

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Mônia Clarissa Hennig Leal* (Brasil)
Maria Valentina de Moraes** (Brasil)

A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais ***

RESUMO

Os novos arranjos globais e a abertura das jurisdições nacionais à atuação de órgãos internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos possuem significativos reflexos na ordem jurídica interna. Assim, questiona-se como a margem de

* Pós-Doutora em Direito pela Ruprecht-Karls Universität Heidelberg (Alemanha). Professora e Coordenadora-Adjunta do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc (Brasil). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq. moniah@unisc.br

** Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul - Unisc (Brasil). Bolsista Prosup/Capes. Graduada em Direito pela Unisc. mariavalentina.23@hotmail.com

*** Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa “Dever de proteção (*Schutzpflicht*) e proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) como critérios para o controle jurisdicional (qualitativo) de Políticas Públicas: possibilidades teóricas e análise crítica de sua utilização pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5), onde os autores atuam na condição de coordenadora e de participante, respectivamente. A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – Cieppp (financiado pelo Finep) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo Finep), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Parte da pesquisa foi realizada, ainda, na Universidad de Talca (Chile) em razão de Projeto de Cooperação Internacional (Processo nº. 88887.156773/2017-00, Edital PGCI nº 02/2015), entre a Universidade de Santa Cruz do Sul (Brasil) e Universidad de Talca - Centro de Estudios Constitucionales de Chile - Cecoch (Chile), com recursos da Capes.

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

apreciação e o diálogo entre Poderes e Cortes Constitucionais podem contribuir para compreender as relações de integração ou limitação da soberania em nome dos direitos humanos. Utiliza-se a análise e revisão bibliográfica, com base em obras nacionais e estrangeiras, para compreender como vêm ocorrendo essas relações. Pode-se perceber que a compreensão da teoria da margem de apreciação e da teoria dialógica contribui para uma melhor concretização e proteção desses direitos, permitindo a interação entre jurisdições.

Palavras-chaves: margem de apreciação; diálogo jurisdicional; direitos humanos e fundamentais.

ZUSAMMENFASSUNG

Die neuen internationalen Regelungen und die Öffnung der nationalen Rechtsprechungen gegenüber den Entscheidungen internationaler Organe wie des Interamerikanischen Gerichtshofs für Menschenrechte haben erhebliche Auswirkungen auf die nationale Rechtsordnung. Der Artikel geht deshalb der Frage nach, inwieweit der Ermessensspielraum und der Dialog zwischen Staatsgewalten und Verfassungsgerichten einen Beitrag zum Verständnis der Integration bzw. Souveränitätseinschränkung im Namen der Menschenrechte leisten können. Auf der Grundlage einer bibliografischen Erhebung und Analyse von Beiträgen in- und ausländischer Autoren wird versucht, diese Interaktion nachzuvollziehen. Dabei lässt sich feststellen, dass das Verständnis der Theorie vom Ermessensspielraum wie auch der Dialog-Theorie zur Verbesserung von Umsetzung und Schutz der Menschenrechte beiträgt und dadurch eine Interaktion zwischen den Rechtsprechungen ermöglicht.

Schlagwörter: Ermessensspielraum, Rechtsprechungsdialog, Grund- und Menschenrechte.

ABSTRACT

The new global arrangements and the opening of the national jurisdiction to the international organs action such as the Interamerican Court of Human Rights have meaningful reflects in the national legal order. Therefore, this article seeks to analyze how both the margin of appreciation and the dialogue between State Branches and Constitutional Courts can contribute to understand the relation to integration or sovereignty's limitation in the name of human rights. A bibliographic analysis and research on national and foreign authors was used in order to understand how such interaction has been happening. It is possible to realize that understanding both the margin of appreciation and the dialogue theories contribute to a better protection and concretization of human rights, thus enabling interaction between jurisdictions.

Key Words: Margin of appreciation; dialogue between jurisdictions; human and fundamental rights.

Introdução

O reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos pelo Brasil e a tendência que vem se consolidando quanto à internacionalização da proteção de direitos humanos e fundamentais traz à tona diversos questionamentos quanto às relações que decorrem dos novos arranjos internacionais. Ao mesmo tempo, essa demanda quanto à proteção desses direitos reflete na lógica interna de proteção, colocando a relação entre Poderes do Estado e entre Cortes Internacionais e a soberania estatal no centro do debate.

Essa nova concepção quanto à proteção desses direitos demanda, assim, uma análise das relações que se estabelecem entre o direito doméstico e o estrangeiro, e, por consequência, entre as Cortes Constitucionais – em nível internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos; e interno, o Supremo Tribunal Federal, na condição de órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro – responsáveis pela concretização e efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Ainda, a relação interna entre os Poderes do Estado e a adoção de uma postura dialógica entre os três Poderes, e entre esses e as Cortes internacionais, se mostram essenciais nesse processo de garantia e fortalecimento de direitos humanos e fundamentais.

Busca-se discutir e analisar, utilizando-se de pesquisa, revisão e análise bibliográfica, como ocorre essa relação entre Tribunais e Poderes diante de elementos como a soberania estatal e a relação estabelecida entre Poderes. Questiona-se, assim, se a margem de apreciação e o diálogo entre Poderes e Cortes Constitucionais atuam como ferramentas de integração ou limitação da soberania em nome dos direitos humanos, analisando essas duas teorias e suas implicações na ordem interna.

A utilização da margem de apreciação diante dos princípios da soberania estatal e da separação de Poderes é discutida em um primeiro tópico. Na sequência do artigo são abordadas as teorias dialógicas e os entraves e contribuições que a compreensão das mesmas possibilita para uma proteção de direitos humanos e fundamentais mais efetiva, como será demonstrado.

1. A teoria da margem de apreciação frente aos princípios da soberania estatal e da separação de Poderes

Com uma maior atuação dos órgãos internacionais na proteção de direitos humanos e fundamentais, a teoria da margem de apreciação passa a ser um mecanismo de reconhecimento da soberania estatal enquanto princípio. Soma-se a isso a vinculação dos Estados às decisões dessas Cortes internacionais que compõem os diferentes Sistemas de Proteção de Direitos Humanos. A ideia de uma margem de apreciação nacional se caracteriza, nesse contexto, como um espaço de atuação reservado ao Estado para valorar decisões de caráter cultural e social, por exemplo, nas quais o ente se encontraria em uma melhor posição para decidir do que uma Corte Internacional.

Há que se considerar que a teoria “não é peculiar da jurisprudência das cortes internacionais de direitos humanos. Ela deriva das práticas do direito administrativo europeu”.¹ É, contudo, com o Tribunal Europeu de Direitos do Homem que a doutrina da margem de apreciação passa a representar, como uma “margem de manobra”, uma ferramenta e um espaço para adequar as necessidades dos Estados dentro do estabelecido na Convenção Europeia de Direitos do Homem, diante de condicionantes culturais,² por exemplo,³ envolvendo decisões acerca de matérias de alta complexidade e controvertidas do ponto de vista de sua conformação social e cultural, como o aborto, negociação com as Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia (FARC) na Colômbia, respeito a manifestações culturais, aos povos indígenas, dentre outras. Entretanto, “la idea de margen de apreciación no se encuentra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni en sus trabajos preparatorios, ni tampoco proviene del derecho internacional”,⁴ sendo uma construção jurisprudencial europeia que aos poucos vem sendo utilizada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem um maior desenvolvimento teórico acerca desta.

