

**XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO
CONPEDI BUENOS AIRES –
ARGENTINA**

**DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E
MOVIMENTOS SOCIAIS I**

ADRIANA FASOLO PILATI

EDNA RAQUEL RODRIGUES SANTOS HOGEMANN

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direitos Humanos, Democracia e Movimentos Sociais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Adriana Fasolo Pilati; Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-838-7

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Derecho, Democracia, Desarrollo y Integración

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Democracia e Movimentos Sociais. XII Encontro Internacional do CONPEDI Buenos Aires – Argentina (2: 2023 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA

DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS I

Apresentação

Apresentação

O XII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI BUENOS AIRES – ARGENTINA, foi realizado em parceria com a Universidade de Buenos Aires (UBA), tendo como temática central “Derecho, democracia, desarrollo e integration”. Esse tema suscitou intensos debates desde a abertura do evento e os desdobramentos ao decorrer da apresentação dos trabalhos e da realização das plenárias, sempre utilizando o espaço presencial.

Sob a coordenação das professoras Pós-Dra. Edna Raquel Hogemann (UNIRIO /UNIGRANRIO), e Adriana Fasolo Pilati (Universidade de Passo Fundo) o GT DIREITOS HUMANOS, DEMOCRACIA E MOVIMENTOS SOCIAIS I proporcionou sua contribuição ao evento, com exposições orais e debates caracterizados pela atualidade e originalidade quanto pela profundidade dos assuntos abordados pelos expositores.

A demarcar-se que a multiplicidade de olhares em torno das temáticas abordadas tornou o encontro dinâmico, produtivo, agradável e de especial riqueza como contributo para a produção do conhecimento.

Eis os trabalhos apresentados:

(I)LEGITIMIDADE ATIVA DO CIDADÃO NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: UM MODELO PROCESSUAL COLETIVO PARA O ACESSO À EDUCAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NÔMADES - Barbara Campolina Paulino , Ana Júlia Alcântara de Souza Pinheiro , Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

A (IN)EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA PENAL NO BRASIL - Márcia Haydée Porto de Carvalho , Aline Acássia da Silva Sales

A ESFERA PÚBLICA DE HABERMAS NA ERA DOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS: DESAFIOS PARA A DEMOCRACIA - Gabriela Oliveira Freitas , Caroline Leal Ribas , Maria Cláudia Viana Hissa Dias do Vale

A IMPORTÂNCIA DA INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO MERCADO DE TRABALHO E SEUS ASPECTOS NORMATIVOS E SOCIAIS - Andrine Oliveira Nunes

A IMPORTÂNCIA DO DIREITO À CIDADE PARA CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA E DEMOCRACIA PARA AS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA - Suelen Maiara dos Santos Alécio , Ivan Dias da Motta

A INCLUSÃO SOCIAL DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA ATRAVÉS DE UMA ANÁLISE DA TEORIA DA LUTA POR RECONHECIMENTO - Gabriela Oliveira Freitas , Ana Paula Cardoso E Silva

A POSSIBILIDADE DA UTILIZAÇÃO DO PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO FORMA DE COMBATE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS NO DIREITO PENAL ECONÔMICO - Barbara Campolina Paulino , Pablo Augusto Gomes Mello , Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

ANÁLISE SOBRE O ASSÉDIO SEXUAL DENTRO DAS UNIVERSIDADES NO BRASIL: UMA REVISÃO SISTEMÁTICA DE LITERATURA NO ÂMBITO DO DIREITO - Karyta Muniz de Paiva Lessa , Ivan Dias da Motta

ARQUITETURA HOSTIL E APOROFOBIA: CONSTRUÇÃO DA EXCLUSÃO - Juliana Mayer Goulart , Juliana Tozzi Tietböhl , Rosane Teresinha Porto

CANDIDATURAS COLETIVAS: ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E A MÁXIMA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS - Dorival Assi Junior , Clodomiro José Bannwart Júnior

CRISE DA DEMOCRACIA LIBERAL: REFLEXÕES A RESPEITO DA TENDÊNCIA NEONACIONALISTA E SEU DIÁLOGO COM O FASCISMO - Guilherme Marques Laurini , Joao Victor Magalhaes Mousquer

DEMOCRACIA, DIREITOS HUMANOS E REDES SOCIAIS: INDETERMINAÇÃO E CONFLITO COMO PANO DE FUNDO ÀS RECENTES PROPOSTAS REGULATÓRIAS - Ariel Augusto Lira de Moura , Gabriel Dil

DIREITOS HUMANOS E POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS PARA A MULHER: EM QUESTÃO A PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS DE ABORTO LEGAL NO

BRASIL - Edna Raquel Rodrigues Santos Hogemann , Oswaldo Pereira De Lima Junior , Luana Cristina da Silva Lima Dantas

ESTADO DE EXCEÇÃO? A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA COMO SIMULACRO DA OLIGARQUIA DO CAPITAL - Guilherme Marques Laurini , Joao Victor Magalhaes Mousquer

EXISTE JUSTIÇA AMBIENTAL PARA OS VULNERÁVEIS? CASOS DE DESASTRES AMBIENTAIS NO BRASIL QUE QUESTIONAM A DEMOCRACIA - Cristiane Feldmann Dutra , Gil Scherer , Bruna Guerreiro De Nardin

JUSTIÇA GRATUITA NO BRASIL E NA ARGENTINA: DIFERENÇAS E SIMILITUDES - Maria José Carvalho de Sousa Milhomem , Márcia Haydée Porto de Carvalho , Fernanda Milhomem Barros

NEOCONSTITUCIONALISMO E DEMOCRACIA - Adriana Fasolo Pilati , Francineli Ferri Salvini

O CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO ELABORADO PELA CORTE IDH COMO DISCURSO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS: CONSEQUÊNCIAS PARA OS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS - Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira , Andre Pires Gontijo

PINÓQUIO, LIBERDADE DE EXPRESSÃO E TEMPOS DE PÓS-VERDADE: REFLEXÕES ACERCA DO CONCEITO DE DESINFORMAÇÃO - Clodomiro José Bannwart Júnior , André Pedroso Kasemirski

PREMÊNIA DO DIREITO HUMANO AO ACESSO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE: COMO FORMA DE DIGNIDADE E AUTONOMIA AOS IMIGRANTES NO BRASIL. - Cristiane Feldmann Dutra

**O CONSTITUCIONALISMO COMPENSATÓRIO ELABORADO PELA CORTE
IDH COMO DISCURSO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS:
CONSEQUÊNCIAS PARA OS SISTEMAS JURÍDICOS NACIONAIS**

**THE COMPENSATORY CONSTITUTIONALISM DEVELOPED BY THE IACHR
AS A DISCOURSE ON HUMAN RIGHTS: CONSEQUENCES FOR NATIONAL
LEGAL SYSTEMS**

**Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira ¹
Andre Pires Gontijo ²**

Resumo

Artigo sobre o constitucionalismo compensatório como discurso de direitos humanos. Mediante revisão bibliográfica, como objetivos buscou-se examinar se o constitucionalismo compensatório apresenta-se como o instrumento adequado para o fortalecimento dos direitos humanos; analisar as feições dos direitos humanos, reconhecendo o papel dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) em sua construção; por fim, verificar as consequências do constitucionalismo compensatório nos Estados, em atenção ao déficit democrático e ao fortalecimento dos movimentos sociais. Como hipótese, o constitucionalismo compensatório é elaborado como discurso de direitos humanos, pela Corte IDH, em resposta ao déficit de proteção destes pelos Estados. Como resultado, o constitucionalismo compensatório revela-se importante na relação entre a Corte IDH e os Estados. A resistência estatal é o principal obstáculo para a implementação do constitucionalismo compensatório, sendo necessário refletir e discutir a possibilidade de maior abertura dos Estados à implementação dos direitos humanos construídos pela Corte IDH, sobretudo para o fortalecimento dos movimentos sociais.

