

# QUEM DÁ A ÚLTIMA PALAVRA? AS RELAÇÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COM OS ORDENAMENTOS JURÍDICOS NACIONAIS À LUZ DO CASO FONTEVECCHIA E D'AMICO V. ARGENTINA

Melina Girardi Fachin

Bruna Nowak

## INTRODUÇÃO

Em fevereiro de 2017, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina* emitiu decisão acerca do caso *Fontevicchia y D'Amico*, julgado pela Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) seis anos antes. As repercussões advindas desta decisão consideraram-na precedente ameaçador apto a justificar futuras inadimplências da Argentina quanto ao Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Porque a Corte Suprema, invocando disposições de direito interno, decidiu por cumprir apenas parcialmente as imposições da Corte IDH, estar-se-ia demonstrando certa insubmissão da Argentina ao sistema regional de proteção dos direitos humanos.

Com o intuito de apresentar considerações sobre as relações internas-

internacional, em especial à luz da alta inadimplência das sentenças da Corte IDH é que o presente artigo foi elaborado. O objetivo principal que se pretende alcançar é a demonstração de que o descumprimento de uma sentença internacional não significa necessariamente a negação estatal da autoridade que emana dos tribunais internacionais. Muito existe por detrás da questão de autoridade, o que é crucial para a compreensão das interações entre o interno e o internacional na proteção dos direitos humanos.

A primeira parte do trabalho compreende breve análise do estado da arte das relações da Corte Suprema argentina com a Corte IDH. Mediante a referência a casos emblemáticos julgados pela primeira, é possível observar que suas reações à segunda

.....  
Melina Girardi Fachin

Mestra e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Visiting Researcher da Harvard Law School. Professora Adjunta do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFPR. Coordenadora do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da UFPR (NESIDH-UFPR).

Bruna Nowak

Mestra em Direitos Humanos e Democracia pela UFPR. Bacharela em Direito pela UFPR. Membro do Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos da UFPR (NESIDH-UFPR).

variaram ao longo da consolidação do Sistema Interamericano na Argentina – e tais variações e inconstâncias permanecem características às intersecções entre referido Estado e a Corte IDH.

Num segundo momento, são apresentados os principais aspectos das decisões proferidas pela Corte IDH e pela Corte Suprema argentina no caso *Fontevicchia y D'Amico*. Com base na análise da responsividade da Argentina em relação às sentenças da Corte IDH, será possível tecer algumas conclusões sobre as razões que conduziram à fundamentação da Corte Suprema no julgamento do caso em comento.

Finalmente, o último tópico explora alguns aspectos críticos sobre as relações entre a Corte IDH e as ordens jurídicas estatais, por meio de referências e considerações ao caso *Fontevicchia y D'Amico*. São referenciadas algumas propostas doutrinárias acerca das relações entre cortes, expondo-se a necessidade de superação de disputas de autoridade entre estes organismos, a fim de que a proteção dos direitos humanos seja reforçada mediante efetivos diálogos sem que seja preciso recorrer à última palavra.

## **1 A RESPONSABILIDADE DA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUANTO ÀS DECISÕES DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

A República Argentina ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Convenção Americana) em 1984, ano em que reconheceu a competência contenciosa da Corte IDH. No momento da ratificação da Convenção Americana, o sistema jurídico

argentino adotava preponderantemente a tese da supremacia constitucional, no sentido de que o direito interno teria prevalência sobre o direito internacional, o qual estava submetido à máxima interpretação Corte Suprema<sup>1</sup>.

Em 1994, promoveu-se uma reforma constitucional na Argentina, por meio da qual a Convenção Americana e outros dez instrumentos internacionais adquiriram hierarquia constitucional<sup>2</sup> e, nos termos do artigo 75, inciso 22 da Constituição, “*no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos*”. Este caráter de complementaridade é importante para a análise que se seguirá sobre as relações entre a Corte Suprema argentina e a Corte IDH, sobretudo porque tal dispositivo privilegia as normas contidas na primeira parte do texto constitucional em detrimento dos tratados internacionais.

Como resultados dos compromissos internacionalmente firmados, foram propostos alguns projetos de lei na Argentina, visando definir as relações do ordenamento interno com os tribunais internacionais. Mencionam-

1 AMAYA, Jorge Alejandro. El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*. v. 12, n. 14, 2014, p. 68. O autor comenta que, em 1947, a Corte Suprema, mediante perspectiva eminentemente dualista, julgou o caso *Merck*, definindo que o direito internacional se sobressairia em relação ao direito argentino apenas em tempos de guerra.

2 HARO, Ricardo. *La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina relativa a su vinculación jurisdiccional con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Arnaud Martin (Dir.). *Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 396.

se especialmente o *Expediente 1566 – S – 2000*, que propôs uma revisão das normas regulamentadoras do processo penal para possibilitar a execução das sentenças da Corte IDH, e o *Expediente S – 01 – 0327*, o qual definiu o caráter obrigatório das recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH)<sup>3</sup>. Até o momento, nenhum destes projetos foi convertido em lei, nem foram aprovados novos projetos em prol da execução das sentenças da Corte IDH.

Apesar da ausência de mecanismos internos próprios para o cumprimento das decisões da Corte IDH, pode-se constatar que a Argentina é um dos Estados mais engajados do Sistema Interamericano. Desde sua submissão ao Sistema, a Corte IDH julgou dezessete casos em face da Argentina. Destes, dois foram arquivados sem condenação<sup>4</sup>. Das sentenças condenatórias, três tiveram as recomendações integralmente cumpridas<sup>5</sup>, uma foi arquivada mesmo com parcial cumprimento das

3 KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales*. Buenos Aires: Center for Justice and International Law – CEJIL, 2007, p. 163-189.

4 Caso *Maqueda v. Argentina*, arquivado pela sentença de objeções preliminares de 17 de janeiro de 1995; Caso *Grande v. Argentina*, arquivado pela sentença de exceções preliminares e mérito de 31 de agosto de 2011.

5 De acordo com o artigo 68.1 da Convenção Americana, “os Estados partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes”. Compete à Corte IDH emitir resoluções de acompanhamento da implementação de suas sentenças. Em relação à Argentina, os três casos que tiveram as recomendações integralmente cumpridas são: Caso *Kimel v. Argentina*, sentença de cumprimento de 5 de fevereiro de 2013; Caso *Mohamed v. Argentina*, sentença de cumprimento de 13 de novembro de 2015; Caso *Mémoli v. Argentina*, sentença de cumprimento de 10 de fevereiro de 2017.

recomendações<sup>6</sup> e onze possuem sentenças de supervisão de cumprimento em aberto<sup>7</sup>.

As reparações que foram implementadas acompanharam a lógica característica da jurisprudência da Corte IDH: oferecer às vítimas uma reparação integral pelos danos sofridos<sup>8</sup>. Via de regra, as espécies de reparações que costumam ser cumpridas pela Argentina são: publicação das decisões, pagamento de indenizações por danos materiais e imateriais, promoção de atos públicos de reconhecimento de responsabilidade, declaração de ineficácia de sentenças, adequação do direito interno à Convenção Americana, adoção de medidas de garantia de acesso à justiça (sobretudo o acesso a recursos judiciais).

A fim de colocar em evidência a postura da Corte Suprema da Argentina em relação às reparações impostas nas sentenças condenatórias prolatadas pela Corte IDH, comentam-se alguns casos julgados pela primeira nos quais houve consideração ou rechaço das decisões da segunda. O critério de seleção dos casos, sem qualquer pretensão exauriente, é da relevância para demonstrar

6 Em Resolução de 14 de novembro de 2017, a Corte IDH decidiu arquivar o caso *Cantos v. Argentina* mesmo que as recomendações não tenham sido integralmente cumpridas pelo Estado. A justificativa foi a falta de interesse por parte das vítimas, seus representantes e da Comissão IDH em dar prosseguimento à supervisão em relação aos pontos resolutivos da sentença que ainda não haviam sido implementados pela Argentina.

7 Em ordem cronológica: Casos *Garrido y Baigorria*, *Bulacio*, *Bueno Alves*, *Bayarri*, *Torres Millacura y otros*, *Fontevicchia y D’Amico*, *Fornerón e hija*, *Furlán y familiares*, *Mendoza y otros*, *Gutiérrez y familia*, *Argüelles y otros*.

8 Sobre as reparações, ver: LOIANNI, Adelina. Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*. n. 8, p. 389-413.

que as respostas da Corte Suprema não são uniformes e podem variar mesmo no que tange a um mesmo tema, como, por exemplo, o da liberdade de expressão e pensamento.

O primeiro caso apreciado pela Corte Suprema argentina que refletiu o impacto da jurisprudência da Corte Interamericana foi o caso *Giroldi Horacio David y otros*, de 1995. Estabeleceu-se que os julgados da Corte Interamericana devem servir de guia interpretativo aos preceitos da Convenção Americana.<sup>9</sup> Reafirmou-se o dever dos juízes de aplicarem tratados internacionais, motivo pelo qual a Corte Suprema declarou inconstitucional artigo do Código de Processo Penal argentino, por ser contrário ao artigo 8.2 da Convenção Americana, que protege garantias judiciais.<sup>10</sup> A declaração de inconstitucionalidade evidencia o caráter constitucional da Convenção Americana, a ela atribuído no ano anterior e reforçado pela Corte Suprema quando do julgamento do caso *Giroldi*.

Em 1998, a Corte Suprema se referiu às recomendações da Comissão Interamericana quando analisou o caso *Abella, Carlos y otros*. A Comissão havia concluído que a Argentina deveria reparar o dano de ter privado os petionários da oportunidade de revisão de sentença condenatória. A Corte Suprema afirmou que os órgãos do Sistema Interamericano proferem decisões que devem pautar a interpretação da Convenção Americana,

9 AYALA, Carlos. The judicial dialogue between international and national courts in the Inter-American human rights system. In: SCHEININ, Martin; KRUNKE, Helle; AKSENOVA, Marina. *Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights*. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 309.