Importante assinalar que o reconhecimento da margem nacional de atuação “es un criterio relativo, en la medida en que este margen depende de la decisión de la Corte Internacional respectiva”,⁵ não configurando-se como uma decisão dotada de total discricionariedade estatal. Ou seja: o reconhecimento da margem de atuação nacional perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos encontra-se

¹ Jânia Maria Lopes Saldanha e Márcio Morais Brum, «A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. XV, 2015, pp. 195-238, p. 202. Esse conceito na França é conhecido como ‘marge d’appréciation’; na Itália, como ‘marge de discrizionalità’; e na Alemanha, como ‘Ermessensspielraum’.

² Carlos Brokmann Haro, “La Doctrina del Margen de Apreciación como instrumento de la protección de Derechos Humanos México”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, v. 8, 2008, pp. 59-89. Quanto à margem de apreciação, observa Roca que “su origen es oscuro. Se ha dicho que parece proceder de las técnicas de la revisión judicial propias de los Estados, en particular del Consejo de Estado francés. Pero ha sido la Corte de Estrasburgo la que ha desarrollado la idea con perfiles propios” em uma demanda envolvendo a implantação de medidas emergenciais, por parte da Grécia, no Chipre. Analisa, assim, que, no presente contexto, “el margen estaba ligado a una lógica discrecionalidad del Estado a la hora de valorar las exigencias de una situación de emergencia, que limitaba la intensidad de una supervisión de la Comisión cuando valorase las medidas adoptadas. Un origen trágico o, cuando menos, dramático: una situación de emergencia y de supervisión de derechos”.

³ Javier García Roca, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007, pp. 117-143, p. 121, grifado no original.

⁴ Humberto Nogueira Alcalá, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Humberto Nogueira Alcalá e Liliana Galdámez Zelada, *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 560.

⁵ *Idem*, p. 559.

totalmente a cargo desse órgão internacional. Como colocado por esta no *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, o reconhecimento dessa “margem de apreciação nacional”⁶ outorga aos Estados um espaço onde os mesmos “regulen esos derechos de acuerdo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales, las que pueden variar de una sociedad a otra, e incluso en una misma sociedad, en distintos momentos históricos”⁷ preservando alguns direitos de caráter fundamental daquele Estado.

Lembra Arroyo⁸ que a margem de apreciação possibilita aos Estados “brindar tratamiento distinto al contenido de un derecho, siempre que no se atente contra el mínimo o el contenido esencial de un derecho”, existindo alguns padrões a serem respeitados em termos de proteção. Importante destacar que a doutrina majoritária reconhece a importância dessa teoria nos sistemas de proteção de direitos humanos, sem que se configure, contudo, em uma “carta branca” que brinde os Estados com um amplo poder de escolha e que lhes permita fazer o que bem entendam.⁹ Inclusive, “algunos de los elementos prima facie amparados por ese margen podrían ser revisados, si se produce un exceso que deba ser corregido”.¹⁰

Em determinados casos há um espaço de apreciação maior do que em outros, variando conforme o direito a ser protegido – o que demanda a realização de um juízo de ponderação –, existindo uma maior aderência às decisões quando se encontra em jogo o direito à vida (menos flexível), e uma maior margem, por exemplo, em casos como de um direito de cunho previdenciário (que contempla maiores possibilidades

⁶ Samyra H. Dal Farra Napolini e Vladimir Oliveira da Silveira, “O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir. UFRGS*, v. XI, 2016, pp. 80-92. p. 88. No que se refere à utilização da margem de apreciação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, pontuam Napolini e Silveira que “realmente, é necessário que se reflita se a margem nacional de apreciação não tem contribuído para uma aplicação não uniforme e até mesmo relativa e flexibilizada de direitos consagrados na normativa internacional, dando a ideia de que essas normas não possuem caráter obrigatório. Por esses motivos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (“CIDH”) na Opinião Consultiva n° 4/84 demonstra preocupação com o uso da margem de apreciação e adverte que a discricionariedade dada aos Estados corre o risco de levar a julgamentos subjetivos e arbitrários. Assim, a CIDH pouco tem desenvolvido e aplicado esse método”.

⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 6 de agosto de 2008 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), São José da Costa Rica, 2008, p. 48, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf,

⁸ César Landa Arroyo, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016. p. 106.

⁹ Javier García Roca, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007, pp. 117-143, p. 125.

¹⁰ *Idem*, pp. 117-143, p. 127.

de regulamentação).¹¹ Tal margem¹² “está relacionada com os limites decisórios dos sistemas de justiça internacional, supranacional e regional em matéria de direitos humanos”,¹³ configurando-se como “un instrumento de interpretación útil para que el tribunal decida con claridad y transparencia acerca de la competencia local, nacional y europea”¹⁴ – no caso, interamericana.

Trata-se de um instrumento que atenua a atuação da Corte, a qual detém “no sólo competencias jurisdiccionales, sino del poder explícito de definir el alcance de su propia competencia; es decir: de la competencia de la competencia [...], de conformidad con el artículo 62.3 de la CADH [Convenção Americana de Direitos Humanos]”.¹⁵ Essa prerrogativa da Corte Interamericana, se não utilizada de forma deferente, pode ocasionar uma intervenção demasiada da Corte, pois, como coloca Leal, “também o fenômeno do ativismo judicial pode ser aplicado às Cortes Internacionais”,¹⁶ e, assim sendo, “en ese sentido, órganos como la Corte deberán autolimitar los alcances de su pronunciamiento”,¹⁷ no sentido de compreender quando o Estado se encontra em melhor posição de decisão.

O princípio da subsidiariedade desempenha um interessante papel nesse sentido, sendo característica da Corte Interamericana, e também da Corte Europeia, – como organismos jurisdicionais internacionais – a atuação subsidiária, a qual deixa “en los niveles inferiores una mayor responsabilidad en la toma de decisiones con relativa autonomía e intervención limitada por parte de los niveles jerárquicos superiores”,¹⁸ vez que detém a primazia de atuação. Desse modo, “el control de convencionalidad debe ser realizado, en primer lugar, por los jueces nacionales y, eventualmente, por

¹¹ César Landa Arroyo, *op. cit.*, 2016. Observa Alcalá, quanto a essa diferença, que “el ‘margen de apreciación’ es bastante estrecho para las jurisdicciones nacionales, a diferencia de lo que ocurre en el caso europeo, producto de las distintas realidades jurídicas y contextuales” e também dos diferentes direitos que são tutelados em cada sistema. Humberto Nogueira Alcalá, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Alcalá, Humberto Nogueira y Zelada, Liliana Galdámez (Comps.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 524, grifado no original.

¹² Humberto Nogueira Alcalá, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Alcalá, Humberto Nogueira y Zelada, Liliana Galdámez (comps.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 524, grifado no original.

¹³ Jânia Maria Lopes Saldanha e Márcio Morais Brum, *op. cit.*, pp. 195-238, p. 203.

¹⁴ Carlos Brokmann Haro, *op. cit.*, pp. 59-89, p. 63.

