

O PARADIGMA ENTRE DEMOCRACIA E A INTERPRETAÇÃO EVOLUTIVA DOS DIREITOS HUMANOS.

THE PARADIGM BETWEEN DEMOCRACY AND THE EVOLVING INTERPRETATION OF HUMAN RIGHTS.

Yhasmin Monteiro¹

RESUMO

O presente artigo busca esclarecer, por meio da realização de uma análise comparativa dos mecanismos adotados pelas cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos e da forma como estas realizam a interpretação evolutiva dos direitos humanos, como se dá, nos dois sistemas regionais, a relação entre direitos humanos e democracia. A análise foi dividida em dois tópicos principais, um relativo a cada sistema, traçando-se paralelos, ao longo do artigo, quanto aos mecanismos de deferência às autoridades nacionais estudados. Foi empreendida, ao fim, a análise de um caso paradigmático que bem ilustra o entendimento adotado pela Corte Interamericana. Como metodologia principal adotou-se a pesquisa bibliográfica de característica qualitativa, com o fim de, através da análise das obras dos principais autores que tratam do tema, responder ao questionamento proposto.

Palavras-chave: 1. Interpretação Evolutiva dos Direitos Humanos; 2. Democracia; 3. Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 4. Sistema Europeu de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This article seeks to clarify the relationship between human rights and democracy in the two regional systems of human rights. Hence, a comparative analysis of the mechanisms adopted by the Inter-American and European Courts of Human Rights and the way in which they interpret the evolving interpretation of human rights was done. The analysis was divided into two main topics, one for each system, drawing parallels throughout the

¹ Yhasmin Monteiro é mestranda em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, com apoio da bolsa CAPES/PROEX. Cursa o Master em Droit Économique, na Université Lumière Lyon 3 e pós-graduação em Direito Internacional e Direitos Humanos na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. É pesquisadora em Direito Internacional dos Direitos Humanos e advogada. Formou-se em direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e, também, na Université Jean Monnet. E-mail: yhasminm@gmail.com.

article as to the mechanisms of deference studied. Finally, an analysis of a paradigmatic case that illustrates the understanding adopted by the Inter-American Court was undertaken. The main methodology adopted was bibliographical research of a qualitative nature, with the purpose of answering the proposed question through the analysis of the works of the main authors who deal with the theme.

Keywords: 1. Evolutive Interpretation of Human Rights; 2. Democracy; 3. Inter- American System of Human Rights; 4. European System of Human Rights.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sistema Europeu de Direitos Humanos; 2.1. Consenso; 2.2. Margem de Apreciação; 2.3. Como se dá a evolução interpretativa dos direitos humanos no Sistema Europeu?; 2.4. Relação entre o Sistema Europeu de Direitos Humanos e a democracia; 3. Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 3.1. Existem e, se sim, em qual extensão, mecanismos de deferência?; 3.2. A evolução interpretativa dos direitos humanos no Sistema Interamericano; 3.3. Relação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a democracia. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo responder à seguinte pergunta: considerando que, na Corte Europeia de Direitos Humanos, a doutrina da margem de apreciação é aplicada como forma de deferência à heterogeneidade do tratamento de questões de direitos humanos pelos países e, a teoria do consenso preza pela legitimidade democrática da evolução do direito internacional; e, tendo em vista que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não aplica estes mecanismos, sendo muitas vezes chamada de ativista judicial, seria possível concluir que a primeira é mais democrática que a segunda? Se sim, quais as consequências disso?

A pesquisa partiu das seguintes hipóteses: a Corte Europeia é mais democrática no sentido estrito que a Corte Interamericana. A primeira se apegue às barreiras soberanas dos Estados, tende ao *stare decisis* e permite o decisionismo pelas maiorias nacionais. A segunda é contramajoritária e exerce um papel de criação na interpretação evolutiva dos Direitos Humanos.

Para responder à pergunta posta, o presente artigo empreenderá uma análise comparativa dos dois sistemas, buscando identificar em que medida os mecanismos de

deferência à soberania nacional são utilizados pelas duas Cortes regionais, como ambas realizam a evolução da interpretação dos direitos humanos postos em suas Convenções e, também, qual a relação entre sua atuação e a democracia.

Desta forma, primeiramente, será analisado o Sistema Europeu de Direitos Humanos. Neste tópico serão pormenorizadas tanto a ferramenta do consenso como ferramenta interpretativa como a da margem de apreciação como critério hermenêutico. Posteriormente, verificar-se-á como, no Sistema Europeu, é feita a evolução dos direitos humanos a partir da interpretação e, por fim, será empreendida uma análise, com base nos conceitos expostos, de como se dá a relação entre os direitos humanos e a democracia no Sistema Europeu.

Em um segundo momento, passar-se-á à análise do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. À princípio, buscar-se-á identificar se algum critério de deferência é aplicado por esse sistema (entendendo-se critério de deferência a partir de um sentido expandido que abarca tanto a doutrina da margem de apreciação quanto outras formas de reconhecimento da discricionariedade estatal). Posteriormente, verificar-se-á como ocorre a evolução interpretativa neste Sistema e, por fim, pretende-se observar a relação entre os direitos humanos e a democracia no Sistema Interamericano. Neste ponto em específico, será realizado um estudo de caso, relativo ao caso *Gelman v. Uruguai*, julgado pela Corte Interamericana e que é paradigmático na matéria tratada.

2. SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

2.1. Consenso

O Consenso é uma ferramenta interpretativa, adotada pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos (doravante, SEDH), para maximizar a proteção dos direitos humanos para além das normas expressamente positivadas na Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH).² Desta forma, aplicando a teoria do consenso, identifica-se a opinião comum dos estados no tratamento mais protetivo de determinado direito expresso na

² BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. *Ius et praxis*, v. 15, n. 1, p. 295-310, 2009. p. 298 e 300; DRAGHICI, Carmen. The Strasbourg Court between European and Local Consensus: Anti-Democratic or Guardian of Democratic Process? *Public Law*, p. 11-29, 2017. p. 12.

CEDH. Trata-se, conforme expõe Benvenisti, de uma maneira de atualizar as políticas nacionais gradualmente com relação aos novos *standards* de proteção, ao mesmo tempo em que se respeitam os procedimentos domésticos.³

O primeiro caso em que o consenso europeu foi aplicado como fator de identificação de uma evolução interpretativa foi o caso *Tyrer v. the United Kingdom*, julgado em 1978 pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), o qual tratava de violência policial e tratamento degradante.⁴

O reconhecimento de uma evolução no direito convencional europeu através da aplicação do consenso como critério interpretativo corresponde a uma visão jurídica que entende o direito como dinâmico, mutável, vivo.⁵ Existem, todavia, críticas no sentido de que o reconhecimento da existência do consenso, ao promover uma evolução da interpretação de um direito e gerar uma mudança no rumo da jurisprudência da Corte, contradiria a consistência dessa jurisprudência, gerando incerteza jurídica e impossibilitando a previsibilidade.⁶

Draghici afirma que o critério do consenso europeu é um critério de interpretação “objetivo e mensurável”, em oposição ao que denomina de preferências morais individuais dos juízes expressas em um exercício de ativismo judicial.⁷ Isso porque, de acordo com o referido autor, a identificação do consenso importa em um exercício empírico.⁸ Conforme explica Dzehtsiarou, para identificar a existência de um consenso, basta verificar se há uma concordância dos Estados Membros do Conselho da Europa acerca de determinado direito não previsto de forma expressa na CEDH.⁹

Não obstante, é possível observar que nem sempre a CtEDH aplica o consenso a partir de uma metodologia rigorosa de identificação das Partes que formam o rol de Estados analisados para a formação do consenso. Nem sempre determinada questão é suscitada em todos os Estados do Conselho da Europa, em razão de suas especificidades geográficas, populacionais ou culturais, assim, a ausência do tratamento de determinada matéria por este

³ BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. *NYUJ Int'l L. & Pol.*, v. 31, p. 843, 1998. p. 851.

