

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO  
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO**

**NATÁLIA FELIZARDO BARBOSA**

**MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: A ANISTIA ENTRE O “LOCALISMO”  
BRASILEIRO E O “GLOBALISMO” INTERAMERICANO**

Recife  
2018

NATÁLIA FELIZARDO BARBOSA

**MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: A ANISTIA ENTRE O “LOCALISMO”  
BRASILEIRO E O “GLOBALISMO” INTERAMERICANO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Processo e Cidadania.

Linha de Pesquisa: Jurisdição e Direitos Humanos.

Orientador: Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Co-orientadora: Dra. Flávia Danielle Santiago Lima

Recife  
2018

NATÁLIA FELIZARDO BARBOSA

**MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: A ANISTIA ENTRE O  
"LOCALISMO" BRASILEIRO E O "GLOBALISMO" INTERAMERICANO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de Concentração: Direito, Processo e Cidadania

Linha de Pesquisa: Jurisdição e Direitos Humanos

A banca examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência da primeira, submeteu a candidata à defesa, em nível de mestrado, e julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo (Presidente)

Julgamento: Aprovado

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Gustavo Ferreira Santos (1º Examinador Interno/UNICAP)

Julgamento: Aprovado

Assinatura: \_\_\_\_\_

Profa. Dra. Rosa Maria Freitas do Nascimento (2ª Examinadora Interna/UNICAP)

Julgamento: APPROVADA

Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. Leonardo Pasquali (Examinador Externo/Università di Pisa - UNIPI)

Julgamento: Aprovado

Assinatura: \_\_\_\_\_

Recife, 28 de agosto de 2018.

Coordenador: Prof. Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo

Ao Pai Santíssimo por me dizer todos os dias que me basta a Sua Graça.

## **AGRADECIMENTOS**

Há um espaço especial neste processo de mais de 2 anos para estes agradecimentos que, apesar disto, jamais será suficiente. Antes de tudo e de todos, meu primeiro e maior agradecimento – assim como a minha dedicatória – é ao meu Todo Poderoso Deus! Nada seria possível, nada teria valido a pena e nada teria me feito chegar até este momento de agradecer se não fosse a confiança Nele, que desde os momentos em que, sozinha atrás dos livros e anotações enquanto eu só parava de estudar para rezar, me encheu de força e determinação para realizar esse sonho já de muitos anos. Graças a Vós, meu Deus, estou aqui.

Agradeço aos meus amados pais, Gerônimo e Patrícia, por todo cuidado, compreensão, apoio e ensinamentos. Por terem tido a força de me fazer “chegar mais longe” de me presentear com “o que não tiveram”, de tirar de si para realizar os meus pequenos e grandes sonhos, por terem sido amparo, exemplo e pulso, por jamais terem me dito que era impossível e por compreenderem os inúmeros momentos de ausência, de silêncio e de introspecção que permearam todo este processo até agora. Ao meu irmão Geroncinho pela parceria e apoio. À Verinha, meu pedacinho de gente, titia finalmente vai trabalhar um pouco menos agora. Eu vejo o suor nos seus rostos, as lágrimas nos seus olhos e espero junto disto, ver o orgulho e a alegria de saber que tudo, como vocês sempre disseram, deu certo! Amo-os, amo-os e amo-os sem medida, sem querer medir.

Agradeço ao meu noivo – quase esposo à esta altura – Rodrigo. Eu não aceitaria nem um dia a menos do que o resto das nossas vidas para fazer você saber o quanto você foi e é indispensável em toda esta jornada e em todas as outras que vieram e que virão. Mesmo antes de pensarmos em ser namorados, você foi a primeira pessoa que me indicou o Mestrado, ainda em 2011, olhou nos meus olhos e disse: – faça, você consegue! Você vem repetindo isto todos os dias desde então, em todos os meus momentos de angústia e dúvida. Obrigada por ter me acompanhado em tudo, desde o sonho, as provas, o resultado, a jornada e a conclusão desta fase. Logo iniciaremos uma nova jornada juntos. Sempre! Amo você, sem fim, sempre amarei!

Agradeço ao meu orientador Marcelo Labanca, por ter me oportunizado crescer e aprender, por ter acreditado em mim quando nem me conhecia, por ter me confiado a missão não somente de ser sua orientanda mas sua estagiária docente, pelos ensinamentos e por me permitir fazer o que mais amo fazer que é estar dentro da sala de aula, compartilhando o que tenho e recebendo o que não tenho. A doce missão de comunicar, facilitar, a doce troca do saber. Meu muito obrigada!

Agradeço com muito carinho também à Professora Flávia Santiago Lima, por ter aceitado a missão de me co-orientar, por ter me oportunizado também ser sua estagiária docente, pelas conversas regadas a café e suspiro, pelo apoio e doçura com que me dizia para ir em frente apesar de tudo. Não esquecerei do seu carinho. Assim, agradeço a todos os Professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unicap, guardarei ensinamentos de todos, sobre muito.

Agradeço à minha antes colega de quarto enquanto estive morando em Recife e agora amiga pra vida, Ingrid. Deus foi sábio e nos colocou no mesmo lugar, na hora certa, para que pudéssemos nos apoiar, rezar, rir de bobagem e desespero, chorar de rir e de agonia. Não dividimos apenas o quarto 04 e a tapioca, mas a experiência de nos transformar. Carregarei você comigo. Agradeço à Dani Ellen Johnnes e Milena Del Bairro, pelas conversas sinceras, pelo riso solto, pelo bacon na rua do lazer, pelos churros com todos os recheios no bloco B, pelas conversas no banquinho, por me fazerem sentir que é possível sim ver além dos livros, além das cartilhas e além das cortinas da vida acadêmica.

Agradeço à Nélia, Thaís e Lívia, por me acolherem sempre com tanto carinho em seu lar, especialmente à Nélia, por ter me apoiado e cuidado mesmo antes de chegar à Recife para cumprir esta missão.

À minha Tia Fabiana, Flavinho e Miguel, que me deram um lar logo no início desta caminhada. Deus os recompensará! Também a Marcelinho e Aninha, por me acolherem sempre que precisei sem pestanejar e por todo apoio.

Aos colaboradores da UNICAP, que sempre me receberam com tanto carinho, minhas amigas do elevador, Bianca na portaria, D. Selma dos serviços gerais e todos os demais que seria impossível nominar agora: Obrigada! Existe ainda gente muito boa nesse mundo! Sabendo que, agradecer aqui a todos que fizeram parte dessa caminhada levaria ainda muitos parágrafos, peço indistintamente o meu Muito Obrigada, que Deus os abençoe sempre!

*A gente vai contra a corrente  
Até não poder resistir  
Na volta do barco é que sente  
O quanto deixou de cumprir  
Faz tempo que a gente cultiva  
A mais linda roseira que há  
Mas eis que chega a roda-viva  
E carrega a roseira pra lá*

*Roda mundo, roda-gigante  
Rodamoinho, roda pião  
O tempo rodou num instante  
Nas voltas do meu coração*

**Roda Viva, Chico Buarque**

## RESUMO

A presente dissertação traça, através da análise jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, em matéria de anistia, indícios da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (fundada pela Corte Europeia de Direitos Humanos), utilizando-se da discussão acerca da globalização dos direitos humanos e do contraponto entre “localismos” e globalismos” – conformadores da sociedade moderna multicêntrica – como pano de fundo. Na construção da pesquisa são estabelecidos os critérios base autorizativos do exercício da margem de apreciação, definindo os princípios que o fundam e dirigem, com especial foco no princípio da subsidiariedade enquanto contralimite ao arbítrio do direito internacional frente ao direito interno dos estados, tendo como parâmetro de definição a experiência do ente supraestatal europeu. Para tanto, procede-se, segundo o método hipotético-dedutivo, a apreciação acerca da compatibilização da jurisprudência das Cortes estudadas em níveis de tutela diversos (diálogo x consenso), para averiguar a obediência da Corte doméstica aos limites da sua margem de deliberação quanto à aplicação do direito internacional e a capacidade de manutenção do processo decisório em sede de direitos humanos no nível mais próximo do cidadão, bem como o estabelecimento e a oferta do maior e mais eficaz nível de proteção destes direitos, desta feita, no Sistema Regional Interamericano.

Palavras-Chave: Margem de Apreciação Nacional. Globalismos e Localismos. Princípio da Subsidiariedade. Anistia. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal. Diálogo Entre Cortes.

## **ABSTRACT**

This dissertation traces, through the jurisprudential analysis of the Inter-American Court of Human Rights and the Brazilian Federal Supreme Court, on amnesty matters, indications of the National Appreciation Margin Theory (founded by the European Court of Human Rights), using the discussion about the globalization of human rights and the counterpoint between "localisms" and "globalisms" - conformers of multicentric modern society - as a backdrop. In the construction of the research, the authoritative base criteria for the exercise of the margin of appreciation are established, defining the principles that establish and direct it, with special focus on the principle of subsidiarity as a counter-balance to the discretion of international law in front of the domestic law of the states, having as a parameter of definition the experience of the European supra-state entity. In order to do so, the hypothetical-deductive method is based on the assessment of the compatibility of the jurisprudence of the Courts studied at different levels of protection (dialogue and consensus) to ascertain the obedience of the domestic Court to the limits of its margin of deliberation regarding the application of international law and the capacity to maintain the human rights decision-making process at the closest level to the citizen as well as the establishment and provision of the largest and more effective protection of these rights in the Inter-American Regional System.

Key words: National Margin of Appreciation. Globalisms and Localisms. Principle of Subsidiarity. Amnesty. Inter-American Court of Human Rights. Federal Court of Justice. Dialogue Between Courts.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO: FERRAMENTA PADRONIZANTE OU VÍNCULO DE INTERDEPENDÊNCIA?</b> .....	<b>16</b>
1.1 A TENTATIVA DA UNIVERSALIZAÇÃO PELA GLOBALIZAÇÃO: CORRESPONDÊNCIA OU CONSTITUIÇÃO RETÓRICA? .....	18
1.2 LOCALISMOS: FRONTEIRAS OU ENGRENAGENS PARA UMA POLÍTICA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS? .....	20
<b>2 SUPRAESTATALIDADE E A MARGEM DE APRECIÇÃO: FUNDAMENTOS A PARTIR DO APROVEITAMENTO DA EXPERIÊNCIA EUROPEIA</b> .....	<b>25</b>
2.1 O PRINCÍPIO DA ATRIBUIÇÃO E A DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA UNIÃO EUROPEIA .....	36
2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A RESERVA DO NECESSÁRIO .....	41
2.3 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A “GARANTIA” DA TOMADA DE DECISÕES NO NÍVEL “MAIS PRÓXIMO POSSÍVEL” DO CIDADÃO .....	43
2.4 SUBSIDIARIEDADE E RESPEITO AOS LOCALISMOS: O TERRENO PARA A MARGEM DE APRECIÇÃO .....	50
<b>3 TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO E CONTRALIMITES: DIÁLOGO X CONSENSO</b> .....	<b>54</b>
3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A PREVISÃO DE “CONTRALIMITES” ÀS OBRIGAÇÕES NELE PACTUADAS .....	55
3.2 MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: A LIBERALIDADE DO ESTADO, PELO ESTADO E PARA O ESTADO? .....	58
3.3 O CASO <i>TARICCO</i> : LIMITES À LIBERALIDADE E O MELHOR NÍVEL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS .....	61
<b>4 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO, DIÁLOGOS E MONÓLOGOS</b> .....	<b>74</b>

4.1 A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS: EMBRIÃO DO NOSSO SISTEMA REGIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS .....	75
4.2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: FUNDAMENTOS E COMPETÊNCIAS .....	79
<b>4.2.1 A Convenção Interamericana de Direitos Humanos: Enumeração x Efetivação de Direitos .....</b>	<b>81</b>
4.3 A COMISSÃO E A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA: JUSTIFICATIVAS À ADMISSÃO DA PETIÇÃO DO CASO GOMES LUND .....	84
4.4 MÉRITO DO CASO GOMES LUND NA COMISSÃO INTERAMERICANA: ENTRE RECOMENDAÇÕES E OBSTÁCULOS À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL .....	94
4.5 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA FRENTE ÀS LEIS DE ANISTIA NACIONAIS: A CONSOLIDAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ESTATAL.....	97
4.6 A ADPF 153 FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DA CIDH: INDÍCIOS DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL NO INCONCLUSO CAPÍTULO DA ANISTIA BRASILEIRA .....	106
4.7 MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: A ANISTIA ENTRE O “LOCALISMO” BRASILEIRO E O “GLOBALISMO” INTERAMERICANO .....	116
<b>5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>122</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>127</b>

## INTRODUÇÃO

A sociedade moderna multicêntrica, dotada de caracteres que a diferenciam substancialmente dos moldes sob os quais foi fundada, vive uma época de interpenetração de fronteiras cada vez mais intensa. Os paradigmas clássicos de território, soberania, tempo e espaço já não são capazes de alcançar a complexidade atingida por estas interligações, do mesmo modo que já não sustentam em si, os mesmos pontos de separação que costumava caracterizá-los.

Fatores que antes eram critérios de discordância entre países e mesmo continentes, são hoje propulsores de uma política de cooperação que visa traçar pontos de convergência através do que antes eram barreiras de diversas naturezas, no sentido de permitir que, os interesses destes entes sejam alçados a um patamar globalizante e a partir disto fortifique-se uma rede de conexões transcendental, tão complexa quanto a realidade multifacetada que a sustenta.

Neste sentido, tendo em vista que é impossível hodiernamente a regulação de uma sociedade sem que se compatibilizem os direitos que a subjazem, estes se multiplicam e ampliam na mesma velocidade que as interrelações que regulam e, nesta mesma teia, interpenetram-se para dar corpo e sustentação aos seus sistemas de tutela, que por sua vez em razão desta propugnada hipercomplexidade, se densificam em diversos níveis.

Essas camadas de tutela embora promovam uma proteção cada vez mais eficaz destes direitos, coexistem, porém nem sempre esta coexistência é possível sem eventuais ranhuras em suas relações. Isto ocorre sensivelmente pelo fato de que, conquanto deseje-se alçar em sede de direitos um patamar cada vez mais globalizante, não se pode olvidar que distribuídos nestes níveis de tutela e em suas camadas, há particularismos que nem sempre se compatibilizam sem choques com o nível global.

Choques ainda maiores ocorrem quando estes particularismos/localismos referem-se a questões que, por sua natureza, são especialmente sensíveis e nevrálgicas, o que faz com que o atrito com o sistema do qual fazem parte tenha reflexos que nem sempre compatibilizam-se com todos os níveis de tutela dentro dos quais aqueles se situam.

Para que estes choques sejam menos evidentes e para garantir uma maior probabilidade de compatibilização de direitos dentro dos mais diversos níveis de tutela, são implementados alguns mecanismos de controle e balanceamento que funcionam como contralimites ao arbítrio de uma ordem jurídica sobre a outra. É o caso da Margem de Apreciação Nacional.

Este trabalho se propõe a delinear se e como esta relação entre “globalismo” e “localismos” produz dentro dos diversos níveis de tutela, terreno para o exercício da Margem de Apreciação Nacional, tomando como parâmetro a Lei de Anistia Brasileira (localismo), frente à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (globalismo).

A partir deste objetivo, pretende-se responder os seguintes questionamentos:

- a) De que se tratam os “globalismos” e “localismos” dentro do processo de múltiplos níveis de tutela de direitos e como estes se correlacionam?
- b) Como nasceu, o que é e quais são os pilares e requisitos para o exercício da Margem de Apreciação Nacional?
- c) Há indícios de existência da Teoria da Margem de Apreciação no nosso sistema regional de proteção de direitos?
- d) O Supremo Tribunal Federal Brasileiro, ao reafirmar a validade da nossa Lei de Anistia, decidiu utilizando-se da Margem de Apreciação Nacional frente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos?

A hipótese geral deste trabalho é a de que o Supremo Tribunal Federal, no exercício do julgamento da ADPF 153, que julgou a validade da Lei de Anistia Brasileira, suplantou os limites de liberalidade dos quais dispunha, em tese, declarando válida uma lei que promove disposições flagrantemente contrárias à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Para subsidiar esta pesquisa, percorreremos um caminho que inicia, no Capítulo 1, pela constituição dos sentidos de “global” e “local” conforme necessários ao estabelecimento das ligações fomentadas pelo fenômeno da globalização e pela complexidade das relações que se desenvolvem dirigidas à buscar e estabelecer

pontos de convergência de ligar os níveis de tutela e alçar um patamar global de proteção dos direitos humanos.

Em seguida, no Capítulo 2, buscaremos a partir dos fundamentos da experiência europeia, onde nasceu a teoria da margem de apreciação e onde ela encontra ainda hoje mais solidez, traçar os princípios e bases a partir das quais esta teoria se funda, para verificar se estes também encontram-se presentes em nosso sistema regional de proteção e caso encontrem-se, se a maneira como se exteriorizam é capaz de oferecer terreno fértil ao desenvolvimento desta teoria.

Ato contínuo, já no Capítulo 3, trataremos de delimitar com mais especificidade e contundência a Teoria da Margem de Apreciação propriamente dita, passando pela ideia de contralimites estabelecida supra como mecanismo de defesa do Estado Parte frente ao Direito Internacional e citando como exemplo um dos casos mais emblemáticos em que se desenvolveu esta teoria a partir da experiência europeia: o caso *Taricco*, traçando a partir de aspectos nele contidos, a ideia do melhor nível de proteção de direitos.

No último capítulo, nos dirigiremos ao objeto central desta pesquisa, delineando com direcionamento específico à Teoria da Margem de Apreciação Nacional e ao fato de esta teoria permitir, no caso brasileiro, a construção de diálogos entre as Cortes Interamericana e Brasileira, ou monólogos por parte da Corte doméstica. Seguiremos por compreender, a partir do que traz a Convenção Interamericana de Direitos Humanos se esta se dirige à enumerar ou efetivar direitos e após isto, trataremos da justificativa para a admissão do caso *Gomes Lund* (Guerrilha do Araguaia) vs Brasil, pela Comissão Interamericana e como esta se pronunciou no mérito do caso sobre os aspectos penais da Lei de Anistia Brasileira.

Afunilando ainda mais o objeto desta pesquisa, iremos adiante ilustrar a posição da Corte Interamericana de Direitos Humanos frente às leis de anistia nacionais a partir dos casos por ela julgados em situações análogas à brasileira, verificando como se sedimenta a jurisprudência da Corte e os seus reflexos para o caso brasileiro.

Sob o lume da jurisprudência da Corte Interamericana em matéria de anistia, analisaremos a decisão da ADPF 153, verificando voto a voto dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, “se”, “quando” e “como” estes fizeram menção à jurisprudência da Corte e quais os reflexos desta para o processo argumentativo e

decisório desta Arguição de Preceito Fundamental, na tentativa de verificar indícios do exercício da Margem de Apreciação Nacional nesta decisão.

*In fine*, buscaremos estabelecer a partir de toda a ideia até então construída sobre preservação dos localismos frente ao globalismo em matéria de direitos humanos, se de fato há a materialização da Margem de Apreciação Nacional na decisão do Supremo Tribunal Federal Brasileiro frente a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e os reflexos deste “diálogo” para o Sistema Regional e os seus multiníveis de tutela em matéria de anistia.

É importante salientar que, ao analisar a Arguição de Preceito Fundamental 153, a sentença do caso *Gomes Lund* e a Teoria da Margem de Apreciação Nacional, não adentraremos no mérito da Lei de Anistia Nacional, muito embora eventualmente possamos fazê-lo de maneira tangencial e ilustrativa, isto por que, importa-nos para os fins desta pesquisa, verificar se há o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana sob a ótica da Margem de Apreciação Nacional, analisando critérios que, não necessariamente nos farão adentrar no mérito dos motivos que desencadearam a Lei de Anistia, os crimes por ela alcançados, o regime que a originou, e as celeumas morais, humanas, sociais e jurídicas dela decorrentes. Fazemos isto por didatismo e para garantir que não ultrapassemos o recorte epistemológico pelo qual optamos.

O marco teórico que utilizaremos está mais concentrado na construção dos capítulos iniciais, capitaneado pela concepção multicultural de direitos de Boaventura de Sousa Santos dentre outros notáveis doutrinadores e pesquisadores que, julgo não ser aqui nas notas introdutórias o melhor lugar para citar.

Convém informar, também, que não há grande produção literária e científica ainda sobre o tema, especialmente em língua portuguesa, razão pela qual no curso da leitura há diversas citações em outros idiomas, citações estas que, quando optei por manter no idioma original para não corromper o seu sentido mais profundo, coloquei a tradução em nota de rodapé, tomando cuidado para manter a maior proximidade possível do sentido do texto em idioma original.

Outra opção feita, para preservar a natureza da pesquisa, foi a da utilização de artigos de tratados internacionais utilizados na pesquisa, trechos das jurisprudências das Cortes Internacionais e Nacionais também necessários para

ilustrar o objeto e recortes retirados dos próprios sítios das Cortes sobre algumas definições específicas de matéria que será aqui abordada.

A metodologia a ser utilizada será inicialmente a revisão bibliográfica, através da qual estabeleceremos os conceitos e aspectos fundamentais do presente estudo, especialmente no que tange a maior necessidade de densidade teórica. Nos debruçaremos também na análise de tratados internacionais importantes para o desenvolvimento deste estudo, bem como na análise de jurisprudência, nacional e internacional, ilustrativas do nosso objeto, lançando mão do método hipotético-dedutivo para, a partir da verificação da hipótese principal, imprimir a validade das suposições supra aventadas sobre a postura do Supremo Tribunal Federal Brasileiro frente à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Certa de que a presente pesquisa é um “localismo” frente ao “globalismo” acadêmico, arrisco dizer que, há ainda muitos aspectos dela decorrentes que devem ser explorados oportunamente, notadamente no que diz respeito à Teoria da Margem de Apreciação Nacional no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pelo que, dou início agora, à primeira ponta deste estudo.

## 1 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO: FERRAMENTA PADRONIZANTE OU VÍNCULO DE INTERDEPENDÊNCIA?

A globalização, em primeira análise, é um fenômeno de interdependência. Embora estejamos direcionados a considerar que ela tende a mitigar considerável e determinantemente conceitos tais como: território/fronteiras/linguagem/poder, não se pode almejar que estes sejam definitivamente abolidos. O mesmo ocorre quando se trata da soberania.

Na tentativa de enxergar a coexistência entre interdependência e soberania sem os influxos causados pela globalização, poder-se-ia desde logo descartar esta possibilidade. Entretanto, cada influência recebida a partir deste intercâmbio universal, permeia as barreiras outrora impostas, criando pontes de convergência num processo dialético de alongamento destas mesmas influências em uma intrincada rede de conexões sociais, econômicas, culturais e etc. capazes até mesmo de, embora seguindo um direcionamento uniforme, apresentar tendências mutuamente opostas<sup>1</sup> (Giddens, 1991, p.60).

Sabendo-se que, o conceito de soberania mais propício ao desenvolvimento das relações multicêntricas advém das ligações e conexões citadas supra e que estas definitivamente guardam ligação com os fenômenos globalizantes, a “modernidade inerentemente globalizante” (Giddens, *idem, ibidem*) é a principal responsável pelos arranjos e rearranjos que desencadeiam a ruptura de fronteiras (territoriais e de espaço e tempo) como estas eram costumeiramente concebidas.

Ao falar de globalização, Boaventura de Sousa Santos (1997, p.14) aduz que:

A globalização é muito difícil de se definir. Muitas definições centram-se na economia, ou seja, na nova economia mundial que emergiu nas últimas duas décadas como consequência da intensificação vertiginosa da transnacionalização da produção de bens e serviços e dos mercados financeiros [...]

---

<sup>1</sup> Anthony Giddens defende em sua obra *As consequências da modernidade*, que a modernidade emplaca uma teia de influências capazes de alterar realidades em determinados lugares, por terem sido reflexamente atingidas pela mudança de outro(s). Aduz ainda que a transformação local é tanto efeito da globalização quanto de conexões sociais através do tempo e espaço.

Ocorre que, em se tratando especialmente da internacionalização, universalização e extensão de direitos, a globalização vai muito além de uma mera conformação de vontades voltada, por exemplo, ao rompimento de fronteiras direcionadas ao desenvolvimento do mercado, à economia e à livre circulação de mercadorias.

Corroborando e demonstrando a importância desse entrelaçamento, Marcelo Neves em sua obra *Transconstitucionalismo*, assevera o seguinte:

A sociedade moderna multicêntrica, formada de uma pluralidade de esferas de comunicação com pretensão de autonomia e conflitantes entre si, estaria condenada à própria autodestruição, caso não desenvolvesse mecanismos que possibilitassem vínculos construtivos de aprendizado e influência recíproca entre as diversas esferas sociais. Mas não são suficientes meios que possibilitem relações pontuais e momentâneas no plano das operações do sistema, os chamados 'acoplamentos operativos'. É imprescindível que haja vínculos estruturais que possibilitem as interinfluências entre diversos âmbitos autônomos de comunicação.<sup>2</sup>

Ocorre que, embora primordialmente não tenha havido – em sede de cooperação internacional - a intenção de manejar um discurso supraordenado e impositivo, pois que a manutenção dos particularismos de cada ente envolvido era sobejamente importante, fatalmente a tentativa de coordenar o equilíbrio e promover a igualdade, pôs em discussão o perigo da imposição da homogeneidade entre os “contratantes” dos tratados internacionais, pois na dicção de Neves:

A imposição de um dos campos de linguagem aos outros importaria a própria destruição da heterogeneidade das esferas discursivas e dos respectivos sistemas de comunicação [...].<sup>3</sup>

Inevitavelmente, entretanto, o que se vislumbra hoje é uma realidade substancialmente diferente, haja vista que em razão das consequências da globalização e das tendências mais recentes de proteção de direitos humanos, a ordem jurídica externa ganha contornos cada dia mais tendentes à homogeneização, que concorre para uma padronização de modelos de vida, consumo, cultura, expectativas e significados e mais além: do direito!

Constata-se esta afirmação com certa facilidade, por exemplo, quando da observância das tarefas do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE),

---

<sup>2</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 34-35.

<sup>3</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 38.

responsável, dentre outras atribuições, essencialmente pela interpretação das normas do direito comunitário supraestatal, garantindo que estas tenham, ou devam ter, exatamente a mesma aplicação, ou seja, sua execução seja padronizada em todos os países membros da União Europeia, sob pena inclusive de ações por incumprimento com a consequente aplicação de sanções ao Estado Membro “desobediente”, ou seja, sem deixar presente “margem de apreciação nacional”.

Nisto, opera-se o questionamento acerca de como se pode manejar a coexistência e o diálogo de ordens jurídicas e culturais distintas em níveis diversos, ou seja, de que modo(s) operar a integração exitosa de particularismos que não tenham – dado o caráter hegemônico e homogêneo do padrão dominante – força para alcançar um patamar globalizante, inobstante tragam em seu bojo anseios e perspectivas que dentro do âmbito local, são idôneas e buscam por isto autoafirmação e reconhecimento.

Para melhor compreensão passaremos a enfrentar a partir de agora, ainda que de maneira perfunctória, por razões didáticas, como e em razão de que costumam ser estabelecidos os padrões globalizantes, e ainda a relação consequencial com a tentativa de universalização de direitos, que faz com que sejam preteridos muitos (não raro todos) dos aspectos locais, direta ou indiretamente.

## 1.1 A TENTATIVA DA UNIVERSALIZAÇÃO PELA GLOBALIZAÇÃO: CORRESPONDÊNCIA OU CONSTITUIÇÃO RETÓRICA?

Como afirmamos acima, a globalização não é um fenômeno de conformação única, ou seja, não se estabelece de uma só forma e a partir de um único critério. Convém rememorar que, muito embora em seus primeiros delineamentos tenha este fenômeno advindo em razão de necessidades de mercado e econômicas, hoje esta perspectiva já está, há muito, superada posto que a hipercomplexidade das sociedades modernas, vincula à globalização necessidades e aspectos outros que transcendem interesses meramente mercadológicos.

Isto não quer dizer que os interesses econômicos não continuem por ser ainda a força motriz da globalização, pelo que os demais aspectos orbitam ao redor deles, assim como amoldam-se às guias por eles traçadas.

Não por acaso os padrões globalizados são determinados e vinculados à cultura hegemônica das grandes potências financeiras, restando às minorias mais pobres, aos países em desenvolvimento e às chamadas “contraculturas” a etiqueta do “particularismo” visto pela cultura dominante que se impõe de cima para baixo, como mera oposição – cada vez mais enfraquecida – aos seus valores máximos e universais.

Esta oposição, diga-se, é também muitas vezes vista pela cultura hegemônica como algo a ser combatido, algo nocivo, que se choca com a proposta de uniformização de direitos enquanto “guião emancipatório”<sup>4</sup>.

É justo na utilização do discurso dos direitos humanos enquanto guião emancipatório que se pode vislumbrar que em diversos momentos históricos, a retórica dos direitos humanos foi o agente catalizador das maiores violações destes já vistas pelo mundo como o conhecemos.