¹⁵ César Landa Arroyo, *op. cit.*, p. 46.

¹⁶ Mônia Clarissa Hennig Leal, “Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?”, *Revista Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, 2014, pp. 123-140, p. 134.

¹⁷ César Landa Arroyo, *op. cit.*, p. 83.

¹⁸ Carlos Brokmann Haro, *op. cit.*, pp. 59-89, p. 74.

la Corte Interamericana en el ejercicio de su competencia contenciosa”,¹⁹ ainda que tal controle “implique un ‘resquebrajamiento’ de los criterios tradicionales en torno al concepto de soberanía (y rigidez de la Constitución)”.²⁰

Também o princípio da proporcionalidade desempenha um papel fundamental na análise da margem de apreciação, ao servir “para balizar, de um lado, a adoção estatal de medidas restritivas de direitos fundadas em ‘necessidades sociais imperiosas’ e, de outro, a gravidade da medida tomada”.²¹ Deve ser levada em conta a necessidade da restrição ao direito em relação ao prejuízo causado, e se esse objetivo buscado com a restrição, pelo Estado, de algum direito, estaria acima de qualquer prejuízo causado, não existindo outra forma de atingi-lo.²² Há que se considerar que:

en la práctica es obvio que un margen demasiado amplio es sinónimo de la discrecionalidad nacional proporcional; circunstancia en la cual los individuos y sus demandas son generalmente rechazados. El fenómeno es igualmente cierto al invertir la proporcionalidad. Un margen de apreciación reducido resulta en el debilitamiento de las instituciones nacionales por aceptar el tribunal todos los recursos y apelaciones, lo que llevaría al descontento de cada país.²³

É preciso buscar um equilíbrio no que toca à relação entre soberania estatal/autonomia e proteção dos direitos humanos por Cortes Internacionais, considerando-se nessa busca o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade,²⁴ pois também o reconhecimento de uma larga margem de apreciação “equivale a transformar el sistema interamericano de protección en una especie de ‘menú a la carta’”.²⁵ Saldanha e Brum²⁶ apontam para uma alternativa em termos de atuação,²⁷ a qual “respeita o pluralismo e fortalece a coexistência de duas ordens jurídicas diferentes. A presença

¹⁹ César Landa Arroyo, *op. cit.*, p. 72.

²⁰ Eréndira Salgado Ledesma, “La probable inejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2012, p. 230.

²¹ Jânia Maria Lopes Saldanha e Márcio Morais Brum, *op. cit.*, pp. 195-238, p. 212.

²² Samyra H. Dal Farra Napolini y Vladmir Oliveira da Silveira, *op. cit.*, pp. 80-92, p. 87.

²³ Carlos Brokmann Haro, *op. cit.*, pp. 59-89, p. 78.

²⁴ Carlos Brokmann Haro, *op. cit.*, pp. 59-89, p. 84.

²⁵ Gonzalo Aguilar Cavallo, “‘Afinando las cuerdas’ de la especial articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno”. Comentario de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancuaga en el caso del homicidio simple de Luis Almonacid Arellano, Sentencia de fecha 14 de enero de 2013, *Estudios Constitucionales*, 2013, pp. 633-654, p. 643.

²⁶ Jânia Maria Lopes Saldanha e Márcio Morais Brum, *op. cit.*, pp. 195-238, p. 214.

²⁷ José Ignacio Martínez Estay, “Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, v. 1, 2014, pp. 365-396, p. 382. Em termos de atuação e de respeito à margem de apreciação nacional, Estay observa que “asimismo, se ha entendido que el Tribunal no puede sustituir a la opinión de los legisladores nacionales, y que la adecuada protección

de uma ‘soberania nacional controlada’ e de uma ‘primazia europeia relativa’”. Isso se aplica também em relação aos Estados que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana, uma vez que “the understanding here also prevails that the formation of customary international law holds state practice and opinio juris to be decisive precisely because they are manifestations of state consent”,²⁸ tornando sua jurisdição obrigatória. A obrigatoriedade de suas decisões se estende, ainda, a todos os Estados que reconhecem a jurisdição da Corte IDH, tratando-se, portanto, “de una obligación oponible a todo Estado que haya reconocido su jurisdicción [...], sea el Estado directamente condenado o no, deben ser seguidas por los tribunales nacionales y los poderes del Estado”.²⁹

Na França, onde se originou a teoria da margem de apreciação, inicialmente com caráter administrativo, a mesma é utilizada “como criterio por el *Conseil d’Etat* a propósito del control de la discrecionalidad administrativa o *pouvoir discrétionnaire*, en casos paradigmáticos como el *arrêt Godel* (1914) o el más conocido *arrêt Lagrange*”.³⁰ Desde a década de 1980, contudo, a margem também passou a ser utilizada pelo *Conseil Constitutionnel* como um mecanismo para que este estabeleça se em determinados casos a atuação legislativa se encontra dentro de um espaço de decisão política.³¹

É nesse sentido que a margem de apreciação perpassa também questões relativas à jurisdição interna, no tocante à relação entre os Poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário –, envolvendo relações internas de deferência entre estes.³² Enquanto a margem de apreciação nacional guarda estreita conexão com o Princípio da Soberania Estatal – na medida em que se trata de um reconhecimento, pela Corte Interamericana, de um espaço de atuação estatal onde o ente soberano possui melhores condições de regular uma questão de caráter social ou cultural, por exemplo –, a margem de apreciação, em nível interno, encontra no Princípio da Separação de Poderes essa correlação ao exigir o reconhecimento pelo Poder Judiciário dos espaços de atuação que cabem ao legislador. Essa relação demanda

de los derechos admite diversas opciones, y que por ende no es razonable asumir que sólo la que pueda determinar el Tribunal será la más conveniente”.

²⁸ Ingo Venzke, “The Rol of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, vol. 34:99, 2011, pp. 99-131.

²⁹ Liliana Galdámez Zelada, “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Estudios Constitucionales*, vol. 12, 2014, p. 329-364, p. 336.

³⁰ José Ignacio Martínez Estay, *op. cit.*, pp. 365-396, p. 378.

³¹ José Ignacio Martínez Estay, *Ibid.*, pp. 365-396.

³² José Ignacio Martínez Estay, *op. cit.*, pp. 365-396, p. 372. Estay refere que o conceito de deferência ou auto-restrição, sob a ótica da relação interna entre Poderes, mas que bem ilustra o conceito em relação aos Tribunais e Estados, “por una parte, implica ‘que los poderes públicos se deben una actitud remanente y recíproca de respeto y cortesía’ y, por otra, supone ‘de cada órgano del Estado el reconocimiento y respeto de las esferas competenciales en que las autoridades tienen el derecho a tomar decisiones con relativa autonomía’”.

exercícios de auto-contenção e de ponderação judiciais que permitem uma análise judicial reflexiva quanto aos limites desse espaço e das competências de cada Poder que se contrapõem e se complementam nessa relação.