10 KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 116.

mas que isso não significa que a Corte Suprema incorporaria estes conteúdos, principalmente as decisões da Comissão Interamericana.<sup>11</sup>

Em 2002, a Corte IDH condenou a Argentina pela violação aos artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana no caso *Cantos*, ordenando a Corte Suprema que diminuísse as custas processuais e retirasse as restrições ao patrimônio de José Maria Cantos, empresário que teria sido prejudicado devido ao sequestro de seus bens pelo Estado. Por maioria, a Corte Suprema decidiu não acatar a sentença da Corte IDH<sup>12</sup>, ainda que isto implicasse a violação do direito de acesso à justiça de Cantos, utilizando-se do mesmo argumento que embasou a decisão no caso *Fontevicchia y D'Amico*: a impossibilidade, por razões de direito interno, de rever uma sentença transitada em julgado<sup>13</sup>, além da vulneração de direitos de terceiros que não haviam integrado o processo internacional.<sup>14</sup>

Diferente foi a postura da Corte Suprema no julgamento do caso *Espósito Miguel Ángel s/ incidente de prescripción*, de 2004, razão pela qual Damián González-Salzberg aduz que, até então, “*el carácter vinculante de la jurisprudencia de la Corte IDH no había implicado la necesidad de pronunciarse en contra de los criterios jurídicos de la propia*

11 *Ibidem*, p. 118.

12 A despeito da decisão da Corte Suprema, o Poder Executivo expediu alguns decretos objetivando o cumprimento das reparações. Até o momento, foram emitidas quatro resoluções de cumprimento de sentença pela Corte IDH (2005, 2007, 2009 e 2010), estando o caso parcialmente cumprido pela Argentina.

13 HARO, Ricardo. *La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, p. 416.

14 KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 120.

CSJN [Corte Suprema de Justicia de la Nación]<sup>15</sup>. A Corte Suprema, em estrito cumprimento da sentença proferida pela Corte IDH no caso *Bulacio v. Argentina* no ano anterior, tornou sem efeito decisão transitada em julgado que havia declarado prescrita a ação e realizou novo julgamento. Importante mencionar que o caso Bulacio concerne à responsabilidade da Argentina pela morte de um indivíduo detido sob a custódia de agentes estatais. O Estado não apenas reconheceu as violações que praticou, como também consentiu em firmar acordo de solução amistosa com a Corte IDH.<sup>16</sup>

Dois aspectos relativos a este caso merecem destaque. O primeiro corresponde à ênfase dada à Corte Suprema ao fato de que se estavam aplicando parâmetros de imprescritibilidade a uma causa que, a princípio, não se enquadrava nas regras de direito internacional incorporadas pelo ordenamento argentino, referentes a crimes contra a humanidade.

O segundo concerne à observação de Victor Bazán, para o qual não foi sem críticas que a Corte Suprema observou a jurisprudência da Corte IDH. O tribunal argentino destacou estar diante de um paradoxo segundo o qual só seria possível cumprir as obrigações impostas ao Estado mediante restrições ao direito de defesa e ao direito a um julgamento em prazo razoável, direitos estes que também são garantidos pela Convenção Americana. A

15 GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. La Implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos*. v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 128.

16 Corte IDH. *Caso Bulacio v. Argentina*. Sentença, 18/09/2003, Série C, nº 100.

Corte Suprema também consignou que, como estas restrições foram determinadas pelo próprio tribunal internacional responsável por assegurar a efetividade dos direitos humanos, caberia à Corte Suprema, apesar das ressalvas assinaladas, dar cumprimento à sentença da Corte IDH.<sup>17</sup>

A conclusão que se pode extrair é a de que, a despeito de a Corte Suprema ter afirmado que para proteger certos direitos a Corte DH por vezes impõe parâmetros que flexibilizam ou, até mesmo, violam outros direitos previstos na própria Convenção Americana, constituía dever da Argentina observar os ditames da Corte IDH, uma vez que a esta competiria a palavra final sobre os direitos humanos na região.

No ano de 2005, em julgamento emblemático, a Corte Suprema seguiu a linha jurisprudencial de tornar sem efeitos sentenças contrárias aos direitos humanos. No caso *Júlio Héctar y otros*, houve a declaração de inconstitucionalidade das leis de *Obediencia Debida* e *Punto Final* com base na consolidada jurisprudência da Corte IDH sobre leis de anistia que pretendam obstar a investigação, o processamento e a sanção de responsáveis por graves violações de direitos humanos.<sup>18</sup> Recepcionando o paradigmático caso *Barrios*

17 BAZÁN, Victor. *Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos*. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Alfonso Herrera Garcia (Coord). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 589.

18 GARCÍA-SAYÁN, Diego. *Justicia interamericana y tribunales nacionales*. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Alfonso Herrera Garcia (Coord). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 816.

*Altos v. Peru*<sup>19</sup>, a Corte Suprema exerceu claro controle de convencionalidade, valendo-se de condenação de outro Estado perante o Sistema Interamericano.

Não se pode ignorar que o tema da justiça de transição é traço comum na jurisprudência latino-americana, o que apenas reforça a importância do caso em comento. Conforme salienta Diego García-Sayán<sup>20</sup>, os efeitos gerais das sentenças da Corte IDH em casos como o *Barrios Altos v. Peru* tiveram impacto nos ordenamentos jurídicos dos Estados, sendo “representativos de tendencias y/o de numerosos otros casos o situaciones semejantes, lo que le da a los mismos una relevancia cualitativa que trasciende el caso mismo”<sup>21</sup>. Usar precedente do sistema em relação a outro Estado pressupõe um grau de institucionalidade sobre o tema que ainda não

conseguimos atingir no Brasil, por exemplo<sup>22</sup>.

Outro exemplar impacto das sentenças da Corte IDH nos institutos jurídicos argentinos diz respeito ao caso *Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa*, também de 2005. Em observância ao Informe 24/92 da Corte DH e ao julgado no caso *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, a Corte Suprema definiu o alcance do recurso de cassação para compatibilizá-lo às exigências do duplo grau de jurisdição determinadas pelo Sistema Interamericano. Houve alteração radical da interpretação da Corte Suprema sobre referido recurso, o qual passou a não mais se restringir a questões de direito.<sup>23</sup>

Já em 2007, em postura oposta ao que se vinha observando, a Corte Suprema rechaçou o julgamento da Corte IDH no caso *Bueno Alves v. Argentina*. Declarou, no caso *René Jesus s/ incidente de prescripción de la acción penal*, prescrita a ação penal em face de um dos agentes policiais acusados da prática de atos de tortura contra Bueno Alves, ainda que a Corte IDH tenha condenado o Estado a investigar os fatos e sancionar os responsáveis. No entanto, em 2011, a Corte Suprema reviu a decisão e optou por torná-la sem efeito, remetendo os autos às instâncias inferiores para o reprocessamento. Dessa forma, aplicou-se a imprescritibilidade ainda que, a princípio, o delito não constituísse crime contra a humanidade.<sup>24</sup>

19 “No caso Barrios Altos (massacre que envolveu a execução de 15 pessoas por agentes policiais), em virtude da promulgação e aplicação de leis de anistia (uma que concede anistia geral aos militares, policiais e civis, e outra que dispõe sobre a interpretação e alcance da anistia), o Peru foi condenado a reabrir investigações judiciais sobre os fatos em questão, relativos ao “massacre de Barrios Altos”, de forma a derrogar ou a tornar sem efeito as leis de anistia mencionadas. O Peru foi condenado, ainda, à reparação integral e adequada dos danos materiais e morais sofridos pelos familiares das vítimas” Em: PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. v. 6, n. 2, julho-setembro 2014, p. 144.

20 GARCÍA-SAYÁN, Diego. *Justicia interamericana y tribunales nacionales*, p. 808 e 814.

21 A respeito, Jorge Alejandro Amaya evidencia que há dúvidas se os precedentes da Corte IDH produzem espécie de doutrina a ser obrigatoriamente incorporada pelos Estados apenas nos casos que versam sobre crimes contra a humanidade, ou se isto se estenderia a outros casos em quaisquer dos Estados signatários. Em: AMAYA, Jorge Alejandro. El diálogo interjurisdiccional entre tribunales, p. 75.

22 Por todos, ver: MOREIRA FILHO, J. C. O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (coords.). *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Fórum, 2010.

23 HARO, Ricardo. *La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina*, p. 408.

24 GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. La Implementación de las sentencias de la Corte Interamericana, p. 128-129.

Nesta breve retrospectiva, pode-se observar que, conforme salienta o CEJIL<sup>25</sup>, a jurisprudência da *Corte Suprema de Justicia de la Nación* é um tanto quanto oscilante no que tange ao cumprimento das sentenças e à implementação das reparações. A Corte Suprema varia entre a negação de obrigatoriedade das recomendações da Comissão (caso *Abella, Carlos y otros*) e das sentenças da Corte (caso *René Jesus*), a afirmação do caráter obrigatório das sentenças da Corte IDH referentes a casos argentinos (caso *Espósito Miguel Ángel*), o reconhecimento dos órgãos do Sistema Interamericano ora como guias interpretativos (caso *Giroldi*), ora como possuindo pronunciamentos de cunho vinculante (caso *Júlio Héctar*).<sup>26</sup>

Há variações, também, no que concerne à revisão de processos que transitaram em julgado, decidindo a Corte Suprema tanto pela impossibilidade de fazê-lo, como nos casos *Cantos* e *Fontevicchia y D'Amico*, quanto não

25 KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana. *Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, p. 114 e 125.

26 A respeito, Carlos Ayala comenta que: “As we have seen above, some criteria developed by the Inter-American jurisprudence and implemented by national courts are neither purely binding nor purely instructive in nature, but rather serve to link both categories. Some cases of the Argentinean Supreme Court of Justice belong to this group. In *Videla, Jorge Rafael and Simón, Julio Héctor et al.*, the judges declared that the jurisprudence of the IACtHR (case *Barrios Altos v. Peru*) represents an ‘essential interpretation guideline’ of ‘imperative’ application. On other occasions, the Argentinean Supreme Court has simply made reference to the Inter-American judicial precedent in adopting it subsequently as a direct interpretation of what ‘must be understood’. Following this path, in the case *Casal, Matías Eugenio et al.*, the Argentinean Court, adhering to the judgment of the IACtHR in the case *Herrera Ulloa v. Costa Rica*, issued as interpretative judgment over the mandatory content of the right to appeal as an essential element of due process.” In: AYALA, Carlos. *The judicial dialogue between international and national courts*, p. 314-315.

só pela possibilidade, mas dever, tal qual nos casos *Espósito Miguel* e *René Jesús*. Alguns casos engendraram a alteração e a declaração de inconstitucionalidade de leis devido à incidência da Convenção Americana (casos *Júlio Héctar* e *Giroldi*), enquanto outros conduziram a uma interpretação legislativa convencional (caso *Casal*).