O discurso de uniformização e a tentativa de dar a conhecer potenciais violações travestidas de pretensos direitos, é um indício latente do crescimento do alcance da mão do Estado ou dos entes supraestatais dos quais fazem parte, que, em função da sua desejada e exigida subsidiariedade, se exteriorizam minimalistas mas que, em suas ações enquanto garantidores, reduzem a relação com os cidadãos a um contundente império regulatório, pressuposto pelo binômio dos “direitos x deveres”, que devido às tensões geradas em consequência da falta de diálogo entre os diversos localismos, pode vir a violar direitos enquanto aduz, ideológica/retoricamente, protegê-los.

É contundente a percepção de que a globalização se revela pela constante tentativa de romper fronteiras, de transcender o espaço e o tempo e de capitalizar as diferenças em nome da igualdade. Entretanto, é inolvidável a consciência de que estas mesmas diferenças são, ensimesmadas, fronteiras, como sobredito, particularismos.

Desejar romper estas “fronteiras” é, *prima facie*, tentador, pois induz à idílica visão de que é possível com isto fornecer a fórmula da igualdade, quando,

---

<sup>4</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. N° 48. Coimbra: 1997, p. 18

numa análise mais cuidadosa, percebe-se que romper com os “particularismos” é, perigosamente, mais uma potencial forma de violar aspectos elementares de direitos que se assentam em raízes culturais, sociais, econômicas e fundamentais peculiares.

Embora seja desejável - e hoje inclusive inarredável – o estabelecimento e reconhecimento de uma política mundial de direitos humanos, continua a pairar a desconfiança de que, os mecanismos que pretendem conduzir a esta meta, sepultem seletivamente os incontáveis conjuntos de relações sociais que não se “adequam” ao globalismo ou a sobredita “globalização”.

Nisto, observa-se o que podemos chamar de uma “incoerência propositadamente dirigida” ou em uma ambivalência opositiva, da globalização, quando “ao mesmo tempo em que as relações sociais se tornam lateralmente esticadas e como parte do mesmo processo, vemos o fortalecimento de pressões para autonomia local e identidade cultural regional.” (Giddens, 1991, p.61)

Para deslindar de maneira mais objetiva como se dá ou idealmente deveria se dar esta relação entre globalismos e localismos, passemos a traçar umas breves linhas sobre os localismos, a partir de onde poder-se-á melhor analisar possíveis pontos de convergência que os aglutinam e de que modo ganha importância e arrimo a teoria da “margem de apreciação nacional” a partir disto.

## 1.2. LOCALISMOS: FRONTEIRAS OU ENGRENAGENS PARA UMA POLÍTICA GLOBAL DE DIREITOS HUMANOS?

No tópico supra, pudemos observar como ainda é dificultoso definir globalização e conseqüentemente ter claro o que vem a ser algo global. Não menos árdua é a tarefa de definir o que é “localismo”, ou seja, em que consiste definir algo como “local”.

Pois bem, de maneira perfunctória, poder-se-ia dizer que, é local, aquilo que não está ou não consegue alcançar um patamar globalizante. Afirmar isto não estaria errado, entretanto, seria prejudicialmente rasa tal concepção, pois que, o termo localismo compreende liames outros que justificam sua compreensão enquanto algo que ultrapassa a mera noção de circunscrição espacial.

Mike Featherstone, em seu texto *Localismo, globalismo e identidad cultural* (1995), acertadamente leciona que:

Dentro de la tradición sociológica, el término “local” y sus derivaciones de “localidad” y “localismo” han sido generalmente asociados con la noción de un espacio particular, delimitado, un ámbito con un juego de relaciones sociales muy estrechas estructuradas en torno de fuertes lazos de parentesco y duración de la residencia. Por lo general, se presume la existencia de una identidad cultural estable, homogénea e integrada, que resulta no sólo única sino extremadamente duradera. En este sentido, se solía asumir que los miembros de una localidad formaban una comunidad distintiva, una comunidad con su correspondiente cultura única; algo que transforma la localización de sus interacciones cotidianas de un espacio físico en un “lugar” significativo.<sup>5</sup>

Tal perspectiva poderia induzir a uma ideia de isolamento das contraculturas, pois que, em rasa análise, elas seriam um “lugar” próprio, como que incomunicável, não integrativo por que restrito às suas interações cotidianas dentro de si mesmas.

Entretanto, o entendimento é diametralmente oposto. Ao passo que, a própria globalização pressupõe a localização. Rememorando Boaventura de Sousa Santos, pode-se ver que, “a globalização é o processo pelo qual determinada condição ou entidade local estende a sua influência a todo o globo e, ao fazê-lo, desenvolve a capacidade de designar como local outra condição social ou entidade rival”<sup>6</sup>.

É, ainda no dizer de Boaventura, um “localismo bem sucedido”. Note-se, pois que, dentro dos tantos “localismos” existem arranjos e regulações sociais próprias, erigidas sobre raízes culturais particulares profundas, que fatalmente, acabam por sucumbir ao discurso da emancipação pelos direitos humanos (que é antes de tudo uma política cultural) que olha para dentro de si e não enxerga a sua

---

<sup>5</sup> Dentro da tradição sociológica, o termo “local” e suas derivações de “localidade” e “localismo” tem sido geralmente associadas com a noção de um espaço particular, delimitado, um âmbito com um conjunto de relações sociais muito estreitas estruturadas em torno de fortes laços de parentesco e duração da residência. Em geral, se presume a existência de uma identidade cultural estável, homogênea e integrada, que resulta não só única senão extremamente duradoura. Neste sentido, se poderia dizer que os membros de uma localidade formavam uma comunidade distinta, uma comunidade com sua correspondente cultura única; algo que transforma a localização de suas interações cotidianas de um espaço físico em um “lugar” significativo. (tradução nossa)

<sup>6</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. N° 48. Coimbra: 1997, p. 14.

incompletude, alijando assim ao olhar para fora, aquilo que enxerga como incompleto.

É basicamente este o esteio da política de dominação e tentativa de universalização dos localismos, vislumbrar na incompletude da contracultura a oportunidade de injetar a sua própria, como uma forma de contaminá-la até que ela finalmente seja cooptada pelo fluxo globalizante.

Não se pode esquecer que além de designações sociológicas, há características antropológicas que enfatizam os particularismos e as singularidades de povos que, embora estejam formalmente vinculados à determinada entidade nacional, ou supranacional, são como ilhas, de “pequenos povos”<sup>7</sup> que de mesmo modo, reconhecem como patamar máximo de idoneidade a sua própria cultura e os seus próprios arranjos sociais.

Se de um lado, em algumas situações e cada vez mais frequentes, as leis e regulações do Estado parecem não encontrar limites (a não ser o do respeito às regras democráticas da produção das leis)<sup>8</sup>, do outro lado as multifaces advindas das diversas culturas dentro deste mesmo Estado, acabam por trazer a esperança de um “contralimite”, ou seja, reconhece-se que ao mesmo tempo em que o Estado é o maior provedor de direitos, ele é também o potencial maior violador.

Estes “contralimites” vem como suportes protetivos destas violações, com mecanismos que tentam preservar dentro do todo ou da cultura hegemônica, os seus particularismos. Não há respeito e nem se privilegia o multiculturalismo e os multiníveis de tutela de direitos quando da adoção de uma cultura hermética e hegemônica.

Trazendo a discussão agora para o instituto da supraestatalidade que nos orienta como parâmetro, pergunta-se: a necessidade da presença destes contralimites, pode coexistir, embora não sem conflitos, com o deslocamento da competência local para a global? Trata-se necessariamente de uma relação opositiva entre o localismo e o globalismo?

Não há uma resposta cartesiana para estes questionamentos, entretanto, pode-se afirmar que, a própria globalização é, numa análise mais otimista, um

---

<sup>7</sup> FEATHERSTONE, Mike “Localism, Globalism and Cultural Identity”, en Mike Featherstone, Undoing Culture. Globalization, Postmodernism and Identity. London, Sage Publications, 1995, pp. 102-125.

<sup>8</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. N° 48. Coimbra: 1997, p. 12.

contraponto ao hermetismo cultural, pois congrega tentativas de reunião de “localismos” muito embora o faça de maneira equivocada, qual seja, universalizando incontinentemente direitos e perspectivas.

Boaventura de Sousa Santos em mais um dos trechos de seu texto “Por uma concepção multicultural dos direitos humanos” aduz de maneira irretocável que:

A questão da universalidade dos direitos humanos trai a universalidade do que questiona pelo modo como o questiona. Por outras palavras, a questão da universalidade é uma questão particular, uma vez que específica da cultura ocidental.<sup>9</sup>

Sánchez Rúbio em sua obra “Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos reafirma o que diz Boaventura quando aduz que os direitos humanos como os concebemos, são como um terno, com gravata, feito para um só corpo, tomando como parâmetro o homem, branco, europeu, patriarca, bem sucedido, proprietário, dentre outros aspectos afetos ao padrão eurocêntrico. Sendo que, as demais pessoas devem usar este terno e gravata feitos à medida deste homem, ainda que não lhes sirva ou que não lhes vista como deveria vestir.<sup>10</sup>

É bem sabido que na União Europeia, por exemplo, existe um modelo de repartição de soberania, segundo o qual a partir do momento em que se manifesta a adesão de um país membro a esta, ocorre uma delegação de parte da soberania daquele, no sentido de permitir que o ente supraestatal seja capaz de, a seu nível, realizar aquilo que o Estado Membro seja incapaz de realizar com maior eficácia, ou mesmo aquilo que seja do interesse supranacional legitimamente em nome do Estado Membro (princípio da subsidiariedade).

Observe-se que, tratar-se-ia, a priori, de uma delegação de parte da soberania do Estado Membro e não de uma completa transferência. Enquanto isto, pode-se afirmar que, a União Europeia, inobstante ainda não seja um ente Federativo na concepção clássica, nos dizeres do Professor Doutor Bruno Galindo trata-se de ente formado sob o prisma de um federalismo heterodoxo, senão vejamos:

Como afirmamos anteriormente, não se pode falar em federalismo europeu em termos clássicos. É difícil prever o que acontecerá no futuro, mas no presente no máximo podemos falar em federalismo

---

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. N° 48. Coimbra: 1997, p. 19.

<sup>10</sup> SÁNCHEZ RUBIO, David. Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações. São Paulo: 2014.

heterodoxo, pois nenhum dos Estados federais até o momento tem a caracterização da UE, até pelo fato de que ela não é um Estado.<sup>11</sup>

Boaventura de Sousa Santos refere-se à necessidade de estabelecimento de um cosmopolitismo, ou de um “projeto cosmopolita” como “tarefa central da política emancipatória de nosso tempo”.<sup>12</sup>

Poder-se-ia citar como ente vanguardista deste “projeto cosmopolita” citado supra a União Europeia, por exemplo, onde há a manifestação de uma conformação de vontades que hoje dirige uma sobreposição quase que absoluta do direito supranacional em face do direito interno dos seus países membros.

Para melhor analisar estes aspectos, passemos a tratar, perfunctoriamente e sem a intenção de exaurir conceitos e/ou de esgotar o entendimento do que vem a ser a União Europeia, alguns ideais que nortearam a sua formação, bem como as colunas que sustentam o direcionamento de suas ações e que, de maneira inquestionável, são também as mesmas vigas mestras da Teoria da Margem de Apreciação da qual trataremos.

---

<sup>11</sup> GALINDO, Bruno. Constituição e Integração Interestatal: Defesa de Uma Teoria Intercultural da Constituição. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004, p. 264.

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. N° 48. Coimbra: 1997, p. 21.

## **2 SUPRAESTATALIDADE E A MARGEM DE APRECIÇÃO: FUNDAMENTOS A PARTIR DO APROVEITAMENTO DA EXPERIÊNCIA EUROPEIA**

Os países da Europa do pós-guerra, varrida pelo caos e pela destruição, economicamente devastada e temendo ainda a possibilidade de eclosão de novas guerras e conflitos, com receio de ainda mais substancial perecimento, foram, ao longo do século XX, promovendo arranjos – inicialmente de cunho econômico – capazes de suavizar os efeitos do cataclismo bélico e de recolocá-los no rumo do desenvolvimento.

Com um mecanismo inicial bastante simplista e ao mesmo tempo fortemente eficiente, calcado essencialmente nas dificuldade econômica entre os países, como supradito, que estavam destruídos pela 2ª Guerra Mundial, compreendia-se que, a partir do momento em que estes países fossem interdependentes economicamente, através da manutenção de relações comerciais entre si, haveria a significativa redução de conflitos. Isto por que, a ligação de interdependência faria com que os influxos de cada país refletisse diretamente nos outros, assim como, fatalmente refletiriam também os conflitos (UE, 2018)

Com a formação do BENELUX (bloco formado por Bélgica, Holanda e Luxemburgo) ainda durante a II Grande Guerra, tem-se o que se pode chamar de embrião do que vem a ser hoje a União Europeia, valendo salientar que o BENELUX existe ainda hoje, denominando-se de União BENELUX.

Ato contínuo foi criada em 1952 a CECA – Comunidade Europeia do Carvão e do Gás, que unia além do BENELUX mais três países, sendo estes França, Itália e Alemanha Ocidental, ficando a CECA também conhecido como a Europa dos Seis.

Com o tratado de Roma, no ano de 1957, foi criado o Mercado Comum Europeu (MCE) ou Comunidade Econômica Europeia (CEE), inicialmente com aqueles seis países, ganhando a partir de 1973 a adesão de Inglaterra, Irlanda e Dinamarca, em 1981 a Grécia e em 1986 após o rompimento com os regimes Franquista e Salazarista, respectivamente Espanha e Portugal. Em 1989, com o final da Guerra Fria, passou também a fazer parte deste grupo a Alemanha Oriental.

Somente em 1991, com o Tratado de Maastrich foi consolidada a denominação União Europeia, tendo a partir do ano de 1995 com a adesão de Suécia, Finlândia e Áustria, até mais recentemente em 2013 com a adesão da Croácia, se transformado num grande bloco, composto hoje por 28 países.

Esta digressão até o momento se fez necessária com vistas a demonstrar a evolução crescente das relações entre os países da Europa desde o século passado, chegando a formar este sólido acoplamento entre eles, forjado sob a égide de diversos fatores que desembocaram no mais substancial ente Supraestatal existente, a União Europeia.

Ocorre que, a União Europeia é muito mais do que uma mera conformação de países voltada ao desenvolvimento do mercado e à livre circulação de mercadorias e pessoas pelos territórios dos seus Estados Membros. Trata-se de um organismo *sui generis*, delineado, podemos dizer, por um federalismo não estatizante, haja vista ser um organismo com características federativas mas que não mantém uma conformação estatal formalmente unificada (muito embora possua profundos laços de simbiose), que goza hoje do *status* de comunidade, o que, dentre outras coisas, é diretamente responsável pelo nascimento e desenvolvimento do que hoje denominamos de “Direito Comunitário”.

O resultado dessas relações iniciais entre os países que hoje formam a União Europeia e do desenvolvimento cada vez mais profundo e complexo dos domínios que as integram já não se adstringe apenas a aspectos econômicos ou ao menos não meramente econômicos, pois que, a partir desse objetivo precípua à regulação de outros interesses (políticos, culturais, sociais dentre outros) que mesclam competências e ordens jurídicas em uma rede cada vez mais integrada (FILHO, 2006, p. 77).<sup>13</sup>

Esta integração entre a ordem jurídica comunitária (supraestatal) e as ordens jurídicas nacionais embora suponha duas ordens jurídicas autônomas, dirige as suas interinfluências no sentido essencial de preservação da integração alcançada entre estas ordens, ainda que, para preservá-la, a União lance mão do seu poder, especialmente o econômico, ou do status “supra” do seu direito.

---

<sup>13</sup> FILHO, Francisco Das C. Lima. **A Ordem Jurídica Comunitária Europeia: Princípios e Fontes**. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados/MS, v. 8, n. 15, p. 75-115, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/15/artigos/04.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/15/artigos/04.pdf)>. Acesso em: 25 mai. 2018.

O Direito Comunitário goza de autonomia baseada na notável transcendência deste ao direito internacional na sua concepção clássica, pois ao alçar o status de supranacional este galga um novo e mais amplo degrau, abalizado pela

[...] amplitude de seus objetivos e dos meios da sua realização, dos modos de formação da sua vontade comunitária, que se manifesta exclusivamente através dos órgãos principais da Comunidade Européia e da União, mas também dos meios pelos quais sua efetividade é expressada e dos princípios contidos e decantados nos tratados pela atividade do Tribunal de Justiça e da sua garantia, igualmente pelo aludido Tribunal (FILHO, 2006, p. 80).

o que o torna capaz de subsumir às ordens jurídicas nacionais sob seu domínio, sem que sua prevalência necessite de qualquer formalidade (recepção nos ordenamentos jurídicos nacionais), pois “a autonomia do Direito Comunitário implica que os parâmetros para valorar a validade das normas comunitárias não são buscados nos ordenamentos jurídicos nacionais, mas no próprio Direito Comunitário” (FILHO, 2006, p 81).”

Nisto, pode-se afirmar que há primazia do Direito Comunitário (supraestatal) sobre as ordens jurídicas internas, provada pela eficácia direta de sua aplicação. Contudo, nota-se que muito embora este modelo de justiça comunitária europeu tenha já transcendido o que em uma primeira análise faria sucumbir as bases da ideia costumeira de manutenção da soberania dos estados membros, entretanto, compatibiliza-se com a manutenção desta.

Isto se dá em razão dos mecanismos instituídos no próprio Tratado de Maastricht, que inobstante acentuem tratar-se de um objeto dirigido à consolidação de uma política integrativa de “promoção do progresso econômico e social dos seus povos” ou busque “instituir uma cidadania comum aos nacionais de seus países” segue ainda com ideias cada vez mais homogeneizantes<sup>14</sup>, trata também do fato de que, este desejo de que haja a integração cada vez mais estreitas dos povos

---

<sup>14</sup> Preâmbulo do Tratado de Maastricht com as principais resoluções que serão delineadas e apresentadas pormenorizadamente nos artigos seguintes. Já aqui vislumbra-se a ideia globalizante e fortemente integrativa do Tratado, pelo que observa-se facilmente que o mesmo dirige-se à homogeneização de condutas e direitos capazes de exprimir a vontade de unificação que aparece desde a adoção do vocábulo “União” designado desde a primeira linha do artigo 1º deste tratado, que aduz: “Pelo presente Tratado, as Altas Partes Contratantes instituem entre si uma União Europeia, adiante designada por «União».”

européus, esta deve ser feita em observância à tomada de decisões no nível mais próximo possível aos cidadãos.<sup>15</sup>

Aqui, vamos além, pois que encontramos a confirmação não somente da exigência de que se mantenha o processo de tomada de decisões no patamar mais próximo possível dos cidadãos, o nomeado Princípio da Subsidiariedade (chave mestra da teoria da margem de apreciação nacional), como também o reconhecimento de níveis de tutela, ou camadas de tutela.

O direcionamento que se dá, de acordo com o que se propõe no tratado citado supra é de que se coadunem cada vez mais os objetivos nacionais dos países signatários em razão de uma política comum (daí por que se dizer que trata-se de uma ‘comunidade’ e de que o seu direito é ‘comunitário’) e que os objetivos a serem transpostos implicarão nesta progressiva integração.

Acertados estes aspectos percebe-se que, muito embora tenha sido proposto um patamar de integração que não tivesse o condão de usurpar a possibilidade de manter o processo decisório no nível mais próximo possível dos cidadãos<sup>16</sup>, na prática vem sendo manejado o cada vez mais veemente império da ordem jurídica externa (supraestatal) sobre a ordem interna (Estados Membros) no âmbito da União Europeia.

A subsidiariedade manifestada desde o preâmbulo do Tratado da União Europeia vem sendo cada dia mais tolhida bem como vem sendo mitigados os seus efeitos em nome de atitudes que são compatíveis com o deslocamento da competência para um patamar eminentemente global, que vem transformando a manutenção da legitimidade local (localismos) em um desafio que já causa questionamentos e já trava batalhas perante a “comunidade” chegando algumas até mesmo à judicialização, conforme veremos adiante.

Provas do deslocamento desta competência estão claramente presentes na sistemática da proteção de Direitos pelo ente supraestatal, pode-se vislumbrar inclusive uma verdadeira federalização da justiça comunitária, por meio do

---

<sup>15</sup> Ainda no Artigo 1º do Tratado de Maastricht é possível perceber, logo abaixo da linha que denomina a União Europeia de “União”, que esta deve ser manter em obediência ao nível de tutela mais próximo do cidadão. É aqui nesta exata passagem que se manifesta a consolidação do princípio da subsidiariedade, que guiará todas as relações que se mostrem conflitantes e é a partir daqui que se pode ter clareza do esteio da “margem de apreciação nacional” objeto deste estudo.

<sup>16</sup> No Tratado, quando lê-se cidadãos não se faz distinção de cidadania de acordo com o estado membro onde estes estejam, posto que enquanto cidadãos dos países signatários dos tratados estes passam a ter o *status* de cidadãos da União Europeia ou cidadãos europeus, independente do Estado Membro do qual provenham.

mecanismo do “reenvio prejudicial”, com efeito vinculante, que transforma o Tribunal de Justiça da União Europeia em um legítimo Tribunal Constitucional, ou seja, um órgão jurisdicional supremo, cujas decisões prevalecem (em sede de direito comunitário) sobre as decisões dos Estados Membros, integrando-se diretamente ao direito interno destes.

Sabendo-se que, a prevalência do direito comunitário não autoriza que os tribunais dos Estados Membros, em qualquer instância, declarem inconstitucionais as suas normas, fica concentrado o poder decisório acerca da constitucionalidade ou não das normas no âmbito da UE somente no TJUE, que por sua vez,

[...] assegura a primazia e efeito direto de todas as normas comunitárias, estendendo da mesma forma seus poderes sobre as ordens jurídicas nacionais, ao mesmo tempo em que ele se constitui intérprete último e autêntico dessa nova ordem jurídica, em que se integram tanto as normas comunitárias como as normas nacionais que se encarregam de implementá-las.<sup>17</sup>

Deste modo, os poderes dos juízes de direito nacional, ficam adstritos àquilo que ditar o TJUE, pois que, no seu múnus, os tribunais dos Estados Membros não podem, em tese, obstaculizar a aplicação do direito comunitário utilizando o seu próprio direito como parâmetro, senão vejamos:

O juiz nacional, quando aplica o direito comunitário europeu, sofre uma mutação constitucional que o converte em “juiz comunitário de direito comum”. Os tribunais nacionais devem garantir que o direito comunitário seja aplicado de tal forma que o direito nacional não possa atuar como obstáculo, afirmando o princípio da primazia, permitindo o juiz nacional proceder à inaplicação do direito nacional contrariamente ao direito comunitário.<sup>18</sup>

Note-se que, a univocidade do direito propugnada pela primazia do direito comunitário sobre o direito nacional dos Estados Membros, acaba por transformar o Tribunal de Justiça da União Europeia no lídimo e derradeiro exegeta das ordens jurídicas sobrepostas neste arranjo supraestatal.

Não obstante o reconhecimento desta realidade, são patentes os conflitos decorrentes do desenvolvimento desta superposição. O Professor Doutor Daniel Sarmento os explicita por meio da seguinte afirmação:

---

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. O sistema normativo da União Européia e sua incorporação às ordens jurídicas dos Estados-membros. Disponível em: [http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Aula\\_7:\\_A\\_articula%C3%A7%C3%A3o\\_entre\\_os\\_tribunais\\_comunit%C3%A1rios\\_e\\_os\\_tribunais\\_nacionais:\\_a\\_coopera%C3%A7%C3%A3o\\_por\\_meio\\_do\\_reenvio\\_prejudicial](http://academico.direito-rio.fgv.br/wiki/Aula_7:_A_articula%C3%A7%C3%A3o_entre_os_tribunais_comunit%C3%A1rios_e_os_tribunais_nacionais:_a_coopera%C3%A7%C3%A3o_por_meio_do_reenvio_prejudicial). Acesso em 03 de junho de 2018.

<sup>18</sup> Ibidem.

O principal desafio é a adaptação dessa relação hierárquica e federal com os tribunais constitucionais e supremos tribunais nacionais, especialmente quando o Tribunal de Justiça se adentra em matérias tais como os direitos fundamentais ou quando suas decisões têm algumas influências na distribuição horizontal ou vertical de poderes dos Estados-Membros.<sup>19</sup>

Neste diapasão fica clarificado o temor de que a superioridade hierárquica da ordem jurídica internacional neste caso alcance normas de direitos fundamentais e mesmo a distribuição horizontal ou vertical de poderes dos Estados Membros, interferindo imperialmente na conformação destes, desnaturando a intenção primitiva dos mesmos ao associar-se à ordem internacional, deixando de ser um organismo de cooperação para submeter-se ao arbítrio do ente supraestatal, como que estabelecendo uma relação de servidão aos seus desígnios. Assim como das multiculturas aos desígnios da cultura hegemônica.

A prevalência exclusiva da ordem jurídica externa, ao passo em que uniformiza o direito no âmbito da supraestatalidade, uniformiza também os critérios de aplicação dos Direitos (dentre eles direitos fundamentais), olvidando as conformações características (filtros) dos mesmos a nível local.

Vale dizer que é temerária a decisão ou a viabilização de instrumentos que, de maneira simplista, dirijam-se a fazer a vontade de maioria, quando, de acordo com a ideia de subsidiariedade, deve-se por outro lado, criar mecanismos capazes de possibilitar que mesmo os “pequenos povos”, (inobstante a integração busque a convergência a um só povo) tenham viabilizados e garantidos os seus direitos.

Isto por que, dentro do que se denomina “povo europeu” ou dentro da “comunidade europeia” existem e coexistem tantas culturas e tantos diferentes povos quantos se possa imaginar. Não é mera questão territorial ou de denominação, trata-se de uma ideia traduzida a partir de raízes muito mais profundas e remotas, trata-se de autoidentificação, autodeterminação e autoconhecimento, caracteres que transcendem ideias colacionadas em um Tratado ou em qualquer outro mecanismo ou instrumento escrito (ou não) que tenda a uniformizá-los.

O Professor Doutor Jayme Benvenuto, analisando a perspectiva defendida pelo filósofo estadunidense Richard Rorty aduz o seguinte:

---

<sup>19</sup> Ibidem.

[...] a democracia é um regime compatível com a criação de pessoas diferentes, cujo objetivo não é fazer a vontade da maioria, mas possibilitar que as pessoas, incluindo as minorias também tenham seus desejos alcançados. Sua visão da democracia é assim a da construção de nós mesmos. Rorty fala de um mundo construído pelos seres humanos que se constroem no dia a dia. Prefere dizer que a esperança vem antes do conhecimento” na medida em que aquela nos permite projetar um futuro em que os habitantes da terra possam construir “a melhor versão de nós mesmos”.<sup>20</sup>

Sabendo-se que, em sede de direito internacional e dos tratados sob sua égide celebrados – ainda citando como exemplo o Tratado de Maastricht<sup>21</sup> bem como a exemplo do preâmbulo da Carta da Organização dos Estados Americanos<sup>22</sup> - a democracia é requisito inarredável, não se pode lançar mão de simplesmente privilegiar uma maioria. Agir democraticamente é, antes de mais nada, dar voz e ouvidos às diferenças e nas diferenças.

E é justamente por estas diferenças, que uma perspectiva contingente (Rortyana), nos dizeres de Benvenuto, é mais adequada, por

[...] permitir a construção de um sentido de comunidade com base na consciência sobre a capacidade de diálogo dos seres humanos como única fonte para permitir que as pessoas sigam em frente. [...] Em vez de se buscar um fundamento absoluto para a existência, seria melhor, segundo Rorty, que as pessoas se apegassem à única diretriz válida para a comunidade de que participam: aquela que a conversa entre interpretações concorrentes aconteça.<sup>23</sup>

Com pensamento afinado a este, Boaventura de Sousa Santos propõe a chamada utilização da hermenêutica diatópica, que baseia-se na ideia de que, todas as culturas são incompletas, e que por mais que apresentem *Topoi*<sup>24</sup> fortes, tornam-se altamente vulneráveis e problemáticos a partir de outra cultura.

É, como dizíamos, olhar a própria cultura de dentro com os mesmos olhos que olhamos outra cultura, ou seja, a nossa será sempre completa em detrimento da estranheza que outra cultura diversa da nossa nos cause e *vice e versa*. Assim

---

<sup>20</sup> BENVENUTO, Jayme. Universalismo e direitos humanos: uma revisita contingente. São Paulo, 2015, p. 126.

<sup>21</sup> O Tratado da União Europeia é categórico ao afirmar nas resoluções em seu preâmbulo, que confirma o seu “apego aos princípios da liberdade, da **democracia**, do respeito pelos direitos do homem e liberdades fundamentais e do Estado de Direito”(grifos nossos).

<sup>22</sup> [...] Certos de que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem;

<sup>23</sup> Ibidem, p. 127.

<sup>24</sup> Definidos por Boaventura de Sousa Santos como: Lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura.

também se manifesta a facção e interpretação do direito e dos direitos vistos internamente frente a ordem jurídica externa e *vice versa*.

Contrariamente a isto, como fora até agora aduzido, o intuito inicial dos entrelaçamentos e racionalidades transversais da supraestatalidade, não pretendiam o privilégio de uma ordem jurídica sobre a outra. Entretanto, notando-se certa pretensão de prevalência dos entes supraestatais, vislumbra-se, inobstante a tentativa de obter a máxima efetividade na defesa dos direitos, o perigo de que, em sede de direitos, a universalização dos mesmos sob o pretexto de defendê-los, possa promover o fatal desrespeito ao multiculturalismo, que na dicção de Boaventura de Sousa Santos

[...] é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra-hegemônica de direitos humanos no nosso tempo.

