

**O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”:
A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO
DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA**

*THE TRANSFORMATIVE CONSTITUTIONALISM AND THE “INEVITABLE DIALOGUE”:
THE INFLUENCE OF IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE IN THE CONSOLIDATION
OF RIGHTS IN LATIN AMERICA*

Mônia Clarissa Hennig Leal

Pós-Doutorado na Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professora Visitante junto à Ernst-Moritz-Arndt Universität Greifswald (Alemanha). Pesquisadora Visitante junto à Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha) e junto à Paris-Lodron Universität Salzburg (Áustria). Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq, Rio Grande do Sul (Brasil).

E-mail: moniah@unisc.br.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6628165246247243>.

Grégora Beatriz Hoffmann

Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade II. Membro do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional Aberta”, vinculado e financiado pelo CNPq e à Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, desenvolvido junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas - CIEPPP (financiado pelo FINEP), ligado ao PPGD da UNISC. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Funcionária pública municipal, Rio Grande do Sul (Brasil).

E-mail: gregora.hoffmann@gmail.com.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0723716677177245>.

Submissão: 30.04.2020.

Aprovação: 10.05.2021.

RESUMO

O constitucionalismo transformador tem como objetivo atribuir força normativa às normas constitucionais que tratam da garantia de direitos humanos, da implementação da democracia e do Estado de Direito em regiões onde ainda são promessas não consolidadas. A interpretação evolutiva dos direitos humanos, possível apenas com a redemocratização dos países da América Latina após meados da década de oitenta do século XX, e potencializada com o caráter aberto das Constituições latino-americanas, tem o controle de convencionalidade como fio condutor do diálogo entre jurisdições. A harmonização do direito interno com o interamericano torna possível a formação de um direito comum, *Ius Constitutionale Commune*, tendo como base *standards* mínimos, cláusulas pétreas essenciais na formulação, interpretação e invalidade de normas internas e interamericanas. Sendo assim, indaga-se qual a importância da influência do *Ius Constitutionale Commune* na consolidação

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

da democracia e do Estado de direito nos países da região, que ainda sofrem as consequências da colonização portuguesa e espanhola, seguida de longos anos de regimes ditatoriais.

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo transformador, diálogo, controle de convencionalidade, *ius constitutionale commune*.

ABSTRACT

*The Inter-American System of Human Rights has support from the Transformative Constitutionalism in the region. An enhanced interpretation of human rights was possible with the return of the democracy of the countries of Latin America after the mid-eighties, the 20th century. It has also improved the openness of the Latin American Constitutions and conventionality control to create a more seamless legal system between the internal system of Latin American countries and the Inter-American Rights System. The standardization of internal and Inter-American systems allows the creation of a common law, *ius constitutionale commune*, based on minimal standards, fundamental clauses, which are essential to the creation, interpretation, and invalidity of internal and Inter-American rules. Taking that into consideration, the importance of the influence of *ius constitutionale commune* to the consolidation of the democracy and the rule of law in the countries of the region is called into question, considering they still suffer the consequences of Portuguese and Spanish colonization, followed by long years of dictatorial regimes.*

KEYWORDS: transformative constitutionalism, dialogue, conventionality control, *ius constitutionale commune*.

1 INTRODUÇÃO

A concepção moderna de direitos humanos, pautada na primazia da dignidade da pessoa humana, com múltiplos níveis de proteção - local, regional e global - é fruto do consenso entre os Estados para evitar novas guerras após as graves violações de direitos humanos cometidas durante a Segunda Guerra Mundial.

Na América Latina, após o Pacto de São José da Costa Rica e a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta, na condição de tribunal intérprete máximo das disposições da Convenção Americana, constituiu-se um sistema com ferramentas importantes na concretização dos direitos protegidos pela Convenção Americana e tidos como basilares em nossa sociedade, estabelecendo-se mecanismos internacionais de proteção adicionais aos previstos nos sistemas nacionais.

O objetivo é a interação dinâmica entre o sistema nacional ou interno e o internacional sempre em primazia da norma mais favorável à pessoa humana, isto é, a interpretação das normas jurídicas deve seguir o princípio *pro homine*,

Na prática houve um processo de constitucionalização do direito internacional, assim

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

como uma internacionalização do direito constitucional através do processo dialógico entre sistemas de proteção de direitos.

Isso foi possível especialmente em razão das cláusulas de abertura ao direito internacional previstas nas constituições dos países latino-americanos. Sendo assim, em matéria de proteção dos direitos humanos, vêm-se estreitando as fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional. Desenvolveu-se, na América Latina, um projeto de amadurecimento do direito constitucional, permeado por um sistema regional de proteção dos direitos humanos. Esse sistema regional abrange as disposições da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou “Pacto de San José da Costa Rica”, do “Protocolo de San Salvador”, assim como outros acordos celebrados em âmbito regional, e a atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Através da harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais às normas e interpretações da Convenção Americana e aplicação do controle de convencionalidade, vem edificando o *corpus iuris*, e concomitantemente promovendo a composição do *Ius Constitutionale Commune* na região, possibilitando mudanças sociais nos países de democracia tardia da região.

2 DA CRIAÇÃO DOS SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Foi o período pós-guerra que desencadeou a concepção moderna do direito internacional e dos direitos humanos, e a ideia de que um efetivo sistema de proteção universal de direitos humanos poderia prevenir novas violações de direitos, atrocidades e horrores como os cometidos pelo regime nazista, justificados por um projeto político e industrial, onde a titularidade de direitos era condicionada a pertinência a determinada raça (PIOVESAN, 2010, p. 121-122).

A dignidade da pessoa humana se consolida como superprincípio global. Isso significa a primazia da melhor proteção da pessoa humana, independentemente da fonte, nacional ou internacional, ou da nacionalidade do sujeito, na compreensão de que o princípio da dignidade da pessoa humana demanda múltiplos níveis de proteção, com um olhar fundado essencialmente na norma mais protetiva (BORGES; PIOVESAN, 2019, p.9).

