diante de uma relação jurídica específica, como, por exemplo, relações entre patrão e empregado. O princípio *pro persona* possui maior peso e trata de situação muito mais ampla, quando comparado a esses princípios, pois “em matéria de direitos humanos, não se trata de estar em desvantagem, por exemplo, em relação a um empresário em uma relação de emprego, mas a desigualdade existe normalmente entre o indivíduo e o próprio Estado”<sup>89</sup>. Medellín Urquiaga adiciona que aqueles princípios interpretativos propõem exercícios normativos concretos aplicáveis apenas para relações jurídicas específicas, enquanto o *pro persona* é um princípio que deverá iluminar todo o ordenamento jurídico<sup>90</sup>.

#### 1.4.4 Princípio da melhor tutela europeia

Em 7 de dezembro de 2000, foi proclamada pelo Parlamento Europeu, pelo Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia, a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que é um documento que se insere no Projeto de Constituição para a Europa, e que dispõe garantias mínimas para os indivíduos residentes nos países da União Europeia. Sobre a Carta, Walküre Lopes Ribeiro da Silva leciona:

O Tratado de Lisboa retomou ideias contidas no Tratado Constitucional de 2004, entre as quais os valores do respeito à dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de Direito e do respeito aos Direitos Humanos com fundamentos

<sup>87</sup> RAMOS, André de Carvalho, op. cit., p. 93

<sup>88</sup> DANTAS COUTINHO, op. cit., p 89-90.

<sup>89</sup> Ibidem.

<sup>90</sup> MEDELLÍN URQUIAGA, op. cit., pág. 16

da União. Nesse contexto reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de dezembro de 2007, e promove a adesão da União à Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (art. 6º, 1 e 2).<sup>91</sup>

Note-se que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia enfrentou percalços. Como ressalta Silva, a problemática da natureza jurídica dessa Carta afetou sua elaboração e proclamação, e mesmo sua aplicação, depois de adotada. Houve debates para definir se a Carta viria a ter força vinculante, e qual seria o método de sua promulgação dentro da normativa europeia<sup>92</sup>.

Sobre tal Carta, é relevante observar o seu artigo 52, inciso 3, que prevê:

Artigo 52.º

Âmbito dos direitos garantidos

3. Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção europeia para a protecção dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa convenção, a não ser que a presente Carta garanta uma protecção mais extensa ou mais ampla. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma protecção mais ampla.

J. J. Gomes Canotilho, ao comentar esse dispositivo, conceitua o princípio da melhor tutela europeia:

O artigo 52.º/3 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (reproduzido no art. II-53 no *Projecto de constituição para a Europa*) estabelece um importante e inovador princípio em sede direitos fundamentais – **o princípio da melhor tutela**. Este princípio reafirma um princípio básico da interpretação em sede de direitos fundamentais: nenhuma disposição da carta deve ser interpretada no sentido de reduzir o nível de protecção dos direitos fundamentais assegurado pela convenção europeia dos direitos do homem e pelas constituições dos Estados-Membros (cfr. Art. 53.º). No entanto, se a Carta de Direitos Fundamentais garantir uma protecção mais extensa ou mais ampla (ou seja, melhor tutela) ela terá preferência de aplicação relativamente às normas correspondentes da Convenção Europeia e das Constituições dos Estados-Membros.<sup>93</sup>

Por uma leitura atenta do texto do referido artigo 52 e da descrição de Canotilho, nota-se que a diferença entre o princípio da melhor tutela europeia e o princípio *pro persona* é que este regula o ordenamento jurídico como um todo, e deve ser entendido como um princípio geral de DIDH, enquanto a melhor tutela europeia é um princípio próprio e exclusivo ao âmbito do Direito da União Europeia. Como destacou Canotilho, tal princípio é um recorte específico utilizado pelo projeto de Constituição para a Europa, no âmbito da União Europeia, e impõe

<sup>91</sup> SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Declaração Sociolaboral do Mercosul: origem, natureza jurídica e aplicabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, jan/dez 2014. Págs. 349-387

<sup>92</sup> Ibidem.

<sup>93</sup> CANOTILHO, op. cit. P. 526

limites pré-definidos de sua abrangência no que se refere a quais situações de coexistência de normas que protejam direitos fundamentais poderá ser aplicado, dado que o texto da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia faz referência expressa à CEDH e ao Direito da União. Assim, é diferente do princípio *pro persona*, que pode ser usado para situações de coexistência fontes jurídicas internacionais de outra natureza.

### 1.5 O princípio *pro persona* como princípio geral do DIDH

Alain Pellet destaca que a natureza particular dos TDH exerce influência em sua interpretação, e não se aplica a eles a velha regra de que as limitações à soberania do Estado são de interpretação estrita<sup>94</sup>. Assim, a interpretação dos TDH não será subjetiva (fundada na vontade do Estado parte), mas será objetiva (em função do objeto e finalidade do tratado). Como afirmamos anteriormente, o artigo 31.1, da CVDT, serve como base a esse entendimento. A Corte EDH, ao julgar o caso Wemhoff<sup>95</sup>, seguiu tal entendimento, ao decidir que deve ser buscada a interpretação que melhor atenda a finalidade e realize o objetivo do tratado, e não aquela que dê o entendimento mais limitado à vontade dos Estados, dado que é tratado normativo. Na mesma linha, a Corte IDH entende na OC n° 2 que as obrigações assumidas pelo Estado ao assinar a CADH são objetivas, e que o objetivo e fim da CADH é a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, nacionais ou estrangeiros, baixo sua jurisdição<sup>96</sup>.

Segundo Rachovitsa, apenas se deve aplicar a norma mais favorável quando houver previsão expressa para tal em dispositivo do tratado que protege o direito em questão, consubstanciando-se na vontade das partes em incluí-la em um instrumento legal<sup>97</sup>. Assim, a autora nega a possibilidade de aplicação do princípio quando a(s) norma(s) de fonte internacional envolvida(s) forem extraídas de tratado que não possui uma cláusula que preveja expressamente a primazia da norma mais favorável em seu texto, rejeitando a caracterização do *pro persona* como princípio geral de DIDH.

É relevante a distinção estabelecida por Ronald Dworkin entre regra e princípio:

<sup>94</sup> PELLET, Allain. La mise en œuvre des normes internationales des droits de l'homme – 'Souveraineté du droit' contre souveraineté de l'État? In : *CEDIN, La France et les droits de l'Homme*, Montchrestien, Paris : 1990. P. 106

<sup>95</sup> Corte EDH. Caso Wemhoff vs. Alemanha. Julgamento de 27 de junho de 1968. Série A, no. 7. Pág. 23 : « *s'agissant d'un traité normatif, il y a lieu (...) de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité, et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des Parties* »

<sup>96</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva n° 2. Serie A, no. 2. 24 de setembro de 1982. Parágrafos 29-33.

<sup>97</sup> RACHOVITSA, op. cit., p. 80



Denomino “princípio” um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência da justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade. [...] A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.<sup>98</sup>

Também é oportuna a observação de Mireille Delmas-Marty:

Quanto à sua origem, são ao mesmo tempo inspirados como o direito natural por um ideal de justiça, e contudo integrados ao direito positivo, uma vez que são extraídos de regras existentes e podem ser invocados para apoiar um raciocínio jurídico. E seu suporte é tanto de direito interno como de direito internacional [...].<sup>99</sup>

Emmanuel Roucounas, em seu curso na ADIH em 1987, afirma que, na presença de vários dispositivos aplicáveis, deve-se escolher a disposição mais favorável ao beneficiário do direito em questão<sup>100</sup>. Roucounas considera que o princípio pode ser aplicado mesmo quando não previsto em tratado, afirmando haver um princípio geral de aplicação da norma mais favorável em vigor, no caso de coexistência. Ainda, destaca que ele pode estar positivado no ordenamento jurídico interno de um Estado.

Na mesma linha, Monika Heymann ressalta que uma sucessão de tratados de direitos humanos nunca pode resultar em perda de direitos humanos, sem mencionar a necessidade de uma cláusula *pro persona* positivada nos instrumentos internacionais:

*Thus, the relationship between successive human rights treaties is virtually determined by the irrelevance of the lex posterior and the pacta tertiis principles. Instead, it is marked by the principle "accumulation of human rights only", which derives from a repeated and explicit conflict clause in many human rights treaties. Therefore, a succession of human rights treaties can never result in a loss of human rights. The irrelevance of the pacta tertiis principle results from the fact that human rights treaties create integral obligations, instead of reciprocal rights between State parties.<sup>101</sup> (grifos acrescentados)*

Mónica Pinto afirma que o princípio *pro homine* deve orientar todo o Direito dos Direitos Humanos, pois coincide com seu objetivo fundamental: estar sempre a favor da

<sup>98</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002. P. 36-39

<sup>99</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2004. P. 79

<sup>100</sup> ROUCONAS, Emmanuel. Engagements Parallèles et Contradictaires. In : *Recueil des cours*. Académie de Droit International, Tomo 206, 1987. Pág. 200 : « *En effet, en présence de diverses réglementations également applicables l'on choisira la disposition la plus favorable pour le bénéficiaire du droit en question. Cette solution est souvent explicitement prévue par les textes [...]. Même lorsqu'elle n'est pas prévue par les textes, son application constitue la réaction la plus naturelle et la plus équitable qui peut même trouver un appui dans plusieurs systèmes juridiques internes. [...] On peut parler d'un principe général d'applicabilité, en cas de coexistence, des normes les plus favorables en vigueur.* »

<sup>101</sup> HEYMAN, Monika. Unity and Diversity with Regard to International Treaty Law. In: ZIMMERMAN and HOFFMAN (eds), *Unity and Diversity in International Law*, 2006. P. 233

proteção humana<sup>102</sup>. Esse entendimento também é corroborado por Sadat-Akhavi, que defende a aplicação da “prioridade da provisão mais favorável” no campo dos direitos humanos<sup>103</sup>. Assim, defende que sempre deve prevalecer a provisão que forneça a maior proteção aos direitos humanos, dado que o interesse da sociedade como um todo de proteger os direitos humanos.

De acordo com a lição de Miguel Reale, os princípios são “certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”<sup>104</sup>. No campo do Direito, os princípios permeiam todas as suas ramificações, e possuem visão integradora<sup>105</sup>. O jurista assim os descreve:

[P]odemos dizer que os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*. [...] A nosso ver, princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização.<sup>106</sup>

Ademais, Reale faz referência a Josef Esser, que afirma que, “enquanto são princípios, eles são eficazes independentemente do texto legal. Este os consagra, dá-lhes força cogente, mas não lhes altera a substância, constituindo um *jus* prévio, e exterior à *lex*”<sup>107</sup>. O jurista ressalta que “alguns deles se revestem de tamanha importância que o legislador lhes confere força de lei, com a estrutura de *modelos jurídicos*”. Pode-se dizer que esse é o caso do *pro persona*, expressamente previsto na CADH e na CEDH, além de vários outros tratados de proteção aos direitos humanos, como os seguintes exemplos de importantes tratados dos quais é signatário o Estado brasileiro, que não exaurem a lista de TDH que possuem uma cláusula *pro persona*:

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)<sup>108</sup> e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966)<sup>109</sup> (artigo comum aos dois tratados)  
Artigo 5.2 - Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.

<sup>102</sup> Op. cit.

<sup>103</sup> SADAT-AKHAVI, Seyed-Ali. *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*. Graduate Institute of International Studies (Series), Vol. 3. Leiden: Brill Academic Publishers, 2003.

<sup>104</sup> REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2002. P. 303-306

<sup>105</sup> Ibidem.

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> Ibidem.

<sup>108</sup> Promulgado pelo Decreto-Lei n° 591, de 6 de julho de 1992.

<sup>109</sup> Promulgado pelo Decreto-Lei n° 592, de 6 de julho de 1992

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979)<sup>110</sup>

Artigo 23 - Nada do disposto nesta Convenção prejudicará qualquer disposição que seja mais propícia à obtenção da igualdade entre homens e mulheres e que seja contida:

- a) Na legislação de um Estado-Parte ou
- b) Em qualquer outra convenção, tratado ou acordo internacional vigente nesse Estado.

Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984)<sup>111</sup>

Artigo 1.2. - O presente Artigo não será interpretado de maneira a restringir qualquer instrumento internacional ou legislação nacional que contenha ou possa conter dispositivos de alcance mais amplo.

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou "Protocolo de São Salvador" (1988)<sup>112</sup>

Artigo 4 - Não-admissão de restrições

Não se poderá restringir ou limitar qualquer dos direitos reconhecidos ou vigentes num Estado em virtude de sua legislação interna ou de convenções internacionais, sob pretexto de que este Protocolo não os reconhece ou os reconhece em menor grau.

Convenção sobre os Direitos da Criança (1989)<sup>113</sup>

Artigo 41- Nada do estipulado na presente Convenção afetará disposições que sejam mais convenientes para a realização dos direitos da criança e que podem constar:

- a) das leis de um Estado Parte;
- b) das normas de direito internacional vigentes para esse Estado.

Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (1994)<sup>114</sup>

Artigo XV - Nada do disposto nesta Convenção será interpretado no sentido de restringir outros tratados bilaterais ou multilaterais ou outros acordos assinados entre as Partes. [...]

Acordo sobre Residência para Nacionais dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, Bolívia e Chile (2002)<sup>115</sup>

Artigo 11

APLICAÇÃO DA NORMA MAIS BENÉFICA

O presente Acordo será aplicado sem prejuízo de normas ou dispositivos internos de cada Estado Parte que sejam mais favoráveis aos imigrantes.

Ainda, Reale destaca que não é necessário que sejam incorporados em texto legal para que adquiram força coercitiva.

A inserção dos princípios gerais no ordenamento até o ponto de adquirirem força coercitiva, pode operar-se através das fontes de Direito, a começar pelo processo legislativo, mas, mais frequentemente, através da atividade jurisdicional e a formação dos precedentes judiciais, bem como através dos usos e costumes e da prática dos atos negociais.<sup>116</sup>

Dessa maneira, conclui-se que o princípio *pro persona* deve ser entendido como princípio geral do DIDH. Este entendimento pode ser extraído da interpretação objetiva dos

<sup>110</sup> Promulgado pelo Decreto-Lei nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

<sup>111</sup> Promulgado pelo Decreto-Lei nº 40, de 15 de fevereiro de 1991.

<sup>112</sup> Promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

<sup>113</sup> Promulgado pelo Decreto-Lei nº 99.710, de 21 de novembro de 1990.

<sup>114</sup> Promulgado pelo Decreto-Lei nº 8.766, de 11 de maio de 2016.

<sup>115</sup> Promulgado pelo Decreto nº 6.975, de 7 de outubro de 2009.

<sup>116</sup> REALE, Miguel. Op. cit.

tratados de direitos humanos e do artigo 31.1 da CVDT. Portanto, nessa questão, não prospera a posição defendida por Rachovitsa, dado que não é necessário que o referido princípio esteja expressamente previsto no instrumento legal internacional para que seja aplicado.

Por fim, faz-se uma última observação. Antonio Cassese conta um episódio no qual, ao apresentar um trabalho sobre princípios gerais de Direito Internacional humanitário, ele comentou que esses princípios não estavam sendo observados pela prática dos Estados, e, logo, eram inúteis. O italiano, então, relata que Bert Röling interveio e, de forma acertada, argumentou que os princípios têm suas funções *per se* como standards gerais de direito, e, mesmo que não sejam observados em algumas ocasiões, eles continuam sendo cruciais para guiar a conduta do Estado. Declarar a morte de um princípio significa dar total liberdade para o Estado agir da forma que entender conveniente<sup>117</sup>. Cassese agradece, em seu livro, a lição recebida de Röling. Tal lição também se aplica ao princípio *pro persona*, que possui fundamental importância para a proteção dos DIDH, e não deixa de existir mesmo que haja casos nos quais ele não seja observado.

---

<sup>117</sup> CASSESE, Antonio. *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E. Jiménez de Aréchaga, R. Jennings, L. Henkin and O. Schachter*. Portland, Or. : Hart, 2011. P. 185

## 2. INTERAÇÃO ENTRE DIREITO INTERNO E DIREITO INTERNACIONAL

Como vimos anteriormente, a primazia da norma mais favorável não afetou apenas a coordenação e coexistência de diferentes tratados e mecanismos de proteção dos direitos humanos, mas a própria relação do direito internacional com o direito interno. O professor Cançado Trindade ressalta o impacto do referido princípio nessa interação, em artigo acadêmico, e afirma ser ultrapassado o debate entre monistas e dualistas:

Não mais há pretensão de primazia de um ou outro, como na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. No presente domínio de proteção, a primazia é da norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno. Este e aquele aqui interagem em benefício dos seres protegidos. É a solução expressamente consagrada em diversos tratados de direitos humanos, da maior relevância por suas implicações práticas. Merecedora da maior atenção, tem curiosamente passado quase despercebida na doutrina contemporânea. [...] O que importa em última análise é o grau de eficácia da proteção, e por conseguinte há de impor-se a norma que no caso concreto melhor proteja, seja ela de direito internacional ou de direito interno.<sup>118</sup> (*grifos acrescentados*)

Nessa linha, Cançado Trindade faz referência à observação do então Secretário Geral da ONU Boutros Boutros-Ghali, em seu discurso na plenária de abertura da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, junho de 1993):

Por sua natureza, os direitos humanos abolem a distinção tradicional entre ordem interna e ordem internacional. Eles criam uma nova permeabilidade legal. Portanto, trata-se de uma questão de não considerá-los sob o ponto de vista da soberania absoluta nem da interferência política. Pelo contrário, deve ser entendido que os direitos humanos implicam a cooperação e a coordenação de Estados e organizações internacionais.<sup>119</sup> (tradução livre)

Ademais, Cançado Trindade destaca três contribuições do referido princípio: 1) “contribui para reduzir ou minimizar consideravelmente as pretensas possibilidades de “conflitos” entre instrumentos legais em seus aspectos normativos”, 2) “contribui para obter maior coordenação entre tais instrumentos, em dimensão tanto vertical (tratados e instrumentos de direito interno) quanto horizontal (dois ou mais tratados)”, e 3) contribui para “demonstrar

<sup>118</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>

<sup>118</sup> P. 108-109

<sup>119</sup> « [P]ar leur nature, les droits de l'homme abolissent la distinction traditionnelle entre l'ordre interne et l'ordre international. Ils sont créateurs d'une perméabilité juridique nouvelle. Il s'agit donc de ne les considérer, ni sous l'angle de la souveraineté absolue, ni sous celui de l'ingérence politique. Mais, au contraire, il faut comprendre que les droits de l'homme impliquent la collaboration et la coordination des États et des organisations internationales. » Apud Cançado Trindade, *Direito internacional e direito interno...*, op. cit.

que a tendência e o propósito da coexistência de distintos instrumentos jurídicos - garantindo os mesmos direitos - são no sentido de ampliar e fortalecer a proteção”<sup>120</sup>.

Nestor Sagüés destaca que mesmo a própria Constituição de um país deverá ceder espaço à aplicação de norma de hierarquia inferior, quando esta oferecer maior proteção ao mesmo direito protegido em ambas as proposições normativas:

*En este orden de ideas, se ha afirmado que el principio pro homine no es un mero principio, sino que puede ser considerado una “directriz de preferencia de normas”, que modificaría la jerarquía de normas de nuestro ordenamiento. Así, si un derecho se encuentra reconocido de forma más restringida en la Constitución Nacional que en un tratado ratificado por nuestro país, deberá prevalecer dicho tratado. Al contrario, si es la Constitución Nacional la que ofrece el alcance más amplio, entonces será ésta la que predominará. Y aun más, si es una ley interna la que ofrece el contenido más beneficioso para el derecho, entonces será aquella la que prevalecerá por sobre la Carta Magna y los tratados internacionales.<sup>121</sup>*

Nesse capítulo, reflete-se sobre essas transformações inseridas pelo *pro persona*, a começar pelo status hierárquico dos tratados de direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. Após, cabe considerar se a ordem legal baseada na hierarquia e no constitucionalismo rígido calcado na pirâmide de Kelsen representa o ordenamento jurídico nos dias de hoje. Então, defende-se a aplicação do princípio *pro persona* em detrimento dos critérios tradicionais de solução de antinomias, além de se ressaltar que o referido princípio não soluciona, por si só, uma situação de colisão de direitos.

## 2.1 Status hierárquico normativo dos tratados de direitos humanos

Como leciona Cançado Trindade, as Constituições de diversos países atribuem status especial aos tratados incorporados às suas ordens internas. O jurista dá exemplos do Direito Constitucional Comparado:

Com efeito, nos últimos anos o impacto de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos tem se feito sentir em algumas Constituições. Ilustração pertinente é fornecida pela Constituição Portuguesa de 1976, que estabelece que os direitos fundamentais nela consagrados "não excluem quaisquer outros constantes das leis e das regras aplicáveis de direito internacional", e acrescenta: "Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem" (artigo 16(1) e (2)). A disposição da Constituição da Alemanha com emendas até dezembro de 1983 segundo a qual "as normas gerais do Direito Internacional Público constituem parte integrante do direito federal" e "sobrepõem se às leis e constituem fonte de direitos e obrigações

<sup>120</sup> Cançado Trindade, *Direito internacional e direito interno...*, op. cit.

<sup>121</sup> SAGÜÉS, Néstor, “Variables en el ejercicio del derecho de réplica”, LL, 1996-A, 689 apud COMUNE, Josefina; LUTERSTEIN, Natalia. Artículo 29. In.: ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (organizador) *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. - 1a ed. - Buenos Aires : La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013.

para os habitantes do território federal" (artigo 25), pode ser entendida como englobando os direitos e obrigações consagrados nos instrumentos de proteção internacional dos direitos humanos.

Um dos exemplos mais comumente lembrados em nossos dias de Constituições recentes que, reconhecendo a importância dos tratados de direitos humanos, os singularizam e a eles estendem cuidado especial, é o da Constituição Espanhola de 1978, que submete a eventual denúncia de tratados sobre direitos e deveres fundamentais ao requisito da prévia autorização ou aprovação do Poder Legislativo (artigos 96(2) e 94(1) (c)). Tal aprovação congressual para a eventual denúncia daqueles tratados naturalmente abre uma brecha em reduto do Executivo, em favor da manutenção da vigência de tais instrumentos, mesmo porque o Legislativo só poderia autorizar sua denúncia na forma prevista nos próprios tratados ou consoante as regras gerais do direito internacional. Fortalecem-se, desse modo, os tratados de direitos humanos.

Não é este um exemplo isolado. Na América Latina, surgem mostras em nossos dias de nova postura ante a questão clássica da hierarquia normativa dos tratados internacionais vigentes, como revelado pela nova tendência de algumas Constituições latino-americanas recentes de dispensar um tratamento diferenciado ou especial aos tratados de direitos humanos ou aos preceitos neles consagrados. Exemplo dos mais marcantes, nesta nova linha, é fornecido pela [anterior] Constituição do Peru de 1978, cujo artigo 105 determinava que os preceitos contidos nos tratados de direitos humanos têm hierarquia constitucional, e não podem ser modificados senão pelo procedimento para a reforma da própria Constituição. Lamentavelmente não se encontra esta disposição reiterada nos mesmos termos na atual Constituição Política do Peru de 1993 (referendo de 31.10.1993), a qual se limita a determinar (4a. disposição final e transitória) que os direitos constitucionalmente reconhecidos se interpretam de conformidade com a Declaração Universal de Direitos Humanos e com os tratados de direitos humanos ratificados pelo Peru. Outro exemplo reside na Constituição da Guatemala de 1985, cujo artigo 46 estabelece que os tratados de direitos humanos ratificados pela Guatemala têm preeminência sobre o direito interno. Assim, enquanto a anterior Constituição Peruana atribuía hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, a atual Constituição Guatemalteca atribui a estes hierarquia especial, com preeminência sobre a legislação ordinária e o restante do direito interno. Outra ilustração é dada pela nova Constituição da Nicarágua, de 1987, que, pelo disposto em seu artigo 46, integra, para fins de proteção, na enumeração constitucional de direitos, os direitos consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, nos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e de Direitos Cívicos e Políticos), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Na mesma linha de pensamento situa-se uma das recentes modificações introduzidas na Constituição do Chile em decorrência do plebiscito convocado para 30 de julho de 1989; pela nova reforma constitucional, de 1989, agregou-se ao final do artigo 5(II) da Constituição Chilena a seguinte disposição: "É dever dos órgãos do Estado respeitar e promover tais direitos, garantidos por esta Constituição, assim como pelos tratados internacionais ratificados pelo Chile e que se encontrem vigentes". Desse modo, os direitos garantidos por aqueles tratados passaram a equiparar-se hierarquicamente aos garantidos pela Constituição Chilena reformada. Outro exemplo pertinente é fornecido pela Constituição da Colômbia de 1991, cujo artigo 93 determina que os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia "prevalecem na ordem interna", e que os direitos humanos constitucionalmente consagrados serão interpretados de conformidade com os tratados de direitos humanos ratificados pela Colômbia.<sup>122</sup>

---

<sup>122</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos, in Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>

O jurista argentino Roberto Gargarella comenta o impacto político do status diferenciado reconhecido aos tratados de direitos humanos por parte de Constituições latino-americanas:

*El estatus legal especial conferido a los tratados de Derechos Humanos ha tenido importantes consecuencias políticas. En parte, estas iniciativas promovieron una reconciliación de algunos sectores de la izquierda política con las ideas acerca del derecho y el constitucionalismo. Algunos elementos de la izquierda habían menospreciado anteriormente estas ideas como componentes de una legalidad y una democracia “meramente formal” que creaban ilusiones acerca del poder y no producían ningún beneficio real para los trabajadores y los pobres. El nuevo estatus legal que muchas de estas constituciones otorgaron a los Derechos Humanos también tuvo un importante impacto sobre los conservadores. Muchos jueces conservadores, genuinamente comprometidos con los ideales del imperio de la ley, comenzaron a considerar más seriamente los argumentos legales basados en el valor de los Derechos Humanos.<sup>123</sup>*

No Brasil, por muitos anos, acaloradas discussões sobre o status normativo hierárquico dos tratados no direito interno representavam o principal debate sobre a interação entre direito interno e direito internacional. Para tratar dessa questão, é pertinente a breve descrição do procedimento de incorporação de tratados ao ordenamento jurídico brasileiro dada por Ramos:

A primeira etapa do *iter* é composta pelas negociações e assinatura dos tratados internacionais. Essa etapa cabe ao Chefe de Estado (ou seus prepostos), por decorrência implícita do disposto no art. 84, VIII, que dispõe que compete ao Presidente da República celebrar tratados, convenções e acordos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. A segunda etapa do *iter* de formação dos tratados no Brasil é a da aprovação congressual ou fase do decreto legislativo. O trâmite da aprovação congressual é o seguinte: o Presidente encaminha mensagem presidencial ao Congresso Nacional, fundamentada (a exposição de motivos é feita pelo Ministro das Relações Exteriores), solicitando a aprovação congressual ao texto do futuro tratado, que vai anexado na versão oficial em português. Nasce, então, um projeto de decreto legislativo. Caso haja aprovação, o Presidente do Senado promulga e publica o decreto legislativo com o texto do tratado. Com isso, fica o Presidente da República autorizado a celebrar em definitivo do tratado por meio da ratificação ou ato similar. Temos, após a ratificação, o fim do ciclo de formação de um tratado para o Brasil. Porém, a norma, válida internacionalmente, não será válida internamente até que seja editado o Decreto de Promulgação (também chamado de Decreto Executivo ou Decreto Presidencial) pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores (art. 87, I da Constituição). Esse Decreto inova a ordem jurídica brasileira, tornando válido o tratado no plano interno.<sup>124</sup>

O julgamento do Recurso Extraordinário 80.004, em 1977 (ou seja, antes da previsão de status especial aos TDHs, que só ocorreu na CRFB/88), representa um marco na jurisprudência nacional sobre o tema, pois até então não existia posição pacífica sobre a questão

<sup>123</sup> GARGARELLA, Roberto. Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Anacronismo e Irrupción*, Vol. 3 Nº 4 - Mayo 2013 a Noviembre 2013 – pp. 245-257

<sup>124</sup> RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. V. 106/107, jan./dez. 2011/2012. P. 506



no tribunal. A partir dessa decisão, ficou consolidada a tese da paridade do tratado com lei ordinária, acolhida pelo tribunal pleno do STF. O ex-ministro Francisco Rezek assim trata desse julgado:

De setembro de 1975 a junho de 1977 estendeu-se, no plenário do Supremo Tribunal Federal, o julgamento do RE 80.004, em que ficou assentada, por maioria, a tese de que, ante a realidade do conflito entre tratado e lei posterior, esta, porque expressão última da vontade do legislador republicano deve ter sua prevalência garantida pela Justiça – sem embargo das consequências do descumprimento do tratado, no plano internacional. Admitiram as vozes majoritárias que, faltante na Constituição do Brasil garantia de privilégio hierárquico do tratado internacional sobre as leis do Congresso, era inevitável que a Justiça devesse garantir a autoridade da mais recente das normas, porque paritária sua estatura no ordenamento jurídico.<sup>125</sup> (*grifos acrescentados*)

Note-se que essa decisão pode ser vista como um golpe ao direito internacional, já que atribui aos tratados posição de grau hierárquico baixo. Na obra de Rezek, falta uma visão mais crítica de tal julgado, dado o seu impacto para a doutrina internacionalista.

A Constituição de 1988 segue a linha das demais Cartas da América Latina, em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que dispõe: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Entende-se que esse parágrafo institui “um sistema aberto de direitos fundamentais no Brasil, não se podendo considerar taxativa a enumeração dos direitos fundamentais no Título II da Constituição”<sup>126</sup>. Essa interpretação é adotada pelo STF, que já “afirmou que o princípio da anterioridade [tributária] (art. 150, III, b, da CF) constitui um direito ou garantia individual fundamental”<sup>127</sup>. Quanto à abertura a tratados, o tema é controverso.

Diante desse arcabouço legal, existem quatro posições diferentes sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no direito brasileiro: **i.** Hierarquia supraconstitucional dos tratados de direitos humanos; **ii.** Hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos; **iii.** Hierarquia supralegal dos tratados de direitos humanos e **iv.** Paridade hierárquica de tratados e leis federais<sup>128</sup>.

Com o objetivo de sanar essa controvérsia, a Emenda Constitucional nº 45, de 2004, batizada de Reforma do Judiciário, inseriu um novo dispositivo ao artigo 5º, o parágrafo 3º,

<sup>125</sup> REZEK, Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*, 13ª edição, São Paulo: editora Saraiva, 2011. p. 129.

<sup>126</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. ver. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017.

<sup>127</sup> Ibidem.

<sup>128</sup> SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro no sistema interamericano de proteção, 2013. Pág. 38 – Note-se que Essas posições foram consideradas pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RE nº 466.343/SP.

que prevê um procedimento de incorporação do tratado que exige votação por quórum de emenda constitucional para que lhe seja atribuído status constitucional. Seu texto dispõe: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Doutrinadores como Valério Mazzuoli<sup>129</sup> e Piovesan<sup>130</sup> defendem que, por força do parágrafo 2º, os tratados que versam sobre direitos humanos são materialmente constitucionais e, portanto, têm status hierárquico constitucional. O procedimento do parágrafo 3º apenas os tornaria formalmente constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal teve de enfrentar essa controvérsia em dezembro de 2008, no julgamento conjunto dos *Habeas Corpus* 87.585-8/TO<sup>131</sup> e 92.566-9/SP<sup>132</sup>, e dos Recursos Extraordinários de 349.703-1/RS<sup>133</sup> e 466.343-1/SP<sup>134</sup>. Todos eles tratavam da possibilidade de prisão civil do depositário infiel, permitida pela CRFB/88; mas vedada pela CADH. Ocorre que a Constituição prevê, em seu artigo 5º, inciso LXVII: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”; enquanto a CADH prevê, em seu artigo 7.7: “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Nesse julgamento, o STF entendeu que, por força do artigo 5º, §2º, os tratados de direitos humanos possuem status supralegal, mas infraconstitucional; e só poderiam obter status constitucional se aprovados pelo procedimento do artigo 5º, §3º. Entendeu-se pela impossibilidade da prisão do depositário infiel, dado que a CRFB/88 apenas autoriza essa modalidade de prisão civil, mas não a regula; e que a CADH é hierarquicamente superior à legislação ordinária que o faz.