A divisão entre os três Poderes do Estado sofreu adequações ao longo dos anos, e, embora inicialmente pensada por Montesquieu em moldes diferentes dos atuais, é com a Constituição Americana que se constitui a noção de uma divisão funcional de poderes, relacionada à noção de pesos e contrapesos (*checks and balances*).³³ Na construção de Montesquieu, a “separação de poderes ainda está associada à hierarquia estamental. Em ‘O Federalista’ se monta uma maquinaria governamental que não se conecta diretamente com a suposição de uma sociedade dividida rigidamente”.³⁴

Assim, embora se estabeleça uma lógica de atuação harmônica entre os Poderes, a “doutrina da divisão de poderes acaba tendo de apontar à instância de último recurso que cumpra o papel do soberano, caso os poderes não convirjam para um mesmo ponto”;³⁵ todavia, de forma um tanto quanto contraditória, “o espírito da separação de poderes é deixar essa questão em aberto”.³⁶

Nesse cenário de divisão de funções e de competências, as discussões acerca dos limites de atuação de cada um dos Poderes ganha destaque, especialmente diante da existência de um controle de constitucionalidade cuja atribuição é do Poder Judiciário.³⁷ Não são poucas as críticas,³⁸ no Brasil³⁹, quanto a um agigantamento do

³³ Conrado Hübner Mendes, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, Tese Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

³⁴ *Idem*, p. 175.

³⁵ Araújo, Cicero, “Representação, Retrato e Drama”, *Lua Nova*, v. 67, 2006, pp. 229-260, p. 252.

³⁶ *Idem*.

³⁷ Teori Albino Zavacski, Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 15. Ainda que exista a possibilidade de um controle difuso de constitucionalidade, as relações de tensão se estabelecem principalmente quanto à atuação do Supremo Tribunal Federal, pois, “embora tenha variado nas Constituições o elenco das competências do STF (denominado de Suprema Corte pela Carta de 1934), em todas elas lhe foi reservada a posição de órgão de cúpula do Poder Judiciário, detentor da palavra definitiva nas questões constitucionais”.

³⁸ Dimitri Dimoulis e Soraya Lunardi, Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais, São Paulo, Atlas, 2011, p. 320. Contudo, alguns autores defendem uma necessária intervenção judicial, como Dimoulis e Lunardi, que entendem que “o Judiciário não intervém como usurpador, mas corrige a atuação dos demais poderes, satisfazendo legítimas expectativas da população”, e também Monteiro (2010, p. 168), o qual defende que “se um dos poderes não exerce o seu papel, compete aos outros suprimir sua falta”. Juliana Ralo Monteiro, “Ativismo judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais”, em Júnior, José Levi Mello do Amaral, *Estado de direito e ativismo judicial*, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2010.

³⁹ Juliana Ralo Monteiro, “Ativismo judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais”, em José Levi Mello do Amaral Júnior, *Estado de direito e ativismo judicial*, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2010.

Supremo Tribunal Federal em relação aos demais Poderes, sendo que “as críticas mais ferrenhas a este modelo de jurisdição e de controle se dão, por seu turno, sob a égide e o argumento do paternalismo representado pela jurisprudência de valores incorporada pelos tribunais constitucionais”.⁴⁰ Nesse sentido, aponta-se, ainda, para uma sobreposição⁴¹ do Judiciário em relação aos demais Poderes, de natureza representativa, o que acarretaria uma substituição do “poder constituinte soberano”.⁴²

A atuação da jurisdição,⁴³ na figura do Tribunal Constitucional alemão, também é criticada por Maus, que aponta que não é mais a Constituição que outorga competência à sua atuação, sendo que

tal competência deriva diretamente de princípios de direito suprapositivos que o próprio Tribunal desenvolveu em sua atividade constitucional de controle normativo, o que o leva a romper com os limites de qualquer “competência” constitucional. O TFC submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais.⁴⁴

Contudo, é preciso ter-se presente que “qualquer controle judicial será uma interferência na competência do Legislativo [...]. A questão não é se há ou não interferência, mas qual o peso dessa interferência”.⁴⁵ A margem de apreciação⁴⁶ ocupa, nesses debates, um espaço fundamental, estabelecendo uma relação que reconheça a primazia de atuação legislativa e nacional em determinadas questões. Internamente,

⁴⁰ Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 90.

⁴¹ *Idem*, p. 95. Salienta Leal a existência de duas correntes “uma substancialista, que defende um papel destacado do Judiciário na garantia e na concretização dos direitos constitucionalmente estabelecidos, e outra tida como procedimentalista, para quem a função daquele órgão consiste, num sentido mais geral, em assegurar processos democráticos”.

⁴² *Ibid.*

⁴³ Luís Roberto Barroso, “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, (*Syn*)thesis: *caderno do centro de ciências sociais*, v. 5, 2012, pp. 23-32, p. 25. Para Barroso, ainda, “a ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

⁴⁴ Maus, Ingeborg, “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”, *Novos Estudos - Cebrap*, São Paulo, v. 58, 200, pp. 193-202, p. 191.

⁴⁵ Matthias Klatt, “Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado”, em Robert Alexy *et al.* (comps.), *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*, Florianópolis, 2015, p. 241.

⁴⁶ Além do reconhecimento, pelo Tribunal, da margem de apreciação do legislador, outros mecanismos, como o apelo ao legislador, em uma auto-limitação judicial, contribuem para uma relação de deferência entre os Poderes e de preservação dos espaços de atuação. Mônia Clarissa Hennig Leal, *op. cit.*

a margem de apreciação do legislador “comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan al legislador a la adopción de una u otra fórmula normativa»,⁴⁷ relacionada às escolhas que se encontram em um espaço de conformação legislativa, regulado constitucionalmente. Roca⁴⁸ observa a existência de algumas semelhanças, nesse sentido, entre a margem de apreciação e as “political questions” definidas pela Corte Suprema estadunidense, as quais classificaram alguns temas como não judicializáveis e, assim, limitaram sua competência jurisdicional.

Tal como ocorre com a margem de apreciação nacional, a margem de apreciação do legislador se relaciona com a proporcionalidade, devendo ser realizado um exame quanto aos meios utilizados e sua relação com a necessidade existente.⁴⁹ Trata-se do reconhecimento de um espaço onde não cabe – ao menos em um primeiro momento – a atuação do Poder Judiciário, devendo esse, em casos onde seja chamado a realizar um controle jurisdicional, agir com deferência, respeitando os espaços decisórios constitucionalmente atribuídos ao legislador, na medida em que os mesmos não causem um prejuízo à concretização de direitos fundamentais.

Nesse interim, a margem de apreciação do legislador, ainda que utilizada como critério de aferição de competência em eventual controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário, reflete uma ótica de separação de Poderes mais estática e com competências definidas. Tem-se, assim, que o “desafio da teoria normativa [...] não é aprisionar as instituições num esquema rígido da separação de poderes [...], mas fazer com que o princípio regulador dessas oscilações seja permeável a ‘bons argumentos’”.⁵⁰

Frente à necessidade de uma relativização desse processo e de uma utilização da argumentação como critério definidor da atuação dos Poderes, a teoria dialógica surge como uma forma de acomodação dos direitos e princípios em jogo. Desse modo, por meio do diálogo e do debate se possibilita que as relações entre Cortes e entre Poderes sejam pautadas na busca de um objetivo comum: a otimização em termos de proteção e garantia de direitos humanos e fundamentais.