⁴ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Tyrer v. The United Kingdom**. Application n. 5856/72. Strasbourg. 1978. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:\[%22001-57587%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:[%22001-57587%22]%7D). Acesso em: 23 de junho de 2023; DRAGHICI, Carmen. *Op. Cit.* p. 14.

⁵ BENAVIDES CASALS, María Angélica. *Op. Cit.* p. 300.

⁶ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights. *German Law Journal*, v. 12, n. 10, p. 1730-1745, 2011. p. 1736.

⁷ DRAGHICI, Carmen. *Op. Cit.* p. 12.

⁸ *Ibid.* p. 12-13.

⁹ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *Op. Cit.* p. 1733.

país que não a enfrenta não condiz com um posicionamento verificável para a formação do consenso.¹⁰ Em alguns casos, a Corte entendeu pela existência de um consenso em razão da existência de um tratado que abordava o tema debatido, o qual havia sido ratificado por alguns países do Conselho da Europa, todavia, a ratificação não havia ocorrido pela maioria dos países,¹¹ de forma que não seria aplicável o artigo 31, 3, alínea c, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.¹²

A falta de transparência na identificação da formação do consenso pela CtEDH pode abrir margem à utilização deste critério como subterfúgio para aplacar um entendimento subjetivo não embasado na prática dos Estados, mas sim em princípios considerados preponderantes pela própria Corte.¹³

Outro ponto questionável é o número de países necessários para compor uma amostra suficiente que demonstre a existência de um consenso. Enquanto pode ser do interesse dos Estados (principalmente do Estado réu) que seja adotada uma maioria qualificada para a caracterização do consenso, quando a análise é pautada na prioridade da garantia dos direitos humanos, é possível entender que uma maioria simples bastaria. Todavia, a partir dos casos e artigos analisados na presente pesquisa, chega-se à conclusão que o tipo de maioria demandada pela Corte varia conforme o caso sob análise, não existindo um parâmetro fixo para tal.

A criação de um consenso pode se assemelhar, em alguns pontos, à criação de uma norma costumeira de Direito Internacional. Por exemplo, o estudo comparativo de identificação da adoção de determinado entendimento por parte dos Estados se assemelha ao elemento objetivo do costume, relativo ao uso constante e uniforme praticado pelos Estados. O elemento da *opinio juris* também se mostra presente, de forma análoga, embora não necessariamente os Estados apliquem determinado entendimento por entenderem que ele seja obrigatório, no caso do consenso.¹⁴ Uma das maiores distinções entre tais conceitos é que o consenso (em regra) não admite a figura dos objetores persistentes.¹⁵

¹⁰ DRAGHICI, Carmen. *Op. Cit.* p. 17-19. É o que ocorreu no caso S.A.S. v. France, segundo o qual Draghici dispõe que: "[a Corte entendeu que] 'o facto de 45 dos 47 Estados membros... não terem considerado necessário legislar nesta área' era 'um indicador muito forte de um consenso europeu'; a falácia desta análise reside no facto de a falta de resposta a problemas inexistentes não ter valor probatório".

¹¹ *Ibid.* p. 17.

¹² NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Viena. 1969. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 25 de junho de 2023. "Article 31. General rule of interpretation: 3. There shall be taken into account, together with the context: (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties".

¹³ BENVENISTI, Eyal. *Op. Cit.* p. 852; DRAGHICI, Carmen. *Op. Cit.* p. 20.

¹⁴ DRAGHICI, Carmen. *Op. Cit.* p. 15.

¹⁵ *Ibid.* p. 12 e 20-21.

Isso se dá em razão do caráter principiológico intrinsecamente ligado à proteção dos Direitos Humanos para a qual a formação do consenso é voltada.¹⁶ Apenas em casos em que haja uma justificação convincente e de peso é que o consenso não será aplicado a determinado país, considerando-se a prevalência do sentimento local que promoveu a conduta contrária (o triunfo de posições isoladas é quase inatingível, todavia, ocorreu noco A, B e C v. Irlanda), não obstante, deve-se notar que tal entendimento é duramente criticado pela doutrina.¹⁷

É preciso observar, ainda, que o consenso europeu é uma presunção refutável quanto a uma solução de direito adotada pela maioria dos Estados Partes. Assim, a Corte Europeia pode não seguir o consenso existente, desde que apresente devida justificativa para isso.¹⁸

A existência de um consenso inibe a maior deferência às autoridades nacionais, exercida através da aplicação do mecanismo da margem de apreciação,¹⁹ em matérias que envolvem um grau elevado de subjetividade e moralidade pública,²⁰ permitindo, assim, que a Corte Europeia julgue um Estado sob sua jurisdição se este não tiver adequado suas políticas e leis internas em conformidade ao que a maioria dos Estados Partes adotara. Por outro lado, diante da inexistência do consenso, é possível dar espaço a uma maior discricionariedade dos Estados nacionais.²¹

2.2. Margem de Apreciação

Como explicado anteriormente, em caso de inexistência de um consenso sobre o tratamento de determinada matéria de direitos humanos pelos Estados Parte, a Corte Europeia abre espaço para a deferência às instâncias nacionais, através da aplicação da doutrina da Margem de Apreciação.

A doutrina da Margem de Apreciação, que é um critério hermenêutico,²² não é regulada pela CEDH ou por seus trabalhos preparatórios, sendo uma criação jurisprudencial

¹⁶ *Ibid.* p. 12 e 23

¹⁷ *Ibid.* p. 21.

¹⁸ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *Op. Cit.* p. 1733 e 1740; DRAGHICI, Carmen. *Op. Cit.* p. 15.

¹⁹ NASH ROJAS, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, v. 11, p. 71-100, 2018. p. 79; BENVENISTI, Eyal. *Op. Cit.* p. 851; CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. *Nw. UJ Int'l Hum. Rts.*, v. 11, p. 28, 2012. p. 32.

²⁰ DRAGHICI, Carmen. *Op. Cit.* p. 15.

²¹ BENAVIDES CASALS, María Angélica. *Op. Cit.* p. 301; NASH ROJAS, Claudio. *Op. Cit.* p. 79; DRAGHICI, Carmen. *Op. Cit.* p. 16.