<sup>129</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (RT), 2011, p. 28.

<sup>130</sup> PIOVESAN, Flávia, *Direito humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13ª edição, São Paulo : Editora Saraiva, 2012, pp. 107-116.

<sup>131</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus n° 87.585/TO*. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>

<sup>132</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus n° 92.566/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>

<sup>133</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário n° 349.703/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Acórdão de 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>

<sup>134</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário n° 466.343/SP*. Relator: Min. Cezar Peluso. Acórdão de 3 de dezembro de 2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

Observe-se que, na decisão de dezembro de 2008, o pleno do STF não trata dos conflitos entre tratados e a Constituição. Pode-se dizer que, na prática, é conferido o status supralegal aos tratados de direitos humanos e se faz um “controle de supralegalidade” da legislação ordinária que dispõe sobre a prisão civil do depositário infiel, tendo como parâmetro um tratado de direitos humanos de status supralegal: a CADH. De todo modo, essa decisão configura relevante mudança de entendimento do STF, que, por tradição, seguia a tese da paridade de tratados com lei ordinária, como ressalta Piovesan:

Na experiência brasileira ainda persiste a polêmica a respeito da hierarquia dos tratados de direitos humanos no âmbito interno. Em 03 de dezembro de 2008, ao julgar o Recurso Extraordinário 466.343, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, convergiu em conferir aos tratados de direitos humanos um regime especial e diferenciado, distinto do regime jurídico aplicável aos tratados tradicionais. Rompeu, assim, com a jurisprudência anterior, que, desde 1977, por mais de três décadas, parificava tratados internacionais às leis ordinárias, mitigando e desconsiderando a força jurídica dos tratados internacionais. Tal paridade curiosamente operava sempre em favor da prevalência da lei: lei poderia revogar tratado, mas não ser revogada por ele.

Todavia, ainda que o Supremo Tribunal Federal tenha convergido em atribuir um status privilegiado aos tratados de direitos humanos, divergiu no que se refere especificamente à hierarquia a ser atribuída a estes tratados, remanescendo dividido entre a tese da supra-legalidade (a ordem jurídica como uma pirâmide em que a Constituição assume o ponto mais elevado) e a tese da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos (a ordem jurídica como um trapézio em que a Constituição e os tratados de direitos humanos assumem o ponto mais elevado), sendo a primeira tese a majoritária.<sup>135</sup>

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes ressalta que a supralegalidade do TDH foi originalmente defendida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, e destaca que a aplicabilidade direta dos tratados é concedida desde que não firam a Constituição:

Essa tese já vinha sendo sustentada pelo Min. Sepúlveda Pertence que entendia não ser possível acatar a tese de hierarquia constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, em razão do princípio da supremacia da Constituição e aceitava sem certezas suficientemente amadurecidas, (...) a outorga de força supralegal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação direta às suas normas – até, se necessário, contra lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes.<sup>136</sup>

Nota-se que Mendes já havia mostrado sua oposição à tese do status constitucional dos TDH, em razão da preservação da rigidez constitucional:

[P]romover as regras de direito internacional ao status de normas de direito constitucional apresenta a potencialidade de abalar a rigidez constitucional – dadas as

<sup>135</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Diálogos entre Jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012. Pág. 87

<sup>136</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário nº 466.343/SP*. Relator: Min. Cezar Peluso. Acórdão de 3 de dezembro de 2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

características da elaboração de emendas à Carta e as de celebração, incorporação e denúncia dos tratados de direito internacional no direito brasileiro.<sup>137</sup>

Nota-se que a posição adotada majoritariamente pelo STF é baseada em um constitucionalismo rígido, que visa a garantir a supremacia da Constituição. Luiz Flávio Gomes abandona a noção de hierarquia, e entende que cláusulas como o art. 5º, §2º, da CRFB/88, preveem uma interação entre ordem interna e ordem internacional que privilegia os direitos humanos:

A comunicabilidade e, por conseguinte, a complementariedade entre todas as normas de Direitos Humanos (seja constitucional ou internacional ou infraconstitucional, que coexistem por força dos vasos comunicantes) está assegurada pelas chamadas normas de reenvio (ou seja: a CF, no art. 5º, § 2º, não exclui outros direitos e garantias previstos nos tratados internacionais; de outro lado, a CADH, no art. 29, salienta que sempre deve preponderar a norma que mais amplia o exercício de um direito ou liberdade ou garantia, ainda que seja de nível ordinário). No mesmo sentido: PIDCP, art. 5º.<sup>138</sup>

Nota-se que vários juristas brasileiros já se dedicaram a amplos estudos sobre o status hierárquico dos tratados no direito brasileiro<sup>139</sup>. Em vez de nos aprofundarmos no debate sobre o status hierárquico dos tratados de direitos humanos, deve-se refletir se o ordenamento jurídico atual deve ser guiado pelos ideais de supremacia<sup>140</sup> e rigidez constitucional, e se ainda há de se ter a pirâmide kelseniana como o modelo do ordenamento jurídico, como faremos a seguir.

## 2.2 O enfraquecimento da alegoria da pirâmide kelseniana e as novas teorias

Nestor Sagüés ressalta que o princípio *pro persona* pode implicar em um sério golpe à alegoria kelseniana da pirâmide jurídica<sup>141</sup>. Afinal, dispõe que o direito previsto em um tratado pode prevalecer sobre a constituição de um Estado, mesmo que o instrumento internacional seja

<sup>137</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. P. 160-164

<sup>138</sup> GOMES, L. F., *Estado constitucional de direito e nova pirâmide jurídica*, São Paulo: Premier, 2008.

<sup>139</sup> Por exemplo: BARROSO, Luís Roberto; TIBURCIO, Carmem. *Direito Constitucional Internacional*. Rio de Janeiro : Renovar, 2013; DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado – Parte Geral*, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 9ª edição, 2008.

<sup>140</sup> Em relação à supremacia constitucional, Barroso assim a define: “Do ponto de vista jurídico, o principal traço distintivo da Constituição é a sua supremacia, sua posição hierárquica superior à das demais normas do sistema. As leis, atos normativos e atos jurídicos em geral não poderão existir validamente se incompatíveis com alguma norma constitucional. A Constituição regular tanto o modo de produção das demais normas jurídicas como também delimita o conteúdo que possam ter. Como consequência, a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo poderá ter caráter formal ou material. A supremacia da Constituição é assegurada pelos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. O princípio não tem um conteúdo próprio: ele apenas impõe a prevalência da norma constitucional, qualquer que seja ela.” BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2004. P. 370-371

<sup>141</sup> SAGÜÉS, Nestor. Op. cit.

considerado de hierarquia inferior. O que importa é o nível de proteção concedido à pessoa humana, e não a hierarquia.

Com esse comentário, Sagüés se junta a um número de autores que questionam a concepção teórica de direito desenvolvida por Hans Kelsen, no sentido de rejeitar que a doutrina kelseniana possa representar o ordenamento jurídico atual. O jurista austríaco é famoso por elaborar sua tese da teoria pura do direito, que afasta o Direito de outras ciências humanas, e sua concepção de sistema jurídico baseado na hierarquia de normas. Como aponta Alexandre Veronese, “um dos aspectos marcantes da teoria de Kelsen sobre um direito moderno é a noção de “sistema jurídico hierárquico” como “ordem social”, mas autônoma da sociedade”<sup>142</sup>. De acordo com Kelsen, assim deve ser considerado o sistema jurídico hierárquico, no qual as regras de hierarquia mais alta condicionam as inferiores:

Constata-se, na realidade, não a coexistência de três funções mais ou menos isoladas ou de natureza diferente, mas simplesmente um patamar, uma hierarquia de regras jurídicas em que as mais altas condicionam as outras.

A) A CONSTITUIÇÃO. No topo desse edifício, dessa pirâmide jurídica, encontra-se a norma fundamental ou primeira que garante a unidade do sistema do direito. Tem como tarefa essencial instituir o primeiro órgão de criação do direito e cria a Constituição, no sentido teórico ou ideal do termo, o que se pode chamar de constituição hipotética. O legislador assim designado, isto é, delegado por essa norma fundamental - o primeiro monarca, o primeiro parlamento na história de um Estado - estabelece as regras da legislação, ou melhor, a regra de criação das normas gerais: este é o objeto essencial da Constituição.

B) A LEI E O REGULAMENTO. Assim como a norma fundamental delegou o primeiro legislador constituinte, a Constituição positiva delega o legislador ordinário, determinando a natureza do órgão que deverá promulgar as leis e o procedimento a seguir para isso. As leis que faz esse legislador formam o grau seguinte. [...]

C) AS NORMAS INDIVIDUAIS. (ato administrativo, julgamento). Esses atos administrativos e essas decisões jurídicas são essencialmente normas individuais, isto é, normas jurídicas, cada uma delas regulamentando uma espécie particular. Ao final, são aplicadas ou executadas por atos de coerção, última instância de todo o processo.<sup>143</sup>

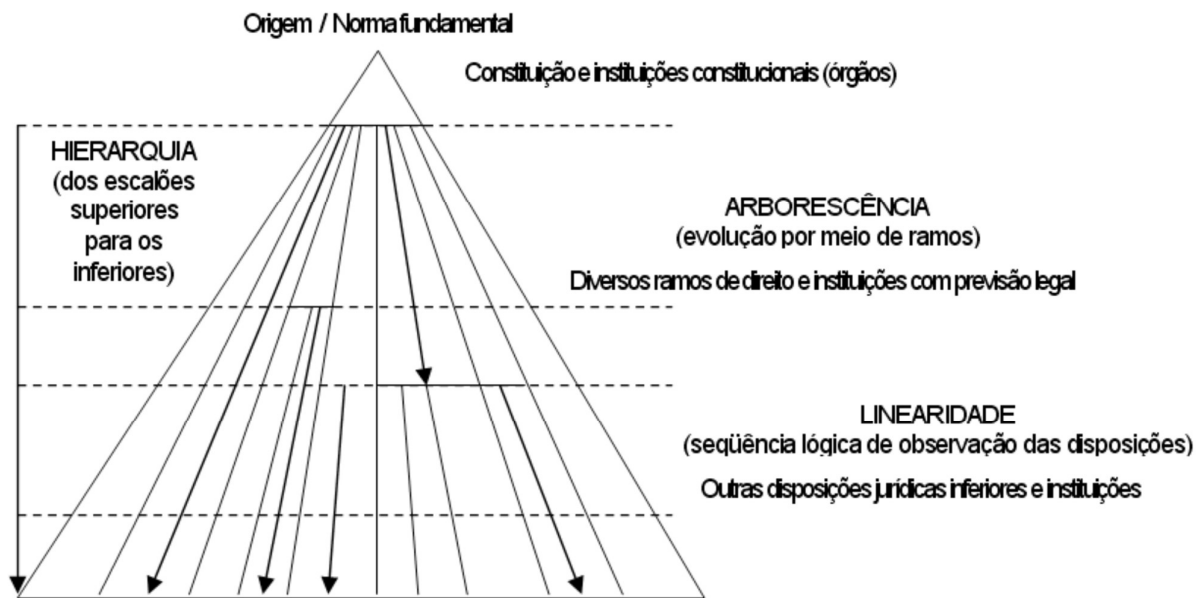
Alexandre Veronese usa a seguinte figura para ilustrar a alegoria kelseniana, que demonstra os efeitos da hierarquia, arborescência e linearidade, os quais são características marcantes da teoria de Kelsen<sup>144</sup>:

Figura 1 – A pirâmide de Kelsen

<sup>142</sup> VERONESE, Alexandre. *Revisitando o Conceito de Direito em Rede*. Revista Interdisciplinar de Sociologia e Direito. Vol. 15, nº 1, 2013. pp. 82-95

<sup>143</sup> KELSEN, Hans. *As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público*. Tradução por Marcelo D. Varella (coordenador), Geilza Cavalcanti Diniz, Amáble Pierroti, Luiza Maria Rocha Nogueira. Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília, Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. - vol.8, no. 2 (jul./dez. 2011) - . Brasília : UniCEUB, 2011.

<sup>144</sup> Figura 1: Modelo de ordenamento jurídico tradicional, piramidal ou clássico – Extraída de VERONESE, Alexandre. op. cit.



Nota-se que a teoria do jurista austríaco é fortemente pautada nas relações de hierarquia entre as normas. Em suas próprias palavras:

Como uma norma jurídica é válida por ser criada de um modo determinado por outra norma jurídica, esta é o fundamento de validade daquela. A relação entre a norma que regula a criação de outra norma e essa outra norma pode ser apresentada como uma relação de supra e infra-ordenação, que é uma figura espacial de linguagem. A norma que determina a criação de outra norma é a norma superior, e a norma criada segundo essa regulamentação é a inferior. A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma- a inferior – é determinada por outra – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior, e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui sua unidade.<sup>145</sup>

A alegoria de Kelsen se insere no paradigma constitucional descrito por Luigi Ferrajoli como o Estado constitucional de Direito, associado ao constitucionalismo rígido, que impôs mudanças em relação ao paradigma anterior, definido como Estado legislativo de Direito, baseado no positivismo jurídico. O jurista italiano aponta quatro mudanças marcantes, sendo essas: 1) a validade das leis não é mais pautada apenas pela forma de sua produção, mas também pela coerência de seu conteúdo com os princípios constitucionais, 2) uma mudança epistemológica na ciência jurídica, dado que a Constituição disciplina não só as formas de produção legislativa, mas também impõe limites quanto ao conteúdo das normas, 3) o papel da

<sup>145</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 4ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2005. Pág. 181

jurisdição muda, pois o juiz deve interpretar a norma e avaliar sua coerência com o texto constitucional, sendo possível que determine sua invalidade quando não for possível conciliá-la com a Constituição, e 4) impõe-se uma dimensão democrática, ao garantir que a mesmo o poder da maioria não poderá desrespeitar os direitos constitucionalmente garantidos, assim sendo introduzida uma dimensão substancial ao modelo de democracia<sup>146</sup>.

Ferrajoli afirma que tanto o modelo de Estado do positivismo jurídico quanto o do constitucionalismo rígido estão em crise. Por um lado, pela inflação legislativa e disfunção da linguagem legal, que afeta o princípio da legalidade, próprio do Estado legislativo de Direito; e pela perda do monopólio da produção jurídica pelo Estado, ilustrado pelo processo de integração regional europeu, que afeta o papel garantista do Estado, próprio do Estado constitucional de Direito<sup>147</sup>. O jurista entende que deveria ser elaborada uma nova Carta de Direitos Fundamentais europeia, que abarcasse todos os princípios e direitos fundamentais sancionados nas Constituições nacionais, e uma reorganização dos poderes da UE. Ferrajoli também fala da perspectiva do constitucionalismo internacional, “desenhado pela Carta da ONU e por muitas Declarações e Convenções internacionais de direitos humanos”<sup>148</sup>.

Outros doutrinadores também criticam a teoria de Kelsen, como os belgas François Ost e Michel Van De Kerchove, defendem que o modelo de pirâmide gradualmente é superado e dá lugar a um modelo de sistema jurídico mais complexo, o modelo da rede<sup>149</sup>. Veronese sintetiza a teoria desses autores:

No caminho proposto pelos autores se tenta demonstrar que as três características do modelo “piramidal”, citadas anteriormente, estão perdendo a sua capacidade explicativa. A primeira característica, hierarquia, revela os seus limites, pois a subordinação cede espaço para a colaboração e a coordenação. A segunda, linearidade, se relativiza e é acompanhada frequentemente pelo fenômeno das associações estranhas ou pelas inversões das sequências lógicas. A terceira, arborescência, se dilui, pois não é mais possível encontrar uma origem única de onde se derivaria todo o sistema jurídico.<sup>150</sup>

Um exemplo usado por Ost e Kerchove para demonstrar sua tese é o direito da integração, citando a União Europeia e o Conselho da Europa, para demonstrar que a alegoria da pirâmide nem sempre representa fielmente o sistema jurídico<sup>151</sup>. Também citam o Tribunal Constitucional Alemão e a Corte Constitucional Italiana, que decidiram que a primazia do

<sup>146</sup> FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho In: CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2005. P. 18-19

<sup>147</sup> *Ibid.*, p. 19-24

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 27 (tradução livre)

<sup>149</sup> OST, François; KERCHOVE, Michel Van De. De la pyramide au réseau: vers un nouveau mode de production du droit? *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n. 44. Bruxelas: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000.

<sup>150</sup> VERONESE, Alexandre. *Op. cit.*

<sup>151</sup> OST, François; KERCHOVE, Michel Van De. *op. cit.*, p. 32

direito comunitário europeu sobre o direito interno está subordinada à observância de princípios fundamentais consagrados em seus ordenamentos internos por parte das instâncias da União Europeia<sup>152</sup>. Os autores afirmam que, em casos como esse, nota-se que a coordenação entre ordem interna e ordem comunitária dá lugar à hierarquização das normas, de modo a haver colaboração pacífica entre elas. Nas palavras dos autores:

*Tout se passe dès lors comme si, dans ces situations de «polysystème simultanée», marquées par l'intrication des pouvoirs et l'enchevêtrement des normes, l'impératif fonctionnel de la coordination l'emportait sur l'exigence logique de hiérarchisation. Faute de pouvoir déterminer lequel des deux ordres l'emporte, mais assuré qu'aucun d'eux ne survivrait sans l'autre, on aménage les conditions de leur collaboration pacifique.<sup>153</sup>*

Assim, entre a soberania absoluta e a primazia do direito europeu, é possível que se projete uma coordenação que ordene duas ordens jurídicas parcialmente distintas, uma em relação à outra<sup>154</sup>. Como ressalta Veronese, ao comentar a tese dos autores belgas, pode-se concluir que o direito europeu representa uma reorganização do sistema jurídico, que não mais pode se refletir nas concepções tradicionais:

A pequena conclusão deste ponto é que a Comunidade Europeia representa menos do que “um estágio suplementar ao edifício dos Estados” e mais um princípio de reorganização transnacional baseada na composição continuada de interesses. É produzida uma expressão jurídica desta composição, obviamente. Ela é que mudará a maneira de pronunciar e de organizar o direito no âmbito dela. Desta maneira, os instrumentos analíticos clássicos não teriam vem tendo o alcance para dar conta desta nova configuração por estarem comprometidos com uma das leituras que está dentro do jogo político, qual seja a de defesa do conceito de Estado-nação e de direito nacional.<sup>155</sup>

Assim, como afirma Veronese, constata-se uma “perda no monopólio legiferante”<sup>156</sup>, e tratando dos conflitos entre direito europeu e ordenamentos internos:

A definição weberiana de que no tipo ideal de direito moderno há uma clara repartição de competências fica parcialmente prejudicada. Aquele autor já havia antecipado os riscos de uma materialização dos sistemas jurídicos. Mas ele não estava preparado para localizar a complexidade de um paradigma marcado pelo pluralismo e pela complexidade. Novamente, este seria mais um exemplo que demonstraria a perda de capacidade explicativa do modelo “piramidal” ou “clássico”.<sup>157</sup>

Os autores belgas também tratam da “fragmentação da normatização estatal”<sup>158</sup>, caracterizada pelo aumento de normativas advindas do Poder Executivo e de entes da

<sup>152</sup> M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*. Paris: Seuil, 1994, p. 98-99. Apud OST, François; KERCHOVE, Michel Van De. op. cit., p. 32

<sup>153</sup> OST, François; KERCHOVE, Michel Van De. Op. Cit., p. 32

<sup>154</sup> OST, François; KERCHOVE, Michel Van De. Op. Cit., p. 44

<sup>155</sup> OST, François; KERCHOVE, Michel Van De. Op. Cit., p. 90

<sup>156</sup> Ibidem.

<sup>157</sup> Ibid., p. 91

<sup>158</sup> Ibidem



administração pública, assim sendo notável que não só o Poder Legislativo é capaz de regular a vida social. Ost e Kerchove usam quatro exemplos para demonstrar esse fenômeno:

O primeiro é o poder regulamentar dos ministros. O segundo é caso dos regulamentos adotados pelas autoridades administrativas autônomas, que seriam assemelhados ao modelo das autarquias administrativas, no passado, revividas pelas atuais agências reguladoras sociais ou econômicas. O terceiro caso seria o uso crescente de contratos de gestão para organizações e empresas públicas. [...] O quarto – e último – caso é marcado pelas diretivas de política criminal do Ministro da Justiça belga.<sup>159</sup>

Ainda, os juristas falam sobre o poder criativo dos juízes, que podem vir a criar novos entendimentos em suas decisões, e a auto-regulação na esfera privada. Todos esses exemplos são utilizados para construir o argumento de que a alegoria da pirâmide não mais representa o sistema jurídico vigente<sup>160</sup>. Assim, de acordo com tais autores, “a maneira de compreender a configuração jurídica atual seria visualizar o direito como uma “rede” normativa, com os seus nós e as assimetrias entre as fontes produtoras e mantenedoras dos conceitos jurídicos”<sup>161</sup>.

Na mesma linha, Rafael Bustos Gisbert desenvolve uma teoria da liga de constituições ou rede de constituições, parecida com a ideia de Ost e Kerchove<sup>162</sup>. A teoria do jurista espanhol ressalta que não há hierarquia entre essas distintas constituições, e, no caso do ordenamento jurídico espanhol, indica que há três lugares constitucionais dentro de sua rede: a Constituição espanhola, as normas provenientes da União Europeia e as normas provenientes do Conselho da Europa. Gisbert rejeita a terminologia ‘constitucionalismo multinível’, utilizada por Pernice<sup>163</sup>, por entender que o uso de níveis remete a uma estrutura hierárquica, e sua ideia não é a de estabelecer níveis territoriais homogêneos.

A teoria do autor descreve uma rede de constituições incompletas, que é reflexo de um cenário de pluralismo constitucional, que não possui hierarquia entre as distintas constituições. Cada ponto da rede representa um lugar metaconstitucional com sua correspondente metaconstituição.

Para ilustrar seu exemplo, o autor ressalta que a UE não está sujeita às normas do Conselho da Europa, nem deve se submeter à jurisdição da Corte EDH. Contudo, existe interação entre ambas as ordens, com o interesse de um enriquecimento mútuo.

Debe notarse que las relaciones entre los diferentes lugares metaconstitucionales tendrán diferente intensidad y naturaleza. [...] [L]as formas de relación son variables y

<sup>159</sup> Ibidem.

<sup>160</sup> Ibid., p. 93

<sup>161</sup> Ibidem.

<sup>162</sup> GISBERT, Rafael Bustos. Elementos constitucionales en la red global. *Estudios de Deusto*, Vol. 60/2, Bilbao, 2012, págs. 21-44. ISSN: 0423 - 4847

<sup>163</sup> Utilizada por: PERNICE, I. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution Making revisited? In.: *Common Market Law Review*, 36, 1999. Apud GISBERT, Rafael Bustos, op. cit.

denotan interacciones más o menos poderosas en función del grado de reconocimiento de las metaconstituciones entre sí. Formas de relación que a menudo no son jurídico-formales, pero no por ello dejan de ser igualmente eficaces y condicionantes del propio discurso constitucional. Así, no es extraño comprobar cómo determinados contenidos constitucionales desarrollados en un lugar metaconstitucional supranacional están condicionados por los actos de otro del que no son, formalmente, parte. Así, por ejemplo, es habitual que el TEDH se apoye en el Alto Comisionado de Naciones Unidas contra la tortura a la hora de establecer si la extradición de un extranjero detenido en alguno de los Estados miembros es o no conforme con la prohibición de tratos inhumanos o degradantes.<sup>164</sup>

Então, o autor afirma que se quebrou a unidade documental da Constituição, havendo uma rede de constituições, apesar de não ter ocorrido uma ruptura conceitual. Ressalta-se que essa é uma questão fundamental para a proteção de direitos fundamentais.

Posicionamento parecido é defendido por Marcelo Neves, que defende o transconstitucionalismo, teoria que também rejeita estruturas hierarquizadas e divisão do Direito por níveis homogêneos, mas roga por cooperação e concorrência entre as ordens normativas. Em suas palavras:

Uma transformação profunda tem ocorrido, nas condições hodiernas da sociedade mundial, no sentido da superação do constitucionalismo provinciano ou paroquial pelo transconstitucionalismo. Essa transformação deve ser levada a sério. O Estado deixou de ser um *locus* privilegiado de solução de problemas constitucionais. Embora fundamental e indispensável, é apenas um dos diversos *loci* em cooperação e concorrência na busca do tratamento desses problemas. A integração sistêmica cada vez maior da sociedade mundial levou à desterritorialização de problemas-caso jurídico-constitucionais, que, por assim dizer, emanciparam-se do Estado. Essa situação não deve levar, porém, a novas ilusões, na busca de “níveis invioláveis” definitivos: internacionalismo como *ultima ratio*, conforme uma nova hierarquização absoluta; supranacionalismo como panaceia jurídica; transnacionalismo como fragmentação libertadora das amarras do Estado; localismo como expressão de uma etnicidade definitivamente inviolável.

Contra essas tendências, o transconstitucionalismo implica o reconhecimento de que as diversas ordens jurídicas entrelaçadas na solução de um problema-caso constitucional – a saber, de direitos fundamentais ou humanos e de organização legítima do poder –, que lhes seja concomitantemente relevante, devem buscar formas transversais de articulação para a solução do problema, cada uma delas observando a outra, para compreender os seus próprios limites e possibilidades de contribuir para solucioná-lo. Sua identidade é reconstruída, dessa maneira, enquanto leva a sério a alteridade, a observação do outro.<sup>165</sup>

Também é relevante a obra de J. J. Gomes Canotilho, que desenvolve a teoria da interconstitucionalidade, descrita como uma forma específica de interorganização política e social<sup>166</sup>. Tal teoria “estuda as relações entre as diversas constituições dentro de um mesmo espaço político, a convergência, concorrência, justaposição e conflitos de várias constituições

<sup>164</sup> GISBERT, Rafael Bustos. Op. cit.

<sup>165</sup> NEVES, Marcelo. (NÃO) SOLUCIONANDO PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS: TRANSCONSTITUCIONALISMO ALÉM DE COLISÕES. *Lua Nova*, São Paulo, 93: págs. 201-232, 2014.

<sup>166</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1425

e de vários poderes constituintes nesse mesmo espaço”<sup>167</sup>. A teoria de Canotilho descreve um sistema jurídico que rompe com a tradicional noção kelseniana:

A teoria da interconstitucionalidade estuda as relações interconstitucionais, ou seja, a concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político. O fenômeno de interconstitucionalidade tem, de certo, precedentes. Sirva-nos de exemplo a articulação da constituição federal com as constituições estaduais (nos estados federais e nas confederações). O que há de especificadamente novo é: (1) a existência de uma *rede de constituições* de estados soberanos; (2) as *turbulências* produzidas na organização constitucional dos estados constitucionais por outras organizações políticas (ex.: comunidades políticas supranacionais); (3) a *recombinação* das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de grandeza superior; (4) a articulação da *coerência constitucional* estadual com a *diversidade* de constituições inseridas na *rede interconstitucional*; (5) a criação de um esquema jurídico-político caracterizado por um grau suficiente de *confiança condicionada* entre as várias constituições imbricadas na rede e entre a “constituição” revelada pela organização política de grandeza superior.<sup>168</sup>

Pode-se dizer que esse fenômeno se constata no art. 4º, parágrafo único da CRFB/88, que prevê: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Canotilho também refuta a alegoria da pirâmide de Kelsen, na sua lição sobre o direito constitucional português, ao afirmar que não há um vértice que ordene todo o ordenamento jurídico, mas vários ordenamentos superiores:

A Constituição não dá resposta a todos os problemas relacionados com as fontes de direito. Como em qualquer sistema dotado de *complexidade*, existem problemas relacionados com a **unidade do sistema jurídico** e com a articulação das várias fontes do direito. Em geral, dizia-se e ensinava-se que a Constituição representava o vértice de um sistema de normas construído sob a forma de *pirâmide jurídica* que, na sua globalidade, formava a *ordem jurídica*. Este modelo não tem hoje virtualidades suficientes para captar o relevo jurídico do direito internacional e do direito comunitário. Não há um vértice com uma norma superior; no estalão superior situam-se vários *ordenamentos superiores* – ordenamento constitucional, ordenamento internacional e ordenamento comunitário – cuja articulação oferece inequívocas dificuldades, sobretudo quando qualquer desses ordenamentos disputa a *supremacia normativa* ou, pelo menos, a *aplicação preferente* das suas normas e princípios.<sup>169</sup>

Canotilho usa a seguinte imagem para ilustrar sua afirmação<sup>170</sup>:

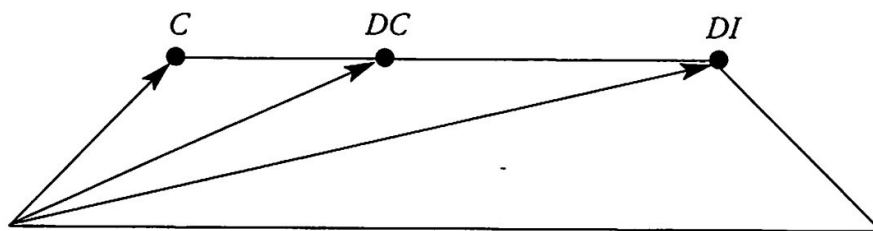
Figura 2 – O pluralismo de ordenamentos superiores, por J. J. Gomes Canotilho

<sup>167</sup> JUNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. Constitucionalismo Multinível – Contribuição Para Compreensão da Interconstitucionalidade no Estado Constitucional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, abril/maio/junho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 05 de outubro de 2017

<sup>168</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, op. cit., p. 1425

<sup>169</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., pág. 694-695.

<sup>170</sup> Imagem extraída de CANOTILHO, J.J. Gomes. Op. cit., pág. 695



**Gráfico I – Pluralismo de ordenamentos superiores**

O jurista português, no entanto, afirma que as normas constitucionais possuem superioridade hierárquico-normativa sobre as de direito internacional, no contexto constitucional português, por falta de disposição expressa em contrário na Constituição portuguesa. Ressalta-se que esse preceito será influenciado pela observância de normas de *jus cogens*, e que as normas de direito internacional prevalecem sobre o direito interno infraconstitucional.

Piovesan também trata do tema, e conceitua a teoria do trapézio. Segundo a autora, o pensamento jurídico na América Latina foi dominado por mais de um século pelos seguintes paradigmas:

- a pirâmide com a Constituição no ápice da ordem jurídica, tendo como maior referencial teórico Hans Kelsen, na afirmação de um sistema jurídico endógeno e auto-referencial (observa-se que, em geral, Hans Kelsen tem sido equivocadamente interpretado, já que sua doutrina defende o monismo com a primazia do Direito Internacional – o que tem sido tradicionalmente desconsiderado na América Latina).
- o hermetismo de um Direito purificado, com ênfase no ângulo interno da ordem jurídica e na dimensão estritamente normativa (mediante um dogmatismo jurídico a afastar elementos “impuros” do Direito); e
- o *State approach* (*State centered perspective*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania do Estado no âmbito externo e a segurança nacional no âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte principe*”, radicada no Estado e nos deveres dos súditos, na expressão de Norberto Bobbio.<sup>171</sup>

A jurista afirma que esses paradigmas foram substituídos por:

- a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e auto-referencial).
- b) a crescente abertura do Direito -- agora “impuro” --, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo (há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais; e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando, assim, a experiência jurídica).
- c) o *human rights approach* (*human centered approach*), sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no

<sup>171</sup> PIOVESAN, Flávia. DIREITOS HUMANOS E DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES. Op. cit., 2012.

âmbito interno, tendo como fonte inspiradora a “*lente ex parte populi*”, radicada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio.<sup>172</sup>

Piovesan destaca a tendência das Constituição a dar um status especial aos TDH, como foi demonstrado anteriormente por meio do texto de Cançado Trindade, para fundamentar a substituição da pirâmide jurídica por um trapézio que prevê coloca a Constituição e os TDHs no mesmo patamar. Sobre a abertura do Direito, a autora entende que “há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições; empréstimos constitucionais; e a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando, assim, a experiência jurídica”<sup>173</sup>.

Para defender a observância dos direitos humanos, ou *human centered approach*, Piovesan faz referência ao seguinte fundamento constante da “decisão do International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (caso Prosecutor v. Tadic, 1995): “*A State-sovereignty oriented approach has been gradually supplanted by a human-being oriented approach.*”<sup>174</sup> Ademais, a autora aponta que “a crise do paradigma tradicional e pela emergência de um novo paradigma jurídico, surge como o contexto a fomentar o controle de convencionalidade e o diálogo entre jurisdições no espaço interamericano”<sup>175</sup>.