Palavras-chave: Constitucionalismo compensatório, Corte idh, Discurso de direitos humanos, Implementação pelos estados, Fortalecimento dos movimentos sociais

Abstract/Resumen/Résumé

Essay about compensatory constitutionalism as a human rights discourse. Through a bibliographical review, the objectives sought to examine whether compensatory constitutionalism is presented as the appropriate instrument for strengthening human rights; analyze the features of human rights, recognizing the role of the precedents of the Inter-American Court of Human Rights in their construction; finally, verify the consequences of compensatory constitutionalism in the States, in attention to the democratic deficit and the

¹ Pós-Doutorando em Educação pela UFPE - bolsa de pesquisa CETALC. Doutor em Direito pela UFRGS. Professor do Centro Universitário UNIEURO. Bolsista de produtividade da Estácio Brasília-DF.

² Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - CEUB. Professor Titular do CEUB. Professor do Centro Universitário UNIEURO.

strengthening of social movements. As a hypothesis, compensatory constitutionalism is elaborated as a human rights discourse, by the Inter-American Court of Human Rights, in response to the deficit of protection of these by the States. As a result, compensatory constitutionalism proves to be important in the relationship between the Inter-American Court of Human Rights and the States. State resistance is the main obstacle to the implementation of compensatory constitutionalism, and it is necessary to reflect and discuss the possibility of greater openness of States to the implementation of human rights built by the Inter-American Court of Human Rights, especially for the strengthening of social movements.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Compensatory constitutionalism, Iachr, Discourse on human rights, Implementation by national states, Strengthening of social movements

1 Introdução

O constitucionalismo compensatório apresenta-se como um dos principais instrumentos de interpretação desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante Corte IDH), responsável pela implementação dos direitos humanos no âmbito dos Estados da América Latina. Trata-se da compensação constitucional realizada pela Corte IDH em virtude do *déficit* de proteção dos direitos humanos apresentado por estes sistemas jurídicos nacionais. Esta compensação apresenta repercussão jurídica em diferentes níveis. No plano internacional, revela-se mais um processo de expansão do direito internacional. No plano nacional, apresenta-se como mais um possível elemento de proteção da pessoa humana, a ser recepcionado pelo sistema jurídico dos Estados.

Cuida-se de processo diferenciado, que se apresenta na forma de discurso para a abordagem dos direitos humanos. Revela efeitos importantes sobre o sistema jurídico contemporâneo, em especial com a rediscussão de conceitos tradicionais relacionados ao direito internacional. Na base deste processo está o dilema da relação entre o direito internacional e o direito nacional. Decorrente deste dilema, como problemática a ser estudada pela pesquisa, apresenta-se a seguinte indagação: **o discurso do constitucionalismo compensatório – desenvolvido pela Corte IDH – contribui para a expansão do conteúdo jurídico dos direitos humanos no âmbito dos Estados da América Latina, sobretudo no que diz respeito à proteção da democracia e dos movimentos sociais?**

A hipótese da presente pesquisa é a de que o constitucionalismo compensatório é elaborado como discurso em matéria de direitos humanos, pela Corte IDH, porque grande parte dos Estados da América Latina não é capaz de proteger os direitos humanos no plano nacional. O constitucionalismo compensatório apresenta-se como discurso para a defesa da aplicação dos direitos humanos, mediante os julgamentos da Corte IDH. Assim, o instituto visa compensar a falta de concretude ao Estado Democrático de Direito, com o descumprimento de direitos fundamentais e dos padrões democráticos em nível nacional. Assim, verifica-se que a dimensão internacional do constitucionalismo compensatório – como discurso em matéria de direitos humanos – propicia a interação da Corte IDH com os Estados da América Latina, em especial em

temas que fortalecem a qualidade da democracia, bem como a legitimação e a expansão dos movimentos sociais.

Sobre esta perspectiva, a pesquisa defende que o constitucionalismo compensatório ocorre a partir da interação dos julgamentos da Corte IDH com os Estados da América Latina. A importância desta interação é verificada em virtude da diversidade de contextos normativos apresentados por estes Estados. Em determinadas constituições, há o texto com a previsão de proteção do conteúdo dos direitos humanos, mas não há a aplicação pelos atores estatais. Em um segundo cenário, a constituição não prevê a proteção dos direitos humanos em seu texto normativo. Em uma perspectiva avançada, determinadas constituições estabelecem disposições contrárias ao texto da Convenção Americana de Direitos Humanos (Convenção Americana). Em todos os cenários, a Corte IDH busca a interação pelo discurso do constitucionalismo compensatório, para que o Estado implemente a proteção dos direitos humanos.

Para defender e corroborar esta hipótese, a pesquisa se vale da metodologia dogmática-instrumental, com o uso de doutrina, textos legislativos e tratados, bem como precedentes da Corte IDH. Como objetivos, busca-se examinar se o constitucionalismo compensatório pode ser considerado o instrumento interpretativo adequado para o fortalecimento dos direitos humanos; em seguida, pretende-se analisar as feições dos direitos humanos e testar a hipótese, com o reconhecimento do papel dos precedentes da Corte IDH na construção dos direitos humanos, por meio do constitucionalismo compensatório; o próximo passo é verificar as consequências do constitucionalismo compensatório nos sistemas jurídicos nacionais, sobretudo com o dilema do *déficit* democrático e o fortalecimento dos movimentos sociais.

A justificativa teórica da pesquisa está em comparar diferentes referenciais teóricos, com linhas de pensamento diversas, na construção de um conceito de constitucionalismo compensatório, considerado valioso e utilizado por todos os atores em matéria de direitos humanos. Por essa razão, aparecem como referenciais teóricos autores de linhas diferentes (REZEK, 2014; DELMAS-MARTY, 2013; VARELLA, 2013; MAZZUOLI, 2013), os quais buscam, em uma perspectiva dialética, alcançar a importância do constitucionalismo compensatório na criação dos direitos humanos (KOSKENNIEMI, 2005; GONTIJO, 2016).