2. As teorias dialógicas como forma de maximização do debate acerca da proteção de direitos humanos e fundamentais: diálogo entre Poderes e entre Cortes

A necessidade de se buscar um processo dialógico nas decisões não é algo novo;⁵¹ entretanto, diante das demandas cada vez mais complexas e das relações de tensão

⁴⁷ Patricio Zapata Larraín, *Justicia constitucional, Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Jurídica de Chile, 2008, p. 234.

⁴⁸ Javier García Roca, *op. cit.*, pp. 117-143.

⁴⁹ José Ignacio Martínez Estay, *op. cit.*, pp. 365-396.

⁵⁰ Conrado Hübner Mendes, *op. cit.*, p. 186.

⁵¹ Rosalind Dixon, “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, em

entre Poderes – e também entre Cortes nacionais e internacionais –, as teorias dialógicas passam a ganhar destaque, devendo ser melhor compreendidas e discutidas. Do mesmo modo como ocorre com a teoria da “margem de apreciação”, a teoria do diálogo possui uma vertente direcionada à ordem interna – diálogo institucional, entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário – e uma externa – diálogo inter-jurisdicional, entre Tribunais nacionais e Tribunais internacionais.

Discussões quanto às articulações entre os Poderes já ocupam, desde há muito, a doutrina norte-americana, sinalizando para a importância de se pensar a atuação dos Tribunais de forma harmônica. Mendes⁵² refere que “Bickel, na década de 60, já falava em ‘colóquio contínuo’ (*continuing colloquy*) e em ‘conversa permanente’ (*permanent conversation*). Louis Fisher, em publicações das décadas de 70 e 80, já se referia a ‘diálogos constitucionais’” e também “Bruce Ackerman considera essa imagem para pensar a separação de poderes americana, principalmente pela ideia de ‘dualismo constitucional’ (a variação entre momentos de ‘política normal’ e de ‘política constitucional’)”.

As teorias dialógicas atuais foram influenciadas por tais autores, sendo que “Bickel’s dialogic legacy is evident in a number of contemporary theories of constitutional dialogue, popular in both the United States and Canada, which propose a similar role for the judiciary in relation to questions of principle”.⁵³

Tushnet⁵⁴ analisa, sob a ótica de uma revisão judicial dialógica, que os seguidores das concepções de Alexander Bickel “se preocupam por que la existencia de una forma fuerte de revisión [...] podría ser incapaz de asegurar el balance adecuado entre autogobierno democrático y el establecimiento de límites sobre lo que las mayorías puedan hacer”, discutindo a questão da dificuldade contramajoritária por ele sustentada.⁵⁵

Sendo assim, diante das tensões que se apresentam a adoção de um constitucionalismo dialógico exige significativas mudanças nos arranjos entre Poderes e

Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, não paginado. Dixon pontua que “la idea de un diálogo entre Cortes y Legislaturas acerca del sentido último de las normas constitucionales no representa ninguna novedad para los estudiosos del derecho constitucional comparado”, sendo na última década discutido em países como Canadá, Estados Unidos, Grã-Bretanha e Austrália, por exemplo.

⁵² Mendes, Conrado Hübner, *op. cit.*, p. 98.

⁵³ Christine Anabelle Bateup, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 11, 2005, p. 1-88, p. 42.

⁵⁴ Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, em Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, não paginado.

⁵⁵ Ver Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, em Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.

também demanda modificações em termos de revisão judicial.⁵⁶ Defende-se que “essa estrita divisão de funções, sem que haja um diálogo, um compartilhamento entre os diferentes órgãos, acaba por trazer prejuízos ao bom andamento do Estado”,⁵⁷ especialmente quando existe a supremacia de algum dos Poderes, pois “la Constitución no puede regular de manera estricta la división de Poderes. No puede escapar de los flujos y reflujo”.⁵⁸

A teoria dos diálogos reconhece, assim, “a falibilidade de todas as instituições políticas, ao contrário das doutrinas da supremacia judicial e parlamentar”,⁵⁹ abrindo espaço para que exista uma articulação entre os três Poderes, pautada na deferência e no debate. A linguagem do diálogo, dessa forma, “apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos en momentos marcados por los antagonismos políticos”.⁶⁰ Contrastando com as teorias da última palavra – nas quais não se nega a possibilidade de que exista, de fato, um diálogo entre os envolvidos e que o mesmo se encerre em um determinado momento, com uma decisão considerada soberana⁶¹ – as teorias dialógicas sustentam que não deve existir um “conflito pela última palavra, mas um diálogo permanente e cooperativo entre instituições que, por meio de suas singulares expertises e contextos decisórios, são parceiras na busca do melhor significado constitucional”.⁶²

Importante referir que também as teorias envolvendo a ideia de diálogo são criticadas, sendo uma das principais críticas⁶³ a sua desconexão com a prática da revisão

⁵⁶ Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, en Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.

⁵⁷ Maitê Damé Teixeira Lemos e Thiago Heitor da Fontoura Porto, “O Projeto de Lei 8.058/2014 e a perspectiva dialogal: uma nova compreensão da relação entre Poderes?”, em Leal, Mônia Clarissa Hennig; Alves, Fernando Roberto Schnnor; Kohls, Cleize Carmelinda (Comps.), *Jurisdição Constitucional Aberta: uma análise do PL 8.058/2014*, São Paulo, Max Limonad, v. II, 2016, p. 126.

⁵⁸ Conrado Hübner Mendes, “Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra”, en Gargarella, Roberto (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, não paginado.

⁵⁹ Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012, p. 208.

⁶⁰ Roberto Gargarella, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, en Gargarella, Roberto, *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, não paginado.

⁶¹ Mendes, Conrado Hübner, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, São Paulo, 2008, Tese Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo.

⁶² Mendes, Conrado Hübner, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, São Paulo, 2008, Tese Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, p. 15.

⁶³ Constata Mendes também que “dizer que a revisão judicial não tem a última palavra, já que as instituições estão dialogando e a história continua, não enfrenta a constatação óbvia

judicial, vez que trabalhariam com condições ideais e não enfrentam a questão de como os órgãos políticos responderão às decisões.⁶⁴ Mostra-se imprescindível que o diálogo seja exercido por todos os envolvidos, de boa-fé, para que o mesmo não ocorra apenas em teoria.⁶⁵

Interessante, nesse sentido, a análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e de sua atuação a partir de uma perspectiva dialógica.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105,⁶⁶ por exemplo, defende uma abertura ao diálogo e uma relativização da ideia de Judiciário como detentor da última palavra – embora não o faça de fato – salientando que uma das formas de diálogo⁶⁷ ocorre quando, “verificando que alguma matéria é malversada, mas que a correção depende de atuação do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal [...] se manifesta neste sentido, dando ciência ao Legislativo de que há uma mudança a ser

de que nem todos os tipos de diálogo são aceitáveis na democracia e que cada decisão coletiva tem custos e efeitos que precisam de justificativa adequada”. Mendes, Conrado Hübner, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, São Paulo, 2008, Tese Doutorado em Ciência Política. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, p. 17.