Outro jurista que usa a teoria do trapézio para apontar o enfraquecimento da pirâmide kelseniana é Siddharta Legale. O autor ressalta que as mudanças sofridas em razão da globalização, como a criação da ONU e as iniciativas de integração regional, transformaram a ordem jurídica, e é cabível refletir sobre o “achatamento ou esfacelamento da Constituição como cume da pirâmide kelseniana. O centro do ordenamento passa a ser descrito como um complexo de estruturas normativas interligadas”<sup>176</sup>.

Luiz Flávio Gomes também defende a teoria da pirâmide, e ressalta a importância da primazia da norma mais favorável:

As normas de reenvio, como se vê, conduzem a um entrelaçamento simbiótico entre todas as normas de Direitos Humanos. Se formalmente pode-se descrever o Direito como uma “pirâmide”, materialmente a lógica reinante é outra: todas as normas que dispõem sobre os direitos humanos acham-se lado a lado, uma tem contato direto com a outra, uma se comunica com a outra, cabendo ao intérprete e aplicador do Direito eleger a que mais amplitude confere ao direito concreto.<sup>177</sup>

---

<sup>172</sup> Ibidem.

<sup>173</sup> Ibidem.

<sup>174</sup> Ibidem.

<sup>175</sup> Ibidem.

<sup>176</sup> LEGALE, Siddharta. A Constituição Reinventada pelas Crises: do Neoconstitucionalismo ao Constitucionalismo Internacionalizado. *Revista Direito Público* n. 34, 2010. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/881/1067>>

<sup>177</sup> GOMES, Luiz Flávio, op. cit.

Há, ainda, a postura defendida por Luís Fernando Sgarbossa, que coloca o próprio princípio *pro persona* no topo da ordem normativa<sup>178</sup>. O autor faz referência à obra de Maurício Godinho Delgado, eminente doutrinador de Direito do Trabalho. Godinho defende que:

O princípio direcionador basilar do Direito do Trabalho [...] é o princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Assim, aplicar-se-á ao caso concreto – sendo naquele caso hierarquicamente superior – a norma mais favorável ao empregado. O vértice da pirâmide normativa, variável e mutável – ainda que apreendido segundo um critério permanente -, não será a Constituição Federal ou a lei federal necessariamente, mas a norma mais favorável ao trabalhador.<sup>179</sup>

Sgarbossa segue a mesma linha, e propõe que a mesma lógica seja aplicada ao ordenamento jurídico como um todo, e não apenas ao Direito do Trabalho:

É exatamente o que se preconiza o presente trabalho: um *ápice normativo variável e mutável*, informado por um critério permanente (norma mais favorável ou critério *pro homine*), de forma a conduzir a uma harmoniosa concorrência entre dispositivos teleologicamente compatíveis, *sem derrogação permanente* de nenhum deles, mas mera derrogação, por aplicação do mais protetivo do ser humano.<sup>180</sup>

O jurista fundamenta sua proposta no artigo 5º, §2º, da Constituição de 1988, e na “ótima concretização dos direitos e garantias fundamentais e dos direitos humanos”, consubstanciando-se na doutrina de Konrad Hesse, que prescreve: “A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (*Gebor optimaler Verwirklichung der Norm*). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual”<sup>181</sup>.

Não são apenas os brasileiros que defendem a teoria do trapézio, e levam em conta o *pro persona*. Como aponta Yota Negishi, tal teoria já havia sido proposta por doutrinadores argentinos, em análise do artigo 75(22), da Constituição da Argentina, que prevê status constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo país sul-americano<sup>182</sup>. Um deles é Victor Bazán, que defende que, por força de tal dispositivo constitucional, a pirâmide, que tinha a Constituição como vértice, transformou-se em “*una especie de ‘trapezio’ en cuyo plano*

<sup>178</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Direitos e garantias fundamentais : interpretação jusfundamental “pro homine”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

<sup>179</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 2ª ed. São Paulo : LTr, 2003. P. 177 apud SGARBOSSA, Luís Fernando, op. cit., p. 54

<sup>180</sup> SGARBOSSA. Luís Fernando. Op. cit., p. 54

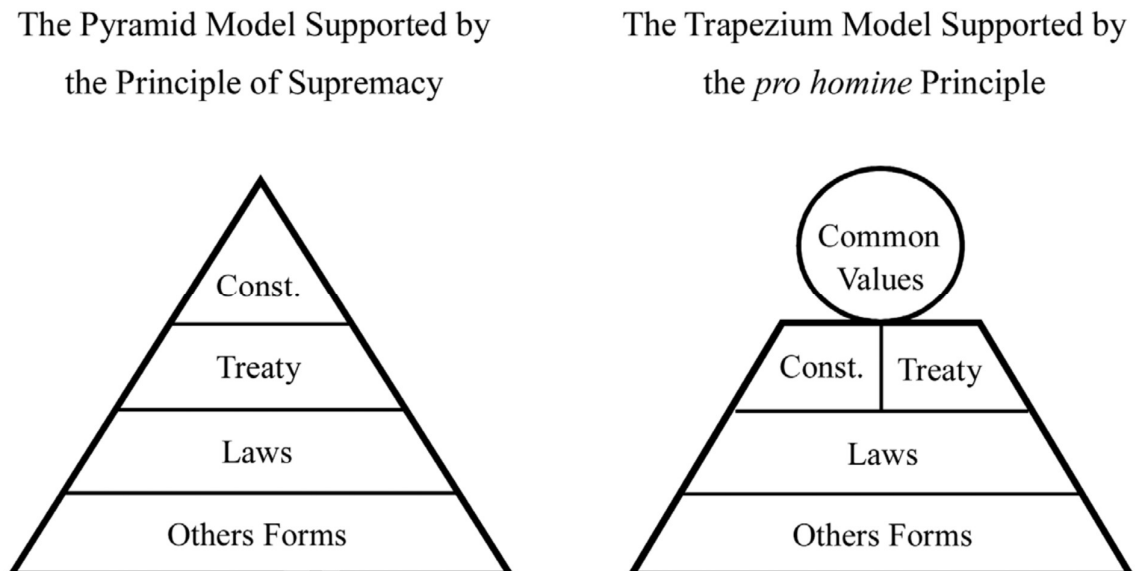
<sup>181</sup> HESSE, Konrad. *Elementos do Direito Constitucional da República Federal da Alemanha* (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland). Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. P. 22 apud SGARBOSSA. Luís Fernando. *Direitos e garantias fundamentais : interpretação jusfundamental “pro homine”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008. P. 65

<sup>182</sup> PIZZOLO, ‘Los mecanismos de protección en el sistema interamericano de derechos humanos y el derecho interno de los países miembros: El caso argentino’, in R. Méndez Silva (ed.), *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 2002. Apud NEGISHI, Yota. The Pro Homine Principle’s Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control. *The European Journal of International Law*, vol. 28, no. 2, 2017. P. 457–481

*más elevado comparten espacios en constante retroalimentación la Ley Fundamental y los documentos internacionales sobre derechos humanos con idéntica valía*<sup>183</sup>.

Negishi cita três elementos de tal trapézio normativo: 1) a permeabilidade da ordem normativa, que, nas palavras do autor, assemelha-se ao *human rights approach* descrito por Piovesan; 2) a mudança de foco de uma hierarquia formal para o conteúdo das normas ao tratar das relações entre ordens interna e internacional; e 3) o *Human-Centrism*, apontado como elemento mais importante, que denota que as interações entre ordens interna e internacional devem privilegiar os interesses das pessoas, e não o interesse dos Estados<sup>184</sup>. O jurista usa a seguinte imagem para ilustrar tal teoria<sup>185</sup>:

Figura 3 – Trapézio normativo, por Yota Negishi



Diante do exposto nota-se que, em vez de tentar definir se o topo da pirâmide estará ocupado pelo DI ou pela Constituição, devemos nos questionar se esse modelo é o que melhor reflete o ordenamento jurídico, ou mesmo se ver o ordenamento jurídico dessa forma é a melhor maneira de guiar a interação entre direito interno e direito internacional. Segundo Luiz Flávio Gomes, o foco deve ser o sentido material das normas, e não apenas sua posição formal no ordenamento jurídico:

<sup>183</sup> BAZÁN, Victor. 'La interacción del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno en Argentina'. *Estudios Constitucionales* v. 5, n. 137, 2007, p. 142

<sup>184</sup> NEGISHI, Yota, op. cit.

<sup>185</sup> Imagem extraída de: NEGISHI, Yota. Op. cit.

Em um Estado constitucional (e humanista) de Direito, que conta com boa inserção nas relações da comunidade internacional, não pode deixar de ser observada a regra interpretativa *pro homine*, ainda que, formalmente, o DIDH seja reconhecido com status apenas supralegal, mas inferior à Constituição. É que é a própria Constituição (e, portanto, a vontade do legislador constituinte) que manda observar "outros" direitos contemplados nos tratados internacionais (CF, art. 5º, § 2º). O que vale, então, não é a posição formal dos tratados, sim, o sentido material das normas sobre direitos humanos. A Constituição, destarte, não pode ser vista como um conjunto estático de normas. Tampouco esse raciocínio apresenta-se como correto para os tratados de direitos humanos. Ao contrário: todas as normas sobre direitos humanos se complementam (e se retroalimentam). E vale para o caso concreto a que assegura o exercício mais amplo do direito, ainda que seja uma norma do direito ordinário.<sup>186</sup>

As teorias demonstradas acima fazem parte de estudos que tratam da interação entre as ordens interna e internacional. Como ressalta Ramos, esses estudos se inserem na temática da pluralidade de ordens jurídicas, que pode vir a ser abordada a partir de óticas diferentes: a de constitucionalistas e a de internacionalistas.

A temática da pluralidade das ordens jurídicas é investigada há muito pela doutrina constitucionalista, com várias denominações, como, por exemplo, constitucionalismo multinível (Pernice, ao que tudo indica um dos pioneiros), pluralismo constitucional (Walker), interconstitucionalidade (Canotilho), transconstitucionalismo (Neves), cross-constitucionalismo (Ramos Tavares), constitucionalismo transnacional (Aragón Reyes), entre os mais diversos autores estrangeiros e nacionais que trataram sobre o tema recentemente. Essas denominações explicitam a *ótica de partida*, que é o direito constitucional e demonstram a saudável preocupação dos constitucionalistas com a ascensão do Direito Internacional.

Partindo da ótica mais próxima do Direito Internacional, há aqueles que usam a denominação *internacionalização do Direito*, que constata a impregnação de normas internacionais em todos os ramos do direito nacional e gera o *pluralismo de ordens jurídicas* (Delmas-Marty).

Em essência, o pluralismo de ordens jurídicas consiste na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas. As ordens jurídicas plurais, então, são aquelas que *convergem e concorrem* na regência jurídica de um mesmo espaço (a sociedade nacional).<sup>187</sup>

Ramos destaca que o interesse dos constitucionalistas por esse tema é um desdobramento natural da expansão normativa do Direito Internacional, que, hoje, impõe normativas sobre diversas áreas do Direito, como os direitos humanos; e não se deve estranhar que tal expansão obrigue os Estados a adequarem seu ordenamento interno ao DI, inclusive suas constituições:

O maior entusiasmo dos constitucionalistas sobre o tema da pluralidade das ordens jurídicas é explicado pela novidade: acostumados à supremacia da Constituição, a invasão internacionalista surpreendeu e mereceu inúmeros estudos, em especial na Europa no pós-Tratado de Maastricht (1992) que chegou ao ponto de estabelecer o cronograma de implantação de uma moeda única (o euro).

<sup>186</sup> GOMES, Luiz Flávio. Op. cit.

<sup>187</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade de ordens jurídicas...*, op. cit.



Para os internacionalistas, essa internacionalização da vida social só é consequência natural do robustecimento da própria disciplina. O fato de uma norma internacional regular facetas cruciais da vida interna (Direitos Humanos, liberdade de circulação dos fatores de produção capitalista e moeda comum, políticas públicas diversas, criminalização de condutas, etc.) não cria impacto maior ou suscita espanto. Também não chega a estarrecer a necessidade de, eventualmente, um Estado ter que alterar normas constitucionais originárias para fazer valer uma decisão de um órgão internacional.

Tudo seria fruto natural da própria existência do Direito Internacional.<sup>188</sup>

Nesse âmbito, pode-se analisar a crítica de Armin Von Bogdandy, que alega que as teorias monista e dualista fazem sentido no contexto no qual foram criadas, há quase cem anos, em um momento em que era necessário afirmar o Direito como ciência independente<sup>189</sup>. Contudo, nos dias de hoje, Bogdandy entende que o monismo e o dualismo devem deixar de existir como noção teórica ou doutrinária para se discutir a interação entre direito interno e direito internacional.

Assim, propõe-se que atualmente deve se pautar em uma noção de pluralismo legal, que não impõe uma separação estrita entre regimes legais. Na verdade, é uma noção que promove a interação entre ordens legais diferentes, e possui consequências para o modo que se entende o direito constitucional, ao dispor que uma constituição não constrói um *universum* normativo, mas constitui um elemento em um *pluriversum* normativo. De acordo com o autor, a harmonia entre essas ordens será alcançada por meio do respeito aos princípios do efeito direto (ou auto-executoriedade das normas internacionais) e a doutrina da interpretação consistente<sup>190</sup>, que devem ser considerados como princípios constitucionais<sup>191</sup>.

Desse pensamento, infere-se que a interação entre as ordens nacional e internacional não se dá estritamente em termos de hierarquia, mas o conteúdo das normas também deve ser considerado. Note-se que Bogdandy faz uma crítica, que está inserida na análise da interação entre direito interno e o Direito Internacional do Comércio, especificamente com a estrutura legal do âmbito da OMC. O jurista pontua que a desconstrução da pirâmide deve andar de mãos dadas com a nova construção da doutrina do efeito direto, e afirma que essa doutrina deve ser adequada aos princípios de cooperação internacional, autodeterminação, subsidiariedade, segurança jurídica e igualdade legal. Observa-se que os direitos humanos possuem um regime específico, como já foi demonstrado.

<sup>188</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Pluralidade de ordens jurídicas...*, op. cit.

<sup>189</sup> BOGDANDY, Armin Von. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, nos. 3 e 4. Oxford Academy, 2008.

<sup>190</sup> Ibidem. Obs.: Inspirado pelo julgamento do caso Charming Betsy, pela Suprema Corte dos EUA, no qual se entendeu que uma norma não poderia ser interpretada no sentido de violar o Direito Internacional, caso outra interpretação fosse possível.

<sup>191</sup> Ibidem.

É importante ressaltar que Bogdandy entende que a desconstrução da pirâmide kelseniana não é necessária<sup>192</sup>. No entanto, o pensamento do autor não impõe uma pirâmide rígida, e destaca que as relações entre as ordens jurídicas não serão pautadas apenas pelo status hierárquico, mas pela compatibilização de sistemas, com observância dos princípios constitucionais por ele mencionados.

Mireille Delmas-Marty também tem visão de pluralismo de ordens jurídicas, observando a internacionalização do Direito, como destacou Ramos<sup>193</sup>. Em sua obra “Por um direito comum”, a autora defende a harmonização entre diferentes ordens jurídicas, no qual um processo de integração busca um direito comum a todos, em detrimento da submissão de uma à outra<sup>194</sup>. Ela questiona o modelo kelseniano, afirmando que se trata de uma pirâmide inacabada:

Por mais tranquilizante que seja, a metáfora da pirâmide dificilmente dá conta da paisagem observada.

Pouco compatível, por sua própria permanência, com a instabilidade do tempo normativo, ela também não se adapta à heterogeneidade espacial: onde colocar as normas internacionais em relação às normas constitucionais? E coo situar, umas relativamente às outras, as normas do direito comunitário e as da Convenção Europeia de Direitos do Homem? [...]

Se pirâmide há, impõem-se o plural e o matiz: é de “pirâmide inacabada” que conviria falar.

Resta a dificuldade, praticamente insuperável, de colocar nessa – ou nessas – hierarquia(s) normativa(s) os princípios gerais do direito que foram descritos a um só tempo fora do sistema como o direito natural e integrados a ele, pois de direito positivo; de direito interno e de direito internacional; escritos e não escritos; superiores e iguais às leis. E, finalmente, ao mesmo tempo iguais e desiguais entre si. [...] Em resumo, poderíamos dizer que, se o plano de composição se embaralhou, não é porque tenha desaparecido toda hierarquia, mas porque mudou o desenho. Em vez de hierarquia contínua e linear que a imagem da pirâmide expressava, aparecem hierarquias descontínuas, como outras tantas pirâmides inacabadas e hierarquias enredadas que formam “anéis estranhos”, retomando a imagem de Hofstadter.<sup>195</sup>

A jurista defende que é necessário pensar o múltiplo, e o papel dos direitos humanos como “direitos dos direitos”, “marcando a expressão, ao mesmo tempo, seu lugar novo na teoria e na prática dos sistemas jurídicos e sua vocação nova, não somente de protesto mas também de harmonização dos diversos sistemas”<sup>196</sup>.

Para a autora, a opção por um direito comum é um caminho inevitável, “a não ser que se preconize a volta a sistemas jurídicos fechados em si mesmos, altamente especializados e

<sup>192</sup> Ibidem.

<sup>193</sup> Supra nota 124

<sup>194</sup> DELMAS-MARTY, Mireille, op. cit.

<sup>195</sup> Ibid., p. 86-87

<sup>196</sup> Ibid., prefácio

intransigentemente nacionais, tentação permanente das sociedades que duvidam de si mesmas, mas atitude cada vez mais difícil de se manter”<sup>197</sup>, dados os avanços recentes.

Toda a argumentação jurídica *supra* evidencia que é necessário que os ideais de supremacia constitucional e constitucionalismo rígido sejam repensados, e que, no caso dos tratados de direitos humanos, esses ideais devem dar espaço para a aplicação do princípio *pro persona*, a fim de garantir o pleno cumprimento das normas de DIDH. Ademais, seguindo a linha de Bogdandy e Cançado Trindade, o debate entre monistas e dualistas encontra-se superado, sendo necessário que o foco seja mudado para a interação entre as duas ordens.

No cenário atual, pode-se dizer que a hierarquia não se torna totalmente sem valor para o ordenamento, mas não é mais o único aspecto que irá pautar a relação entre DI e direito interno. Seguindo a linha da professora Piovesan, deve-se ter a proteção da pessoa como centro, por meio de sua ideia de *‘human rights approach’*. É relevante a observação de Cançado Trindade:

*[N]o hay que olvidarse jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. El Estado existe para el ser humano, y no vice versa. Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos.*<sup>198</sup>

Portanto, não devemos nos guiar pela supremacia do texto constitucional, mas privilegiar a melhor proteção ao indivíduo, que deve nortear a interação entre Direito Internacional e direito interno. Como aponta o Ministro Luís Roberto Barroso, o ideal positivista já é superado na interpretação constitucional:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O *pós-positivismo* é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *nova hermenêutica constitucional*, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.<sup>199</sup>

Resta que interpretações provincianas do Direito Internacional sejam abandonadas, e que as normas convencionais incorporadas ao direito interno de fato sejam cumpridas. Para isso, deve-se observar o princípio *pro persona* ao aplicar tratados de direitos humanos.

<sup>197</sup> Ibid., p. 204

<sup>198</sup> Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75. Voto Concorrente do juiz A. A. Cançado Trindade no caso Barrios Altos vs. Peru, §26.

<sup>199</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição...*, 2004. P.349-350

### 2.3 Critérios tradicionais de solução de antinomias vs. Princípio *pro persona*

Na lição de Piovesan, são traçados três cenários diante da interação entre direito interno e DIDH. A autora ressalta que o direito protegido no tratado poderá: “a) coincidir com o direito assegurado pela Constituição (neste caso a Constituição reproduz preceitos do [DIDH]); b) integrar, complementar e ampliar o universo dos direitos constitucionalmente previstos; ou c) contrariar preceito do Direito interno”<sup>200</sup>. No último caso, deve ser aplicada a norma mais benéfica ao indivíduo. A jurista fundamenta:

Poder-se-ia imaginar, como na primeira alternativa, a adoção do critério “lei posterior revoga lei anterior com ela incompatível”, considerando a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos. Contudo, exame mais cauteloso da matéria aponta para um critério de solução diferenciado, absolutamente peculiar ao conflito em tela, que se situa no plano dos direitos fundamentais. E o critério a ser adotado se orienta pela escolha da norma mais favorável à vítima. Vale dizer, prevalece a norma mais benéfica ao indivíduo, titular do direito. [...] Em outras palavras, a primazia é da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos da pessoa humana. [...] Ressalte-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos apenas vem aprimorar e fortalecer o grau de proteção dos direitos consagrados no plano normativo interno.<sup>201</sup>

Luís Roberto Barroso, ao tratar dos conflitos normativos, defende que os tradicionais critérios de solução de conflitos de normas (hierárquico, cronológico e da especialidade ou especialização) nem sempre são plenamente satisfatórios:

O Direito, como se sabe, é um sistema de normas harmonicamente articuladas. Uma situação não pode ser regida simultaneamente por duas disposições legais que se contraponham. Para solucionar essas hipóteses de conflito de leis, o ordenamento jurídico se serve de três critérios tradicionais: o da hierarquia – pelo qual a lei superior prevalece sobre a inferior –, o cronológico, onde a lei posterior prevalece sobre a anterior – e o da especialização – em que a lei específica prevalece sobre a lei geral. Estes critérios, todavia, não são adequados ou plenamente satisfatórios quando a colisão se dá entre normas constitucionais, especialmente entre os princípios constitucionais, categoria na qual devem ser situados os conflitos entre direitos fundamentais.<sup>202</sup>

Barroso propõe, para tratar desses conflitos, o uso da ponderação de princípios, que é uma “técnica pela qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos”<sup>203</sup>. É necessário salientar que o princípio *pro persona* é aplicado para casos de coexistência de normas que prescrevam diferentes graus de proteção *para o mesmo direito*, enquanto a técnica da ponderação se aplica quando direitos de diferentes titulares estiverem em

<sup>200</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, op. cit., p. 97

<sup>201</sup> Ibid., p. 104-105

<sup>202</sup> BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas* – 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2006. P. 32

<sup>203</sup> Ibidem.

colisão. Esse ponto será tratado no tópico seguinte, observando-se que o princípio *pro persona* não soluciona por si só uma situação de colisão de direitos.

Feita essa observação, cumpre ressaltar que entendemos que os tradicionais critérios citados por Barroso também não são plenamente satisfatórios para pautar a interação entre direito interno e direito internacional, no que se refere aos tratados de direitos humanos, ou mesmo para tratar de incongruências entre dois tratados de direitos humanos. Nesses casos, aplica-se a norma mais favorável ao indivíduo, mesmo que o tratado em questão não preveja expressamente tal aplicação, dado que o *pro persona* é princípio geral de DIDH, como foi defendido anteriormente.

Valério Mazzuoli chama as cláusulas convencionais que consagram o *pro persona* de ‘vasos comunicantes’, e ressalta a sua importância na interação entre DI e direito interno, destacando o papel do *pro persona* na solução de antinomias:

[A] “autorização” presente nas normas internacionais de direitos humanos para que se aplique a norma mais favorável (que pode ser a norma interna ou a própria norma internacional, em homenagem ao “princípio internacional *pro homine*”) encontra-se em certos dispositivos desses tratados que nominamos de vasos comunicantes (ou “cláusulas de diálogo”, “cláusulas dialógicas”, ou ‘ainda “cláusulas de retroalimentação”), responsáveis por interligar a ordem jurídica internacional com a ordem interna, retirando a possibilidade de antinomias entre um ordenamento e outro em quaisquer casos, e fazendo com que tais ordenamentos (o internacional e o interno) “dialoguem” e intentem resolver qual norma deve prevalecer no caso concreto (ou, até mesmo, se as duas prevalecerão concomitantemente no caso concreto) quando presente uma situação de conflito normativo.

Essa “via de mão dupla” que interliga o sistema internacional de proteção dos direitos humanos com a ordem interna (e que juridicamente se consubstancia em ditos vasos comunicantes) faz nascer o que também se pode chamar de transdialogismo.

Essa, nos parece, é a tendência do direito pós-moderno no que tange às relações do Direito Internacional (dos Direitos Humanos) com o Direito interno.<sup>204</sup>

Nessa linha, entendemos que a tradicional regra da hierarquia dá lugar para a aplicação da norma mais favorável, mesmo que esta seja possua status hierárquico inferior, prevalecendo a norma que melhor proteja o ser humano, como afirma Humberto Henderson<sup>205</sup>. Não será aplicado o tradicional critério hierárquico, que é guiado pelo brocardo *lex superior derogat lex inferior*, ou seja, lei superior derroga lei inferior. Nesse caso, há primazia da norma mais favorável ao indivíduo. Henderson também destaca que não se pode levantar um problema de ilegalidade ao aplicar uma norma inferior, dado que o próprio tratado autoriza essa aplicação. A esse argumento, soma-se o fato do *pro persona* ser princípio geral de DIDH. Ademais, não se trata de derrogação ou ab-rogação, mas da aplicação e interpretação de fontes legais distintas,

<sup>204</sup> MAZZUOLI, Valério. *O Monismo Internacionalista Dialógico*. Disponível em: [http://ww3.lfg.com.br/public\\_html/article.php?story=20100706110031623](http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20100706110031623)

<sup>205</sup> HENDERSON, Humberto, *Los tratados internacionales de...*, op. cit., p. 59-63.

as quais podem ou não ter status hierárquico diferente. Pode-se dizer que se trata da interpretação ab-rogante, ou ab-rogação em sentido impróprio, assim descrita por Norberto Bobbio:

[A] operação feita pelo juiz ou pelo jurista chama-se interpretação ab-rogante. Mas trata-se, na verdade, de ab-rogação em sentido impróprio, porque, se a interpretação é feita pelo jurista, ele não tem o poder normativo e portanto não tem nem poder abrogativo (o jurista sugere solução aos juízes e eventualmente também ao legislador); se a interpretação é feita pelo juiz, este em geral (nos ordenamentos estatais modernos) tem o poder de não aplicar a norma que considerar incompatível no caso concreto, mas não o de expeli-la do sistema (de ab-rogar-la), mesmo porque o juiz posterior, tendo que julgar o mesmo caso, poderia dar ao conflito de normas uma solução oposta e aplicar bem aquela norma que o juiz precedente havia eliminado.<sup>206</sup>

Segundo Bobbio, essa interpretação ab-rogante pode ser parcial (ou corretiva), e tal aplicação parcial costuma ser utilizada pelos juízes e juristas:

Aquilo a que tende o intérprete comumente não é mais à eliminação das normas incompatíveis, mas, preferentemente, à eliminação da incompatibilidade. Às vezes, para chegar ao objetivo, introduz alguma leve ou parcial modificação no texto; e nesse caso tem-se aquela forma de interpretação chamada *corretiva*. Geralmente, a interpretação corretiva é aquela forma de interpretação que pretende conciliar duas normas aparentemente incompatíveis para conservá-las ambas no sistema, ou seja, para evitar o remédio extremo da ab-rogação. Entende-se que na medida em que a correção introduzida modifica o texto original da norma, também a interpretação corretiva à ab-rogante, se bem que limitada à parte da norma corrigida. Mais do que contrapor a interpretação corretiva à ab-rogante, dever-se-ia considerar a primeira como uma forma atenuada da segunda, no sentido de que, enquanto a interpretação ab-rogante tem por efeito a eliminação *total* de uma norma (ou até de duas normas), a interpretação corretiva tem por efeito a eliminação puramente *parcial* de uma norma (ou de duas). [...]

O jurista e o juiz tendem, tanto quanto possível, à *conservação das normas dadas*. É certamente uma regra tradicional da interpretação jurídica que o sistema deve ser obtido com a menor desordem, ou, em outras palavras, que a exigência do sistema não deve acarretar prejuízo ao princípio da autoridade, segundo o qual as normas existem pelo único fato de terem sido estabelecidas.<sup>207</sup>

Ademais, Medellín Urquiaga aponta que a produção normativa do DIDH resulta em uma dinâmica que não está determinada por critérios de hierarquia legal<sup>208</sup>. Assim, utilizou-se a aplicação da regra mais benéfica ao indivíduo como salvaguarda específica que permite, por um lado, harmonizar os distintos instrumentos e interpretações produzidas em diferentes âmbitos; e, por outro lado, avançar o desenvolvimento progressivo das normas de proteção à pessoa. Tudo isso sempre observando o principal objetivo desses instrumentos: a melhor proteção do indivíduo. Como leciona Cañado Trindade, a interação entre os ordenamentos nacional e internacional deve privilegiar a maior proteção do indivíduo.

<sup>206</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico...* P. 100-101

<sup>207</sup> *Ibid.*, p. 102-104

<sup>208</sup> MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. *Principio pro...* op cit., p. 16

[D]esvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do direito internacional ou do direito interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de direito internacional ou de direito interno.<sup>209</sup>

Nesse contexto, devemos levar em consideração o voto do Min. Celso de Mello, no HC 91.361/SP, julgado em setembro de 2008, que trata da prisão civil do depositário infiel, anteriormente explorado. O decano adota posição minoritária no STF, ao atribuir hierarquia constitucional aos tratados de direitos humanos, e ao destacar a norma mais favorável como critério que deve reger a interpretação do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humanas tornarem-se palavras vãs.<sup>210</sup>

O ministro ressalta que “em tema de hermenêutica aplicada aos direitos humanos, o critério da *”norma mais favorável”* há de prevalecer, sempre, na interpretação do Poder Judiciário”<sup>211</sup>. Dessa maneira, ao decidir o caso, Celso de Mello afirma que se trata de caso típico da aplicação da norma mais favorável, assim sendo necessário que a disposição do artigo 7.7 da CADH seja aplicada, pois a CRFB/88 prevê menor proteção ao indivíduo.

Nessa linha, Luiz Flávio Gomes rejeita a noção de hierarquia entre normas de direitos humanos, e destaca a necessidade de proteção do princípio *pro persona*:

[N]o plano material não há que se falar (ou melhor: é irrelevante falar) em hierarquia entre as normas de Direitos Humanos. Por quê? Porque por força do princípio ou regra *pro homine* sempre será aplicável (no caso concreto) a que mais amplia o gozo de um direito ou de uma liberdade ou de uma garantia. Materialmente falando, portanto, não é o status ou posição hierárquica da norma que vale, sim, o seu conteúdo (porque sempre irá preponderar a que mais assegura o direito). A fundamentação para o que acaba de ser exposto é a seguinte: por força do art. 27 da Convenção de Viena (que cuida do Direito dos Tratados internacionais), “nenhum Estado que faz parte de algum tratado pode deixar de cumpri-lo invocando seu Direito interno”. Pouco importa se se trata de uma norma (doméstica) constitucional ou infraconstitucional, impõe-se ao Estado cumprir suas obrigações internacionais, assumidas por meio dos tratados. Exemplo: no caso da prisão civil relacionada com o depositário infiel, tanto a norma constitucional (art. 5º, inc. LXVII) como toda legislação ordinária nesse sentido não podem ser invocadas pelo Estado para deixar de cumprir o que está previsto no art. 7º, 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (e art. 11 do PIDCP). O que acaba de ser

<sup>209</sup> Cançado Trindade, A. A.. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*, San José de Costa Rica/Brasília, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

<sup>210</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 91.361/SP*. 2ª Turma. Relator: Min Celso de Mello. Medida cautelar de 23 de setembro de 2008. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717](http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717)

<sup>211</sup> *Ibidem*.

dito foi proclamado, em outras palavras, pelo STF tanto no RE 466.343-SP como no HC 90.172-SP.<sup>212</sup>

Como leciona Humberto Henderson, o princípio *pro persona* também deverá ser observado em alguns casos de sucessão de normas<sup>213</sup>. De acordo com o tradicional critério da temporalidade (previsto no artigo 2º, § 1º, da LINDB), uma norma posterior tem vocação para cessar a aplicação ou derrogar uma norma anterior de igual ou inferior hierarquia, de maneira tácita ou expressa. No entanto, com a aplicação do *pro persona*, há exceções à aplicação dessa regra. Henderson enfatiza que muitos tratados de direitos humanos dispõem expressamente que, mesmo que sejam posteriores no momento em que forem ratificados, não derrogam outras disposições nacionais ou internacionais anteriores que garantam maior proteção ao indivíduo, assim consagrando o princípio *pro persona* e rejeitando o critério da temporalidade.