Fez-se necessária a reconstrução dos direitos após a ruptura e o legado de destruição da Segunda Guerra, na certeza de que

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

[...] a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob esse prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser concebida como questão doméstica de um Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional (PIOVESAN, 2010, p. 123).

O surgimento da ONU, em substituição a Liga das Nações, e a Carta das Nações Unidas em 1945, se deu sobretudo na perspectiva de constituir um sistema global de proteção para garantir a paz e a estabilidade internacional, e evitar o surgimento de novas guerras após as atrocidades cometidas principalmente na Segunda Guerra Mundial, e consolida, assim, a internacionalização dos direitos humanos a partir do consenso entre os Estados, sendo que a relação dos Estados com os seus nacionais, passou a ser uma problemática internacional (PRONER, 2002, p. 70).

Os princípios e valores do sistema das Nações Unidas se estabelecem como fonte direta para a consagração de direitos humanos nos sistemas “regionais” de proteção – europeu, americano, africano e árabe – universalizando e padronizando, assim, os procedimentos e mecanismos internacionais de proteção (PRONER, 2002, p. 29).

Os sistemas regionais agrupam países, sendo que cada um dos sistemas possui autonomia com relação aos demais, mas se estruturam e tem como base os mesmos princípios já instituídos pela Declaração Universal e pelos Pactos Internacionais das Nações Unidas (PRONER, 2002, p. 78).

Essa distribuição regional visa fortalecer a homogeneidade cultural e institucional de seus membros, vez que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, embora jamais possa ser invocada para justificar a violação de qualquer direito humano. Ademais, configura-se como um sistema subsidiário, apresentando instrumentos adicionais de proteção quando os sistemas nacionais falham a sua responsabilidade primária na tutela dos direitos fundamentais. Na interação dinâmica entre o sistema nacional ou interno e o internacional a interpretação das normas jurídicas, sustentada na racionalidade, deve seguir o princípio *pro homine* de interpretação (CORREIA, 2008, p. 70-71). Significa dizer que no caso de conflito de normas ou interpretações deve prevalecer o entendimento mais favorável à pessoa humana.

No que diz respeito especificadamente ao Sistema Americano de proteção do Direitos Humanos, a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Convenção sobre Direitos Humanos, de caráter obrigatório e de ainda mais relevância por estabelecer um aparato de monitoramento e implementação de direitos humanos, destacam-se como base regulatória dos

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

mecanismos e procedimentos que visam o desenvolvimento e fortalecimento desse sistema regional (CORREIA, 2008, p. 90).

Conforme a la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, los Estados Partes asumen el compromiso de respetar los derechos humanos reconocidos en ella, y de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (AYALA CORAO, 2013, p.3).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos foi criado para denunciar internacionalmente problemas internos e alertar, denunciar possíveis retrocessos ou violações de direitos humanos dos países membros. Suas decisões vinculam todos os Estados que reconhecem sua jurisdição em casos análogos, sendo obrigatória a observância das decisões bem como sua aplicabilidade como parâmetro na formulação e execução das normas internas. Trata-se de um reflexo do controle exercido pela Corte, que pode ser classificado como um controle externo concentrado tanto repressivo como preventivo.

Dessa forma, faz-se necessário adequar o direito interno às disposições e proposições da Convenção, sendo que o Estado, ao adotar medidas internas na atuação normativa de proteção, pode garantir além do convencionado, porém não menos em decorrência dos princípios da progressividade e do julgamento sempre em favor da pessoa humana. De forma alguma pode ser admitido o retrocesso em termos de garantias de direitos humanos.

En definitiva, la obligación de los Estados de adoptar las decisiones necesarias para dar cumplimiento a las decisiones de la CIDH y la Corte IDH puede materializarse en actos de naturaleza legislativa, ejecutiva, judicial o de cualquier otra. Ello dependerá en definitiva de la naturaleza de la medida reparatoria que sea necesario adoptar en el derecho interno para dar cumplimiento efectivo a la decisión de órgano internacional. En este sentido, es al Estado a quien le corresponde adoptar en su derecho interno las medidas necesarias para hacer efectiva la decisión internacional (AYALA CORAO, 2013, p.67)

Ocorre que a abertura das constituições, com a inclusão de novas disposições em matéria de direitos, como também a exigência dos mesmos na prática, fruto do intercâmbio jurídico que traz reflexos em toda a mentalidade constitucional, vai ao encontro do objetivo predominante dos Estados: criar e consolidar uma comunidade em prol do benefício e do bem-estar dos cidadãos. (BORGES; PIOVESAN, 2019, p. 7)

Os problemas e desafios comuns dos países da América Latina e suas particularidades tornam o diálogo global-regional-local, especialmente a jurisprudência do Sistema

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

Interamericano e seus reflexos, ainda mais impactante dentro do novo contexto jurídico do século XXI.

3 CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR: ABERTURA CONSTITUCIONAL E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem como pilar a ideia do constitucionalismo transformador na região, importante para os avanços alcançados em matéria de direitos humanos na América Latina (BOGDANDY, 2019, p. 231). O constitucionalismo transformador consiste em “um projeto que tem por objetivo o cumprimento das promessas centrais das constituições, especialmente em relação à garantia de direitos humanos, à implementação da democracia e do estado de direito (CAMPOS MELLO, 2019, p. 254)”. A transformação se dá justamente através da materialização das normas constitucionais dotadas de força normativa.

A interpretação evolutiva da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), fundamento jurídico de uma jurisprudência em direitos humanos, constituindo-se como o documento mais importante no estudo do direito constitucional a partir do direito internacional, instrumento base, inclusive, do que se denomina *Ius Constitutionale Commune* na América Latina, promove esse constitucionalismo transformador (BOGDANDY, 2019, p. 232).

A construção de um direito comum, tendo por essência o *corpus iuris* interamericano, é possível graças à harmonização dos ordenamentos jurídicos dos Estados-partes da Convenção Americana de Direitos Humanos e do uso do controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade constitui-se, de modo geral, como uma revisão das normas internas ou interpretação conforme, tendo como parâmetro os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Tal instrumento passou a ser utilizado principalmente após a Segunda Guerra Mundial com a nova guinada dos direitos humanos, que refletiu no direito internacional, causando a quebra de fronteiras e barreiras na busca pela norma mais protetiva ao indivíduo nas relações interjurisdicionais (HARDMAN, 2018, p. 218-219).