⁶⁴ Analisa a autora que “an additional problem with all these theories as normative visions of dialogue is that they are not sufficiently connected to how judicial review operates in practice. Even if they provide some attractive prescriptions regarding the role that judges should play in judicial review under ideal circumstances, these prescriptions will have little worth if they are unlikely to be realized in light of the actual positive dynamics of the constitutional system in which judges operate. In this regard, theorists of judicial method do not grapple sufficiently with the question of the extent to which the realization of constitutional dialogue depends not only on judicial action, but also on how the political branches of government respond to judicial decisions in practice”. Christine Anabelle Bateup, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 11, 2005, pp. 1-88, p. 31.

⁶⁵ Decisões como a relativa ao direito de antena pelos partidos (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105), à prática da vaquejada (Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.983/CE, Lei n.º 13.364/16 e Emenda Constitucional n.º 96) e à liberação do uso e fornecimento da fosfoetanolamina (Suspensão de Tutela Antecipada 828, Lei n.º 13.269/2016 e Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.501) ilustram a questão da existência ou não de um diálogo entre Poderes. Nesse sentido, ver Mônia Clarissa Hennig Leal e Maria Valentina de Moraes, “O princípio da separação de poderes e a ponderação de competências: uma análise crítica a partir da decisão sobre a fosfoetanolamina”, *Revista do Direito*, n. 50, 2016, pp. 34-52.

⁶⁶ Brasil, Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105, Relator Ministro Luiz Fux, Julgada em 01 out. 2015, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>, Acesso em: 03 ago. 2016. p. 89.

⁶⁷ Segue o Ministro Roberto Barroso (Brasil, STF, 2015, p. 89) colocando que “a segunda vertente do diálogo institucional, a meu ver, é a devolução da matéria pelo Supremo ao Poder Legislativo [...]. Em vez de dar a última palavra, o Supremo estimula, incentiva o Congresso a prover sobre uma matéria [...]. A terceira e última forma de diálogo institucional, a meu ver, é a superação da jurisprudência, que é precisamente a discussão que nós estamos travando aqui [...]. Devo dizer que a superação de jurisprudência, como é o caso aqui, por aprovação de lei pressupõe que exista mais de uma interpretação constitucional possível e válida para que o Congresso possa optar por uma diferente daquela que o Supremo optou”.

feita”. Embora na prática não haja a realização desse diálogo, o reconhecimento dessa possibilidade já é um primeiro passo no sentido de compreender que “o sentido futuro da Constituição é resultado de uma complexa dinâmica de interação entre os Poderes Públicos, e entre eles e a sociedade civil”.⁶⁸

Assim, “the most promising theories of dialogue are those which are able to propose a unique judicial role that does not privilege the dialogic contributions of judges”⁶⁹ em relação às contribuições dos demais Poderes – Executivo e Legislativo. Lembra Friedman,⁷⁰ ainda, que “this process of interpreting the Constitution is interactive. It is dialogic. Courts play a prominent role, but theirs is assuredly not the only voice in the dialogue”. A interpretação da Constituição e, consequentemente, sua concretização, não depende, nessa perspectiva dialógica, apenas de um dos Poderes, devendo os mesmos, justamente por meio do diálogo, buscar uma melhor interpretação, especialmente no sentido de promoção de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente.

Pode-se dizer que “la idea básica de la revisión judicial dialógica es alentar interacciones – diálogos – entre las distintas ramas acerca de cuál de las interpretaciones rivales razonables sobre las provisiones constitucionales es la correcta”.⁷¹ Um diálogo ideal se caracterizaria, então, pela criação de uma lei pelo Legislativo, a sua declaração de inconstitucionalidade pelo Poder Judiciário e, em razão disso, a adoção de um novo posicionamento pelo Poder Legislativo, tanto no sentido de modificar a lei declarada inconstitucional como de reforçar a constitucionalidade daquela lei, de modo a buscar a melhor decisão.⁷²

Pela teoria dialógica, embora o Poder Judiciário – aqui, o Supremo Tribunal Federal – seja o intérprete oficial da Constituição, ele não é o único, devendo ser mais um ator nesse processo. Retira-se do Supremo Tribunal Federal eventual supremacia em relação aos demais Poderes e, ainda, diante da existência de uma proteção internacional de direitos humanos e fundamentais, em relação às decisões proferidas por órgãos internacionais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A articulação entre essas duas Cortes deve pautar-se também no diálogo.

Como já referido, o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e reconhece a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos,

⁶⁸ Rodrigo Brandão, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012, p. 208.

⁶⁹ Christine Anabelle Bateup, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 11, 2005, pp. 1-88, p. 33.

⁷⁰ Friedman, Barry, “Dialogue and judicial review”, *The Michigan Law Review Association*, v. 91, 1993, pp. 577-682, p. 658.

⁷¹ Mark Tushnet, “Revisión judicial dialógica”, em Roberto Gargarella, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014, não paginado.

⁷² Mark Tushnet, *Idem*.

possuindo, até o presente momento, seis condenações.⁷³ Nessa relação, a atuação da jurisdição não se esgota, no que se refere à proteção de direitos humanos, no nível interno, vez que, por determinação da Convenção Interamericana, “los fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son definitivos e inapelables para los Estados”.⁷⁴ Existe, assim, um sistema duplo de proteção desses direitos: “uno de la jurisdicción constitucional, a nivel de cada Estado nacional, mediante los tribunales constitucionales o las cortes supremas [...]; y otro, el de la jurisdicción supranacional, mediante la creación del sistema interamericano de derechos humanos”.⁷⁵

Há que se considerar, frente a essa necessária articulação, que “la relación entre normas internas y externas no siempre es de conflicto, sino de un abanico de posibilidades de relaciones de cooperación”,⁷⁶ configurando-se a proteção de direitos como um objetivo comum entre a jurisdição interna e internacional. Desse modo, “la coordinación y el diálogo entre los tribunales internacionales son de gran importancia, pues en muchos aspectos son complementarios los trabajos de tales tribunales”.⁷⁷

Salienta Arroyo⁷⁸ que “la relación entre sistemas y el diálogo entre jueces y órganos internacionales es cada vez más constante y visible; no obstante, también refleja situaciones de tensión”, sendo de grande importância discutir esse processo dialógico. Uma das principais ferramentas para tanto é o controle de convencionalidade, pelo qual se declara a compatibilidade de uma lei com relação aos tratados internacionais,⁷⁹ podendo o mesmo ser realizado tanto pela Corte, com caráter subsidiário,

⁷³ São elas: Caso Ximenes Lopes, com sentença em 04 de julho de 2006; Caso Escher e outros, com sentença em 06 de julho de 2009; Caso Sétimo Garibaldi, sentença em 23 de setembro de 2009; Caso Gomes Lund e outros, sentença em 24 de novembro de 2010; Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil, com sentença em 26 de outubro de 2016 e Caso Favela Nova Brasília, com sentença em fevereiro do 2017.

⁷⁴ Zlata Drnas Clément, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuarta Instancia?”, em Zlata Drnas Clément, *Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?*, Buenos Aires, La Ley, 2009, p. 5.

⁷⁵ César Landa Arroyo, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Palestra, 2005, p. 13.

⁷⁶ César Landa Arroyo, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016, p. 41.

⁷⁷ Antonio Augusto Cançado Trindade, “Reflexiones sobre los Tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional”, em *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria - Gasteiz*. Thomson Reuters, 2010, p. 79.