2 Constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos

Diferentes conceitos e institutos relevantes para o direito internacional apresentam-se insuficientes para servir como parâmetros interpretativos da ordem jurídica. Noções de autonomia e soberania, cogência e voluntarismo, limites da expansão jurídica e monopólio do Estado para cuidar da implementação dos direitos humanos são alguns de inúmeros conceitos nesta perspectiva. O constitucionalismo compensatório busca revisitar os conceitos tradicionais do direito internacional. As instituições estatais mesclam-se com a lógica do constitucionalismo compensatório proposta pela Corte IDH, em quantidades diversificadas de fontes e intérpretes deste fenômeno jurídico.

O constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos apresenta-se como conceito novo ainda não aceito pela maioria dos Estados. Não há consenso na teoria jurídica em aceitá-lo como satisfatório quanto à coerência ou à legitimidade para identificá-lo como um novo modelo de discurso jurídico. Há dúvidas – nessa perspectiva – se este modelo de discurso proposto é suficiente para explicar os fenômenos que ocorrem na interação entre a Corte IDH e os Estados.

Este discurso é uma tentativa de descrever um sistema multinível e com diferentes fontes normativas em curso, com o objetivo de proteger os direitos humanos na América Latina e de defender a construção do direito constitucional para além do Estado no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos (doravante Sistema Interamericano). Como exigências coletivas desta proposta, estão o fortalecimento do Estado Democrático de Direito, da democracia, da responsabilidade e da transparência no exercício do poder público na região.

A partir do constitucionalismo compensatório, a Corte IDH passa a ter dinâmica própria, voltada para atender às demandas em matéria de direitos humanos oriundas dos Estados. Este discurso elaborado pela Corte IDH entra em conflito com a lógica tradicional do sistema jurídico em si. Em alguns casos, o constitucionalismo compensatório revela-se incoerente com as respostas oferecidas pelos Estados, que optaram por soluções distintas em matéria de direitos humanos. Neste contexto, as situações de cada Estado transformam-se em velocidades próprias, diferentemente dos demais sistemas jurídicos nacionais.

Determinadas categorias jurídicas centrais precisam ser definidas para esta pesquisa: discurso, Estado, constitucionalismo, e constituição. O termo discurso pertence ao campo da linguística ou como se denomina hoje de ciências da linguagem. O discurso pode ser conceituado como uma sucessão de frases que constituem uma unidade linguística. É a utilização de signos sonoros articulados, para comunicar-se com o outro acerca do pensamento e da opinião sobre as coisas. Aproxima-se da ideia de enunciação, que consiste no uso – em um campo ou posicionamento restrito – da língua assumida pela pessoa que fala, na condição de intersubjetividade que só a relação comunicacional linguística torna possível. Trata-se da inclusão de um texto em seu contexto, isto é, do exame das condições de produção desse texto e sua estruturação em um enunciado (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2014, p. 13-15).

O discurso é orientado não apenas porque é concebido em função do propósito de quem enuncia, mas sobretudo porque ele se desenvolve no tempo. O discurso se constrói em função de uma finalidade, que pode variar ao longo do seu percurso. É interativo e deve ser contextualizado, sendo regidos por normas de determinado campo. Não adquire sentido a não ser que esteja inserido no universo de outros discursos, por meio do qual ele deve avançar e abrir seu próprio caminho (CHARAUDEAU; MAINGUENEAU, 2014, p. 13-15).

Estas características do discurso compõem a estrutura conceitual do constitucionalismo compensatório, instrumento elaborado pela Corte IDH para a interpretação dos direitos humanos. O sentido do discurso vai além da exposição de ideias, pois uma ideia não se resume a uma única representação formal do discurso. Ela pode ser apresentada de diferentes formas, sem que haja perdas significativas de sentido, de modo que uma ideia nunca é prisioneira de determinado discurso. Ao contrário, ao se interpretar determinado discurso, pode-se produzir um discurso sobre o discurso, e não apenas o exame sobre o objeto a que se refere o discurso.

O discurso do constitucionalismo compensatório pode ser um fator de transformação ou, eventualmente, de redução semântica dos conceitos relacionados aos direitos humanos. Nesta pesquisa, o termo constitucionalismo compensatório como discurso em direitos humanos aparecerá como o instrumento manuseado pela Corte IDH para definir a interpretação de determinado dispositivo contido na Convenção Americana. Consiste em examinar as condições de produção dos textos pela Corte IDH,

com o fim de analisar a estruturação destes textos em um enunciado normativo formulado por seus julgamentos (GONTIJO, 2016).

Há diferentes definições propostas para a ideia de Estado. A definição atualmente reconhecida é a de entidade dotada de poder como unidade de ação política. Nesta definição incide determinados tipos de limitações sobre suas instituições (relacionadas à atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário). Para a presente pesquisa, o Estado não será considerado apenas como a entidade dotada de poder como unidade de ação política. Será também considerado por meio de seus entes, sejam eles vinculados ao âmbito executivo, legislativo ou judicial, tendo em vista que o constitucionalismo compensatório pode atingir diferentes níveis das instituições do Estado (HELLER, 2002).

O constitucionalismo implica a submissão do Estado à regulação normativa do Direito. Apresenta-se como movimento constitucional, como a dinâmica político-social responsável por legitimar a existência da constituição em determinado sistema jurídico. Este conceito permite associar os processos desenvolvidos pela Corte IDH à dinâmica constitucional dos Estados. Esta dinâmica constitucional – ora de recepção, ora de recalitrância – dos Estados em relação à abordagem dos direitos humanos pela Corte IDH necessita que estes Estados adotem determinado tipo de constituição (ATIENZA, 2010; CANOTILHO, 2003).

Como ordem material de valores, a constituição transforma a leitura dos fatores reais de poder em sua força normativa. O conteúdo material dos fatores reais de poder adquire cogência com a leitura da força normativa da constituição (HESSE, 1991), sendo responsável por modificar a realidade, tornando-a uma realidade constitucional. Este modelo de constituição revela-se como texto normativo aberto, o qual é atualizado pelos anseios sociais, mediante a vontade de constituição oriunda da realidade constitucional (M. CRUZ, 2005).

A constituição apresenta-se como instrumento jurídico dotado de diversos significados. Há diferentes conceitos de constituição adotados pelos diversos Estados. No entanto, o conceito mais adequado de constituição é o que envolve o seu sentido material, que contém um conjunto de elementos normativos (regras, princípios e valores) regentes das relações sociais e da vida política de uma comunidade (ALEXY, 2008). Com este conceito, a constituição atribui parâmetros e procedimentos que orientam, impõem limites e fundamentam o exercício do poder, determinando a criação

e a aplicação do Direito, bem como protegendo valores essenciais de uma comunidade, particularmente os direitos fundamentais, a democracia e os movimentos sociais.