Pode-se afirmar isto especialmente pelo fato de que, quaisquer perspectivas hegemônicas, ou seja, se deem exclusivamente de cima para baixo, serão um exemplo claro de se manejar a tentativa de uma “globalização bem sucedida de determinado localismo”, que privilegia “a história do mundo na versão dos vencedores”.<sup>25</sup>

Esse processo de extensão de influência consolidado nos ente supraestatais – tomando por parâmetro inicial a União Europeia por demonstrar-se a mais sedimentada atualmente nestes aspectos – fatalmente implica em que aquilo que seja diferente do fundamento hegemônico seja tido por particularismo e este particularismo por sua vez, fica de tal modo refreado pela moldura hegemônica que não tem forças para se erigir ao estágio globalizante, ou seja, não consegue se manter “o mais próximo possível do cidadão”.

Aliado a isto está o fato de que, o aceite de determinada cultura globalizada como modelo hermético superior, impõe que muitas das demais ditas “contraculturas” a ela se subordinem, sendo esta relação de subordinação um obstáculo dificilmente transponível, a medida em que é “desinteressante” para a cultura globalizante fragmentar-se ao invés de aglutinar as culturas locais “subordinadas”.

---

<sup>25</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. N° 48. Coimbra: 1997, p. 14.

Não se pode também olvidar que não raro, a manutenção do “localismo” de determinadas culturas e grupos é propositalmente forçada pela cultura hegemônica, de modo inclusive a provocar a acentuação de determinadas especificidades, como por exemplo no que concerne aos interesses do mercado global de turismo, onde se torna interessante para geração de renda que determinados localismos mantenham-se em seu “estado natural” sem que sofra quaisquer influências (nem mesmo as mais benéficas e inarredáveis) da globalização<sup>26</sup>.

É neste sentido também que, tanto Boaventura de Sousa Santos quanto o Professor Jayme Benvenuto insistem veementemente no respeito ao multiculturalismo. A necessidade deste respeito é ainda mais evidente em se tratando da cultura ocidental, que não se conforma somente em estabelecer os seus valores máximos com mais abrangentes, mas impõe ainda a sua formulação e aceite enquanto universais.

Há de se salientar ainda que, vivemos hoje um período de lutas cada vez mais contundentes por novos direitos. Estes por sua vez são cada vez mais complexos por que decorrem de relações sociais e comportamentos humanos também cada vez mais complexos.

Simplificar a maneira de lidar com estes direitos e com as relações sociais hipercomplexas que os fazem nascer é, antes de mais nada, uma manifesta teratologia.

Tal perspectiva acaba por densificar o discurso da promoção e proteção dos direitos humanos (ou quaisquer um deles decorrentes) calcado nas mais diversas justificativas ou tentativas de justificação.

Tratando disto, Benvenuto afirma ainda que:

Não é possível pura e simplesmente aceitar o convite cheio de boas intenções de Bobbio ao esquecimento da justificação dos direitos humanos em prol de sua proteção. Isso porque não há como esquecer a história de atrocidades e violações aos direitos humanos, tenham sido cometidas na Antiguidade, nas últimas décadas do século XX ou nos dias atuais, em qualquer lugar do mundo.<sup>27</sup>

Percebe-se que, o ideal universalista (mais especificamente em sede de direitos humanos) acaba por constituir-se em uma parca construção que sequer

---

<sup>26</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. N° 48. Coimbra: 1997, p. 16

<sup>27</sup> Ibidem, p. 135.

preocupa-se em deslindar o profundo disparate entre o reconhecimento da existência destes e a sua aplicabilidade tangível.

Isto sem esquecer que, os falsos universalismos acabam, por ocultar a consciência da incompletude que dirige à compreensão de que, alçar os direitos a um patamar global, não significa dizer que eles tem caráter universal.

Logo, cada cultura tem versões diferentes do que compreendem como direitos, muitas vezes tratam-se exatamente dos mesmos direitos descritos de maneira diversa. A perspectiva multicultural de Boaventura de Sousa Santos, com sua hermenêutica diatópica, assim como a revisita contingente ao universalismo do Professor Jayme Benvenuto, corroboram para a compreensão de que o objetivo precípua da perspectiva multicultural não é buscar maior completude de culturas incompletas (como todas são) mas sim, aumentar a consciência de sua incompletude e com isto proclamar que “nem todas as igualdades são idênticas e nem todas as diferenças são desiguais”.<sup>28</sup>

O Professor Samuel Moyn, reafirma este disparate em sua obra “The Last Utopia: Human Rights in History”, quando aduz:

The eternal rights of man were proclaimed in the era of Enlightenment, but they were so profoundly different in their practical outcome-up to and including bloody revolution as to constitute another conception altogether.<sup>29</sup>

Complementarmente, percebe-se que a universalização incontestante dos Direitos Humanos conduz fatalmente a uma abstrativização dos mesmos, dando aos seus destinatários a sensação de que, por fim, não há um alcance eficaz destes, pois, na dicção de Costas Douzinas:

A irrealidade ontológica do homem abstrato dos direitos conduz inexoravelmente a sua utilidade limitada. Direitos abstratos são assim retirados de seu lugar de aplicação e das circunstâncias concretas das pessoas que sofrem e se ressentem de que eles não conseguem corresponder às suas reais necessidades.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Crítica de Ciências Sociais. N° 48. Coimbra: 1997, p. 22.

<sup>29</sup> “Os direitos eternos do homem foram proclamados na era do Iluminismo, mas eles eram tão profundamente diferentes em seu resultado prático, inclusive com as sangrentas revoluções que constitui outra concepção”. (Moyn, 2010, p.4).

<sup>30</sup> DOUZINAS, Costas. O fim dos direitos humanos. São Leopoldo. 2007, p. 166.

Por fim, deve-se ter em mente ainda, que a universalidade na aplicação dos Direitos através da uniformização do direito e das culturas propalada pelo ideal universalista, numa verdadeira “canibalização cultural”,

[...] é uma máquina geradora de alteridades que, em nome da razão e do humanismo, exclui de seu imaginário a hibridez, a multiplicidade, a ambiguidade e a contingência das formas de vida concretas.<sup>31</sup>

Para consolidação deste entendimento, é prudente adotar-se um panorama antropocêntrico que não privilegie uma maioria somente, mas, que seja capaz de chegar a todos na medida de suas particularidades e dos seus desejos, ou seja, numa perspectiva multicultural, contingente, fazendo-o através da adoção de um panorama não mecanicista de direitos, que acolha a “constelação de sentidos locais”.

Esta maneira mecanicista de lidar com a problemática advinda dos múltiplos direitos e diferenças culturais somente pode oferecer uma solução igualmente mecânica, cartesiana, matemática, alheia à sensibilidade humana necessária.

Em verdade, poder-se-ia dizer que, sequer trata-se do oferecimento de uma solução ou caminho mas apenas de uma resposta no sentido do binômio “estímulo vs resposta”, com a diferença de que, a qualidade desta resposta não raro é desproporcional e/ou inadequada ao estímulo, por esta razão não pode ser tida como “solução”.

Utilizamos o exemplo supra para demonstrar que, em se tratando de direitos diversos, em níveis diversos e em realidades diversas, as respostas não podem ser pautadas em mera subsunção a uma norma única, especialmente em se tratando de direito internacional e mais especificamente de direito supraestatal sob o qual subjazem ordens jurídicas em nível diverso e diversas entre si, embora no mesmo nível.

Há que se compreender e levar em conta a quantidade de circunstâncias circundantes que alteram sobejamente o que em tese seria uma realidade única mas que, sofre influências de tantas condições e fatos que torna impossível submeter toda e qualquer situação ao arbítrio de um entendimento exclusivo e simplista.

---

<sup>31</sup> BRAGATO, Fernanda. Para além do Discurso Eurocêntrico dos Direitos Humanos: Contribuições da Descolonialidade. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 03 de junho de 2018.

É neste sentido que o princípio da subsidiariedade propugnado no preâmbulo e logo no artigo 1º (de maneira indireta) e 5º de maneira expressa, do Tratado de Maastricht impõe um mecanismo de segurança para os estados membros da União Europeia em face do arbítrio exclusivo do ente supraestatal do qual fazem parte.

Juntam-se a este, outros dois princípios, o da proporcionalidade e o da atribuição, ambos indispensáveis para que o processo de tomada de decisões em nível europeu se dê da maneira mais “próxima possível” dos cidadãos, como supradito. Além disto, é a partir destes que se delineiam e de onde se criam os mecanismos de controle para a sua correta aplicação, conforme veremos a partir de agora.

## 2.1 O PRINCÍPIO DA ATRIBUIÇÃO E A DELIMITAÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA UNIÃO EUROPEIA

Antes de diligenciarmos no sentido do esclarecimento destes princípios fundamentais, havemos de esclarecer que, trataremos aqui - como parâmetro inicial demonstrativo de supraestatalidade – a União Europeia, por ter sido a partir dela que se deu o surgimento da teoria da margem de apreciação, objeto desta pesquisa.

Além disto, é neste ente que podemos encontrar com clareza inequívoca os elementos necessários para que se possa deslindar do que se trata a teoria da margem de apreciação e a partir do que esta se materializa.

Fato é que os princípios dos quais passaremos a tratar agora são as vigas de sustentação desta teoria, especialmente o princípio da atribuição (determinante da delimitação de competências), pela soma dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (determinantes do exercício de competências).

Embora o poder da União Europeia pareça absoluto e em razão de sua extensão promova a sensação de que ele permeia e engloba todas as competências e o exercício das mesmas sob sua égide, como se fosse um Superestado (parafrazeando supraestado), isto não é bem verdade.

As competências, assim como são distribuídas dentro de cada Estado, são também distribuídas no ente supraestatal conforme está prescrito no Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE).<sup>32</sup>

Já em seu artigo 1º, o TFUE deixa claro o seu objetivo de organizar o funcionamento do ente supraestatal, bem como determinar os domínios, a delimitação e as regras de exercício de sua competência (UE, 1957, p. 04).

Em razão de outro princípio, o da atribuição, a União Europeia pode, apenas, atuar dentro das competências que lhe são atribuídas pelos “tratados”<sup>33</sup>, e exclusivamente dentro dos seus estritos limites e objetivando o alcance dos objetivos neles prescritos (UE, 2016).

É por este motivo que o TFUE além de prescrever a repartição de competências também a realiza, explicitando pormenorizadamente a parte cabível a cada nível de tutela e como em cada um desses níveis esta se manifesta.

No título 1 da Parte I do Tratado de Funcionamento da União Europeia mencionado acima, (mais precisamente no artigo 2º) já se vê a configuração do primeira categoria de competências, qual seja, a competência exclusiva.

Esta é sem dúvidas a competência de caráter mais globalizante prescrita nos “tratados” e trata dos assuntos que dizem respeito às condições mais amplas de realização e alcance. Privilegia aquilo que encontra mais efetividade na realização quando atinge uma maior amplitude. Em razão disto, ela é relegada à União Europeia (ente supraestatal) e somente pode ser exercida pelos Estados-Membros formadores quando esta expressamente autoriza a execução dos atos necessários para a consecução dos objetivos a que se propõe, senão vejamos:

1. Quando os Tratados atribuem à União competência exclusiva em determinado domínio, só a União pode legislar e adotar atos juridicamente vinculativos; os próprios Estados-Membros só podem fazê-lo se habilitados pela União ou a fim de dar execução aos atos da União.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Não se confunda o Tratado da União Europeia (Tratado de Maastricht) com o Tratado de Funcionamento da União Europeia. Tratam-se de instrumentos diferentes, muito embora (de acordo com o artigo 1º do TFUE) gozem do mesmo patamar jurídico e da mesma importância, razão pela qual são denominados de “os tratados”.

<sup>33</sup> Como já citado, os “tratados” a que nos referimos são dois, quais sejam, o Tratado de Maastricht (Tratado da União Europeia) e o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).

<sup>34</sup> Artigo 2º do TFUE.

O rol de estas competências é *numerus clausus* e está prescrito no artigo 3º do Tratado de Funcionamento da União Europeia. Elas se estendem sobre os seguintes domínios *in verbis*:

- [...] a) União aduaneira;
  - b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno;
  - c) Política monetária para os Estados-Membros cuja moeda seja o euro;
  - d) Conservação dos recursos biológicos do mar, no âmbito da política comum das pescas;
  - e) Política comercial comum.
2. A União dispõe igualmente de competência exclusiva para celebrar acordos internacionais quando tal celebração esteja prevista num ato legislativo da União, seja necessária para lhe dar a possibilidade de exercer a sua competência interna, ou seja suscetível de afetar regras comuns ou de alterar o alcance das mesmas.”

Após a indicação do que são e de quais são as competências exclusivas, encontramos ainda no artigo 2º do TFUE as definições de outra modalidade de competências, qual seja, a de competências partilhadas. Estas, por sua vez, já denotam um aspecto mais aproximativo e supõem interesses mais regionais e/ou locais, muito embora ainda mantenham um espectro de alcance amplo e atinjam camadas abrangentes de “cidadãos”.

Neste sentido, o compartilhamento aqui disposto propõe a extensão da mão dos Estados Membros quando a União Europeia decide se abster do domínio de determinada competência, ou uma vez tendo-a assumido, deixa de exercê-la.

Pode-se fazer uma comparação do que leciona a competência partilhada do TFUE, quando diz:

2. Quando os Tratados atribuem à União competência partilhada com os Estados-Membros em determinado domínio, a União e os Estados-Membros podem legislar e adotar atos juridicamente vinculativos nesse domínio. Os Estados-Membros exercem a sua competência na medida em que a União não tenha exercido a sua. Os Estados-Membros voltam a exercer a sua competência na medida em que a União tenha decidido deixar de exercer a sua.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> Parte 2 do Artigo 2º do TFUE.

com o que encontramos em nossa Constituição da República de 1988, a dizer nos parágrafos 3º e 4º do artigo 24, quando trata da chamada Competência Concorrente Supletiva, senão vejamos:

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

*Mutatis Mutandi*, deseja-se com esta comparação demonstrar que, por vezes a distribuição de competências da UE assemelha-se de maneira muito interessante com a conformação de entes federalizados. Vale notar que a distribuição das competências em nossa Constituição da República é bastante familiar.

As competências atribuídas de maneira partilhada, nos dizeres do TFUE, guardam uma relação de proximidade muito parelha com as competências que em nossa ordem constitucional denominamos de concorrente, residindo a diferença em razão da supraestatalidade, onde a “União” (Europeia) reúne Estados-Membros possuidores de “soberania” enquanto ela própria não a possui, sendo dotada tão somente de autonomia. No nosso caso, a “União” possui soberania e os Estados Membros não a possuem, possuindo apenas autonomia.

Não iremos avançar nesta discussão, haja vista tratar-se ainda de questão nevrálgica que impede análises mais aprofundadas que seriam, entretanto, inócuas para fins desta pesquisa, tais como ser ou não a União Europeia uma Federação ou Confederação, ou mesmo se trata-se apenas de um arranjo funcionalista, dentre outras abordagens que, não constituem objeto de análise deste estudo.

Retornando às competências partilhadas, estas encontram-se enumeradas – também de maneira exaustiva – no artigo 4º do TFUE, nestes moldes:

1. A União dispõe de competência partilhada com os Estados-Membros quando os Tratados lhe atribuem competência **em domínios não contemplados nos artigos 3º e 6º**.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> Os domínios contemplados nos artigos 3º e 6º são os exercidos em razão de competência exclusiva e competência de apoio, não sendo portanto, passíveis de exercício de competência partilhada.

2. As competências partilhadas entre a União e os Estados-Membros aplicam-se aos principais domínios a seguir enunciados:

- a) Mercado interno;
- b) Política social, no que se refere aos aspetos definidos no presente Tratado;
- c) Coesão económica, social e territorial;
- d) Agricultura e pescas, com exceção da conservação dos recursos biológicos do mar;
- e) Ambiente;
- f) Defesa dos consumidores;
- g) Transportes;
- h) Redes transeuropeias;
- i) Energia;
- j) Espaço de liberdade, segurança e justiça;
- k) Problemas comuns de segurança em matéria de saúde pública, no que se refere aos aspectos definidos no presente Tratado.

3. Nos domínios da investigação, do desenvolvimento tecnológico e do espaço, a União dispõe de competência para desenvolver ações, nomeadamente para definir e executar programas, **sem que o exercício dessa competência possa impedir os Estados-Membros de exercerem a sua.**

4. Nos domínios da cooperação para o desenvolvimento e da ajuda humanitária, a União dispõe de competência para desenvolver ações e uma política comum, **sem que o exercício dessa competência possa impedir os Estados-Membros de exercerem a sua (grifos nossos).**<sup>37</sup>

Ainda no âmbito das competências, existem ainda as denominadas “competências de apoio”, sob as quais a União Europeia mantém apenas o papel de coadjuvante, pois que, deve atuar apenas e tão somente quando se dispuser a “desenvolver ações destinadas a apoiar, coordenar ou completar a ação dos Estados-Membros.”

No rol destas competências, percebe-se que, há aspectos que – ainda mais que no caso das competências partilhadas – denotam ações e matérias de interesse eminentemente local, sendo por esta razão o Estado-Membro, neste sentido, dotado da mais efetiva e adequada competência para dirigir a execução deste domínio.

---

<sup>37</sup> Nota-se aqui a evidência da “partilha” do domínio dessas competências, pois que, ainda que a União exerça o direito de desenvolver suas políticas e ações, este exercício não pode impedir que os Estados Membros também o façam. Deve-se ter em mente, entretanto, que o limite deste exercício é a conformidade com o que prescrevam os “tratados” (TUE e TFUE).

As matérias que subjazem a este domínio estão prescritas no artigo 6º do TFUE, sendo elas:

- a) Proteção e melhoria da saúde humana;
- b) Indústria;
- c) Cultura;
- d) Turismo;
- e) Educação, formação profissional, juventude e desporto;
- f) Proteção civil;
- g) Cooperação administrativa.

Perceba-se que, uma vez atribuídas as competências, resta muito clara a identificação de que esta repartição dirige por sua própria natureza e pela maneira como ela acomoda os domínios sob a perspectiva de níveis, a percepção de como estas devem ser e do que dependem para ter o seu bom e fiel cumprimento.

Como fora dito anteriormente, o princípio da atribuição – que até o momento regeu a repartição das competências aqui contidas – complementa-se com outros dois corolários, quais sejam: o da subsidiariedade e o da proporcionalidade, ao mesmo tempo em que deles depende.

Tratemos, pois, de cada um deles, esboçando os liames que nos dirigirão ao objetivo desta pesquisa.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A RESERVA DO NECESSÁRIO.

Visando a proteção face ao arbítrio e ao potencial crescimento do poder do ente supraestatal (UE), assim como o princípio da subsidiariedade, que seguirá em tópico ulterior, este corolário consagrado no artigo 5º do Tratado a União Europeia mantém em si um mecanismo que, embora simples, é indubitavelmente uma trava eficiente frente ao avanço do que podemos chamar de “*longa manus*” da “União”.

Além de ser indispensável na regulação do exercício de poderes pela UE, o princípio da proporcionalidade destaca a imperativa manutenção dos “limites” das ações direcionadas à consecução dos objetivos estabelecidos nos “tratados”.

Em outras palavras, o princípio da proporcionalidade dirige-se ao cumprimento do exercício regulatório de poderes pela União Europeia. É o sentinela que mantém vigilância no sentido de certificar-se se o conteúdo e a forma das ações adotadas pela UE circunscrevem-se aos limites especificados nos seus tratados formadores.

Impõe-se assim a utilização proporcional das ações realizadas para que estas sejam apenas as necessárias à consecução dos objetivos que se pretenda alcançar. Nem mais, sob pena de ultrapassar os limites impostos pela repartição de competências e nem menos, sob pena de não alcançar os objetivos propostos.

É recomendada certa cautela quanto à confusão do princípio da proporcionalidade com o da subsidiariedade, pois que, ainda que se complementem entre si, estes dizem respeito a aspectos diferentes dos limites criados em defesa da atribuição de competências e da não usurpação destas em seus domínios específicos.

Para ilustrar o papel e sobre que limites age o princípio da proporcionalidade, basta dirigir-se à dicção expressa encontrada no artigo 5º do Tratado da União Europeia (Maastricht), ao afirmar que “[...] 4. Em virtude do princípio da proporcionalidade, o conteúdo e a forma da ação da União **não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados** (grifos nossos).”<sup>38</sup>

Ratifica-se com este princípio a intenção de oferecer um sistema de, pode-se dizer, freios e contrapesos (por que não?) a partir do qual pretende-se evitar – assim como na ideia federalista de *checks & balances* – a intromissão descabida ou eventual tentativa de usurpação das competências cartesianamente repartidas em razão da maior efetividade e eficiência na execução dos domínios arrolados em cada um dos artigos que enumera como estes devem se manifestar.

Por fim, é da mais alta importância para o deslinde do objetivo principal desta pesquisa, far-se-á a análise e os apontamentos do princípio da

---

<sup>38</sup> Aqui os objetos centrais são o conteúdo e a forma da ação. Caracteriza-se, pois como mecanismo ligado à execução dos objetivos pretendidos pela UE, e das etapas ou caminhos utilizados para a consecução destes, que estão respaldados ou encontram legitimidade desde que não ultrapassem o limite do “necessário”.

subsidiariedade, que concorrerá para o entendimento e materialização da teoria da margem de apreciação nacional, centro do que aqui se desenvolverá.

### 2.3 O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A “GARANTIA” DA TOMADA DE DECISÕES NO NÍVEL “MAIS PRÓXIMO POSSÍVEL” DO CIDADÃO.

O aparato jurídico e a gama cada vez mais densa e complexa de direitos que se desenvolvem na sociedade globalizada tem implicado em um correspondente crescimento da necessidade de que estes, por sua vez, encontrem sua adequada tutela.

No caso do ente que aqui utilizamos como parâmetro inicial (União Europeia), os contornos desta realidade são ainda mais contundentes, visto que, por tratar-se de um organismo que maneja uma realidade cada vez mais ampla e conglobante, mantendo sob sua égide Estados Membros signatários dos Tratados que o deram origem e ainda os que os modificaram.

Inobstante a atribuição de competências, como fora visto acima, tenha de forma bastante específica delimitado os domínios sobre os quais cada ente e em cada nível devem atuar, percebe-se que há uma extensão notória nas competências atribuídas à União.

Isto se dá especialmente em razão de, embora repartidas as competências, estas dirijam-se à tradução de fins que devem ser buscados ao mesmo tempo em que dentro do texto dos seus próprios “tratados” percebe-se que, há indícios que autorizam o alargamento do alcance da União sob domínios que, em tese, seriam dos Estados Membros.

Pode-se visualizar esta afirmação quando da análise do artigo 5º do Tratado da União Europeia, pois este ao tratar do princípio da subsidiariedade, *in fine* faz uma “ressalva” autorizativa da transcendência da atribuição de competências ao Estado Membro, para que a União possa alcançá-la sob o

argumento de que a “ação considerada será mais bem alcançada em seu nível”.<sup>39</sup>

Vejamos o artigo:

Art. 5º [...] 3. Em virtude do princípio da subsidiariedade, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, a União intervém apenas se e na medida em que os objectivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados-Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local, **podendo contudo, devido às dimensões ou aos efeitos da acção considerada, ser mais bem alcançados ao nível da União (grifos nossos).**

Entretanto, definir os limites em que o Estado Membro seja capaz de manter a competência sob seu domínio, sem que a União interfira sob o argumento de que seja capaz de “melhor alcançar os objetivos” ao seu nível não é tarefa fácil.

A consequência disto é que, em aspectos cada vez mais elementares e básicos da vida dos cidadãos europeus, há a intervenção da União. Os parlamentos nacionais, como consequência disto, têm visto também o esvaziamento de seus poderes, redundando em um temor de que o processo de participação nacional seja mitigado a ponto de o império da intervenção da União avocar para si – direta ou indiretamente – as atribuições dos Estados Membros e o seu poder de decisão sobre seus destinos.

Em razão disto, a mera prescrição principiológica já não se mostrava suficiente para balancear as relações entre a União e os Estados Membros, razão pela qual foi editado o Protocolo de Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade,<sup>40</sup> dirigido a “assegurar que as decisões sejam tomadas tão próximo quanto possível dos cidadãos da União” e a “fixar as condições de aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade consagrados no artigo 5º do Tratado da União Europeia, bem como a instituir um sistema de controlo da aplicação dos referidos princípios”.

Este Protocolo inaugura uma compreensão mais próxima da realidade pretendida quando da confecção dos “tratados”, pois que pormenoriza em cada um de seus artigos como se deve interpretar os princípios supraditos de modo a garantir o alcance completo dos seus objetivos.

---

<sup>39</sup> Há aqui uma subversão à ordem garantida pelo princípio da atribuição, haja vista que a abertura da possibilidade de extensão da competência do ente supraestatal relega aos Estados Membros a convivência com uma constante fenda em seu bloco de competências atribuídas ante a uma relação de submissão do seu nível de domínio.

<sup>40</sup> Protocolo nº 02, Publicado no Jornal Oficial da União Europeia nº 115 de 09/05/2008 p. 0206 – 0209.

Vale dizer que os três princípios consagrados no artigo 5º do Tratado da União Europeia são, além de colunas, filtros necessários à interpretação de quando a União deve intervir e não por acaso eles estão prescritos naquela ordem.

De acordo com Roger Valério de Vargas Rex (2012, p. 4), qualquer medida que venha a ser adotada pela União Europeia precisa passar por estes filtros, porquanto:

Em primeiro lugar, de acordo com o princípio da atribuição, é necessário verificar se a União detém competência para atuar, considerando-se que ela somente pode atuar dentro dos limites das competências que os Estados-membros lhe tenham atribuído. Em segundo lugar, naqueles casos que não são da competência exclusiva da União, deve-se questionar se ela deve intervir. A resposta a essa pergunta deve ser fornecida a partir da aplicação do princípio da subsidiariedade, com base em dois critérios: suficiência da atuação dos Estados-membros e maior eficácia da ação da União Europeia. Isto é, a União somente deverá intervir se os objetivos da ação considerada não puderem ser suficientemente alcançados pelos Estados-membros e, além disso, se esses objetivos puderem ser melhor alcançados pela União. Por fim, cabe indagar qual deverá ser a intensidade ou a natureza da ação, ou seja, o conteúdo e a forma da ação da União não devem exceder o necessário para alcançar os objetivos dos Tratados. Isso significa que os meios escolhidos devem ser proporcionais em relação aos fins almejados.

O princípio da subsidiariedade é, pois, aquele segundo o qual se faz a seguinte pergunta: A União deve agir? A atuação ou possibilidades de atuação do Estado-Membro são insuficientes para a consecução do objetivo? Tal objetivo seria realizado mais eficazmente a partir da participação da União?

A referência para responder estes questionamentos está incluída na dicção do artigo 2º da Portaria nº 02, que aduz que deve-se “após amplas consultas” realizadas pela Comissão<sup>41</sup> “ter em conta a dimensão regional e local das ações consideradas”.<sup>42</sup>

Outra importante providência definida e adotada a partir da Portaria nº 02 é a de que os novos projetos de atos legislativos<sup>43</sup> ou mesmo projetos que venham a

---

<sup>41</sup> É o órgão executivo da União Europeia, responsável pela elaboração de propostas de novos atos legislativos europeus e pela execução das decisões do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Além disto, gere as políticas europeias e distribui os fundos da UE, zela pelo cumprimento do Direito Europeu e representa a UE perante a comunidade internacional. A direção política é composta por 28 Comissários (sendo um representante de cada país da UE e liderada pelo Presidente da Comissão que é o responsável pela divisão das pastas políticas pela Comissão.

<sup>42</sup> O artigo entretanto, ressalva que, “em caso de urgência excepcional, a Comissão não procederá a estas consultas, fundamentando a sua decisão na proposta que apresentar”. Não há porém indicação do que vem a ser o caso de “urgência excepcional” o que, de todo modo, deixa mais uma lacuna ao arbítrio da União.

<sup>43</sup> O Artigo 3º da Portaria nº 02 diz que: “Para efeitos do presente Protocolo, entende-se por ‘projecto de acto legislativo’ as propostas da Comissão, as iniciativas de um grupo de Estados-Membros, as iniciativas do

ser alterados pela Comissão devem ser enviados aos Parlamentos Nacionais e ao legislador da União.

O mesmo ocorre em relação ao Parlamento Europeu, que deve enviar seus projetos de atos legislativos aos Parlamentos Nacionais, bem como no que tange ao Conselho<sup>44</sup> que “envia aos Parlamentos nacionais os projectos de actos legislativos emanados de um grupo de Estados-Membros, do Tribunal de Justiça, do Banco Central Europeu ou do Banco Europeu de Investimento, bem como os projectos alterados” tudo isto é parte da providência adotada como salvaguarda à observância da subsidiariedade e da proporcionalidade.