⁷⁸ César Landa Arroyo, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016, p. 65.

⁷⁹ Valério de Oliveira Mazzuoli, O controle jurisdicional da convencionalidade das leis, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011, p. 59. Mazzuoli refere que “os próprios tratados de direitos humanos já contêm cláusulas de compatibilização das normas internacionais com as de direito interno, as quais chamamos de “cláusulas de diálogo”, “cláusulas dialógicas” ou “vasos comunicantes” (ou ainda “cláusulas de retroalimentação”). Tais cláusulas interligam a ordem jurídica internacional com a ordem jurídica interna, retirando a possibilidade de prevalência de um ordenamento sobre o outro em quaisquer casos, mas fazendo com que tais

como por juízes nacionais, em controle difuso ou concentrado,⁸⁰ contribuindo para que “se implementem no âmbito doméstico os standards, princípios, normatividade e jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos”.⁸¹

O conceito de diálogo “ha sido acuñado para describir la interrelación entre tribunales nacionales y tribunales internacionales, cuestión que tiene lugar en un contexto de proliferación de tribunales”.⁸² Esse conceito não pressupõe, todavia, a inexistência de situações de conflito, sendo reconhecido pela doutrina que essa relação dialógica pode, sim, ser conflitiva em determinados momentos,⁸³ como se vê no caso da Lei de Anistia brasileira.

Através do *corpus iuris* interamericano “se pueden establecer las bases de un diálogo, donde el juez interno tiene diversas opciones entre las cuales elegir para concretar este diálogo con la Corte IDH”;⁸⁴ contudo, “el ejercicio del control de convencionalidad que deben practicar los jueces domésticos implica [...] que las normas internas no vulneran las reglas determinadas por el derecho convencional internacional o supranacional”.⁸⁵ Denota-se, assim, que o conceito de diálogo carrega consigo um “carácter obligatorio y no meramente facultativo, que implica que las elaboraciones o estándares de un tribunal internacional sean imprescindibles para que un tribunal nacional elabore las propias”,⁸⁶ reforçando a obrigatoriedade de que o Estado faça uma adequação de seu ordenamento interno às normas internacionais. Há que se fazer uma distinção também em relação às diferentes modalidades de diálogo possíveis: o diálogo horizontal,⁸⁷ entre Cortes que não se

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 antinomia”.

⁸⁰ Humberto Nogueira Alcalá, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. XIX, 2013 A, pp. 511-553.

⁸¹ Flávia Piovesan, “Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, v. 19, 2012, pp. 67-93. p. 91.

⁸² César Landa Arroyo, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016, p. 101.

⁸³ César Landa Arroyo, *Idem*.

⁸⁴ Humberto Nogueira Alcalá, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. XIX, 2013 A, pp. 511-553, p. 516.

⁸⁵ Humberto Nogueira Alcalá, “Los desafíos del control de convencionalidad del *corpus iuris* interamericano para los tribunales nacionales y su diferenciación con el control de convencionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino americano”, *Gazeta Jurídica*, 2013 B, pp. 465-544, p. 482.

⁸⁶ César Landa Arroyo, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016, p. 102.

⁸⁷ Humberto Nogueira Alcalá, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Humberto Nogueira Alcalá e Liliana Galdámez Zelada, (comps.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante*

encontram relacionadas por obrigações internacionais, de mesma hierarquia e que não guardam relações, e o diálogo vertical,⁸⁸ articulação entre distintas jurisdições que compõem um mesmo sistema de proteção e, assim, se relacionam em virtude desse vínculo internacional.

Tem-se uma relação de complementaridade, pois “a Constituição não exclui a aplicação dos tratados, e nem estes excluem a aplicação dela”;⁸⁹ o que deve existir é a união da Constituição e dos Tratados “para servir de obstáculo às normas infraconstitucionais que violem os preceitos ou da Constituição ou dos tratados de direitos humanos em que a República Federativa do Brasil é parte”.⁹⁰ Como ambos os instrumentos se configuram como instrumentos de proteção, devem refletir, igualmente, uma maximização dessa proteção a direitos humanos e fundamentais,⁹¹ o que tende a ocorrer com a realização mais efetiva de um diálogo entre Cortes e entre Poderes, devendo, em cada um dos contextos apresentados, serem consideradas as relações com a soberania estatal diante das articulações entre ordem doméstica e estrangeira, e relativas à separação de poderes e articulação e harmonização entre os Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo.

Considerações finais

A relação entre a ordem interna e a internacional é um fator cada vez mais presente nas jurisdições, devendo ser levada a sério na proteção de direitos fundamentais

los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 517. O diálogo horizontal “se desarrolla entre tribunales de un mismo nivel, donde el diálogo es libre y espontáneo, de uso voluntario, actúan por persuasión, ya que no deriva de ninguna obligación jurídica internacional ni constitucional”. Humberto Nogueira Alcalá, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Humberto Nogueira Alcalá e Liliana Galdámez Zelada, (comps.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014, p. 517.

⁸⁸ Víctor Bazán, El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, em Víctor Bazán e Claudio Nash, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*, Colombia, Unión Gráfica Ltda, 2012. pp. 17-55, p. 50. É o realizado “entre un tribunal internacional y los tribunales nacionales que integran dicho sistema”, como sintetiza Bazán.

⁸⁹ Valério de Oliveira Mazzuoli, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 141.

⁹⁰ Valério de Oliveira Mazzuoli, *Idem*.

⁹¹ Valério de Oliveira Mazzuoli, *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011, p. 58. Observa também o autor que “aplicando-se o princípio da *primazia da norma mais favorável* (princípio internacional *pro homine*) nada disso ocorre, pois ao se atribuir aos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil o *status* de norma constitucional, não se pretende *reformular* a Constituição, mas sim aplicar, em caso de conflito entre o tratado e o texto constitucional, a norma que, no caso, mais proteja os direitos da pessoa humana”.

e humanos. O reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos traz consigo muitos desafios aos juizes nacionais e exige que conceitos como o de “margem de apreciação” e diálogo jurisdicional façam parte dos debates relativos à sua atuação.

A teoria da margem de apreciação se apresenta, tanto em nível nacional como internacional, como um espaço à atuação legislativa, devendo, contudo, ser empregada com equilíbrio, a fim de garantir uma efetiva proteção de direitos humanos e o fortalecimento dos sistemas internacionais de proteção. Diante disso, a mesma não pode figurar como uma escusa ao cumprimento de obrigações internacionais assumidas pelos Estados.

No tocante à margem de apreciação nacional e ao diálogo entre Cortes – no caso interamericana e brasileira –, pode-se considerar que o reconhecimento pela primeira desse espaço de atuação estatal, bem como a interação entre as duas jurisdições, proporciona a integração dos dois sistemas, de forma a otimizar a concretização de direitos de caráter humano e fundamental. Em nível interno, dito reconhecimento, realizado pelos demais Poderes – especialmente judicial – em relação à atuação do legislador e ao diálogo entre Legislativo, Executivo e Judiciário, também permite uma melhor compreensão das formas de efetivação desses direitos na medida em que visa atingir um objetivo compartilhado por todos: a proteção desses direitos consagrados constitucional e convencionalmente.