A noção de controle de convencionalidade propriamente dita foi desenvolvida pela própria Corte IDH, que estabeleceu, no Caso Almonacid Arellano vs. Chile, que “todos os juízes nacionais são, também, juízes interamericanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2006, p. 53)”, estabelecendo, assim, uma lógica de controle difuso de convencionalidade e uma concepção que compreende essa atuação, a um só tempo, como um “dever” e como uma “prerrogativa”.

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana (CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS, 2006, p. 53).

Trata-se de um espaço de convergência constitucional que visa compatibilizar as jurisdições internas às premissas supranacionais. A supranacionalidade torna os estudos constitucionais mais abrangentes, já que ultrapassam a concepção de que a Constituição é o instrumento central na relação do Estado com os cidadãos, e a tutela do homem passa a ser objeto de um direito internacional transfronteiriço (HARDMAN, 2018, p. 217-218).

Nessa perspectiva, o controle de convencionalidade estreitou as fronteiras entre o direito constitucional e o direito internacional de tal maneira que hoje não é possível estabelecer-se uma linha clara de distinção entre ambos. O processo constante de retroalimentação e interdependência entre os dois níveis inaugurou uma era da interdependência, uma era marcada pelo realinhamento interdisciplinar, pelo pluralismo normativo e pelo diálogo entre ordenamentos:

El control de convencionalidad que debe ser desarrollado por los jueces nacionales implica internalizar en su actividad jurisdiccional que son jueces interamericanos en el plano nacional, debiendo siempre garantizar los atributos de los derechos contenidos en la CADH, impidiendo que éstos sean afectados por normas jurídicas de derecho interno o conductas y actos de agentes del Estado que desconozcan los estándares mínimos determinados convencionalmente (ALCALÁ, 2012, p.60).

Ainda que as Constituições enumerem direitos em seus textos, a incorporação de normas relativas a direitos humanos consagradas em tratados internacionais e em interpretações atribuídas a essas normas, em especial as alcançadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, traz à tona a fusão num único sistema de direitos com fonte interna e internacional. Trata-se de um processo decorrente de uma constante expansão, reflexo da abertura ao diálogo entre múltiplos níveis de proteção (BORGES; PIOVESAN, 2019, p.10).

No âmbito da teoria constitucional, o sistema jurídico composto por níveis múltiplos é

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

tratado, especialmente, pelas teorias da interconstitucionalidade e do transconstitucionalismo. A teoria da interconstitucionalidade sugere uma rede integrada de Constituições na busca pela melhor norma protetiva de direitos humanos através do compartilhamento de experiências supranacionais (HARDMAN, 2018, p. 222).

Nesse sentido,

toda a discussão interconstitucional envolve não só o tipo de relacionamento existente dentre a celeuma de constituições e disposições nacionais que devem respeito a uma sistemática comum de defesa e proteção de direitos humanos, mas também interação das Cortes Constitucionais. Os tribunais tomam nova substancialização conforme esta teoria, pois deixam de ser meras Cortes Nacionais e passam a ser aplicadores de disposições comuns ao bloco de nações e mesmo dispositivos constitucionais pertencentes a nações integrantes do mesmo conjunto constitucional (HARDMAN, 2018, p. 214).

Sob a perspectiva da teoria do transconstitucionalismo e considerando que o “Estado deixou de ser um *lucus* privilegiado de solução de problemas constitucionais (NEVES, 2011, p. 283)”,

o transconstitucionalismo tende ao envolvimento de mais de duas ordens jurídicas, sejam elas da mesma espécie ou de tipos diversos. Essas situações complexas apontam para um sistema jurídico mundial de níveis múltiplos, no qual ocorre um transconstitucionalismo pluridimensional, que resulta da relevância simultânea de um mesmo problema jurídico-constitucional para uma diversidade de ordens jurídicas (NEVES, 2011, p. 268).

Sendo assim, a solução de problemas jurídicos perpassa diversos tipos de ordens jurídicas, envolvendo tribunais estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas (NEVES, 2011, p. 255).

Dessa forma, tem-se por constitucionalismo transformador a interpretação e aplicação das normas constitucionais visando a uma mudança social profunda, desafiando a violência generalizada, a exclusão social e a desigualdade nos países da América Latina, que convivem com debilidade das principais instituições nacionais, afetadas especialmente pelo hiperpresidencialismo, pela falta de independência judicial e pela corrupção (BOGDANDY, 2019, p. 232).

As mudanças necessárias para a garantia dos direitos humanos requerem a atuação e esforço de múltiplos atores da sociedade e não apenas dos tribunais. Nessa linha, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) tem tratado do controle de convencionalidade, isto é, a interpretação avançada dos direitos humanos, considerando a doutrina e a jurisprudência dos tratados internacionais dos quais os países tenham aderido, como responsabilidade não somente do Poder Judiciário, mas sim a cargo de todas as instituições responsáveis pela promoção e proteção dos direitos humanos (BOGDANDY, 2019, p.232).

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

Em pelo menos dois casos brasileiros julgados pela Corte IDH, “Herzog e outros vs. Brasil” e “Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil, o Tribunal fixa este posicionamento em sentença:

A Corte julga oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo a qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte, e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Partes vinculam todos os seus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

A evolução das constituições da maioria dos países da América Latina ocorreu a partir dos anos oitenta do século passado, tendo em vista que até os anos sessenta e setenta predominavam governos autoritários e repressivos na região¹. Com a transição para a democracia, partindo-se da máxima “ditadura nunca mais”, os países não só incluíram em suas Constituições extensos catálogos de direitos, como também abriram a ordem jurídica interna ao aderirem a tratados internacionais de direitos humanos para fortalecer ainda mais sua garantia (BOGDANDY, 2019, p. 234).