Não se pode deixar, porém, de salientar que a interferência da União, não é por si só, maléfica. Observe-se que, em sua construção de significado, a palavra Subsidiariedade deriva de subsídio e – numa via de mão dupla – é para fornecer este subsídio aos Estados-Membros que a União neles interfere (perspectiva positiva), muito embora seja evidente que o princípio da subsidiariedade é intencionalmente dirigido à proteção dos Estados-Membros (perspectiva negativa) frente ao arbítrio da União.

Os limites desta interferência, porém, dependem da insuficiência do Estado-Membro e da maior efetividade e eficiência da União na prestação dos instrumentos necessários para a realização do objetivo. Logo esta perspectiva pode ser alargada ou limitada (REX, 2012, p.11).

O alargamento ou limitação do alcance da União está pautado, como sobredito em dois aspectos presentes no próprio artigo 5º do TUE, onde se define o princípio da subsidiariedade, são eles a insuficiência do Estado-Membro em alcançar o objetivo e a maior eficácia da União no alcance do objetivo pretendido.

Estando presentes um ou outro destes aspectos, nasce o critério autorizativo da intervenção da União em domínios que, pelo princípio da atribuição e em razão da repartição das competências não pertencem a ela.

Não cabe ao Estado-Membro, entretanto, provar a sua capacidade de realização dos objetivos a ele atribuídos ou a suficiência dos meios para fazê-lo, esta é presumida a partir do momento em que as competências lhes foram

---

Parlamento Europeu, os pedidos do Tribunal de Justiça, as recomendações do Banco Central Europeu e os pedidos do Banco Europeu de Investimento, que tenham em vista a adopção de um acto legislativo.”

<sup>44</sup> É organismo composto por ministros dos governos de cada país da UE, em função da matéria agendada, para ser a voz dos governos dos países da UE, aprovando as legislações e coordenando políticas.

atribuídas. Cabe, outrossim à União, o ônus de evidenciar – caso existam – as razões pelas quais julga não ser o Estado-Membro capaz de concretizar as competências que estejam sob seu domínio.

Não é fácil, contudo, definir esta incapacidade. Para tornar este processo mais fácil seria necessário vislumbrar casos extremos e isto nem sempre acontece. Quando não é possível provar a incapacidade é sempre mais adequado manter a competência sob a égide do ente mais próximo do cidadão, pois aquele compreende melhor as necessidades deste (Millon-Delsol, 1993, p. 69).<sup>45</sup>

E é em nome da manutenção destas competências em um âmbito mais próximo que, os grupos sociais lutam em defesa da sua autoridade frente à autoridade da União que os ultrapasse (Millon- Delsol, 1993, p. 70)<sup>46</sup>

Nem sempre o discurso de autoridade é aceitável. Nem sempre a discussão acerca da atribuição é efetiva para garantir que estas sejam respeitadas ainda que haja a insuficiência e/ou ineficácia na capacidade de alcance dos objetivos previstos no domínio dos Estados-Membros e em razão disto a competência da vigilância sobre os conflitos de competência parece algo difícil de imaginar. Especialmente por sua subjetividade e variabilidade no tempo.

Chantal Millon-Delsol, em sua obra “*Le Principe de Subsidiarité*” (1993, p. 71) diz que:

Os atores adquirem e perdem competências no curso da história. A devolução de competências, portanto, sofre modificações de acordo com a insuficiência reconhecida depois de um debate e é de uma forma dinâmica que a subsidiariedade ajuda a definir a distribuição de papéis (tradução nossa).<sup>47</sup>

Para que haja mais segurança e que esta seja capaz de limitar esta elasticidade dos princípios da subsidiariedade somado ao princípio da

---

<sup>45</sup> *Tout d'abord, la notion de capacité demeure bien confuse, voire totalement subjective. Il faut des cas extrêmes pour qu'elle se révèle d'évidence, en positif ou en négatif. Mais la vie n'est faite que de cas moyens, ou presque. Cependant, la question est facilitée par le fait qu'il ne s'agit pas d'évaluer la capacité virtuelle de plusieurs instances en concurrence, mais de juger de la capacité de l'instance la plus proche, à laquelle sera toujours dévolue la compétence au premier chef.*

<sup>46</sup> *Le constat d'insuffisance, par lequel la compétence passe d'une instance à l'autre, surgit en général d'un débat et souvent d'une lutte qui peut se révéler assez âpre. C'est pourquoi les sociétés inspirées par l'idée de subsidiarité vivent dans de permanentes discussions, au cours desquelles les groupes sociaux défendent leur autorité face aux autorités qui les surplombent, et notamment face à l'Etat.*

<sup>47</sup> *Les acteurs acquièrent ou perdent des capacités au cours de l'histoire. La dévolution des compétences souffre donc des modifications en fonction de l'insuffisance reconnue après un débat, et c'est d'une façon dynamique que la subsidiarité contribue à définir la distribution des rôles.*

proporcionalidade exige-se que eles devem fundamentar todos os projetos de atos legislativos. Esta fundamentação materializa-se através de uma “ficha com elementos circunstanciados que permitam apreciar a observância dos princípios”.<sup>48</sup>

Esta ficha deve contar com a presença de elementos que permitam aferir, dentre outras coisas, “as razões que permitam concluir que determinado objectivo da União pode ser melhor alcançado ao nível desta” devendo estas razões ser “corroboradas por indicadores qualitativos e, sempre que possível, quantitativos”.<sup>49</sup>

Note-se que, com a edição deste protocolo, a União Europeia demonstra a preocupação de que as medidas de controle da presença e utilização dos filtros da subsidiariedade e da proporcionalidade, sejam adotadas antes da edição definitiva do ato legislativo, ou seja, adotam-se todas as cautelas para que, quando ainda em fase de projeto, o ato legislativo tenha sanados os defeitos decorrentes da inobservância destes princípios.

Para isto, também no mesmo protocolo, informa as medidas que devem ser adotadas e como devem ser adotadas quando considerar-se que um projeto de ato legislativo não obedece ao princípio da subsidiariedade, senão vejamos:

Artigo 6º. Qualquer Parlamento nacional ou qualquer das câmaras de um desses Parlamentos pode, no prazo de oito semanas a contar da data de envio de um projecto de acto legislativo, nas línguas oficiais da União, dirigir aos presidentes do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão um parecer fundamentado em que exponha as razões pelas quais considera que o projecto em questão não obedece ao princípio da subsidiariedade. Cabe a cada um dos Parlamentos nacionais ou a cada uma das câmaras de um Parlamento nacional consultar, nos casos pertinentes, os Parlamentos regionais com competências legislativas.

Se o projecto de acto legislativo emanar de um grupo de Estados-Membros, o Presidente do Conselho enviará o parecer aos Governos desses Estados-Membros.

Se o projecto de acto legislativo emanar do Tribunal de Justiça, do Banco Central Europeu ou do Banco Europeu de Investimento, o Presidente do Conselho enviará o parecer à instituição ou órgão em questão.

Por fim, dispõe ainda sobre a sistemática de votação acerca da presença ou não do princípio da subsidiariedade, bem como do processo de reanálise dos projetos de ato legislativo, alteração ou retirada do mesmo dentre outros aspectos e

---

<sup>48</sup> Artigo 5º do Protocolo nº 02 relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade.

<sup>49</sup> *Idem.*

ainda sobre a competência recursal para conhecer de recursos fundamentados na inobservância do princípio da subsidiariedade.<sup>50</sup>

O Protocolo finaliza como uma importante medida, eminentemente fiscalizatória, segundo a qual a Comissão apresentará um relatório anual sobre a aplicação do artigo 5º do TUE.

Este relatório será apresentado pela Comissão ao Conselho Europeu, ao Parlamento Europeu, ao Conselho e aos Parlamentos nacionais, bem como ao Comitê Econômico e Social e ao Comitê das Regiões, visando a maior transparência possível quanto à edição de atos legislativos para que estes guardem estrita observância aos princípios sob os quais devem obediência.

O Princípio da Subsidiariedade guarda estrita ligação com a Teoria da Margem de Apreciação, pois que, aquele é uma ferramenta que blinda os Estados-

---

<sup>50</sup> Artigo 7º 1. O Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, bem como, eventualmente, o grupo de Estados-Membros, o Tribunal de Justiça, o Banco Central Europeu ou o Banco Europeu de Investimento, se deles emanar o projecto de acto legislativo, têm em conta os pareceres fundamentados emitidos pelos Parlamentos nacionais ou por uma câmara de um desses Parlamentos. Cada Parlamento nacional dispõe de dois votos, repartidos em função do sistema parlamentar nacional. Nos sistemas parlamentares nacionais bicamarais, cada uma das câmaras dispõe de um voto. 2. No caso de os pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade num projecto de acto legislativo representarem, pelo menos, um terço do total dos votos atribuídos aos Parlamentos nacionais nos termos do segundo parágrafo do n.º 1, o projecto deve ser reanalisado. Este limiar é de um quarto quando se tratar de um projecto de acto legislativo apresentado com base no artigo 76.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, relativo ao espaço de liberdade, segurança e justiça. Depois dessa reanálise, a Comissão, ou, eventualmente, o grupo de Estados-Membros, o Parlamento Europeu, o Tribunal de Justiça, o Banco Central Europeu ou o Banco Europeu de Investimento, se deles emanar o projecto de acto legislativo, pode decidir manter o projecto, alterá-lo ou retirá-lo. Esta decisão deve ser fundamentada. 3. Além disso, no quadro do processo legislativo ordinário, caso os pareceres fundamentados sobre a inobservância do princípio da subsidiariedade numa proposta de acto legislativo representem, pelo menos, a maioria simples dos votos atribuídos aos Parlamentos nacionais nos termos do segundo parágrafo do n.º 1, a proposta deve ser reanalisada. Depois dessa reanálise, a Comissão pode decidir manter a proposta, alterá-la ou retirá-la. Se optar por manter a proposta, a Comissão deverá especificar, em parecer fundamentado, a razão pela qual entende que a mesma obedece ao princípio da subsidiariedade. O parecer fundamentado da Comissão, bem como os pareceres fundamentados dos Parlamentos nacionais, deverão ser submetidos ao legislador da União, para ponderação no processo legislativo: a) Antes de concluir a primeira leitura, o legislador (Parlamento Europeu e Conselho) ponderará a compatibilidade da proposta legislativa com o princípio da subsidiariedade, tendo especialmente em conta as razões expressas e partilhadas pela maioria dos Parlamentos nacionais, bem como o parecer fundamentado da Comissão; b) Se, por maioria de 55 % dos membros do Conselho ou por maioria dos votos expressos no Parlamento Europeu, o legislador considerar que a proposta não é compatível com o princípio da subsidiariedade, a proposta legislativa não continuará a ser analisada.

Artigo 8º O Tribunal de Justiça da União Europeia é competente para conhecer dos recursos com fundamento em violação do princípio da subsidiariedade por um acto legislativo que sejam interpostos nos termos do artigo 263.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia por um Estado-Membro, ou por ele transmitidos, em conformidade com o seu ordenamento jurídico interno, em nome do seu Parlamento nacional ou de uma câmara desse Parlamento. Nos termos do mesmo artigo, o Comitê das Regiões pode igualmente interpor recursos desta natureza relativamente aos actos legislativos para cuja adopção o Tratado sobre o funcionamento da União Europeia determine que seja consultado.

Membros do arbítrio da União sobre os seus localismos. Sabendo disto, indaga-se: Qual a relação do Princípio da Subsidiariedade com os localismos tratados no ponto 1.2. deste trabalho? É o que passaremos a tratar.

#### 2.4 SUBSIDIARIEDADE E RESPEITO AOS LOCALISMOS: O TERRENO PARA A MARGEM DE APRECIACÃO

Diante do que foi desenvolvido até o momento e também em razão dos mecanismos aqui delineados afunila-se a partir de agora o objeto deste estudo. Tratar dos localismos, realizando o necessário contraponto com o ideal globalizante e combinar suas conexões com o princípio da subsidiariedade que é inarredável em sede de observância do fiel desenvolvimento das relações entre a União Europeia e os Estados Membros faz com que delimitemos o terreno onde se desenvolve a Teoria da Margem de apreciação.

Antes de tratarmos dela especificamente, há que se fazer a conexão dos influxos que o princípio da subsidiariedade tem no desenvolvimento e proteção dos localismos e/ou regionalismos e vice-versa e como este “escudo” evita que o alcance da mão da União promova a desnaturação das características próprias e do direito próprio dos Estados Membros que à formam.

Como fora visto logo no traçar dos elementos iniciais desta dissertação, muito embora a ordem jurídica supranacional tenha aplicação direta no direito interno dos países formadores da União Europeia e ainda que haja a primazia desta em diversos aspectos, correlatos aos domínios sobre os quais lhes são atribuídas as competências, ambas as ordens jurídicas, embora coexistam no espaço e no tempo, são inter-relacionadas, porém, independentes.

Por independência deseja-se dizer que dirigem suas próprias soluções, dentro de seus próprios domínios atribuídos, observando, claro, os parâmetros que não podem ser ultrapassados e mantendo-se vigilantes acerca de suas competências, em nome do equilíbrio institucional de suas funções.

Conquanto, já se esteja há algum tempo planejando e elaborando o que virá um dia a ser a Constituição da União Europeia<sup>51</sup>, não se pode olvidar que, até o momento, a UE é uma entidade criada pela vontade e pela união de seus estados membros, não havendo que se falar aqui ainda em Poder Constituinte Europeu.

Esta característica tem vital importância quando se trata da atribuição de competências, uma vez que (ao menos em tese), a circunscrição de seu alcance deve estar adstrita ao que lhes for designado pelos Estados, detentores pretéritos e naturais das competências que lhes são assinaladas.

Eis que, ao atribuir estas competências à União, os Estados não desejam colocar sob seu domínio o poder de desnaturar suas características. Manter as particularidades inerentes à sua conformação histórica, cultural, social, os já ditos particularismos que estão instituídos profundamente em suas raízes, são um limite que os Estados-Membros mantêm na esfera do intransponível.

Esses limites inegociáveis são constituídos pelo que há de mais elementar, primitivo e indissociável dentro da manifestação particular dos “povos europeus” antes de se falar em “povo europeu”.

Sabendo que cada uma destas diferenças e características redundam em uma composição diversa de fatores e que estes fatores constroem a partir dos particularismos relevos locais que traduzem uma identidade peculiar, ao imaginar a realidade prismática na qual redundam parece impossível conformá-la dentro de uma única ordem hermética. E o é.

Isto se estende também – principalmente – para o direito. É incontestável que o direito de cada Estado sofre as influências diretas das particularidades que subjazem notadamente à sua ordem social e cultural.

Prova maior disto é que o direito consuetudinário, prescinde de qualquer codificação e ainda assim vinculou e vincula comportamentos e modos de viver em sociedade desde tempos mais remotos até hoje em dia, como por exemplo no caso do Reino Unido, que há pouco deixou de fazer parte da União Europeia.<sup>52</sup>

---

<sup>51</sup> O Tratado de Roma (Projeto de Tratado Constitucional Europeu), assinado em 29 de Outubro de 2004, e publicado no Jornal Oficial da União Europeia em 16 de Dezembro de 2004 e o Tratado de Lisboa de 13 de outubro de 2007 (com entrada em vigor em 1º de Dezembro de 2009), são os maiores expoentes destas tentativas.

<sup>52</sup> A saída do Reino Unido da União Europeia, mais conhecida como BREXIT foi referendada pelos cidadãos do Reino Unido em 23 de junho de 2016.

As diferenças em sede de direitos nem sempre podem ser padronizadas, pois dizem respeito às características que variam no espaço e no tempo e assim variam também de Estado para Estado. Acreditar na possibilidade de padronização de localismos em nome da superposição do global pela igualdade significa dizer que a igualdade propugnada é em si mesma autofágica, destruindo-se para proteger-se.

O Projeto de Tratado Constitucional Europeu, ciente de que para lograr êxito na empreitada a que se propunha, precisaria deixar claro que não intencionava privilegiar padrões, mas diferenças trouxe em seu artigo 5º, ao tratar da relação da União para com os Estados-Membros, a seguinte afirmação:

**Art. 5º. 1. A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante a Constituição, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional.** A União respeita as funções essenciais do Estado, nomeadamente as que se destinam a garantir a integridade territorial, a manter a ordem pública e a salvaguardar a segurança nacional (grifos nossos).

Embora bem intencionada, a afirmação, no mesmo artigo *in fine*, ganha contornos meramente protocolares, pois que, veda aos Estados-Membros a possibilidade de tomar medidas que ponham em perigo o alcance dos objetivos da União. Senão, vejamos:

**Os Estados-Membros facilitam à União o cumprimento da sua missão e abstêm-se de qualquer medida susceptível de pôr em perigo a realização dos objectivos da União.**

O que *a priori* parece apenas um mecanismo de defesa da União frente à possibilidade de invasão das competências que lhes são atribuídas é, ao mesmo tempo, um mecanismo que desautoriza os Estados-Membros a tomarem “qualquer medida” que ponha em perigo o alcance dos objetivos da União, ainda que estas medidas ponham em perigo o alcance dos seus próprios objetivos.

Fica clara essa perspectiva a partir do momento em que, voltando-se à análise da parte do artigo dos deveres da União para com os Estados-Membros, esta não faz qualquer ressalva, impondo apenas a sua prestação positiva de guarda e proteção em favor dos Estados-Membros sem, entretanto, expressar sua necessidade de, em razão do respeito que prescreve abster-se de agir, quando instada a fazê-lo ou quando demandar a natureza da ação.

O mecanismo dos Estados-Membros para garantir a proteção dos seus localismos/regionalismos e particularidades é, em suma, o princípio da subsidiariedade e essa relação estreita com a manutenção da possibilidade de coexistência de diferenças o faz externar, com contundência, que a “primazia” do direito da União não alcança o que a ela não se submete em razão de sua natureza particular.

É a seara onde, como já dito ao tratar especificamente sobre este princípio, se pergunta: A União deve agir? Podemos ir além e reformular o questionamento apresentando um novo imperativo que orbita não através do dever, mas sim da possibilidade, a pergunta passa a ser: A União pode agir? De onde se colherá maior benefício para o Estado-Membro? A partir de que perspectiva se vislumbra a manutenção do processo decisório na escala ou nível mais próximo possível dos cidadãos? O Estado Membro, ainda que obrigado a partir dos “tratados” que subscreveu mantém suas competências sobre que domínios? E sobre os domínios que não pertencem a eles em razão do princípio da atribuição, há alguma margem de apreciação que os permita agir? É o que veremos adiante.

### **3 TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO E CONTRALIMITES: DIÁLOGO X CONSENSO**

Como foi explicitado exhaustivamente até o momento, especialmente quando se tratou da conformação do ente supraestatal que nos serve de parâmetro para esta pesquisa, sabe-se que a União Europeia não nasceu a partir de um “poder constituinte europeu” mas sim a partir da conformação de vontades dos Estados que a formam.

Esta conformação de vontades, vale dizer, muito embora esteja dirigida pelo consenso em muitos de seus aspectos, não está formada unicamente de consensos. Pode-se dizer sem receio de incorrer em uma inverdade que, o dissenso é fortemente presente e que sua presença engloba assuntos da mais alta importância dentro das relações desenvolvidas a partir desta conformação de vontades.

A conciliação de valores, negociação de variáveis e controle de expectativas que permeiam as tensões naturalmente existentes em um organismo que recebe influxos de diversas ordens e níveis, nem sempre é possível sem que haja tolhimento de caracteres substanciais que sofrem modulações adaptativas para “caber” na ordem supraestabelecida.

Com efeito, este tolhimento acaba por descaracterizar raízes e fins que são matéria e produto de uma construção independente, cuja independência deseja manter, ainda que passando a ser parte de um conjunto que predisponha certa interdependência.

Trata-se da necessidade de manutenção de valores base, inarredáveis para a existência plena, pautada na completude de todo elemento íntimo, externado através de como se revelam os valores supraditos para o mundo exterior.

Esta completude e existência plena exteriorizam-se essencialmente na maneira como se desenvolvem as relações sociais, econômicas, afetivas e principalmente culturais que partem do individual e circundam a coletividade e que ciclicamente retornam a partir do coletivo para o individual, alimentando-se de si mesma em uma constante reafirmação de valores.

Inobstante a sociedade moderna e globalizada seja essencialmente multicêntrica, é também, fundamentalmente heterogênea, guardando mesmo dentro de comunidades e organismos pequenos, grandes diferenças.

Pensar em uma supraestrutura onde micromundos conglobam outros mundos ainda menores e estes, por sua vez, também outros pequenos organismos dentro de si, somente pode ser possível se as diferenças que os conformam foram as protagonistas desta aglutinação.

Já fora visto anteriormente que, a argamassa que une essas diferenças está na consagração dos “*topoi*” que conforme Boaventura de Sousa Santos são “os lugares comuns retóricos mais abrangentes de determinada cultura” pois que são os mais prováveis pontos de ligação capazes de, sem descaracterizá-las, possibilitar a máxima efetividade da sua experiência.

Assim, na consciência de contextos sociais e culturais plurais e em constante mutação, há balizas para que as atividades dirigidas à congruência de objetivos sem que se prescindia para isto do respeito aos valores de cada núcleo ou nível diverso.

É assim que modernamente vêm sendo manejadas as articulações que frutificam em Tratados Internacionais, na tentativa mais eficiente de promover a convergência de objetivos e ao mesmo tempo não olvidar o respeito aos valores base de cada contratante.

Há exemplos bem delineados deste binômio no texto dos próprios tratados e é a partir da análise de alguns trechos destes que iremos compulsar onde é possível identificar o “contralimite” do Estado frente ao que impõe o instrumento jurídico que o obriga.

### 3.1 OS TRATADOS INTERNACIONAIS E A PREVISÃO DE “CONTRALIMITES” ÀS OBRIGAÇÕES NELE PACTUADAS

Para manter o caráter objetivo desta pesquisa, não faremos aqui uma análise densa do que vem a ser um tratado internacional, suas características e conceituações. Partindo da premissa de que, as concepções que aqui nos

interessam estão subjacentes ao texto que desenvolvemos, iremos nos ater ao que nos direciona ao objeto central deste estudo, fazendo – quando necessário – apontamentos perfunctórios.

Os tratados internacionais são em sua extensa maioria, fruto do pacto de obrigações entre Estados ou organismos internacionais. Obrigações estas que, dirigem-se ao alcance de objetivos comuns através de uma prestação positiva (obrigação de fazer) ou uma abstenção (obrigação de não fazer). São assim, a fonte obrigacional principal do Direito Internacional.

Saliente-se ainda que, embora sejam tidos como “fonte obrigacional” os tratados internacionais somente podem ser dirigidos pelo consenso, ou seja, pela expressão da vontade em contratar. Só assim se pode exigir o cumprimento das obrigações nele pactuados (PIOVESAN, 2015, p. 108).

Ainda assim, sabendo-se que pautam-se no consenso, existe a possibilidade de que o “contratante” declare ou formule reservas ao tratado. Flávia Piovesan (PIOVESAN, 2015, p. 108-109) explica a possibilidade da “reserva” nos seguintes termos:

Em geral, os tratados permitem sejam formuladas reservas, o que pode contribuir para a adesão de maior número de Estados. Nos termos da Convenção de Viena, as reservas constituem “uma declaração unilateral feita pelo Estado, quando da assinatura, ratificação, acessão, adesão ou aprovação de um tratado, com o propósito de excluir ou modificar o efeito jurídico de certas previsões do tratado, quando de sua aplicação naquele Estado”. Entretanto, são inadmissíveis as reservas que se mostrem incompatíveis com o objeto e propósito do tratado, nos termos do art. 19 da Convenção.

Note-se que, embora se saiba que a assinatura do tratado internacional obriga as partes, estas encontram a possibilidade de, discordando de algum dos aspectos nele propostos, fazer reservas sobre estes (caso estes sejam multilaterais e a natureza do tratado permita), desde que esta reserva não desnature ou não incida sobre ponto essencial ao fim a que se propõe o tratado. As reservas podem, também ser retiradas por quem as tenha feito, posteriormente<sup>53</sup>.

---

<sup>53</sup> O Artigo 19 da Convenção de Viena traz a disciplina do instituto das reservas nos Tratados Internacionais. Apresentando-a da seguinte maneira: “Um Estado ou uma organização internacional pode, ao assinar, ratificar, confirmar formalmente, aceitar ou aprovar um tratado ou a ele aderir, formular uma reserva, a não ser que: a) a reserva seja proibida pelo tratado; b) o tratado apenas autorize determinadas reservas, entre as quais não figure a reserva em questão; ou c) nos casos não previstos nas alíneas a e b, a reserva seja incompatível com o objeto e a finalidade do tratado.”

Ante a crescente internacionalização de direitos e da globalização que lança o patamar das esferas jurídicas para outros níveis, a reserva que o contratante pode realizar é sem dúvidas, um instrumento bastante útil, pois, embora não modifique as condições do tratado para os demais contratantes,<sup>54</sup> produz os efeitos que possibilitam ao Estado (organismo) aderir ao tratado, ainda que haja alguma disposição com a qual ele não concorde ou deseje assumir.

Há também outro aspecto que merece observância, que é a preponderância cada vez maior do direito internacional (externo) sobre o direito nacional (interno). Seja pelo maior alcance de interesses coletivos, seja pela maior densidade protetiva, seja em razão de interrelações que apenas podem se desenvolver em nível internacional, o fato é que a ordem internacional permeia com cada vez mais força as relações mais elementares entre os cidadãos dos Estados que dele comungam.

Fatalmente, com ordens jurídicas concomitantes, haverá casos onde, ambas as ordens (externa e interna) tratarão diretamente ou tangencialmente do mesmo objeto e isto acontece com certa frequência, pois que, como já foi dito, tratam-se de ordens que coexistem e não são mutuamente excludentes.

Nisto, é quase certo que haverá conflitos sobre quem detém a competência para deslindar a situação sob tensão. Entretanto, a própria definição destas competências, não raro, é por si só um conflito.

A maioria dos tratados traz em seu próprio bojo, as definições de competência e as atribuições de cada parte contratante de maneira pormenorizada, o que, nem sempre, evita os choques, pois como aventado supra, nem sempre é tarefa fácil separar com exatidão numa situação fática o que é competência de um ou outro ente. Isto porque, a complexidade das relações desenvolvidas e das situações delas decorrentes mesclam em um mesmo âmbito, domínios de ordens/níveis diversos. Conquanto, há instrumentos criados na tentativa de mitigar possíveis tensões que venham a surgir a partir destes choques. É o que observaremos agora.

---

<sup>54</sup> O Artigo 21 da Convenção de Viena em sua parte 2 traz a seguinte dicção: “A reserva não modifica as disposições do tratado quanto às demais partes do tratado em suas relações *inter se*”.

## 3.2 AS CLÁUSULAS DE ACOMODAÇÃO DOS TRATADOS: INSTRUMENTOS ADAPTATIVOS DAS FORÇAS GERADORAS DE TENSÕES

Na tentativa de evitar ou ao menos dirimir tensões mais previsíveis, alguns tratados apresentam o que chamaremos aqui de “cláusulas de acomodação ou limitação” (MATTOSINHO & MARTINS, 2015, p. 1429), que são uma espécie de contralimite do Estado, manifestado através de “ressalvas” dentro do próprio artigo do tratado, em rol que baliza a disposição principal apresentada no em seu *caput*.

A denominação de “cláusula de acomodação” é bastante sugestiva e já nos remete à função que estas devem desempenhar. São os instrumentos que visam adaptar a ordem jurídica interna aos novos dispositivos da ordem externa que serão internalizados e aos quais esta ordem estará submetida, a partir da entrada em vigor do tratado que as obriga, à coexistir.

É um “contralimite” que o Estado possui para manter a coerência do seu ordenamento interno frente às disposições e novos limites designados pela ordem internacional.

Há exemplos destas cláusulas de acomodação espalhados pelos inúmeros tratados internacionais que regem as relações entre os Estados-Membros da União Europeia, abaixo colacionamos o artigo 14 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>55</sup>:

### **Artigo 14. Direito à educação**

1. Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua.
2. Este direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório.
3. São respeitados, **segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas (grifos nossos).**

---

<sup>55</sup> A Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, feita em Nice em 7 de Dezembro dos anos 2000 e publicada no Jornal Oficial das Comunidades Europeias em 18 de Dezembro do mesmo ano, reconhece direitos, princípios e liberdades implicando em responsabilidades e deveres tanto para com as outras pessoas individualmente consideradas, como para com a comunidade humana e as gerações futuras.