²² BENAVIDES CASALS, María Angélica. *Op. Cit.* p. 298.

da CtEDH que guarda forte relação com o princípio da subsidiariedade.²³ A doutrina em questão possibilita uma maior discricionariedade dos Estados em restringir direitos humanos, uma vez que determina ser de competência nacional a regulação do conteúdo dos direitos e suas possíveis restrições.²⁴

A doutrina da Margem de Apreciação surgiu como uma necessidade frente à aplicação do artigo 15 da CEDH, que permite a derrogação de direitos previstos na Convenção em casos de guerra ou perigos públicos, na medida estrita do exigido pela situação. Sua lógica inicial era de que apenas o próprio Estado poderia valorar as exigências de uma situação de emergência que se apresentasse a ele.²⁵ Foi com o caso *Handyside v. United Kingdom* que a margem de apreciação passou a ser utilizada mediante aplicação do critério de “verificação da necessidade da restrição do direito em uma sociedade democrática”, de modo a decidir casos que envolvem questões morais com relação às quais os Estados adotam diferentes interpretações.²⁶ Exemplos destas questões morais seriam a eutanásia e o casamento de pessoas do mesmo sexo.²⁷

Todavia, mesmo nos casos em que a Corte entende pela aplicação da doutrina da margem de apreciação, a deferência às instâncias nacionais não é absoluta ou ilimitada.²⁸ Desta forma, mesmo nestes casos, a Corte Europeia pode empreender uma análise da adequação da restrição realizada a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade.²⁹ Para a aplicação do teste de proporcionalidade na verificação se a conduta do Estado está dentro de sua margem de apreciação, a Corte estabeleceu cinco critérios objetivos, quais sejam: (i) a legitimidade do objetivo social perseguido com a restrição do direito empreendida; (ii) a importância *per se* do direito derogado; (iii) quão invasiva a interferência foi; (iv) quão necessária a interferência foi; (v) e se as razões oferecidas pelo Estado são relevantes e suficientes para justificar a derrogação do direito.³⁰ É importante observar, no entanto, que, quanto maior for o grau da margem de apreciação reconhecida, menor é a intensidade do

²³ FOLLESDAL, Andreas. Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self- Governance and Protecting Human Rights-Or Neither. **Law & Contemp. Probs.**, v. 79, p. 147, 2016. p. 159. Chama a atenção, nesse sentido, a opinião emanada por NASH ROJAS, de que a margem de apreciação, na verdade, acaba rompendo com a ideia de subsidiariedade da proteção internacional, dado que, por caber a definição dos elementos relevantes para verificar o cumprimento ou não dos direitos humanos aos Estados nacionais, seria esvaziada a função das Cortes Internacionais. (NASH ROJAS, Claudio. *Op. Cit* p. 97).

²⁴ NASH ROJAS, Claudio. *Op. Cit.* p. 82; CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 28.

²⁵ NASH ROJAS, Claudio. *Op. Cit* p. 75-77

²⁶ BENVENISTI, Eyal. *Op. Cit.* p. 843; CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 36

²⁷ NASH ROJAS, Claudio. *Op. Cit.* p. 78.

²⁸ *Ibid.* p. 75.

²⁹ FOLLESDAL, Andreas. *Op. Cit.* p. 155; BENAVIDES CASALS, María Angélica. *Op. Cit.* p. 302; CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 43

³⁰ FOLLESDAL, Andreas. *Op. Cit.* p. 156.

exame de proporcionalidade feito pela Corte.³¹

Embora exista e seja aplicada pela CtEDH, não são todos os direitos humanos passíveis de serem interpretados a partir da aplicação da margem de apreciação, de forma que existem diferentes níveis de sua aplicação. No que diz respeito aos direitos fundamentais, a Corte Europeia exerce uma supervisão internacional forte, negando espaço para a discricionariedade nacional.³² Por sua vez, quanto aos direitos políticos e de liberdade de expressão em discursos políticos, a Corte considera ser possível a aplicação de uma margem de apreciação, embora reduzida, às autoridades nacionais.³³ Outrossim, com relação aos direitos de propriedade, a Corte Europeia estipula um nível bem alargado de deferência. Um nível médio de aplicação da margem de apreciação e de escrutínio é aplicado aos direitos de liberdade de religião, de expressão (de discursos não políticos), de privacidade e concernentes às leis de difamação e regulação de símbolos religiosos, sendo a maior parte dos casos julgados em cuja análise a Corte aplica o teste de proporcionalidade.³⁴

De acordo com Benvenisti, o uso da margem de apreciação pela Corte Europeia pode comprometer sua credibilidade, principalmente diante de sua aplicação inconsistente em que, em casos similares, a aplicação da margem de apreciação se deu de forma diferente, indicando, possivelmente, a existência de duplos critérios (e leia-se, aqui, a utilização de “dois pesos e duas medidas”).³⁵ Isso aconteceu, por exemplo, em dois casos, um da França e outro da Ucrânia, sobre o direito ao sufrágio, tendo sido reconhecida a deferência no primeiro e não no segundo.³⁶ Essa diferenciação pode ser entendida como uma categorização dos países sujeitos ao mandato da CtEDH, cujos critérios não são transparentes.

Por outro lado, Draghici explica que a aplicação da teoria da margem de apreciação depende da existência de um grau seguro de democracia nos países sob análise.³⁷ Diante disso, o duplo critério de aplicação da margem de apreciação seria a existência de uma democracia forte e a ausência de um consenso europeu sobre a matéria, o que tornaria a aplicação da teoria menos passível de receber a crítica de ser arbitrária.

a. Margem de apreciação e multiculturalismo

Seria possível entender que, mediante a aplicação da margem de apreciação, as

³¹ CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 43.

³² FOLLESDAL, Andreas. *Op. Cit.* p. 155.

³³ NASH ROJAS, Claudio. *Op. Cit.* p. 80-81; FOLLESDAL, Andreas. *Loc. Cit.*

³⁴ CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 30 e 44-47.

³⁵ BENVENISTI, Eyal. *Op. Cit.* p. 844.

³⁶ ROJAS, Claudio Nash. *Op. Cit.* p. 82-83.

³⁷ DRAGHICI, Carmen. *Op. Cit.* p. 25.

peculiaridades geográficas e culturais são observadas na implementação das regras de Direitos Humanos,³⁸ possibilitando um Direito Internacional dos Direitos Humanos menos homogêneo e mais multicultural. De acordo com essa interpretação, a margem de interpretação seria contrária à construção dos Direitos Humanos a partir de uma lógica universal.³⁹

Nesse sentido, destaca-se a posição de Boaventura de Souza Santos, que defende que a aplicação de uma noção de direitos humanos como direitos universais tende a sua inserção na sistemática de um localismo globalizado, operando de forma hegemônica.⁴⁰

Não obstante, nosso entendimento vai no mesmo sentido daquele emanado por André de Carvalho Ramos, no sentido de que a proteção dos direitos humanos, nos dias de hoje, é, ainda, uma conquista diária, não pertencendo a determinada tradição cultural, de forma que a luta pelo respeito dos direitos humanos deve se dar em conformidade e respeito com a pluralidade de culturas e cosmovisões, mas tendendo a sua proteção universal.⁴¹

Assim, nossa posição vai no sentido da proteção universal dos direitos humanos garantida pelo mandato das Cortes Internacionais (regionais ou universais), pois seguimos o entendimento de que, ao dar ao Estado a função de interpretar o conteúdo de cada direito positivado nos diplomas internacionais assim como a forma como devem seguir tais direitos, abrir-se-ia margem para a aplicação do truque de ilusionista,⁴² o qual não condiz com a prioridade de proteção máxima dos direitos humanos.