Ainda que o fenômeno do constitucionalismo transformador não se limite à região latino-americana, sim, porque há outros países, como a África do Sul, onde esse processo se dá com características semelhantes, nos países da América Latina o fenômeno destaca-se em dois aspectos:

Primeiro, seu constitucionalismo transformador não é apenas apoiado pela constituição nacional, mas também por um regime internacional com duas instituições operativas: a Comissão e a Corte Interamericanas. Segundo, esse sistema de dois níveis é complementado por um diálogo horizontal entre instituições nacionais que compartilham essa visão, fundamentalmente: os juízes nacionais encarregados da justiça constitucional, mas também os membros do Ministério Público (fiscales) e os Defensores do Povo (*defensores del pueblo*), as ONGs e, entre outros, o Instituto Iberoamericano de Direito Constitucional. Por meio desse discurso regional, as instituições nacionais de vários países envolvidas com o desenvolvimento de um constitucionalismo transformador apoiam-se mutuamente e, portanto, fortalecem esse fenômeno. O plano internacional é essencial para essa ancoragem horizontal, porque as decisões da Corte Interamericana produzem

¹ Países que foram afetados por esses regimes ditatoriais e que fizeram a transição para a democracia, enquadrando-se no constitucionalismo transformador: Brasil, Venezuela, Colômbia, Guatemala, Peru e Uruguai.

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

grande parte do conteúdo que impulsiona o discurso regional. Os juízes nacionais podem estabelecer laços mais profundos quando discutem sobre um sistema regional comum, sobre casos que dizem respeito a todos. Esse processo dinâmico tem lugar em um entrelaçamento contínuo e, assim, sustenta a legitimidade da Corte Interamericana, cujo fundamento é formado por uma densa rede de raízes finas que crescem profundamente no tecido social de cada Estado da região (BOGDANDY, 2019, p. 234-235).

Sendo assim, a Corte IDH através de sua jurisprudência, estabelece elementos significativos para o raciocínio jurisprudencial e para a prática judicial constitucional. Isso contribui para o desenvolvimento do constitucionalismo transformador já que através do controle de convencionalidade e do diálogo entre instituições encarregadas pela justiça constitucional, as decisões da Corte não só afetam as partes do litígio como também norteiam as decisões posteriores relativas à matéria de todos os juízes nacionais, que se tornam juízes interamericanos, ampliando o alcance da Convenção Americana e formando um direito comum, o que se denomina *Ius Constitutionale Commune* da América Latina (BOGDANDY, 2019, p.235).

A articulação dialógica entre o direito constitucional e o direito internacional dos direitos humanos, caracterizada por uma rede de múltiplos níveis de proteção aos direitos humanos, no qual encontra-se o Sistema Regional Interamericano, modificou o universo jurídico no campo dos direitos humanos (BORGES; PIOVESAN, 2019, p.5). A tutela universal dos direitos humanos é associada à figura da pessoa humana e a ela é intrínseca, independente do seu Estado nacional:

La internacionalización del diálogo de los jueces es la manifestación de la desnacionalización del diálogo. El juez tradicionalmente vinculado a un territorio estatal como a procedimientos de derecho interno y a un sistema de normas específicas es inducido a abrirse a otros jueces y a otros universos sistémicos de normas jurídicas. (ALCALÁ , 2012, p. 57-58)

O processo dialógico pelo uso do controle de convencionalidade na busca pela harmonização dos ordenamentos jurídicos nacionais às normas e interpretações da Convenção Americana, dadas as cláusulas de abertura ao direito internacional previstas nas constituições dos países latino-americanos, especialmente em matéria de proteção dos direitos humanos, vem edificando o *corpus iuris*, e concomitantemente promovendo a composição do *Ius Constitutionale Commune* na região (BORGES; PIOVESAN, 2019, p.5):

En el caso interamericano, el control de convencionalidad ha sido postulado y exigido reiteradamente, en más de una docena de casos, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como tarea suya y de los jueces

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

nacionales. Obliga a inaplicar el derecho local opuesto al Pacto de San José de Costa Rica y a la jurisprudencia de la Corte sobre el mismo, y a hacer funcionar al derecho interno conforme a esos parámetros (SAGUÉS, 2010, p.34)

As decisões da Corte IDH produzem um duplo efeito: ao mesmo tempo em que de pronto têm efeitos subjetivos entre as partes do caso concreto, com eficácia direta e imediata, também refletem objetivamente na *res interpretata*, que constitui standard interpretativo mínimo da Convenção Americana, componente do *corpus iuris* interamericano, com dever de observância *prima facie* pelos demais Estados. Dessa forma, o posicionamento da Corte tem eficácia *erga omnes* com relação à *res interpretata*, vinculando todos os países que reconhecem sua jurisdição, ainda que não tenham sido partes:

Proferido um precedente pela Corte IDH, espera-se que cada país o tenha em consideração quando da apreciação dos casos que lhes são submetidos, de forma a aplicar a norma convencional com o significado que lhe é atribuído pela Corte IDH. Caso contrário, o país deve se desincumbir de um ônus argumentativo especialmente forte na apresentação de razões relevantes para não o fazer. (CAMPOS MELLO, 2019, p. 258)

Tal produção do direito por meio da interação entre múltiplos atores e ordens jurídicas distintas, mas com problemas jurídicos semelhantes, engajados no diálogo que possibilite a construção e compreensão acerca do alcance dos direitos, constitui o que se designa “constitucionalismo em rede” (CAMPOS MELLO, 2019, p. 259).

Dentre as funções desempenhadas pelo constitucionalismo em rede tem-se a informacional, a dialógica, a de definição de *standards*, a motivacional, de monitoramento e de cooperação recíproca. Informacional através da orientação e apoio técnico mútuo a cada novo caso ou questão, dialógica pela convergência e engajamento argumentativo, pelo uso de elementos do direito internacional na jurisprudência interna dos países, para fundamentar suas decisões, sendo que estas não podem fugir dos padrões mínimos de proteção definidos pelos *standards*, buscando sempre a identificação das melhores práticas em determinadas matérias, orientadas pelo princípio *pro homine*, motivados por um ideal em comum, que permite o monitoramento e cooperação recíproca em prol do reconhecimento universal dos direitos humanos, inerente a todo sujeito, independentemente de sua nacionalidade, a fim de evitar qualquer tipo de retrocesso substancial dos direitos humanos nos países que compõem a rede (CAMPOS MELLO, 2019, p. 260-261).