Nesse caso, a norma posterior internacional não derroga ou cessa a aplicação de outra anterior, independente de sua hierarquia, caso a norma anterior consagre proteção mais favorável à pessoa. Isso se dá pela natureza de garantia mínima estabelecida do DIDH, e deve ser seguido mesmo quando o *pro persona* não estiver expressamente previsto na fonte normativa internacional. Cabe lembrar que, como foi exposto no tópico 1.1, a cláusula *pro persona* foi inserida em tratados como a CADH e a CEDH justamente por uma preocupação em não reduzir direitos e garantias protegidos em um instrumento internacional adotado anteriormente a elas, sendo esse a DUDH. Assim, nota-se a relevância da prevalência do *pro persona* sobre a temporalidade.

A primazia da norma mais favorável à pessoa humana também poderá prevalecer sobre a aplicação do critério da especialidade, pelo qual uma lei mais geral é desconsiderada, em detrimento de lei mais especial, ou seja, mais pormenorizada. Esse critério tem vários usos no ordenamento jurídico, como, por exemplo, definir a capitulação jurídica de uma conduta criminosa.

No entanto, não deve ser aplicado para um caso de concorrência de normas de direitos humanos. Afinal, como vimos anteriormente, a primazia da norma mais favorável é critério hermenêutico que foi adotado justamente pela natureza específica do DIDH, e por observância de seu fim maior, que é garantir a melhor proteção ao indivíduo. Não se deve buscar a norma mais específica para aplicação a um caso, mas a que seja mais favorável à pessoa humana.

Dessa maneira, a primazia da norma mais favorável ao indivíduo deve prevalecer sobre os critérios tradicionais de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade)

---

<sup>212</sup> GOMES, L. F., *Estado constitucional de direito e nova pirâmide jurídica*, São Paulo: Premier, 2008.

<sup>213</sup> HENDERSON, Humberto, *Los tratados internacionales de...*, op. cit., p. 61



utilizados frequentemente no direito interno. Ainda, o referido princípio será adotado em detrimento de outros critérios interpretativos tradicionais advindos da esfera internacional.

Na OC n° 5/1985, que será explorada *infra*, a Corte IDH entendeu que, em um conflito entre a CADH e outro tratado, prevalece a norma mais favorável à pessoa humana. Também se entendeu que não é possível basear-se em outros instrumentos internacionais para interpretar a CADH de forma mais restritiva quanto aos direitos protegidos.

O juiz da Corte IDH Rodolfo Piza Escalante, em artigo acadêmico anterior a essa OC, já havia tratado do conflito entre normas de instrumentos internacionais de direitos humanos. O jurista entendeu que nesses casos não se pode aplicar a regra de subordinação do tratado regional ao tratado universal. Também não se aplica a regra de precedência do tratado mais recente sobre o anterior prevista no artigo 30 da CVDT. Lembramos que, como demonstrado *supra*, um dos motivos para a gênese da primazia da norma mais favorável foi para disciplinar conflitos entre a DUDH e tratados regionais posteriores, como a CADH e a CEDH. Logo, esses argumentos não fazem sentido. Em seu texto, Rodolfo Piza Escalante ressalta o caráter específico do DIDH:

*In my judgment, the problem must be examined by analyzing the very nature of the subject matter of the regulation: Human rights are a kind of minimum international standard, with a strength similar to that attributed to labor law in domestic law. Consequently, the norms in conflict must always be interpreted concurrently and, if the conflict is insurmountable, **the prevailing norm must be the one favorable to the human being entitled to that right.** In the case of the Pact of San José, this solution is supported by article 29, which contains a series of interpretative standards, in regard to which I dare to express my admiration without any reservations<sup>214</sup>. (grifos acrescentados)*

Note-se que a aplicação do *pro persona* não implica que os órgãos jurisdicionais nacionais deixem de cumprir com suas atribuições e faculdades de buscar a justiça por meio de diversos princípios constitucionais e legais que guiam sua atuação jurisdicional, como a legalidade, a igualdade, a segurança jurídica, o devido processo, o acesso à justiça, a coisa julgada. Ademais, não pode haver transgressão ou vulneração autônoma do *pro persona*. Sua vulneração ocorre conjuntamente com a violação de um direito protegido, num contexto de coexistência de fontes normativas ou de múltiplas interpretações da mesma fonte<sup>215</sup>.

<sup>214</sup> PIZA ESCALANTE, Rodolfo. Coordination of the Mechanisms for the Protection of Human Rights in the American Convention with those Established by the United Nations. *American University Law Review*, no. 30, 1980. Pág 184

<sup>215</sup> Estándares sobre principios generales. In: POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; OCHOA, José Luis Caballero; STEINER, Christian (coordinadores) *Derechos humanos en la Constitución* : comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana /. México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, 2013.

## 2.4 Aplicação do princípio *pro persona* diante de direitos em colisão

Ramos afirma que o critério *pro persona* nada resolve, pois não trata de situações onde há direitos em colisão. O jurista questiona:

Como adotar a interpretação *pro homine* em causas envolvendo direitos em colisão? Qual indivíduo deve ser privilegiado e qual indivíduo deve ter seu direito comprimido? [...] Novamente, o critério da primazia da norma mais favorável nada esclarece, devendo o intérprete buscar apoio nos métodos de solução de conflitos de direito.<sup>216</sup>

É certo que a primazia da norma mais favorável não resolve tudo sozinha. Vimos que, desde sua gênese, não se pretendeu que ela o fizesse. Como ressalta Nestor Sagüés, a aplicação do *pro persona* não é absoluta, e não resolve todo e qualquer conflito que envolva direitos humanos<sup>217</sup>. Geralmente, tal princípio se dirige contra o Estado, em favor dos particulares. Assim, os direitos da pessoa devem ser compatibilizados com os requerimentos do bem comum. Sagüés, portanto, ressalta que o *pro persona* não exime o jurista de realizar uma interpretação que busque a harmonização, ou um balanço de valores, com o objetivo de compatibilizar e facilitar a convivência de diferentes direitos.

Um meio comumente utilizado pela doutrina brasileira para tratar da colisão de direitos é a técnica da ponderação, que é um “mecanismo de convivência de normas que tutelam valores ou bens jurídicos contrapostos”<sup>218</sup>, como descreve o Ministro Barroso. Ana Paula de Barcellos assim descreve o processo da ponderação:

Simplificadamente, é possível descrever a estrutura da ponderação como um processo em três etapas. Em uma primeira fase, se identificam os comandos normativos ou as normas relevantes em conflito. É bem de ver que algumas vezes o conflito se estabelece mais claramente não entre disposições constantes do ordenamento jurídico, mas entre interesses que se opõem, quando então será preciso verificar se esses interesses podem ser reconduzidos a normas jurídicas. No caso de normas infraconstitucionais sua constitucionalidade esteja em disputa por força da incidência de normas constitucionais diversas, que aparentemente indicam conclusões contraditórias, o processo se desenvolve de forma semelhante: todos os elementos devem ser identificados – os que postulam a constitucionalidade da norma e os que sugerem sua inconstitucionalidade – para que se possa passar à segunda fase. Ainda nesta primeira fase, as diversas indicações normativas devem ser agrupadas em função da solução que estejam sugerindo. Ou seja: informações que indicam a mesma solução devem formar um conjunto de argumentos. O propósito desse agrupamento é facilitar o trabalho posterior de comparação entre os elementos normativos em jogo.<sup>219</sup>

<sup>216</sup> RAMOS, op. cit., p. 108-109.

<sup>217</sup> SAGÜÉS, op. cit., p. 7.

<sup>218</sup> BARROSO, Luís Roberto, op. cit., p. 33

<sup>219</sup> BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 57

Nota-se que o procedimento da ponderação se distingue do princípio *pro persona*, que é um critério hermenêutico de características diferentes, e se aplica a situações diferentes. O *pro persona* se aplica quando diferentes normas prescrevem diferentes graus de proteção *para um mesmo direito*, enquanto a ponderação resolverá uma colisão de princípios constitucionais. Portanto, o *pro persona* não foi desenhado para solucionar uma situação na qual os interesses de diferentes titulares de diferentes direitos estão em jogo, mas para tratar da coexistência de norma que garantam um mesmo direito, de um único titular, mas preveem diferentes graus de proteção.

Barroso aponta a emergência dos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, ressaltando que este tem sido usado em decisões que quebram o legalismo estrito, no Direito brasileiro. O jurista o define da seguinte forma, e ressalta que existe certa dificuldade de definição do seu conteúdo por meio de um exemplo:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e educação fundamental. [...]

No Supremo Tribunal Federal, a preservação da dignidade da pessoa humana foi um dos fundamentos invocados para liberar réu em ação de investigação de paternidade da condução forçada para submeter-se a exame de DNA. A demonstrar dificuldade na definição do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, além dos votos vencidos proferidos neste caso, parte da doutrina sustentou que, ao contrário da tese central do acórdão, a preservação da dignidade da pessoa humana estava em assegurar o direito do autor da ação de ter confirmada a sua filiação, como elemento integrante da sua identidade pessoal.<sup>220</sup>

Alguns autores, como Lênio Streck, criticam a ponderação, sob o argumento de que ela causa a proliferação descontrolada de princípios<sup>221</sup>. Barroso defende que:

A vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias. É preciso demarcar *o que* pode ser ponderado e *como* deve sê-lo. A teoria dos princípios não importa no abandono das regras ou do direito legislado. Para que possa satisfazer adequadamente a demanda por segurança e por justiça, o ordenamento jurídico devesse ter suas normas distribuídas, de forma equilibrada, entre princípios e regras.<sup>222</sup>

<sup>220</sup> P. 38-41

<sup>221</sup> STRECK, Lenio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas em Terra Brasilis. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 10. n. 10. Jul/Dez, 2011.

<sup>222</sup> P. 33

Ileide Sousa entende que há um papel positivo dos princípios para a solução de conflito de antinomias, e defende que o princípio *pro persona* pode ser incorporado à técnica da ponderação, consubstanciando-se na dignidade da pessoa humana:

Os Princípios, todavia, não são um mal a ser combatido. Os tais nada mais representam que um limite à discricionariedade – e não um instrumento de justificação para toda e qualquer decisão judicial. Não é negando a normatividade dos Princípios que será tolhido o desvio voluntarista, muito pelo contrário, a normatividade destes é que garante um tipo de restrição a qualquer arbítrio abusivo.

Por este motivo, defender a solução do conflito entre Tratados Internacionais de Direitos Humanos e a Constituição Nacional por meio do uso do Princípio *Pro Homine*, decorrência direta do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não é, de maneira nenhuma, dar azo a qualquer voluntarismo solipsista judicial, mas sim, integrar ao contexto da análise fática e jurídica por meio da Adequação e Necessidade e da Proporcionalidade *Stricto Sensu*, um viés fundamentador pela norma que melhor assegure os direitos do ser humano.<sup>223</sup>

Nesse trabalho, não se pretende explorar a possibilidade de inclusão do *pro persona* na técnica da ponderação, dado que se trata de tese nova, complexa e que demandaria um estudo muito amplo, que ultrapassaria o escopo dessa dissertação. Esse trabalho também não faz uma defesa ou uma crítica de tal técnica, pois se entende que é uma questão que vai muito além do objeto de estudo em questão.

Ressalta-se que não é necessário extrair da dignidade da pessoa humana o princípio *pro persona*, pois este já é um princípio geral de DIDH, previsto em tratados, e defendido pela doutrina. Assim, é prescindível a invocação da dignidade da pessoa humana para que se aplique o princípio *pro persona*. Observa-se que a ponderação se aplica a normas constitucionais, e para que ela fosse aplicada a tratados de direitos humanos, seria necessário que esses fossem considerados como de status hierárquico constitucional, e esse entendimento não é adotado pela maioria dos constitucionalistas brasileiros.

Conclui-se que a primazia da norma mais favorável não exclui outros critérios de solução de conflitos de normas quando houver direitos em colisão. Isso não significa dizer que o referido princípio é irrelevante. Demonstramos anteriormente o seu impacto positivo no DIDH, no modo de interpretação dos tratados de direitos humanos, e na coordenação e compatibilização entre eles e seus respectivos mecanismos de supervisão de seu cumprimento.

Até aqui, buscou-se conceituar o *pro persona*, e destacar sua aplicação para situações em que múltiplas normas ofereçam diferentes graus de proteção para um mesmo direito, além de demonstrar seu impacto na interação entre as ordens interna e internacional. Para entender

---

<sup>223</sup> SOUSA, Ileide, op. cit.

melhor o princípio, é necessário prosseguir o estudo por meio da análise de sua aplicação na esfera internacional.

### 3. CASOS DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como foi visto anteriormente, a primazia da norma mais favorável está positivada na CADH, em seu artigo 29.b. Ainda, é um princípio que vem sendo referenciado desde o início das atividades da Corte IDH, na década de 1980, como se nota no caso Viviana Gallardo e nas OCs n° 5 e 7.

Nesse capítulo, será analisada a jurisprudência da Corte IDH, por meio de sentenças e opiniões consultivas, a fim de entender de que maneira se aplica o artigo 29.b, e qual é seu conteúdo de acordo com o entendimento da Corte IDH. Para isso, serão analisados casos que mencionem o artigo 29.b, a primazia da norma mais favorável à pessoa, ou o princípio *pro persona* (ou *pro homine*).

Primeiro, são analisadas as opiniões consultivas, pela ordem cronológica. Após, as sentenças, separando os casos relevantes pelo artigo aplicado e/ou pela temática do caso, dado que o *pro persona* não é aplicado por si só, mas sempre em conjunto com alguma violação de direitos humanos protegidos pela CADH, e em razão da multiplicidade de casos relevantes. No próximo capítulo, será feita uma análise crítica do entendimento da Corte IDH, que será fundamentado por um estudo teórico que buscará definir o significado e a forma mais adequada de aplicação do *pro persona* por tribunais internacionais.

#### 3.1. Opiniões Consultivas

No caso Viviana Gallardo (Série A, n° 101, 1981), a Costa Rica submete diretamente à Corte IDH, com base no artigo 62.3, da CADH, solicitação para que a Corte se pronuncie se os fatos relativos à morte de Viviana Gallardo e às lesões sofridas por outras cidadãs costarriquenhas constituem violação dos artigos 4 e 5, da CADH. Não houve petição encaminhada à CIDH que tratasse desse caso. O Estado afirmou que renuncia formalmente aos requisitos do esgotamento das vias internas e de submissão prévia do caso ao procedimento da CIDH, e que a Corte IDH pode conhecer de imediato o caso. Ao analisar o caso, a Corte entendeu que:

*La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola*

*en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema.*<sup>224</sup> (grifos acrescentados)

Então, analisa-se se o Estado pode renunciar dos requisitos citados. A Corte entende que não cabe apenas ao Estado renunciar ao procedimento da CIDH, pois este também é de interesse às vítimas. Então, a Corte não pode conhecer do caso, por falta dos requisitos processuais requeridos para que possa ser iniciado seu conhecimento. Não se trata de OC propriamente dita, mas a solicitação costarriquenha é listada no buscador da Corte IDH na mesma seção das OCs.

Apesar de não aplicar o princípio ao caso, a decisão é relevante para o princípio *pro persona*, já que se admite que a interpretação adotada seja orientada pelo sentido mais favorável ao destinatário da proteção internacional. Ademais, a Corte impõe nesse julgado um limite à aplicação do *pro persona*, que é a coerência do sistema, ao entender que a norma mais favorável sempre será aplicada, com exceção de quando isto implicar uma alteração do sistema.

Na Opinião Consultiva nº 5/1985, cujo objeto era a obrigatoriedade de diploma para o exercício da profissão de jornalista, a Corte IDH utiliza o *pro persona* para resolver o mérito da questão pela primeira vez em sua história. A consulta foi solicitada pela Costa Rica, que defendia uma interpretação restritiva da CADH com base em outros diplomas internacionais, consubstanciando-se no argumento de que tratados regionais devem ser interpretados à luz de doutrina e tratados universais. A Corte IDH, em seu plenário, não aceitou o argumento costarriquenho, e entendeu pela aplicação da norma mais favorável à pessoa humana, com base no o artigo 29.b da CADH. Pode se dizer que esse é um exemplo da materialização da preferência de fontes em um caso de coexistência de normas de diferentes fontes internacionais. Assim, a Corte afirmou que:

*En verdad, frecuentemente es útil, como acaba de hacerlo la Corte, comparar la Convención Americana con lo dispuesto en otros instrumentos internacionales como medio para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho, pero tal método no podría emplearse nunca para incorporar a la Convención criterios restrictivos que no se desprendan directamente de su texto, por más que estén presentes en cualquier otro tratado internacional. La anterior conclusión se deduce claramente del artículo 29 de la Convención [...]. **En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana.** Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta reconoce.*<sup>225</sup> (grifos acrescentados)

<sup>224</sup> Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Serie A N° 101/81. Parágrafo 16

<sup>225</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva nº 5. Serie A, nº 5, 1985. Parágrafos 51-52

Como vimos anteriormente, na OC n° 7/1986<sup>226</sup>, não há aplicação do *pro persona* pelo tribunal pleno, mas o juiz Piza Escalante faz referência ao princípio em sua opinião separada. Nessa OC, solicitada pela Costa Rica, o Estado faz três questionamentos diferentes. O primeiro deles indaga se o direito de retificação ou resposta, consagrado pelo artigo 14 da CADH, deve ser considerado já garantido em seu livre e pleno exercício a todas as pessoas sujeitas à jurisdição costa-riquenha, segundo se interpreta a partir das obrigações do artigo 1° da CADH.

A Corte divide a pergunta em duas partes: A primeira, sobre a interpretação do artigo 14.1 em relação ao artigo 1.1, e a segunda sobre a aplicação do artigo 14.1 no âmbito jurídico interno da Costa Rica. A Corte entende que só deve se manifestar sobre a primeira parte, e a segunda parte está fora do âmbito de sua competência consultiva, pois não está autorizada a responder perguntas que versem exclusivamente sobre a aplicação ou interpretação de leis internas de um Estado membro, dado que estaria fora do alcance do artigo 64.1.

No questionamento 2, A Costa Rica adiciona à sua primeira pergunta: o Estado costarriquenho tem o dever de adotar, com respeito aos seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas ou de outro caráter, que forem necessárias para tornar efetivo o direito a retificação ou resposta previsto no art. 14, com base no artigo 2 da CADH? A Corte entende que a pergunta é admissível, já que se trata de interpretar a CADH, e que obrigações, se existentes, são impostas pelo art. 2 a fim de tornar efetivo o art. 14. Por fim, admite-se a terceira pergunta da Costa Rica sobre o significado da expressão ‘lei’, como está no art. 14.1.

Piza Escalante refere-se ao *pro homine* em seu voto separado, no qual faz considerações complementares ao entendimento acolhido em plenário, no que se refere aos questionamentos 1 e 2 formulados pelo Estado que solicitou a consulta, e emite sua dissidência em relação ao questionamento n° 3. O juiz acompanha o entendimento unânime de que o artigo 14 é internacionalmente exigível, e que os Estados partes têm a obrigação de respeitar e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, e o Estado tem a obrigação de adotar os procedimentos necessários para garantir a efetividade desse direito na ordem interna.

Piza Escalante aclara, em seu voto, que o direito previsto no artigo 14 é exigível por si só, e não depende de que seja regulado pela legislação interna para que seja exercido e protegido na ordem interna. Nesse aspecto, o juiz entende que a regra é a exigibilidade imediata e incondicional, e o condicionamento é a exceção, com base no princípio *pro homine*, que obriga a interpretar extensivamente as normas que consagram ou ampliam os direitos humanos, e de forma restritiva as que os limitam<sup>227</sup>.

---

<sup>226</sup> Corte IDH. Opinião Consultiva n° 7. Serie A, n° 7, 1986.

<sup>227</sup> Ibid., Opinião separada do juiz Rodolfo Piza Escalante, §§34-36



Na OC n° 13/93, a Corte opina sobre as atribuições da CIDH, à luz da CADH, quanto os relatórios que fazem parte de seu procedimento e o envio de casos para a Corte IDH. Fala-se da adoção de “alternativa mais favorável aos direitos estabelecidos na Convenção”, mas não se trata de aplicação do princípio *pro persona*, dado que não é possível constatar a aplicação da preferência de fontes ou interpretativa, como se nota pelo trecho a seguir:

*[L]a Comisión está facultada, dentro de dicho período, para decidir si somete el caso a la Corte por medio de la demanda respectiva o bien si continúa con el conocimiento del asunto. Esta decisión no es discrecional, sino que debe apoyarse en la alternativa que sea más favorable para la tutela de los derechos establecidos en la Convención. [...] [L]a Comisión decidirá si lo publica o no [el informe definitivo], decisión ésta que también debe apoyarse en la alternativa más favorable para la tutela de los derechos humanos.<sup>228</sup>*

Na OC n° 18/2003, discute-se a condição jurídica e os direitos dos migrantes indocumentados. A Corte ressalta que os Estados devem respeitar os direitos trabalhistas reconhecidos ao trabalhador nas esferas interna e internacional, ou seja, serão respeitados tanto os direitos reconhecidos a nível nacional, na Constituição, nas leis internas e mesmo em convenções coletivas; como a nível internacional, nos tratados de que os Estados são signatários. Diante da multiplicidade de instrumentos nacionais e internacionais que regulam o direito do trabalho, a Corte destaca a necessidade de aplicação da lei mais favorável à pessoa, que, nesse caso, é o trabalhador:

*Este Tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente.<sup>229</sup> (grifos acrescentados)*

Nessa OC, observou-se que muitos direitos dos trabalhadores migrantes são frequentemente violados, como o de não serem vítimas de trabalhos forçados, a proibição do trabalho infantil, as atenções especiais quanto às mulheres trabalhadoras, o direito de associação sindical, entre outros. A Corte entendeu que os trabalhadores migrantes indocumentados

<sup>228</sup> Corte IDH. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13. §50 e §54

<sup>229</sup> Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. §156

possuem os mesmos direitos que aos demais trabalhadores do Estado de emprego, dada sua vulnerabilidade e a existência de exploração de seu trabalho.

Na OC n° 19/2005, sobre o controle de legalidade no exercício das atribuições da CIDH, a Corte entende que a CIDH tem autonomia plena e independência no exercício de seu mandato, e que o controle de legalidade de sua atuação é feito pela Corte IDH no que se refere a assuntos dentro de sua competência. A própria Comissão ressalta que algumas garantias devem ser observadas durante o procedimento de petição diante da CIDH, e algumas dessas garantias, como “o princípio de boa-fé e a interpretação *pro homine* guiam toda a atuação da CIDH”<sup>230</sup>.

Nota-se que a menção ao *pro persona* pode ser entendida como um *obiter dictum* nas OCs n° 18 e n° 19, dado que não existe relação direta com a fundamentação que consagra a opinião expressa em resposta à consulta solicitada em cada caso.

Na OC n° 21/2014, fala-se do direito das crianças no contexto da migração e da necessidade de proteção internacional. A Corte afirma que o princípio da não devolução (ou *non-refoulement*) de pessoa a Estado, seja de origem ou terceiro, no qual ela possa estar em perigo, é norma consuetudinária de DI, vinculante a todos os Estados, sejam ou não partes da Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 ou do Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados de 1967. Faz-se menção ao *pro persona*:

*Es en este sentido que la Convención Americana prevé expresamente determinadas pautas de interpretación en su artículo 29 62 , entre las que alberga el principio pro persona, que implican que ninguna disposición de dicho tratado puede ser interpretada en el sentido de limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Parte o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados, o bien de excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.*<sup>231</sup>

Ao questionar-se se o artigo 22.8 da CADH positiva o princípio da não devolução, a Corte entende que a resposta é positiva, e que o artigo 22.8 estende a garantia de tal princípio a estrangeiros que não são solicitantes de asilo ou refugiados. Ainda, a Corte traça o âmbito de aplicação do princípio, além de obrigações correlatas específicas, levando em conta a situação especial das crianças, e os direitos previstos na Convenção sobre Direitos das Crianças:

*234. En efecto, el principio de no devolución es consustancial a estas diferentes ramas del derecho internacional en que se ha desarrollado y codificado el mismo. No obstante, en cada una de estos contextos, el contenido del principio de no devolución reconoce un ámbito de aplicación personal y material particular y obligaciones*

<sup>230</sup> Corte IDH. Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19.

<sup>231</sup> Corte IDH. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21. §54

*correlativas específicas, las que deben entenderse como de naturaleza complementaria, en los términos del artículo 29 de la Convención Americana y el principio pro persona. Ello implica, en definitiva, efectuar la interpretación más favorable para el efectivo goce y ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, aplicando aquella norma que otorgue mayor protección al ser humano.*

*242. En conclusión, una interpretación de las disposiciones relativas al principio de no devolución, en virtud de la protección especial derivada de los artículos 19 de la Convención y VII de la Declaración y considerando el régimen establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño, lleva a esta Corte a afirmar la vigencia del muy consolidado principio de no devolución en el caso de niñas y niños, de modo tal que cualquier decisión sobre su devolución al país de origen o a un tercer país seguro sólo podrá basarse en los requerimientos de su interés superior, teniendo en cuenta que el riesgo de vulneración de sus derechos puede adquirir manifestaciones particulares y específicas en razón de la edad.<sup>232</sup>*

Na OC n° 22/2016, fala-se da titularidade de direitos de pessoas jurídicas no SIDH. Entendeu-se que as pessoas jurídicas não são titulares dos direitos protegidos pela CADH. Contudo, há algumas exceções. Entendeu-se que as comunidades indígenas são titulares dos direitos protegidos pela CADH.

Também foi destacado que o artigo 8.1.a do Protocolo de San Salvador<sup>233</sup> outorga titularidade de direitos dos sindicatos, das federações e das confederações, o que as permite postular ante ao SIDH em defesa de seus próprios direitos. Ainda, afirma-se que a própria Carta da OEA reconhece a personalidade jurídica dos sindicatos, no seu artigo 45, incisos c e g<sup>234</sup>, e deve ser feita uma interpretação sistemática, pela qual as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujos significado e alcance devem ser fixados em função do sistema jurídico a que pertencem. Assim, a Corte fundamenta:

*94. Adicionalmente, como se mencionó de manera previa (supra párr. 44), en el marco de la interpretación sistemática de una norma están comprendidos no solo el texto del tratado al que pertenece sino también el sistema dentro del cual se inscribe. En consecuencia, la Corte nota que el artículo 45.c de la Carta de la OEA contiene el reconocimiento de la personalidad jurídica de las asociaciones de trabajadores y las de empleadores y consagra la protección de su libertad e independencia. [...]*

*95. Por otra parte, la Corte reitera que el Protocolo de San Salvador es parte de la Convención Americana y el principio pro persona se encuentra contenido en la misma.*

<sup>232</sup> Ibid., § 234 e §242

<sup>233</sup> Protocolo de San Salvador, artigo 8.1.a: Os Estados Partes garantirão: O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente.

<sup>234</sup> Carta da OEA. Artigo 45. Os Estados membros, convencidos de que o Homem somente pode alcançar a plena realização de suas aspirações dentro de uma ordem social justa, acompanhada de desenvolvimento econômico e de verdadeira paz, convêm em envidar os seus maiores esforços na aplicação dos seguintes princípios e mecanismos: [...] c) Os empregadores e os trabalhadores, tanto rurais como urbanos, têm o direito de se associarem livremente para a defesa e promoção de seus interesses, inclusive o direito de negociação coletiva e o de greve por parte dos trabalhadores, o reconhecimento da personalidade jurídica das associações e a proteção de sua liberdade e independência, tudo de acordo com a respectiva legislação; [...] g) O reconhecimento da importância da contribuição das organizações tais como os sindicatos, as cooperativas e as associações culturais, profissionais, de negócios, vicinais e comunais para a vida da sociedade e para o processo de desenvolvimento;

*En este orden de ideas, el Tribunal recuerda que de acuerdo a dicho principio, al interpretarse el artículo 8.1.a del Protocolo debe optarse por la interpretación que sea más garantista y que, por tanto, no excluya o limite el efecto que pueden tener otros instrumentos como la Carta de la OEA. De acuerdo a lo sostenido previamente, el artículo 45.c de este instrumento reconoce derechos a las asociaciones de empleadores y a las de trabajadores. Asimismo, el artículo 10 de la Carta Democrática propende, a través de su remisión a la Declaración de la OIT, por el respeto de la libertad sindical, la cual abarca no solamente el derecho de los trabajadores a asociarse sino asimismo el derecho de las asociaciones por ellos constituidas de funcionar libremente. [...] [L]a Corte considera que la interpretación más favorable del artículo 8.1.a conlleva entender que allí se consagran derechos a favor de los sindicatos, las federaciones y las confederaciones, dado que son interlocutores de sus asociados y buscan salvaguardar y velar por sus derechos e intereses. Llegar a una conclusión diferente implicaría excluir el efecto de la Carta de la OEA y, por ende, desfavorecer el goce efectivo de los derechos en ella reconocidos.<sup>235</sup>*

## 3.2 Sentenças em casos contenciosos

### 3.2.1 Competência

Ao afirmar sua própria competência para interpretar e aplicar a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura, e para reconhecer responsabilidade internacional do Estado em caso de violação, a Corte entende que se aplica o princípio da preferência da norma que mais favoreça a pessoa humana:

*33. Si bien el artículo 8 de la Convención contra la Tortura no menciona explícitamente a la Corte Interamericana, este Tribunal se ha referido a su propia competencia para interpretar y aplicar dicha Convención, en base a un medio de interpretación complementario, como son los trabajos preparatorios, ante la posible ambigüedad de la disposición. De este modo, en su Sentencia en el Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, el Tribunal se refirió a la razón histórica de dicho artículo, esto es, que al momento de redactar la Convención contra la Tortura todavía existían algunos países miembros de la Organización de los Estados Americanos que no eran Partes en la Convención Americana, e indicó que —[c]on una cláusula general [de competencia, que no hiciera referencia expresa y exclusiva a la Corte Interamericana,] se abrió la posibilidad de que ratifiquen o se adhieran a la Convención contra la Tortura el mayor número de Estados. Lo que se consideró importante[, en aquel entonces,] fue atribuir la competencia para aplicar la Convención contra la Tortura a un órgano internacional, ya se trate de una comisión, un comité o un tribunal existente o de uno que se cree en el futuro[.]*

*34. Sobre este punto, es necesario recalcar que el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad, principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención, sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y*

<sup>235</sup> Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22. §§94, 95 e 97

*de la garantía de protección que establece, con consecuencias negativas para la presunta víctima en el ejercicio de su derecho de acceso a la justicia.*<sup>236</sup> (grifos acrescentados)

A mesma construção é utilizada para afirmar a competência da Corte IDH para aplicar e interpretar a Convenção de Belém do Pará. Assim se entende no caso *Veliz Franco e outros vs. Guatemala* (2014):

*Además, se hace notar que el artículo 7 de la Convención de Belém do Pará se refiere a medidas para “prevenir, sancionar y erradicar” la violencia contra la mujer y, en ese sentido, presenta una estrecha vinculación con los derechos a la vida y a la integridad personal, plasmados en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana. Por ello, coadyuva a lo afirmado sobre la competencia de la Corte, lo referido antes por el Tribunal en relación al principio pro persona: el sistema de protección internacional debe ser entendido como una integralidad [conforme al] principio recogido en el artículo 29 de la Convención Americana, el cual impone un marco de protección que siempre da preferencia a la interpretación o a la norma que más favorezca los derechos de la persona humana, objetivo angular de protección de todo el Sistema Interamericano. En este sentido, la adopción de una interpretación restrictiva en cuanto al alcance de la competencia de este Tribunal no sólo iría contra el objeto y fin de la Convención [Americana], sino que además afectaría el efecto útil del tratado mismo y de la garantía de protección que establece.*<sup>237</sup>

Nesse caso, a Corte chega a se referir que, em casos anteriores levados diante dela, o Estado demandado reconheceu sua responsabilidade internacional por violação da Convenção de Belém do Pará<sup>238</sup>. Entendemos que isso pode se relacionar com a interpretação evolutiva, ou mesmo um costume internacional, mas não com o princípio *pro persona*.