Observe-se que a ressalva feita apresenta a necessidade de observância da legislação nacional que rege o objeto pactuado na Carta. Há outros exemplos no mesmo instrumento onde o vocábulo “lei” soma-se à expressão “interesse público” que é um indício da obediência à manutenção da tomada de decisões no nível mais próximo possível do cidadão, haja vista o “interesse público” propugnado, referir-se ao interesse da esfera local, de onde emana a lei a que se refere o artigo. Vejamos:

#### Artigo 17. **Direito de propriedade**

1. Todas as pessoas têm o direito de fruir da propriedade dos seus bens legalmente adquiridos, de os utilizar, de dispor deles e de os transmitir em vida ou por morte. Ninguém pode ser privado da sua propriedade, **excepto por razões de utilidade pública, nos casos e condições previstos por lei e mediante justa indemnização pela respectiva perda, em tempo útil. A utilização dos bens pode ser regulamentada por lei na medida do necessário ao interesse geral (grifos nossos).**

O projeto de Constituição da União Europeia também consagra a expressão “ao abrigo do direito nacional” como uma regra de acomodação ao falar dos Estatutos da Igrejas e das Organizações Não Confessionais em seu artigo 52, onde se lê:

1. **A União respeita e não interfere no estatuto de que gozam, ao abrigo do direito nacional**, as igrejas e associações ou comunidades religiosas nos Estados-Membros.
2. **A União respeita igualmente o estatuto de que gozam, ao abrigo do direito nacional**, as organizações filosóficas e não confessionais.
3. **Reconhecendo a sua identidade e o seu contributo específico, a União mantém um diálogo aberto, transparente e regular com as referidas igrejas e organizações (grifos nossos).**

Nesta disposição supra, há além da menção à não interferência da União, ao respeito do que resida “ao abrigo do direito nacional” e mais, à manutenção de um diálogo “aberto, transparente e regular”, que demonstra a perspectiva dialógica que é o pressuposto da coexistência das ordens jurídicas externa e interna. Uma clara “concessão” da União que, dirigida a mitigar tensões, relega a disciplina deste objeto ao direito interno (fonte local) por estar indubitavelmente mais próximo da realidade dos cidadãos.

Em trecho do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>56</sup> – ainda que em meio à disposições que tratam com muito mais evidência (em razão

---

<sup>56</sup> Artigo 147 do TFUE (antigo artigo 127 do TCE) que trata da política de emprego na União Europeia.

de sua natureza supraestatal) do alcance dos poderes da União e das responsabilidades dos Estados-Membros para com ela – pode-se ver que há o estabelecimento do respeito às competências do Estado-Membro, quando preceitua:

**Artigo 147. 1. A União contribuirá para a realização de um elevado nível de emprego, incentivando a cooperação entre os Estados-Membros, apoiando e, se necessário, completando a sua ação. Ao fazê-lo, respeitará as competências dos Estados-Membros (grifos nossos).**

Já neste trecho, há a presença de um entendimento que reafirma uma outra ferramenta sumamente importante dentro da disciplina da atribuição de competências a que se submetem os contratantes deste tratado, qual seja o princípio da subsidiariedade, constituinte sem dúvidas de outro contralimite ao alcance da força normativa externa.

Quando se vê acima a expressão “[...] apoiando e, se necessário, completando a sua ação” remetemo-nos à pergunta que outrora fizemos para justificar a interferência da União: A União deve/pode intervir? A resposta caberá à análise do caso concreto ante a presença das condições já explicitadas no tópico 2.3.

Insta salientar que, sobre a intervenção neste caso particularmente no exercício de “completar” a ação do Estado-Membro, caberá à União o ônus de provas que o Estado está exercendo sua competência de maneira insuficiente ou não a está exercendo.

Trata-se de uma análise objetiva. Não há aqui necessariamente ponderação de valores ou utilização da análise abstrata de interesses. É, como clarifica o artigo uma “complementação” diante de uma eventual constatação (fundamentada na existência da observância da subsidiariedade e da proporcionalidade)<sup>57</sup> da insuficiência da prestação estatal para o alcance do objetivo da União, sempre na medida proporcional ao alcance deste.

A demonstração das cláusulas de acomodação intenciona permitir aos Estados-Membros o manejo das condições necessárias para adaptar-se às disposições do tratado, além da reafirmação da sua própria ordem jurídica, das atribuições que lhes são conferidas e da manutenção do processo decisório no nível mais próximo dos seus domínios.

---

<sup>57</sup> Em obediência ao Protocolo de Aplicação dos Princípios da Subsidiariedade e da Proporcionalidade, nº 02 da EU.

Note-se que, embora sejam estes mecanismos, contralimites aos limites impostos pela União estes (os contralimites) são designados por ela própria, em razão do tratado que os Estados “apenas” subscrevem. E por isto, não se pode afirmar que, conquanto pareçam inicialmente o mesmo instituto, não se tratam estas cláusulas da “margem de apreciação nacional” que estamos buscando delinear. Esclareceremos o porquê e as diferenças que regem estes institutos a seguir.

### 3.3 MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: A LIBERALIDADE DO ESTADO, PELO ESTADO E PARA O ESTADO?

No tópico anterior, pudemos estabelecer através da definição do que vêm a ser as cláusulas de acomodação dos tratados internacionais, que estas se dirigem a adequar (no que for possível e sem desnaturar suas disposições e objetivos) o conteúdo dos tratados internacionais às disposições de direito interno dos seus signatários e aos novos limites e obrigações por eles estabelecidos.

Constatou-se também que estas cláusulas de acomodação não provém do direito interno dos Estados, mas sim, estão prescritas no próprio tratado e autorizam que nos casos e dentro dos limites arrolados neste, os Estados lancem mão do seu próprio ordenamento para disciplinar situações que possam vir a causar tensões entre as ordens jurídicas envolvidas.

A teoria da margem de apreciação, guarda importantes semelhanças mas também importantes diferenças com as cláusulas de acomodação, pois transcende a mera função de adequação e alça um patamar mais amplo e complexo nesta relação dialética entre a União e o Estado. Consiste em um “espaço de discricionariedade que os Estados-partes de um tratado internacional dispõem para determinar o conteúdo e o alcance dos direitos humanos para a sua proteção, a partir de considerações de ordem jurídica, social e cultural (MATTOSINHO & MARTINS, 2015, p. 1432)”.

Não há previsão expressa da teoria da margem de apreciação nos tratados e protocolos da União Europeia, tampouco no que diz respeito ao Pacto de San José da Costa Rica e aos demais dispositivos e instrumentos interamericanos extrajudiciais. Esta teoria é resultado de um esforço interpretativo que supõe que não há como realizar as interpretações de direitos ou de dispositivos de um tratado de maneira apartada não somente do ordenamento jurídico interno, mas também, de toda ordem cultural, social e econômica, que conformam as raízes mais íntimas e profundas de uma realidade local.

Em reafirmação ao princípio da subsidiariedade da atuação internacional nos domínios da ordem jurídica interna, confirma-se a prioridade dos Estados em posicionar-se com mais propriedade sobre os assuntos que o circundam em razão da proximidade com ele guardada, porém, não se pode olvidar a ressalva feita nos dispositivos do próprio tratado, que propugnam a possibilidade de a União intervir quando necessário.

As autoridades nacionais compreendem melhor a noção de “necessidade” dentro de seu contexto por estarem em plena vivência daquilo que se questiona, podendo decidir como agir, quando agir, e o porquê de fazê-lo tendo em vista às pressões sociais sobre elas exercidas, às quais só estão suscetíveis em razão de uma identificação íntima que não existe em outro nível de tutela.

Esta doutrina tem encontrado amparo na medida em que dar uma margem de discricionariedade que permita aos Estados-Membros implementar parâmetros convencionais que levem em consideração suas próprias circunstâncias e condições nacionais é, também, sem dúvida uma forma de balancear a relação de soberania das partes contratantes com as suas obrigações perante os tratados dos quais são signatárias.

Isto também permite balancear o espaço que os Estados possuem quando da aplicação do direito supraestatal, providência indispensável para que se protejam requisitos e estatutos internos que sejam indispensáveis para a manutenção da ordem e do equilíbrio dentro do próprio Estado (ANRÓ, 2010, p. 09).

Aplicar o seu próprio direito, entretanto, não significa prescindir da Ordem Jurídica externa, como já dito, pois que, “a invocação da identidade constitucional de um Estado-Membro não pode servir para subverter os fundamentos do direito da integração” (SILVEIRA E FERNANDES, 2017, p. 07).

Trata-se de uma constante capitalização da interatividade entre ordens jurídicas existente em razão deste pluralismo constitucional, onde não se logra ignorar uma ordem jurídica em face da outra, mas sim, aplicar o direito que ofereça melhor nível de proteção à situação que a ele se submeta.

Eis aí, uma outra face do princípio da subsidiariedade, não se trata apenas de ser uma mera ferramenta de defesa do ordenamento jurídico interno do Estado-Membro, trata-se de uma ferramenta de proteção do cidadão. Em razão disto é que a busca de efetividade, nem sempre permite que, aquilo que seja deixado ao arbítrio do Estado-Membro apresente “a melhor solução” ou a “solução mais efetiva”, ou mesmo uma solução, posto que, também se deve contar com a não rara omissão estatal em desempenhar as competências que se lhe são atribuídas.

Exemplo disto é o emblemático caso *Taricco*<sup>58</sup> que, exemplifica e corrobora a supradita interatividade de ordens constitucionais, o exercício da “margem de apreciação nacional” e a funcionalidade dos mecanismos que visam o oferecimento do melhor nível de proteção de direitos, que é o compromisso dos contratantes dos tratados fundantes da UE e dos demais dispositivos que a estes subjazem e complementam. É o que veremos a seguir.

### 3.4 O CASO TARICCO: LIMITES À LIBERALIDADE E O MELHOR NÍVEL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS

Referido-se à uma situação que normalmente não pareceria exigir, sequer do ordenamento jurídico interno, um grande esforço interpretativo para sua solução, o caso *Taricco*, como ficou conhecido, trata-se de um episódio consistente na apuração de crimes de fraude fiscal na Itália, que tangencialmente acabaram por refletir na captação dos recursos da União Europeia. Explicamo-nos.

A fraude incidia sobre a cobrança do imposto sobre o valor acrescentado (IVA)<sup>59</sup>, que trata-se de um imposto que é cobrado sobre absolutamente todos os produtos e serviços. No caso específico do IVA e de alguns outros impostos de

---

<sup>58</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*, de Setembro de 2015, Processo C-105/14 EU:C:201:555.

<sup>59</sup> *Imposta Sul Valore Aggiunto*. É o imposto que incide sobre serviços ou consumo, e tributa o “valor agregado” das transações efetuadas pelo contribuinte.

consumo aplicados aos combustíveis ao álcool e ao tabaco, os 28 governos dos estados-membros formadores da União Europeia resolveram pelo estabelecimento de um “alinhamento geral das regras em vigor e das taxas mínimas de tributação a fim de evitar distorções da concorrência entre os países da UE (UE, 2018)”.

Ocorre que, as receitas advindas da aplicação de uma taxa padrão à matéria coletável harmonizada do IVA, compõem os recursos próprios da UE. Em razão disto, há uma estrita relação entre a cobrança do IVA e a composição das receitas da União e deste modo, insere-se no âmbito de aplicação do direito da União Europeia a infração contra seu interesse financeiro, devendo os Tribunais dos Estados-Membros garantirem a efetividade do cumprimento deste direito, numa clara lição de interconstitucionalidade entre o direito nacional e internacional (SILVEIRA & FERNANDES, 2017).

Para que possamos melhor compreender como se desenvolveu o caso sob comento, colacionamos abaixo uma breve descrição do mesmo e dos liames que conformaram a maneira como se deu o seu desenvolvimento perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), vejamos:

O pedido de decisão prejudicial na origem da prolação do acórdão *Taricco* fora apresentado ao Tribunal de Justiça no âmbito de um processo penal instaurado contra sete arguidos acusados de terem formado e organizado uma associação com o fim de cometer diversos crimes em matéria de IVA. **Sucedo que o regime italiano de prescrição de infrações penais era tal que, dada a complexidade e a duração dos processos penais, os arguidos acusados de crimes em matéria de IVA que constituíssem fraude grave lesiva dos interesses financeiros da União eram suscetíveis de beneficiar de uma impunidade de facto devido à expiração dos prazos de prescrição, o que em Itália sucedia «*não (como) um caso excepcional, mas a norma*». (grifos nossos)** Referindo-se então ao art. 325.º TFUE, o Tribunal de Justiça especificou que, muito embora os Estados-Membros gozem de uma «*liberdade de escolha das sanções aplicáveis*», o direito da União impõe-lhes uma «*obrigação de resultado precisa*» de combater as atividades ilícitas lesivas dos interesses financeiros da União através de «*medidas dissuasoras e efetivas*», devendo para o efeito adotar «*as mesmas medidas que adotarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros*» (SILVEIRA & FERNANDES, 2017, p. 10).

Perceba-se que, como já fora dito, no caso *Taricco*, observa-se o crime de fraude fiscal em matéria que envolvia o IVA na Itália, que entretanto acabava por atingir de maneira reflexa os recursos financeiros da União, pois que parte da sua receita advém de uma taxa padrão aplicada á coleta do IVA. Vistas e revistas estas considerações, passamos a vislumbrar na descrição acima, especialmente nos grifos

realizados, aspectos que envolvem o cerne da teoria da Margem de Apreciação Nacional.

Do trecho colacionado podemos observar os seguintes extratos:

- 1) A complexidade e a duração dos processos penais para a apuração de infrações penais, acabava por induzir à impunidade e isto atingia neste caso, o interesse da União em razão da expiração dos prazos prescricionais;
- 2) Na Itália, os casos de impunidade devido à prescrição eram regra e não exceção;
- 3) A união reconhece a possibilidade de o Estado-Membro agir com liberalidade quanto à escolha das sanções aplicáveis, dando-lhe assim, margem de apreciação acerca deste aspecto obrigacional;
- 4) Embora tenham liberdade de escolher as sanções aplicáveis, estas necessitam impor-se de maneira precisa e efetiva para que se possa alcançar o resultado pretendido, qual seja, evitar/punir a fraude fiscal;
- 5) Para alcançar este objetivo, é obrigação dos Estados-Membros que estes se utilizem de mecanismos iguais aos que utilizam para combater fraudes que lesionem seus interesses internos;

Podemos encontrar o amparo do qual se utilizou o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) como mencionado, no artigo 325º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia, este por sua vez, traz os esclarecimentos necessários para compreendermos a razão de ter nascido para a União, o direito de aplicar o seu direito, observemos:

Artigo 325º:

**1. A União e os Estados-Membros combaterão as fraudes e quaisquer outras atividades ilegais lesivas dos interesses financeiros da União, por meio de medidas a tomar ao abrigo do presente artigo, que tenham um efeito dissuasor e proporcionem uma proteção efetiva nos Estados-Membros, bem como nas instituições, órgãos e organismos da União.**

**2. Para combater as fraudes lesivas dos interesses financeiros da União, os Estados-Membros tomarão medidas análogas às que tomarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros (grifos nossos).**

Na hipótese de o juiz nacional chegar à conclusão de que a aplicação das disposições nacionais em matéria de interrupção da prescrição terá o efeito, num número considerável de casos, de os factos constitutivos de fraude grave não virem a ser punidos penalmente, na medida em que esses factos estão, geralmente, prescritos antes de a sanção penal prevista na lei poder ser aplicada por uma decisão judicial transitada em julgado, há que considerar que as medidas previstas pelo direito nacional para combater a fraude e qualquer outra atividade ilegal lesivas dos interesses financeiros da União não podem ser tidas como efetivas e dissuasoras, o que é incompatível com o artigo 325.º, n.º 1, TFUE, com o artigo 2.º, n.º 1, da Convenção PIF e com a Diretiva 2006/112, lida em conjugação com o artigo 4.º, n.º 3, TUE.<sup>60</sup>

Nisto, a incumbência de provar a insuficiência do Estado-Membro na promoção das medidas *dissuasoras e efetivas* pactuadas no artigo 325º do TFUE está devidamente suprida, pelo que, o princípio da subsidiariedade está configurado e em razão dele, a União poderá lançar mão do seu direito, guardada a proporcionalidade inafastável, para ver garantidas as obrigações condescendidas nos tratados que os compelem.

Estando presente o mecanismo autorizativo da intervenção da União, que passa a ter garantida a obrigatoriedade da aplicação do seu direito pelos Tribunais nacionais, pois que são “órgãos jurisdicionais funcionalmente europeus” estes devem aplicar o direito supraestatal independentemente de revogação prévia das disposições de direito interno ou de outro procedimento constitucional equivalente.

Esta consignação apresenta as consequências *in casu* da incompatibilidade das disposições nacionais com o direito da Supraestatal e como deve se portar o juiz nacional frente a esta possibilidade. A exata dicção destas recomendações está também presente no acórdão *Taricco* em seus considerandos de nº 49 ao 52, nestes termos:

**49. Caso o órgão jurisdicional nacional chegue à conclusão de que as disposições nacionais em causa não satisfazem a exigência do direito da União quanto ao carácter efetivo e dissuasor das medidas de luta contra a fraude ao IVA<sup>61</sup>, incumbir-lhe-á garantir a plena eficácia do direito da União, não aplicando, se necessário, as referidas**

<sup>60</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2015:555>>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

<sup>61</sup> Aqui, percebe-se que há a busca pela confirmação da ineficiência nacional na aplicação das medidas efetivas e dissuasoras na luta contra a fraude fiscal.

**disposições** <sup>62</sup> e neutralizando assim a consequência assinalada no n. o 46 do presente acórdão, sem que tenha de pedir ou esperar pela sua revogação prévia por via legislativa ou ECLI:EU:C:2015:555 11 ACÓRDÃO DE 8. 9. 2015 — PROCESSO C-105/14 TARICCO E O. por qualquer outro procedimento constitucional (v., neste sentido, acórdãos Berlusconi e o., C-387/02, C-391/02 e C-403/02, EU:C:2005:270, n. o 72 e jurisprudência referida, e Küçükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, n. o 51 e jurisprudência referida).

50. A este respeito, importa sublinhar que a obrigação dos Estados-Membros de combater as atividades ilícitas lesivas dos interesses financeiros da União através de medidas dissuasoras e efetivas, bem como a sua obrigação de adotar as mesmas medidas que adotarem para combater as fraudes lesivas dos seus próprios interesses financeiros, são obrigações impostas, designadamente, pelo direito primário da União, a saber, o artigo 325. o , n. os 1 e 2, TFUE<sup>63</sup>.

51. Estas disposições de direito primário da União impõem aos Estados-Membros uma obrigação de resultado precisa<sup>64</sup>, que não está subordinada a nenhuma condição relativa à aplicação da regra que enunciam, recordada no número anterior.

52. As disposições do artigo 325. o , n. os 1 e 2, TFUE têm assim o efeito de, por força do princípio do primado do direito da União, nas suas relações com o direito interno dos Estados-Membros, tornar inaplicável de pleno direito, pelo próprio facto da sua entrada em vigor, qualquer disposição contrária da legislação nacional existente (v., neste sentido, designadamente, acórdão ANAFE, C-606/10, EU:C:2012:348, n. o 73 e jurisprudência referida). **(grifos nossos)**<sup>65</sup>

Esta construção realizada no acórdão *Taricco*, profundamente enraizada nas disposições legais dos tratados internacionais conformadores da UE e nas obrigações assumidas por ambas as partes contratantes, parece suficientemente coesa, e não denota *a priori* quaisquer arestas onde se pudesse abrir questionamentos acerca da primazia do direito supraestatal na ordem nacional no caso sob comento.

Entretanto, no considerando imediatamente seguinte, o Tribunal de Justiça exorta ao juiz nacional que este, ao decidir pela inaplicação do direito nacional – conforme a indicação do acórdão – garanta o respeito aos direitos

---

<sup>62</sup> Neste ponto, vislumbra-se a obrigatoriedade de aplicação do direito supranacional, em razão da ineficiência nacional, presente está a subsidiariedade.

<sup>63</sup> A análise deste considerando nos remete ao princípio da atribuição, dos quais decorrem – como fora visto em anterior tópico – o princípio da subsidiariedade e da proporcionalidade.

<sup>64</sup> Leia-se eficiente. Mais um indício de que, em seus considerandos, o acórdão *Taricco* preocupa-se em demonstrar cabalmente a ineficiência estatal no alcance do objetivo propugnado nas disposições dos “tratados”. Isto é indispensável para que se autorize o alcance da União e do seu direito para disciplinar a situação que outrora fora tratada de maneira incipiente pelo Estado Membro.

<sup>65</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2015:555>>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

fundamentais das pessoas envolvidas nesta questão e em questões análogas<sup>66</sup>, pois que, a não observância a estes direitos fatalmente implicaria na aplicação de sanções alienígenas que não estariam dispostas no ordenamento jurídico interno.

Seguindo em suas considerações, teremos a chave para uma nova dissonância, que suscitaria a apresentação de decisão prejudicial novamente ao Tribunal de Justiça da UE. Esta chave está no considerando 54, que diz o seguinte:

A este respeito, vários interessados que submeteram observações ao Tribunal fizeram referência ao artigo 49º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (a seguir «Carta»), que consagra **os princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas**, segundo os quais, nomeadamente, ninguém pode ser condenado por uma ação ou por uma omissão que, no momento da sua prática, não constituía infração perante o direito nacional ou o direito internacional.<sup>67</sup>

Veja-se que, a menção à necessidade de garantia dos direitos fundamentais, notadamente o da legalidade e da proporcionalidade na aplicação das sanções penais é uma condicionante caso o juiz nacional decida pela inaplicação do direito nacional.

E esta condicionante está intimamente ligada com o receio de que, a aplicação do direito externo tenha como efeito a aplicação de sanção ilegal ou desproporcional ao caso, pelo que, feriria os primados essenciais de proteção da Constituição Italiana e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

A própria “Carta”, em seu artigo 49º esclarece ao dispor dos princípios da legalidade e da proporcionalidade, que:

1. Ninguém pode ser condenado por uma acção ou por uma omissão que no momento da sua prática não constituía infração perante o direito nacional ou o direito internacional. **Do mesmo modo, não pode ser imposta uma pena mais grave do que a aplicável no momento em que a infração foi praticada. Se, posteriormente à infração, a lei previr uma pena mais leve, deve ser essa a pena aplicada.** 2. O presente artigo não prejudica a sentença ou a pena a que tenha sido condenada uma pessoa por uma acção ou por uma omissão que no momento da sua prática constituía crime segundo os princípios gerais reconhecidos por todas as

---

<sup>66</sup> O Considerando 53 do Acórdão *Taricco* traz a seguinte dicção: Há que acrescentar que, se o órgão jurisdicional nacional decidir não aplicar as disposições nacionais em causa, deverá igualmente garantir que os direitos fundamentais das pessoas em causa sejam respeitados. Com efeito, a estas poderão ser aplicadas sanções às quais, com toda a probabilidade, escapariam se essas disposições de direito nacional fossem aplicadas.

<sup>67</sup> UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Taricco*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=ecli:ECLI:EU:C:2015:555>>. Acesso em: 29 de maio de 2018.

nações. 3. As penas não devem ser desproporcionadas em relação à infração (grifos nossos).<sup>68</sup>

Porém, o Tribunal de Justiça da União Europeia, não considerou em seu entendimento que houvesse qualquer afronta aos princípios da legalidade e da proporcionalidade propugnados no artigo supra, isto porque, as sanções ao fato questionado eram à época de sua prática plenamente aplicáveis, pois que a fraude fiscal já era considerada crime e por esta razão já se encontrava legalmente prevista.

Ocorre que, o regime de prescrição das infrações penais italiano, não tem natureza processual, mas sim, substantiva (SILVEIRA & FERNANDES, 2017, p. 13) e em razão desta natureza substantiva, aplica-se o princípio da legalidade, bem como o da irretroatividade da lei penal conforme está prescrito no artigo 25 da Constituição Italiana, que diz em sua parte segunda que “ninguém pode ser punido senão pela aplicação de uma lei que tenha entrado em vigor antes de cometido o fato”<sup>69</sup>, ou seja, não pode ser aplicada disposição retroativa às normas de prescrição em matéria penal na Itália.

Sabendo-se que a teoria da margem de apreciação é essencialmente o “espaço deixado ao Estado na aplicação da Convenção para balancear o cumprimento das obrigações contratuais com a proteção dos demais requisitos do Estado”<sup>70</sup> (ANRÒ, 2009, p. 09), aqui, o direito nacional encontra substância para um respiro frente à obrigação da aplicação do direito supraestatal, qual seja, a proteção dos demais requisitos do Estado.

Neste diapasão, o Tribunal de Justiça Italiano aciona o TJUE, sob os seguintes argumentos: além de haver um indício de colisão com o princípio da legalidade, segundo o qual não basta que a pena seja prevista mas que seja pormenorizadamente definida, não podendo haver lacunas que sejam passíveis de elucubrações prejudiciais ao processado, há também a incompatibilidade com a

---

<sup>68</sup> PARLAMENTO DA UNIÃO EUROPEIA. Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)> Acesso em: 29 de maio de 2018.

<sup>69</sup> SENADO ITALIANO. *Costituzione Italiana: Edizione in lingua portoghese*. 2017. Disponível em: <[https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/CO-ST\\_PORTOGHESE.pdf](https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/CO-ST_PORTOGHESE.pdf)> Acesso em: 20 de maio de 2018.

<sup>70</sup> *La dottrina del margine di apprezzamento indica, infatti, lo spazio lasciato agli Stati nell'applicazione della Convenzione per bilanciare l'adempimento degli obblighi pattizi con la tutela di altre esigenze statali. (tradução nossa).*

impossibilidade de retroação da lei penal, que como dito, no direito Italiano, tem caráter substantivo e não processual.<sup>71</sup>

Clara também é a obrigação estabelecida no artigo 325º do TFUE, que aduz o dever de combater a fraude fiscal, não aponta, entretanto, quais os caminhos que devem ser percorridos pelo juiz penal para alcançar este objetivo e isto, deixa sem dúvida uma lacuna a mais para que as Cortes dialoguem.

Fato interessante é que, a margem de apreciação tem terreno fertilíssimo na ausência do consenso, ou seja, quanto maior o consenso, menor a margem de apreciação nacional. Insta salientar também que diálogo não significa consenso, nem sempre o diálogo dirige ao consenso, porém, há de se compreender que, quanto mais homogêneas e afinadas forem as ordens jurídicas interna e externa, menos haverá nelas de discrepante e a menor janela de discrepância diminui a necessidade de procurar um balanceamento das obrigações.

Não significa dizer que se busca um patamar globalizante de direitos, (combatido na construção feita até agora) na medida em que encampe em si os localismos necessários para que se privilegie o multiculturalismo e a multilateralidade do direito e das relações sociais. Deseja-se ao contrário, fomentar que existam pontos máximos de convergência<sup>72</sup> que promovam uma integração das ordens jurídicas que não seja excludente, onde não haja prevalência descaracterizadora ou deslegitimadora mas sim, a efetiva e desejada melhor proteção em diversos níveis.

O caso *Taricco*, neste sentido, é uma oportunidade de se vislumbrar este diálogo e de reconhecer nele a “margem de apreciação nacional” sobre o mandamento da União a partir do momento em que, mesmo em obediência ao princípio da subsidiariedade, autorizativo do direito de agir da União, se insurgem questões de direito interno que não podem ser desnaturadas.

Por esta razão, as questões prejudiciais formuladas pelo Tribunal Constitucional Italiano ao Tribunal de Justiça da União Europeia guardam íntima relação com suas questões de direito interno e quanto pode a determinação do acórdão desnaturar seus aspectos fundamentais.

Sabendo-se que, o acórdão *Taricco* determinou a abstenção da aplicação do direito nacional pelos juízes nacionais no que se refere à prescrição penal, pois o

---

<sup>71</sup> *Nullum crimen, nulla poena sine lege praevia et stricta.*

<sup>72</sup> Os *topoi* propugnados por Boaventura de Sousa Santos.

regime de prescrição penal italiano tornava em um número considerável de casos que acabam por afetar diretamente os interesses financeiros da União, a persecução penal ineficiente, induzindo à impunidade, o Tribunal Constitucional Italiano formulou as seguintes questões<sup>73</sup>:

- 1) A abstenção se impõe mesmo nos casos em que não existe uma base jurídica suficientemente precisa para pôr de lado essa legislação?
- 2) A abstenção se impõe mesmo nos casos em que a limitação faz parte do Direito Penal Substantivo do Estado-Membro e estando este sujeito ao princípio da legalidade?
- 3) A abstenção se impõe mesmo quando contrastar diretamente com os princípios supremos da ordem constitucional do Estado-Membro ou com os direitos humanos inalienáveis reconhecidos pela Constituição deste Estado? (CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA, 2017, pp 10-11)<sup>74</sup>

Estes questionamentos não discutem a validade da decisão ou de quem a prolatou, tem o condão de esclarecer à medida em que, aquilo que foi determinado pelo TJUE alcançará o direito interno e demonstra os pontos em que esse alcance sobrepujaria de maneira descaracterizadora o direito nacional italiano.

Cabe-nos indagar se, haveria efetividade na utilização da margem de apreciação nacional *in casu* se porventura o Tribunal de Justiça da União Europeia validasse e estendesse o entendimento propalado no Acórdão *Taricco* para suprimir os componentes internos demonstrados nas questões prejudiciais acima assinaladas.