Nesse sentido pode-se dizer que o

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

[...] *constitucionalismo em rede* opera, portanto, como um *soft power* em matéria de proteção aos direitos humanos, à democracia e ao estado de direito. Abre caminho para o intercâmbio, para o diálogo e para o aprendizado recíproco entre distintas ordens. Dá ensejo ao estabelecimento de standards mínimos de proteção e à definição das melhores práticas. Cria incentivos reputacionais e mecanismos de monitoramento e de cooperação recíproca entre os agentes da rede. Nessa medida, favorece a progressiva adoção de níveis mais altos de concretização de direitos humanos e estabelece mecanismos de resiliência contra retrocessos em ordens sob ameaça (CAMPOS MELLO, 2019, p.262).

Após regimes ditatoriais marcados por violações maciças de direitos humanos, os países latino-americanos constataram a necessidade de formação de um sistema de proteção regional, enfatizando a importância jurídica da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, inclusive dentro de suas próprias constituições, integrando-a, assim, ao ordenamento jurídico interno (BOGDANDY, 2019, p. 236):

Esta integración tutelar de los derechos humanos entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional ha dado lugar a lo que hemos llamado. El Derecho de los derechos humanos como nueva rama del derecho, que se nutre de ambas disciplinas para formar una nueva (AYALA CORAO, 2013, p.6)

O conjunto normativo formado pela constituição nacional e pela Convenção permite a mutação constitucional através da interpretação evolutiva que considera as mudanças morais e políticas e a influência que estas podem produzir sobre o significado da lei, sem que ocorram mudanças formais no seu texto necessariamente:

En el ámbito americano y particularmente latinoamericano, la protección de los derechos humanos a través del mecanismo que hemos denominado el amparo interamericano está permitiendo la configuración de una jurisdicción constitucional interamericana de los derechos humanos, que está en vías de consolidarse con los avances hacia el reconocimiento expreso de su jurisprudencia por las jurisdicciones constitucionales nacionales (AYALA CORAO, 2013, p.73).

Esse processo evolutivo fica ainda mais fortalecido com a participação de organizações da sociedade civil e o reconhecimento dos atores nacionais da importância da Corte IDH para enfrentar entraves burocráticos que dificultam a implementação de direitos. A participação popular resulta no fortalecimento da sociedade e proporciona, também, a consolidação da representatividade, da capacidade e da responsabilidade institucional do Estado.

4 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE X CONTROLE DE FUNDAMENTALIDADE

Como visto, após meados da década de oitenta, grande parte dos países da América Latina passou pela transição democrática que culminou na elaboração de novas constituições, constituições estas classificadas como constituições-programa. Através delas buscava-se instaurar uma nova ordem político-social, com um amplo rol de direitos para dirigir a atuação dos governantes e combater o autoritarismo, a desigualdade e a exclusão (CAMPOS MELLO, 2019, p.253).

A fim de concretizar tais direitos, as constituições latino-americanas ampliaram a jurisdição constitucional, empoderando as cortes para consolidar a democracia e instaurar um Estado de Direito. Nesse sentido, o “constitucionalismo transformador constitui uma estratégia importante de avanço em matéria de direitos humanos, democracia e Estado de Direito, bem como um elemento de resiliência e proteção contra retrocessos (CAMPOS MELLO, 2019, p. 254)”.

O constitucionalismo transformador se estabelece no sentido da busca por consolidar a democracia e o Estado de Direito em regiões em que ainda são promessas não consolidadas. Dentro da América Latina, os países compartilham historicamente problemas semelhantes, visto que foram colônias de Portugal e Espanha e, em sua grande maioria, foram marcados por governos autoritários durante longos anos, com grande concentração de poder no Executivo, que deu origem ao fenômeno do hiperpresidencialismo, típico na região, e que não conseguiu ajustar o Estado às necessidades de transformação social. Por hiperpresidencialismo compreende-se o fenômeno em que

[...] presidentes eleitos pelo voto popular, que concentram competências muito substanciais e grande capacidade de determinação do destino do país. Originalmente, grande parte das constituições consagrava princípios de não reeleição dos chefes do Executivo, como forma de assegurar maior alternância democrática. Entretanto, com o passar do tempo, seus textos foram emendados, de forma a permiti-la, favorecendo o alongamento de tais autoridades no poder e, portanto, reforçando a sua concentração (CAMPOS MELLO, 2019, p. 253-254).

A baixa institucionalidade, a precariedade das instituições e a dificuldade em definir a fronteira entre a esfera pública e a esfera privada, definindo a figura do agente público frente à coisa pública faz como que este se aproprie do Estado em benefício próprio e não em prol dos interesses da *res publica* (CAMPOS MELLO, 2019, p. 254). Tal cenário de apropriação das

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

instituições, propício para a corrupção, fomenta, por sua vez, o ciclo da exclusão.

Nessa perspectiva, o constitucionalismo transformador combina supraestatalidade, isto é, um sistema regional de proteção aos direitos humanos que ultrapassa as fronteiras estatais, pluralismo dialógico entre ordens nacionais e internacionais, partindo especialmente das disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e demais pactos, das constituições nacionais e dos entendimentos manifestados pelos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) e pelas cortes nacionais sobre a matéria, e atuação judicial para construir um *Ius Constitutionale Commune na América Latina* (ICCAL). Assim, tem-se um corpo de direitos regional, com *standards* mínimos em matéria de direitos humanos que reflitam em avanços na consolidação da democracia e do Estado de Direito nos países da região que fazem parte do SIDH (CAMPOS MELLO, 2019, p.256).