2.3. Como se dá a evolução interpretativa dos direitos humanos no Sistema Europeu?

A evolução interpretativa das normas prescritas na Convenção Europeia de Direitos Humanos é um fator necessário para a manutenção da efetividade da atuação da Corte Europeia.⁴³

A despeito da grande importância da evolução interpretativa das normas de direitos

³⁸ CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 28.

³⁹ BENAVIDES CASALS, María Angélica. *Op. Cit.* p. 298; BENVENISTI, Eyal. *Op. Cit.* p. 843-844.

⁴⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Contexto internacional**, v. 23, n. 1, p. 7-34, 2001. p. 15.

⁴¹ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Saraiva Educação SA, 2018. p. 130-131.

⁴² RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, p. 497-524, 2012. p. 501.

⁴³ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *Op. Cit.* p. 1730-1732

humanos, alguns autores alegam que a evolução das normas por meio da interpretação afetaria o princípio da legalidade e, assim, prejudicaria a legitimidade dos julgamentos em que as normas derivadas de tal interpretação fossem aplicadas, conforme explica Dzehtsiarou.⁴⁴ Todavia, é preciso observar que a Corte Europeia (ou, ao melhor, qualquer Corte Internacional) não está vinculada (engessada) em sua jurisprudência, podendo mudar seu entendimento sobre determinado assunto à medida que o tratamento da matéria evolui no sistema internacional.⁴⁵

A evolução interpretativa das normas da CEDH apenas é declarada pela Corte Europeia quando existe um consenso na matéria, atingido pela maioria dos países do Conselho da Europa. Destaca-se que o consenso apenas pode ser utilizado para a evolução da interpretação, e não para o retrocesso.⁴⁶ Enquanto não há consenso, a Corte Europeia não é habilitada a declarar um entendimento normativo que não seja aquele então preponderante.

Para os Estados nacionais, o reconhecimento da existência de um consenso pode ser visto de forma negativa, pois significa que em tal matéria não poderá mais ser aplicada a margem de apreciação.⁴⁷ Todavia, é evidente que a evolução do direito, com a criação de possíveis novas obrigações para os Estados, embora possa ser vista como ruim para estes, é positiva do ponto de vista da proteção dos indivíduos pelo Direito Internacional. Embora tímida, a construção de uma interpretação evolutiva através do consenso é, de forma geral, um sinal de progresso e avanço do Direito Internacional dos Direitos Humanos no âmbito europeu.

A utilização do consenso tem seus pontos positivos e negativos na construção da evolução interpretativa. Um dos pontos negativos é que a evolução dos direitos humanos neste sistema fica restrita ao entendimento no âmbito nacional, de forma que tende a progredir mais lentamente. Por outro lado, o consenso pode ser visto como um fator legitimante da declaração (pela Corte) da evolução daquele direito, uma vez que funcionaria como um consentimento implícito dos países com relação a esta mudança de entendimento.⁴⁸

2.4. Relação entre o Sistema Europeu de Direitos Humanos e democracia

De acordo com Follesdal, a fórmula adotada pela Corte Europeia para determinarem

⁴⁴ *Ibid.* p. p. 1741-1742.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ DRAGHICI, Carmen. *Op. Cit.* p. 27.

⁴⁷ CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 55.

⁴⁸ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *Op. Cit.* p. 1743-1744.

quais casos deve ser reconhecido espaço para deferência à decisão das autoridades nacionais e, por outro lado, quando deve ser reconhecida a ocorrência de uma evolução interpretativa, é uma resposta ao dilema de proteger a soberania democrática enquanto protegem-se também os direitos humanos. O bom funcionamento desse sistema de interpretação, todavia, como destaca o autor, depende de os estados-interlocutores serem democracias funcionais.⁴⁹

Não obstante, a aplicação do critério do consenso, pela Corte Europeia, recebe críticas por corresponder a um processo de decisão pelas maiorias (duplamente, visto que as leis internas nos países democráticos são decididas pelas maiorias eleitas e, no âmbito internacional, prevaleceria a opinião adotada pela maioria dos países partes), o qual tenderia a não observância dos direitos das minorias locais.⁵⁰

Benvenisti esclarece que a doutrina da margem de apreciação não deveria ser aplicada nos casos em que exista um conflito entre direitos das maiorias e das minorias, uma vez que os Estados nacionais democráticos, por exercerem um governo das maiorias, tendem a decidir em detrimento dos direitos das minorias, de forma que é essencial o exercício do escrutínio internacional da Corte Europeia para assegurar que os direitos das minorias também sejam observados, o que é uma das justificativas para a própria existência de um sistema internacional de proteção direitos humanos.⁵¹

Nesse sentido, tem-se que cabe à própria Corte Europeia exercer a função de monitoramento, através dos casos a ela levados, quanto ao respeito suficiente aos interesses das minorias, mesmo diante da adoção de um sistema que privilegia as maiorias.⁵²

Nota-se, assim, que a aplicação do consenso vai contra a ideia de cortes contra majoritárias, própria dos tribunais de direitos humanos, as quais devem orientar sua atuação, justamente, à garantia dos direitos humanos que não são observados pelos Estados Nacionais. Diante disso, é nítido que a CtEDH acaba sendo menos inovadora, menos ativa no reconhecimento de novos direitos não positivados, derivados de uma interpretação mais protetiva dos direitos humanos.

Além disso, o consenso vai na contramão da ideia da formação de *standards* universais de proteção dos direitos humanos, dado que se baseia em parâmetros regionais para sua formação.⁵³

Não obstante, deve-se observar que, mesmo diante da ausência de um consenso sobre

⁴⁹ FOLLESDAL, Andreas. *Op. Cit.* p. 148 e 157-158.

⁵⁰ BENVENISTI, Eyal. *Op. Cit.* p. 853.

⁵¹ *Ibid.* p. 847-850.

⁵² FOLLESDAL, Andreas. *Op. Cit.* p. 158.

⁵³ *Ibid.*

uma matéria relativa a um direito que é central no funcionamento dos mecanismos democráticos, a margem de apreciação não pode ser aplicada, de forma que a Corte Europeia funciona, neste quesito, ainda como um garantidor da ordem democrática dos países que estão sob seu mandato.⁵⁴

Quanto à relação entre a Corte Europeia e a democracia, é possível averiguar que a Corte adotou para si (e, a razão para isso, como observado, tem grande relação com a aceitação de sua legitimidade pelos Estados)⁵⁵ mecanismos que freiam sua atuação como órgão internacional voltado à proteção dos Direitos Humanos, impondo limites fortes em determinados casos. Assim, em determinadas matérias, reconhecidamente, os Estados têm prioridade para decidir o conteúdo de certos direitos e como realizá-los, sendo que a Corte não pode declarar, por conta própria, uma nova forma de interpretação de um direito contido na CEDH.

Por respeitar mais as decisões tomadas pelas instâncias nacionais é possível entender que a Corte Europeia de Direitos Humanos é uma Corte Internacional que respeita a democracia dos países que estão sob seu mandato. Mas, afinal, o que isso significa, no que tange à proteção dos direitos humanos?