Vale dizer que, embora tenha já o advogado geral da Corte de Justiça Europeia apresentado suas conclusões sobre as questões prejudiciais, estas não

---

<sup>73</sup> [...] must Article 325(1) and (2) of the Treaty on the Functioning of the European Union be interpreted as requiring the criminal courts to disregard national legislation concerning limitation periods that precludes, in a significant number of cases, the punishment of serious fraud affecting the financial interests of the Union, or that provides for shorter limitation periods for fraud affecting the financial interests of the Union than those applicable to fraud affecting the financial interests of the Member State, even when there is not a sufficiently precise legal basis for setting aside such legislation; [...] even when limitation is part of the substantive criminal law in the Member State's legal system and is subject to the principle of legality; [...] even when the setting aside such legislation would contrast with the supreme principles of the constitutional order of the Member State or with the inalienable human rights recognised under the Constitution of the Member State (tradução nossa);

<sup>74</sup> CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA. Ordem nº 24/2017. Disponível em: <[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/O\\_24\\_2017.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/O_24_2017.pdf)>. Acesso em: 21 de junho de 2018.

foram ainda julgadas, entretanto nelas ele aponta que deve o TJUE responder que “o conceito de interrupção da prescrição constitui um conceito autônomo do direito da União, segundo o qual todo ato processual e todo ato que derive necessariamente do anterior interrompe o prazo de prescrição, de maneira que tal ato fará começar a correr o cômputo de um novo prazo com a mesma duração que o prazo inicial, ficando portanto anulado o prazo de prescrição já transcorrido. (UNIÃO EUROPEIA, 2017 *apud* SILVEIRA E FERNANDES, 2017, p. 14)<sup>75</sup>

Impele-se dizer que, a manutenção da identidade constitucional do Estado-Membro é imperiosa. Seja qual for a decisão do Tribunal de Justiça acerca destas questões prejudiciais, deverá observância à proteção mais efetiva de direitos entendendo em contrapartida que esta poderá não residir no nível mais amplo de tutela (o supranacional) caso ela desnature ou tenda a mitigar a estrutura política e constitucional fundamental do Estado-Membro.

Assim, não haverá justificação para a medida que, para resguardar o desenvolvimento e aplicação de mecanismos protetivos dos interesses financeiros da União, restrinja ou lese direitos fundamentais legalmente reconhecidos, aqui aqueles decorrentes da obrigatoriedade do respeito à legalidade prévia, escrita e estrita.

Sobre isto, Silveira e Fernandes (2017, p. 17) corroboram com este entendimento quando tratam dos desdobramentos de um acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Omega*, afirmando o seguinte:

Ora, identidade constitucional e nível mais elevado de proteção de direitos fundamentais não se confundem – e podem mesmo conduzir a resultados opostos. Quando, no acórdão *Omega*, o Tribunal de Justiça reconhece que o nível de proteção que a Constituição Alemã entendeu assegurar à dignidade humana deve prevalecer sobre o exercício de liberdades económicas protegidas pelo direito da UE, o Tribunal está a acolher o nível de proteção mais elevado de entre os vários mobilizáveis para a solução do caso concreto sobre dignidade humana. A ordem jurídica europeia tem inegavelmente por objetivo garantir o respeito da dignidade humana como princípio geral de direito. Por isso, nada obsta a que a União adote como referência para esse efeito uma concepção mais ampla daquele direito fundamental do que aquela que resultaria da aplicação do direito da União.

Poder-se-ia dizer que o respeito à identidade nacional transcende inclusive a mera observância do conceito arcaico (já discutido) de soberania estatal, especialmente pelo fato de que com a integração entre Estados, a identidade tem

---

<sup>75</sup> Refere-se às Conclusões do Advogado-Geral Yves Bot, *M.A.S e M.B.*, no considerando 188.

raízes mais ligadas e plantadas na autodeterminação de quem a detém e suplanta critérios meramente espaciais e territoriais, dentre tantos outros de outrora, hoje superados.

No caminho inverso, também se lançam questionamentos sobre as reivindicações estatais e sua legitimidade frente aos pactos que contratam. Deseja-se dizer com isto que, a União como quaisquer outras entidades internacionais, tem objetivos a cumprir e que estes estão pactuados nos tratados, assinados com (quando permitem e os signatários desejam) ou sem reservas.

O que aqui se deseja discutir é a eventualidade de estes signatários passarem a obstaculizar, propositalmente ou não, a realização dos objetivos dos tratados que contratam, de modo a tornar inócuos os seus objetivos (ou partes específicas destes), lançando mão para isto de disposições de direito interno que, concentram interpretações dirigidas à satisfação de interesses particulares incompatíveis com as dicções dos tratados.

Não estamos afirmando que, dentro de suas próprias perspectivas, qualquer signatário de tratados internacionais esteja impedido de realizar por esforço próprio e para garantir a satisfação de interesses locais e ou/regionais, ações que atendam suas necessidades. Contudo, há a possibilidade de estes interesses considerados locais e/ou regionais, não oferecerem o “melhor nível de proteção” ou contrariarem cabalmente as disposições dos tratados dos quais (do qual) o contratante se obriga.

Passando para outro âmbito, chegando ao epicentro deste estudo, vistas as bases fundantes da teoria da margem de apreciação, passaremos agora a vislumbrar a partir da decisão do *Caso Gomes Lund* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob a luz do Pacto de San Jose da Costa Rica se já há terreno para a Teoria da Margem de Apreciação no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e se no Brasil, signatário do Pacto de San Jose, há indícios de diálogo com esta Corte que fomente a Margem de Apreciação Nacional. É o que segue.

## **4 A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E A TEORIA DA MARGEM DE APRECIÇÃO, DIÁLOGOS E MONÓLOGOS.**

Antes de dar início à análise de quaisquer aspectos diretamente relacionados ao objeto principal desta pesquisa, há que se fazer uma construção conceitual e elaboração pormenorizada em cadeia, capaz de afunilar aspectos que serão determinantes para o esclarecimento das hipóteses deste trabalho.

Para tanto, tratar-se-á a priori, do organismo internacional responsável pela principal decisão que aqui será discutida, qual seja, o caso “Gomes Lund” frente ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, notadamente àquele expandido quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 153, que julgou a compatibilidade e a integração da Lei de Anistia de 1979 com a Nova Ordem Constitucional estabelecida em 1988.

Ademais, cada um destes aspectos supradescritos será analisado oportunamente, à medida em que se for desenvolvendo o raciocínio que desembocará no objeto central deste estudo. Por ora, tratemos das constituições fáticas e legais que trazem os aspectos mais substanciais deste estudo, visando dar suficiência de dados e argumentos capazes de integrar com eficiência a identidade do que ora propomos.

### **4.1A ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS: EMBRIÃO DO NOSSO SISTEMA REGIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS**

Objetivando prioritariamente a integração regional entre os Estados Americanos, o estabelecimento da possibilidade de uma ligação internacional capaz de fomentar com sucesso a solidariedade entre os povos, dentro de uma ordem de paz e justiça, a Organização dos Estados Americanos inobstante à proposta de integração, apregoa também a defesa da soberania e independência nacionais.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> Artigo 1 da Carta da Organização dos Estados Americanos.

Ainda tratando sobre soberania, a Carta da Organização dos Estados Americanos em seu preâmbulo já clarifica – embora tenha sido subscrita em Bogotá no ano de 1948<sup>77</sup> - uma missão vanguardista e diferenciada, senão vejamos:

Convencidos de que a missão histórica da América é oferecer ao Homem uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações;

Conscientes de que esta missão ***já inspirou numerosos convênios e acordos cuja virtude essencial se origina do seu desejo de conviver em paz e de promover, mediante sua mútua compreensão e seu respeito pela soberania de cada um, o melhoramento de todos na independência, na igualdade e no direito;***

Seguros de que a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região;

Certos de que ***o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem;***

***Persuadidos de que o bem-estar de todos eles, assim como sua contribuição ao progresso e à civilização do mundo exigirá, cada vez mais, uma intensa cooperação continental;***

Resolvidos a perseverar na nobre empresa que a Humanidade confiou às Nações Unidas, cujos princípios e propósitos reafirmam solenemente; [...] ***(grifos nossos)***<sup>78</sup>

A partir dos grifos acima, pode-se perceber que, embora pouco após o fim da 2ª Grande Guerra, onde as noções de soberania e independência especialmente estavam ainda impregnadas da arcaica definição de adstrição territorial e de poder absoluto e concentrado em fronteiras, há um giro conceitual que corrobora não só a possibilidade, mas sim a necessidade do desenvolvimento de relações pautadas pelo multilateralismo (convênios e acordos internacionais) e mais além, pela solidariedade (boa vizinhança) em nome do bem estar coletivo.

Saliente-se que, a soberania enquanto autoridade incontestável, nos moldes correspondentes aos primórdios do Estado Moderno, não encontra terreno fértil para manter-se na sociedade multicêntrica atual.

Concepções tais como a estabelecida pelo francês Jean Bodin quando aduz, por exemplo que “a soberania é o poder ***absoluto e perpétuo*** de uma

<sup>77</sup> A Carta foi reformada posteriormente pelo Protocolo de Buenos Aires no ano de 1967, pelo Protocolo de Cartagena de Índias no ano de 1985, pelo Protocolo de Washington no ano de 1992 e finalmente pelo Protocolo de Managuá em 1993.

<sup>78</sup> Preâmbulo da Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948.

República, palavra que se usa tanto em relação aos particulares quanto em relação aos que manipulam todos os negócios de estado de uma República”<sup>79</sup>, parecem de absoluta impossibilidade de coexistência com a forma com a qual se organizam as relações internacionais hodiernas. Parecem.

Falando sobre soberania e sobre o poder de regulação do Estado, Brugger e Leal (2007, p.124) lecionam acertadamente que

No momento em que o termo soberania estatal se tornou proeminente, nos séculos XVI e XVII, quando as guerras civis e religiosas estavam afetando diversos locais da Europa, a soberania foi vista como um poder essencialmente ilimitado de regular a vida das pessoas e, se necessário, para pacificar o povo por meio da força, no intuito de se assegurarem a vida e a paz para todos. Assim, a noção de soberania ilimitada não foi idealizada no sentido de permitir ou dar ao governo o direito de fazer o que bem entendesse (como, por exemplo, explorar ou discriminar seu povo). Ela foi, isto sim, pensada para assegurar a todos, em tempos de crise, a paz. O principal argumento, para tanto, utilizado durante os vários séculos em que se viveu sob a noção de soberania como um poder ilimitado, foi e é o de que, em uma situação de anarquia ou de guerra, é necessário que se imponha a força para se assegurar a paz. Mas, uma vez alcançada a paz, reconhecer ou atribuir a qualquer governo um poder irrestrito traz um novo risco: o da tirania. Nesse sentido, pode-se dizer que as Constituições modernas foram inventadas e tiveram êxito exatamente porque elas transformaram a soberania irrestrita de um governo sem limites em uma soberania e um poder limitados, visando a garantir uma vida pacífica e segura para cada cidadão que vive naquele Estado.

Porém, não raramente apõem-se óbices à cooperação internacional proposta a exemplo do preâmbulo da Carta da Organização dos Estados Americanos, justamente tomando-se por base esta conceituação arcaica de soberania de Bodin<sup>80</sup>. Tais empecilhos, entretanto, mostram-se em última análise, entraves ao desenvolvimento particular dos Estados que optam por circunscrever-se em si mesmos, pois que, como veremos adiante, as camadas múltiplas de tutela dos direitos hodiernamente, sedimentam-se quase que automaticamente ou quase como

---

<sup>79</sup> LUPI, André Lipp Pinto Basto. **Soberania, OMC e Mercosul**. São Paulo: Aduaneiras, 2001. p. 39.

<sup>80</sup> Bodin, em sua obra *Les Six Livres de la République* (Os Seis Livros da República) datada do ano de 1576, trazia a sua definição de soberania, dentre outros aspectos, contaminada da ideia de centralidade total e ilimitada dos assuntos “de uma República” aos auspícios de seu soberano. Eis que a soberania impõe-se desde a sua denominação (decorrente de “soberano”) à ideia de manutenção de controle absoluto, de consolidar fronteiras e evitar que estas sejam transpostas. Tal ideia opõe-se frontalmente com a proposição de multilateralidade ou multacentralidade decorrente das relações internacionais atuais, notadamente quando estas sustentam-se sob o prisma da cooperação mútua em que o desenvolvimento das relações entre Estados pressupõe que estes mantenham uma ideia de soberania e independência catalisada pela liberdade e respeito também mútuos.

um pressuposto da globalização, marcada pela transposição de fronteiras ou além, pela simbiose destas.

Soberania, pois, em nossa concepção, é muito mais do que a possibilidade de sobrepor um caráter de controle absoluto e perpétuo daquilo que dentro de um determinado território acontece ou não acontece. Para que se consolide um projeto multilateral de cooperação, há que se vislumbrar a ideia de soberania enquanto voluntariedade e habilidade de autodeterminar-se capaz de promover a manutenção e fiel cumprimento do papel – enquanto ator e parte da sociedade internacional – que se propõe a desenvolver.

Frente à ausência de unanimidade na definição do que é soberania e de como ela se materializa (ou idealmente deveria materializar-se), há, inclusive quem defenda a sua “morte anunciada”<sup>81</sup>, uma vez propugnando o entendimento de que trata-se de uma questão superada pela globalização (MIRANDA, 2004, p.87).

Não se pode prescindir, entretanto, da importância do conceito de soberania especialmente para a teoria política (como citado supra ao falar de Bodin). Um dos sustentáculos da concepção de Estado-Nação moderna é inevitavelmente a do monopólio do Estado sobre assuntos inúmeros que invocam justamente a sua soberania como vetor de catalisação e centralização que garantem este mesmo monopólio.

Posto isto, pode-se dizer, na lição de Miranda (2004, p. 87) que:

*a soberania pode ser definida como o poder de mando em última instância numa sociedade política; ela pretende ser a racionalização jurídica do poder, no sentido de transformação da força, ou capacidade de coerção, em poder legítimo, (isto é) do poder de fato em poder de direito. **Reveste-se então de dupla face: na sua face interna, a soberania representa a capacidade de manter a paz entre os componentes da sociedade, de forma a permitir ao Estado garantir a ordem social e realizar o enfrentamento com outros Estados no cenário internacional. Dessa forma, ela se manifesta em uma posição de supremacia em relação às demais forças sociais presentes na arena política. Na sua face externa, por sua vez, ela se pauta por relações de equilíbrio – sempre instável e questionável – entre os diferentes Estados, equilíbrio este que tem na guerra um poderoso instrumento, o qual se encontra hoje racionalizado pela via dos tratados de Direito Internacional, os quais colocam os Estados em posição de igualdade formal no contexto de uma ordem jurídica internacional** (grifos nossos).*

---

<sup>81</sup> Napoleão Miranda em seu artigo **Globalização, soberania nacional e direito internacional**, defende que a dinâmica das relações internacionais hodiernas suplanta rotineiramente a noção ou definição arcaica de soberania.

Importa-nos neste momento, principiar da face externa desta conceituação de soberania, pois que, a partir dela será possível vislumbrar a maneira como a influência da globalização mitigou, ou pretende mitigar, a concepção de centralidade absoluta de poder (denominação arcaica), passando a “permitir” ou mesmo a “dirigir” as relações entre Nações no sentido da multicentricidade, algo inimaginável quando reinvocamos a ideia de “poder absoluto e perpétuo” exprimida por Bodin.

Vimos no tópico imediatamente anterior a este capítulo que, o arcaísmo da soberania em moldes clássicos dá lugar hoje a uma noção pautada muito mais profundamente pela identidade nacional, pela identificação cada dia maior com o pluralismo que é vetor do multacentrismo e vice e versa.

Não à toa o lema do ente supraestatal que é claramente o mais integrado do mundo atual tem como lema a “unidade na diferença”, provando que:

A identidade europeia é, pois, uma ‘identidade de identidades’. [...] Como explica Miguel Poiães Maduro, o pluralismo que define a essência da construção jurídica da União Europeia implica que ‘todo o ordenamento jurídico (nacional ou europeu) deve respeitar a identidade e a reivindicação normativa dos outros ordenamentos jurídicos; a sua identidade não deve ser afirmada de forma que desafie quer a identidade normativa dos outros ordenamentos jurídicos, quer a concepção pluralista do próprio ordenamento jurídico europeu’”(SILVEIRA & FERNANDES, 2017, p. 22-23).

A importância desta citação é para corroborar a ideia de que, não há mais razão de se manejar a ideia de defesa da soberania ensimesmada, mas sim a de defesa de identidade. Esta defesa de identidade passa essencialmente pela compreensão de que, implicando o reconhecimento e afirmação da identidade em reconhecimento e afirmação de direitos, o pluralismo de identidades também acabará por categorizar pluralismo de direitos.

A proteção destas identidades plurais, bem como destes direitos não será feita de modo efetivo se levada a cabo por concepções unidimensionais dos mesmos, ou em único nível de maneira rasa e descompromissada. Em época não tão distante que antecedeu o processo de redemocratização do Brasil, tantos direitos foram tolhidos, aviltados, desconsiderados e desrespeitados que, a nossa Constituição da República atual é, como já se sabe bem, extremamente prolixa e pragmática em sede de direitos fundamentais e garantias como uma resposta a tantos disparates cometidos em face destes.

Inobstante à nossa Constituição ser bastante completa e complexa em sede de direitos fundamentais e a prescrição destes parecer inicialmente suficiente, para resguardá-los, esta intenção parece extremamente distante da realidade encontrada hodiernamente e já no decorrer das últimas décadas quanto a esta matéria.

A hipercomplexidade das relações humanas e das relações entre entidades estatais ou não estatais (como já dito nesta pesquisa) faz com que um nível mais denso de tutela seja exigido para resguardar e afirmar direitos. Na intenção de possibilitar essa densificação, as entidades nacionais vem se reunindo em sistemas e assim como aconteceu com a criação do Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, aconteceu também aqui na América com a instituição do Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. E é sobre este sistema que discorreremos agora, perfunctoriamente, para afunilarmos nosso objeto.

#### 4.2 O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: FUNDAMENTOS E COMPETÊNCIAS

Aqui trataremos apenas das informações gerais e essenciais para o prosseguimento desta pesquisa e para isto, nos compete dizer inicialmente que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é, assim como os sistemas europeu e africano, um sistema regional de proteção de direitos humanos.

Vem alcançando sua consolidação com o passar dos anos, está em segundo lugar em se tratando de sistema regional de proteção de direitos humanos mais consolidado da atualidade. Veja-se que, aqui estamos falando apenas de sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, isto porque, buscamos utilizar como parâmetro entidades que englobem um número menor de estados, como se pode perceber através da análise do parâmetro inicial que traçamos a partir da União Europeia.

Outro aspecto de inafastável importância para a utilização dos sistemas regionais, é que estes guardam relação mais próxima e autêntica com os povos que

são destinatários de sua proteção e isto é um mecanismo facilitador e aproximativo tanto territorialmente quanto culturalmente, socialmente dentre outros fatores.

Os pleitos também, em razão da forte identificação dos participantes de um sistema regional, guardam certa coerência e isto facilita as interrelações de certo modo, e o diálogo que, como já assinalamos, não representa consenso, ainda que haja identificação em diversos fatores e segmentos das nações componentes do sistema.

Embora os sistemas regionais tenham este caráter mais aproximativo, existe também o Sistema Global de Proteção de Direitos e este não exclui a proteção dos demais sistemas, mas os complementa. É importante dizer isto pois a priori, esta pode parecer uma relação dicotômica, contudo, segundo Flávia Piovesan (2015, p. 342)

[...] os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas, ao revés, são complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Diante desse universo de instrumentos internacionais, cabe ao indivíduo que sofreu violação de direito escolher o aparato mais favorável, tendo em vista que, eventualmente, direitos idênticos são tutelados por dois ou mais instrumentos de alcance global ou regional, ou, ainda, de alcance geral ou especial. Vale dizer, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos.

E essa interação para melhor e mais ampla proteção permite que o indivíduo beneficiado sinta-se no poder de escolher nos níveis de tutela que o resguardam, o que terá maior efeito protetivo em seu benefício.

Em razão disto, quando, por exemplo, falha o sistema local de proteção dos direitos, seja por incipiência, por desídia, por descompromisso do ente local, tem sido cada vez mais comum que o ofendido ou destinatário da proteção recorra aos sistemas regionais de proteção, na esperança de que, em um nível distinto encontre proteção mais adequada e efetiva.

O sistema interamericano de proteção sem prejuízo dos demais instrumentos de proteção dos direitos na América, tem como seu instrumento de maior vulto e importância o Pacto de San José da Costa Rica ou Convenção Interamericana de Direitos Humanos. A partir dela, subsidiaremos nossas próximas premissas.

#### **4.2.1 A Convenção Interamericana de Direitos Humanos: Enumeração x Efetivação de Direitos**

Mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos assinada em San Jose na Costa Rica no ano de 1969, entra em vigor no ano de 1978, contando até esta data com 25 Estados Membros.

Citada no início deste capítulo propositalmente, a Organização dos Estados Americanos é parte importante na autorização de participação dos Estados no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, pois que, para que estes possam aderir à Convenção, precisam necessariamente fazer parte da OEA (PIOVESAN, 2015 p. 343).

O Pacto é indubitavelmente uma medida de densificação de direitos que outrora já haviam sido estabelecidos, como por exemplo no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. A novidade é que, não há aqui a pretensão de meramente ou tão somente arrolar novos direitos mas sim, uma vinculação dirigida à realização de direitos já estabelecidos.

Prova disto, é que há no Pacto uma preocupação com a efetivação e não com a mera enumeração de direitos e em razão disto há diversas passagens onde se pode vislumbra a exigência de cumprimento destas obrigações pois que, já em seu Capítulo I, lê-se – não por acaso – capitularmente o estabelecimento de “deveres” continuando com a dicção do artigo 1º que arremata a “obrigação de respeitar os direitos”.

Ora, não obstante a necessária densificação de direitos é inarredável vê-los atingir efetividade. É a partir disto que o Pacto de San Jose compele os seus contratante à “comprometer-se” a respeitar direitos e não somente a prescreve-los.

Tal imposição vem coligada com a sugestão aos Estados Parte de que adotem e – caso já tenham adotado – garantam as medidas legislativas capazes de tornar efetivos os direitos e liberdades prescritos em sua própria legislação ou em outros instrumentos.

Basta que se verifiquem os dois primeiros artigos do Pacto para que se tenha clareza desta identidade efetivadora, senão vejamos:

#### Capítulo I - ENUMERAÇÃO DOS DEVERES

##### Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção **comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição**, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

##### Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

**Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (grifos nossos)**<sup>82</sup>

Segue o Pacto de San Jose em inúmeras outras passagens a mesma lógica de efetivação. Não basta, por exemplo prescrever a garantia ao direito à vida, mas há que se manejar mecanismos que permitam que este seja plenamente exercido. É o que acontece quando do artigo 4º em que se apregoa “ninguém poderá ser provado da vida arbitrariamente” e logo após trata de procedimentos para garantir a efetivação destes direitos, à exemplo de como se deve manejar a pena de morte nos países que ainda não a haviam abolido e a proibição do restabelecimento desta, quando o haviam feito. Vejamos:

Artigo 4º Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida.

Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. **Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.**

**2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.**

**3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.**

**4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.**

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

---

<sup>82</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica, nov. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_america.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm)>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

**6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente. (grifos nossos).<sup>83</sup>**

Vê-se, com isto, que a intenção precípua do Pacto é transcendental, ocupando-se de manejar propósitos e compromissos, que se entremeiam nas camadas de tutela do sistema regional, pois que, a assunção da responsabilidade quanto à efetividade deve ser complementar.

Isto fica bastante evidente desde o preâmbulo da Convenção, que reconhece que os direitos essenciais do homem não derivam do fato de este ser/fazer parte de determinado Estado mas do seu atributo de ser humano, sem dúvida mais uma razão para que se interprete a supracitada soberania de uma maneira não estritamente territorial.

É sair do “Estado Soberano” para a “Soberania do humano” onde se torna mais importante não ultrapassar as fronteiras dos direitos a estes atribuídos e a partir do que corrobora com o entrelaçamento e as interligações de ordens diversas que sofrerão interinfluências e se permitirão – ou assim deveriam – introjetar cooperativamente mecanismos de defesa que propiciem a realização dos compromissos pactuados.

Assim, a Convenção demonstra que suas aspirações vão muito além da simples determinação e arrolamento de direitos, busca-se a sua real efetividade através de todo o aparato constitucional, convencional<sup>84</sup> e/ou legal, assim como outros de outras ferramentas de natureza diversa que sejam capazes de alcançar os deveres pactuados no Pacto, notadamente o de “respeitar direitos”.

Não há, porém, como garantir que estes direitos serão devidamente respeitados e que aquilo que está pactuado na Convenção ganhará corpo e efetividade, pois que, como fora dito, a responsabilidade é compartilhada em nome da densificação da proteção destes direitos e assim sendo, compete aos Estados Parte, em seu nível, zelar pelo cumprimento das disposições da Convenção. Isto nem sempre acontece ou ao menos não sem ranhuras no processo e é nesta senda que são importantes órgãos autônomos como capacidade e autonomia para

---

<sup>83</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica, nov. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

<sup>84</sup> Convencional aqui refere-se àquilo que advém da Convenção.

promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para garantir a aplicação e a interpretação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

Para servir então como “garantia das garantias” foram criados a Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>85</sup> e a Corte Interamericana de Direitos Humanos<sup>86</sup>, sobre as quais nos debruçaremos brevemente agora.

#### 4.3A COMISSÃO E A OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA: JUSTIFICATIVAS À ADMISSÃO DA PETIÇÃO DO CASO *GOMES LUND*

Destinada à “promover a observância e a defesa dos direitos humanos e para servir como órgão consultivo da Organização nesta matéria”<sup>87</sup>, a Comissão (como a partir de agora denominaremos) tem um amplo rol de funções capituladas a partir do artigo 18 de seu Estatuto, devendo desempenhá-las para com os Estados Membros da maneira que melhor e mais efetivamente sirva à observância dos direitos humanos reconhecidos pela Organização que a detém, qual seja, a Organização dos Estados Americanos.

Para fins de desempenho das funções do estatuto, fica claro já em seus primeiros artigos que os direitos humanos pelo seu interesse abrangidos, são os direitos definidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos com relação aos Estados Partes da mesma bem como os direitos consagrados na Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, com relação aos demais Estados membros.<sup>88</sup>

Há que se salientar que, a Comissão exerce funções tanto em face dos Estados Membros da OEA somente, quanto em razão dos Estados que, além de membros da OEA, são também partes da Convenção Americana de Direitos Humanos, em razão do que somam-se ainda determinadas funções.

---

<sup>85</sup> Com Estatuto Aprovado pela resolução AG/RES. 447 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979.

<sup>86</sup> Com Estatuto Aprovado pela resolução AG/RES. 448 (IX-O/79), adotada pela Assembléia Geral da OEA, em seu Nono Período Ordinário de Sessões, realizado em La Paz, Bolívia, em outubro de 1979.

<sup>87</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Estatuto da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. La Paz, Bolívia, 1979. Disponível em:

<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.Estatuto.CIDH.htm> Acesso em: 25 de maio de 2018.

<sup>88</sup> Artigo 1º parte 2 do Estatuto da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos.

Estas, por sua vez estão bem delineadas e estabelecidas separadamente nos artigos 18, 19 e 20 do Estatuto, conforme podemos depreender de sua própria dicção, acerca dos Países que são tão somente parte da OEA mas não são signatários da Convenção o seguinte:

**Artigo 18:** A Comissão tem as seguintes atribuições com relação aos Estados membros da Organização:

- a. estimular a consciência dos direitos humanos nos povos da América;
- b. formular recomendações aos Governos dos Estados no sentido de que adotem medidas progressivas em prol dos direitos humanos, no âmbito de sua legislação, de seus preceitos constitucionais e de seus compromissos internacionais, bem como disposições apropriadas para promover o respeito a esses direitos;
- c. preparar os estudos ou relatórios que considerar convenientes para o desempenho de suas funções;
- d. solicitar aos Governos dos Estados que lhe proporcionem informações sobre as medidas que adotarem em matéria de direitos humanos;
- e. atender às consultas que, por meio da Secretaria-Geral da Organização, lhe formularem os Estados membros sobre questões relacionadas com os direitos humanos e, dentro de suas possibilidades, prestar assessoramento que eles lhe solicitarem;
- f. apresentar um relatório anual à Assembléia Geral da Organização no qual se levará na devida conta o regime jurídico aplicável aos Estados Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e aos Estados que não o são;
- g. fazer observações *in loco* em um Estado, com a anuência ou a convite do Governo respectivo;
- h. apresentar ao Secretário-Geral o orçamento-programa da Comissão, para que o submeta à Assembléia Geral.

De maneira mais substancial e específica no que diz respeito aos Estados que, além de serem membros da OEA são signatários da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, somam-se às funções estabelecidas no artigo 18, as seguintes funções:

**Artigo 19**

[...]

- a. atuar com respeito às petições e outras comunicações de conformidade com os artigos 44 a 51 da Convenção;
- b. comparecer perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos previstos na Convenção;
- c. solicitar à Corte Interamericana de Direitos Humanos que tome as medidas provisórias que considerar pertinente sobre assuntos graves e urgentes que ainda não tenham sido submetidos a seu conhecimento, quando se tornar necessário a fim de evitar danos irreparáveis às pessoas;
- d. consultar a Corte a respeito da interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos dos Estados americanos;
- e. submeter à Assembléia Geral projetos de protocolos adicionais à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com a finalidade de incluir

progressivamente no regime de proteção da referida Convenção outros direitos e liberdades; e  
f. submeter à Assembléia Geral para o que considerar conveniente, por intermédio do Secretário-Geral, propostas de emenda à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Observa-se que o artigo 18 do Estatuto traz funções em comum tanto para serem exercidas frente aos Estados que são apenas parte da OEA mas que não são contratantes da Convenção quanto para os que o são. Já o artigo 19, traz funções exclusivas da Comissão para com os Estados Parte da Convenção – e que obrigatoriamente fazem parte da OEA – que somadas às funções comuns aos dois grupos, formam o rol completo de funções que a Comissão deve desempenhar frente aos Estados Parte da Convenção.