Diante disto,

[...] o ICCAL constitui, portanto, uma proposta plural de *superação do horizonte puramente estatal* a respeito da proteção de direitos humanos e da implementação da democracia e do estado de direito. Nessa medida, é uma estratégia para contornar as idiosincrasias internas inerentes aos países da região — como a baixa institucionalidade, a concentração de poderes e o caráter excludente de parcelas da população. Pela mesma razão, o ICCAL pode constituir um instrumento de resiliência democrática em situações internas de ameaça de retrocesso, oferecendo *standards* mínimos de proteção em momentos de paixões autoritárias (CAMPOS MELLO, 2019, p.258).

Evidente que é fundamental para o pluralismo dialógico a abertura ao diálogo aos mais diversos atores da sociedade e agentes públicos.

Entretanto, o Poder Judiciário tem papel de destaque como implementador e ampliador desses *standards* mínimos e do constitucionalismo transformador, vez que participa do pluralismo dialógico ao mesmo tempo em que precisa ter em conta as decisões da Corte IDH como um elemento relevante a ser considerado em suas decisões. Tal interação é muito enriquecedora para o processo decisório de cada qual (CAMPOS MELLO, 2019, p.258), pois,

Con base en las consideraciones anteriormente expuestas, se puede concluir que em Latinoamérica se ha consolidado constitucional y convencionalmente un estándar mínimo común en materia de protección efectiva de los derechos humanos, a través de la influencia integradora de la Convención Americana y la jurisprudencia de los órganos del sistema interamericano, con la jurisprudencia constitucional. Ello ha llevado a la existencia de un núcleo fundamental o esencial de derechos que se impone a los países, constituyendo así una base común, un nuevo *ius commune* para las Américas y concretamente para Latinoamérica (AYALA CORAO, 2013, p.72).

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

O *Ius Commune*, ao estabelecer *standards* mínimos de proteção em matéria de direitos humanos, torna-os essência do Sistema Interamericano, e sendo assim, não podem ser desrespeitados ou suprimidos. Devem, outrossim, seguir de guia para formulação, interpretação e invalidade de normas internas e interamericanas (BORGES; PIOVESAN, 2019, p.19).

Como o estabelecimento de *standards* mínimos de proteção em matéria de direitos humanos se dá pela conjunção de dois níveis de proteção, isto é, o constitucional e o convencional, o nacional e o internacional, os juízes nacionais e interamericanos, através de perspectiva dialógica de cooperação coordenada e construtiva, devem aplicar e interpretar a Convenção Americana de direitos humanos em uma mesma direção. Com isso, tem-se o movimento concomitante de constitucionalização dos direitos assegurados pelo sistema interamericano e da internacionalização do direito constitucional (BORGES; PIOVESAN, 2019, p.11)

Ocorre que ainda que a ideia seja a harmonia entre os sistemas internos e interamericano, tendo em vista inclusive que não existe uma relação hierárquica entre os sistemas, podem surgir conflitos na análise da aplicabilidade dos sistemas, isto é, entre o exercício do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade.

Esse conflito fica claro, por exemplo, na análise das sentenças da Corte Interamericana nos casos “Herzog e outros vs. Brasil”, com sentença em 15 de março de 2018, e “Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) vs. Brasil, com sentença em 24 de novembro de 2010. Ambos os casos se referem à suposta responsabilidade internacional do Estado pela situação de impunidade dos responsáveis pelas violações de direitos humanos cometidas durante o regime militar, visto que o Brasil não os investigou, processou ou sancionou penalmente. Tal impunidade seria causada, entre outros motivos, pela Lei nº 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada durante a ditadura militar brasileira.

A Lei de Anistia foi sancionada em 28 de agosto de 1979, pelo General João Baptista Figueiredo, concedendo anistia nos seguintes termos:

Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2º - Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, sequestro e atentado pessoal.

No julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153), em 29 de abril de 2010, desconsiderando todas as determinações da Corte IDH no sentido de que não são admissíveis as leis de anistia, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por sete votos a dois, que a Lei de Anistia era compatível com a Constituição brasileira de 1988 e rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por uma revisão da lei, reafirmando sua vigência. Essa decisão tem eficácia *erga omnes* e vinculante a respeito de todos os órgãos do poder público brasileiro.

Ocorre que a Corte Interamericana se manifestou contrária à utilização da mencionada lei como justificativa legal para o Estado não investigar, processar ou sancionar penalmente os responsáveis pelas violações de direitos humanos perpetradas por agentes da repressão política e cometidas durante o regime militar. Destacou a importância do dever estatal diante da gravidade dos delitos cometidos e da natureza dos direitos lesados, representando um ataque sistemático contra a população civil (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Dessa forma, a Corte definiu que a Lei de Anistia não pode representar um obstáculo para a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos, mas apesar disso, o Estado brasileiro deixou de adotar as medidas necessárias para reabrir as investigações penais de graves violações de direitos humanos, incorrendo em responsabilidade internacional por omissão.

O Brasil faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sistema no qual reiteradamente já foi discutida a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, especialmente quando se trata de graves e evidentes violações de direitos humanos e delitos de direito internacional. Os pronunciamentos da Corte Interamericana configuram decisão vinculante, e esses pronunciamentos adquirem ainda mais força em relação a fatos que são manifestamente incompatíveis com a letra e o espírito do Pacto de San José da Costa Rica.

Ainda que o Tribunal regional compreenda a importância da emissão de leis de anistia na transição do regime militar para a democracia e no encerramento das hostilidades em conflitos armados de caráter não internacional para possibilitar o retorno à paz, os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade não podem ser anistiados e permanecer na

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

impunidade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Ademais, conforme a jurisprudência constante e uniforme da Corte, a prescrição em matéria penal, a qual determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso do tempo e sendo assim limita o poder punitivo do Estado, é inadmissível e inaplicável quanto se trata de graves violações dos direitos humanos nos termos do Direito Internacional. Isso porque a interpretação é de que o crime nesse caso se perpetua ao longo do tempo. Entretanto, também é um dos argumentos utilizados pelos Estados que defendem a aplicabilidade de leis de anistia (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Para a Corte Interamericana, as leis de anistia, em casos de graves violações de direitos humanos, impedem a investigação e a punição dos responsáveis, assim como o acesso das vítimas e seus familiares à verdade sobre o ocorrido e às reparações. Isso impede o pleno, oportuno e efetivo império da justiça nos casos pertinentes, favorecendo, por outro lado, a impunidade e a arbitrariedade (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2018).