As Cortes Internacionais têm, como princípio basilar, um caráter contra majoritário, de forma que devem ser capazes de proteger os direitos que não são observados pelos Estados. Os Estados, justamente, são os interessados em não serem julgados internacionalmente, assim como em determinar o menor grau possível de interferência em sua soberania, diante da formação de imposições na forma de obrigações internacionais com as quais devem cumprir. Assim, ao renunciar a sua competência em decidir sobre determinadas matérias, concedendo espaço aos Estados para que decidam sobre elas, a tendência é que os parâmetros estabelecidos sejam menos protetivos com relação aos direitos humanos.

Além disso, tanto a doutrina da margem de apreciação quanto o reconhecimento do consenso, embora sejam critérios que respeitam uma ideia de democracia nacional, não se voltam à proteção máxima dos direitos humanos, uma vez que podem cair no dilema das maiorias, conforme explicado por Ferrajoli, e acabar priorizando os interesses majoritários em detrimento dos direitos das minorias.

Deve-se pontuar, no entanto, que tanto a doutrina da margem de apreciação quanto o reconhecimento do consenso são sujeitos a algumas exceções, em que não podem ser

⁵⁴ FOLLESDAL, Andreas. *Op. Cit.* p. 159.

⁵⁵ DZEHTSIAROU, Kanstantsin. *Op. Cit.* p. 1734.

aplicados. É o caso das matérias relativas a direitos fundamentais (que não são passíveis de serem submetidas à margem de apreciação); a impossibilidade de consenso em matéria que diga respeito a direitos centrais na existência dos regimes democráticos e a revisão da Corte Europeia para verificação, mesmo em casos em que a margem de apreciação é reconhecida, se houve o respeito ao princípio da proporcionalidade.

3. SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

3.1. Existem e, se sim, em qual extensão, mecanismos de deferência no Sistema Interamericano?

A resposta ao questionamento quanto à existência de mecanismos de deferência no Sistema Interamericano (doravante, SIDH) é controversa na doutrina. Enquanto alguns autores entendem existir algum mecanismo, mesmo que não seja este o da margem de apreciação, outros afirmam veementemente que não há lugar para este tipo de mecanismo no Sistema Interamericano. A seguir serão analisadas estas vertentes para, então, decidir por aquela que mais aparenta ser compatível com a realidade (atual, e não apenas histórica) do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Pablo Contreras afirma que ainda não foi desenvolvida, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma teoria de deferência às autoridades domésticas. A razão para isso seria o histórico de casos analisados pela Corte,⁵⁶ os quais tratavam de graves violações de direitos humanos em períodos de ditaduras nos países da região, sendo impensável a concessão de deferência. O autor, não obstante, entende que, enquanto deferência apenas diz respeito à doutrina da margem de apreciação, existem outras formas e níveis de discricionariedade dos Estados, sendo que estes sim podem ser vislumbrados no SIDH.⁵⁷

Assim, Contreras apresenta três níveis de discricionariedade nacional que considera existentes no SIDH, quais sejam:

Primeiramente, quanto aos casos de violações graves e sistemáticas de Direitos Humanos (como os casos de desaparecimento forçado, execução extrajudicial e tortura) ele afirma não existir nenhum grau de discricionariedade dos Estados ou nenhuma justificativa que pudesse validar a ocorrência destas violações. Quanto às mais graves violações de direitos humanos, a Corte Interamericana não apenas estabelece a proibição de seu

⁵⁶ CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 57

⁵⁷ *Ibid.* p. 28-30.

cometimento por parte dos Estados, como também determina ações positivas que devem ser adotadas por estes para investigar, processar e punir os responsáveis por tais atos. Essas obrigações positivas são novas obrigações a serem adotadas pelos Estados Parte, as quais não estão previstas no texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e que representam uma diminuição do (já inexistente) grau de discricionariedade dos Estados quanto a esses direitos, dado que a Corte não determina apenas que devem ser respeitados, mas também como devem sê-lo;⁵⁸

Em segundo lugar, estariam os direitos de populações vulneráveis, sendo que a Corte entende o princípio da igualdade e da não-discriminação como sendo um *jus cogens* (portanto, inderrogável). A CtIDH também estabelece obrigações positivas quanto aos direitos de igualdade e não-discriminação, todavia, deixa aos Estados uma maior margem de discricionariedade para decidirem de que forma irão implementar tais obrigações⁵⁹ (esta margem, no entanto, tem se estreitado com o tempo, à medida que, com o advento de novos casos, a Corte decide cada vez mais quanto às especificidades destas obrigações positivas);⁶⁰

Por último estariam os casos relativos à liberdade de expressão, com relação aos quais a Corte proibiu qualquer forma de censura prévia, mas não proibiu a criminalização de certas manifestações e, além disso, determinou que deveria existir uma margem de discricionariedade reduzida aos Estados quanto à restrição de discursos com caráter político.⁶¹

Além disso, para Contreras, a Corte abre espaço à discricionariedade dos Estados, ao aplicar o critério da proporcionalidade na análise da legitimidade da restrição de certo direito por parte de um Estado.⁶² Segundo o autor, a medida que a Corte Interamericana decidir mais casos que digam respeito a direitos outros que aqueles ligados às graves violações de direitos humanos, ela sofreria a influência de uma tendência a incorporar fatores como o consenso regional e a maior discricionariedade das instâncias nacionais.⁶³ Cançado Trindade, por sua vez, rejeita completamente a adoção da margem de apreciação pelo SIDH, dado que a maioria dos casos trazidos perante a Corte envolveriam violações de direitos não derogáveis, não havendo, portanto, espaço para a margem de apreciação. Segundo o autor,

⁵⁸ CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 31 e 71

⁵⁹ *Ibid.* p. 31 e 72.

⁶⁰ *Ibid.* *Op. Cit.* p. 77.

⁶¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Herrera Ulloa v. Costa Rica**. Sentença de 2 de julho de 2004. Disponível em: < https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf >. Acesso em: 24 de junho de 2023; CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 31.

⁶² CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 31-32.