Com intuito de reforçar as particularidades das reações da Corte Suprema argentina quanto ao Sistema Interamericano, expõem-se de maneira sucinta alguns aspectos do caso *Kimel*<sup>27</sup>, que, assim como o caso *Fontevicchia y D'Amico*, gira em torno do direito à liberdade de pensamento e expressão.

O caso versa sobre a publicação do livro *El Masacre de San Patricio* pelo historiador e jornalista Eduardo Gabriel Kimel, no qual se relataram os fatos do assassinato de cinco religiosos e criticou-se o desempenho das autoridades responsáveis pela investigação, inclusive do Poder Judiciário. A alegação de Kimel foi no sentido de que “*la actuación de los jueces durante la dictadura fue, en general, condescendiente, cuando no cómplice de la represión dictatorial*”, além de um dos juízes federais ter deixado de considerar “*una serie de elementos decisivos para la elucidación del asesinato*.”<sup>28</sup>

Em 1991, o juiz mencionado por Kimel ingressou com uma demanda penal, processando-o pelo crime de calúnia. Após divergências entre a primeira e segunda instâncias e a Corte Suprema, na decisão final prolatada pela *Sala IV de la Cámara de Apelaciones* em 1999, Kimel foi condenado à

27 Corte IDH. Caso *Kimel v. Argentina*. Sentença, 02/05/2008. Série C, nº 177.

28 Parágrafo 42 da sentença.

pena de prisão pelo período de um ano e multa de vinte mil pesos. O caso foi levado ao Sistema Interamericano e submetido à apreciação da Corte IDH em 19 de abril de 2007.

A análise da Corte IDH foi específica quanto à verificação da tipificação dos delitos de injúria e calúnia e a possível afetação da estrita legalidade quando da restrição do direito à liberdade de expressão por via penal; à idoneidade da sanção penal para a salvaguarda da reputação dos juízes enquanto objetivo legítimo a ser perseguido; à proporcionalidade da medida para a garantia da reputação do funcionário público.<sup>29</sup>

A Corte levou em consideração o reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado pela Argentina, por meio do qual o Estado afirmou que a cominação da sanção penal em face de Kimel consistiu em violação ao seu direito à liberdade de expressão, além de o processamento da ação penal não ter se dado em prazo razoável, em clara vulneração ao artigo 8.1 da Convenção Americana. Ademais, a Argentina reconheceu que a falta de precisão na tipificação dos crimes de injúria e calúnia era violadora do dever de adotar disposições internas consoantes aos direitos consagrados na Convenção Americana (artigo 2º da Convenção)<sup>30</sup>.

Assim, a Corte IDH concluiu que, embora a via penal seja legítima para a proteção da honra e da dignidade (direitos previstos no artigo 11 da Convenção Americana), no caso de Kimel, a aplicação de sanção penal mostrou-se desnecessária e desproporcional<sup>31</sup>, motivo

pelo qual a proteção do direito à liberdade de expressão teria preponderância. Não só os tipos penais de calúnia e injúria eram excessivamente amplos, o que acarretou cerceamento indevido da liberdade de expressão, como Kimel emitiu um juízo de valor crítico sobre a atuação do Poder Judiciário durante a ditadura militar, nada tendo relação com a vida pessoal do juiz ou com a imputação de um delito a este, o que afasta qualquer violação ao direito à honra.<sup>32</sup>

Neste sentido, a Corte IDH condenou a Argentina pela violação aos artigos 2, 8 e 13 da Convenção Americana, além dos artigos 9 (princípio da legalidade) e 25 (proteção judicial) do mesmo instrumento, todos cumulados com a violação ao artigo 1.1. As medidas de reparação determinadas em benefício de Kimel foram: o pagamento de dez mil dólares a título de indenização por danos materiais e de vinte mil dólares a título de indenização por danos imateriais; o dever de tornar sem efeito a sentença penal condenatória; a publicação da decisão em Diário Oficial e outro meio midiático de grande circulação; a promoção de ato de reconhecimento de responsabilidade internacional por parte do Estado. Também se determinou a adequação do direito interno à Convenção Americana, a fim de que o direito à liberdade de expressão não fosse mais afetado por imprecisões normativas.<sup>33</sup>

Após a prolação da sentença pela Corte, em maio de 2008, três resoluções de cumprimento de sentença foram emitidas.<sup>34</sup> Em fevereiro de 2013, foi atestada a implementação de todas as reparações pela Argentina,

29 Parágrafo 58 da sentença.

30 Parágrafo 18 da sentença.

31 Parágrafo 71 da sentença.

32 Parágrafo 91 da sentença.

33 Parágrafos 110 a 133 da sentença.

34 Em maio de 2010, novembro de 2010 e fevereiro de 2013.

inclusive a cessação de efeitos da sentença penal condenatória. Observando o dever de compatibilizar o direito interno à Convenção Americana, o Estado aprovou legislação modificadora do Código Penal, excluindo da abrangência dos crimes de injúria e calúnia questões relativas ao interesse público, fixando multas pecuniárias quando do cometimento destes crimes.<sup>35</sup>

Estes breves apontamentos sobre as respostas da Corte Suprema argentina às sentenças da Corte IDH servem de guia para a análise do caso *Fontevecchia y D'Amico* e permitem, desde já, que se afaste o entendimento de que se trata de um precedente de negação da obrigatoriedade dos preceitos da Corte IDH. As variações e oscilações da jurisprudência argentina são necessárias para a compreensão crítica do que ocasionou o cumprimento apenas parcial da sentença pela Corte Suprema.

## 2 O CASO FONTEVECCHIA Y D'AMICO: DUAS CORTES, DOIS PESOS E DUAS MEDIDAS À LIBERDADE DE EXPRESSÃO?

A sentença proferida pela Corte IDH em 2011 no caso *Fontevecchia y D'Amico*<sup>36</sup> tem sua origem na propositura de uma petição perante a CIDH em 15 de novembro de 2001. Na ocasião, os peticionários e vítimas, Jorge Fontevecchia e Hector D'Amico (que, a partir de 2006, contaram com o auxílio e a representação do *Centro de Estudios Legales y Sociales* – CELS), alegaram a violação do artigo 13 da Convenção

35 Parágrafos 30 e 33 da Resolução de 18 de maio de 2010.

36 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*. Sentença, 29/11/2001. Série C, nº 238.

Americana, o qual protege o direito à liberdade de pensamento e de expressão.

Os fatos do caso remontam à publicação, em 1995, de três matérias na revista *Noticias* (do qual Fontevecchia era diretor e D'Amico, editor), as quais diziam respeito a aspectos da vida pessoal do então Presidente da Argentina, Carlos Saúl Menem. Em síntese, veiculou-se a existência de um filho extraconjugal do Presidente Menem com a deputada Martha Meza; comentou-se acerca de substanciais somas de dinheiro dados por Menem à deputada e ao filho, Carlos Meza; sobre visitas destes últimos à *Casa de Gobierno*, bem como da possibilidade de reconhecimento da paternidade por Menem quando da conclusão do divórcio com sua ex esposa.<sup>37</sup>

Outras circunstâncias relevantes à opinião pública que também foram divulgadas nas matérias jornalísticas concernem à alegação da existência de ameaças ao filho de Menem e Meza, o que motivara pedido de asilo ao Paraguai, à celebração de acordo entre ambos por meio do qual se estabeleceu o pagamento de pensão mensal no valor de vinte mil dólares, à criação de fideicomisso em favor de Carlos Meza no valor aproximado de um milhão de dólares, além da suposta cobertura política dada ao marido de Meza, acusado por desfalque em uma obra social. A publicação no periódico *Noticias* fez menção expressa ao livro *El Jefe: Vida y Obra de Carlos Saúl Menem*, do qual haveria sido extraído grande parte do conteúdo divulgado<sup>38</sup>.

Em virtude das publicações, Menem ingressou, em 1995, com uma demanda

37 Parágrafos 32 a 34 da sentença.

38 Parágrafo 35 da sentença.

civil em face de Fontevecchia, D'Amico e do *Editorial Perfil S.A. (Noticias)*, objetivando o ressarcimento econômico pelos danos morais causados pela alegada violação ao seu direito à intimidade. O montante demandado a título indenizatório foi de um milhão e quinhentos mil pesos, somados aos custos processuais.<sup>39</sup>

Em primeira instância, a demanda foi julgada improcedente. Tal decisão foi apelada por Menem. A *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal* reverteu o julgamento *a quo* e condenou Fontevecchia, D'Amico e o *Editorial Perfil* ao pagamento de cento e cinquenta mil pesos ao autor da ação devido à violação de seu direito à intimidade. Em face desta sentença, os demandados interpuseram recurso extraordinário federal. Em 25 de setembro de 2001, a Corte Suprema argentina confirmou a decisão recorrida, reduzindo o valor indenizatório para sessenta mil pesos e dividindo as custas processuais entre as partes. A sentença se fundamentou no caráter íntimo das informações difundidas, as quais, embora não tivessem a veracidade controvertida, violaram "*la esfera de la vida privada del 'hombre público'*"<sup>40</sup>.

O processo de execução da decisão resultou no embargo dos haveres de D'Amico de março de 2004 a novembro de 2005, devido a ofício dirigido à empresa onde este trabalhava, o qual determinou que deveriam ser embargados os haveres e quaisquer outros valores por ele percebidos para o pagamento de mais de cento e oito mil pesos a título de indenização, somados a trinta mil pesos referentes às custas processuais. Ao total, D'Amico teve retidos cerca

de quarenta e seis mil dólares.<sup>41</sup> O *Editorial Perfil* arcou com as despesas relativas à taxa de justiça, no valor de mais de cinco mil pesos.<sup>42</sup>

Após a apresentação do caso à CIDH, em 2011, houve a expedição do informe de admissibilidade (Informe 51/05), em 12 de outubro de 2005, seguido do informe de mérito, em 13 de julho de 2010 (Informe 82/10). Devido ao não cumprimento das recomendações da CIDH pela Argentina, o caso foi submetido à Corte IDH em 10 de dezembro de 2010<sup>43</sup>, mediante a alegação de que a condenação civil imposta dos petionários não observou as exigências do artigo 13 da Convenção Americana.