Ainda sobre as funções, no artigo 20 do mesmo Estatuto, há a previsão desta feita de funções que a Comissão desempenhará exclusivamente frente aos Estados Parte da OEA não signatários da Convenção, quais sejam:

**Artigo 20** Com relação aos Estados membros da Organização que não são Partes da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Comissão terá, além das atribuições assinaladas no artigo 18, as seguintes:

- a. dispensar especial atenção à tarefa da observância dos direitos humanos mencionados nos artigos I, II, III, IV, XVIII, XXV e XXVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem;
- b. examinar as comunicações que lhe forem dirigidas e qualquer informação disponível; dirigir-se ao Governo de qualquer dos Estados membros não Partes da Convenção a fim de obter as informações que considerar pertinentes; e formular-lhes recomendações, quando julgar apropriado, a fim de tornar mais efetiva a observância dos direitos humanos fundamentais; e
- c. verificar, como medida prévia ao exercício da atribuição da alínea b, anterior, se os processos e recursos internos de cada Estado membro não Parte da Convenção foram devidamente aplicados e esgotados.

Percebe-se de imediato ao analisar as funções da Comissão que estas diferenciam-se de modo bem claro das funções da Corte, especialmente pelo fato de terem uma força mais importante no que diz respeito à recomendações, consultas e como dito no título deste tópico, manejar os instrumentos que permitam catalisar o dever de observância dos direitos considerados para fins do Estatuto da Comissão.

Iremos nos ater aqui, para fins didáticos às funções da Comissão, especialmente por que, nelas se esgotam os aspectos que interessarão ao esclarecimento do objeto principal deste estudo.

Importa dizer que, além do seu estatuto, que lhe confere as suas funções, também possui a Comissão o seu regulamento próprio, que trata

pormenorizadamente das funções que lhe são atribuídas pelo estatuto dentre outros assuntos.

Cabe salientar aqui, que o regulamento da Comissão trouxe importantes novidades que estabeleceram os procedimentos que devem ser adotados perante a Comissão, sua tramitação e mesmo medidas cautelares que podem ser adotadas por esta, quando em caráter de urgência e constatada a gravidade da situação – com base no caso concreto – por iniciativa própria ou a pedido da parte, para evitar dano irreparável à parte ou ao objeto do caso ou até mesmo quando não houver caso pendente.

Mais uma vez, percebe-se que existe uma preocupação precípua em garantir direitos, sendo manejados diversos mecanismos que permitem que estes sejam efetivados. Trazendo para a realidade que nos interessa por ora, qual seja, aquela dos Estados Parte que são signatários da Convenção, é bem sabido que, a Comissão age quase sempre quando há uma prestação ineficiente do Estado Parte no cumprimento das obrigações pactuadas na Convenção.

Esta situação é análoga à que se demonstrou quando ao falarmos da conformação supraestatal da União Europeia, observávamos que a União encontra sua possibilidade de agir quando na presença dos requisitos autorizativos do princípio da subsidiariedade, notadamente quando os Estados Membros são incapazes de promover os objetivos da União Europeia por si próprios ou o fazem de maneira incipiente e inefetiva.

A Comissão aqui agiria também de modo a – como já fora dito – tornar efetivos os objetivos de proteção dos direitos humanos sob sua égide de observância. Para tanto, seu regulamento descreve como se sustentam os instrumentos aplicáveis dirigidos à proteção e efetivação destes direitos, dando especial ênfase à petição, suas condições de consideração e requisitos, tramitação, procedimento de admissibilidade, mérito e etc.

Diante do caso concreto, das investigações procedidas (inclusive *in loco* caso julgue necessário e conveniente) pode a Comissão à qualquer tempo quando do exame da petição ou caso, propor por iniciativa própria ou a pedido das partes<sup>89</sup>, propor solução amistosa sobre o assunto, quando possível, por óbvio.

---

<sup>89</sup> Vide Artigo 40 do Regulamento da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos.

Seguindo o procedimento do artigo 40, pode ainda assim não haver solução amistosa, seja por impossibilidade ou discordância das partes, o que desembocará no prosseguimento da tramitação da petição ou do caso, podendo a partir daí haver:

- a) *Desistência*: O peticionário tem a possibilidade de poderá desistir de sua petição ou caso a qualquer momento, desde que o faça por escrito em instrumento que deve ser apresentado à Comissão que pode, caso considere procedente o pedido de desistência, ARQUIVAR a petição ou caso ou PROSSEGUIR com a tramitação, caso o não prosseguimento possa ferir ou prejudicar direito ou interesse de terceiro;<sup>90</sup>
- b) *Arquivamento de petições e casos*: que também pode se dar em qualquer momento, desde que presentes as razões justificadoras e quando “se verifique que não existam ou subsistam os motivos da petição ou caso; ou não disponha da informação necessária para alcançar uma decisão sobre a petição ou caso.”<sup>91</sup> Neste último caso, quando não houver a informação necessária para alcançar a decisão sobre o caso, antes de decidir pelo arquivamento, a Comissão solicitará aos peticionários que estes prestem a informação necessária, informando-os da possibilidade de arquivamento e estabelecendo o prazo para a apresentação da informação. Decorrido o prazo, a Comissão procederá com sua decisão, seja pelo arquivamento ou prosseguimento para decisão de mérito;<sup>92</sup>
- c) *Decisão quanto ao mérito*: aqui, em se tratando da decisão quanto ao mérito, pode haver inicialmente a partição em duas situações distintas, quais sejam:
  - c.1) *o reconhecimento da inexistência da violação alegada*, que deverá ser manifestado no relatório da Comissão quando tratar do mérito, relatório este que será entregue às partes, bem como “publicado e incluído no Relatório Anual da Comissão à Assembléia Geral da Organização”<sup>93</sup> ou
  - c.2) *o reconhecimento da existência de um ou mais violações*, a partir do que a Comissão irá elaborar um relatório preliminar contendo “as proposições e

---

<sup>90</sup> Vide Artigo 41 do Regulamento da Comissão.

<sup>91</sup> Vide Artigo 42 do Regulamento da Comissão.

<sup>92</sup> Vide Artigo 42, segunda parte do Regulamento da Comissão.

<sup>93</sup> Vide Artigo 44, primeira parte do Regulamento da Comissão.

recomendações que considerar pertinentes e o transmitirá ao Estado de que se trate.”<sup>94</sup>

Note-se que, quando do reconhecimento da existência de uma ou mais violações, a elaboração do relatório preliminar pela Comissão, mais uma vez traz “proposições e recomendações” ao Estado, objetivando que este tome medidas necessárias para cumprir as recomendações da Comissão. Para tanto, é fixado pela Comissão, um prazo para que o Estado “informe a respeito das medidas adotadas em cumprimento a essas recomendações”.<sup>95</sup>

A Comissão, por fim, fará a notificação ao peticionário no que diz respeito à adoção do relatório e à “transferência” do mesmo ao Estado. A partir daí há novamente uma partição de possibilidades, que dependerá de ter ou não o Estado Parte aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana.

Em caso positivo, ou seja, estando o Estado sujeito à jurisdição da Corte, a Comissão ao notificar o peticionário agirá nos seguintes termos:

**Artigo 44** [...] 3. A Comissão notificará ao peticionário sobre a adoção do relatório e sua transmissão ao Estado. No caso dos Estados partes da Convenção Americana que tenham aceitado a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, a Comissão, ao notificar o peticionário, dar-lhe-á oportunidade para apresentar, no prazo de um mês, sua posição a respeito do envio do caso à Corte. O peticionário, se tiver interesse em que o caso seja elevado à Corte, deverá fornecer os seguintes elementos:

- a. a posição da vítima ou de seus familiares, se diferentes do peticionário;
- b. os dados sobre a vítima e seus familiares;
- c. as razões com base nas quais considera que o caso deve ser submetido à Corte; e
- d. as pretensões em matéria de reparação e custos.

Com isto, o caso/petição havendo interesse do peticionário ou a necessidade de defesa de direito de terceiros, será enviado para a Corte, não se podendo olvidar, entretanto, que este envio somente pode se dar nos casos onde houver reconhecimento da jurisdição da Corte (como sobredito) nos termos do artigo 62 do Pacto de San Jose da Costa Rica, onde se lê:

**Artigo 62**

**1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência**

---

<sup>94</sup> Vide Artigo 44, segunda parte do Regulamento da Comissão.

<sup>95</sup> Vide Artigo 44, segunda parte do Regulamento da Comissão.

**da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.**

2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.

**3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência,** seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial (grifos nossos).

Assim foi quando da submissão da petição apresentada pela seção brasileira do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL/Brasil) e pela Human Rights Watch/Americas (HRWA) à Comissão Interamericana em 7 de agosto de 1995. A petição referia-se ao desaparecimento de membros da Guerrilha do Araguaia entre os anos 1972 e 1975 e a “falta de investigação desses fatos pelo Estado desde então”.<sup>96</sup>

Em síntese, “Julia Gomes Lund e outras 21 pessoas foram presumivelmente mortas durante as operações militares ocorridas na Região do Araguaia, sul do Pará.”<sup>97</sup> Do ano de 1982 até a data em que foi apresentada a petição à Comissão e pode-se dizer com certeza que até hoje ainda – em alguns casos – as famílias das 22 pessoas que tiveram os seus desaparecimentos forçados, tentam ter quaisquer informações que sejam capazes de esclarecer as circunstâncias em que ocorreram os fatos (desaparecimentos forçados, mortes, ocultação dos corpos) para que finalmente recuperem os restos mortais dos desaparecidos e possam dar enterro digno em respeito à sua memória e à verdade.

No relatório da Comissão, vislumbra-se que a petição apresentou e narrou fatos que constituem violações de altíssima gravidade, incompatíveis absolutamente com o que preceitua a Convenção e demais instrumentos de defesa dos direitos humanos adotados como aparato protetivo e garantidor destes.

Tais violações foram sistemáticas e ocorreram de modo que interligou-as, formando uma verdadeira rede de transgressões ampla e contundente, permeada

---

<sup>96</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Sumário do Relatório 33/01 da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Washington, DC, mar. 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/11552.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

<sup>97</sup> Idem.

pelas mais diversas atrocidades, conforme se lê do próprio relatório que esclarece ter havido a anulação:

dos direitos garantidos pelos artigos I (Direito à vida, à liberdade, à segurança e à integridade da pessoa), XXV (Direito de proteção contra prisão arbitrária) e XXVI (Direito a processo regular) da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “Declaração Americana” ou “Declaração”) bem como pelos artigos 4 (Direito à vida), 8 (garantias judiciais), 12 (Liberdade de consciência e religião), 13 (Liberdade de pensamento e de expressão), e 25 (Proteção judicial) conjugados com o artigo 1(1) (obrigação de respeitar direitos) da Convenção Americana de Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”).<sup>98</sup>

Após um longo espaço de tempo, na tentativa de ver reconhecida a admissibilidade da petição, caminho este que iniciou em 7 de agosto de 1995 como fora dito, com o recebimento da petição contra a República Federativa do Brasil esta foi admitida, quase 6 anos depois, carregada de várias tentativas do Estado de impedir a admissibilidade da petição por afirmar diversos motivos que impediriam a Comissão de recebê-la.

Entre os motivos assinalados, o Estado em nenhum momento desde a sua primeira manifestação, contesta o fato da “existência de um conflito armado entre guerrilheiros e as Forças Armadas Brasileiras na região do Araguaia”. O Estado, ao contrário, vai ainda mais além, reafirmando o acontecido e informando ainda, que, com o advento da Lei n° 9140 de 1995 o “Estado reconheceu a responsabilidade civil e administrativa de seus agentes pelos fatos denunciados”.<sup>99</sup>

As alegações versam, por sua vez, sobre o fato de não terem à época – segundo alegação do Estado – sido esgotadas todos os recursos internos por parte dos peticionários, posto que, muito embora o trâmite do procedimento judicial federal de 1982 estivesse sendo moroso, ele seguia o seu rito regular e ainda pelo fato de que, o Estado vinha tomando providências, dentre elas a adoção da Lei 9140/95, onde o Estado reconheceu a responsabilização civil e administrativa de seus agentes pelos fatos denunciados na petição.

A celeuma maior acerca da petição, entretanto, não reside na reparação obtida através da responsabilização civil e administrativa, mas sim, consubstancia-se na afirmação de que, a reparação somente seria completa e efetiva a partir do

---

<sup>98</sup>COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Sumário do Relatório 33/01 da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Washington, DC, mar. 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/11552.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

<sup>99</sup> *Idem*.

momento em que, houvesse a devida condenação penal dos agentes envolvidos na prática dos fatos alegados na petição.

O Estado, entretanto revestia-se em suas alegações do manto da Lei de Anistia Brasileira, adotada em 1979 – e ainda vigente – que havia extinguido a responsabilidade penal individual dos agentes, impossibilitando a persecução e condenação penal pelos fatos alegados na petição, dizendo ainda que a lei de Anistia junto com a Lei 9140/95 não representavam marcos de impunidade, mas sim, marcos da redemocratização no processo de substituição do regime militar, notadamente em nome do “grande consenso político nacional”, razão pela qual, a anistia havia sido declarada de maneira ampla e irrestrita, de maneira bilateral, não beneficiando apenas os agentes do Estado.

Certos de que, a reparação civil e administrativa era o suficiente, o Estado pedia então pelo arquivamento da petição, posto que julgava ter reparado os danos adequadamente, não haver espaço para a condenação penal por absoluta impossibilidade haja vista a Lei da Anistia e não haverem sido esgotados os recursos internos.

Os peticionários, por sua vez, contrapunham as alegações do Estado alegando em suma que, a desídia na apuração dos fatos, a demora injustificada do procedimento judicial, autorizam a aplicação da exceção contida na segunda parte do artigo 46 da Convenção, que permite que muito embora não tenham sido esgotados os recursos internos, haja demora proposital ou injustificada em seu esgotamento que impeça o esgotamento dos mesmos, nestes termos: <sup>100</sup>

Artigo 46 [...] 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, **ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e**

**c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.**<sup>101</sup>

---

<sup>100</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Sumário do Relatório 33/01 da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Washington, DC, mar. 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/11552.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

<sup>101</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana Sobre Direitos Humanos. San Jose da Costa Rica, nov. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 25 de maio de 2018.

Além disto, alegavam os petionários que, muito embora a Lei 9140/95 tenha determinado as indenizações e a realização de diligências no sentido de encontrar os corpos das vítimas, estas providências de nenhum modo são capazes de elidir a responsabilização penal dos agentes responsáveis, sendo esta Lei, somada à Lei da Anistia, por si só, violações da Convenção, mais precisamente em seus artigos 8 e 25, que tratam respectivamente das garantias judiciais e da proteção judicial.<sup>102</sup>

A partir das alegações das partes, a Comissão fez a análise dos requisitos de admissibilidade da petição e após tratar dos requisitos referentes aos aspectos da competência da Comissão (*ratione personae, ratione materiae, ratione temporis e ratione loci*), passou a tratar de um aspecto que, fortemente passa a afunilar o presente estudo, qual seja, a questão do esgotamento dos recursos internos e a sua ligação com a obediência ao princípio da subsidiariedade pelo Sistema Interamericano na proteção dos Direitos.

Nos interessa aqui, verificar que houve, por parte da Comissão, a preocupação em analisar este requisito, e fazê-lo em observância à noção de que, como já foi exaustivamente citado neste trabalho, somente há razão autorizativa de agir (para os entes internacionais e supranacionais) quando a desídia, incipiência ou ineficiência do Estado, proposital ou não, for vetor de violação de garantias.

A Convenção é bastante clara quando explicita quando a Comissão pode agir em seu artigo 46, segunda parte (já citado) e é neste sentido que justifica-se a Comissão no seguinte excerto:

**O caráter subsidiário da proteção oferecida pelo sistema interamericano impõe que, antes de dar seguimento à tramitação de uma petição, deve-se verificar se os petionários tentaram obter a reparação das violações no âmbito doméstico do Estado atacado.** No presente caso ambas as partes apresentaram alegações substanciais a respeito do esgotamento dos recursos internos.

[...]

**A Comissão estima que no presente caso, a demora de mais de 18 anos sem uma decisão definitiva de mérito não pode ser considerada razoável.** Embora o caso possa ser complexo, e muitos recursos tenham sido utilizados, o fato de que não exista sequer decisão de primeira instância com relação à procedência ou não do pedido, e que desde 1994 os recursos apresentados pelo Governo não tratam do mérito, mas tão somente da interpretação de uma sentença de segunda instância, a Comissão entende que o requisito do esgotamento dos recursos internos

---

<sup>102</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Relatório 33/01 da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Washington, DC, mar. 2001. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/11552.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2018.

não pode ser exigido. **Por estas razões aplica-se o artigo 46(2)(c) e dispensa-se o esgotamento dos recursos internos.** (grifos nossos).<sup>103</sup>

Percebe-se que, a Comissão acautelou-se e foi bastante criteriosa neste sentido, e mais importante, reconheceu aqui o caráter subsidiário da proteção oferecida pelo sistema, o que colabora para que possamos questionar se há terreno para o exercício da margem de apreciação nacional também no sistema interamericano.

Feitas todas as análises preliminares a Comissão decidiu pela admissão da petição para poder, na fase seguinte, ter subsídios mais contundentes no sentido de analisar se a postura do Estado de fato, vinha direcionada não à impunidade e/ou violação dos direitos que os peticionários alegaram estar sendo violados.

Cabe-nos, entretanto, prosseguir agora na análise breve de como a Comissão seguiu na análise do mérito e após isto, como o procedimento se deslindou perante a Corte, na tentativa de obter subsídios que permitam a observância dos indícios que admitem ou não o manejo da Margem de Apreciação Nacional em relação à decisão do caso *Gomes Lund* e a Lei de Anistia Brasileira.

#### 4.4 MÉRITO DO CASO *GOMES LUND* NA COMISSÃO INTERAMERICANA: ENTRE RECOMENDAÇÕES E OBSTÁCULOS À RESPONSABILIZAÇÃO PENAL

Decidida a admissibilidade e feita a notificação do Relatório de Admissibilidade de nº 33/2001 às partes em março do ano de 2001, a Comissão procedeu com o seguimento da demanda e em Dezembro do ano de 2004, requereu que no prazo de dois meses, os representantes da demanda apresentassem suas razões finais para o julgamento do mérito. Inobstante os diversos pedidos de prorrogação, em novembro de 2006 os representantes apresentaram as suas razões, pelo que, seguidamente, foi requerido ao Estado que por sua vez o fizesse.

Também após prorrogações, o Estado em maio de 2007 apresentou suas observações sobre o mérito e após outras comunicações de ambas as partes,

---

<sup>103</sup> *Idem*

devidamente recebidas e mutuamente trasladadas, em outubro do ano de 2008, a Comissão apresentou o seu Relatório de Mérito, concluindo neste que

o Estado brasileiro deteve arbitrariamente, torturou e desapareceu os membros do PCdoB e os camponeses listados no parágrafo 94 deste Relatório. **Além disso, a CIDH conclui[u] que, em virtude da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia), promulgada pelo governo militar do Brasil, o Estado não levou a cabo nenhuma investigação penal para julgar e sancionar os responsáveis por estes desaparecimentos forçados; que os recursos judiciais de natureza civil com vistas a obter informação sobre os fatos não foram efetivos para garantir aos familiares dos desaparecidos o acesso à informação sobre a Guerrilha do Araguaia; que as medidas legislativas e administrativas adotadas pelo Estado restringiram indevidamente o direito ao acesso à informação desses familiares; e que o desaparecimento forçado das vítimas, a impunidade dos seus responsáveis, e a falta de acesso à justiça, à verdade e à informação afetaram negativamente a integridade pessoal dos familiares dos desaparecidos.**<sup>104</sup> (grifos nossos)

Ato contínuo, ainda em seu Relatório de Mérito, a partir das constatações feitas com base no bojo probatório oferecido e em todo aparato fático que pôde ser auferido da análise que se deu desde a petição inicial apresentada perante à Comissão até as últimas informações prestadas pelos recorrentes e pelo Estado, a Comissão delineou as suas recomendações, dentre as quais saltam-nos as duas primeiras delas, que tratam diretamente da Lei de Anistia Brasileira e de como a mesma representa um obstáculo à persecução penal dos crimes de lesa humanidade cometidos durante o Regime Militar.

Recomendou ainda a Comissão que se procedesse a investigação criminal completa e imparcial dos fatos acontecidos às vítimas da Guerrilha do Araguaia, levando em conta que os crimes cometidos são insuscetíveis de graça e anistia, conforme se lê:

1. Adotar todas as medidas que sejam necessárias, a fim de **garantir que a Lei Nº 6.683/79 (Lei de Anistia) não continue representando um obstáculo para a persecução penal de graves violações de direitos humanos que constituam crimes contra a humanidade;**
2. Determinar, através da jurisdição de direito comum, a responsabilidade penal pelos desaparecimentos forçados das vítimas da Guerrilha do Araguaia, mediante uma investigação judicial completa e imparcial dos fatos com observância ao devido processo legal, a fim de

---

<sup>104</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS. Relatório Nº 91/08, Brasil, Julia Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia). 26 de março de 2009. Disponível em: [http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/decisiones\\_cidh\\_merito.asp](http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/decisiones_cidh_merito.asp). Acesso em: 20 de abril de 2018.

identificar os responsáveis por tais violações e sancioná-los penalmente; e publicar os resultados dessa investigação. **No cumprimento desta recomendação, o Estado deverá levar em conta que tais crimes contra a humanidade são insuscetíveis de anistia e imprescritíveis;** (grifos nossos)<sup>105</sup>

Além destas, foram feitas outras recomendações, entretanto, para fins didáticos, nos ateremos à estas duas e aos seus reflexos. Percebe-se aqui nos trechos citados supra, que a Comissão não reconhece a Lei de Anistia Brasileira como compatível com as disposições da Convenção, considerando-a ao contrário, como um entrave à persecução penal aos crimes de lesa humanidade por ela cobertos.

Prova disto é que a recomendação número 1 é categórica no sentido de que o Estado tome “todas as medidas necessárias” para que a Lei de Anistia deixe de representar um obstáculo para a persecução penal destes crimes. Seguindo esta lógica, a recomendação número 2 adverte que através da jurisdição comum (seguindo a devida investigação e devido processo legal) sejam responsabilizados penalmente aqueles que promoveram o “desaparecimento forçado” das vítimas na Guerrilha do Araguaia. Pois bem, o final desta recomendação nos trás uma importante pista sobre a maneira como a Comissão desconsidera os efeitos da Lei de Anistia de 1979, informando cabalmente que, os crimes contra a humanidade são INSUSCETÍVEIS de graça e ANISTIA.

Diante da insuscetibilidade de graça e anistia, para os crimes de lesa humanidade e da reafirmação do reconhecimento desta natureza pela Comissão, cria-se uma fratura lógica que teria (deveria ter) um impacto muito contundente na legislação brasileira referente à anistia destes crimes. A Comissão pois, procedeu, com a notificação do Estado em novembro de 2008 para que este adotasse as recomendações feitas, no prazo de dois meses, procedendo na mesma data a informação da adoção do Relatório de Mérito aos representantes e solicitando-lhes que informassem se havia ou não interesse em que a demanda seguisse para julgamento, desta feita pela Corte Interamericana.<sup>106</sup>

Manifestado o interesse pelos representantes de que o caso seguisse para a Corte, considerando que “ele significaria para as vítimas e para a sociedade

---

<sup>105</sup> *Idem.*

<sup>106</sup> *Idem.*

brasileira o resgate do direito à verdade e à memória sobre sua própria história”<sup>107</sup>, o procedimento seguiu, como novos pedidos de prorrogação por parte do Estado para apresentar as suas observações sobre as recomendações da Comissão, até que em março de 2009, o Estado apresentou um relatório que a Comissão julgou insatisfatório em termos de cumprimento das recomendações e em razão disto, submeteu o caso à jurisdição da Corte Interamericana.

A submissão do Caso à Corte foi no caminho de outros casos análogos tratando de leis de anistia também já à ela apresentados. Sobre estes casos, trataremos mais a frente, citamos tal fato por ora para ilustrar o entendimento de que, em outras ocasiões, situações que acabaram por determinar a nulidade de leis de anistia em outros Países, já haviam sido decididas pela Corte.

É a partir disto que, analisaremos agora brevemente os casos apresentados à Corte que trataram de leis de anistia nacionais e como estas receberam à decisão da Corte, para verificar se há indícios da utilização da Margem de Apreciação Nacional nos casos ou se houve o acatamento das decisões sob comento pelos Estados destinatários. É o que passamos a tratar.

#### 4.5 A POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA FRENTE ÀS LEIS DE ANISTIA NACIONAIS: A CONSOLIDAÇÃO DA JURIPRUDÊNCIA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ESTATAL

O Caso *Gomes Lund* embora emblemático, não foi o único caso envolvendo leis de anistia na América que tiveram a sua validade questionada pela Corte Interamericana dos Direitos Humanos. Há inúmeros outros casos que, assim como no Brasil, onde crimes contra a humanidade decorrentes de regimes totalitários e ditaduras acabaram por vir a julgamento pela Corte.

Exemplos disto são os casos da Argentina, Chile, El Salvador, Haiti, Peru e Uruguai que também passaram por experiências análogas e em todos estes casos a Corte foi categórica ao afirmar que:

---

<sup>107</sup> *Idem.*

No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual Brasil faz parte por decisão soberana, são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quando se trata de graves violações dos direitos humanos.<sup>108</sup>

As Leis de Anistia em todos os casos citados acima, foram criadas e vigoraram sob o pretexto de que eram importantes e não somente isto, mas sim indispensáveis aos processos de redemocratização e de reestabelecimento da paz social nos tempos em que estes instrumentos legais se mostraram (em tese) eficazes para permitir a mitigação dos efeitos da transição de regimes.

Contudo, não haviam instrumentos à época destas leis, que permitissem que fosse feita a justiça de transição nos moldes como se compreende hodiernamente, quando a transição é compreendida como uma necessidade de conciliação e não sobrepuje os crimes que tenham sido cometidos e não imponha perdão dos mesmos sem justiça. Eis o porque de se denominar justiça de transição.

Por óbvio que, sob a argumentação pretérita, não houve preocupação com os reflexos que seriam experimentados pelas vítimas das mais diversas atrocidades cometidas à época, havendo apenas uma rasa compreensão de que, sepultar o passado de atrocidades era a [única maneira de fazer as pazes com o futuro. É em razão disto que o questionamento acerca da validade de leis de anistia, especialmente no Brasil, quase sempre seja respondido por seus defensores como a única maneira de virar a página e seguir em frente. É a falsa solução para a falsa paz.

Complementando este entendimento, David Barbosa de Oliveira (2018, p. 417) leciona que

A chamada justiça de transição é atualmente o instrumento mais adequado para essas situações, contudo, no momento em que a maioria das leis de anistia da América Latina foram feitas, não havia aparato doutrinário ou jurisprudencial que ajudasse na sua feitura. Assim, as leis de anistia terminaram por conceder perdão aos crimes do período, afetando sua punibilidade e beneficiando os opositores do regime, sem ter qualquer preocupação com verdade, memória ou reparação.<sup>109</sup>

---

<sup>108</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do Caso Gomes Lund E Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil. San Jose da Costa Rica, 22 de novembro de 2010. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 25 de maio de 2018.

<sup>109</sup> OLIVEIRA, David Barbosa de. JULGAMENTOS DAS LEIS DE ANISTIA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E OS ESFORÇOS DA SOCIEDADE CIVIL NA JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO DA ARGENTINA E DO PERU. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, [S.l.], v. 6, n. 11, p. 406-431, abr. 2018. ISSN 2317-5389. Disponível em:

Este artifício que conduziu à impunidade tentava legitimar a sua necessidade aduzindo que, não haviam sido perdoados somente os crimes cometidos pelos agentes do Estado, mas todos os crimes políticos e a eles conexos pelo período em que durou o regime militar, pois a lei Brasileira tinha caráter amplo e irrestrito.

Pois bem, refutando com eficiência este e outros argumentos, a Corte Interamericana, ainda na sentença do caso *Gomes Lund* (2010, p. 56)<sup>110</sup>, traz trechos que comprometem a validade de quaisquer destes informes, e clarifica:

[...]o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos concluiu que as anistias e outras medidas análogas contribuem para a impunidade e constituem um obstáculo para o direito à verdade, ao opor-se a uma investigação aprofundada dos fatos, e são, portanto, **incompatíveis com as obrigações que cabem aos Estados, em virtude de diversas fontes de Direito Internacional**. Mais ainda, quanto ao falso dilema entre paz ou reconciliação, por um lado, e justiça, por outro, declarou que: **[a]s anistias que eximem de sanção penal os responsáveis por crimes atrozes, na esperança de garantir a paz, costumam fracassar na consecução de seu objetivo, e, em vez disso, incentivaram seus beneficiários a cometer novos crimes**. Ao contrário, celebraram-se acordos de paz sem disposições relativas à anistia, em algumas situações em que se havia dito que a anistia era uma condição necessária para a paz, e em que muitos temiam que os julgamentos prolongassem o conflito (grifos nossos).