⁶³ *Ibid.* p. 81.

a doutrina da margem de apreciação seria um artifício para relativizar a aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ainda, para Cançado, não deveria haver nenhum grau de discricionariedade nacional quanto à aplicação das obrigações de direitos humanos estipuladas pela Convenção Americana.⁶⁴ Nash Rojas, por sua vez, demonstra uma opinião mais semelhante com a de Contreras, no sentido de que, embora não haja aplicação da doutrina da margem de apreciação em seu sentido estrito no SIDH, existem espaços de maior discricionariedade dos Estados neste mesmo sistema.⁶⁵ O autor, todavia, defende que existem faculdades concedidas aos Estados para que implementem os direitos determinados pelos mecanismos interamericanos em seu âmbito interno, observando as condições fáticas e jurídicas prevalentes em sua realidade nacional. Tratar-se-ia, no caso, de um espaço de diálogo jurisprudencial natural em um sistema de controle multinível dos direitos humanos.⁶⁶

O autor explica, ademais, que, em algumas matérias, a Corte Interamericana abre sim maior espaço para que o Estado possa decidir os melhores caminhos a serem seguidos em temas de direitos humanos. É o caso dos modelos eleitorais, com relação aos quais a Corte já decidiu serem os Estados os melhores atores para decidir sobre o assunto. Da mesma forma, em algumas matérias políticas, a Corte deixa maior espaço para os Estados decidirem, como foi no caso *Lori Berenson vs. Peru*, em que, apesar de não obedecer aos critérios convencionais, a lei de terrorismo, caso fosse anulada, causaria consequências políticas desastrosas ao país.⁶⁷

Com relação ao consenso, (ou à inexistência dele que, por conseguinte, poderia barrar a declaração de uma evolução na interpretação), a Corte declarou expressamente, no caso *Atala Rizzo vs. Chile*, que a falta de consenso quanto ao tratamento dos direitos das minorias sexuais não é um argumento válido para restringir-lhes seus direitos humanos, perpetuando uma discriminação histórica. Assim, com este caso, a CtIDH demonstrou seu rechaço à teoria do consenso, adotada pela CtEDH.⁶⁸

Para Faúndez Ledesma, alguns conceitos trazidos pela Convenção seriam carregados de certa dose de subjetividade e, assim, confeririam aos Estados uma margem de atuação dentro daqueles limites.⁶⁹

⁶⁴ TRINDADE, Antonio Cançado, 1998, *Apud* CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 62-65.

⁶⁵ NASH ROJAS, Claudio. *Op. Cit.* p. 73-74, 84.

⁶⁶ *Ibid.* p. 85-86.

⁶⁷ *Ibid.* p. 91.

⁶⁸ *Ibid.* p. 94.

⁶⁹ FAÚNDEZ, Héctor, 2004 *Apud* NASH ROJAS, Claudio. *Op. Cit.* p. 84.

Por fim, Maria Angélica Benavides Casals entende que a Corte Interamericana ainda não se aprofundou na teoria da margem de apreciação e no consenso por dois razões: por ter uma jurisprudência quantitativamente menor do que o Tribunal Europeu e, em função disso, ainda não teria tido a oportunidade para se pronunciar a respeito; e porque sua jurisprudência tende ao universalismo.⁷⁰

A partir das visões expostas, entende-se como mais plausível a ideia de que, de fato, a Corte Interamericana não aplica em sua jurisprudência nem a doutrina da margem de apreciação nem a ideia de consenso como critério para reconhecimento da evolução na interpretação dos direitos protegidos. Todavia, a Corte Interamericana concede sim aos Estados certo nível de discricionariedade para regularem e decidirem sobre determinadas matérias. A regulação e as decisões dos Estados, todavia, não tomam o lugar da função desempenhada pela Corte, a qual não reconhece qualquer impossibilidade sua de decidir sobre os temas (apenas aprecia, caso a caso, sobre a maior capacidade dos Estados para seu tratamento).

É importante e, até mesmo essencial, que a Corte reconheça este espaço de discricionariedade dos Estados em determinadas matérias (como a temática eleitoral e os temas que sejam intrinsecamente políticos, como no caso *Castañeda-Gutman*)⁷¹ dado que, do contrário, a atuação da Corte poderia corresponder a um entrave para a efetividade dos direitos humanos na região, pois poderia determinar obrigações impossíveis considerando a realidade política do país sob análise.

Mas, deve-se atentar para o fato de que o próprio texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos não permitiria a aplicação da doutrina da margem de apreciação, dado que o artigo 29 proíbe a supressão do exercício dos direitos da Convenção ou qualquer restrição a eles, diretamente, que seja em uma extensão maior do que aquela prevista na própria convenção⁷² (o que, acredita-se, diga respeito ao conteúdo do artigo 27 da CADH, que determina os direitos que podem ser suprimidos em situações de guerra, perigo ou emergência pública). Assim, a ideia da margem de apreciação de que alguns direitos com conteúdo moral poderiam ficar à mercê da interpretação nacional dos Estados não seria, de forma alguma, compatível com a norma convencional mencionada.

⁷⁰ BENAVIDES CASALS, María Angélica. *Op. Cit.* p. 308.

⁷¹ O caso diz respeito à possibilidade ou não de um candidato independente concorrer à presidência do México. Nele, a Corte entendeu que os requisitos para limitação do direito à participação política previstos na CADH não são taxativos, conferindo ao Estado uma maior deferência. Este caso demonstrou uma virada no entendimento da Corte com relação àquele anteriormente emanado no caso *Yatama v. Nicarágua*.

⁷² CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 64-65.

3.2. A evolução interpretativa dos direitos humanos no sistema interamericano

A evolução interpretativa dos direitos humanos promovida pela Corte Interamericana se dá a partir de critérios sempre mais protetivos, sejam embasados em princípios, em outros diplomas de direito internacional (de acordo com o art. 29 da CADH), no tratamento dado à temática por outras cortes (internacionais ou nacionais, conforme o artigo 38, I, d do Estatuto da Corte Internacional de Justiça) ou na evolução teórica da temática. É importante salientar que o desenvolvimento da evolução no tratamento das matérias, por parte da CtIDH, nunca é feito de forma injustificada, de forma que a Corte desenvolve, de forma transparente, a linha de raciocínio que embasa tal entendimento em suas sentenças.

De acordo com Nash Rojas, o artigo 2 da CADH dá aos órgãos de controle interamericanos a legitimidade para fixarem o conteúdo e alcance das obrigações dispostas na Convenção, assim como seus limites. Logo, a própria Convenção Interamericana daria respaldo à atuação dos órgãos interamericanos no sentido de estes desenvolverem uma interpretação evolutiva das normas convencionais, mesmo que com base em critérios de valoração e conceitos indeterminados. Conforme explica o autor, os próprios Estados conferiram aos órgãos do SIDH a competência para exercer tal mandato evolutivo e transformador, de forma que a legitimidade de tal viria do caráter consensual com o qual os Estados se obrigaram às regras e procedimentos do SIDH.⁷³

Bogdandy afirma que o exercício da interpretação evolutiva da Corte Interamericana não caracteriza um ativismo judicial, ou não extrapola seu mandato, porque existiria um aceite, por parte dos Estados, da validade e legitimidade desta atuação disruptiva da Corte. O autor afirma, ainda, que a interpretação evolutiva não é resultado de um processo unilateral no sistema, mas sim de um processo para o qual diversos atores contribuem⁷⁴ Particularmente, entende-se que a referida visão soa de certa maneira otimista e falha em apresentar embasamento robusto com base em uma metodologia empírica para demonstrar quais países apoiaram de forma clara e explícita o exercício de interpretação evolutiva pela CtIDH e em que momentos o fizeram.

Mônia Clarissa Hennig Leal busca esclarecer se a atuação da CtIDH constitui uma forma de ativismo judicial. A autora, primeiramente, esclarece o que seria a judicialização e

⁷³ NASH ROJAS, Claudio. *Op. Cit.* p. 84.