Não obstante a ideia de constituição esteja comumente atrelada à composição do Estado, o conceito atual de constituição exige que se pense além da perspectiva estatal. Trata-se de concepção que envolve a complexidade e a interatividade de relações constitucionais do plano interno e com o plano internacional. Embora a esfera nacional detenha sua importância, o Direito tornou-se “pós-nacional” (KRISCH, 2011). Esta expressão denota um período de transição, em que inúmeros processos jurídicos são elaborados independentemente dos órgãos centrais dos Estados, responsáveis por construir o direito internacional. Isto não significa que o Estado deixa de ser o centro do direito internacional, mas sim que a perspectiva do pensamento constitucional pode ser desenvolvida por outros atores internacionais, como a Corte IDH.

Em função das modificações oriundas do cenário internacional, a constituição foi traduzida para a linguagem dos internacionalistas. Após determinados eventos, como a Segunda Guerra Mundial, os Estados começaram a se preocupar com o conteúdo do direito internacional. A constituição é a principal norma jurídica dos Estados, seja em relação ao direito internacional, seja em relação ao direito interno. No momento atual, os Estados se preocupam com a estrutura do direito internacional e expressam esta preocupação no texto de suas constituições. Com isso, as constituições tornam-se pontos de apoio para a construção do direito internacional.

Neste contexto, o plano internacional passa a adquirir pela constitucionalização propriedades constitucionais em um processo de realimentação. A constitucionalização apresenta-se como uma conexão necessária e complementar entre o direito internacional e o direito constitucional. Situa-se como um lugar comum, no sentido de um processo de emergência, criação e identificação dos elementos constitucionais na ordem jurídica internacional. Isto ocorre porque o termo “constituição” e as características deste instituto nunca estiveram reservados para as constituições dos Estados. O vínculo conceitual entre constituição e Estado tem passado por uma transformação, o que permite ampliar o sentido do termo “constituição” para situações diferenciadas, permitindo a abertura das constituições para a comunidade internacional.

Nessa perspectiva, a possibilidade de aplicar a narrativa constitucional para situações diferentes das encontradas nos Estados – em uma perspectiva multinível – abre o espaço para o desenvolvimento de um constitucionalismo para além do Estado.

Cuida-se de uma etapa evolutiva da compreensão funcional da constituição – apresentada atualmente – em contraste com o significado formal e tradicional do texto constitucional (GÓNGORA MERA, 2011), como um documento singular de catalogação de direitos fundamentais pelo Estado e regulação do processo político e da divisão de poderes frente à consideração da democracia e dos movimentos sociais.

A metodologia adotada pelo constitucionalismo compensatório explora a interação entre os diferentes espaços normativos de produção jurídica, mediante a configuração dos processos de internacionalização do Direito. Por meio deles, a interpenetração normativa é visualizada nos diversos espaços de decidibilidade do direito internacional. Neste contexto, determinados ambientes se utilizam da experiência demonstrada em outras esferas de discussão. Os limites estabelecidos entre os sistemas jurídicos nacionais e o plano internacional tornam-se mais tênues, em função dos diferentes processos de construção, implementação e controle de normas realizados pela internacionalização do Direito (VARELLA, 2013, p. 14).

A internacionalização do Direito expande-se por diferentes níveis e por meio de várias perspectivas – dentre elas economia e direitos humanos. Em cada uma destas perspectivas, importantes temas são desenvolvidos, tanto na lógica econômica, como por temas transversais, como a democracia e os movimentos sociais, até se alcançar os direitos humanos. Nesse tema, há discussões materiais sobre justiça restaurativa e de transição, além da lógica do direito humanitário e do direito dos refugiados no contexto dos movimentos sociais. Também é abordado o aspecto procedimental, como a discussão das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos (GONTIJO, 2012).

Sobretudo, nestes processos de transposições jurisprudenciais – a inter-relação que ocorre entre precedentes, também denominada de *cross-fertilization*, fertilização cruzada ou intercruzamento normativo – pode ser observada a interatividade natural entre os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. O aprofundamento dos conceitos jurídicos em matéria de direitos humanos provocado pela *cross-fertilization* é responsável pela criação jurisprudencial de novos enfoques e novos elementos interpretativos (PEREIRA, 2014). Ao manejar a significação do conteúdo essencial dos direitos humanos existentes, bem como criar novos direitos a partir dos julgamentos proferidos, a Corte IDH contribui para a expansão e a evolução do direito internacional.

3 Feições dos direitos humanos: a construção jurisprudencial por meio do constitucionalismo compensatório

A proposta do discurso em matéria de direitos humanos assume diferentes tipos de feições. Para examinar o constitucionalismo compensatório adotado pela Corte IDH, adota-se o exame de perspectivas ascendente e descendente sobre os direitos humanos. Trata-se de padrões de discurso que constituem conjuntos de argumentos que se apresentam de forma individualizada. Determinado ponto sobre a ordem internacional pode ser um argumento descendente ou fazer parte de um discurso ascendente. Porém, é incapaz de ser os dois ao mesmo tempo. São padrões que se opõem entre si (KOSKENNIEMI, 2005).

A perspectiva descendente relaciona-se com aspectos da moral universal, em que uma ordem jurídica internacional se sobrepõe em relação ao comportamento dos Estados. Estes estariam vinculados a uma ordem jurídica objetiva, com fundamento no argumento comunitário. De outro lado, na perspectiva ascendente, o pressuposto é que a vontade dos Estados determina a formação da ordem jurídica internacional. A prevalência não seria do aspecto comunitário, mas da autonomia dos Estados frente ao direito internacional, para a solução de problemas específicos. A primeira perspectiva é criticada como utópica, por se aproximar de conceitos abstratos, como a moral universal da humanidade. A segunda recebe a crítica da apologia, pelo fato de o comportamento dos Estados permitir a flexibilidade infinita do argumento, acreditando-se que o direito internacional poderia resolver todos os problemas. Estas perspectivas estão em constante debate, permitindo a construção dinâmica do argumento jurídico no plano internacional (KOSKENNIEMI, 2005).

A abordagem da configuração das perspectivas ascendente e descendente do discurso em direitos humanos perante a Corte IDH – tendo como instrumento o constitucionalismo compensatório – pode afetar conceitos jurídicos tradicionais, tanto na esfera internacional como no plano normativo interno. Por influência do discurso relacionado ao constitucionalismo compensatório, o sistema jurídico abre-se para a possibilidade de criação de novos ou a intensificação de antigos processos de construção, implementação e controle de normas jurídicas em matéria de direitos humanos. Esta reconfiguração do sistema jurídico é realizada pela Corte IDH por meio do controle de convencionalidade, cuja disposição coloca em dúvida alguns fundamentos clássicos da teoria do direito internacional.

Esta construção dos direitos humanos desencadeada pela Corte IDH – por meio do constitucionalismo compensatório – pode ocorrer de duas formas. No primeiro momento, a construção parte da Corte IDH para os Estados (GÓNGORA MERA, 2011), mediante a doutrina do controle de convencionalidade (REY CANTOR, 2008). No segundo momento, a construção pode ocorrer pelo desenvolvimento do constitucionalismo pelos Estados, seja no desenvolvimento de suas próprias competências constitucionais, seja na aplicação do conteúdo normativo desenvolvido pela Corte IDH, por meio do controle de convencionalidade exercido pelos juízes nacionais (KNOP, 2000).