No caso *Comunidade Campesina de Santa Bárbara vs. Peru* (2015), ao tratar do direito a conhecer a verdade, no que se refere a pessoas vítimas de desaparecimento forçado, cita-se o artigo 29.b e a Convenção Interacional para Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (CIPDF), para consolidar a responsabilidade do Estado em garantir o direito a conhecer a verdade:

*Cabe señalar, además, que el Perú ratificó, el 26 de septiembre de 2012, la mencionada Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, que reconoce expresamente el derecho a conocer la verdad. Al respecto, la Corte Interamericana recuerda que, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención Americana, ninguna disposición de dicho tratado debe ser interpretada en el sentido de “limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos*

<sup>236</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218. §107

<sup>237</sup> Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277. §37

<sup>238</sup> Na nota de rodapé da referida sentença do caso *Veliz Franco* (Ibid.), a Corte afirma: “*Inclusive en relación con Guatemala, en los citados casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez (Diario Militar), el Estado no cuestionó la competencia del Tribunal respecto al artículo 7 de la Convención de Belém do Pará. Como surge de los párrafos 17 de ambas Sentencias, que en esos casos Guatemala reconoció su responsabilidad por la violación a tal disposición de ese tratado.*”

*Estados”. Por otra parte, el mencionado artículo 29 de la Convención establece en su inciso c), que ninguna disposición del tratado debe ser interpretada en sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno”.*<sup>239</sup>

No referido caso, a Corte entendeu que tem competência material para aplicar a CIPDF, e chega a reconhecer a responsabilidade internacional do Estado por violações deste tratado. Mesmo assim, a Corte usa o artigo 29.b para interpretar a CADH à luz de outro tratado.

### 3.2.2 Questões procedimentais e garantias processuais

No caso *Gangaram-Panday vs. Suriname* (1991), a Corte entende que, caso o Estado não tenha alegado que não foram exauridos os recursos internos durante o procedimento de admissibilidade perante a CIDH, não se pode utilizar esse argumento posteriormente. Cançado Trindade, em voto concorrente, entende que há uma renúncia do Estado, expressa ou tácita, da possibilidade de utilizar tal argumento, e essa renúncia não pode ser retirada. Do contrário, entende-se que deve haver aplicação da prevalência da norma mais favorável às vítimas, de modo a garantir a maior proteção das vítimas diante dessa questão processual. Cançado Trindade leciona, em um voto que aplica a preferência interpretativa:

*It follows that if such a waiver had taken place, as in the present case, in the course of proceedings before the Commission, it could hardly be conceived that the respondent Government would be entitled to withdraw the waiver at will, in subsequent proceedings before the Court. Such an unwarranted and “extended” opportunity claimed by the respondent Government -in fact, a double opportunity- to avail itself of an objection which exists primarily in its favour seems to militate against the foundations of the system of international protection of human rights; there seems to be here room, on the contrary, for at a time tipping the balance equitably in favour of the alleged victims and strengthening the proper administration of justice and the Convention’s mechanism of protection<sup>240</sup>. (grifos acrescentados)*

Ressalta-se que a violação de uma norma procedimental não ocorre por si só. Deve haver a vinculação à violação de direito material garantido pelo tratado. Afinal, regras procedimentais não tem um caráter independente, dado que elas indicam diretrizes e princípios interpretativos para a construção de direitos humanos<sup>241</sup>.

<sup>239</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299. §§265-266

<sup>240</sup> Corte IDH. Caso *Gangaram-Panday vs. Suriname*. Série C, no. 12. Sentença de 4 de dezembro de 1991 (Objecções Preliminares). Voto Concorrente de A. A. Cançado Trindade, §3.

<sup>241</sup> RACHOVITSA, supra nota 18, p. 98

O princípio *pro persona* é citado brevemente no caso do massacre de Pueblo Bello vs. Colômbia (2006)<sup>242</sup>, no qual o Estado inicialmente apresenta exceção preliminar, mas depois a retira, afirmando que os peticionários (representantes das vítimas) não podem apresentar, durante o processo, pretensões sobre a reparação desejada pelas vítimas. A Corte entende que os peticionários podem fazê-lo, e conclui:

*que las valoraciones y determinaciones que se hagan respecto del fondo y las eventuales reparaciones serán independientes de la organización, institución o personas que hayan ejercido las representaciones específicas, en cumplimiento de sus funciones propias como tribunal internacional de derechos humanos y en aplicación del principio pro persona.*

O mesmo argumento é usado no caso Aguado Alfaro e outros vs. Peru (2006)<sup>243</sup>. No entanto, não é dada definição do princípio *pro persona* nessas decisões.

No caso Loayza Tamayo vs. Peru (1997), o Estado questiona que a sra. Loayza Tamayo, que é parte interessada, tenha atuado como testemunha no processo. Também afirma que os depoimentos de pessoas sentenciadas a penas privativas de liberdade por crime de terrorismo ou traição à pátria correspondem a seus interesses no resultado do processo. O artigo 29.b é usado para alegar que não se pode restringir o direito das supostas vítimas, e que os depoimentos das demais pessoas podem ser considerados pela Corte, mesmo que elas tenham sido acusadas de crimes na ordem interna:

*Al valorar estas pruebas la Corte toma nota de lo señalado por el Estado en cuanto al terrorismo, el que conduce a una escalada de violencia en detrimento de los derechos humanos. La Corte advierte, sin embargo, que no se pueden invocar circunstancias excepcionales en menoscabo de los derechos humanos. Ninguna disposición de la Convención Americana ha de interpretarse en el sentido de permitir, sea a los Estados Partes, sea a cualquier grupo o persona, suprimir el goce o ejercicio de los derechos consagrados, o limitarlos, en mayor medida que la prevista en ella (artículo 29.2). Dicho precepto tiene raíces en la propia Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículo 30).<sup>244</sup>*

No caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras (1989)<sup>245</sup>, a Corte IDH impôs uma obrigação ao Estado hondurenho de pagar uma indenização para os familiares da vítima, a qual teria o valor decidido por um acordo entre a CIDH e Honduras. Caso não fosse alcançado um acordo em seis meses, a própria Corte IDH decidiria esta questão (§2). Um acordo não foi submetido dentro do prazo previsto e a Corte decidiu o caso (§4). Observa-se que a Corte IDH

<sup>242</sup> Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140. §59

<sup>243</sup> Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158. §77

<sup>244</sup> Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Supra nota 38. §44

<sup>245</sup> Caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras. Sentença de 21 de julho de 1989 (Reparação e custos). Série C, no. 7.

não utiliza essa dinâmica nos dias de hoje – atualmente, a própria Corte estipula o valor da indenização.

O próprio Estado argumentou que a melhor maneira de cumprir essa obrigação era concedendo os benefícios mais favoráveis previstos na legislação interna, que eram os da Lei do Instituto Nacional de Seguridade Social para Professores para casos de morte acidental (§43). Não se faz menção ao artigo 29 da CADH, e a Corte entende que a norma mais favorável apontada pelo Estado não era aplicável ao caso. A Corte ressaltou que a morte da vítima não foi acidental, e entendeu que a quantia deveria ser calculada com base na renda que seria obtida pela vítima até sua morte natural. Então, utilizou como base para cálculo o salário recebido pela vítima e disposição da referida lei que estipula as regras sobre aposentadoria (§46)<sup>246</sup>.

No mesmo caso, a Corte estipulou que três quartos da indenização seriam destinados aos filhos da vítima, e que uma conta seria criada no Banco Central de Honduras de acordo com as condições mais favoráveis permitidas pelo sistema bancário hondurenho, para que os filhos recebessem tal indenização (§58). Em decisão posterior, em 1990, a Corte explicou que “as condições mais favoráveis”, nesse caso, deveriam ser interpretadas como *“the fact that any act or measure by the trustee must ensure that the amount assigned maintains its purchasing power and generates sufficient earnings or dividends to increase it”*<sup>247</sup>. Logo, não há aplicação do princípio *pro persona*, dado que não trata da coexistência de normas protetivas dos direitos humanos. Essa construção é frequentemente utilizada pelas sentenças da Corte IDH<sup>248</sup>.

No âmbito das garantias processuais, protegidas pelos artigos 8 e 25, da CADH, é oportuno analisar o caso *Radilla Pacheco vs. México* (2009), que gira em torno do desaparecimento forçado de Rosendo Radilla Pacheco. A Corte avalia se houve violação do artigo 8º da CADH em prejuízo de Tita Radilla Martínez, filha do sr. Radilla Pacheco. Ela buscava participar como “coadjuvante” (figura parecida com o assistente de acusação no direito brasileiro) em procedimentos referentes à investigação do desaparecimento de seu pai, além de ter acesso aos autos e poder tirar cópias. No entanto, teve seu requerimento negado pelas autoridades mexicanas. A Corte entende que houve violação do direito do artigo 8.1, e fundamenta com base na própria lei mexicana:

---

<sup>246</sup> Decisão semelhante é tomada no caso *Godínez Cruz vs. Honduras*. Sentença de 21 de julho de 1989 (Reparação e custos), Série C, no 8. §44.

<sup>247</sup> Caso *Velásquez-Rodríguez vs. Honduras*. Sentença de 17 de agosto de 1990 (Interpretação da Sentença de Reparação e custos), Série C, no. 9, §31.

<sup>248</sup> Esse entendimento é repetido em vários casos, dentre eles: caso *Aloeboetoe vs. Suriname*, Sentença de 10 de setembro de 1993 (Reparações e custos), Série C, no. 15, §100; caso *El Amparo vs. Venezuela*. Sentença de 14 de setembro de 1996 (Reparação e custos), Série C, no. 28. §46; entre vários outros.



257. En todo caso, el Tribunal destaca que la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental vigente en México, efectivamente, en el artículo 14, fracción III, dispone que se considerará como información reservada “las averiguaciones previas”. Sin embargo, en esa misma disposición, dicha Ley también establece que “[n]o podrá invocarse el carácter de reservado cuando se trate de la investigación de violaciones graves de derechos fundamentales o delitos de lesa humanidad”.

258. Tomando en cuenta lo anterior, y en aplicación del artículo 29 b) de la Convención Americana, la Corte considera que debe entenderse que el derecho de las víctimas en este caso a obtener copias de la averiguación previa conducida por la Procuraduría General de la República no está sujeto a reservas de confidencialidad, en tanto que la misma se refiere a la investigación de delitos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, como lo es la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco. De esta manera, las víctimas en el presente caso deben tener derecho al acceso al expediente y a solicitar y obtener copias del mismo, ya que la información contenida en aquél no está sujeta a reserva.<sup>249</sup>

Sobre o princípio da legalidade, no caso *Flor Freire vs. Equador* (2016), os peticionários alegaram que o Estado havia violado um dispositivo do próprio direito interno que previa uma reserva legal, cujo efeito era de proibir punições administrativas para condutas que não configuram infração penal. A Corte alega que os representantes não apresentaram a devida fundamentação para provar que aquele dispositivo do direito interno tem aquele sentido dentro da ordem jurídica interna, e, apesar do disposto no artigo 29.b, não cabe a ela interpretar o direito interno.

*La Corte recuerda que la jurisdicción internacional tiene carácter coadyuvante y complementario. A este Tribunal no le corresponde pronunciarse sobre los efectos jurídicos de las leyes internas, en el ámbito interno o nacional, ni su interpretación. Esa determinación compete de manera exclusiva a los tribunales nacionales y debe ser resuelta conforme a su propio derecho. En consecuencia, correspondía al representante la carga argumentativa y probatoria para fundamentar que la interpretación correspondiente al artículo 24.1 de la Constitución ecuatoriana de 1998, conforme fue aplicada en el foro jurídico nacional, es aquella que ha alegado ante esta Corte. No obstante, el representante no brindó fundamentación en este sentido.*<sup>250</sup>

Assim, não foi aceito o argumento dos representantes.

De acordo com a jurisprudência reiterada da Corte IDH, quando a justiça militar assume competência de assunto que deve conhecer a justiça ordinária, vê-se afetado o direito ao juiz natural, e, *a fortiori*, o devido processo, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça. Assim, o juiz que conhecerá a causa deve ser competente, independente e imparcial<sup>251</sup>.

<sup>249</sup> Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209. §§257-258

<sup>250</sup> Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315. §149

<sup>251</sup> Entendimento reproduzido nos casos: Caso Lori Berenson, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119, párr. 141; Caso 19 Comerciantes. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109, párr. 167; e Caso Las Palmeras. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90, párr. 52.

No caso 19 comerciantes vs. Colômbia (2004), esse entendimento é aplicado, fazendo-se referência ao artigo 31, da CVDT, e ao princípio *pro persona*.

*173. En el presente caso el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, es decir, debe hacerse una interpretación pro persona. No hay lugar a dudas de que la participación que pudieran haber tenido los militares investigados al “conocer” de las actividades delictivas de grupos al margen de la Ley, [...] presta[ndoles] apoyo y cohonest[ando] los acontecimientos delictivos” (supra párr. 169) de la detención, la desaparición y la muerte de los 19 comerciantes, así como en la sustracción de sus vehículos y mercancías, no tiene una relación directa con un servicio o tarea militar. Esta Corte considera que la anterior atribución de competencia de la jurisdicción penal militar para conocer de los supuestos delitos perpetrados en perjuicio de los 19 comerciantes por miembros del Ejército, quienes ya estaban siendo investigados por la jurisdicción penal ordinaria, no respetó los parámetros de excepcionalidad y el carácter restrictivo que caracteriza a la jurisdicción castrense, ya que dicha jurisdicción no era competente para conocer de tales hechos, todo lo cual contravino el principio del juez natural que forma parte del derecho a un debido proceso y del derecho de acceso a la justicia, consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana.<sup>252</sup> (grifos acrescentados)*

### 3.2.3 Vida, liberdade e nacionalidade

Ao julgar casos referentes à pena de morte<sup>253</sup>, a Corte afirma que a imposição obrigatória da pena de morte é incongruente com o direito à vida, protegido pelo artigo 4 da CADH, e destaca que é vedada a violação arbitrária desse direito. Ocorre que, em países como Barbados, há previsão legal que estabelece natureza obrigatória da punição por pena morte para a prática de alguns crimes<sup>254</sup>. Entende-se que, nesses casos, aplica-se o princípio *pro persona*, e assim o define, Caso Boyce e outros Vs. Barbados (2007):

*Las disposiciones de la Convención respecto de la aplicación de la pena de muerte deben interpretarse (supra párrs. 16 y 17) conforme al principio pro persona, es decir, a favor del individuo, en el sentido de “limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que ést[a] se vaya reduciendo hasta su supresión final”.<sup>255</sup>*

<sup>252</sup> Caso 19 Comerciantes vs. Colômbia, supra nota 251, §173

<sup>253</sup> Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de junio de 2002. Serie C No. 94; Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133; Corte IDH. Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204.; Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297, §126. Neste último trata-se da possibilidade de extradição de nacional chinês que poderia ser punido com pena de morte em seu país de origem.

<sup>254</sup> Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169. §§15-18

<sup>255</sup> Ibid., §52

Fundamentando-se dessa maneira, não fica claro se tal “supressão final” só é buscada nos casos de pena de morte, e não se faz referência ao artigo 29. No entanto, pela leitura da OC n° 3/83, constata-se que tal “supressão final” só se aplica à pena de morte<sup>256</sup>.

No caso *Massacre de Ituango vs. Colômbia* (2006), julga-se o massacre de 19 camponeses, além da tortura, da obrigação a realizar trabalhos forçados, e do deslocamento forçado de várias outras pessoas, perpetrados por grupos paramilitares com a anuência do Estado. Ao analisar se houve violação do artigo 7 (Direito à liberdade pessoal) e do artigo 6.2 da CADH (este prevê: “Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório”), a Corte considera útil e apropriado utilizar outros tratados distintos da CADH para definir seu alcance, com fulcro na interpretação evolutiva permitida pelo artigo 29. Assim, é usada a Convenção n° 29 da OIT sobre Trabalho Forçado (ratificada pela Colômbia em 1969), tendo em vista o desenvolvimento da matéria no DIDH, para definir os elementos do trabalho forçado ou obrigatório. A Corte entende que houve violação dos referidos direitos, e define três elementos que caracterizam o trabalho forçado:

*159. El artículo 2.1 del Convenio No. 29 de la OIT dispone que: “[l]a expresión “trabajo forzoso” u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente”.*

*160. El Tribunal observa que la definición de trabajo forzoso u obligatorio, conforme a dicho Convenio, consta de dos elementos básicos. En primer lugar, el trabajo o el servicio se exige “bajo amenaza de una pena”. En segundo lugar, estos se llevan a cabo de forma involuntaria. Además, este Tribunal considera que, para constituir una violación del artículo 6.2 de la Convención Americana, es necesario que la presunta violación sea atribuible a agentes del Estado, ya sea por medio de la participación directa de éstos o por su aquiescencia en los hechos. La Corte procederá a analizar los hechos del presente caso a la luz de estos tres elementos de juicio.<sup>257</sup>*

<sup>256</sup> Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3. §§56-57: “Es, sin embargo, en otro sentido como aparece más marcada y decisiva la tendencia limitativa de la aplicación de la pena de muerte, subyacente en el artículo 4 de la Convención. En efecto, según el artículo 4.2 in fine, “tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente” y, según el artículo 4.3, “no se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido”. No se trata ya de rodear de condiciones rigurosas la excepcional imposición o aplicación de la pena de muerte, sino de ponerle un límite definitivo, a través de un proceso progresivo e irreversible destinado a cumplirse tanto en los países que no han resuelto aún abolirla, como en aquellos que sí han tomado esa determinación. En el primer caso, si bien la Convención no llega a la supresión de la pena de muerte, sí prohíbe que se extienda su uso y que se imponga respecto a delitos para los cuales no estaba prevista anteriormente. Se impide así cualquier expansión en la lista de crímenes castigados con esa pena. En el segundo caso, prohíbe de modo absoluto el restablecimiento de la pena capital para todo tipo de delito, de tal manera que la decisión de un Estado Parte en la Convención, cualquiera sea el tiempo en que la haya adoptado, en el sentido de abolir la pena de muerte se convierte, ipso jure, en una resolución definitiva e irrevocable. En esta materia la Convención expresa una clara nota de progresividad, consistente en que, sin llegar a decidir la abolición de la pena de muerte, adopta las disposiciones requeridas para limitar definitivamente su aplicación y su ámbito, de modo que éste se vaya reduciendo hasta su supresión final.”

<sup>257</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148. §159-160

No caso Vélez Loor vs. Panamá (2010), em relação ao direito à liberdade pessoal (artigo 7), fala-se sobre a garantia prevista no artigo 7.5<sup>258</sup>, que estabelece que toda pessoa detida deve ser “conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo”. A Corte entende que esse dispositivo não se aplica apenas a pessoas que são presas em razão de infrações penais, mas também se aplica, *inter alia*, a pessoas detidas por motivo de questões migratórias, como é o caso da vítima em questão. A Corte fundamenta:

*A diferencia del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención en base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio pro persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél*<sup>259</sup>.  
(grifos acrescentados)

Pode ser considerada a aplicação da preferência interpretativa. Diante de duas interpretações possíveis, aplica-se a mais protetiva ao ser humano.

Essa posição foi reiterada no caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana (2012)<sup>260</sup>, no qual houve a detenção de um grupo de imigrantes haitianos, seguida da execução extrajudicial de alguns deles e a expulsão de outros. Faz-se referência ao princípio *pro persona*. Também foi reiterada no caso pessoas haitianas e dominicanas expulsas vs. República Dominicana (2014)<sup>261</sup>, no qual ocorreu a detenção arbitrária de pessoas de ascendência haitiana, e sua expulsão sumária do território do Estado demandado.

<sup>258</sup> CADH. Artigo 7.5: “5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.”

<sup>259</sup> Corte IDH. Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Supra nota 236, Serie C No. 218. §§33-34

<sup>260</sup> Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251. §136: “La Corte ha establecido que la “Convención Americana no establece una limitación al ejercicio de la garantía establecida en el artículo 7.5 de la Convención con base a las causas o circunstancias por las que la persona es retenida o detenida. Por lo tanto, en virtud del principio pro persona, esta garantía debe ser satisfecha siempre que exista una retención o una detención de una persona a causa de su situación migratoria, conforme a los principios de control judicial e intermediación procesal. Para que constituya un verdadero mecanismo de control frente a detenciones ilegales o arbitrarias, la revisión judicial debe realizarse sin demora y en forma tal que garantice el cumplimiento de la ley y el goce efectivo de los derechos del detenido, tomando en cuenta la especial vulnerabilidad de aquél.”

<sup>261</sup> Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282. §372

No caso *Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde vs. Brasil* (2016), faz-se menção ao *pro persona* em momentos diferentes. O caso trata da submissão de trabalhadores a condição análoga a de escravos, na Fazenda Brasil Verde, no estado do Pará. Essa prática foi descoberta diversas vezes nessa fazenda, em fiscalizações ocorridas entre 1988 e 2000.

Primeiramente, o Estado oferece exceção preliminar quanto à competência *ratione materiae*. Alega-se que a Corte não tem competência para processar petições que tratem de tráfico de pessoas, mas apenas do tráfico de escravos e mulheres, com base na redação do artigo 6.1 da CADH, que prevê: “Ninguém pode ser submetido à escravidão ou à servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas”. A Corte desestimou tal exceção preliminar, afirmando que não foi requerido pelas partes o reconhecimento de responsabilidade internacional do Estado em razão de obrigação prevista em outro tratado, e cita o artigo 29.b):

*De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención Americana y las reglas generales de interpretación de los tratados recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Convención Americana puede ser interpretada en relación con otros instrumentos internacionales. Por tanto, al examinar la compatibilidad de las conductas o normas estatales con la Convención, la Corte puede interpretar, a la luz de otros tratados, las obligaciones y los derechos contenidos en dicho instrumento. Esto implica que la Corte puede observar las regulaciones de normas internacionales concretas relativas a la prohibición de la esclavitud, de la servidumbre y del tráfico de personas, para dar aplicación específica a la normativa convencional en la definición de los alcances de las obligaciones estatales.<sup>262</sup>*

Nessa linha, a Corte, ao analisar o conteúdo do artigo 6, cita o artigo 29 e faz uma interpretação evolutiva da CADH, afirmando que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos. Assim, considera-se útil e apropriado utilizar outros tratados distintos da CADH para interpretar suas disposições de acordo com a evolução da matéria no DIDH<sup>263</sup>. São citados outros tratados sobre a matéria, como o Protocolo de Palermo, de 2000, que dá definição precisa do tráfico de pessoas; e inclusive a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que não faz menção expressa ao tráfico de pessoas. Contudo, a Corte EDH já entendeu que o tráfico de pessoas, da forma que é descrita pelo Protocolo de Palermo, está incluso na proibição de escravidão, servidão e trabalhos forçados do artigo 4 da CEDH<sup>264</sup>, dado que esta é instrumento vivo que deve ser interpretada de acordo com as condições dos dias de hoje. Note-se que a Corte

<sup>262</sup> Corte IDH. Caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318. §79

<sup>263</sup> *Ibid.*, §§244-247

<sup>264</sup> *Ibid.*, §§284-288

Europeia não faz uso do princípio *pro persona* ou do seu artigo 53, que é análogo ao artigo 29.b. Assim, entende-se:

*Las definiciones contenidas en los tratados internacionales anteriormente reseñados y la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Rantsev, no dejan duda de que los conceptos de trata de esclavos y de mujeres han trascendido su sentido literal a modo de proteger, en la actual fase de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, a las “personas” traficadas para sometimiento a variadas formas de explotación sin su consentimiento. El elemento que vincula las prohibiciones de trata de esclavos y de mujeres es el mismo, es decir, el control ejercido por los perpetradores sobre las víctimas durante el transporte o traslado con fines de explotación.*

A interpretação evolutiva é desenvolvida pela Corte IDH com maior profundidade. A esse argumento, acrescenta-se o uso de ‘interpretação *pro persona*’, que figura como um fundamento secundário, e só é citada em uma frase da sentença. Assim, a Corte adiciona:

*De la misma forma que la trata de esclavos y de mujeres tienen como fin la explotación del ser humano, la Corte no podría limitar la protección conferida por ese artículo únicamente a las mujeres o a los dichos “esclavos”, bajo la óptica de la interpretación más favorable al ser humano y el principio pro persona. Lo anterior es importante para dar efecto útil a la prohibición prevista en la Convención Americana de conformidad con la evolución del fenómeno de la trata de seres humanos en nuestras sociedades.<sup>265</sup>*

Sobre a responsabilidade internacional, o Estado alega que os fatos pertinentes ao caso em tela poderiam ter constituído a infração penal referente a redução a condição análoga à de escravo prevista na ordem interna, mas não chegariam a configurar os elementos da escravidão, trabalho forçado ou servidão como são descritos pelo DIDH:

*El Estado señaló que esta situación podría eventualmente haber sido un delito bajo el artículo 149 del Código Penal de Brasil, pero que en ningún caso podría caracterizarse como esclavitud, servidumbre o trabajo forzoso como se entiende bajo las reglas relevantes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El Estado recalcó que el solo hecho del rescate de los trabajadores es insuficiente para fundamentar una violación a la Convención Americana, pues la legislación brasileña prevé esta medida también para situaciones menos graves.<sup>266</sup>*

A Corte entendeu que, por força do artigo 29.b e da interpretação *pro persona*, os direitos protegidos pela CADH deverão ser interpretados à luz da norma mais protetora prevista na ordem interna:

*[E]s importante hacer notar que si un país adopta normas que sean más protectoras a la persona humana, como podría entenderse la prohibición de la esclavitud en el ordenamiento jurídico brasileño a partir de 2003, el Tribunal no podría restringir su análisis de la situación específica con base a una norma que otorgue menos protección. [...] La lectura literal del inciso b) del artículo 29 es clara al demostrar que la Convención no permite una interpretación que limite el goce y el*

<sup>265</sup> Ibid., §289

<sup>266</sup> Ibid., §233

*ejercicio de los derechos humanos. La interpretación pro persona exige que la Corte interprete los derechos humanos previstos en la Convención Americana a la luz de la norma más protectora respecto de la cual las personas bajo su jurisdicción están sometidas. [...] [L]a Corte no considera que el argumento estatal sobre una protección más amplia provista por el artículo 149 del Código Penal brasileño pueda eximirle de su responsabilidad en el presente caso.<sup>267</sup> (grifos acrescentados)*

O conceito desenvolvido pela Corte não nos parece estar de acordo com as noções de preferência de fontes ou de preferência interpretativa.

No caso *Família Pacheco Tineo vs. Bolívia* (2013), no qual as supostas vítimas foram deportadas da Bolívia para o Peru após terem sua solicitação de reconhecimento da condição de refugiado negada, e terem uma ordem de expulsão expedida em seu desfavor, o artigo 29.b é citado quando da interpretação do artigo 22, incisos 7 e 8, da CADH, que dispõem:

Artigo 22. Direito de circulação e de residência

7. Toda pessoa tem o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro, em caso de perseguição por delitos políticos ou comuns conexos com delitos políticos e de acordo com a legislação de cada Estado e com os convênios internacionais.

8. Em nenhum caso o estrangeiro pode ser expulso ou entregue a outro país, seja ou não de origem, onde seu direito à vida ou à liberdade pessoal esteja em risco de violação por causa da sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou de suas opiniões políticas.

A Corte justifica o uso do artigo 29.b da seguinte forma:

*De conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, a efectos de interpretar y dar aplicación más específica a la normativa convencional para determinar los alcances de las obligaciones estatales en relación con los hechos del presente caso, la Corte toma en cuenta la importante evolución de la regulación y principios del Derecho Internacional de Refugiados, sustentados también en las directrices, criterios y otros pronunciamientos autorizados de órganos como ACNUR. En este sentido, si bien las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención constituyen en definitiva la base para la determinación de responsabilidad internacional a un Estado por violaciones a la misma, la misma Convención hace expresa referencia a las normas del Derecho Internacional general para su interpretación y aplicación. Así, al determinar la compatibilidad de las acciones y omisiones del Estado, o de sus normas, con la propia Convención u otros tratados respecto de los cuales tiene competencia, la Corte puede interpretar las obligaciones y derechos en ellos contenidos, a la luz de otros tratados y normas pertinentes. En este caso, al utilizar las fuentes, principios y criterios del Derecho Internacional de Refugiados como normativa especial aplicable a situaciones de determinación del estatuto de refugiado de una persona y sus derechos correlativos, en forma complementaria a la normativa convencional, la Corte no está asumiendo una jerarquización entre órdenes normativos.<sup>268</sup>*

Entende-se que os direitos garantidos nesse artigo devem ser lidos em conjunto com as garantias processuais, de modo que os procedimentos administrativos para determinar a condição jurídica de refugiado devem respeitar as garantias do devido processo legal protegidas

<sup>267</sup> Ibid., §311-314

<sup>268</sup> Corte IDH. Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272. §143

pelos artigos 8 e 25. Também é notado o progresso da proteção aos refugiados na ordem interno de Estados membros da OEA. Nesse caso, assim como alguns dos anteriores, o artigo 29.b é citado, mas não se pode constatar aplicação do princípio *pro persona*.

A Corte IDH julgou, em 2001, o caso de Baruch Ivcher Bronstein, um cidadão israelense que decidiu se naturalizar peruano em 1984, cumprindo todas as exigências da lei peruana e renunciando à cidadania israelense. Em 1997, uma resolução do Diretor Geral de Migrações e Naturalizações deixou sem efeito o título de nacionalidade do sr. Ivcher Bronstein. A CADH prevê que toda pessoa tem direito a uma nacionalidade (art. 20.1) e que “a ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la” (art. 20.3). A CIDH destacou que:

*[D]e conformidad con los artículos 20 y 29.b de la Convención Americana y los artículos 2.21 y 53 de la Constitución peruana, ninguna autoridad tiene la facultad de privar de la nacionalidad a un peruano. Conforme al derecho interno del Perú, la nacionalidad peruana sólo se pierde por un acto voluntario de renuncia expresa. En tal virtud, es arbitrario cualquier procedimiento que prive a un ciudadano peruano de su nacionalidad<sup>269</sup>.*

A Corte acatou esses argumentos da CIDH, dado que é notório que não houve renúncia expressa da nacionalidade peruana por parte da vítima. Ademais, foi observado que a anulação da nacionalidade não obedeceu a própria legislação interna peruana, que impõe que tal anulação só poderia ocorrer dentro dos seis meses seguintes à sua aquisição. Portanto, entendeu-se que a vítima sofreu violação de seu direito à nacionalidade, previsto nos artigos 20.1 e 20.3 da CADH<sup>270</sup>. Nesse caso, o direito interno é usado apenas como método para analisar se a privação da nacionalidade foi arbitrária ou não, e assim estabelecer se houve violação do artigo 20.

### 3.2.4 Direitos de comunidades indígenas

No caso do Povo Indígena Mapuche vs. Chile (2014), é feita a interpretação evolutiva da expressão “qualquer outra condição social”, para incluir a discriminação por origem étnica como proibida pelo artigo 1.1, citando a prevalência da norma mais favorável:

*Tomando en cuenta los criterios de interpretación estipulados en el artículo 29 de la Convención Americana y en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la Corte considera que el origen étnico es un criterio prohibido de discriminación que se encuentra comprendido dentro de la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención Americana. El Tribunal ha indicado que al interpretarse el contenido de dicha expresión debe "elegirse la*

<sup>269</sup> Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74. §83.

<sup>270</sup> Ibid., §83-97.



*alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano”.*<sup>271</sup>

A Corte faz referência a outros tratados e à legislação interna do Estado demandado, e conclui:

*El artículo 1.1. de la Convención Americana proscrib e la discriminación, en general, e incluye categorías prohibidas de discriminación (supra párr. 196). Tomando en cuenta los criterios desarrollados anteriormente, esta Corte deja establecido que el origen étnico de las personas es una categoría protegida por la Convención. Por ello, está proscribida por la Convención Americana cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la etnia de la persona.*<sup>272</sup>

Um tema de relevância na jurisprudência da Corte IDH é o direito de comunidades indígenas à propriedade comunal. No caso Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni (2001)<sup>273</sup>, a Corte entendeu que, com base no artigo 5 da Constituição Política da Nicarágua, os membros da Comunidade Awas Tingni têm direito à propriedade comunal sobre as terras onde atualmente habitam. Nota-se que o artigo 21.1, da CADH, prevê que: “Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.” Ao analisar os trabalhos preparatórios da CADH, constatou-se que a expressão “direito à propriedade privada” foi substituída por “uso e gozo dos seus bens”. Assim, faz-se uma interpretação evolutiva e invoca-se o artigo 29.b, *inter alia*, para entender que o artigo 21.1 não prejudica o conceito de propriedade comunal:

*148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos - , esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua. (grifos acrescentados)*

Ao fazer tal interpretação, a Corte entende que o termo “bens”, utilizado no artigo 21, contempla aquelas coisas matérias apropriáveis, assim como todo direito que pode formar parte do patrimônio de uma pessoa. Esse conceito compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corpóreos e não corpóreos, e qualquer outro objeto imaterial suscetível de ter valor, como consta no parágrafo 144 da sentença.