⁷⁴ VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurigenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, 2019. p. 236.

como este conceito pode ser utilizado na definição das atividades exercidas pela Corte Interamericana. De acordo com a autora, a judicialização é o nome dado ao protagonismo do judiciário, no qual há uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais a este poder, fazendo com que o direito seja cada vez mais construído pelos magistrados. Trata-se do resultado de um processo histórico típico do constitucionalismo democrático, o qual teria por base a centralidade da Constituição e sua força normativa, assim como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.⁷⁵

Conforme explica Mônia, embora tenha surgido no âmbito nacional, a judicialização também alcançou a esfera internacional, principalmente no que tange à proteção dos direitos humanos,⁷⁶ de forma que as Cortes Internacionais foram se tornando cada vez mais protagonistas na interpretação e implementação das regras do Direito Internacional. Esta atuação, todavia, não pode ser designada como uma forma de ativismo judicial, pois o próprio conceito depende de *standards* definidos que não existem (como, por exemplo, o que seria uma atuação judicial internacional normal para, comparativamente, poder decidir se determinada Corte é mais ou menos ativista com base neste parâmetro).⁷⁷

Não obstante, se adotarmos como parâmetro comparativo a Corte Europeia de Direitos Humanos, então a Corte Interamericana poderia sim ser vista como mais ativista, visto que está menos limitada por amarras que priorizam o decisionismo estatal.

3.3. Relação entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e democracia

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos é fortemente fundado sobre a base da democracia, sendo uma de suas premissas, inclusive, que não há direitos humanos sem democracia, nem democracia sem direitos humanos. O objetivo da Organização dos Estados Americanos, estipulado pela Carta da OEA, é, justamente, a promoção da democracia representativa como condição de paz e estabilidade na região. Da mesma forma, a preservação das instituições democráticas está expressamente estipulada como dever dos Estados, no preâmbulo da CADH. O Sistema conta, inclusive, com um instrumento destinado precisamente à proteção e fomento da democracia, qual seja, a Carta Democrática

⁷⁵ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de investigações constitucionais**, v. 1, p. 123-140, 2014. p. 128-129.

⁷⁶ *Ibid.* p. 134.

⁷⁷ *Ibid.*

Interamericana, a qual reconhece a influência recíproca e bidirecional entre direitos humanos e democracia.⁷⁸

Não obstante, como foi possível observar ao longo do presente artigo, existe uma conhecida tensão entre a promoção dos direitos humanos em nível internacional e a democracia.⁷⁹ A Corte Interamericana, em frente a esse dilema, estabeleceu a preponderância dos direitos humanos neste embate, nas oportunidades em que decidiu sobre a inconveniência das leis de anistia. Nesse sentido, a Corte entende existirem limites ao governo das maiorias, que se encontram em um rol mínimo de direitos nucleares que é rígido e que não é, portanto, passível de modificação.⁸⁰

Gargarella, citando Ferrajoli, discorre acerca deste rol de direitos não passíveis de decisão democrática, afirmando que as normas constitucionais que estabelecem os princípios e direitos fundamentais que garantem a dimensão material da própria democracia não são passíveis de serem modificadas diante de decisões, mesmo que da maioria da população. Nesse sentido, nem mesmo a unanimidade da população pode decidir pela abolição ou redução de tais direitos.⁸¹ No extremo, assim, tem-se que os direitos humanos, no embate entre direitos humanos e democracia, para a CtIDH, devem prevalecer.

Ademais, conforme teorizam Verdugo e García, a falta de uma doutrina de deferência no SIDH constitui um déficit democrático que afeta a legitimidade da CtIDH, dado que existe uma ausência de respeito à autonomia democrática dos estados e da possibilidade de se permitir um pluralismo interpretativo da CADH.⁸²

Assim, no que tange ao funcionamento do SIDH e à ausência de critérios de deferência às autoridades nacionais, assim como à aferição de um consenso para determinar a evolução interpretativa de um direito, é possível entender que a Corte Interamericana, em sua lógica de funcionamento, preza menos pela democracia, no sentido de governo das maiorias, do que pela manutenção dos direitos humanos. Ainda assim, a democracia não é apenas a forma de governo estimulada pelo SIDH como um requisito para que os Estados participem deste, sendo um dos pilares de sua formação.

É preciso destacar, ainda, a existência de um parâmetro protetivo da Corte que guarda

⁷⁸ ACUÑA, Juan Manuel. Democracia y derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Cuestiones constitucionales*, n. 30, p. 3-23, 2014. p. 7-10.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ *Ibid.* p. 9-11.

⁸¹ GARGARELLA, Roberto. **Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman**. Yale Law School: SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 2013. p. 2-10.

⁸² VERDUGO, Sergio; GARCÍA, José Francisco, 2012, *Apud* CONTRARES, Pablo. *Op. Cit.* p. 63

estreita relação com o fomento da democracia. A Corte Interamericana entende que, para que uma lei possa restringir os direitos previstos na Convenção, nos termos do artigo 30 desta, esta lei deve cumprir com o critério formal e material, sendo, assim, de acordo com o primeiro critério, uma lei aprovada pelo legislativo e promulgada pelo executivo e, quanto ao segundo critério, uma lei que tenha qualidade (o que significa que deve ser anterior ao fato, expressa, adequada e precisa). Ao estabelecer esses critérios, a Corte restringiu a (já pequena) margem de discricionariedade dos Estados para restringir direitos e garantias nos casos de interesse geral, para que só possa ocorrer esse exercício de discricionariedade quando cumpridos requisitos democráticos (já que, ao ser uma lei aprovada a partir de um procedimento adequado e cumprindo com um padrão de qualidade que a torne previsível e acessível, a norma estaria cumprindo com requisitos próprios do sistema representativo de democracia constitucional. Assim, a Corte submete eventual restrição aos direitos convencionais à exigência de que tal restrição seja feita apenas por um Estado comprometido com o sistema democrático de direito.⁸³

a. Caso Gelman

O Caso *Gelman v. Uruguai* foi paradigmático na temática da proteção dos direitos humanos pelos Tribunais internacionais de direitos humanos em contraposição à proteção da decisão democraticamente tomada na esfera nacional.⁸⁴

O caso se distingue de outros vistos na América Latina com relação à promulgação de leis de anistias por governos ditatoriais como forma de transição pacífica para um governo democrático (chamadas de autoanistias), como foi o caso do Chile e do Peru; ou mesmo promulgadas pelo governo sucessor, democraticamente eleito, mas em razão do medo derivado das pressões exercidas pelos militares.⁸⁵

No referido caso, a lei de anistia havia sido promulgada não pelo governo ditatorial como um processo de autoanistia, mas sim pelo governo sucessor da ditadura, o qual fora democraticamente eleito. Posteriormente, foram empreendidas duas consultas populares (com um intervalo de 20 anos entre ambas) para verificação da vontade democrática da população quanto à manutenção ou não da lei, sendo que nas duas, a vontade do povo foi pela

⁸³ CONTRERAS, Pablo. *Op. Cit.* p. 68.