Não é possível dissociar o Estado da construção dos direitos humanos (REZEK, 2014). A implementação dos direitos humanos é realizada pelo Estado. Logo, o desenvolvimento destes direitos pelo Estado – no plano internacional – ocorre de forma voluntária. No cenário atual, grande parte dos Estados revelam-se abertos para interagir com a rede de vínculos jurídicos apresentada pelo plano internacional. Isto ocorre em virtude da sua intensa juridificação pela constitucionalização das relações internacionais, a qual pressupõe a projeção dos elementos que compõem o conceito de constituição para além das redomas do sistema jurídico interno.

Entretanto, nem todos os Estados estão dispostos a colocar todas as dimensões dos direitos humanos defendidas pelos tribunais internacionais em sua agenda institucional. Assim, verifica-se a existência de diversos níveis de interação do Estado com o constitucionalismo compensatório elaborado pela Corte IDH em seus julgamentos, pois cada sistema jurídico nacional cria sua própria forma de interpretar o direito internacional. Há Estados que não promovem a abertura de seu sistema jurídico para os direitos humanos. Outros que mantinham a relação entre o internacional e o nacional em funcionamento, mas recuaram na abertura do seu sistema jurídico. Determinados Estados abrem-se de forma gradual ao plano internacional, enquanto outros buscam interagir de forma considerável. Há, por fim, Estados que reconhecem a importância dos direitos humanos defendidos pela Corte IDH e abrem seu sistema jurídico de forma plena para a esfera do direito internacional e do direito regional.

A depender do nível de abertura do Estado, a interação das dimensões dos direitos humanos defendidas pelos tribunais internacionais e por diferentes órgãos de solução de controvérsia podem ocorrer por meio de cláusulas gerais, em regra previstas nos textos constitucionais. Nesse aspecto, as constituições com maior abertura em seus

textos permitem uma maior incidência da proteção dos direitos humanos construída no plano internacional. A relação de abertura do texto constitucional irá variar de país para país. Por exemplo, no caso brasileiro, o texto constitucional permite a interpretação no sentido de que os direitos e garantias nela expressos não excluam outros dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte (Constituição, artigo 5º, § 2º). Com a reforma constitucional de 2004, foi acrescentado o § 3º ao artigo 5º, que restringe esta hipótese interpretativa, no sentido de que para gozarem de *status* constitucional, os tratados de direitos humanos devem ser internalizados com procedimento semelhante aos da proposta de emenda à constituição, cuja alteração revela-se mais solene que a legislação comum (GONTIJO, 2016).

Em Estados como a Colômbia, os tratados de direitos humanos ratificados pelo parlamento colombiano prevalecem sobre a ordem jurídica interna, inclusive sobre o texto constitucional, pois os direitos e deveres contidos na constituição colombiana serão interpretados de conformidade com estes tratados ratificados. De outro lado, a reforma constitucional realizada na Argentina conferiu hierarquia constitucional a determinados tratados em matéria de direitos humanos, além de permitir que o parlamento aprove outros desta natureza no futuro. Em todos os casos, esta cláusula geral de abertura permite a formação do bloco de constitucionalidade (MANILI, 2003).

Estes elementos do direito internacional contribuem para a ideia de força normativa da constituição (HESSE, 1991). Ainda que de forma limitada, a constituição contém uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado. O implemento desta força normativa está na realização de diversas tarefas dos agentes estatais, as quais guardem observância aos dispositivos constitucionais, bem como na concretização dos direitos fundamentais pelas diferentes instâncias do Estado.

O problema apresenta-se justamente quando o Estado – por meio de seus agentes – não consegue implementar a força normativa do conteúdo material contido em sua constituição. A realidade passa pela perda da força normativa constitucional, sobretudo no que tange aos aspectos relacionados aos direitos fundamentais. Abre-se espaço para a necessidade de promover a compensação desta perda constitucional de proteção da pessoa humana. A pesquisa questiona se o constitucionalismo compensatório – como discurso em direitos humanos – constitui-se no processo responsável por modificar a lógica jurídica, com o fim de demonstrar a importância da

proteção dos direitos humanos - sobretudo relacionado aos movimentos sociais - no âmbito dos Estados da América Latina.

4 Constitucionalismo compensatório realizado pela Corte IDH

Nesse aspecto, acredita-se que a compensação constitucional pode ser realizada pela Corte IDH, uma vez que o plano internacional exerce uma influência importante sobre o nacional. É responsável por inspirar normas, favorecer a criação de normas integradoras e inclusive impor regras jurídicas comuns, sobretudo em matéria de direitos humanos. Acredita-se que o discurso do constitucionalismo compensatório permite compensar a perda desta força normativa constitucional por meio da influência entre os conteúdos das ordens jurídicas dos Estados com a Corte IDH.

Mediante o controle de convencionalidade, esta influência poderá ser verificada a partir do uso de lógicas jurídicas comuns entre os tribunais nacionais e a Corte IDH, resultado do processo de constitucionalização do direito internacional. Isto permite verificar a interação entre os tribunais nacionais, deles com a Corte IDH (GÓNGORA MERA, 2011).

A delimitação do discurso relacionado ao constitucionalismo compensatório alcança níveis diferentes de proteção e interação. A proposta a ser estudada no plano interamericano difere, em certa medida, do constitucionalismo europeu, tanto no que diz respeito aos dilemas enfrentados com a organização democrática dos Estados nacionais, como também dos diversos movimentos sociais, cuja incidência de proteção os julgamentos da Corte IDH alcançam. Por sua vez, a Europa almeja o estabelecimento e a consolidação de uma constituição comum, para o fortalecimento das relações entre os sistemas jurídicos nacionais com o ambiente supranacional. Não obstante a Europa também tenha sido marcada por experiências históricas diferenciadas (nazismo, fascismo, comunismo e períodos ditatoriais nacionalistas), o constitucionalismo compensatório – no Sistema Interamericano – apresenta-se como uma tentativa de corrigir os excessos praticados com o aparelho estatal em décadas de regimes militares e de graves violações de direitos humanos.

O Sistema Interamericano está experimentando um processo dinâmico de construção de um direito constitucional comum por meio de seus juízes – tanto no nível nacional como no nível interamericano. A Corte IDH desenvolve um sistema difuso de “revisão convencional” – pela via do controle de convencionalidade – e determina aos

juízes nacionais a necessidade de implementação das normas da Convenção Americana no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais. Esta interação da Corte IDH apresenta-se na forma de diálogos jurisprudenciais com as cortes constitucionais, bem como com a implementação de medidas legislativas – ou de outra natureza – como delineadas pela Convenção Americana (NEUMAN, 2008).