O argumento principal da Comissão IDH foi o de que a sanção civil aplicada aos petionários era desnecessária, uma vez que as informações publicizadas já estavam em domínio público e versavam sobre questões de interesse público. Ainda que a restrição ao direito à liberdade de expressão estivesse devidamente prevista em lei (artigos 19 da Constituição argentina e 1.071 do Código Civil) e consoante ao objetivo permitido pelo artigo 13.2 da Convenção Americana<sup>44</sup>, a inadequação da sanção civil aplicada seria violadora do direito à liberdade de expressão das vítimas.<sup>45</sup>

39 Parágrafo 37 da sentença.

40 Parágrafos 38 e 39 da sentença.

41 Parágrafo 20 da sentença.

42 Parágrafo 40 da sentença.

43 Conforme o artigo 51 da Convenção Americana, a Comissão IDH pode submeter o caso à Corte IDH transcorridos três meses do relatório de mérito e não cumpridas as recomendações dirigidas ao Estado.

44 O inciso 2 do artigo 13 da Convenção Americana prevê que o exercício do direito à liberdade de pensamento e expressão, embora não possa ser censurado previamente, pode sujeitar responsabilização posterior para assegurar o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas ou a proteção da segurança nacional, da ordem pública, da saúde ou moral públicas.

45 Parágrafo 18 da sentença. Para os representantes

Em sua contestação, o Estado argentino procurou ressaltar seu comprometimento com o Sistema Interamericano, enaltecendo as alterações institucionais, normativas e a adequação jurisprudencial, sobretudo após a sentença condenatória no caso *Kimel*. Reconheceu-se que, quando da prolação da decisão pela Corte Suprema que originou o caso *Fonvecchia y D'Amico*, a proteção do direito à liberdade de expressão na Argentina não era conforme os padrões internacionais; porém, as reformas que se sucederam teriam tornado a ordem jurídica argentina consoante aos ditames da Corte IDH.

A análise de mérito da Corte IDH centrou-se em responder se a responsabilização civil dos petionários cumpriu com os requisitos de i) previsão em lei, ii) objetivação de um fim legítimo e iii) idoneidade, necessidade e proporcionalidade. Quanto à primeira exigência, concluiu-se que o direito à intimidade por cuja violação foram as vítimas civilmente condenadas contém previsão no Código Civil argentino, que é lei em sentido formal e material.<sup>46</sup>

A Corte também aludiu que a via civil é idônea para salvaguardar, por meio de medidas de reparação de danos, o direito à proteção da honra e da dignidade, consagrado no artigo 11<sup>47</sup>

.....  
das vítimas, “*la sanción en el presente caso resultó desproporcionada dado que la cifra establecida por la Corte Suprema fue trescientas veces superior al salario mínimo argentino y unas cincuenta veces superior al salario promedio de un periodista, distando mucho de ser un monto razonable*”. Em: Parágrafo 25 da sentença.

46 Parágrafos 51 e 52 da sentença.

47 Os incisos 2 e 3 do artigo 11 da Convenção Americana dispõem que: “2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação; 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.”

da Convenção Americana. Também a via penal é considerada legítima e convencional para a tutela de referido direito, tal qual decidido no já mencionado caso *Kimel*. Devem-se verificar, caso a caso, a conduta supostamente violadora da vida privada e as características do dano alegadamente causado, a fim de se constatar se o recurso às vias civil e/ou penal é passível de justificação.<sup>48</sup>

Neste viés, a Corte IDH considerou que a Corte Suprema argentina, em sua decisão de 25 de setembro de 2001, não estabeleceu os fatos específicos que teriam afetado a vida privada de Menem, tendo apenas apresentado argumentos para solucionar o embate entre os dois direitos constitucionalmente protegidos. Ainda, entendeu que as informações veiculadas pela revista *Noticias* possuíam caráter de interesse público, principalmente devido às alegações de utilização de fundos públicos para fins pessoais por parte do ex Presidente Menem. Finalmente, a Corte IDH concluiu que os fatos relativos à paternidade não reconhecida de um filho extraconjugal já tinham sido publicamente difundidos.<sup>49</sup>

Com base nesta análise, a Corte IDH definiu que “*la medida de responsabilidad ulterior impuesta, que excluyó cualquier ponderación en el caso concreto de los aspectos de interés público de la información, fue innecesaria en relación con la alegada finalidad*

48 Parágrafos 53 a 56 da sentença.

49 Parágrafos 57 a 64 da decisão. Ademais, a Corte IDH ressaltou que “*el derecho a la vida privada es disponible para el interesado y, por ello, resulta relevante la conducta desplegada por el mismo. En este caso, su conducta no fue de resguardo de la vida privada en ese aspecto*”, tendo em vista que o comportamento de Menem possibilitou, inclusive, que fossem tiradas fotografias suas ao lado de Meza e de Carlos Meza. Em: Parágrafo 165 da decisão.

de proteger en derecho a la vida privada". Por estas razões, a responsabilização civil dos petionários, as conseqüentes imposição do dever de indenizar Menem e a execução da sentença violaram o direito à liberdade de expressão dos petionários<sup>50</sup>, motivo pelo qual a Corte condenou o Estado da Argentina pela violação do artigo 13 da Convenção Americana, cumulado com o artigo 1.1<sup>51</sup>.

Como medidas de reparação, a Corte IDH determinou tornar sem efeito as sentenças proferidas na demanda civil proposta em face de Fontevecchia e D'Amico e a atribuição de responsabilidade civil aos petionários. Impôs a reintegração dos valores atualizados que foram pagos pelos petionários e pelo *Editorial Perfil* a título de indenização e o pagamento de custas processuais.<sup>52</sup>

Também se ordenou a publicação de resumo da sentença pelo Estado argentino em Diário Oficial e em jornal de ampla circulação nacional, bem como a disponibilização da integralidade da decisão, pelo período de um

ano, no *Centro de Información Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*. A Corte fixou os montantes de cinco mil e dois mil dólares a serem pagos a cada um dos petionários por conta dos gastos relativos ao processo interno e à participação na audiência pública perante a Corte, respectivamente. Ao CELS, a Corte dispôs que o Estado deve repassar a quantia de sete mil, setecentos e setenta dólares como reintegração dos gastos com a tramitação do caso perante o Sistema Interamericano<sup>53</sup>.

Aproximadamente quatro anos após a sentença de mérito, a Corte IDH publicou resolução de supervisão do cumprimento da sentença.<sup>54</sup> Transcorridos dois anos e oito meses do prazo disposto na sentença para o cumprimento das recomendações e de quatro informes realizados pela Corte, a Argentina não havia informado acerca da implementação da sentença, nem remetido qualquer escrito à Corte. Diante da inatividade estatal, a Corte IDH concedeu até 31 de março de 2016 como prazo para a Argentina apresentar informe indicando as medidas adotadas.

Em novembro de 2016, a Corte IDH expediu nova resolução de cumprimento da sentença no caso *Fontevecchia y D'Amico*.<sup>55</sup> A Argentina cumprira com o requerimento da Corte, tendo encaminhado informe sobre a implementação das reparações ordenadas. A Corte considerou totalmente cumprida a obrigação de publicação da sentença condenatória e seu resumo oficial. Manteve-

50 Em contrapartida, a Corte reconheceu os avanços na proteção do direito à liberdade de expressão: "*Por otra parte, el Tribunal toma nota de los cambios que se han producido a nivel interno en materia de libertad de expresión, tales como la reforma legislativa derivada del caso Kimel, que modificó el código penal argentino eliminando la posibilidad que las expresiones u opiniones relacionadas con asuntos de interés público configuren supuestos de calumnia o injuria, la sanción de la Ley 26.522 de Servicios de Comunicación Audiovisual, así como los cambios institucionales y jurisprudenciales ocurridos en la Corte Suprema en materia de libertad de expresión.*" Em: Parágrafo 95 da sentença.

51 Parágrafos 71 a 75 da sentença.

52 Parágrafo 105 da sentença. Cumpre observar que o artigo 68.2 da Convenção Americana possibilita que os Estados definam, de acordo com o processo vigente para a execução de sentenças contra o Estado, de que forma a indenização compensatória imposta como medida de reparação em sentença condenatória da Corte IDH será executada.

53 Parágrafos 108, 128 e 129 da sentença.

54 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 1 de setembro de 2015.

55 Corte IDH. *Caso Fontevecchia y D'Amico v. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 22 de novembro de 2016.

se aberto o procedimento de supervisão de cumprimento de sentença quanto às demais reparações.

A *Procuración General de la Nación*, a pedido da *Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación*, apresentou manifestação sobre o caso *Fontevicchia y D'Amico*, em 26 de novembro de 2014.<sup>56</sup> Para a Procuradora Geral, a Corte Suprema argentina possui o dever de tornar sem efeito tanto a sentença por si proferida, quanto revogar o pronunciamento da *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil*, devido aos fundamentos da decisão da Corte Interamericana.

Ressaltou-se que compõe a jurisprudência da Corte Interamericana<sup>57</sup> ordenar que os Estados deixem sem efeito decisões de natureza civil ou penal em casos nos quais se considerou violado o direito à liberdade de expressão. Em consonância aos compromissos internacionalmente assumidos pelo Estado argentino, a Procuradora Geral também aludiu que

*la carencia de normas internas que regulen específicamente la ejecución de sentencias de los órganos de protección de los derechos humanos no puede constituirse em um óbice para satisfacer los compromisos*

56 ARGENTINA. *Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y Otros*. Procuración General de la Nación Disponível em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7357161&cache=1503661678510>>. Acesso em 25 ago. 2017.

57 Corte IDH. *Caso Tristán Donoso v. Panamá*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 1 de setembro de 2010; Corte IDH. *Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 12 de setembro de 2005.

*internacionales de la República*<sup>58</sup>.