⁸⁴ CANO, José María Sauca. Deliberación, deferencia y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Gelman vs Uruguay. **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, v. 23, n. 46, p. 529-551, 2021. p. 543

⁸⁵ ACUÑA, Juan Manuel. *Op. Cit.* p. 16-17.

manutenção da lei.⁸⁶ Assim, existia uma legitimidade democrática da lei,

O caso foi submetido à jurisdição da Corte Interamericana, a qual não flexibilizou sua regra (anteriormente emanada) de que as leis de anistias são inconvençionais. Mesmo que tenha sido apoiada pela maioria da população, conforme determinou a Corte, a referida lei não poderia ser validada. Nesse sentido, a Corte decidiu que:

238. El hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada y respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, no le concede, automáticamente, ni por sí sola, legitimidad ante el derecho internacional. La participación de la ciudadanía con respecto a dicha ley, utilizando procedimientos de ejercicio directo de la democracia ... se debe considerar, entonces, como un hecho atribuible al Estado y generador, portanto, de la responsabilidad internacional de aquél.

239. La sola existencia de un régimen democrático no garantiza, *per se*, el permanente respeto del derecho internacional, incluyendo el derecho internacional de los derechos humanos, lo cual ha sido incluso así considerado por la Carta Democrática Interamericana. La legitimación democrática de determinados hechos, o actos en una sociedad, está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos graves de violaciones a las normas de derecho internacional de los derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de las mayorías, es decir, a la esfera de lo susceptible de ser decidido por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un control de convencionalidad que es función y tarea de cualquier autoridad y no sólo del Poder Judicial...⁸⁷

Da sentença, seis enunciados importantes são retirados, conforme explica Acuña:

- 1) La sola vigencia del régimen democrático no garantiza el respeto al derecho internacional de los derechos humanos.
- 2) El respaldo ciudadano por sí solo no concede legitimidad a las decisiones ante el derecho internacional.
- 3) La existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales.
- 4) Existe una esfera de lo susceptible de ser decidido por las mayorías.
- 5) En caso de graves violaciones a los derechos humanos, la protección de esos derechos es un límite infranqueable a la regla de la mayoría
- 6) La decisión ciudadana debe considerarse como un hecho atribuible al Estado.⁸⁸

Extraí-se desta sentença uma aplicação prática do entendimento da Corte Interamericana de que, diante de um embate entre direitos humanos e democracia, os primeiros devem preponderar, principalmente quando se está falando de direitos humanos

⁸⁶ CANO, José María Sauca. *Op. Cit* p. 529-540.

⁸⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, **Caso Gelman vs. Uruguay**, sentencia de 24 de febrero de 2011. Párrafos 238-239.

⁸⁸ ACUÑA, Juan Manuel. *Op. Cit.* p. 20.

pertencentes ao rol de direitos fundamentais (como o direito à vida e a não ser torturado). Da mesma forma que este tipo de direito não está sujeito a nenhum nível de deferência estatal (mesmo no Sistema Europeu, em que se reconhece a aplicação da margem de apreciação), não seria diferente no presente caso, em que a decisão da maioria da população foi compreendida como também sendo uma decisão atribuível ao Estado, e geradora de responsabilidade, portanto.

CONCLUSÃO

A Corte Europeia de Direitos Humanos, quando reconhece a existência de uma evolução interpretativa de um direito decorrente do consenso dos Estados em determinada matéria, não tem um papel ativo na criação desta evolução, ela apenas está reconhecendo uma mudança de interpretação que já aconteceu na legislação interna da maioria dos Estados do Conselho Europeu.

Por sua vez, a Corte Interamericana, ao extrair de princípios, de tratados de Direito Internacional, da jurisprudência de outras cortes e também da doutrina especializada os parâmetros indicativos da tendência de evolução do direito sobre determinada matéria, não apenas constata este desenvolvimento, mas o institui, mediante uma interpretação evolutiva que será vinculante aos Estados da região, por compor fonte de direito internacional.

É possível verificar que as Cortes guardam relações diferentes com os Estados e têm diferentes concepções sobre a valoração da democracia com relação aos direitos humanos. A Corte Europeia se apegue a critérios formais de democracia, buscando a legitimidade de suas decisões em reafirmações do consentimento dos Estados com relação ao seu mandato, atuando como um ator de homogeneização dos parâmetros de proteção já existentes. Ao mesmo tempo em que esta atuação é condizente com a ideia de democracia das majorias, a tendência é que a evolução dos direitos humanos nesse sistema seja menos progressista.

Já a Corte Interamericana se apegue a critérios materiais de democracia, pois entende que não existe democracia sem direitos humanos e que certos direitos humanos são inderrogáveis (mesmo que por decisões democráticas) pois, do contrário, poderiam colocar em perigo a própria manutenção da democracia. Além disso, a Corte Interamericana tende a uma atuação mais ativa na criação de *standards* protetivos dos direitos humanos, sendo, muitas vezes, vanguardista e direcionada a uma proteção maior dos direitos humanos, mesmo que às custas das decisões democráticas dos países que estão sujeitos ao seu mandato, pois exerce uma função contra majoritária e de proteção das minorias.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACUÑA, Juan Manuel. Democracia y derechos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. **Cuestiones constitucionales**, n. 30, p. 3-23, 2014.

BENAVIDES CASALS, María Angélica. El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos. **Ius et praxis**, v. 15, n. 1, p. 295-310, 2009.

BENVENISTI, Eyal. Margin of appreciation, consensus, and universal standards. **NYUJInt'l L. & Pol.**, v. 31, p. 843, 1998.

CANO, José María Sauca. Deliberación, deferencia y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Gelman vs Uruguay. **Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales**, v. 23, n. 46, p. 529- 551, 2021.

CONTRERAS, Pablo. National discretion and international deference in the restriction of human rights: a comparison between the jurisprudence of the European and the Inter-American Court of Human Rights. **Nw. UJ Int'l Hum. Rts.**, v. 11, p. 28, 2012.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Case of Tyrer v. The United Kingdom**. Application n. 5856/72. Strasbourg. 1978. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:\[%22001-57587%22\]%7D](https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:[%22001-57587%22]%7D). Acesso em: 23 de junho de 2023.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gelman vs. Uruguay**, sentença de 24 de fevereiro de 2011.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. **Herrera Ulloa v. Costa Rica**. Sentença de 2 de julho de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_ing.pdf. Acesso em: 24 de junho de 2023.

DRAGHICI, Carmen. The Strasbourg Court between European and Local Consensus: Anti-Democratic or Guardian of Democratic Process? **Public Law**, p. 11-29, 2017.

DZEHTSIAROU, Kanstantsin. European consensus and the evolutive interpretation of the European Convention on Human Rights. **German Law Journal**, v. 12, n. 10, p. 1730-1745, 2011.

FOLLESDAL, Andreas. Subsidiarity and International Human-Rights Courts: Respecting Self-Governance and Protecting Human Rights-Or Neither. **Law & Contemp. Probs.**, v. 79, p. 147, 2016.

GARGARELLA, Roberto. Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. Yale Law School: SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política) Papers. 2013.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? **Revista de investigações constitucionais**, v. 1, p. 123-140, 2014

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, p. 497-524, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional**. Saraiva EducaçãoSA, 2018.

NASH ROJAS, Claudio. La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, v. 11, p. 71-100, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. **Contexto internacional**, v. 23, n. 1, p. 7-34, 2001.

VON BOGDANDY, Armin. O mandato transformador do Sistema Interamericano: Legalidade e Legitimidade de um processo jurisgenético extraordinário. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 9, n. 2, 2019. p. 236