Este sistema permite a expansão do conteúdo jurídico mediante a produção, a aplicação e a interpretação dos direitos humanos na América Latina. Esta expansão transcende a jurisdição do sistema jurídico nacional e se instala no espaço de interação interpretativa, em que juízes nacionais interagem, influenciam e são influenciados por outros. A aplicação do conteúdo material da Convenção Americana no plano dos Estados leva a uma maior convergência das normas regionais com as normas constitucionais internas. Isso permite o respectivo condicionamento do diálogo entre a Corte IDH e as cortes constitucionais, cuja interação jurisprudencial tem importante papel no processo de construção de um direito constitucional comum no plano interamericano (GONTIJO, 2016).

Este processo demonstra como a Corte IDH visualiza as características do direito internacional, bem como apresenta o manejo por ela de conceitos tradicionalmente estabelecidos na teoria do direito internacional. Isto evidencia como a Corte IDH expande os métodos de criação, implementação e controle dos direitos humanos, que ganham maior densidade a partir da criação do constitucionalismo compensatório como discurso, mediante o controle de convencionalidade. Logo, busca-se demonstrar que – em face da mundialização – os direitos humanos tratados pela Corte IDH passam a ter diferentes lógicas de funcionamento, modificando a estrutura do conteúdo jurídico conforme o avanço da relação com os Estados da América Latina.

Assim, chega-se à discussão de como a Corte IDH impõe novas ideias à teoria tradicional do direito internacional ou como ela rediscute ideias antigas à luz de novos fatos. O debate sobre a expansão do direito internacional aos sistemas jurídicos nacionais não se revela uma nova discussão. Inúmeros conceitos são revisitados pelos autores contemporâneos à luz de uma nova perspectiva, de modo que se o discurso do constitucionalismo compensatório pretende se fundamentar na alteração dos conceitos tradicionalmente delineados pelo direito internacional, apresentando-se como um dos elos de conexão diferenciada entre a Corte IDH e os sistemas jurídicos nacionais.

Nessa relação entre os seus julgamentos e o plano jurídico dos Estados, inicialmente a Corte IDH considera que o controle de convencionalidade deve ocorrer no plano interno, a partir da obediência dos Estados Partes aos artigos 1º, item 1, e 2º da Convenção Americana. Depois, caso haja o eventual descumprimento destes dispositivos, somados a outros dispositivos convencionais, a Corte IDH exerce sua jurisdição, por meio de um controle dinâmico e complementar, com o escopo de alcançar a compensação constitucional para a implementação dos direitos humanos no plano dos Estados Partes.

Entretanto, com a sistêmica violação dos direitos humanos pelos Estados, há um peculiar movimento realizado pela Corte IDH, que inverte a lógica deste controle de convencionalidade. Com esta movimentação, a interpretação de seus julgamentos torna-se mais importante, de maneira que os Estados devem implementar a jurisprudência construída pela Corte IDH mediante o controle de convencionalidade exercido por ela.

Por meio disto, a Corte IDH promove o desenvolvimento interpretativo dos direitos e das garantias atinentes à Convenção Americana, fortalecendo o texto da Convenção com a construção de seu *status* constitucional a partir de seus julgamentos. Assim, a Corte IDH desenvolve uma espécie de constitucionalismo judicial interamericano (GÓNGORA MERA, 2011).

Como consequência desta abordagem judicial compensatória, e em semelhança com as funções estruturantes das cortes constitucionais (TAVARES, 2008), mediante a criação judicial do Direito (COELHO, 2015; MALARINO, 2010; WALDRON, 2006), a Corte IDH confere lógica própria ao conteúdo material dos direitos humanos, mediante o seu próprio bloco de constitucionalidade (GONTIJO, 2015), quando da apreciação dos casos a ela submetidos.

Trata-se não apenas de proferir o julgamento em si, mas da construção de argumentos que, em conjunto (isto é, em bloco), exercem o papel normativo. Este papel representa uma nova interpretação sobre determinado direito previsto na Convenção Americana (como nos Casos *Artavia Murillo e outros vs. Costa Rica*, 2012 e *Kimel vs. Argentina*, 2008), a criação de novos direitos humanos – como no caso do direito à verdade (Caso *Barrios Altos vs. Peru*, 2001 e Caso *Gomes Lund vs. Brasil*, 2010; BINDER, 2011) e as questões atinentes às comunidades indígenas (Caso *Norín*

Catrimán vs. Chile, 2014; ESTUPIÑAN-SILVA, 2014) – ou a regulamentação de determinada situação concreta (*Caso Furlan e familiares vs. Argentina*, 2012).

Este “bloco de constitucionalidade interamericano” (GONTIJO, 2015; MAZZUOLI, 2013) possui uma interface de implementação no âmbito das constituições dos Estados. Esta relação pode ocorrer pelas cláusulas gerais, presentes nas constituições, pela via da dignidade da pessoa humana (MCCRUDDEN, 2008), ou ainda pela interação jurisprudencial, a partir do nível de autoridade conferido aos julgamentos da Corte IDH pelas cortes constitucionais nacionais. Isto determina se a convergência normativa busca construir coerência e uniformidade de interpretações do conteúdo material contido na Convenção Americana, conforme a criação da Corte IDH (GÓNGORA MERA, 2011).

5 Consequências do constitucionalismo compensatório nos sistemas jurídicos nacionais

O poder de penetração que a Corte IDH possui no âmbito dos sistemas jurídicos nacionais reforça o argumento de que os seus julgamentos contribuem para o desenvolvimento do direito internacional. Trata-se da revisitação dos conceitos relacionados às fontes normativas, em que se avança para além dos conceitos tradicionais referentes aos costumes, tratados e princípios gerais do direito internacional. Coloca-se em destaque a discussão sobre a jurisprudência, em que esta deixa de ser apenas uma fonte subsidiária e se transforma em uma fonte material de maior importância. Como fonte material do direito internacional, os precedentes da Corte IDH podem vir a contribuir para a construção do acervo normativo no plano internacional (REZEK, 2014).

Nesta possibilidade de criação jurídica pela Corte IDH é que se identificam possíveis pontos de conflito para o constitucionalismo compensatório. Tal possibilidade enfatiza a relação do constitucionalismo compensatório como discurso em direitos humanos com o direito internacional, bem como apresenta o comportamento do direito interno perante os efeitos exercidos por este instrumento. Essa inovação e reconfiguração dos julgamentos da Corte IDH diz respeito ao modo como os sistemas jurídicos nacionais interagem com o constitucionalismo compensatório. De modo geral, há a possibilidade de esta relação desenvolver-se sob três formas (i) indiferença dos sistemas jurídicos nacionais; (ii) divergência dos Estados Partes quanto ao conteúdo

decisório e (iii) convergência dos Estados na implementação material do constitucionalismo compensatório (GÓNGORA MERA, 2011).