Em 14 de fevereiro de 2017, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* prolatou decisão acerca da sentença da Corte IDH no caso *Fontevicchia y D'Amico*.<sup>59</sup> Já de início, destacou-se que a obrigatoriedade das sentenças da Corte IDH alcança apenas aquelas decisões expedidas por dito tribunal nos limites de suas atribuições para determinar reparações. Desta forma, por contrariar a Constituição argentina, não poderia a Corte Suprema tornar sem efeito as decisões internas que culminaram na propositura da demanda perante a Corte IDH.<sup>60</sup>

Baseando-se no entendimento segundo o qual a Corte IDH não é uma quarta instância jurisdicional revisora de processos internos dos Estados, a Corte Suprema afirmou que o próprio tribunal de direitos humanos sustenta, em sua jurisprudência, que sua atuação quanto ao processamento de casos pelos Estados se limita à verificação da (in)observância dos direitos processuais consagrados na Convenção Americana.<sup>61</sup>

Para a Corte Suprema, o dever de tornar sem efeito uma sentença que transitou em julgado corresponde à modalidade de reparação fora das previsões da Convenção Americana.

58 Página 5 da Manifestação da *Procuración General de la Nación*.

59 ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y Otros s/ daños y perjuicios*. Fallos 340:47. Ementa: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS - SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA - EFECTO VINCULANTE - PUBLICIDAD - CORTE SUPREMA - DERECHO PUBLICO - CONSTITUCION NACIONAL - COSA JUZGADA - CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS - CONVENCION DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS.

60 Parágrafos 6 e 8 da sentença.

61 Parágrafo 9 da sentença.

Seria espécie de restituição não contemplada nas competências da Corte regional, pois a literalidade do artigo 63. 1 da Convenção apenas dispõe que deverão “ser reparadas as consequências da medida ou situação (...), bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”. Portanto, cumprir com esta reparação não iria de encontro apenas ao direito público argentino, mas ao próprio Sistema Interamericano.<sup>62</sup>

Sobre o direito argentino, a Corte Suprema aduziu que a revogação da sentença por si proferida retiraria seu caráter de órgão máximo do Judiciário e a substituiria por um tribunal internacional, em clara violação ao artigo 27 da Constituição. Referido dispositivo estabelece que

*el Gobierno federal está obligado a afianzar sus relaciones de paz y comercio con las potencias extranjeras por medio de tratados que esten en conformidad con los principios de derecho publico establecidos en esta Constitución.*

Mesmo com a reforma constitucional de 1994 e a concessão de hierarquia constitucional à Convenção Americana, definiu-se que as normas dos tratados internacionais não derogam as disposições da parte primeira da Constituição argentina, à qual o artigo 27 integra.<sup>63</sup> Designando os limites da atuação da Corte IDH, a Corte Suprema concluiu sua decisão defendendo que não se trata de negar o cunho vinculante das sentenças da Corte IDH, mas tão somente de entender que as reparações fixadas por este tribunal devem ser compatíveis com as

62 Parágrafos 12 a 16 da sentença.

63 Parágrafos 17 a 19 da sentença.

competências a ele atribuídas.<sup>64</sup>

Assim, manifestou-se no sentido de que a Argentina cumpriria apenas parcialmente a decisão da Corte IDH no caso *Fontevicchia y D’Amico*, pois o contrário implicaria “*clara violación de los principios estructurantes del sistema interamericano y el exceso de las obligaciones convencionalmente asumidas por el Estado argentino al ingresar a dicho sistema.*”<sup>65</sup>

Cindiram-se as competências atribuídas a cada uma das cortes: a Corte IDH seria a intérprete última da Convenção Americana, enquanto a Corte Suprema o seria em relação à Constituição argentina<sup>66</sup>, razão pela qual deve ser considerada cumprida a sentença da Corte IDH no caso *Fontevicchia y D’Amico* em consonância aos compromissos internacionais assumidos pela Argentina. A posição de contraposição, ao revés de diálogo, entre direito interno e internacional avulta clara nesta cisão, o que entoa visão dualista não mais compatível com o fenômeno jurídico na contemporaneidade.

Em contrapartida, o voto dissidente do Ministro Juan Carlos Maqueda reforçou o dever de se cumprir integralmente a decisão da Corte Interamericana com base nos princípios da responsabilidade internacional do Estado e da boa fé, além da proibição, prevista no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de se invocar razões de direito interno para deixar de cumprir obrigações internacionais.<sup>67</sup> Para o Ministro estariam

64 Parágrafo 20 da sentença.

65 Parágrafo 11 da sentença.

66 Página 20 da sentença.

67 Página 25 da sentença.

sem efeitos as decisões internas, cabendo aos demais poderes a efetuação da restituição pecuniária determinada pela Corte IDH.

Em agosto de 2017, durante a sessão regular da Corte IDH, foi realizada audiência pública de acompanhamento do cumprimento da sentença no caso *Fontevicchia y D'Amico*. Na ocasião, os representantes da Argentina aduziram que, em virtude da separação dos poderes, o Executivo não poderia interferir nos encaminhamentos conferidos pela Corte Suprema à sentença da Corte IDH. Informaram que estava em elaboração um decreto presidencial com vistas à reintegração dos valores despendidos por Fontevicchia, D'Amico com o pagamento de custas processuais.

Em 18 de outubro de 2017, a Corte IDH emitiu outra resolução sobre o cumprimento da sentença no caso *Fontevicchia y D'Amico*<sup>68</sup>, na qual comentou sobre a decisão da Corte Suprema argentina. A Corte IDH foi bastante clara ao indicar que os Estados não podem invocar disposições de direito interno para embasar o descumprimento de obrigações advindas da Convenção Americana e acrescentou que “não se trata de resolver o problema da supremacia do direito internacional sobre o nacional no ordenamento interno, mas unicamente de fazer cumprir aquilo com o que os Estados se comprometeram soberanamente.”<sup>69</sup>.

Interessante verificar que a Corte IDH afirmou que ao ordenar a medida de reparação de tornar sem efeito a sentença da Corte Suprema, em nenhum momento a corte regional

estabeleceu que isto devesse se dar mediante a revogação da decisão judicial. Recordou que esta mesma medida já foi cumprida por outros Estados e pela própria Argentina em casos similares nos quais houve responsabilização penal ou civil contrária ao direito à liberdade de expressão. A Corte IDH sugeriu à Argentina que eliminasse a publicação da sentença no sítio eletrônico da Corte Suprema ou, ainda, que se mantenha a publicação, mas que se registre que esta decisão foi declarada contrária à Convenção Americana pela Corte IDH.<sup>70</sup>

Mediante análise de decisões argentinas anteriores, a Corte IDH registrou a própria inconsistência do caso *Fontevicchia y D'Amico* com a jurisprudência da Corte Suprema e alegou que não cabe ao tribunal doméstico julgar os limites das competências da corte regional, sobretudo por ser este uma das poucas ocasiões em que a restituição dos direitos violados se mostra possível. Por fim, para a Corte IDH, irrelevante o argumento de que a sentença interna foi proferida pela mais alta corte argentina, pois a atribuição de responsabilidade por ação ou omissão internacionalmente ilícita independe da hierarquia do organismo estatal envolvido.<sup>71</sup>

A resistência da Corte Suprema argentina em cumprir a totalidade dos mandamentos da Corte IDH revela posição ainda moderna do conceito de supremacia estatal e constitucional que deságua em disputa de poderes que permeia as relações entre as cortes domésticas e os tribunais internacionais. Poderia a Corte Suprema ter afirmado tão firmemente de que

68 Corte IDH. *Caso Fontevicchia y D'Amico v. Argentina*. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 18 de outubro de 2017.

69 Tradução livre. Parágrafo 14 da Resolução de 18 de outubro de 2017.

70 Parágrafos 20 e 21 da Resolução de 18 de outubro de 2017

71 Parágrafos 26 e 31 da Resolução de 18 de outubro de 2017.

maneira a Corte IDH deve atuar? Se a Corte IDH, no exercício do controle de convencionalidade, pode criticar a aplicação de normas pelo Poder Judiciário dos Estados quando considera-a indevida, não podem as cortes domésticas fazer o mesmo em relação à atuação da Corte IDH? Estas e outras indagações serão comentadas no tópico que segue.

### 3 ÚLTIMA PALAVRA EM DIREITOS HUMANOS? A CORTE IDH DE DIREITOS HUMANOS, AS CORTES SUPREMAS DOS ESTADOS E A DISPUTA DA AUTORIDADE DE SUAS DECISÕES

A sentença da Corte Suprema argentina no caso *Fontevicchia y D'Amico* suscita discussões acerca das relações entre a Corte IDH e as cortes dos Estados submetidos à sua jurisdição. As tensões identificadas conduzem à indagação se seria pertinente que um dos tribunais possua a última palavra sobre a proteção dos direitos humanos.

A partir do cumprimento parcial das reparações determinadas pela Corte IDH e da fundamentação desenvolvida ao longo da decisão da Corte Suprema, podem-se deduzir algumas justificativas para a tomada desta posição pela Argentina.

Passou-se tempo considerável desde a sentença em face de *Fontevicchia* e *D'Amico* pela Corte Suprema (2001) e a decisão da Corte IDH (2011), o que pode ter conferido a impressão de que a gravidade da violação de direitos humanos cometida estaria mitigada. Outra possibilidade, conforme vislumbrado na análise das oscilantes reações da Corte Suprema quanto ao Sistema Interamericano, seria o caráter civil da demanda proposta contra os petionários, diferentemente da ação penal

no caso *Kimel*.

Ademais, a Corte Suprema foi bastante enfática ao aduzir que o regime de proteção do direito à liberdade de pensamento e expressão na Argentina em muito se aprimorou desde 2001, o que, em sua visão, poderia tornar menos necessárias as medidas de reparações impostas. Também se deve considerar que o caso *Fontevicchia y D'Amico* não se enquadra no espectro das consideradas graves violações de direitos humanos<sup>72</sup>, o que pode ter favorecido a contestação por parte da Corte Suprema.

Passível de maiores críticas e problematizações é o argumento elucidado pela Corte Suprema de que a Corte IDH não deve atuar como quarta instância revisora das sentenças domésticas. Para tanto, reforçou-se a prevalência da parte primeira da Constituição argentina (cujos dispositivos protegem a segurança jurídica, a ordem pública e o interesse público) em prejuízo da Convenção Americana – embora esta possua *status* constitucional. Esta linha argumentativa vai de encontro ao artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, tão caro ao direito internacional, de acordo com o qual “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado”<sup>73</sup>.