Nesse contexto, a teoria do diálogo entre cortes constitucionais e entre Poderes desempenha um importante papel, servindo como uma forma de entender a articulação entre as jurisdições e os Poderes, vez que a finalidade perseguida por todos deve ser a melhor concretização de direitos humanos e fundamentais. Sendo assim, quando bem utilizadas, essas duas teorias – da margem de apreciação e do diálogo – são essenciais para se buscar compreender como realizar uma maior proteção e promoção desses direitos, não se configurando a abertura à jurisdição internacional por meio do diálogo como um limitador da soberania estatal e sim como uma ferramenta de proteção de direitos.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira, “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad: entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, v. XIX, 2013.

_____, “Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales y su diferenciación con el control de convencionalidad. Controle de convencionalidade: um panorama latino americano”, *Gazeta Jurídica*, 2013.

- _____, “El uso de las comunicaciones transjudiciales por parte de las jurisdicciones constitucionales en el derecho comparado y chileno”, em Humberto Nogueira ALCALÁ e Liliana Galdámez ZELADA (comps.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ante los derechos humanos y el derecho constitucional extranjero*, Santiago, Librotecnia, 2014.
- ARAÚJO, Cicero, “Representação, Retrato e Drama”, *Lua Nova*, v. 67, 2006.
- ARROYO, César Landa, *Convencionalización del Derecho peruano*, Lima, Palestra, 2016.
- _____, *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima, Palestra, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto, “Judicialização, ativismo e legitimidade democrática”, (Syn) *thesis: caderno do centro de ciências sociais*, v. 5, 2012.
- BAZÁN, Víctor, El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, en Víctor BAZÁN; Claudio NASH, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales: El control de convencionalidad*, Colombia, Unión Gráfica Ltda., 2012.
- BATEUP, Christine Anabelle, “The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue”, *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, v. 11, 2005.
- BRANDÃO, Rodrigo, *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2012.
- BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.105, Relator Ministro Luiz Fux, Julgada em 01 out. 2015, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>, Acesso em: 03 ago. 2016
- CAVALLO, Gonzalo Aguilar, “Afinando las cuerdas’ de la especial articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. Comentario de la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancuaga en el caso del homicidio simple de Luis Almonacid Arellano, Sentencia de fecha 14 de enero de 2013”, *Estudios Constitucionales*, 2013.
- CLÉMENT, Zlata Drnas, “Corte Interamericana de Derechos Humanos: Cuarta Instancia?”, em Zlata Drnas CLÉMENT, *Se ha convertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en una cuarta instancia?*, Buenos Aires, La Ley, 2009.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *Caso Castañeda Gutman v. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 6 de agosto de 2008 (*Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*), São José da Costa Rica, 2008, disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf
- DIMOULIS, Dimitri e Soraya LUNARDI, *Curso de Processo Constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*, São Paulo, Atlas, 2011.
- DIXON, Rosalind, “Para fomentar el diálogo sobre los derechos socioeconómicos: una nueva mirada acerca de las diferencias entre revisiones judiciales fuertes y débiles”, em Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder*

- judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- ESTAY, José Ignacio Martínez, “Auto Restricción, Deferencia y Margen de Apresiasi. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo”, *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, v. 1, 2014.
- FRIEDMAN, Barry, “Dialogue and judicial review”, *The Michigan Law Review Association*, v. 91, 1993.
- GARGARELLA, Roberto, “El nuevo constitucionalismo dialógico frente al sistema de los frenos y contrapesos”, em Roberto GARGARELLA, *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires, Siglo Vientiuno, 2014.
- HARO, Carlos Brokmann, “La Doctrina del Margen de Apresiasi como instrumento de la protección de Derechos Humanos México”, *Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, v. 8, 2008.
- KLATT, Matthias, “Direitos a prestações positivas: quem deve decidir? Controle judicial ponderado”, em Robert ALEXY *et al.* (comps.), *Dignidade humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*, Florianópolis, 2015.
- LARRAÍN, Patricio Zapata, *Justicia constitucional. Teoría y práctica en el derecho chileno y comparado*, Santiago, Jurídica de Chile, 2008.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig, *Jurisdição Constitucional Aberta. Reflexões sobre a Legitimidade e os Limites da Jurisdição Constitucional na Ordem Democrática*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- _____, “Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?”, *Revista Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 3, 2014.
- LEAL, Mônia Clarissa Hennig e Maria Valentina MORAES, “O princípio da separação de poderes e a ponderação de competências: uma análise crítica a partir da decisão sobre a fosfoetanolamina”, *Revista do Direito*, n. 50, 2016.
- LEDESMA, Eréndira Salgado, “La probable inexecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 2012.
- LEMONS, Maitê Damé Teixeira e Thiago Heitor da Fontoura PORTO, “O Projeto de Lei 8.058/2014 e a perspectiva dialogal: uma nova compreensão da relação entre Poderes?”, em Mônia Clarissa Hennig LEAL; Fernando Roberto Schnnor ALVES; Cleize Carmelinda KOHLs (comps.), *Jurisdição Constitucional Aberta: uma análise do PL 8.058/2014*, São Paulo, Max Limonad, v. II, 2016.
- MAUS, Ingeborg, “Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na ‘sociedade órfã’”, *Novos Estudos - Cebrap*, São Paulo, v. 58, 2000.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira, “O controle jurisdicional da convencionalidade das leis”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2011.
- MENDES, Conrado Hübner, “Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação”, Tese Doutorado em Ciência Política, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

- _____, “Una división de poderes deliberativa: entre el diálogo y la última palabra”, em Roberto GARGARELLA (comp.), *Por una justicia dialógica: el poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- MONTEIRO, Juliana Ralo, “Ativismo judicial: um caminho para a concretização dos direitos fundamentais”, em JÚNIOR, José Levi Mello do Amaral, *Estado de direito e ativismo judicial*, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2010.
- NASPOLINI, Samyra H. Dal Farra e Vladmir Oliveira da SILVEIRA, “O direito internacional dos direitos humanos e a margem nacional de apreciação: tendências da Corte Europeia”, *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir. UFRGS*, v. XI, 2016.
- PROVESAN, Flávia, “Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições”, *Revista Brasileira de Direito Constitucional - RBDC*, v. 19, 2012.
- ROCA, Javier García, “La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración”, *Teoría y realidad constitucional*, n. 20, 2007.
- SALDANHA, Jânia Maria Lopes e Márcio Moraes BRUM, “A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Derechos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?”, *Anuário Mexicano de Derecho Internacional*, v. XV, 2105.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, “Reflexiones sobre los Tribunales internacionales contemporáneos y la búsqueda de la realización del ideal de la justicia internacional”, em *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria - Gasteiz*, Thomson Reuters, 2010.
- TUSHNET, Mark, “Revisión judicial dialógica”, em Roberto GARGARELLA, *Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno, 2014.
- VENZKE, Ingo, “The Role of International Courts as Interpreters and Developers of the Law: Working Out the Jurisgenerative Practice of Interpretation”, *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, Vol 34:99, 2011..
- ZAVASCKI, Teori Albino, “Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional”, São Paulo, *Revista dos Tribunais*, 2014.
- ZELADA, Liliana Galdámez, “El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, em *Estudios Constitucionales*, Vol. 12, 2014.