Mesmo que o constitucionalismo compensatório não tenha a influência necessária em todos os Estados da América Latina, a sua importância é aferida pelas transformações pontuais que podem realizar nestes sistemas jurídicos. O potencial do discurso do constitucionalismo compensatório pode alcançar o conteúdo essencial dos direitos humanos e sua implementação material nos Estados, sobretudo para beneficiar os movimentos sociais. Isto porque estas modificações realizadas pela Corte IDH dificilmente seriam adotadas pelos Estados em sua via legislativa. Com isso, o constitucionalismo compensatório demonstra as diversas questões jurídicas que envolvem a aplicação dos julgamentos da Corte IDH nos sistemas jurídicos nacionais pela via do controle de convencionalidade. Entre estas questões situam-se as dificuldades que decorrem desta interação.

Com efeito, não é apenas a ideia de implementação material do julgamento da Corte IDH que se apresenta, como também a adaptação deste conteúdo material a diversos sistemas jurídicos nacionais. Isto porque, cada ordem jurídica nacional tem a sua própria leitura de como interpretar o direito internacional. Por essa razão, cada Estado confere diferentes sentidos para a autoridade do julgamento da Corte IDH e de seus respectivos órgãos judiciais.

Nesse sentido, aplicar o julgamento da Corte IDH pela via do controle de convencionalidade poderia ser visto como forma de interferência na liberdade de conformação do direito por parte das instituições nacionais, sobretudo acarretando um *déficit* democrático. Em outra perspectiva, o constitucionalismo compensatório oriundo do controle de convencionalidade interamericano pode aprofundar a atuação dos juízes nacionais, levando-os a desconsiderar as competências dos demais órgãos normativos internos e a construir a implementação material em matéria de direitos humanos, em benefício dos movimentos sociais.

Desse modo, as consequências jurídicas do constitucionalismo compensatório revelam-se importantes na relação da Corte IDH com os Estados. A resistência dos Estados demonstra-se como o principal obstáculo para a implementação do constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos. De outro lado, os Estados refletem sobre os julgamentos realizados pela Corte IDH e os riscos de abuso no que tange à defesa exacerbada dos direitos humanos. Com

fundamento nesta perspectiva, é necessário refletir sobre o discurso do constitucionalismo compensatório, no sentido de se discutir a possibilidade de maior abertura dos Estados à implementação material dos direitos humanos construídos pela Corte IDH, sobretudo para o fortalecimento dos movimentos sociais.

6 Considerações finais

As diversas formas de interações entre os sistemas jurídicos nacionais com o Sistema Interamericano baseadas nos julgamentos da Corte IDH evidenciam a complexidade e a amplitude do constitucionalismo compensatório como discurso em direitos humanos.

Nesse contexto, a democracia apresenta-se como conceito relativo, e não absoluto. Como instituição, não é responsável por defender valores absolutos. Porém, o respeito aos princípios democráticos e à prática democrática não podem ser relativizados. Em seu aspecto formal, a democracia apresenta-se como método de formação da decisão pública. A fonte de legitimação democrática vem da “autonomia”, conceito rousseauiano oriundo da liberdade positiva, que significa “se autogovernar” (ZAGREBELSKY, s.a.).

A relação do *déficit* democrático dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos conecta-se com os valores constitucionais dos Estados. Dentro destes valores está a democracia. Nesse aspecto, a crítica realizada à Corte IDH é válida, na medida em que existe o *déficit* democrático em seus julgamentos. No entanto, é preciso compreender como se relaciona este *déficit* democrático da Corte IDH com a percepção de democracia nos Estados da América Latina (FERRAJOLI, 2008).

Os tribunais internacionais são marcados pela crítica do *déficit* democrático de suas decisões. Nem sempre os processos de tomada de decisão apresentam representatividade e transparência. Esta crítica também se aplica à Corte IDH. O argumento expande-se ao se vislumbrar tendências antidemocráticas na apreciação dos julgados. No âmbito do Sistema Interamericano, parte da doutrina critica o comportamento do tribunal interamericano, considerando suas práticas antidemocráticas e antiliberais. A Corte IDH introduz conjunto de novos direitos humanos, os quais não foram pactuados pelos Estados (WALDRON, 2006). Dentre estes direitos, a vítima de violações de direitos humanos é beneficiada pela Corte IDH, enquanto os direitos fundamentais previstos nas constituições dos Estados são relativizados em relação aos

acusados destas violações. Por meio de suas sentenças reparadoras, a Corte IDH adentra em atividades desempenhadas pelos entes estatais, provocando (ou acentuando) o desequilíbrio entre as funções de poder do Estado (MALARINO, 2010).

Assim, a reflexão do discurso do constitucionalismo compensatório traduz-se na possibilidade de realizar uma crítica construtiva aos julgamentos da Corte IDH. A crítica pode se estender aos Estados, quando da abordagem dos direitos humanos nas respectivas ordens domésticas. Isso porque o exame crítico dos precedentes emanados da Corte IDH e que contém o conteúdo material dos direitos humanos, também se apresenta como uma modalidade de exercer o constitucionalismo compensatório.

Desse modo, acredita-se que a resistência ao constitucionalismo compensatório como discurso em direitos humanos, no âmbito da Corte IDH, representa alto custo para a pessoa humana e para os movimentos sociais, porquanto significa uma recusa à concretização dos direitos humanos delineados na jurisprudência da Corte IDH. A recusa de interação dos sistemas jurídicos nacionais com a Corte IDH atende a outros interesses que não o da pessoa humana, destinatária principal do conteúdo material dos direitos humanos. É evidente que o discurso do constitucionalismo compensatório não se apresenta como a solução jurídica para todos os problemas de incoerência e de ineficácia dos direitos humanos. Todavia, a proposta teórica desenvolvida é a de que o discurso do constitucionalismo compensatório pode contribuir para a melhoria da implementação material dos direitos humanos nos sistemas jurídicos nacionais.