72 Para Flávia Piovesan, a jurisprudência da Corte IDH pode ser categorizada em seis eixos temáticos com base nas violações perpetradas, dois dos quais correspondem a violações consideradas mais graves por conta do contexto em que se inserem, envolvendo questões de justiça de transição e ao legado do regime autoritário ditatorial. . Em: PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos, p. 144.

73 BRASIL. *Decreto 7.030/2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2017.

O fato de a sentença proferida pela Corte Suprema ter transitado em julgado fortalece esta justificativa de salvaguarda do direito interno defendida pela Argentina, sobretudo porque a definitividade de um provimento jurisdicional e a segurança jurídica que desta advém também compõem os direitos afetos ao devido processo legal, igualmente protegidos pela Convenção Americana em seus artigos 8 (garantias judiciais) e 25 (proteção judicial).

Estas reflexões sobre as implicações da sentença da Corte Suprema no caso *Fontevicchia y D'Amico* revelam o persistente embate se quem teria preponderância acerca da definição do conteúdo e da proteção dos direitos humanos seria o direito interno dos Estados (mais especificamente o direito constitucional) ou o direito internacional. Tal conflituosidade demonstra que resquícios da perspectiva dualista permeiam as relações entre as ordens jurídicas, ainda que muitos Estados procurem internalizar os tratados internacionais de direitos humanos diretamente em seus ordenamentos, conferindo-lhes, inclusive e como é o caso da Argentina, hierarquia constitucional.

Segundo Roberto Gargarella, a decisão da Corte Suprema engendra questionamentos sobre o caráter autoritativo das sentenças da Corte IDH.<sup>74</sup> Importante evidenciar, neste sentido, a concepção teórica de Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, para os quais uma teoria de direito público sobre os tribunais internacionais permite que estes sejam

concebidos como atores que exercem autoridade pública internacional. Para os autores, este conceito significa “*la capacidad, basada en derecho, de restringir o limitar la libertad de otros actores, o de darle forma al uso de la libertad de manera similar*”.<sup>75</sup>

Esta autoridade pública se desdobra, portanto, nos efeitos e no controle que os tribunais internacionais exercem sobre os órgãos jurídicos e políticos que integram a estrutura dos Estados e a forma pela qual estes recepcionam os mandamentos emanados por aqueles. A autoridade pública dos tribunais internacionais se choca com a autoridade dos Estados e é este embate que ocasiona as problemáticas ora analisadas.

Uma das críticas elaboradas por Gargarella diz respeito à espécie de cisão de competências que foi referenciada na sentença da Corte Suprema argentina como forma de tentar solucionar a disputa de autoridade: a de que a atuação de cada corte deve permanecer circunscrita às suas jurisdições, sendo a Corte IDH autoridade final quanto à Convenção Americana e a Corte Suprema, quanto à Constituição.<sup>76</sup>

Neste sentido, a opinião majoritária da Corte Suprema procurou reafirmar seu poder frente à corte regional de direitos humanos, definindo, mediante interpretação nacional

74 GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*. Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Disponível em: <<http://seminariogargarella.blogspot.com.br/search?updated-max=2017-04-21T09:47:00-03:00&max-results=25&reverse-paginate=true>>. Acesso em: 19 jun. 2017.

75 BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién? Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional*. Colômbia: Universidad Externando de Colombia, 2016, p. 40. Os autores detalham que “... *la autoridad pública debe ser definida más ampliamente como la capacidad, basada en actos legales, de impactar a otros actores en el ejercicio de sus libertades, bien sea jurídicamente o de facto*”. Em: *Ibidem*, p. 166.

76 GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*.

de um tratado internacional<sup>77</sup>, os limites e a forma de atuação da Corte IDH. A análise de Roberto Gargarella sobre este aspecto da decisão é bastante precisa ao constatar que se questionaram os alcances do poder da Corte IDH, pois

*la auto-percepción de esta última [es] alimentada por numerosos académicos locales y extranjeros, y que han llevado a que el tribunal internacional se asuma como máxima, suprema e indiscutible instancia del derecho interamericano*<sup>78</sup>.

O autor comenta característica interessante sobre a América Latina e que contribui para a análise crítica da questão: muitas das decisões tomadas no continente são pobres em termos democráticos, razão pela qual os pronunciamentos da Corte IDH acabam obtendo especial relevo e cunho emblemático.<sup>79</sup> Isto acarreta, no mais das vezes, que pouco se repense acerca do papel desempenhado pelo tribunal internacional e se acatem seus

77 De acordo com André de Carvalho Ramos, uma das formas de descompasso entre as ordens jurídicas interna e internacional é a interpretação nacional de tratados, que pode conduzir ao que o autor denomina de “tratados internacionais nacionais”, deslocados da interpretação internacional que se tem do instrumento. Em: RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 106-107, 2011-2012, p. 497-524.

78 E prossegue o autor: “*puede coincidir con el tribunal argentino en poner un freno a dicha auto-percepción, para desafiarle y preguntarse ‘por qué’, así también corresponde preguntarle ‘por qué (o ‘de dónde lo deriva’) la respuesta que (se) da la Corte argentina, frente a dicha cuestión*”. Em: GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*.

79 GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*.

posicionamentos sem problematizá-los: porque a Corte disse, estes devem ser cumpridos.

Dessa forma, Gargarella propõe que a Corte IDH atue de maneira mais deferente nos casos em que haja maior reflexão interna sobre a proteção dos direitos humanos, e que seja mais ativa e intervencionista se as circunstâncias democráticas forem menos expressivas e o debate, pouco ensejado. Entretanto, cumpre destacar que a realidade se distancia desta proposta, haja vista que o perfil da Corte IDH<sup>80</sup> é bastante interventivo e propulsor da adoção de modificações nos ordenamentos jurídicos dos Estados.

Acerca deste ponto, pertinente é indagar se a imposição do dever de tornar sem efeito as decisões domésticas do caso *Fontevicchia y D’Amico* era realmente necessária para as repercussões que se pretendiam alcançar. O próprio Estado argentino alegou que os parâmetros interpretativos que basearam a condenação civil de Fontevicchia, D’Amico e o *Editorial Perfil* se tornaram incompatíveis com o posterior desenvolvimento da proteção do direito à liberdade de expressão e pensamento em seu ordenamento, de maneira que as outras medidas de reparação determinadas pela Corte IDH seriam suficientes. Isto não apenas porque reparariam os danos causados pelas violações cometidas, mas solucionariam de maneira efetiva o caso concreto, ainda mais por conta

80 Flávia Piovesan destaca que o Sistema Interamericano tem rompido com o paradoxo de sua origem: “Nascido em um contexto regional marcado por regimes ditatoriais – seguramente com a expectativa de reduzido impacto por parte dos então Estados autoritários – o sistema se consolida e se fortalece como ator regional democratizante, provocado por competentes estratégias de litigância da sociedade civil em um *transnational network* a lhe conferir elevada carga de legitimação social”. Em: PIOVESAN, Flávia. *Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, p. 153.

do trânsito em julgado da decisão da Corte Suprema. No entanto, sabe-se que a tendência jurisprudencial da Corte IDH é de justamente estimular a maior adequação possível das ordens jurídicas estatais aos preceitos da Convenção Americana, o que justifica a imposição de tornar sem efeitos a condenação civil.

A respeito do tema, referenciam-se as teorizações de Mônia Leal, para quem é possível atribuir aos tribunais internacionais as críticas concernentes ao ativismo judicial desenvolvidas acerca das cortes constitucionais. A autora questiona se é adequada a adoção de sentenças estruturantes que imponham medidas de reparação como, por exemplo, o dever de os Estados adotarem políticas públicas (tal qual ocorreu no caso *Gomes Lund e outros v. Brasil*), ou se não se estaria indevidamente ingressando em “espaços de autodeterminação dos Estados” ou em “matéria própria da soberania”.<sup>81</sup>

Embora se discorde de argumentação apelativa ao conceito de soberania dos Estados, coaduna-se com a defesa da autora de que alguns tribunais internacionais se manifestam de forma bastante interventiva em esferas de competência dos Estados. Especificamente quanto às reparações de violações de direitos humanos, entende-se que as cortes devem avaliar quais os efeitos que se esperam com a implementação das reparações pelos Estados. No entanto, entende-se que esta é uma análise que deve ser realizada caso a caso e não mediante divagações genéricas sobre os limites de atuação das cortes internacionais.

81 LEAL, Mônia Clarissa Henning. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdicción constitucional: judicialización e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigaciones Constitucionales*. v. 1, n. 3, set./dez. 2014, p. 134 e 135.

Ainda sobre as consequências da decisão da Corte Suprema argentina, Gargarella concluiu que esta desejou reafirmar os alcances de seu próprio poder sem esvaziar a autoridade da Corte IDH. Por este motivo, o autor salienta que esta sentença não significa que o Estado se tornou avesso aos ditames da Corte IDH, uma vez que indica a possibilidade de que se reafirmem as obrigações da Argentina em casos futuros. Contudo, o jurista não descarta a hipótese de que esta decisão também seja invocada como justificativa do descumprimento de sentenças da Corte IDH em casos futuros.<sup>82</sup>

A questão de autoridade está diretamente relacionada ao papel que os tribunais internacionais vêm exercendo. Segundo Armin von Bogdandy e Ingo Venzke, suas decisões “*estabilizan y generan expectativas normativas; también controlan y legitiman la autoridad ejercida por otras instituciones*”.<sup>83</sup> É justamente esta multiplicidade de funções das cortes internacionais que suscita problemas de autoridade e de legitimidade:

*¿en nombre de quién deciden o deberían decidir las cortes internacionales?, ¿en nombre de las partes de un caso concreto, en nombre de la comunidad*

82 GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*.

83 BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. *¿En nombre de quién?*, p. 18. Os autores problematizam o próprio exercício da função de solucionar controvérsias pelos tribunais internacionais, questionando se a inconclusão de um caso refletiria a inefetividade destes organismos: “*la función de solucionar controversias no puede ser erigida como un absoluto, en primer lugar, porque la controversia puede continuar incluso después de que haya sido emitida la decisión. Si eso ocurre, acaso significa que la corte ha fracasado en su tarea?*”. Em: *Ibidem*, p. 29.