Tudo isso traz prejuízo ao Estado de Direito, razão pela qual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos já declarou que, à luz do Direito Internacional, as leis de anistia carecem de efeitos jurídicos, principalmente em países que integram o sistema, como o Brasil.

A solução para casos como esse perpassa o uso de um critério hermenêutico: a existência de norma mais protetiva ou menos restritiva dos direitos envolvidos, prevalecendo sempre, em decorrência do princípio *pro homine*, a mais protetiva, tendo como referência maior a prevalência da dignidade humana. (BORGES; PIOVESAN, 2019, p.18)

Isso vem ao encontro do denominado controle de fundamentalidade e o imperativo de respeito ao *corpus iuris*:

O Controle de fundamentalidade expressa a força do *corpus iuris* na sustentação do Sistema Regional Interamericano, representando o standard comum a cada ordenamento nacional e, do mesmo modo, do ordenamento interamericano. Juízes interamericanos e nacionais devem praticá-lo no exercício do controle de convencionalidade e constitucionalidade, por meio da aplicação do *corpus iuris* já constituído, e se manterem atentos à sua evolução. Nesse sentido, o Controle de fundamentalidade a partir do *corpus iuris* se mostra imprescindível para solucionar possíveis conflitos entre o exercício do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade (BORGES; PIOVESAN, 2019, p. 19).

Sendo assim, o mandato outorgado à Corte IDH e aos juízes para promover um constitucionalismo transformador na América Latina é um mandato aberto, mas não indeterminado. Isso porque a eles não é dada total discricionariedade de decidir. Estes não só

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUCIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

são restringidos pelos desafios que vêm da realidade social ao interpretar a Convenção à luz da realidade social na América Latina, como também são guiados pela moldura dos casos análogos, pela metodologia jurídica, pela colegialidade, pelos precedentes e pela necessidade de construir constitucionalismo transformador criativo que responda a deficiências estruturais da região (BOGDANDY, 2019, p. 241).

Nessa perspectiva, o mandato da Corte IDH, como intérprete final da Convenção, vai muito mais além do decidir se houve, no caso concreto, uma violação à Convenção Americana.

O cumprimento não deve ser o critério decisivo para avaliar o funcionamento de um tribunal internacional, sobretudo de uma corte de direitos humanos que lida com problemas estruturais, especialmente quando o seu mandato é contribuir para um constitucionalismo transformador. A Corte Interamericana, ao exercer esse mandato, em geral ordena reparações que muitas vezes são difíceis de acatar integralmente, como a perseguição de indivíduos que fazem parte de grupos sociais poderosos. Se a Corte aspirasse a um cumprimento total, teria que renunciar ao seu mandato, o que carece de sentido. No constitucionalismo transformador, o critério de cumprimento deve dar lugar a parâmetros de avaliação mais amplos, como o impacto da Corte IDH. Isso é válido para o processo (e não apenas para o resultado) de cumprimento e para os inúmeros atores nele envolvidos (BOGDANDY, 2019, p.243)

A ênfase deve ser o impacto a longo prazo do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, dos direitos humanos previstos na Convenção Americana, que se há quarenta anos atrás eram cláusulas latentes, hoje têm forte impacto sobre as constituições nacionais e sua interpretação transformadora. Na busca pelo exercício efetivo dos direitos, a Corte vem, em suas decisões, buscando resolver os problemas estruturais através de sentenças estruturantes e das garantias de não-repetição da violação (LEAL; AZEVEDO, 2016, p. 461).

O Estado tem o dever de proteção dos direitos, buscando prevenir e evitar qualquer violação. Considerando-se a relevância de se proteger os direitos humanos, a Corte tem um papel importante no sistema internacional quanto à proteção de tais direitos, vez que por meio de suas decisões determina não apenas a reparação do dano individual, como também a adoção de garantias de não-repetição da violação por meio de políticas necessárias para resolver o problema generalizado que foi detectado.

Significa dizer que as decisões não visam unicamente a composição individual envolvida no litígio, pois

[...] os magistrados, ao perceberem que a solução individual do litígio não impedirá futuras violações aos direitos humanos e fundamentais, impõem

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

medidas positivas aos estados. Isto porque tais violações possuem sua gênese em questões estruturais do próprio ente estatal, as quais, de modo sistemático, produzem um déficit na proteção a esses direitos e continuam perpetuando as lesões aos direitos humanos e fundamentais. (LEAL; AZEVEDO, 2016, p. 457)

Percebe-se que simples reparação do dano individual não garantiria a não perpetuação das violações. O problema generalizado é detectado, e a Corte por meio de uma série de imposições busca atacar o problema desde a origem (OSUNA, 2015, p.3).

Assumindo essa postura ativa no arbitramento de medidas coercitivas ao Estado violador de direitos que a Corte não apenas busca suprir as falhas estruturais das instituições nacionais, atingindo e alterando seu funcionamento, como também beneficia toda a sociedade sob uma lógica de prevenção, indo, assim, ao encontro do conceito de “sentenças estruturantes” ou “macro-sentenças”.

O mandato do constitucionalismo transformador é “conectar o direito constitucional ainda mais firmemente a um direito internacional que fortaleça seus princípios fundamentais (BOGDANDY, 2019, p. 245)”. O caminho do sucesso, a fim de moldar o futuro das Américas, perpassa justamente a construção e o fortalecimento de coalizões mais amplas, que frisem importância de proteção de direitos humanos multinível e afastem qualquer tipo de tentativa de retrocesso na matéria.

CONCLUSÃO

O controle de convencionalidade se revela como ferramenta dialógica importantíssima para o constitucionalismo transformador, vez que se estabelece como fio condutor do diálogo, sendo responsável por promover refinamento de argumentos, interpretações e princípios voltados à afirmação da dignidade humana.