Referências

- A. CHÍA, Eduardo; CONTRERAS, Pablo. Análisis de la Sentencia Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, Santiago, v. 12, n. 1, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100015&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05/07/2023.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ANTKOWIAK, Thomas M. Rights, Resources, and Rhetoric: Indigenous Peoples and the Inter-American Court. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, v. 35, 2013, p. 113-187. Disponível em: <<http://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol35/iss1/3>>. Acesso em: 06/07/2023.
- ATIENZA, Manuel. Constitucionalismo, globalización y derecho. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (ed.). *El Canon Neoconstitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colômbia, 2010.
- BINDER, Christina. The prohibition of Amnesties by the Inter-American Court of Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, 2011, p. 1203-1229.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CASSESE, Antonio. *Modern constitutions and international law*. RCADI, tomo 192, p. 331-476, 1985, p. 351-367.
- CHARAUDEAU, Patrick & MAINGUENEAU, Dominique. *Dicionário de Análise do Discurso*. Trad. Fabiana Komesu. São Paulo: Editora Contexto, 2014, p. 13-15.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Apontamentos para um debate sobre o ativismo judicial. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 2-22.
- Corte IDH. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundación in Vitro”) vs. Costa Rica*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 28/11/2012, Série C n. 257.
- Corte IDH. *Caso Barrios Altos vs. Peru*. Mérito, Sentença de 14/03/2001, Série C n. 75.
- Corte IDH. *Caso Furlan e familiares vs. Argentina*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31/08/2012, Série C n. 246.
- Corte IDH. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2010, Série C n. 219.
- Corte IDH. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 02/05/2008, Série C n. 177.
- Corte IDH. *Caso Norín Catrín e outros (Dirigentes, Membros e Ativista do povo indígena Mapuche) vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29/05/2014, Série C n. 279.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso [Aguado Alfaro e outros] vs. Perú*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24/11/2006, Série C n. 158.
- DELLA MORTE, Gabriele. L’Amnistie en Droit International. *ESIL Web Publications–Papers*, 2006, Paris Biennial Conference, 2007.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Leçons inaugurales de Collège de France: Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*. Paris, França: Collège de France, Fayard, 2003.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Les forces imaginantes du droit: le relatif et l’universel*. Paris: SEUIL, 2004.
- ESTUPIÑAN-SILVA, Rosmerlin. Pueblos indígenas y tribales: la construcción de contenidos culturales inherentes en la jurisprudencia interamericana de derechos humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, UNAM, vol. XIV, 2014, p. 581-616.
- FERRAJOLI, Luigi. Democrazia Costituzionale e Diritti Fondamentali. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, T. I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. México: UNAM, IMDPC e Marcial Pons, 2008, p. 505-527. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2555>>. Acesso em: 02/07/2023.
- GALINDO, George Rodrigo Bandeira. *Tratados internacionais de direitos humanos e constituição brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo. *Inter-American Judicial Constitutionalism: On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*. San José, Costa Rica: IIDH, 2011.

- GONTIJO, André Pires. *Constitucionalismo compensatório como discurso em matéria de direitos humanos: limites e possibilidades da interação dos julgamentos da Corte Interamericana de Direitos Humanos com os Estados da América Latina*. 535 f. Tese de Doutorado [PPGDir-CEUB]. Brasília/DF: CEUB, 2016.
- GONTIJO, André Pires. O desenvolvimento ativo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 5, número especial, 2015, p. 409-423.
- GONTIJO, André Pires. O Tempo & o Espaço nos Estudos Jurídicos Comparativos: o exame da Desordem Normativa no Processo de Internacionalização dos Direitos. In: ROCHA, Leonel Severo; DUARTE, Francisco Carlos (coord.). *A Construção Sociojurídica do Tempo: Teoria do Direito e do Processo*. Curitiba: Juruá, 2012.
- HÄBERLE, Peter. *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*. Zweite, stark erweiterte Auflage (2. ed/2. Aufl.). Berlin: Duncker & Humblot, 1998. (Schriften zum Öffentlichen Recht; Band 436).
- HELLER, Hermann. *Teoría del Estado*. Trad. Luis Tobio. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. As relações de sistema entre o direito interno e o direito internacional público. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 04, 2013.
- KLEINLEIN, Thomas. Alfred Verdross as a Founding Father of International Constitutionalism. *Goettingen Journal of International Law*, v. 4, n. 2, 2012, p. 385-416.
- KLEINLEIN, Thomas. On Holism, Pluralism, and Democracy: Approaches to Constitutionalism beyond the State. *European Journal of International Law*, v. 21, n. 4, p. 1075-1084, 2010.
- KNOP, Karen. Here and There: International Law in Domestic Courts. *New York University Journal – International Law and Politics*, v. 32, 2000, p. 501-535.
- KOSKENNIEMI, Martti. *From Apology to Utopia*. The Structure of International Legal Argument. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- KRISCH, Nico. *Beyond Constitutionalism: Postnational Law in Search of a Structure*. Publicado pela Oxford Scholarship Online, 2011.
- M. CRUZ, Luis. *La Constitución como orden de valores*. Problemas jurídicos y políticos. Un estudio sobre los orígenes del neoconstitucionalismo. Colección filosofía, derecho y sociedad. Granada: Comares, 2005.
- MACHADO, Natália Paes Leme. A “plena” liberdade de expressão e os direitos humanos: análise da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e o julgamento da ADPF 130. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 2, 2013, p. 280-296.
- MALARINO, Ezequiel. Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana De Derechos Humanos. In: AMBOS, Kai; MALARINO, Ezequiel; ELSNER, Gisela (coord. Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional). *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*. Montevideo, Uruguay: Fundación Konrad Adenauer; Göttingen, Alemanha: Instituto de Ciencias Criminales – Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2010.

- MANILI, Pablo Luis. *El Bloque de Constitucionalidad*. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino. Buenos Aires: La Ley, 2003.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2013.
- MCCRUDDEN, Christopher. Human dignity and judicial interpretation of human rights. *European Journal of International Law*, v. 19, n. 4, p. 655-724, 2008.
- NEUMAN, Gerald L. Import, Export, and Regional Consent in the Inter-American Court of Human Rights. *The European Journal of International Law*, v. 19, n. 1, p. 101-123, 2008.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ORDUNA TRUJILLO, Eva Leticia. La libertad de pensamiento y de expresión vista desde la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Latinoamérica*, México, n. 53, dez. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-8574201100020007&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 05/07/2023.
- PEREIRA, Ruitemberg Nunes. *A Circulação Global dos Precedentes*: esboço de uma teoria das transposições jurisprudenciais em matéria de direitos humanos. 634 f. Tese de Doutorado [PPGDir-CEUB]. Brasília: CEUB, 2014.
- PETERS, Anne. Compensatory constitutionalism: The Function and Potential of Fundamental International Norms and Structures. *Leiden Journal of International Law*, v. 19, p. 579-610, 2006.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- REY CANTOR, Ernesto. *Control de Convencionalidad de Las Leyes y Derechos Humanos*. México: Editorial Porrúa, 2008.
- SOMEK, Alexander. Kelsen lives. *European Journal of International Law*, v. 18, n. 3, p. 409-451, 2007.
- TAVARES, André Ramos. Justiça Constitucional: superando as teses do “legislador negativo” e do ativismo de caráter jurisdicional. In: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo; LELO DE LARREA, Arturo Zaldívar (coord.). *La Ciencia del Derecho Procesal Constitucional*: Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho, T. I, Teoría General del Derecho Procesal Constitucional. México: UNAM, IMDPC e Marcial Pons, 2008, p. 825-846. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=2555>>. Acesso em: 05/07/2023.
- VARELLA, Marcelo Dias. *Internacionalização do Direito*: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013.
- VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: superação do paradigma estatal e a insuficiência de estruturas de diálogos. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 4, 2012, p. 1-7.
- VERDROSS, Alfred. O fundamento do direito internacional. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 10, n. 02, 2013.
- WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406, 2006.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *Imparare la Democrazia*. Disponível em: <<http://www.cristosapienza.it/Docpdf/Gustavo%20Zagrebelksky.pdf>>. Acesso em 07/07/2023.