*internacional o en nombre de un régimen funcional?*<sup>84</sup>

A doutrina tem elaborado algumas propostas para que a disputa de autoridade entre cortes e o fato destas decidirem também em nome de cidadãos não prejudiquem a tutela dos direitos consagrados internacional e constitucionalmente. Em oposição à adoção de última palavra, seja pelos tribunais internacionais, seja pelas cortes domésticas, apresentam-se como alternativas teorizações sobre diálogos entre cortes, as quais serão analisadas a partir de recentes reflexões teóricas e também à luz do caso *Fontevicchia y D'Amico*.

Para os fins do presente, entende-se por diálogos o uso, por cortes domésticas e internacionais, do raciocínio e da argumentação desenvolvidos por outros tribunais, com o intuito de se construir melhor interpretação de uma norma jurídica contida num tratado internacional ou em uma Constituição. Segundo Eduardo Mac-Gregor, no campo dos direitos humanos, os diálogos visam promover a fertilização cruzada de padrões constitucionais e internacionais de proteção de direitos humanos entre cortes de diferentes jurisdições.<sup>85</sup>

Primeiramente, salienta-se que os diálogos ora ilustrados devem ser compreendidos para além das limitações do exercício do controle de convencionalidade. Este mecanismo foi instituído para a implementação harmônica do direito internacional por meio de uma abordagem *top down* da Corte IDH em

relação aos Estados, principalmente devido às dificuldades de efetivação encontradas pelo Sistema Interamericano nos primórdios de seu funcionamento.<sup>86</sup>

Como contraponto a esta autoridade de cima para baixo, Jorge Contesse sustenta que a aplicação dos parâmetros interpretativos da Corte IDH quando do exercício do controle de convencionalidade pelos juízes domésticos deveria incluir as concepções desenvolvidas pelas cortes domésticas a respeito da proteção dos direitos humanos.<sup>87</sup> Para o autor, muitas respostas advêm dos ordenamentos jurídicos dos Estados, razão pela qual a supremacia do direito internacional se mostra insuficiente para regular as relações entre cortes.<sup>88</sup>

Neste sentido, a perspectiva a que se refere é dialógica porque (i) de mão dupla, ou seja, tanto a direção da Corte IDH em relação às cortes supremas quanto a direção destas em relação àquela são consideradas e (ii), o que se espera é que não haja mera referência do pronunciamento de um tribunal por outro, mas

84 *Ibidem*, p. 22.

85 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue?: Reflections of A Judge Of The Inter-American Court of Human Rights. *Harvard Human Rights Journal*. v. 30, 2017, p. 91.

86 CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. A final Word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. *International Journal of Constitutional Law*. v. 15, n. 2, 2017, p. 441.

87 Para o autor, “*International law does not necessarily provide the best answer to a particular situation. Sometimes domestic constitutional law may best situate the problem at hand and, therefore, provide a sounder response to it. Thus it is no longer true that international law must act as the moral or legal superior. Rather, it must sometimes follow, letting domestic constitutionalism lead the way*”. Em: CONTESE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. *International Journal of Constitutional Law*. v. 15, n. 2, 2017, p. 416.

88 CONTESE, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. *International Journal of Constitutional Law*. v. 15, n. 2, 2017, p. 443-445.

que “*el tribunal receptor de la jurisprudencia la analiza razonadamente y explica y aplica su significado y alcance en la decisión del caso*”.<sup>89</sup>

Victor Bazán formula considerações sobre um “diálogo crítico” que permita às cortes domésticas questionarem a jurisprudência interamericana sem que isto seja visto como contrariedade ao Sistema Interamericano. Dissidências e observações fazem com que a jurisprudência internacional não seja aplicada cegamente pelos juízes domésticos.<sup>90</sup> Exemplo desta concepção seria a interpretação crítica realizada pela Corte Suprema no anteriormente referido caso *Espósito Miguel Ángel*.

Na mesma linha, Carlos Ayala propõe um “diálogo responsável”, no qual cada parte esteja disposta a ouvir o que a outra tem a dizer, possibilitando-se, assim, a mitigação da noção de que a autoridade do tribunal internacional é superior à da corte doméstica. O autor elenca as variadas formas pelas quais as cortes nacionais interagem com o Sistema Interamericano<sup>91</sup>, o que ilustra a necessidade de a outra direção do diálogo (da Corte IDH em relação aos tribunais internos) se aprimorar.

Como alternativa aos diálogos jurisprudenciais, uma vez que, para Jorge Contesse, estes acabam conferindo maior

peso à palavra da Corte IDH, o autor, em concepção mais relacionada com os efeitos práticos dos diálogos, apresenta exemplos bem sucedidos do que denomina de “conversação transnacional”<sup>92</sup>. Esta supremacia do tribunal internacional se daria por conta do papel privilegiado – o enquanto intérprete última da Convenção Americana – que exerce a corte regional nos diálogos judiciais multidimensionais que envolvem cortes domésticas.<sup>93</sup>

Jorge Contesse comenta sobre dois casos julgados pela Corte IDH do ano de 2012 – em face de dois Estados cujos regimes constitucionais estavam em formação à época das decisões, Chile e Costa Rica – que versaram sobre situações até então inéditas de violações de direitos humanos no Sistema Interamericano.

No caso *Atala Riffo y niñas v. Chile*, a Corte IDH citou decisões constitucionais de países latino-americanos para embasar sua interpretação acerca do direito à igualdade e da proibição à discriminação na constituição de famílias homoafetivas.<sup>94</sup> Jorge Contesse ressalta que a mensagem transmitida pela Corte IDH foi a de que a doutrina sobre o direito à igualdade também provém de interpretações locais efetuadas pelas Estados que compõem o Sistema Interamericano e não somente de diretrizes globais de proteção de direitos.<sup>95</sup>

89 AMAYA, Jorge Alejandro. El diálogo interjurisdiccional entre tribunales, p. 64 e 65.

90 BAZÁN, Victor. *Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 590-591.

91 “They do so by following the interpretative standards provided by the IACtHR on specific matters, by acknowledging the binding nature of international human rights jurisprudence, by incorporating the Inter-American case law in the body of constitutional rules and principles, and by enabling national judges to perform judicial review of compliance of their entire internal legal system with the standards of the American Convention on Human Rights”. Em: AYALA, Carlos. The judicial dialogue between international and national courts, p. 359.

92 CONTESE, Jorge. *La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. In: Marisa Iglesias y otros. Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Librería, 2014, p. 113.

93 MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue?, p. 109.

94 Corte IDH. *Caso Atala Riffo y niñas v. Chile*. Sentença, 24/02/2012. Série C, nº 239.

95 CONTESE, Jorge. *La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo...*, p. 115.

No caso *Artavia Murillo y otros v. Costa Rica*, a Corte IDH observou que a Costa Rica era o único país da região que proibia a realização da fertilização *in vitro*.<sup>96</sup> Segundo o autor, a Corte tinha conhecimento de que estava apreciando matéria controversa, o que a levou a demonstrar que existia certo consenso entre os Estados latino-americanos sobre o tema. Em resumo, a Corte IDH defendeu que a ausência de proibições nas Constituições dos Estados indica a adoção de interpretação segundo a qual o direito à vida não é incompatível com as técnicas de reprodução assistida.<sup>97</sup>

Como exemplo de diálogo crítico entre a Corte IDH e as cortes supremas dos Estados, Jorge Contesse referencia os desdobramentos do caso *Radilla Pacheco v. México*.<sup>98</sup> O Estado mexicano foi condenado a realizar novas investigações sobre o desaparecimento forçado de Radilla Pacheco, bem como a processar e julgar a causa pela justiça comum e não pela justiça militar. A Corte Suprema mexicana se reuniu para deliberar sobre a maneira pela qual o Poder Judiciário mexicano acataria os pontos resolutivos da decisão do caso *Radilla Pacheco*. Tal reflexão estendeu-se em prol de definições sobre o valor das sentenças da Corte IDH no país e o modo de exercício do controle de convencionalidade. Estes aspectos foram incorporados na reforma constitucional levada a cabo pelo México no ano de 2011.<sup>99</sup>

96 Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") v. Costa Rica*. Sentença, 28/11/2012. Série C, nº 257.

97 CONTESE, Jorge. *La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo*, p. 116.

98 Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco v. México*. Sentença, 23/11/2009. Série C, nº 209.

99 CONTESE, Jorge. *La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo*, p. 117-119.

A conclusão tecida por Jorge Contesse é a de que estes exemplos ilustram oportunidades em que a Corte IDH atuou como ampliadora da compreensão de direitos humanos na região. Trata-se de uma perspectiva *bottom up*, mediante a qual a Corte não apenas incorporou parâmetros interpretativos e protetivos dos Estados, mas lhes concedeu espaço para internalizarem o direito internacional dos direitos humanos.<sup>100</sup>

Estes processos de aproximação de debates entre a Corte IDH e os ordenamentos estatais, sobretudo as cortes supremas, revelam que os organismos assumem o ônus argumentativo de considerarem as decisões uns dos outros. A principal conclusão a que se chega é a de que “a coordenação entre as atuações dos sistemas judiciais nacional e internacional não é responsabilidade apenas das instituições nacionais, mas, também, deve ser objeto de preocupação por parte dos órgãos do sistema regional”.<sup>101</sup>

Parte da doutrina comenta que um mecanismo facilitador destes intercâmbios interpretativos seria a margem de apreciação nacional<sup>102</sup>, por meio da qual a Corte IDH admitiria que os organismos estatais conferissem interpretação própria – desde que compatível com os parâmetros convencionais – sobre os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos do Sistema Interamericano. Isto pois, “é importante o reconhecimento

100 *Ibidem*, p. 119.

101 SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. ano 16, v. 66. Belo Horizonte: Editora Fórum, outubro/dezembro 2016, p. 278.