O surgimento de um *Ius Constitutionale Commune* na América latina decorre de três fenômenos importantes: o empoderamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o impacto transformador de sua jurisprudência; o surgimento de constituições com cláusulas constitucionais abertas, possibilitadoras do diálogo entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos; e o fortalecimento da sociedade civil na luta por direitos e justiça na região.

A ideia é promover a proteção dos direitos humanos, da democracia e do Estado de Direito, fortalecer o Sistema Interamericano e construir uma nova cultura jurídica que seja aberta e reafirmadora de *standards* mínimos de um direito constitucional comum latino-

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

americano.

Quando do surgimento de algum conflito entre os sistemas internos e interamericano, entre os quais não existe hierarquia, e sim complementariedade, deve prevalecer a norma mais protetiva à dignidade da pessoa humana.

O mandato outorgado à Corte IDH e aos juízes para promover um constitucionalismo transformador na América Latina, como visto, é um mandato aberto, mas não indeterminado. A discricionariedade de decidir não é absoluta, estando limitada pelos desafios que vêm da realidade social ao interpretar a Convenção à luz da realidade social na América Latina, como também pela moldura dos casos análogos, pela metodologia jurídica, pela colegialidade, pelos precedentes e pela necessidade de construir constitucionalismo transformador criativo que responda a deficiências estruturais da região.

O legado da Corte IDH como intérprete final da Convenção vai muito mais além de decidir se houve, no caso concreto, uma violação à Convenção americana. Ela tem por desafio consolidar o Estado de Direito na América Latina, promovendo mudanças sociais através da promoção de direitos humanos que vão muito além do cumprimento de suas sentenças: perpassa a compreensão da sua importância jurisdicional, da vinculação dos preceitos estabelecidos na Convenção aos Estados-parte e sua legitimidade social frente aos avanços já conquistados.

Oportuno acrescentar que, recentemente, a Corte IDH completou 40 anos cumprindo a missão de interpretar a Convenção Americana e contribuindo para o desenvolvimento dos direitos humanos. Em 18 de julho de 1978, com a entrada em vigor da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, “Pacto de San José da Costa Rica”, foi estabelecida a criação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que formalmente foi instalada em 3 de setembro de 1979. Ao longo desse tempo, o Tribunal emitiu diversas sentenças importantes acerca dos Direitos Humanos e tornou-se um instrumento dinâmico para responder a novos desafios sociais e promover a democracia nos Estados que aderiram à sua jurisdição.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ, Humberto Nogueira. “*Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional em período 2006-2011. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*”. Estudios Constitucionales, Año 10, Nº 2, 2012, pp. 57 - 140.

BOGDANDY, Armin von. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 9, n. 2, 2019. Doi:10.5102/rbpp. V 9i2.6126.

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

BOGDANDY, Armin. *Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 269, p. 13-66, mai. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/57594>. Acesso em: 14 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v269.2015.57594>.

BORGES, Bruno Barbosa; PIOVESAN, Flávia. O Diálogo Inevitável Interamericano E A Construção Do *Ius Constitutionale Commune*. Revista Direitos Fundamentais & Democracia, v. 24, n. 3, p. 5–26, 2019. doi:[10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31328](https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31328).

BRASIL. Lei n. 6.683, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6683.htm. Acesso em: 12 fev. 2020.

CAMPOS MELLO, Patrícia Perrone. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o *ius constitutionale commune* na América Latina tem uma contribuição a oferecer. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, 2019. doi:[10.5102/rbpp.v9i2.6144](https://doi.org/10.5102/rbpp.v9i2.6144).

CORAO, Carlos M. Ayala. Recepción de la Jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/19160/FCI-2004-7-ayala.pdf?sequence=1> > Acesso em: 12 fev. 2019.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Herzog e outros versus Brasil: sentença de 15 de março de 2018 (Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). San Jose da Costa Rica, 2018. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf. Acesso em 27 jan. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) versus Brasil: sentença de 24 de novembro de 2010 (exceções preliminares, mérito, reparações e custas). San José da Costa Rica, 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 27 jan. 2020.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile: sentença de 26 de setembro de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). San Jose da Costa Rica, 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em 14 abr. 2020.

HARDMAN, Antônio Ítalo. Controle de convencionalidade e a nova Constituição: o interconstitucionalismo à luz do direito interamericano. In: MAIA, L. M.; LIRA, Y. Controle de convencionalidade: temas aprofundados. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 207-229

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; AZEVEDO, Douglas Matheus de. A POSTURA PREVENTIVA ADOTADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: noções de “dever de proteção” do estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes”. Revista Novos Estudos Jurídicos, v. 2, 2016.

NEVES, Marcelo. Transconstitucionalismo: breves considerações como especial referência à

O CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR E O “DIÁLOGO INEVITÁVEL”: A INFLUÊNCIA DO *IUS CONSTITUTIONALE COMMUNE* NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO DE DIREITO NA AMÉRICA LATINA

experiência Latino-Americana. In: VON BOGDANDY, A.; PIOVESAN, F.; ANTONIAZZI, M. M. Direitos Humanos, Democracia e Integração Jurídica: avançando no diálogo constitucional e regional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 255-286.

OSUNA, Néstor. Las sentencias estructurales. Tres ejemplos de Colombia. In: BAZÁN, Victor (Org.). Justicia Constitucional y derechos fundamentales. La protección de los derechos sociales. Las sentencias estructurales. nº 5. Bogotá: Konrad Adenauer Stiftung, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRONER, Carol. Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção. Porto Alegre: Serio Antonio Fabris Editor, 2002.

SAGUÉS, Néstor Pedro. El “Control de Convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales: Concordancias y diferencias con el sistema europeo. México: UNAM. 2010, p. 381-417. Disponível em: <www.juridicas.unam.mx>. Acesso em: 08 fev. 2019.

SALGADO LEDESMA, Eréndira. La probable inexecución de las sentencias

SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.