<sup>271</sup> Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279. §202

<sup>272</sup> Ibid., §206

<sup>273</sup> Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79. §§141-155

Assim, a Corte considerou que o Estado violou o direito de uso e gozo dos bens dos membros da comunidade indígena, já que não havia delimitado e demarcado sua propriedade comunal, e por ter outorgado a terceiros a exploração de recursos localizados em uma área que pode fazer parte da terra correspondente aos indígenas. Esse entendimento também é baseado no artigo 1.1, da CADH, pois o Estado está obrigado a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pela CADH e a organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Ademais, qualquer ato ou omissão de uma autoridade estatal, de qualquer hierarquia, constitui fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos previstos na CADH<sup>274</sup>.

No caso *Yakye Axa vs. Paraguai* (2005), discute-se o direito de propriedade ancestral da comunidade indígena Yakye Axa, assim como as condições de vida de seus membros, que viviam em situação de pobreza extrema. O entendimento do caso anterior é reiterado, consubstanciando-se no artigo 29.b da CADH, no artigo 31 da CVDT, e na interpretação evolutiva do tratado. Além disso, considerou-se útil analisar outros tratados além da CADH para definir o alcance do artigo 21 da própria CADH.

A Convenção nº 169 da OIT, que foi incorporada pelo Paraguai em sua ordem interna, é levantada para interpretar as disposições da CADH de acordo com a evolução do sistema interamericano, considerando o avanço dessa matéria no DIDH. Ademais, levou-se em consideração que os indígenas têm uma maneira particular de ver, ser e atuar no mundo:

*136. Lo anterior guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio No. 169 de la OIT, en el sentido de que los Estados deberán respetar “la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.”*  
*137. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.<sup>275</sup>*

Aponta-se que a legislação interna já prevê esses direitos aos indígenas. A Corte utiliza esses instrumentos para ampliar o alcance do artigo 21 da CADH:

---

<sup>274</sup> O juiz Sérgio García Ramírez, em voto concorrente nesse caso, faz referência ao artigo 29.b, e, sobre ele, afirma: “*En otros términos, quienes se hallan protegidos por el régimen de la Convención no pierden por ello --aun si ésta contuviera restricciones o limitaciones de derechos precedentes, que no es el caso-- las libertades, prerrogativas o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran. Estas no se ven excluidas por los derechos que reconoce la Convención, sino se concilian con ellos para precisar su alcance, o se añaden a éstos para integrar el creciente catálogo de los derechos humanos*”.

<sup>275</sup> Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125. §§123-136

138. La Constitución paraguaya reconoce la identidad cultural de los pueblos indígenas y la liga al respectivo hábitat de cada uno de ellos, otorgándoles, además, una serie de derechos específicos, que sirven de base para que este Tribunal defina el alcance del artículo 21 de la Convención, como lo ha hecho en los párrafos anteriores. 139. Por su parte, el artículo 3 de la Ley No. 43/89 señala que el asentamiento de las comunidades indígenas comprende un “área física conformada por el núcleo de casas, recursos naturales, cultivos, plantaciones y su entorno, ligados en lo posible a su tradición cultural [...]”. [...] Hay un consenso entre las partes respecto de la normativa interna que consagra los derechos territoriales de los miembros de las comunidades indígenas. Lo que está en discusión es la realización efectiva de estos derechos<sup>276</sup>.

Então, a Corte entende que, apesar de reconhecer o direito à propriedade comunitária em seu ordenamento interno, o Paraguai não adotou as medidas de direito interno necessárias para garantir o uso e gozo efetivo por parte das vítimas de suas terras tradicionais. Conclui-se que o Estado violou o artigo 21, em conjunto com os artigos 1.1 e 2, da CADH. Ademais, a Corte entende que, consubstanciando-se em sua interpretação da CADH e da Convenção nº 169, um conflito entre o direito a propriedade privada de um particular ou do Estado com o direito de propriedade comunal de uma comunidade indígena deve ser resolvido de acordo com os procedimentos de consulta previstos na Convenção nº 169<sup>277</sup>, que foi incorporada ao direito interno paraguaio.

No caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012), esse entendimento é reiterado, e se enfatiza a necessidade de respeitar o direito de consulta prévia, previsto na Convenção nº 169:

171. La debida protección de la propiedad comunal indígena, en los términos del artículo 21 de la Convención en relación con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, impone a los Estados la obligación positiva de adoptar medidas especiales para garantizar a los pueblos indígenas y tribales el ejercicio pleno e igualitario del derecho a los territorios que han usado y ocupado tradicionalmente. De tal manera, conforme al artículo 29.b) de la Convención, las disposiciones del artículo 21 de este instrumento deben interpretarse en conjunto con otros derechos reconocidos por el Estado en sus leyes internas o en otras normas internacionales relevantes. Bajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. [...]

176. Dado que el Convenio N° 169 de la OIT aplica en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, aún cuando éstos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo, es indudable que al menos desde mayo de 1999 el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena.<sup>278</sup> (grifos acrescentados)

<sup>276</sup> Ibid., §§138-140

<sup>277</sup> Ibid., §151

<sup>278</sup> Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. §§171 e 176

Ademais, nesse caso, o artigo 29.b é usado para incluir no escopo da CADH o direito à identidade cultural dos indígenas:

*Bajo el principio de no discriminación, establecido en el artículo 1.1 de la Convención, el reconocimiento del derecho a la identidad cultural es ingrediente y vía de interpretación transversal para concebir, respetar y garantizar el goce y ejercicio de los derechos humanos de los pueblos y comunidades indígenas protegidos por la Convención y, según el artículo 29.b) de la misma, también por los ordenamientos jurídicos internos.<sup>279</sup>*

O caso do povo Saramaka vs. Suriname (2007)<sup>280</sup> também trata da propriedade comunal. No entanto, o Suriname não reconhece a propriedade comunal em seu direito interno, e não ratificou a Convenção n° 169 da OIT, diferente de Nicarágua, Equador e Paraguai. A Corte, então, decide da seguinte forma:

*No obstante, Surinam ratificó tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que es el organismo de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC por parte de los Estados Parte, ha interpretado el artículo 1 en común de dichos pactos como aplicable a los pueblos indígenas. Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán “provee[r] a su desarrollo económico, social y cultural” y pueden “disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales” para que no se los prive de “sus propios medios de subsistencia”. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos Pactos. La Corte considera que el mismo razonamiento aplica a los pueblos tribales debido a las características similares sociales, culturales y económicas que comparten con los pueblos indígenas (supra, párrs. 80-86)<sup>281</sup>. (grifos acrescentados)*

Dessa maneira, a Corte interpreta o artigo 21 à luz dos referidos Protocolos, e entende que suas disposições não podem ser restringidas ao interpretar a CADH. Assim, a Corte decide que os membros do povo Saramaka formam uma comunidade tribal protegida pelo DIDH, e confere a seus integrantes o direito à propriedade de acordo com sua tradição comunitária<sup>282283</sup>.

<sup>279</sup> Ibid., §213

<sup>280</sup> Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

<sup>281</sup> Ibid., §93.

<sup>282</sup> Ibid., §95: “El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, e interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.”

<sup>283</sup> A Corte também reconhece o direito de propriedade comunal dos indígenas nos casos: Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284. §113; Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

No caso “cinco pensionistas” vs. Peru (2003)<sup>284</sup>, avalia-se se o Estado violou o direito à propriedade ao diminuir em aproximadamente 80%, em prejuízo das vítimas, a quantia das pensões que recebiam desde sua jubilação. A Corte afirma que não há controvérsia entre as partes sobre se as vítimas têm direito à pensão ou não. Então, analisa se: 1) há um direito adquirido à pensão, e 2) que parâmetros devem ser levados em consideração para quantificar o direito de pensão. Aponta-se que a Constituição do Peru e o Tribunal Constitucional peruano resolveram essa questão:

*103. A la luz de lo señalado en la Constitución Política del Perú, de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional peruano, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención -el cual prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos-, y mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, esta Corte considera que, desde el momento en que los señores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra y Reymert Bartra Vásquez pagaron sus contribuciones al fondo de pensiones regido por el Decreto-Ley N° 20530, dejaron de prestar servicios a la SBS y se acogieron al régimen de jubilaciones previsto en dicho decreto-ley, adquirieron el derecho a que sus pensiones se rigieran en los términos y condiciones previstas en el mencionado decreto-ley y sus normas conexas. En otras palabras, los pensionistas adquirieron un derecho de propiedad sobre los efectos patrimoniales del derecho a la pensión, de conformidad con el Decreto-Ley N° 20530 y en los términos del artículo 21 de la Convención Americana.*

Assim como em casos analisados anteriormente, o artigo 29.b é invocado apenas para dizer que não se pode fazer uma interpretação restritiva da CADH. Não é demonstrada a existência de múltiplas interpretações à mesma prescrição normativa, ou de várias fontes normativas aplicáveis ao caso. Afinal, a norma do direito interno suscitada trata do direito de pensão, e não propriamente do direito à propriedade privada.

No caso Yatama vs. Nicarágua (2005)<sup>285</sup>, trata-se dos direitos políticos de um grupo de pertencentes ao partido político regional indígena YATAMA que pretendiam se candidatar nas eleições municipais do ano 2000, mas foram impedidos de fazê-lo por conta de uma resolução emitida pelo Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua. Ademais, discute-se se a lei interna é discriminatória, pois não há um regime especial para os partidos indígenas, que não possuem as mesmas condições que os partidos tradicionais para cumprir com os requisitos previstos em lei.

---

Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304, §168; Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305, § 103; Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309, §122

<sup>284</sup> Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

<sup>285</sup> Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Ao analisar a lei nicaraguense, a Corte diz que interpretará os artigos 23 (Direitos políticos) e 24 (não discriminação) da CADH à luz do critério do artigo 29.b, afirmando:

*205. De conformidad con lo establecido en el artículo 29.b) de la Convención Americana, la Corte considera que para garantizar la efectividad de los derechos políticos de los miembros de las comunidades indígenas y étnicas de la Costa Atlántica, como lo son las presuntas víctimas en este caso, Nicaragua debe tomar en cuenta la protección específica establecida en los artículos 5, 49, 89, y 180 de la Constitución Política y en el artículo 11.7 del Estatuto de Autonomía de las Regiones de la Costa Atlántica.*

Os referidos artigos da ordem interna nicaraguense preveem o direito dos povos indígenas de preservar e desenvolver sua identidade cultural, levando em conta suas próprias formas de organização social e administrar seus assuntos locais. Esses dispositivos são levados em consideração, assim como a Carta Democrática Interamericana e o Comentário Geral nº 23 do Comitê de Direitos Humanos da ONU, para definir se as limitações impostas pela lei nicaraguense estão de acordo com o artigo 23.2 da CADH<sup>286</sup>. A Corte concluiu que tais limitações representam uma limitação indevida ao exercício do direito político, pois caracterizam obstáculo desnecessário ao direito de ser eleito<sup>287</sup>.

### **3.2.5 Proteção da família, direitos reprodutivos e orientação sexual**

No caso *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica* (2012), alguns casais costarriquenhos alegam ter seus direitos violados por uma decisão da Suprema Corte da Costa Rica que declarou inconstitucional um decreto que regulava a fecundação *in vitro*, tornando essa prática inacessível para as suposta vítimas. A Corte invoca o artigo 29.b para definir o alcance do direito à vida privada, à autonomia reprodutiva e a fundar uma família:

*[E]l derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho. El derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el artículo XIII de la Declaración Americana y en el artículo 14.1 b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre éste y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al artículo 29 b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía*

<sup>286</sup> O artigo 23.2 prevê: “A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.”

<sup>287</sup> Caso *Yatama*, op. cit., §§202-220

*reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de iure o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona.*<sup>288</sup>

No que se refere à interpretação da CADH, o Estado alegou que no momento de elaboração da Convenção, em 1968, não se tinha certeza de quando ocorre a concepção, e não existia a fecundação *in vitro*. Ademais, afirma que a intenção dos Estados, naquele momento, era proteger a vida desde a concepção. A Corte entende que não é ideal fazer uma interpretação histórica, mas é fundamental fazer uma interpretação evolutiva da Convenção, com apoio no direito comparado, dado que a fecundação *in vitro* não existia no momento de assinatura da Convenção<sup>289</sup>.

Nota-se que a Sala Constitucional da Suprema Corte da Costa Rica, ao decidir o caso, fez uma interpretação sistemática da CADH, do PIDCP e da Convenção sobre Direitos da Criança, e concluiu que o embrião pode ser considerado como uma das pessoas protegidas por esses instrumentos<sup>290</sup>. A Corte ressalta que a Convenção protege o direito à vida “em geral, desde o momento da concepção”, e entendeu que não se pode considerar o próprio embrião como pessoa protegida pelo seu artigo 4.1, após fazer análise dos trabalhos preparatórios da CADH e fazendo uma reflexão sobre a interpretação sistemática da CADH e da Declaração Americana<sup>291</sup>.

Então, a Corte IDH segue essa linha ao aplicar o “*principio de interpretación más favorable y el objeto y fin del tratado*” no caso em tela, entendendo que não se pode alegar haver uma proteção mais ampla do direito à vida na ordem interna em razão de considerar-se o embrião como pessoa:

*258. Los antecedentes que se han analizado hasta el momento permiten inferir que la finalidad del artículo 4.1 de la Convención es la de salvaguardar el derecho a la vida sin que ello implique la negación de otros derechos que protege la Convención. En ese sentido, la cláusula "en general" tiene como objeto y fin el permitir que, ante un conflicto de derechos, sea posible invocar excepciones a la protección del derecho a la vida desde la concepción. En otras palabras, el objeto y fin del artículo 4.1 de la Convención es que no se entienda el derecho a la vida como un derecho absoluto, cuya alegada protección pueda justificar la negación total de otros derechos.*

*259. En consecuencia, no es admisible el argumento del Estado en el sentido de que sus normas constitucionales otorgan una mayor protección del derecho a la vida y, por consiguiente, procede hacer prevalecer este derecho en forma absoluta. Por el contrario, esta visión niega la existencia de derechos que pueden ser objeto de restricciones desproporcionadas bajo una defensa de la protección absoluta del*

<sup>288</sup> Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257. §150

<sup>289</sup> Ibid., §246

<sup>290</sup> Ibid., §167

<sup>291</sup> Ibid., §244

*derecho a la vida, lo cual sería contrario a la tutela de los derechos humanos, aspecto que constituye el objeto y fin del tratado. Es decir, en aplicación del principio de interpretación más favorable, la alegada "protección más amplia" en el ámbito interno no puede permitir, ni justificar la supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.<sup>292</sup>*

A Corte faz referência a algumas sentenças provenientes do Direito Constitucional Comparado nas quais se buscou garantir o equilíbrio de possíveis direitos em conflito, reconhecendo um legítimo interesse em proteger a vida pré-natal, mas diferenciado esse interesse da titularidade do direito à vida, destacando que toda intenção de proteger esse interesse deve ser harmonizada com direitos fundamentais de outras pessoas, especialmente da mãe.

Nesse caso, a Corte teve que se posicionar, diante de interesses em colisão, para responder ao argumento do Estado de que havia sido aplicada a interpretação mais favorável no âmbito interno. Há um debate no sentido de definir quem pode ser considerado como pessoa pela CADH, e a Corte entende que as tendências de regulação no direito internacional não levam à conclusão que o embrião seja tratado de maneira igual a uma pessoa ou que tenha um direito à vida<sup>293</sup>. Por fim, entende-se que a expressão “em geral” denota que a proteção ao direito à vida não é absoluta, mas é gradual e incremental de acordo com seu desenvolvimento, e a proteção absoluta do embrião não pode anular direitos e interesses em conflito<sup>294</sup>.

No caso *Atala Riffo e filhas vs. Chile* (2012), trata-se da interferência arbitrária sofrida pela família da juíza Karen Atala Riffo, que teve a guarda de suas filhas retirada de si, mediante processo judicial, por razões discriminatórias, baseadas em sua orientação sexual. A demandante divorciou-se de seu marido e, posteriormente, constituiu relação homoafetiva com outra mulher. A guarda de suas filhas é retirada, sem que se observe o melhor interesse das crianças, cuja custódia foi determinada com base em critérios discriminatórios.

Entendeu-se que a CADH não prevê um conceito fechado de família, e que a proteção contra discriminação pela orientação sexual está prevista na CADH. Note-se que o artigo 1.1 da CADH não faz menção explícita à orientação sexual. Seu texto prevê:

Artigo 1. 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

---

<sup>292</sup> Ibid., §§258-259

<sup>293</sup> Ibid., §252

<sup>294</sup> Ibid., §§260-264



social, posição econômica, nascimento *ou qualquer outra condição social*. (grifos acrescentados)

A Corte fez uma interpretação evolutiva do artigo 1.1 para incluir a proteção contra discriminação por orientação sexual, dado que seu texto inclui “qualquer outra condição social”, e também faz referência à primazia da norma mais favorável à pessoa:

83. *La Corte ha establecido, al igual que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.*

84. *En este sentido, al interpretar la expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano.*

85. *Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término “otra condición social” para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión “cualquier otra condición social” del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.*<sup>295</sup> (grifos acrescentados)

Para realizar tal interpretação evolutiva, a Corte faz referência a resoluções aprovadas na Assembleia Geral da OEA, e em resoluções aprovadas pela Assembleia Geral da ONU, além de casos da Corte EDH e do Sistema Universal de Proteção de Direitos Humanos. Conclui-se:

*Teniendo en cuenta las obligaciones generales de respeto y garantía establecidas en el artículo 1.1 de la Convención Americana, los criterios de interpretación fijados en el artículo 29 de dicha Convención, lo estipulado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA, los estándares establecidos por el Tribunal Europeo y los organismos de Naciones Unidas (supra párrs. 83 a 90), la Corte Interamericana deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención. Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual*<sup>296</sup>.

No caso *Furlan vs. Argentina* (2012), emerge controvérsia sobre quando um indivíduo atinge a maioria. A Corte aplica o princípio *pro persona*, fazendo referência ao artigo 29.b, ao respeitar a disposição da lei interna mais protetiva ao indivíduo:

<sup>295</sup> Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. §§83-85

<sup>296</sup> *Ibid.*, §91

*Al respecto, la Corte Interamericana ha establecido que, en términos generales, se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad. No obstante lo anterior, el Tribunal tiene en cuenta que al momento de la ocurrencia de los hechos se encontraba vigente el artículo 126 del Código Civil de Argentina que establecía que eran “menores [de edad] las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años”, razón por la cual en aplicación del principio *pro persona* (artículo 29.b de la Convención) se entenderá que Sebastián Furlan adquirió la mayoría de edad sólo al cumplir los 21 años de edad, es decir, el 6 de junio de 1995<sup>297</sup>.*

### 3.2.6 Complementaridade entre CADH e Direito Internacional Humanitário

No caso das irmãs Serrano Cruz vs. El Salvador (2004)<sup>298</sup>, o Estado alega que a Corte deve se considerar incompetente para processar e julgar o caso, pois os fatos devem ser examinados de acordo com a lei especial aplicável, que é a proveniente do DIH, a qual não é de competência da Corte IDH. A Corte não aceita esse argumento, e se considera competente para julgar o caso. Ressalta-se que o Estado não pode questionar a vigência dos direitos humanos consagrados na CADH em razão da existência de um conflito armado de caráter não internacional, e que a Corte tem a faculdade de interpretar as normas da CADH à luz de outros tratados.

Ademais, afirma que há complementaridade entre o DIDH e o DIH, e considera que as Convenções de Genebra reconhecem essa complementaridade. Alega-se que o DIDH deve ser respeitado tanto em tempos de paz quanto em tempos de guerra, e que a especificidade das normas de proteção de pessoas durante um conflito armado não impedem a convergência e aplicação das normas de DIDH consagradas na CADH. Afirma-se que o artigo 31 da CVDT permite que a Corte utilize as normas de DIH, ratificadas pelo Estado demandado, para definir o conteúdo e alcance das normas da CADH.

Nota-se que a Corte já havia entendido, em casos anteriores, que as disposições relevantes das Convenções de Genebra podem ser tomadas como elementos de interpretação da própria CADH, apesar de que a Corte não tem competência para declarar que um Estado é responsável por violar tais tratados do DIH<sup>299</sup>. Nessas sentenças, não se usa o artigo 29.b ou o princípio *pro persona* como fundamento. Contudo, esses casos são relevantes para demonstrar

<sup>297</sup> Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246. §123

<sup>298</sup> Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118. §§102-119

<sup>299</sup> Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70. §§208-209; Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67. §§32-34

a evolução da jurisprudência da Corte no que tange à interação com outros instrumentos e à aplicação do artigo 29 da CADH.

No caso do Massacre de Mapiripán vs. Colômbia (2005), trata-se do massacre de 49 camponeses conduzido por grupos paramilitares, e do deslocamento forçado interno de pessoas em decorrência de conflito armado doméstico. Ressalta-se que devem ser observadas as obrigações impostas pelo Direito Internacional Humanitário:

*114. Asimismo, al proceder a determinar la responsabilidad internacional del Estado en el presente caso, la Corte no puede obviar la existencia de deberes generales y especiales de protección de la población civil a cargo del Estado, derivados del Derecho Internacional Humanitario, en particular del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 y las normas del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional (Protocolo II). El respeto debido a las personas protegidas implica obligaciones de carácter pasivo (no matar, no violar la integridad física, etc), mientras que la protección debida implica obligaciones positivas de impedir que terceros perpetren violaciones contra dichas personas. La observancia de dichas obligaciones resulta de relevancia en el presente caso, en la medida en que la masacre fue cometida en una situación de evidente desprotección de civiles en un conflicto armado de carácter no internacional [...]*<sup>300</sup>

Também é levado em consideração o entendimento da Corte Constitucional colombiana sobre o caso<sup>301</sup>. Ademais, a Corte entende que essas obrigações derivadas do DIH devem ser levadas em conta, segundo o artigo 29.b, dado que a CADH não exclui ou limita os direitos vigentes na ordem interna com base em outros instrumentos, apesar de não se poder determinar, no âmbito da Corte IDH, a responsabilidade do Estado quanto às normas de DIH<sup>302</sup>:

*115. Las obligaciones derivadas de dicha normativa internacional deben ser tomadas en cuenta, según lo dispuesto en el artículo 29.b) de la Convención, pues quienes se*

<sup>300</sup> Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134. §114

<sup>301</sup> "El artículo 4º del [Protocolo II] no sólo ordena una protección general a los no combatientes sino que, en desarrollo al artículo 3º común a los Convenios de Ginebra de 1949, consagra una serie de prohibiciones absolutas, que pueden ser consideradas el núcleo esencial de las garantías brindadas por el derecho internacional humanitario. [...] [El principio de] distinción entre población combatiente y no combatiente tiene consecuencias fundamentales. Así, en primer término, tal y como lo señala la regla de inmunidad del artículo 13 [del Protocolo II], las partes tienen la obligación general de proteger a la población civil contra los peligros procedentes de las operaciones militares. De ello se desprende, como señala el numeral 2º de este artículo, que esta población, como tal, no puede ser objeto de ataques militares, y quedan prohibidos los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizarla. Además, esta protección general de la población civil contra los peligros de la guerra implica también que no es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte. [...] Independientemente de la situación jurídica de normalidad o anormalidad política, la sociedad civil víctima de la confrontación armada debe ser protegida por parte del Estado." Cfr. sentencia C-225/95 de 18 de mayo de 1995, emitida por la Corte Constitucional, párrs. 35 y 30.

<sup>302</sup> Entendimiento reiterado no Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287. §39; Corte IDH. Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332, §30.

*hallan protegidos por el régimen de dicho instrumento no pierden por ello los derechos o facultades que ya tengan conforme a la legislación del Estado bajo cuya jurisdicción se encuentran, sino se complementan o integran para precisar su alcance o determinar su contenido. Si bien es claro que la atribución de responsabilidad internacional bajo las normas de Derecho Internacional Humanitario no puede ser declarada, como tal, por este Tribunal, dichas normas son útiles para la interpretación de la Convención, al establecer la responsabilidad estatal y otros aspectos de las violaciones alegadas en el presente caso. Esas normas estaban vigentes para Colombia al momento de los hechos, como normativa internacional de la que el Estado es parte y como derecho interno, y han sido declaradas por la Corte Constitucional de Colombia como normas de jus cogens, que forman parte del “bloque de constitucionalidad” colombiano y que son obligatorias para los Estados y para todos los actores armados, estatales o no estatales, que participen en un conflicto armado<sup>303</sup>.*

Então, a Corte entendeu que o Estado deve ter sua responsabilidade internacional reconhecida em razão dos ataques cometidos por grupos paramilitares, pois o massacre foi planejado com colaboração das Forças Armadas do país, e porque os paramilitares tinham se convertido em um braço ilegal da força pública, para quem executam o trabalho sujo que ela não pode fazer<sup>304</sup>. Conclui-se que a responsabilidade internacional do Estado foi gerada por um conjunto de ações e omissões de agentes estatais e de particulares realizadas de forma coordenada, paralela ou concatenada com o propósito de perpetrar o massacre (§123).

Ao adentrar os direitos violados, reflete-se sobre a suposta violação do artigo 19 (Direitos da criança), o qual deve se entender como um direito complementar que o tratado estabelece para as crianças, que necessitam de proteção especial por conta de seu desenvolvimento físico e emocional. No caso em tela, duas crianças foram executadas, e outras presenciaram esse incidente. Ainda, muitas outras estavam em situação de deslocamento interno forçado.

A Corte faz referência à Convenção sobre Direitos da Criança e ao Protocolo II *supra* referido para definir o conteúdo e alcance do artigo 19 da CADH, e entende que o artigo 19 engloba o direito das crianças de não serem recrutados por forças ou grupos armados, fundamentado da seguinte forma:

*153. El contenido y alcances del artículo 19 de la Convención Americana deben ser precisados, en casos como el presente, tomando en consideración las disposiciones pertinentes de la Convención sobre los Derechos del Niño, en particular de sus artículos 6, 37, 38 y 39, y del Protocolo II a los Convenios de Ginebra, ya que estos instrumentos y la Convención Americana forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que los Estados deben respetar. Aunado a lo anterior, en aplicación del artículo 29 de la Convención, es considerable lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política de la República de Colombia. (grifos acrescentados)*

<sup>303</sup> Caso Mapiripán, *supra* nota, §115

<sup>304</sup> *Ibid.*, §119

Conclui-se que o massacre e suas consequências criaram um clima de permanente tensão e violência que afetou o direito a uma vida digna das crianças de Mapiripán. A Corte entende que o Estado violou o artigo 19, em conexão com os artigos 4, 5, e 22, de acordo com a violação sofrida por cada vítima.

Para definir o conteúdo do artigo 22 (Direito de circulação e residência), toma-se nota do artigo 17 do Protocolo II, que proíbe que se ordene o deslocamento de população civil por razões relacionadas a um conflito, a não ser que seja exigido para garantir a segurança das pessoas civis ou por razões militares imperiosas e, nesse último caso, deverão ser tomadas todas as medidas possíveis para que a população civil seja acolhida em condições satisfatórias de alojamento, salubridade, higiene, segurança e alimentação. Entende-se que essas pessoas deslocadas estão em situação de vulnerabilidade, e os Estados têm o dever de adotar medidas positivas para reverter essa vulnerabilidade<sup>305</sup>. No parágrafo 179, a Corte decide:

*En los términos de la Convención Americana, la situación diferenciada en que se encuentran los desplazados obliga a los Estados a otorgar un trato preferente a su favor y a adoptar medidas de carácter positivo para revertir los efectos de su referida condición de debilidad, vulnerabilidad e indefensión, incluso vis-à-vis actuaciones y prácticas de terceros particulares.*

Nessa linha, a Corte entende que o direito garantido pelo artigo 22 inclui o direito de não ser desalojado forçadamente<sup>306</sup>, e profere:

*188. Mediante una interpretación evolutiva del artículo 22 de la Convención, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y de conformidad con el artículo 29.b de la Convención — que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos —, esta Corte considera que el artículo 22.1 de la Convención protege el derecho a no ser desplazado forzadamente dentro de un Estado Parte en la misma. Para efectos del presente caso, esto también ha sido reconocido por dicha Corte Constitucional de Colombia al interpretar el contenido del derecho constitucional a escoger su lugar de domicilio, “en la medida en que para huir del riesgo que pesa sobre su vida e integridad personal, los desplazados se ven forzados a escapar de su sitio habitual de residencia y trabajo”*

Esse entendimento é reproduzido no caso do Massacre de Ituango vs. Colômbia<sup>307</sup>. Também se entende que o Estado violou o direito à propriedade privada, ao analisar o artigo 21 da CADH, fazendo referência ao já citado Protocolo II às Convenções de Genebra<sup>308</sup>. Nesse

<sup>305</sup> Ibid., §§171-179

<sup>306</sup> Entendimento reiterado em: Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259. §255; Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270. §219

<sup>307</sup> Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Supra nota 257. §207-210

<sup>308</sup> Ibid., §180. “Tal y como ha quedado demostrado, y así lo ha reconocido el Estado, la incursión paramilitar en El Aro, así como la sustracción de ganado, sucedió con la aquiescencia o tolerancia de miembros del Ejército colombiano, dentro de un contexto de conflicto armado interno (supra párrs. 63 y 64). En este sentido, este Tribunal observa que los artículos 13 (Protección de la población civil) y 14 (Protección de los bienes

caso, mais uma vez se afirma que, para fundamentar essa interpretação da CADH, a “*interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación consagradas en el artículo 29 de la Convención Americana, así como las establecidas por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*”<sup>309</sup>.

No caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador (2014), a Corte também usa o artigo 29 da CADH para se referir a outros tratados, dos quais o Estado é parte, para analisar e interpretar o alcance da CADH. Faz-se referência ao Protocolo II e a Convenção sobre Direitos das Crianças, observando-se que: “*las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, las cuales integran el corpus iuris de los derechos de la niñez*”<sup>310</sup>.

### 3.3 Análise crítica – O princípio *pro persona* é aplicado da forma adequada?

Como foi dito anteriormente, será feita uma análise crítica do entendimento da Corte IDH, que será fundamentado por um estudo teórico que buscará definir o significado e a forma mais adequada de aplicação do *pro persona* por tribunais internacionais. Para chegar a essa definição, analisaremos outros argumentos usados pela Corte IDH em conjunto com a aplicação do artigo 29.b, como o artigo 31 da CVDT, as interpretações sistemática e evolutiva dos tratados, o princípio geral da boa-fé, e a doutrina do *corpus juris* internacional. Entender esses conceitos é fundamental para analisar a jurisprudência dos tribunais internacionais de direitos humanos sobre o tema aqui estudado. Nesse tópico, também buscaremos definir o conteúdo do artigo 29.b, e descrever sua forma de aplicação.

É oportuno demonstrar o sentido dado ao artigo 29.d, diferente de nosso objeto de estudo. O 29.d prevê que a CADH não pode ser interpretada no sentido de: “excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza”. Aplica-se esse artigo no caso Bueno Alves:

*Finalmente, respecto a su competencia contenciosa, “la Corte generalmente considera las disposiciones de la Declaración Americana en su interpretación de la Convención Americana”, pero [p]ara los Estados Partes en la Convención la fuente concreta de sus obligaciones, en lo que respecta a la protección de los derechos humanos es, en principio, la propia Convención. Sin embargo hay que tener en cuenta que a la luz del artículo 29.d), no obstante que el instrumento principal que rige para los Estados Partes en la Convención es esta misma, no por ello se liberan de las obligaciones que*

---

*indispensables para la supervivencia de la población civil) del Protocolo II de los Convenios de Ginebra prohíben, respectivamente, “los actos o amenazas de violencia cuya finalidad principal sea aterrorizar a la población civil”, así como “atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil”*”.