102 *Ibidem*, p. 279.

de que certas decisões precisam ser feitas pelas autoridades nacionais ou com padrões construídos nacionalmente”.<sup>103</sup>

Outra parcela dos teóricos vislumbra a margem de apreciação com cautela, em virtude da insegurança jurídica que pode ser acarretada à implementação interna dos pronunciamentos dos tribunais internacionais e do perigo de desnaturação das obrigações internacionais assumidas pelos Estados, haja vista o amplo espectro decisório que se deixa aos Estados.<sup>104</sup>

A questão principal que se coloca sobre referida margem de apreciação é a de que, por vezes, esta é tida como válvula de escape para justificar certo grau de descumprimento das sentenças internacionais. Neste viés, indaga-se se a recusa da Corte Suprema argentina no caso *Fontevicchia y D’Amico* de tornar sem efeito as sentenças internas não corresponderia ao exercício de margem de apreciação nacional, mediante a qual se optou por respeitar os institutos jurídicos nacionais, limitando os efeitos da condenação internacional. Assim, pergunta-se: esta postura da Corte Suprema pode ser considerada como exemplo de um diálogo interjurisdicional, nas formas acima referidas pela doutrina, ou este ocorre somente quando há concordância entre os atores envolvidos?

Observa-se que a Corte Suprema argentina não rechaçou injustificadamente as imposições da Corte IDH, mas procurou adequá-las a uma interpretação que considerou mais acertada sobre os efeitos das sentenças condenatórias da Corte IDH no ordenamento jurídico interno. As razões colacionadas pela

103 *Ibidem*, p. 291.

104 BAZÁN, Victor. *Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, p. 597.

Corte Suprema evidenciaram certa disputa de autoridade entre as duas cortes, o que prejudica em grande medida a produção de conclusões precisas sobre a coexistência de cortes que decidem sobre direitos humanos, principalmente no que diz respeito às consequências práticas de suas sentenças e a forma pela qual podem dialogar entre si.

## CONCLUSÃO

Refletir sobre a última palavra acerca da proteção dos direitos humanos gera questionamentos que demandam análises para além do papel desempenhado pelas cortes nacionais e internacionais. Limitado aos objetivos iniciais propostos, este trabalho procurou colocar em questão alguns efeitos concretos das disputas de autoridade entre a Corte IDH e as cortes supremas dos Estados, mais precisamente a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* argentina.

A breve retomada das ações e reações da Corte Suprema quanto às sentenças da Corte IDH possibilitou chegar-se à conclusão de que afirmações categóricas sobre o (des) cumprimento de decisões internacionais podem conduzir a interpretações equivocadas. Questionar os limites de atuação de um tribunal internacional não significa negar sua imperatividade ou autoridade, motivo pelo qual não é adequada a conclusão de que a sentença da Corte Suprema no caso *Fontevicchia e D’Amico* rechaçou o caráter vinculante dos pronunciamentos da corte regional.

É necessário que os tribunais internacionais deixarem de vislumbrar quaisquer questionamentos e problematizações tecidas a suas decisões como descumprimentos

destas. O caso *Fontevicchia y D'Amico* é um bom exemplo, tendo em vista que as reações advindas da postura da Corte Suprema argentina se construíram não no sentido de se pensar a imbricação entre o internacional e o interno, mas no sentido de este ser um precedente ruim e que poderá ser invocado para justificar futuras inadimplências das sentenças da Corte IDH.

Para tanto, obviamente, é necessário estar disposto e aberto ao diálogo, além deste dever ser conduzido criticamente. Em outras palavras, não se pode simplesmente acatar decisões internacionais porque as cortes assim disseram. Acerta Gargarella ao afirmar que

*la Corte argentina, repito, debió hacer caso a la Corte Interamericana (...) no porque la Corte Interamericana la obligue con sus ordenes, sino porque – bajo un razonamiento que el derecho argentino ya ha afirmado – mostraba tener razón, en este caso.*<sup>105</sup>

Impõe-se o aprimoramento dos diálogos interjurisdicionais, a fim de que estes não sejam mais um mecanismo de utilização *top down* pela Corte IDH. Entretanto, reconhece-se a dificuldade em fazê-lo, uma vez que o cunho institucional destas comunicações acaba acarretando a prevalência de uma voz sobre outra: normalmente, da corte internacional. Como inserir nestes debates os cidadãos da comunidade internacional “*en nombre de quien*” se decide é desafio ainda sem resposta. Provisoriamente, a consideração da jurisprudência doméstica nas fundamentações das decisões da Corte IDH se coloca como possível resposta à atenuação das disputas de

105 GARGARELLA, Roberto. *La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana*.

autoridade.

A conflituosidade que caracteriza as relações entre os tribunais internacionais e as cortes domésticas não é necessariamente negativa. Os embates podem produzir o aperfeiçoamento das relações institucionais e da proteção dos direitos humanos. Resta saber se a última palavra permanecerá sendo o objeto principal de disputa ou se se concederá aos Estados mais espaço para deliberação – desde que democraticamente guiada – sobre as sentenças da Corte IDH.

## REFERÊNCIAS

AYALA, Carlos. The judicial dialogue between international and national courts in the Inter-American human rights system. In: SCHEININ, Martin; KRUNKE, Helle; Aksenova, Marina. **Judges as Guardians of Constitutionalism and Human Rights**. Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016, p. 306-328.

AMAYA, Jorge Alejandro. El diálogo interjurisdiccional entre tribunales extranjeros e internos como nueva construcción de las decisiones judiciales. **Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas**. v. 12, n. 14, 2014, p. 63-81.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y Otros s/ daños y perjuicios**. Fallos 340:47.

\_\_\_\_\_. **Menem Carlos Saúl c/ Editorial Perfil y Otros**. Procuración General de la Nación Disponible em: <<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoById.html?idDocumento=7357161&ca->

[che=1503661678510>](#). Acesso em 25 ago. 2017.

BAZÁN, Victor. **Hacia un diálogo crítico entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las cortes supremas o tribunales constitucionales latinoamericanos**. In: Eduardo Ferrer Mac-Gregor; Alfonso Herrera Garcia (Coord). *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos: entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 569-598.

BOGDANDY, Armin von; VENZKE, Ingo. **¿En nombre de quién?** Una teoría de derecho público sobre la actividad judicial internacional. Colômbia: Universidad Externando de Colombia, 2016.

BRASIL. Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm)>. Acesso em: 31 ago. 2017.

CAROZZA, Paolo G.; GONZÁLEZ, Pablo. A final Word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A reply to Jorge Contesse. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, 2017, p. 436-442.

CONTESSÉ, Jorge. **La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. In: Marisa Iglesias y otros. *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Librería, 2014, p. 106-124.

\_\_\_\_\_. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights.

**International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, 2017, p. 414-435.

\_\_\_\_\_. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights: A rejoinder to Paolo Carozza and Pablo González Domínguez. **International Journal of Constitutional Law**. v. 15, n. 2, 2017, p. 443-446. Corte IDH. **Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) v. Costa Rica. Sentença, 28/11/2012. Série C, nº 257.**

\_\_\_\_\_. **Caso Atala Riffo y niñas v. Chile. Sentença, 24/02/2012. Série C, nº 239.**

\_\_\_\_\_. Corte IDH. **Caso Bulacio v. Argentina. Sentença, 18/09/2003, Série C, nº 100.**

\_\_\_\_\_. **Caso Fontevecchia y D’Amico v. Argentina. Sentença, 29/11/2011. Série C, nº 238.**

\_\_\_\_\_. **Caso Fontevecchia y D’Amico v. Argentina. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 1 de setembro de 2015.**

\_\_\_\_\_. **Caso Fontevecchia y D’Amico v. Argentina. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 22 de novembro de 2016.**

\_\_\_\_\_. **Caso Fontevecchia y D’Amico v. Argentina. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução de 18 de outubro de 2017.**

\_\_\_\_\_. **Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Supervisão de Cumprimento de Sentença.**

**Resolução** de 12 de setembro de 2005.

\_\_\_\_\_. **Caso Kimel v. Argentina. Sentença, 02/05/2008. Série C, n.º 177.**

\_\_\_\_\_. **Caso Kimel v. Argentina. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução 18 de maio de 2010.**

\_\_\_\_\_. **Caso Radilla Pacheco v. México. Sentença, 23/11/2009. Série C, n.º 209.**

\_\_\_\_\_. **Caso Tristán Donoso v. Panamá. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução** de 1 de setembro de 2010.

GARGARELLA, Roberto. **La Suprema Corte y los alcances de las decisiones de la Corte Interamericana.** Seminario de Teoría Constitucional y Filosofía Política. Disponível em: <http://seminariogargarella.blogspot.com.br/search?updated-max=2017-04-21T09:47:00-03:00&max-results=25&reverse-paginate=true>. Acesso em: 19 jun. 2017.

GONZÁLEZ-SALZBERG, Damián A. La Implementación de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Argentina: un análisis de los vaivenes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Sur – Revista Internacional de Derechos Humanos.** v. 8, n. 15, dez. 2011, p. 117-135.

HARO, Ricardo. **La doctrina judicial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina relativa a su vinculación jurisdiccional con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** In: Arnaud Martin (Dir.).

Justicia constitucional, derechos humanos y democracia en América Latina. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 393-435.

KRSTICEVIC, Viviana; TOJO, Liliana. **Implementación de las decisiones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos: jurisprudencia, normativa y experiencias nacionales.** Buenos Aires: Center for Justice and International Law – CEJIL, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Henning. **Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais?** *Revista de Investigações Constitucionais.* v. 1, n. 3, set./dez. 2014, p. 123-140.

LOIANNO, Adelina. Evolución de la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones. **Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional.** n. 8, p. 389-413.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. What Do We Mean When We Talk About Judicial Dialogue?: Reflections of A Judge Of The Inter-American Court of Human Rights. **Harvard Human Rights Journal.** v. 30, 2017, p. 89-127.

PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Derechos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdiccionales e os desafios da reforma. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD).** v. 6, n. 2, julho-setembro 2014, p. 142-154.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma perspectiva na relação entre o direito internacional e o direito constitucional. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 106-107, 2011-2012, p. 497-524.

SANTOS, Gustavo Ferreira; TEIXEIRA, João Paulo Allain; ARAÚJO, Marcelo Labanca Corrêa. Diálogo entre tribunais e proteção de direitos humanos: dificuldades e perspectivas. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. ano 16, v. 66. Belo Horizonte: Editora Fórum, outubro/dezembro 2016, p. 267-282.