<sup>309</sup> Ibid., §155

<sup>310</sup> Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285. §107

*derivan para ellos de la Declaración por el hecho de ser miembros de la OEA. En vista de lo anterior, la Corte considera que en el presente caso contencioso podrá utilizar la Declaración Americana, de considerarlo oportuno, en la interpretación de los artículos de la Convención Americana que la Comisión y la representante consideran violados.*<sup>311</sup>

Como vimos anteriormente, em muitos casos, o artigo 29.b apenas é referenciado para afirmar que não se pode interpretar a CADH de forma restritiva. Esta não é uma expressão do *pro persona*, dado que, como vimos no Capítulo 1, seu significado é mais preciso do que isso. O *pro persona* não significa apenas vedar uma interpretação restritiva. Trata-se de critério hermenêutico que impõe a preferência de fontes e a preferência interpretativa.

Contudo, há casos em que a Corte cita o artigo 29.b quando não é necessário, em um contexto no qual a Corte precisa definir o conteúdo e alcance de uma linguagem pouco precisa da CADH. É certo que, muitas vezes, a CADH não define elementos que caracterizam violação dos direitos protegidos em seu texto. Pode-se tomar como exemplo o artigo 5.2, da CADH, que dispõe: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”. Não há no texto da CADH uma definição precisa do que caracteriza a prática de tortura. Então, para definir seu conteúdo e alcance, a Corte faz referência a outros instrumentos, como se deu no caso *Bueno Alves vs. Argentina* (2007):

*Ahora bien, para definir lo que a la luz del artículo 5.2 de la Convención Americana debe entenderse como “tortura”, la Corte debe tomar en cuenta la definición que al respecto hace la primera parte del artículo 2 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (en adelante “CIPST”), así como las diversas definiciones contenidas en algunos de los instrumentos citados en el párrafo anterior. Esto es particularmente relevante para el Tribunal, puesto que conforme a su propia jurisprudencia, “al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31)”. Esta orientación tiene particular importancia para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado sustancialmente mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección.*<sup>312</sup> (grifos acrescentados)

É de se elogiar o posicionamento adotado nessa decisão, pois não foi feita referência ao artigo 29.b, ao contrário dos casos *Mapiripán* e *Ituango*<sup>313</sup>. A decisão baseia-se apenas na interpretação evolutiva e na interpretação sistemática dos tratados, fazendo referência aos incisos 2 e 3 do artigo 31 da CVDT. É importante ressaltar que, se a Corte IDH quiser recorrer a métodos interpretativos como esses, ou buscar disposições e princípios de direito

<sup>311</sup> Corte IDH. Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164. §59

<sup>312</sup> *Ibid.*, §78

<sup>313</sup> *Supra* ítem

internacional para resolver os casos que são levados a sua jurisdição, ela tem a possibilidade de fazê-lo. No entanto, não se deve adicionar à fundamentação da sentença um princípio que não está sendo de fato aplicado ao caso, e é isso que acontece em alguns casos da Corte IDH quando se faz referência ao *pro persona*.

A seguir, analisaremos os métodos de interpretação citados separadamente.

Após, falaremos sobre o princípio geral da boa-fé e a doutrina do *corpus juris* internacional, frequentemente citados pela Corte IDH, e buscaremos elucidar o mandato estabelecido pelo artigo 29.b.

### 3.3.1 O princípio geral da boa-fé

O princípio geral da boa-fé é estabelecido pelo artigo 31.1, e pelo artigo 26, ambos da CVDT, sendo que este prevê: “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. Esse princípio designa que não pode haver “derrogação do espírito do tratado, seu objeto e finalidade, em privilégio a uma textualidade que conduz a resultado absurdo. A boa-fé associa-se, portanto, à proteção da confiança nas relações internacionais”, e “visa a coibir o abuso de direitos de uma das partes”, como leciona André L. P. Basto Lupi<sup>314</sup>. Ele dá exemplos históricos de violação desse princípio:

Lembra-o Grócio, referindo-se à chicana dos plateenses, que, prometendo devolver prisioneiros, entregaram-nos mortos, argumentando que mais não lhe obrigava o tratado. Cita ainda o chiste dos romanos com Antíoco. Tendo-lhe prometido metade dos navios, mandaram cortar ao meio a frota que lhe entregaram em cumprimento à avença.<sup>315</sup>

Roberto Ago, ilustre presidente da Conferência que deu origem à CVDT, considera a inclusão desse princípio na Convenção como uma conquista, importante para a defesa da vigência do *pacta sunt servanda*, confirmada pelo artigo 27, que prevê: “Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46”. Ago assim afirma, em seu curso na ADIH de 1971, ao descrever de forma positiva a redação desse artigo<sup>316</sup>.

---

<sup>314</sup> LUPI, André Lipp Pinto Basto. Artigo 31. In.: SALIBA, Aziz Tuffi (autor e organizador). *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. P. 229-230

<sup>315</sup> Ibidem.

<sup>316</sup> AGO, Roberto. Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne : Introduction. In : *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 134, 1971. P. 324-325



Nessa linha, cumpre ressaltar que a CIJ já entendeu que o *pacta sunt servanda* é baseado na boa-fé, e que a boa-fé é um dos princípios básicos que governam a criação e a execução de obrigações internacionais<sup>317</sup>. O artigo 2(2) da Carta da ONU também consagra a boa-fé, e prevê: “Todos os Membros, a fim de assegurarem para todos em geral os direitos e vantagens resultantes de sua qualidade de Membros, deverão cumprir de boa fé as obrigações por eles assumidas de acordo com a presente Carta”.

Mustafa Kamil Yasseen, em seu curso na ADIH de 1976, trata da boa-fé, a qual considera a base de todo o DI, sobretudo do Direito dos Tratados. Ele a define como um espírito de lealdade, caracterizado pelo respeito à lei, pela fidelidade aos compromissos, e pela abstenção de fraude nas relações com os outros. Ainda, ressalta que a boa-fé não é uma obrigação meramente moral, mas é uma obrigação jurídica, a ser observada na aplicação e interpretação do tratado. Yasseen disserta:

*Que signifie précisément la bonne foi dans l'interprétation ? La bonne foi est « l'esprit de loyauté, de respect du droit, de fidélité aux engagements de la part de celui dont l'action est en cause » et de « s'abstenir de dissimulation, de tromperie, de dol dans les relations avec autrui » La bonne foi est donc un état d'esprit des sujets de droit, une attitude psychologique. Mais elle s'extériorise et se révèle par des indices qui peuvent être appréciés d'après certains standards juridiques. Ce qui intéresse le droit n'est pas tellement la bonne foi en tant qu'attitude psychologique du sujet que le comportement objectif qui en est le résultat. En mettant ce comportement en rapport avec les standards mentionnés, on peut juger de la bonne foi du sujet dans un cas donné. Ces standards juridiques ne sont cependant pas fixés une fois pour toutes, ils évoluent avec le développement de la vie internationale pour refléter ce qui peut être considéré à un moment donné comme un comportement de bonne foi.<sup>318</sup>*

Nota-se que a boa-fé é princípio fundamental para o DI, mas possui conteúdo bastante diferente do *pro persona*. Por óbvio, os casos de aplicação do *pro persona* também observarão a boa-fé, dado que ela é princípio basilar do Direito dos Tratados. Yassen elucida esse aspecto da boa-fé ao afirmar que ela se aplica a todo processo de interpretação, desde o exame do texto, do contexto e da conduta adotada pelas partes após celebrar o tratado:

*Le principe de la bonne foi s'applique à tout le processus de l'interprétation, il intervient quand il s'agit de mettre en œuvre tous les procédés interprétatifs : l'examen du texte, du contexte, de la pratique ultérieure, etc. Et il faut encore que le résultat obtenu soit apprécié selon la bonne foi, mais la bonne foi en tant que critère objectif individualisé par les circonstances du cas dont il s'agit, non pas en tant que notion abstraite. Le principe de la bonne foi pourrait ainsi aider à mettre en valeur une interprétation raisonnable et non abusive... ou peut-être, dans le cas d'un doute continu ou d'une ambiguïté persistante, justifier plus de recherches et inciter à plus d'efforts.<sup>319</sup>*

<sup>317</sup> §46 Disponível em: [http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1974.12.20\\_nuclear\\_tests1.htm](http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1974.12.20_nuclear_tests1.htm)

<sup>318</sup> YASSEN, Mustafa Kamil. L'Interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités. In : *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 151, 1976. Pág. 20-22

<sup>319</sup> *Ibid.*, p. 22-23

### 3.3.2 *Corpus juris* internacional

O *corpus juris* internacional pode ser entendido como o conjunto de normas e princípios que integram o Direito Internacional, ou mesmo algum recorte específico, como o próprio DIDH. Assim leciona Cançado Trindade:

Entendo o Direito Internacional dos Direitos Humanos como o *corpus juris* de salvaguarda do ser humano, conformado, no plano substantivo, por normas, princípios e conceitos elaborados e definidos em tratados e convenções, e resoluções de organismos internacionais, consagrando direitos e garantias que têm por propósito comum a proteção do ser humano em todas e quaisquer circunstâncias, sobretudo em suas relações com o poder público, e, no plano processual, por mecanismos de proteção dotados de base convencional ou extraconvencional, que operam essencialmente mediante os sistemas de petições, relatórios e investigações, nos planos tanto global como regional. Emanado do Direito Internacional, este *corpus juris* de proteção adquire autonomia, na medida em que regula relações jurídicas dotadas de especificidade, imbuído de hermenêutica e metodologia próprias.<sup>320</sup>

Nota-se que a Corte usa a evolução do DIDH sobre a proteção de um direito para definir o alcance e conteúdo da proteção concedida pela CADH, fazendo referência ao conceito de *corpus juris* internacional, como ocorreu no caso Fornerón e filha vs. Argentina, que tratou da observação do melhor interesse da criança e do princípio da não-discriminação em casos de custódia e guarda de crianças:

44. *En el presente caso el Tribunal considera que las alegadas violaciones a los derechos a las garantías judiciales, a la protección judicial, a la protección a la familia y a los derechos del niño debe interpretarse a la luz del corpus juris internacional de protección de los niños y niñas. Tal como esta Corte lo ha afirmado en otras oportunidades, este corpus juris debe servir para definir el contenido y los alcances de las obligaciones que ha asumido el Estado cuando se analizan los derechos de niños y niñas. [...]*

137. *Como lo ha señalado este Tribunal, tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el*

<sup>320</sup> O autor complementa: “Sua fonte material por excelência reside, em meu entender, tal como tenho desenvolvido em meus escritos e meus numerosos Votos no seio da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na consciência jurídica universal, responsável em última análise - tenho a convicção - pela evolução de todo o Direito na busca da realização da Justiça. Embora as relações jurídicas reguladas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos sejam sobretudo as que contrapõem os indivíduos como seres humanos ao poder público, nestas não se exaure a aplicação do mencionado corpus juris de proteção. Dada a diversificação das fontes (inclusive as não-identificadas) de violações dos direitos humanos - outro grande desafio contemporâneo, - o raio de ação do Direito Internacional dos Direitos Humanos se estende também à proteção contra terceiros (grupos clandestinos, paramilitares, grupos detentores do poder econômico, dentre outros) - configurando-se o *Drittwirkung*; nesta hipótese, pode-se comprometer a responsabilidade do Estado por omissão (a responsabilidade internacional objetiva).” TRINDADE, A. A. Cançado. DESAFIOS E CONQUISTAS DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS NO INÍCIO DO SÉCULO XXI. In.: XXXIII Curso de Derecho Internacional / organizado pelo Comité Jurídico Interamericano e o Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2006. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf> Acesso em 05 de outubro de 2017

contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.<sup>321</sup> (grifos acrescentados)

O mesmo ocorre no caso do Massacre de Río Negro vs. Guatemala, que se refere ao massacre de comunidades indígenas, perpetrado pelo exército guatemalteco e por grupos paramilitares. Nesse caso, a Corte utiliza outros instrumentos internacionais, além da CADH, para definir a obrigação do Estado de investigar, julgar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos:

*[L]a Corte considera pertinente señalar que la obligación de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar a los responsables de hechos violatorios de los derechos humanos no se deriva solamente de la Convención Americana. En determinadas circunstancias y dependiendo de la naturaleza de los hechos, esta obligación también se desprende de otros instrumentos interamericanos en la materia que establecen la obligación a cargo de los Estados Partes de investigar las conductas prohibidas por tales tratados. Por ejemplo, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”. Así, este Tribunal ha establecido que los Estados tienen “el deber de garantizar el derecho de acceso a la justicia [...] conforme a las obligaciones específicas que le imponen las Convenciones especializadas [...] en materia de prevención y sanción de la tortura y de la violencia contra la mujer. [D]ichas disposiciones [...] especifican y complementan las obligaciones que tiene el Estado con respecto al cumplimiento de los derechos consagrados en la Convención Americana”, así como “el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal”.<sup>322</sup>*

Portanto, o conceito de *corpus juris* internacional não se confunde com o princípio *pro persona*. Na verdade, pode se dizer que o *pro persona* é um princípio de DIDH que faz parte de seu *corpus juris*.

### 3.3.3 Interpretação evolutiva

A interpretação de um tratado também está sujeita a efeitos da temporalidade. No caso de tratados como a CADH e a CEDH, assinados em 1969 e 1950, respectivamente, esse efeito é notório, dadas as eventuais mudanças nas concepções de direitos humanos ocorridas ao longo do tempo. Ademais, esses tratados possuem dispositivos que não dão definições precisas do direito que protegem, não detalham as circunstâncias que caracterizam sua violação, ou que possuem abertura a interpretações diferentes. Nesse contexto, pode-se optar por uma interpretação histórica do tratado, ou seja, buscar-se-á interpretar um dispositivo do tratado de

<sup>321</sup> Corte IDH. Caso Fornerón y hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242. § 44 e §137

<sup>322</sup> Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250. §222

acordo com a vontade das partes no momento da assinatura; ou por uma interpretação evolutiva do tratado, que considera o contexto do momento da interpretação.

Muitas vezes, a interpretação evolutiva é a opção mais lógica para se interpretar um tratado. Afinal, a interpretação de uma norma é carregada pela experiência do intérprete, que é condicionada pelo tempo em que se vive. “O intérprete não pode captar o conteúdo da norma de um ponto quase arquimédico situado fora da existência histórica”, como leciona Konrad Hesse<sup>323</sup>. O contexto histórico molda algumas subjetividades do intérprete que podem vir a afetar sua interpretação da norma.

Observa-se que esta interpretação é frequentemente utilizada pela Corte EDH, que já entendeu que a CEDH “deve ser interpretada e aplicada à luz das condições atuais” e “a necessidade de medidas jurídicas apropriadas deve ocasionar um exame constante, tendo em conta, notadamente, a evolução da ciência e da sociedade”<sup>324</sup>. Sobre o tema, pode-se tomar como exemplo a criminalização de práticas homossexuais:

Fundamentando-se no próprio texto do preâmbulo da Convenção, que confere como objetivo ao Conselho da Europa a salvaguarda “e o desenvolvimento” dos direitos do homem e das liberdades fundamentais, a jurisprudência afirma com força a natureza evolutiva da Convenção, portanto a necessidade de interpretá-la levando em conta dados presentes nos diferentes Estados-membros do Conselho da Europa. Assim, por exemplo, ela se apoia na evolução da sociedade para mais tolerância para julgar doravante contrária ao princípio de proteção da vida privada a incriminação penal da homossexualidade entre adultos anuentes que ainda existia na Grã-Bretanha. Ao passo que até os anos oitenta rejeitara todas as petições, a Comissão vai aceitar o argumento da violação da intimidade da vida privada e o Tribunal condenará o Reino Unido em 1981 e a República da Irlanda em 1988. Quase idêntico nos dois processos, seu raciocínio se baseia na própria ideia de evolução: “Compreende-se melhor hoje o comportamento homossexual do que na época da adoção dessas leis (as leis que incriminam penalmente a homossexualidade) e demonstra-se, portanto mais tolerância para com ele: na grande maioria dos Estados-membros do Conselho da Europa, deixou-se de acreditar que as práticas do gênero examinado aqui reclamam por si só uma repressão penal; a legislação interna nesse ponto passou por uma nítida evolução que o Tribunal não pode ignorar”.<sup>325</sup>

Christian Perrone<sup>326</sup> destaca que o consentimento do Estado parte é a base da obrigatoriedade de um tratado, e observa que a própria CDI entende que a interpretação não é uma busca da intenção subjetiva, interna, das partes, mas de uma intenção e do consentimento expresso<sup>327</sup>. Perrone entende que a originalidade subjetiva dos fundadores e a compreensão

<sup>323</sup> HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Pedro Cruz Villalón. Madrid : Centro de Estudios Constitucionales, 1983. P. 44 (tradução livre)

<sup>324</sup> Corte EDH. Acórdão Rees vs. Reino Unido, 17 de outubro de 1986 apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*, op. cit., p. 69

<sup>325</sup> DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um Direito Comum*, op. cit., p. 68-69

<sup>326</sup> PERRONE, Christian. Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales In: *XLIII Curso de Derecho Internacional* / organizado pelo Comité Jurídico Interamericano e o Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos, 2016. ISBN 978-0-8270-6642-7

<sup>327</sup> *Ibid.*, p. 497

subjetiva dos negociadores do tratado tem sua função, mas a CDI as deixou em um plano subsidiário, de acordo com a redação do artigo 32 da CVDT<sup>328</sup>. Assim, podem-se buscar outros elementos para aferir o conteúdo do tratado.

Portanto, entendemos que não há qualquer objeção por parte do DI em buscar uma interpretação objetiva do tratado, que fuja mesmo da própria intenção subjetiva dos negociadores do tratado. Perrone ressalta que, “*de ser la intención de los Estados que evolucione la norma, no basta un análisis textual o del objeto y fin del tratado, es necesario buscar otros elementos que evidencien la dirección y el sentido de la evolución*”<sup>329</sup>. Pode-se recorrer a elementos como: o surgimento de nova regra ou costume, as resoluções de organizações internacionais, e a prática estatal subsequente<sup>330</sup>.

Como ressalta Eirik Bjorge, em sua obra sobre o tema, a interpretação evolutiva é um método interpretativo autorizado pelo Direito Internacional geral, e tem fulcro na CVDT:

*The main thesis of this book can be summarized in the following way: there is nothing special about the evolutionary interpretation of treaties as compared with other types of interpretation. Like all other types of interpretation it must be, and is in fact, a function of the intention of the parties as determined objectively through the application of the means of interpretation recognized by Articles 31–33.*<sup>331</sup>

Segundo Bjorge, os meios objetivos, que servirão como parâmetro da interpretação evolutiva, são os previstos no artigo 31 da CVDT<sup>332</sup>, que estabelece regras gerais de interpretação de tratados<sup>333</sup>. Ao comentar tal artigo, André Lupi destaca que o texto, o contexto e a finalidade do tratado podem ser usados para interpretá-lo. Para tal, poderão ser considerados aspectos do contexto interno do tratado (preâmbulo e anexos do tratado, além de “acordos

---

<sup>328</sup> Ibid., p. 497

<sup>329</sup> Ibid., p. 502

<sup>330</sup> Ibid., p. 490-502

<sup>331</sup> BJORGE, Eirik. *The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford Scholarship Online, 2014. Disponível em: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198716143.001.0001/acprof-9780198716143>. P. 5

<sup>332</sup> CVDT. Artigo 31 - Regra Geral de Interpretação

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;  
b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;  
b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.

<sup>333</sup> BJORGE, Eirik, op. cit.

informais, memorandos e resoluções tomadas pelas partes para dar sentido aos termos do tratado”<sup>334</sup>, por exemplo) e/ou aspectos do contexto externo. Sobre o tema, Lupi disserta:

Por essa senda, quando no contexto próximo, não há alento para o interprete dotar de sentido o termo de um tratado, pode ele busca-lo, em primeiro lugar, no próprio Direito Internacional, seja em tratados válidos para as partes ou no costume por elas partilhado, com auxílio da doutrina e da jurisprudência internacionais. Esse enorme círculo de referências normativas corresponde à máxima firmada pela CIJ numa de suas decisões sobre o status do sudoeste africano ocupado pela África do Sul, segundo a qual a interpretação deve ser feita “no marco do conjunto do sistema jurídico em vigor no momento em que a interpretação tem lugar”. Essa posição foi incorporada pelo artigo 31.3 ao contexto, sobretudo ao citar “quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes”. O dispositivo dá abertura para uma leitura integrada e antifragmentária do Direito Internacional, servindo, inclusive, como válvula de escape para o problema gerado pela especialização e expansão desigual do Direito Internacional em diversos regimes. Em estudo da CDI sobre o tema, foi justamente essa a função atribuída ao chamado princípio da integração sistêmica contido no artigo 31.3.<sup>335</sup>

Dessa maneira, não é de se estranhar que a Corte IDH utilize desse método interpretativo para resolver casos. Segundo ela própria, o artigo 29 é utilizado para fixar critérios de interpretação, tais como o princípio da interpretação evolutiva dos tratados<sup>336</sup>. Esse método de interpretação se mostra útil para casos em que os tratados contêm termos genéricos que podem sofrer mudanças com o passar do tempo, ou por alterações de padrões de moralidade ao longo dos anos<sup>337</sup>. Um dos exemplos apontados por Perrone é o caso *Atala Riffo e filhas vs. Chile* (2012), já tratado anteriormente<sup>338</sup>. Nesse caso, ressaltou-se que as resoluções da Assembleia Geral da OEA afirmavam o compromisso dos Estados em proteger seus cidadãos de discriminação em virtude de sua orientação sexual e identidade de gênero. Nessa linha, assim decidiu o juiz Pérez Pérez, em seu voto separado:

*Estoy de acuerdo con el criterio de interpretación evolutiva que considera a la Convención Americana como un instrumento viviente que ha de entenderse de acuerdo con las circunstancias actuales, pero en el entendido de que para avanzar en ese terreno es necesario que exista un consenso, un espacio de coincidencia o una convergencia de estándares entre los Estados partes.*  
*[La Convergencia de estándares] es lo que ocurre en el caso del reconocimiento de que la discriminación fundada en la orientación sexual debe entenderse prohibida (párrs. 83 a 93 de la Sentencia), pues existe no sólo entre los Estados partes de la Convención Americana, sino entre todos los Estados miembros de la OEA, un claro concepto al respecto, expresado en las resoluciones de la Asamblea General que se citan.*<sup>339</sup>

<sup>334</sup> LUPI, André Lipp Pinto Basto, op. cit., p. 235

<sup>335</sup> LUPI, André Lipp Pinto Basto, op. cit., p. 237-238.

<sup>336</sup> Corte IDH. Caso *Apitz Barbera y otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182. §§217-218

<sup>337</sup> PERRONE, op. cit., p. 488

<sup>338</sup> Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas* Vs. Chile. Serie C No. 239. Supra nota 295

<sup>339</sup> Corte IDH. Caso *Atala Riffo y niñas* Vs. Chile. Supra nota 295. Voto parcialmente disidente del juez Alberto Pérez Pérez, §20.

No caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Equador (2012), para realizar a interpretação evolutiva da CADH, o tribunal pleno considerou o avanço da matéria nos países da região e no direito comparado.

*164. Diversos Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, a través de su normatividad interna y por medio de sus más altos tribunales de justicia, han incorporado los estándares mencionados. De ese modo, la normatividad interna de varios Estados de la región; como por ejemplo en Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Perú y Venezuela, se refiere a la importancia de la consulta o de la propiedad comunitaria. Además, varios tribunales internos de Estados de la región que han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT 200 se han referido al derecho a la consulta previa de conformidad con las disposiciones del mismo. En ese sentido, altos tribunales de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Perú o Venezuela han señalado la necesidad de respetar las normas de consulta previa y de dicho Convenio. Otros tribunales de países que no han ratificado el Convenio N° 169 de la OIT se han referido a la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades indígenas, autóctonas o tribales, sobre cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte directamente así como sobre la explotación de recursos naturales en su territorio. De ese modo, se observan desarrollos jurisprudenciales similares por parte de altas cortes de países de la región como Canadá o Estados Unidos de América, o de fuera de la región como Nueva Zelanda. Es decir, la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional.*

*165. Es decir, está claramente reconocida hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas. Tales procesos deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad, para que pueda entenderse como un relacionamiento adecuado y efectivo con otras autoridades estatales, actores sociales o políticos y terceros interesados.<sup>340</sup>*

Contudo, em alguns casos, o artigo 29.b e/ou o princípio *pro persona* é referenciado em casos nos quais a Corte IDH faz uma interpretação evolutiva de seu texto, como foi exposto anteriormente. Esta postura pode ser prejudicial ao princípio, pois é feita mera referência a ele dentro de uma fundamentação jurídica que não objetiva a de fato aplica-lo, o que dificulta sua definição. Ainda, se o princípio for utilizado como mero argumento acessório para afirmar que não se fará interpretação restritiva da CADH, seu conceito é esvaziado, já que o *pro persona* possui pressupostos conceituais e teóricos muito mais precisos do que isso, como vimos anteriormente.

Pela interpretação evolutiva do tratado, é possível que se recorra ao contexto externo do tratado para definir o seu conteúdo e alcance. Assim autoriza o artigo 31.3 da CVDT. O *pro persona* se diferencia, pois se trata de comando normativo que impõe a preferência pela interpretação mais favorável ao indivíduo, caso mais de uma interpretação seja extraída de um enunciado, no âmbito do DIDH. Também não é necessário que haja efeito da temporalidade, como ocorre na interpretação evolutiva.

<sup>340</sup> Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Supra nota 278. §§163-165

Por fim, cabe ressaltar que este é um método interpretativo que não se aplica apenas a tratados de direitos humanos. Eirik Bjorge usa como exemplo de sua aplicação o litígio entre Costa Rica e Nicarágua, no qual se discutia o significado da palavra comércio, constante do texto de tratado que fixa limites fronteiriços entre os países, e dispõe sobre a livre navegação no rio que os divide:

*The point of departure in this regard is the working definition of ‘evolutionary interpretation’ proffered by the International Court of Justice in Navigational Rights. The question there was whether the phrase ‘for the purposes of commerce’ in a Nicaraguan–Costa Rican treaty of limits of 1858 covered tourism, ie the carriage of passengers for hire. The Court held that the phrase must be interpreted so as to cover all modern forms of commerce, including tourism. Where the parties have used generic terms in a treaty, the parties necessarily having been aware that the meaning of the terms was likely to evolve over time, and where the treaty has been entered into for a very long period, the Court said, the parties must be presumed, as a general rule, to have intended those terms to have an evolving meaning. Thus the words ‘evolutionary interpretation’, the Court explained, refer to: situations in which the parties’ intent upon conclusion of the treaty was, or may be presumed to have been, to give the terms used—or some of them—a meaning or content capable of evolving, not one fixed once and for all, so as to make allowance for, among other things, developments in international law.<sup>341</sup>*

### 3.3.4 Interpretação sistemática

A interpretação sistemática foi utilizada pela Corte IDH na OC n° 22/2016, como foi visto anteriormente, para definir quem são os sujeitos titulares dos direitos garantidos pela CADH<sup>342</sup>. Entendeu-se que se deve fazer uma interpretação sistemática da norma, de forma a considerar não apenas o texto do tratado que a prescreve, mas também todo o sistema no qual aquela norma está inserida.

O artigo 31 da CVDT também dá base para a interpretação sistemática de um tratado. André Lupi faz referência a um caso levado diante a CPJI, cujo objeto era definir se a OIT poderia regular questões referentes ao trabalho rural. Foi feita uma interpretação que levou em consideração o contexto interno do Tratado de Versalhes, notadamente, seu Preâmbulo, que usava expressões amplas como “condições de trabalho” e “profissionais”; e se entendeu que a OIT tem competência para tratar das condições de trabalho na agricultura. Lupi destaca que “a interpretação sistemática não esgota o alcance do contexto. Segundo Sorel, com razão, esse norte resume-se ao “contexto interno”, a ser complementado pelo “contexto externo”, especificado no artigo 31.3”<sup>343</sup>.

<sup>341</sup> BJORGE, Eirik, op. cit.

<sup>342</sup> Supra nota 233

<sup>343</sup> LÚPI, André L. P. Basto, op. cit., p. 233



Ressalta-se que a interpretação sistemática não pertence apenas ao âmbito do Direito Internacional. Norberto Bobbio trata da sua aplicação em outros campos do Direito, utilizando um exemplo do Direito Civil, e afirmando que ver o ordenamento jurídico como um sistema faz parte da atividade interpretativa:

Chama-se “interpretação sistemática” aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito privado, o Direito penal) constitua uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que se deva entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado “espírito do sistema”, mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal. Também aqui, para exemplificar, lembramos que o artigo 265 do C. C. italiano reconhece somente a violência e não o erro entre os vícios do reconhecimento do filho natural. Um intérprete, que achou que devia aceitar entre os vícios do reconhecimento do filho natural também o erro, contra a letra da Lei, teve que apelar para a chamada vontade objetiva da Lei, isto é, para “aquele comando que, por ser fundado sobre a lógica do inteiro sistema, pode dizer-se realmente definitivo para o intérprete”. Que o ordenamento jurídico, ou pelo menos parte dele, constitua um sistema é um pressuposto da atividade interpretativa, um dos ossos do ofício, digamos assim, do jurista.<sup>344</sup> (*grifos acrescentados*)

Como ressalta José P. Aguirre Arango, trata-se de importante método interpretativo para os tribunais internacionais de direitos humanos. O jurista que pode ser analisado o sistema no qual o tratado se insere para interpretá-lo, com base no artigo 31.3 da CVDT. Ademais, entende que a interpretação evolutiva dos tratados tem avançado essa orientação<sup>345</sup>. Arango fala sobre o uso deste método interpretativo pela Corte IDH:

*La Corte ha dicho que la Convención debe interpretarse de buena fe (pacta sunt servanda) conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éste y teniendo en cuenta su objeto y fin, lo que puede incluir el examen del tratado en su conjunto, si fuera necesario, y la consideración de los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con él (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), y del sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de la Convención de Viena). Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos expresó que la Convención es un todo integral que debe ser interpretada en su conjunto; y que los órganos del sistema deben garantizar la protección internacional que establece la Convención dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados.*<sup>346</sup>

Conclui-se que se trata de forma de interpretação que não se confunde com o princípio *pro persona*. Assim, é possível que a Corte IDH faça uma interpretação sistemática para resolver os casos que são levados a ela, porém não há necessidade de se fazer referência ao *pro persona* nesses casos. É o que ocorre, por exemplo, no caso Castro Castro, no qual a Corte

<sup>344</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría do ordenamento jurídico*. 10ª edição, tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999. P. 76

<sup>345</sup> ARANGO, José Pedro Aguirre. *La interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf](http://www.corteidh.or.cr/tablas/R22853.pdf)

<sup>346</sup> *Ibidem*.

menciona o *corpus juris* internacional, ao definir o alcance e conteúdo de um dispositivo. Entendeu-se que a Corte poderia aplicar as disposições da Convenção Interamericana para Prevenir, Sancionar e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), pois essas eram aplicáveis ao caso já que especificam e complementam as obrigações que o Estado possui no que se refere ao cumprimento dos direitos consagrados na CADH<sup>347</sup>. Em suma:

*En el caso Penal Castro Castro vs. Perú, la Corte se refirió a algunos alcances del artículo 5 de la Convención Americana en cuanto a los aspectos específicos de violencia contra la mujer, considerando como referencia de interpretación las disposiciones pertinentes de la Convención de Belém do Pará y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, ya que estos instrumentos complementan el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la Convención Americana.*<sup>348</sup>

Na prática, a Corte faz uma interpretação sistemática da CADH, e entende que as normas da Convenção de Belém do Pará também se inserem. Contudo, em casos como esse, não há que se falar em aplicação do princípio *pro persona*, como faz o juiz García Ramirez em seu voto separado<sup>349</sup>, dado que não estão presentes seus pressupostos conceituais e teóricos.

### 3.3.5 O significado do artigo 29.b

Como afirma Rachovitsa, cláusulas como a do artigo 29.b da CADH possuem função dupla em relação aos seus destinatários: a cláusula se aplica tanto aos Estados signatários quanto aos órgãos de supervisão de cumprimento do tratado<sup>350</sup>. Do ponto de vista do Estado, o artigo 29.b determina que, no âmbito interno, pode-se deixar de aplicar a CADH caso houver normativa interna ou de DIDH que tutele o mesmo direito protegido pela CADH e a ele ofereça maior proteção ao indivíduo, como foi visto anteriormente. É um comando normativo preciso, a ser obedecido na aplicação do tratado na esfera doméstica. Segundo Fabián Salvioli, trata-se da norma mais importante do Sistema Interamericano. O jurista entende que o artigo 29 é uma ‘norma modesta’.

*Dicha norma es, nos dice Salvioli, una norma modesta, pues ella le dice al Estado que él debe aplicar una norma interna o una norma de otro tratado en vez de las propias*

<sup>347</sup> Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 160. §379

<sup>348</sup> Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205. §225

<sup>349</sup> Corte IDH. Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú. Supra nota 347. Voto razonado del juez Sergio García Ramirez

<sup>350</sup> RACHOVITSA, Adamantia, op. cit., p. 82

normas de la Convención, si aquéllas garantizan de una mejor manera un derecho o libertad protegidos por la Convención, y que el Estado no debe excusarse en la propia Convención para dejar de aplicar otros derechos y garantías del ser humano que deriven del sistema democrático.<sup>351</sup> (grifos acrescentados)

Rachovitsa entende que, na ordem interna, o *pro persona* funcionará como uma regra de precedência<sup>352</sup>. Trata-se de regra de aplicação do tratado que obriga as autoridades nacionais a identificar a disposição que oferece maior proteção ao direito humano protegido pelo DIDH, e deixar de aplicar a *lex posterior* caso esta seja menos favorável ao indivíduo, por exemplo.

Faz-se necessário refletir sobre o significado do artigo 29.b para a própria Corte IDH, dado o seu status de tribunal internacional e intérprete última da CADH. Ao analisar os institutos discutidos no sub-tópico anterior, pode-se concluir que, em muitos casos, o princípio *pro persona* é mencionado na decisão, mas, na verdade, apenas esses outros institutos fazem parte da fundamentação jurídica utilizada pela Corte IDH, e há somente uma mera referência ao *pro persona*, que não configura sua devida aplicação.

Isabel Penido Machado, ao falar da competência da Corte IDH quanto à matéria (*ratione materiae*), afirma que o artigo 29.b permite que outros tratados sejam utilizados como elementos de interpretação da CADH:

Vale ressaltar que a Corte não tem competência, portanto, para aplicar diretamente os tratados do sistema universal de Direitos Humanos ou dos tratados de outros sistemas regionais. No entanto, desde a sua primeira Opinião Consultiva, ficou estabelecida a aplicação da noção de inter-relação e interdependência dos mecanismos internacionais de proteção, sendo que, apesar da limitação *ratione materiae*, de acordo com o art. 29, alínea b (CADH), é possível a utilização desses instrumentos como elementos de interpretação sobre o sentido e o alcance da CADH.<sup>353</sup> (grifos acrescentados)

Constata-se que, de fato, esse é o entendimento adotado pela Corte IDH. Ela própria admite ter utilizado o artigo 29.b para interpretar as garantias da CADH à luz de standards estabelecidos em outros instrumentos internacionais e em normas de direito interno. Ainda, fala-se que é derivado do artigo 29.b o princípio da “*aplicación de la norma más favorable a la tutela de los derechos humanos*”. Acrescenta-se:

*Además, la Corte ha afirmado que “excluir, a priori, de su competencia consultiva tratados internacionales que obliguen, a Estados americanos, en materias*

<sup>351</sup> SALVIOLI, Fabián. La interpretación *pro homine* y las obligaciones generales de los estados. Conferencia dictada el 17 de julio de 2007 durante el XXV Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, del 9 al 20 de julio de 2007, San José Costa Rica apud AGUIRRE ARANGO, José P., op. cit.

<sup>352</sup> Cabe observar que Rachovitsa trata da aplicação do *pro persona* como regra de precedência apenas para conflitos entre tratados, e não para conflito entre norma internacional e norma interna. RACHOVITSA, Adamantia, op. cit., p. 82

<sup>353</sup> MACHADO, Isabel Penido de Campos. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (organizadores), *Manual de direito processual internacional*. São Paulo : Saraiva, 2012.

*concernientes a la protección de los derechos humanos, constituiría una limitación a la plena garantía de los mismos, en contradicción con las reglas consagradas por el artículo 29.b)”.<sup>354</sup>*

No entanto, há de se refletir se o mandato do artigo 29.b realmente deve ser entendido dessa maneira. Como já visto, o princípio será aplicado quando houver coexistência de normas que prevejam diferentes graus de proteção *para o mesmo direito*, ou quando, a partir de um enunciado, for possível extrair interpretações que prevejam graus diferentes de proteção *para o mesmo direito*. Portanto, o princípio *pro persona se aplica a normas de direito material, e não a enunciados que tratam da fixação da competência de um tribunal internacional*, como se entendeu no caso Miguel Castro<sup>355</sup>. Dessa maneira, o *pro persona* não deve ser usado para definir alcance e conteúdo da CADH.

Rachovitsa, com base na doutrina europeia<sup>356</sup>, entende que cláusulas como o artigo 29.b da CADH e o artigo 53 da CEDH impõem uma tarefa negativa ao órgão de supervisão de cumprimento: a de garantir que as disposições constantes no respectivo tratado de proteção não sejam utilizadas como pretexto para deixar de se aplicar a proteção mais favorável ao indivíduo prevista em outro instrumento<sup>357</sup>. Foi o que ocorreu na OC n° 5/1985, na qual a Corte decidiu que não se deve interpretar a CADH de forma restritiva, com base em outros instrumentos internacionais, prevalecendo a norma mais favorável, como se demonstrou *supra*. A definição de Rachovitsa é incompleta, pois ignora a dimensão de preferência interpretativa. Pode ser tomado como exemplo o caso Vélez Loor vs. Panamá, no qual, diante de duas possíveis interpretações do artigo 7.5 da CADH, adotou-se a mais favorável ao indivíduo.

A autora afirma que tal definição estrita decorre da limitação da competência *ratione materiae* dos respectivos tribunais<sup>358</sup>. De fato, a esfera de competência de um tribunal internacional dificulta a expressão da preferência de fontes, que possui maior impacto na interação entre direito interno e direito internacional. Assim, Rachovitsa critica o uso da Corte IDH do artigo 29.b, que é utilizado para interpretar a CADH à luz de outros instrumentos:

*[T]he Court’s task—by virtue of Article 29(b)—is to construe the American Convention so as not to undermine the greater level of protection of a right accorded under another treaty. In other words, Article 29(b) dictates that the ACHR cannot be used as a pretext for not allowing a treaty to provide for a higher level of protection.<sup>359</sup>*

<sup>354</sup> Corte IDH. Caso Apitz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. *Supra* nota 336, Serie C No. 182. §217-218

<sup>355</sup> *Supra* nota 347

<sup>356</sup> DECAUX, Emmanuel. ‘Article 60’ In: Pettiti, Decaux and Imbert (eds), *La Convention Européenne des Droits de l’Homme: Commentaire article par article*, 2nd edn (1999); SOHN, Louis. In: Robertson (ed.), *Human Rights in National and International Law* (1968). Apud RACHOVITSA, Adamantia, *op. cit.*, p. 83

<sup>357</sup> RACHOVITSA, Adamantia, *op. cit.*, p. 83

<sup>358</sup> *Ibidem*.

<sup>359</sup> *Ibid.*, p. 91

Lucas Lixinski entende que o artigo 29.b da CADH tem o mesmo efeito do artigo 31.3 da CVDT<sup>360</sup>. Rachovitsa discorda, e afirma que esses dispositivos possuem propósitos diferentes. Ela entende que o artigo 31.3 prevê um “princípio de interpretação dos tratados e impõe que, para que regras sejam levadas em consideração, elas devem ser relevantes e aplicáveis nas relações entre as partes”<sup>361</sup>. Já o artigo 29.b prevê “um princípio de interpretação que dita que a Corte IDH tem a tarefa negativa de não diminuir a proteção prevista ao indivíduo por outros tratados”<sup>362</sup>.

Ressalta-se que é possível que um tribunal internacional realize a operação de buscar, no contexto externo do tratado, elementos para definir o seu alcance e conteúdo. Trata-se de método permitido pela CVDT, como destacou Eirik Bjorge<sup>363</sup>. A Corte IDH pode utilizar a interpretação evolutiva ou a interpretação sistemática dos tratados para resolver os casos submetidos à sua jurisdição, quando entender que é necessário aceder ao contexto interno ou externo do tratado para definir seu conteúdo. Contudo, tal operação não se trata do princípio *pro persona*, mas dos referidos métodos interpretativos baseados no artigo 31 da CVDT.

Também pode aplicar o princípio da boa-fé, ou aceder ao *corpus iuris* do direito internacional sobre um tema, quando assim for necessário. Isso ocorrerá, em especial, em casos nos quais a redação da CADH não é clara em dizer quais são as circunstâncias que caracterizam a violação de um direito protegido por ela. Entretanto, essas operações não se confundem com a aplicação do princípio *pro persona*, que não deve ser incluído na fundamentação jurídica de um caso quando não estiver sendo devidamente aplicado.

Note-se que utilizar o *pro persona* para fins de definição o alcance e conteúdo da CADH ou de fixação da competência da Corte IDH pode acabar esvaziando seu conceito. Essas utilizações do *pro persona* vão de encontro ao conceito do princípio que tem origem na redação da CEDH, como lecionou Heribert Golsong, e foi posteriormente desenvolvido. Ademais, é importante que o conceito do princípio seja preservado, porque, caso isso não aconteça, o *pro persona* pode perder o seu sentido. Aplicar o princípio a qualquer situação seria um desserviço, pois acarretaria em uma dificuldade em definir precisamente o seu significado, o que, por sua vez, pode levar os operadores do direito a aplicá-lo em casos nos quais não estão presentes os pressupostos de sua aplicação.

---

<sup>360</sup> LIXINSKI, Lucas. Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. *European Journal of International Law*, v. 21, 585, 2010. Apud RACHOVITSA, Adamantia. Op. cit.

<sup>361</sup> *Ibid.*, p. 91. Tradução livre.

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 91. Tradução livre.

<sup>363</sup> *Supra* nota 331

Além de esvaziar o conceito do princípio, isso pode gerar decisões judiciais ruins, cuja fundamentação utiliza o *pro persona* para realizar outra operação que não a autorizada pelo princípio. Em outras palavras, o princípio pode vir a ser utilizado para resolver outras situações jurídicas, diferentes do conflito que ele foi desenhado para resolver: a coexistência de normas de direitos humanos que prevejam diferentes graus de proteção para o mesmo direito protegido pelo DIDH. A solução ao conflito se manifesta por meio das duas dimensões do *pro persona*: preferência de fontes e preferência interpretativa. O *pro persona* não é o comando jurídico adequado para resolver outras situações que não esta, logo, o seu uso para fins diversos do qual ele foi originalmente criado pode dar base a argumentações jurídicas que não possuem o devido rigor técnico, além de não ser autorizado pelo DIDH. Ainda, pode ser que a confusão sobre o conceito dê origem a decisões judiciais ruins, que, ao não respeitar os pressupostos teóricos e conceituais do *pro persona*, desrespeitam o DIDH. Assim, advogar pela aplicação do princípio a qualquer caso é uma postura que não observa o devido rigor técnico.

Também se usa o princípio para afirmar que a interpretação dos tratados de direitos humanos não pode ser restritiva. Trata-se de argumento que carrega os mesmos problemas *supra* descritos, notadamente o esvaziamento do conceito do princípio. Afinal, o conteúdo do princípio é mais específico do que isso.

Conclui-se que a Corte Interamericana parece, em algumas ocasiões, mencionar o artigo 29.b ou o *pro persona* em casos nos quais não se deve falar em sua aplicação, mas que se trata da aplicação de outros institutos. Assim, há uma incerteza na definição do conteúdo do artigo 29.b na jurisprudência da Corte IDH, que é citado em diversos casos, mas não é propriamente definido e delimitado pela Corte. Note-se que, ao interpretar a CADH, a Corte pode apoiar-se na interpretação evolutiva, na interpretação sistemática e no *corpus juris* internacional, com fulcro na CVDT. Contudo, essa argumentação jurídica não pode se confundir com o princípio *pro persona*, e com sua positivação refletida pelo artigo 29.b, que possui outro significado – o de positivar o princípio *pro persona* –, e é diferente das outras construções jurídicas referidas, como a interpretação evolutiva e a interpretação sistemática.

## CONCLUSÃO

Nesse trabalho, buscou-se estudar o princípio *pro persona*, começando pela sua origem, que se dá na redação da CEDH e, após, da CADH. Com o avançar da doutrina e jurisprudência sobre o tema, novas terminologias foram surgindo, sendo certo que há várias nomenclaturas que se referem ao objeto de estudo. Para conceituar o princípio, foi necessário definir as suas duas dimensões: 1) a preferência de fontes, que impõe que, diante da coexistência de normas de direitos humanos que preveem diferentes graus de a um mesmo direito protegido pelo DIDH, prevalecerá a fonte mais favorável ao indivíduo, seja de direito interno ou de direito internacional; e 2) a preferência interpretativa, que será aplicada quando for possível extrair, de um mesmo enunciado, interpretações que prevejam diferentes graus de proteção ao indivíduo referentes a um direito humano protegido pelo DIDH.

Ainda, o referido princípio foi diferenciado de princípios correlatos. Entende-se que o *pro persona* não se confunde com a máxima efetividade ou o efeito útil do tratado, que se referem à aplicabilidade direta, integral e imediata dos direitos protegidos pela CADH. Em relação à doutrina do controle de convencionalidade, advoga-se pela complementaridade entre o *pro persona* e tal doutrina, sendo esses fundamentais para equilibrar a interação entre o direito interno e o direito internacional. Tal interação deve sempre privilegiar a pessoa humana, quando envolver o DIDH, e não deve se pautar pela primazia de um ou de outro. Não se deve levar por um unilateralismo internacionalista ou um provincianismo nacionalista.

Também não se deve confundir o *pro persona* com a proibição do retrocesso, que orienta o Estado a não realizar supressão normativa em matéria de direitos humanos. Destaca-se que o Direito da União Europeia possui disposição similar ao *pro persona*, mas que se trata de recorte específico, que tem limites pré-determinados.

Ressalta-se que o *pro persona* é princípio geral de DIDH, e deve ser aplicado mesmo que não esteja expressamente previsto no tratado que se disputa sua aplicação. Dado que o objetivo e fim dos tratados de direitos humanos é garantir a proteção do indivíduo, e que o DIDH tem natureza de garantia mínima ao indivíduo, entende-se o *pro persona* como princípio geral de DIDH, com base no artigo 31 da CVDT.

Apesar de ser oponível tanto em relação às autoridades internas do Estado e aos órgãos internacionais de supervisão do cumprimento do tratado, o *pro persona* se destaca em seu impacto ao direito interno. O princípio possui papel importante na interação entre ordenamento interno e ordenamento internacional, no que se refere à prevalência da norma mais favorável ao indivíduo. Há impacto na alegoria da pirâmide de Kelsen, que vem se mostrando pouco hábil

a descrever o sistema jurídico normativo nos dias de hoje. Novas teorias vêm sendo desenvolvidas para retratar a ordem jurídica, como a teoria do trapézio, de Piovesan, Negishi e Bazán, e a pluralidade de ordens jurídicas, de Delmas-Marty.

Dessa maneira, a discussão sobre o status hierárquico normativo dos tratados de direitos humanos perde importância, dado que o princípio *pro persona* deve prevalecer sobre o tradicional critério de solução de antinomias da hierarquia, sendo certo que deve haver primazia da norma que preveja melhor proteção para um mesmo direito, protegido pelo DIDH. Também são superados o critério cronológico e o da especialidade. Ademais, desbanca critérios como a aplicação de tratado universal em detrimento de tratado regional.

Ressalta-se que o *pro persona* não resolve, por si só, situações de direitos em colisão. Para tal, será necessário recorrer a outros critérios de solução de conflitos. Nota-se que o *pro persona* não foi criado para resolver tais situações de interesses de diferentes titulares em colisão, mas para solucionar a coexistência de diferentes normas que tratam do mesmo direito protegido pelo DIDH, de um mesmo titular.

Ao analisar os casos da Corte IDH, pode-se dizer que o princípio *pro persona* teve importante papel na resolução de alguns casos, como, por exemplo, a OC nº 5/1985, ou o caso Vélez Lóor vs. Panamá. No entanto, há um problema metodológico na jurisprudência da Corte IDH como um todo, pois, frequentemente, referencia-se o *pro persona* quando o princípio não está sendo de fato aplicado. Às vezes, apenas para dizer que não se pode fazer uma interpretação restritiva dos direitos humanos. Nesses casos, o princípio não é devidamente descrito e propriamente aplicado, o que pode vir a esvaziar o conceito do princípio, e demonstra uma falta de precisão na definição do conteúdo do artigo 29.b na jurisprudência da Corte IDH.



## REFERÊNCIAS

### - Referências doutrinárias

AGO, Roberto. Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne : Introduction In : *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 134, 1971.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. El bloque constitucional de derechos en Chile, el parâmetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia. *Estudios Constitucionales*, Año 13, n. 2, Talca: 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro : Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo : Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto (organizador). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas – 2ª ed.*, revista e atualizada. Rio de Janeiro : Renovar, 2006.

BASTOS NETTO, Cláudio Cerqueira. 'DIREITO MILITAR E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: JULGAMENTO DE CIVIS EM FORO MILITAR E PRISÃO DISCIPLINAR À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL'. *Revista de Direito Cosmopolita* vol. 2, n.2 - vol. 4, n.2 (Dezembro 2014-Dezembro 2016).

BJORGE, Eirik. *The Evolutionary Interpretation of Treaties*. Oxford Scholarship Online, 2014. Disponível em: <http://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/acprof:oso/9780198716143.001.0001/acprof-9780198716143>

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10ª edição, tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1999

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti / Apresentação Alaôr Caffé Alves – Bauru, SP: EDIPRO, 2001.

BOGDANDY, Armin Von. Pluralism, Direct Effect, and the Ultimate Say: On the Relationship Between International and Domestic Constitutional Law. *International Journal of Constitutional Law*, Volume 6, nos. 3 e 4. Oxford Academy, 2008.

BORGES DE MACEDO, Paulo Emílio. *A ingerência humanitária e a guerra justa*. Disponível em : <https://jus.com.br/artigos/11543/a-ingerencia-humanitaria-e-a-guerra-justa/2>

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. ver. e atual. São Paulo : Saraiva, 2017.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence; TORRES, Amaya Úbeda de. *The Inter-American Court of Human Rights: Case Law and Commentary*. Oxford University Press, 2011.
- CANOTILHO, Gomes J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Edição, 8ª Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2010.
- CARPIO MARCOS, Edgar. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima: Palestra Editores, 2004.
- CASSESE, Antonio. *Five Masters of International Law: Conversations with R-J Dupuy, E. Jiménez de Aréchaga, R. Jennings, L. Henkin and O. Schachter*. Portland, Or. : Hart, 2011.
- CASTAÑEDA, Mirella. *El principio pro persona. Experiencias y expectativas*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Ciudad de México, D.F, 2014. P. 15
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª Ed., revista e atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.
- COMUNE, Josefina; LUTERSTEIN, Natalia. Artículo 29. In.: ALONSO REGUEIRA, Enrique M. (organizador) *Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. - 1ª ed. - Buenos Aires : La Ley; Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho, 2013.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Por um direito comum*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo : Martins Fontes, 2004.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução e notas de Nelson Boeira. São Paulo : Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. Pasado y futuro del Estado de derecho In : CARBONELL, Miguel (ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 2ª ed. Madrid : Editorial Trotta, 2005
- GARGARELLA, Roberto. Dramas, conflictos y promesas del nuevo constitucionalismo latinoamericano. *Anacronismo e Irrupción*, Vol. 3 N° 4 - Mayo 2013 a Noviembre 2013 – pp. 245-257
- GISBERT, Rafael Bustos. Elementos constitucionales en la red global. *Estudios de Deusto*, Vol. 60/2, Bilbao, 2012, págs. 21-44. ISSN: 0423 - 4847
- GOLSONG, Heribert. Implementation of international protection of human rights. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 110, 1963.
- GOMES, L. F., *Estado constitucional de direito e nova pirâmide jurídica*, São Paulo: Premier, 2008.

GROS ESPIELL, Hector. Le système interaméricain comme régime régional de protection internationale des droits de l'homme. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 145, 1975.

GROS ESPIELL, Hector. La Convention américaine et la Convention européenne des droit de l'homme: analyse comparative. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 218, ano 6, 1989.

HENDERSON, Humberto. Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine. *Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos* n. 39, Costa Rica: 2004.

HENKIN, Louis, PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar, SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

HEYMANN, Monika. Unity and Diversity with Regard to International Treaty Law. In: ZIMMERMAN and HOFFMAN (eds), *Unity and Diversity in International Law*, 2006

JAYME, Erik. Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 251, II, 1995.

JUNIOR, Valdir Ferreira de Oliveira. Constitucionalismo Multinível – Contribuição Para Compreensão da Interconstitucionalidade no Estado Constitucional. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 10, abril/maio/junho, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>>. Acesso em: 05 de outubro de 2017

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges – 4ª ed. São Paulo : Martins Fontes, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 7ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. Tradução por Marcelo D. Varella (coordenador), Geilza Cavalcanti Diniz, Amábile Pierroti, Luiza Maria Rocha Nogueira. *Revista de Direito Internacional / Centro Universitário de Brasília*, Programa de Mestrado em Direito do UniCEUB. - vol.8, no. 2 (jul./dez. 2011) - . Brasília : UniCEUB, 2011.

LEGALE, Siddharta. A Constituição Reinventada pelas Crises: do Neoconstitucionalismo ao Constitucionalismo Internacionalizado. *Revista Direito Público* n. 34, 2010. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/881/1067>

LEGALE, Siddharta. A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional transnacional. Rio de Janeiro: Tese de doutorado pela UERJ, 2017

LIMA, Renato Brasileiro de. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador: Juspodivm, 2016.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. Artigo 31. In.: SALIBA, Aziz Tuffi (autor e organizador). *Direito dos Tratados: comentários à Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (1969)*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

MACHADO, Isabel Penido de Campos. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: OLIVEIRA, Bárbara da Costa Pinto; SILVA, Roberto Luiz (organizadores), *Manual de direito processual internacional* São Paulo : Saraiva, 2012.

MARQUES, Claudia Lima. *Manual de direito do consumidor*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Antonio Herman V. Benjamin, Claudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira, *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais (RT), 2011.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena. *Principio pro persona*. México: CDHDF. SCJN-OACNDH, 2013.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

NEGISHI, Yota. The Pro Homine Principle's Role in Regulating the Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control. *The European Journal of International Law*, vol. 28, no. 2, 2017. P. 457–481

NEVES, Marcelo. (NÃO) SOLUCIONANDO PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS: TRANSCONSTITUCIONALISMO ALÉM DE COLISÕES. *Lua Nova*, São Paulo, 93: págs. 201-232, 2014.

OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. De la pyramide au réseau: vers un nouveau mode de production du droit? *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n. 44. Bruxelas : Facultés Universitaires Saint-Louis, 2000.

PELLET, Allain. La mise en œuvre des normes internationales des droits de l'homme – 'Souveraineté du droit' contre souveraineté de l'État? In : *CEDIN, La France et les droits de l'Homme*, Montchrestien, Paris : 1990.

PERRONE, Christian. Temporalidad e Interpretación de Tratados Internacionales In: *XLIII Curso de Derecho Internacional / organizado pelo Comité Jurídico Interamericano e o Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos*, 2016. ISBN 978-0-8270-6642-7

PINTO, Mónica. El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. in: ABREGÚ, Martín, e COURTIS, Christian (comps.). *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires : Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção aos Direitos Humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 11ª ed. Ver. e atual. São Paulo : Saraiva, 2010

PIOVESAN, Flávia, *Direito humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 13ª edição, São Paulo : Editora Saraiva, 2012

PIOVESAN, Flávia. DIREITOS HUMANOS E DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES. *Revista Brasileira de Direito Constitucional* – RBDC n. 19 – jan./jun., 2012.

PIZA ESCALANTE, Rodolfo. Coordination of the Mechanisms for the Protection of Human Rights in the American Convention with those Established by the United Nations. *American University Law Review*, no. 30, 1980.

POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; OCHOA, José Luis Caballero; STEINER, Christian (coordinadores). *Derechos humanos en la Constitución : comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana / México : Suprema Corte de Justicia de la Nación, Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis : Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas : Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica*, 2013.

RACHOVITSA, Adamantia. Treaty Clauses and Fragmentation of International Law: Applying the More Favourable Protection Clause in Human Rights Treaties. *Human Rights Law Review*, vol. 16, issue 1. Oxford : Oxford University Press, 2016

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

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, 3. Ed. Re., atual. E ampl. – São Paulo : Saraiva, 2016.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27. Ed. – São Paulo : Saraiva, 2002.

REZEK, Franciso. *Direito internacional público: curso elementar*, 13ª edição, São Paulo: editora Saraiva, 2011.

ROUSSEAU, Charles. L'indépendance de l'Etat dans l'ordre international. In: *Recueil des Cours*. Academie de Droit International de la Haye, Tomo 73, 1948-II.

ROUCONAS, Emmanuel. Engagements Parallèles et Contradictaires. In : *Recueil des cours*. Académie de Droit International, Tomo 206, 1987.

SADAT-AKHAVI, Seyed-Ali. *Methods of Resolving Conflicts between Treaties*. Graduate Institute of International Studies (Series), Vol. 3. Leiden: Brill Academic Publishers, 2003.

SALVIOLI, Fabián. El aporte de la Declaración Americana de 1948, para la Protección Internacional de los Derechos Humanos. In: *El sistema interamericano de protección de los*

*derechos humanos en el umbral del siglo XXI*, Tomo I; San José, Costa Rica: Edit. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-aporte-de-la-declaracion-americana-de-1948-para-la-proteccion-internacional-de-los-derechos-humanos-fabian-salvioli.pdf>

SAGÜÉS, Néstor Pedro. *La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*. In: PALOMINO, José, REMOTTI, José Carlos (coords.). *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica (Libro-homenaje a Germán J. Bidart Campos)*, Lima: Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2002.

SANTOS, Alexandre Dantas Coutinho. *A harmonização entre os tratados internacionais de direitos humanos e o direito interno brasileiro no sistema interamericano de proteção*, 2013.

SGARBOSSA. Luís Fernando. *Direitos e garantias fundamentais : interpretação jusfundamental "pro homine"*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e Declaração Sociolaboral do Mercosul: origem, natureza jurídica e aplicabilidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, v. 109, jan/dez 2014. Págs. 349-387

SOUSA, Ileide Sampaio de. Memórias Constitucionais e a Nova Gramática dos Direitos Humanos ante o Princípio Pro Homine. In: *Hermenêutica jurídica* [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Enoque Feitosa Sobreira Filho, Rubens Beçak, Saulo De Oliveira Pinto Coelho – Florianópolis: CONPEDI, 2015

STRECK, Lenio Luiz. As Recepções Teóricas Inadequadas em Terra Brasilis. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*. v. 10. n. 10. Jul/Dez 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights. In: *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 202, 1987.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional: perspectivas brasileiras*, San José de Costa Rica/Brasília, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1992.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direito internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. In: *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>

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

VASAK, Karel. Le Droit International des Droits de L'Homme. In : *Recueil des cours*. Académie de Droit International, Tomo 140, 1974.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. *Teoria do estado e a unidade do direito internacional: domesticando o rinoceronte*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

YASSEN, Mustafa Kamil. L'Interprétation des Traités d'après la Convention de Vienne sur le Droit des Traités. In : *Recueil des Cours*. Académie de Droit International, Tomo 151, 1976.

- Lista de casos

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n° 91.361/SP*. 2ª Turma. Relator: Min Celso de Mello. Medida cautelar de 23 de setembro de 2008. Disponível em: [redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717](http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573717)

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus n° 87.585/TO*. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Habeas Corpus n° 92.566/SP*. Relator: Min. Marco Aurélio. Acórdão de 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595384>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário n° 349.703/RS*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Acórdão de 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. *Recurso Extraordinário n° 466.343/SP*. Relator: Min. Cezar Peluso. Acórdão de 3 de dezembro de 2008. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>

Corte EDH. Caso Wemhoff vs. Alemanha. Julgamento de 27 de junho de 1968. Série A, no. 7.

Corte IDH. Asunto de Viviana Gallardo y otras. Série A N° 101/81.

Corte IDH. Opinião Consultiva n° 2. Serie A, no. 2. 24 de setembro de 1982.

Corte IDH. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-3/83 de 8 de septiembre de 1983. Serie A No. 3.

Corte IDH. Opinião Consultiva n° 5. Serie A, n° 5, 1985.

Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.

Corte IDH. Opinião Consultiva n° 7. Serie A, n° 7, 1986.

Corte IDH. Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-13/93 de 16 de julio de 1993. Serie A No. 13.

Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

Corte IDH. Control de legalidad en el ejercicio de las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Arts. 41 y 44 a 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-19/05 de 28 de noviembre de 2005. Serie A No. 19.

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

Corte IDH. Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.

Corte IDH. Caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras. Sentença de 21 de julho de 1989 (Reparação e custos). Série C, no. 7.

Corte IDH. Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Sentença de 21 de julho de 1989 (Reparação e custos), Série C, no 8.

Corte IDH. Caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras. Sentença de 17 de agosto de 1990 (Interpretação da Sentença de Reparação e custos), Série C, no. 9,

Corte IDH. Caso Gangaram-Panday vs. Suriname. Sentença de 4 de dezembro de 1991 (Objecções Preliminares). Série C, no. 12

Corte IDH. Caso Aloeboetoe vs. Suriname, Sentença de 10 de setembro de 1993 (Reparações e custos), Série C, no. 15

Corte IDH. Caso El Amparo vs. Venezuela. Sentença de 14 de setembro de 1996 (Reparação e custos), Série C, no. 28.

Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 67

Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74

Corte IDH. Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.

Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Sentencia de 6 de diciembre de 2001. Serie C No. 90



Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de junio de 2002. Serie C No. 94

Corte IDH. Caso "Cinco Pensionistas" Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de febrero de 2003. Serie C No. 98.

Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101, voto: Juez García Ramírez, disponible en [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_101\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf)

Corte IDH. Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia. Sentencia de 5 de julio de 2004. Serie C No. 109

Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Excepciones Preliminares. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118.

Corte IDH. Caso Lori Berenson Vs. Perú, Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119,

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125

Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.

Corte IDH. Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133

Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C No. 140.

Corte IDH. Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Sentença de 26 de setembro de 2006 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Serie C No. 154, disponível em : <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>

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

Corte IDH. Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C No. 164

Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.

Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

Corte IDH. Caso Apatz Barbera y otros (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de agosto de 2008. Serie C No. 182.

Corte IDH. Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de septiembre de 2009. Serie C No. 204

Corte IDH. Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 16 de noviembre de 2009. Serie C No. 205

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

Corte IDH. Caso Vélez Loo Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218

Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

Corte IDH. Caso Fornerón y hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C No. 242.

Corte IDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Fondo y reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245

Corte IDH. Caso Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.

Corte IDH. Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

Corte IDH. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de 28 noviembre de 2012. Serie C No. 257

Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 259

Corte IDH. Caso de las comunidades afrodescendientes desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2013. Serie C No. 270.

Corte IDH. Caso familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272

Corte IDH. Caso Veliz Franco y otros Vs. Guatemala. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014. Serie C No. 277

Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.

Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

Corte IDH. Caso de los Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 284

Corte IDH. Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285

Corte IDH. Caso Rodríguez Vera y otros (Desaparecidos del Palacio de Justicia) Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de noviembre de 2014. Serie C No. 287.

Corte IDH. Caso Wong Ho Wing Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C No. 297

Corte IDH. Caso Comunidad Campesina de Santa Bárbara Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 299.

Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros Vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 304

Corte IDH. Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Serie C No. 305

Corte IDH. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Serie C No. 309

Corte IDH. Caso Flor Freire Vs. Ecuador. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2016. Serie C No. 315

Corte IDH. Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C No. 318

Corte IDH. Caso Vásquez Durand y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de febrero de 2017. Serie C No. 332