Note-se que, a Corte preocupa-se sempre em demonstrar a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações dos Estados que fazem parte do Sistema Interamericano. Esta incompatibilidade não é meramente formal mas diz respeito à completa discrepância com os preceitos de proteção e garantias que fundam a razão de ser dos sistemas de proteção de direitos humanos. Não são poucos os trechos da sentença do caso *Gomes Lund* que fazem esta alusão.

Cita-se na sentença para consubstanciar a incompatibilidade das leis de anistia, experiências e entendimentos de outros órgãos e sistemas, demonstrando que esta não é uma preocupação única e exclusiva da realidade americana ou latino-americana, mas é antes de tudo uma preocupação/agenda universal e que independe de qualquer adstrição territorial e cultural.

---

<<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/6702>>. Acesso em: 01 ago. 2018. doi: <https://doi.org/10.21527/2317-5389.2018.11.406-431>.

<sup>110</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do Caso Gomes Lund E Outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil. San Jose da Costa Rica, 22 de novembro de 2010. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 25 de maio de 2018.

Somente a título ilustrativo, haja vista tratarmos deste sistema como o parâmetro para a teoria da margem de apreciação nacional, podemos citar o trecho da sentença em que a Corte<sup>111</sup> (2010, p. 59) refere-se ao sistema europeu de direitos humanos e como ele se posiciona no que diz respeito às leis de anistia, vejamos:

No Sistema Europeu, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que é da maior importância, para efeitos de um recurso efetivo, que os processos penais referentes a crimes, como a tortura, que impliquem violações graves de direitos humanos não sejam prescritíveis, **nem passíveis de concessão de anistias** ou perdões a respeito (grifos nossos).

Toda esta construção, de fato, tem o interesse de evidenciar o seguinte: é indiscutível a incompatibilidade das leis de anistia em favor de crimes de lesa humanidade, dentre outros, cometidos em regimes de exceção, militares e/ou totalitários por razões que, são tão ululantes diante de todas as lógicas humanísticas que é deveras redundante falar.

Insistimos no entendimento da incompatibilidade por que, trata-se, como já dito, não meramente de uma incompatibilidade formal mas sim de uma incompatibilidade transcendental, a formalidade aqui tem caráter de adereço, substancialmente complementar.

Cientes dessa incompatibilidade, países que haviam promulgado leis de anistia, como os citados supra, viram (também como já citado) demandas decorrentes da adoção deste instrumento para fazer a “transição” de regimes, chegar à Corte Interamericana e ver em todos os casos, sua validade expurgada, por todas as razões supra expostas e inúmeras outras mais sobre as quais não nos debruçaremos por força da necessidade do didatismo neste estudo.

A Argentina foi um dos países que, fez sucumbir a sua Lei de Pacificação Nacional (Lei 22.924), de 22 de setembro de 1983, diante do impacto causado pela sentença da Corte Interamericana, como nos mostram Silva, Paula e Dias (2013, p.199) quando dizem:

[...] Outro aspecto primordial foi a busca argentina pela punição dos violadores de direitos humanos pela legislação internacional, tal como a procura de subterfúgios na legislação nacional a fim de promover algumas causas judiciais. Porém, é importante ressaltar que, diferentemente do Brasil, as normas internacionais têm hierarquia constitucional desde 1994 na Argentina, o que de certo modo facilitou a ajuda de tribunais e cortes

---

<sup>111</sup> *Idem.*

internacionais (como a Corte Interamericana de Direitos Humanos) e a punição dos envolvidos.<sup>112</sup>

Do mesmo modo, aconteceu em relação ao Peru, que teve o caso Barrios Alto<sup>113</sup> levado à Corte Interamericana, no que esta, por sua vez, entendeu também pela incompatibilidade da Lei de Anistia Peruana, com as disposições internacionais à ela subjacentes. Podemos constatar este entendimento no seguinte trecho da Sentença (2001, p. 22):

Devemos ter em mente, em relação às leis da autoanistia, que sua legalidade no âmbito do direito interno, levando à impunidade e injustiça, está em flagrante incompatibilidade com as regras de proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o que implica violações dos direitos da pessoa humana. **O corpus juris do Direito Internacional dos Direitos Humanos destaca que nem tudo o que é legal no ordenamento jurídico interno é legal no ordenamento jurídico internacional, e ainda mais quando valores mais elevados estão em jogo (como verdade e justiça).** Na verdade, o que foi chamado de leis de anistia, e particularmente a modalidade perversa das chamadas leis da auto-anistia, mesmo que sejam consideradas leis sob uma certa ordem jurídica interna, não estão no campo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (grifos e tradução nossa).<sup>114</sup>

Sem dúvidas mais uma menção à necessidade de ter estas leis sob a ótica não somente de sua validade/compatibilidade formal mas sim, a partir da análise transcendental de seus aspectos mais profundos, entre eles verdade e justiça como supradito.

Em razão disto, a Corte declarou na sentença do Caso Barrio Alto (2001, p. 18) a incompatibilidade da Lei de Anistia Peruana com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, afirmando que em razão disto a mesma carecia de efeitos jurídicos.<sup>115</sup>

---

<sup>112</sup> SILVA, Alexandre Garrido Da; PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; DIAS, Júlia Machado. AS LEIS DE ANISTIA BRASILEIRA (1979) E ARGENTINA (1983) EM PERSPECTIVA COMPARADA. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO - UFU**, Uberlândia, v. 41, n. 2, p. 187-204, jan./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/24465/16313>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

<sup>113</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do caso Barrios Alto vs Peru. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2018.

<sup>114</sup> *Hay que tener presente, en relación con las leyes de autoamnistía, que su legalidad en el plano del derecho interno, al conllevar a la impunidad y la injusticia, encuéntrase en flagrante incompatibilidad con la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, acarreando violaciones de jure de los derechos de la persona humana. El corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos pone de relieve que no todo lo que es legal en el ordenamiento jurídico interno lo es en el ordenamiento jurídico internacional, y aún más cuando están en juego valores superiores (como la verdad y la justicia). En realidad, lo que se pasó a denominar leyes de amnistía, y particularmente la modalidad perversa de las llamadas leyes de autoamnistía, aunque se consideren leyes bajo un determinado ordenamiento jurídico interno, no lo son en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.*<sup>114</sup>

<sup>115</sup> Decidendo nº 4 da Sentença do Caso Barrios Alto.

Inobstante as determinações da Corte não tenham sido acatadas desde o início no Peru, haja vista uma imensa resistência promovida pelo governo de Fujimori que inclusive chegou a publicar uma resolução legislativa que retirava o reconhecimento da competência contenciosa da CIDH em 1999 (OLIVEIRA, 2018, p. 422), após o fim do Governo de Fujimori houve uma mudança de paradigma.

Os governos posteriores sustentaram o diálogo entre as Cortes e orientaram que fossem cumpridas as suas recomendações, dispondo que “todos os fiscais que tenham intervido em processos nos quais se aplicaram leis de anistia, devem solicitar aos respectivos juízes a execução da sentença da CIDH” (OLIVEIRA, 2018, p. 422).

Ainda sob influência de recomendações da Comissão Interamericana e determinações da Corte Interamericana de Direitos Humanos está também a lei de anistia Chilena que muito embora não tenha sido oficialmente revogada, inobstante a pressão que vem sendo exercida desde o início do governo Bachelet, tem os seus efeitos invalidados e revertidos em inúmeros casos, que vem se convertendo em condenações por substituição, o que a Corte Interamericana tem considerado como uma prova de boa-fé do Estado, bem como uma reafirmação de sua soberania interna.

Em trechos da sentença do próprio *Caso Gomes Lund* (2010, p. 61)<sup>116</sup> a Corte cita o exemplo Chileno e traz excertos tais como:

[...] Recentemente, a mesma Corte Suprema de Justiça do Chile, no caso *Lecaros Carrasco*, anulou a sentença absolutória anterior e invalidou a aplicação da anistia chilena prevista no Decreto-Lei nº 2.191, de 1978, por meio de uma sentença de substituição.

A mesma sentença vai ainda citando os casos dos demais países, como ainda o Uruguai e a Colômbia, afirmando que assim como os citados supra, estes países reconheceram em diversas sentenças de suas Altas Cortes e dispositivos o dever internacional do Estado de investigar as violações protegidas sob o manto da anistia, senão vejamos (2010, p. 64):

Como se desprende do conteúdo dos parágrafos precedentes, todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, e diversas altas cortes nacionais da região, que tiveram a oportunidade de pronunciar-se a

---

<sup>116</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do *Caso Gomes Lund E Outros* (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil. San Jose da Costa Rica, 22 de novembro de 2010. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 25 de maio de 2018.

respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações.<sup>117</sup>

Depois de trazer todos estes exemplos a Corte busca por demonstrar que os demais países em situação análoga à brasileira no que diz respeito aos regimes que deram origem à lei de anistia e aos seus reflexos, vêm reconhecendo a sua incompatibilidade com o sistema interamericano e demais mecanismos de proteção aos direitos humanos e em razão disto vem posicionando-se cada vez mais fortemente no sentido de revogar suas leis de (auto)anistia, ou quando ainda não as revogaram, vem mitigando os seus efeitos com a reversão/substituição de suas sentenças absolutórias por sentenças condenatórias que finalmente oferecem punição àqueles que foram agentes beneficiados pela anistia.

O mesmo não se pode dizer do caso brasileiro. Muito embora a Comissão e a Corte Interamericana tenham sido categóricas no que diz respeito à Lei de Anistia brasileira, seus efeitos e reflexos, não parece que o nosso Supremo Tribunal Federal tenha interesse em estabelecer um diálogo entre Cortes como foi manejado nos demais casos acima citados pelos outros países com situações análogas.

A Corte Interamericana, cita em outro dos trechos do caso *Gomes Lund* (2010, p. 65) que muito embora o Brasil tenha com sua interpretação e aplicação da lei da anistia fomentado a impunidade nos casos dos desaparecimentos forçados e mortes na Guerrilha do Araguaia, não houve mudanças no ordenamento jurídico interno até o momento que tenham demonstrado a intenção de reverter a situação para imprimir compatibilidade com as disposições da Convenção, senão vejamos:

A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (pars. 87, 135 e 136 *supra*) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de

---

<sup>117</sup> *Idem.*

adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana.<sup>118</sup>

De outro lado, o exemplo Chileno demonstra que, muito embora não tenha havido uma mudança legislativa, ou seja, muito embora não tenha sido revogada a lei de anistia, assim como aqui no Brasil pelo de acordo com o que deseja a Corte com a sentença do caso *Gomes Lund* não tenham sido adequadas as disposições de direito interno à Convenção, houve uma manifestação dos Tribunais e mesmo da Corte Suprema Chilena, no sentido de manejar a substituição das sentenças absolutórias e promover a condenação dos agentes do Estado beneficiados pela anistia.

Tais precedentes abrem questionamentos sobre ter ou não o Brasil negligenciado a posição da Corte em relação à esta matéria, dentro do próprio caso *Gomes Lund* e além dele em toda construção jurisprudencial que a Corte vem consolidando com o passar dos anos e o julgar dos casos análogos.

Sobre isto, a Corte pronuncia-se de maneira esclarecedora, reconhecendo que compreende que o Estado está sujeito ao império da lei mas que, ao mesmo tempo, não pode se furtar à aplicar as disposições convencionais e tampouco pode se permitir ir frontalmente de encontro à elas quando expressamente as reconhece, vejamos o recorte (2001, p. 66):

Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do *Caso Gomes Lund E Outros* (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil. San Jose da Costa Rica, 22 de novembro de 2010. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 25 de maio de 2018.

<sup>119</sup>CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do *Caso Gomes Lund E Outros* (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil. San Jose da Costa Rica, 22 de novembro de 2010. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 25 de maio de 2018.

Entretanto, pouco tempo antes do julgamento do caso *Gomes Lund* foi julgada a ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro<sup>120</sup> e nesta ADPF, o Supremo expressamente reconheceu a plena validade da Lei de Anistia brasileira, inobstante toda jurisprudência da Corte Interamericana indicar exatamente o caminho contrário.

Sobre isto, a própria Corte se manifesta na sentença do caso *Gomes Lund*, informando que a Suprema Corte brasileira optou por desconsiderar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, diz a Corte o seguinte (2010, p. 67):

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado **e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos sus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (*effet utile*) no plano de seu direito interno.**<sup>121</sup>

Sabendo disto, tendo em vista que a decisão do caso *Gomes Lund* é posterior ao julgamento da ADPF 153, é possível dirigir o entendimento de que por não haver ainda uma decisão da Corte contra o Estado Brasileiro que o obrigasse diretamente a decidir de maneira contrária, ou seja, reconhecendo a invalidade da Lei da Anistia antes do julgamento da ADPF, o Supremo tenha exercido sua Margem de Apreciação?

Tentaremos a seguir com a breve análise da ADPF 153 e ainda sob a análise do Caso *Gomes Lund* e de indícios da Teoria da Margem de Apreciação na

---

<sup>120</sup> O julgamento da ADPF 153, se deu em 29 de abril de 2010, poucos meses antes da sentença do caso *Gomes Lund* ser Proferida.

<sup>121</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Sentença do *Caso Gomes Lund E Outros* (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil. San Jose da Costa Rica, 22 de novembro de 2010. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf). Acesso em 25 de maio de 2018.

jurisprudência da Corte, estabelecer a possibilidade ou não da ocorrência deste instituto.

#### 4.6 A ADPF 153 FRENTE À JURISPRUDÊNCIA DA CIDH: INDÍCIOS DA MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL NO INCONCLUSO CAPÍTULO DA ANISTIA BRASILEIRA

Pudemos ver anteriormente que a Corte Interamericana exaustivamente demonstra e argumenta que, o Estado não pode se eximir da responsabilidade de cumprir as disposições da Convenção alegando impossibilidade por disposições ou ausência de disposições de direito interno.

A postura da Corte neste sentido, sedimenta a necessidade de que as disposições contidas na Convenção são voluntariamente contraídas, vinculando assim, todos os seus poderes e órgãos. Assim, muito embora não haja uma disposição legislativa capaz de produzir ou fazer com que se deixem de produzir os efeitos necessários para que se adotem as disposições da Convenção, reitera-se que, estas obrigam todos os poderes e todos os seus órgãos, sem exceção.

Sobre isto, Marcelo Torelly (2017, p. 332-333) nos brinda com importante lição:

Assim, a Corte apresenta fundamentos no direito internacional positivo para estabelecer um argumento muito próximo àquele, teórico, de autores como Hans Kelsen, quanto à antinormatividade das normas domésticas em relação às internacionais em comparação com a antinormatividade das normas domésticas infraconstitucionais em relação à Constituição. A omissão ou falha do Poder Legislativo em adequar a legislação doméstica nem exclui a responsabilidade internacional do Estado, nem a obrigação do judiciário em adotar, diretamente, as medidas necessárias para que dado direito ou liberdade seja fruído de forma efetiva.<sup>122</sup>

Neste sentido, compreende-se que deve ser feito o controle de convencionalidade e que este deve ser exercido pelos juízes domésticos que devem

---

<sup>122</sup> TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos?. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, Mar. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662017000100321&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000100321&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 03 Ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.23006>.

fazê-lo considerando a interpretação da Convenção dada pela Corte Interamericana, neste sentido Marcelo Torelly esclarece também:

A primeira formulação da ideia de controle de convencionalidade na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, portanto, diz respeito a um controle judicial de legalidade a ser desempenhado pelos juízes domésticos. No caso concreto, o controle de convencionalidade deve ser realizado pelo juiz titular da ação penal, e não pela Corte Interamericana, que age tão somente apontando a existência de um conflito não identificado ou ignorado pelo Poder Judiciário local. O conflito tem natureza constitucional, vez que trata de direitos fundamentais, mas a revisão legal proposta por meio do controle de legalidade não implica, a priori, em mudança constitucional estrita.<sup>123</sup>

Pode-se então afirmar que, para que exista vinculação, é necessária uma decisão pretérita da Corte dirigida diretamente ao Brasil, ou seja, para que o judiciário brasileiro, através dos seus “juízes domésticos” passassem a adotar aquilo que a Corte determina enquanto intérprete última da Convenção, seria necessário aguardar por uma sentença em algum caso concreto que tivesse o Estado Brasileiro como parte?

Como fora dito anteriormente, a sentença do Caso *Gomes Lund* ainda que por questão de poucos meses foi posterior ao julgamento da ADPF 153 que determinou a validade da Lei de Anistia Brasileira. Sob pena de assumir-se que o Supremo assim decidiu por fiar-se nesta obrigatoriedade, colhemos na doutrina entendimentos que nos mostram justamente o oposto.

Walter Claudius Rothenburg (2013, p. 689-690) informa-nos sobre a prioridade das decisões da Corte quando se trate de direitos fundamentais e por decisões, compreende que não precisam vir de uma via direta obrigacional, mas colhidas da jurisprudência consolidada da Corte, vejamos:

O reconhecimento da prioridade das decisões de Cortes internacionais, quando favoráveis aos direitos fundamentais, compete às mais diversas autoridades nacionais. Os órgãos judiciários internos devem aplicar diretamente tais decisões internacionais e não dependem, para tanto, da edição de lei pelo Parlamento, conforme já decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos. Não se deve confundir, assim, a validade interna do *texto normativo* (tratado, convenção...) de Direito Internacional, que está condicionado à internalização (normalmente por meio de lei do Poder Legislativo), com a validade interna das *decisões internacionais*, que pressupõem a validade dos textos normativos de Direito Internacional em

---

<sup>123</sup> TORELLY, Marcelo. Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos?. *Rev. Direito Práx.*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, Mar. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-89662017000100321&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-89662017000100321&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 03 Ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.23006>.

que se baseiam, mas que não dependem de interposição legislativa e devem ser aplicadas diretamente, inclusive pelas autoridades judiciárias internas.<sup>124</sup>

É inarredável salientar que a decisão num processo da Corte “não vincula somente o Estado acusado mas também todos os demais mesmo que estes não tenham sido ouvidos” (TORELLY, 2017, p. 339), pois que se as decisões refletem a atividade interpretativa da Corte e esta é antes de mais nada a intérprete última da Convenção, todo exercício e atividade interpretativa da Corte é vinculativo, ou seja, tem efeito para todos os Estados que devem obedecer à interpretação que a Corte oferece sobre determinada matéria.

Estar em consonância com a atividade interpretativa da Corte, observando como esta se posiciona sobre determinada matéria é sem dúvidas uma forma de relacionamento eficiente da Corte com os Estados Parte. Quando a matéria então é controvertida e envolve com tanta força questões nevrálgicas de direitos fundamentais, é imperativo que qualquer questão de direito interno que envolva a matéria seja analisada à luz da jurisprudência da Corte.

Quando então a Corte tem jurisprudência consolidada de maneira tão contundente como no caso das leis de anistia, a força vinculante desta jurisprudência deve ser levada em consideração e respeitada, servindo ao processo decisório doméstico como arcabouço exemplar do (citado no tópico sobre localismos e globalismos) guião emancipatório propugnado por Boaventura de Sousa Santos.

A decisão da ADPF 153, entretanto, não teve a preocupação de incorporar a jurisprudência consolidada da Corte Interamericana. Desde e ementa desta decisão, percebe-se que há certo descaso com a jurisprudência de Corte por parte do Supremo Tribunal Federal, que sequer a menciona.

Em verdade, a única menção que o Supremo faz em sua ementa é à Convenção das Nações Unidas contra a tortura, fazendo-o inclusive de maneira tangencial, somente para definir o que é considerado tortura ou outro tratamento cruel ou degradante e ilustrar as definições da Lei da Anistia.<sup>125</sup>

Seguindo na análise da ADPF 153, na tentativa de encontrar em seu corpo alguma menção à jurisprudência da Corte, notadamente nos votos dos

---

<sup>124</sup> ROTHENBURG, Walter Claudius. Constitucionalidade e convencionalidade da Lei de Anistia brasileira. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681-706, Dec. 2013. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322013000200013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200013&lng=en&nrm=iso)>. Acesso on 03 Ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000200013>.

<sup>125</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=612960>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

Ministros do STF, passamos inicialmente a verificação do Voto inicial, do Ministro Cezar Peluso, que no decorrer de todo seu voto, não faz qualquer menção à Jurisprudência da Corte Interamericana, limitando-se à fazer referência tão somente à jurisprudência do próprio STF.

Em um trecho do seu voto, o Ministro Relator Eros Grau limita-se a falar tangencialmente sobre a diferença de tratamento que o STF dá à Lei de Anistia Brasileira em relação às leis de outros países (que tiveram julgamento de suas leis de anistia pela Corte Interamericana) sem entretanto mencionar a Corte. Vejamos:

[...] Há quem sustente que o Brasil tem uma concepção particular de lei, diferente, por exemplo, do Chile, da Argentina e do Uruguai, cujas leis de anistia acompanharam as mudanças do tempo e da sociedade. Esse acompanhamento das mudanças do tempo e da sociedade, se implicar necessária a revisão da lei de anistia, deverá contudo ser feito pela lei, vale dizer, pelo Poder Legislativo. Insisto em que ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar sobre a matéria (2010, p. 39).<sup>126</sup>

Dito isto, cita brevemente os exemplos de Chile, Argentina e Uruguai, fazendo um citação direta das decisões de suas Cortes Nacionais, mostrando como se deu o processo de derrubada das leis de anistia neste países, sem entretanto fazer qualquer menção à jurisprudência da Corte Interamericana. Ele traça o paralelo com a maneira como estes países agiram, olvidando entretanto, que já havia um sem número de casos sobre leis de anistia destes países chegado à Comissão e à Corte Interamericana e por elas apreciados e que estas decisões foram o vetor de mudança de entendimento dos juízes domésticos.

Ato contínuo, inicia a sua argumentação a Ministra Carmem Lúcia, e segue no mesmo sentido, não há qualquer menção à jurisprudência da Corte Interamericana e/ou à Cortes Nacionais de outros países que passaram por experiência análoga. Ela segue o Ministro Relator, Eros Grau, afirmando que (2010, p. 94):

Não foi a primeira anistia política concedida em finais de períodos ditatoriais de que foi melancolicamente pródiga a história brasileira. Bem o mostrou em seu voto o Ministro Eros Grau, mais de trinta leis de anistia foram concedidas no Brasil. Pode-se mudá-las? Não tenho dúvidas quanto a tal possibilidade, desde que pela via legislativa, não pela via judicial.<sup>127</sup>

---

<sup>126</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=612960>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

<sup>127</sup> *Idem*.

Segue o seu voto a Ministra Carmem Lúcia, aduzindo que, inobstante a queda da lei não possa se dar via judicial mas apenas legislativa, também não pode o judiciário dar à lei nova interpretação ou deixar de aplicá-la (interpretá-la com negativa ampla), acompanhemos (2010, p. 97):

[...] não vejo como, para efeitos específica e exclusivamente jurídico-penais, nós, juízes, reinterpretarmos, trinta e um anos após e dotarmos de efeitos retroativos esta nova interpretação, da lei que permitiu o que foi verdadeiro armistício de 1979 para que a guerra estabelecida pelos então donos do poder com os cidadãos pudesse cessar. Não vejo como, judicialmente, possa ser, agora, aquela lei reinterpretada com negativa ampla, geral e irrestrita de tudo o que ocorreu então e que permitiu que hoje fosse o que se está a construir.<sup>128</sup>

Após isto, o Ministro Ricardo Levandowski diferentemente do que se havia levantado até então pelos Ministros anteriores, inicia fazendo menção à tutela internacional dos direitos humanos e cita (2010, p.115) a expressão “distintos documentos internacionais”, informando em nota de rodapé a Convenção de Haia, o Estatuto do Tribunal de Nuremberg, o Estatuto de Roma que criou o TPI e a ratificação destes pelo Brasil:

Não adentro – por desnecessária, a meu ver, para o presente debate – na tormentosa discussão acerca da ampla punibilidade dos chamados crimes de *lesa humanidade*, a exemplo da tortura e do genocídio, definidos em distintos documentos internacionais, **que seriam imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia, e cuja persecução penal independeria de tipificação prévia, sujeitando-se ademais, não apenas à jurisdição penal nacional, mas também, à jurisdição penal internacional e, mesmo, à jurisdição penal nacional universal (grifos nossos).**<sup>129</sup>

Interessante observar que, muito embora inicie este considerando afirmando que a seu ver a discussão acerca da punibilidade dos crimes de *lesa humanidade* é desnecessária, o Ministro reconhece que conquanto sejam estes imprescritíveis e insuscetíveis de graça ou anistia, a sua persecução penal independe de tipificação prévia e sujeita-se não apenas à jurisdição penal nacional, mas também à jurisdição penal internacional e penal nacional universal.

Significa dizer que, apesar de não citar a Corte e/ou sua jurisprudência no que tange às anistias, o Ministro reconhece que os crimes de *lesa humanidade* estão sujeitos à jurisdição internacional.

---

<sup>128</sup> *Idem.*

<sup>129</sup> *Idem.*

Mais a frente (2010, p.128), continua por citar órgãos internacionais e segue falando que o Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas “já assentou que os Estados Partes do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – ratificado pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir os responsáveis por violações de direitos nele protegidos”.

Por fim, logo antes de iniciar a parte dispositiva de seu voto, sinaliza pela primeira vez no julgamento à jurisprudência da Corte Interamericana (2010, p. 129), mais precisamente o Caso Goiburú e outros e os Casos Ximenes Lopes, Baldeón Garcia, Massacre de Pueblo Bello e Massacre de Mapiripan<sup>130</sup> e assenta que nestes julgados o entendimento propugnado foi o seguinte:

Na mesma linha [do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos], a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que os Estados Partes da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos – também internalizada pelo Brasil – têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu artigo 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos.

A observância da importância dos mecanismos internacionais de proteção e das suas jurisprudências na argumentação do Ministro Levandowski é determinante para o entendimento que ele externa na parte dispositiva do seu voto, pois que, em sentido oposto aos que haviam já sido proferidos, este acata parcialmente a demanda, sugerindo que se dê interpretação conforme ao § 1º da Lei de Anistia Brasileira, de modo a que (2010, p. 130):

se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal devendo o juiz ou o Tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*), mediante a adoção dos critérios da preponderância e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> O Ministro menciona os casos nas notas de rodapé de nº16 e 17, especificando-os.

<sup>131</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=612960>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

Segue após isto uma breve discussão entre os Ministros sobre a extensão interpretativa do voto do Ministro Levandowski, notadamente no que diz respeito aos critérios mencionados pelo Ministro para realizar a análise *case by case*. Finda a discussão, inicia o voto o Ministro Ayres Brito, que concorda com o Ministro Levandowski no respeitante à falta de clareza da Lei da Anistia para determinar a natureza dos crimes por ela alcançados, e segue também sem fazer qualquer menção à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos ou quaisquer outros órgãos internacionais. Por outro lado, concorda e vota com o Ministro Levandowski, julgando parcialmente procedente a arguição para (2010, p. 146):

dar-lhe interpretação conforme e excluir do texto interpretado qualquer interpretação que signifique estender a anistia aos crimes previstos no inciso XLIII do artigo 5º da Constituição. Logo, os crimes hediondos e os que lhe sejam equiparados: homicídio, tortura, e estupro, especialmente.

A Ministra Ellen Gracie, em seguida faz breve voto, acompanha o relator e não menciona em qualquer passagem jurisprudência doméstica ou internacional, decidindo pela improcedência da ADPF 153 em todos os seus termos.

Caminho inverso faz o Ministro Celso de Mello, em longo voto, substancialmente ilustrado pela jurisprudência, inclusive internacional e mais importante ainda para este estudo, cita a Corte Interamericana e a Convenção (Pacto de San Jose da Costa Rica), A Convenção Contra a Tortura adotada pela ONU, A Convenção Interamericana Para Prevenção à Tortura, ressaltando a incorporação destes instrumentos no direito interno e mais ainda, invocando a sua importância na prevenção e repressão dos atos de tortura, razão pela qual foram subscritos pelo Brasil (2010, p. 162).

Muito embora faça menção a estes dispositivos, reconhecendo a sua importância e reconhecendo inclusive o fato de estarem já positivadas no direito interno brasileiro, o Ministro Celso de Mello – ao revés do que admitiu o Ministro Levandowski ao concordar com a jurisprudência da Corte e do Ministro Ayres Brito ao votar como o Ministro Levandowski – constrói sua argumentação inadmitindo a ilegitimidade da lei da anistia, e corroborando com sua validade *ab initio*, pois que, entende que a Lei de Anistia brasileira, difere das demais e dos demais casos julgados pela Corte Interamericana por não se tratar de uma lei de “autoanistia” citando para ilustrar, a jurisprudência da própria Corte (2010, p. 183), vejamos:

**Reconheço** que a Corte Interamericana em **diversos** julgamentos – **como** aqueles proferidos, **p. ex., nos casos contra** o Peru (“*Barríos Altos*” em 2001 **e** “*Loayza Tamayo*” em 1998) **e contra o Chile** (“*Almonacid Arellano e outros*” em 2006) – **proclamou a absoluta incompatibilidade**, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, **das leis nacionais que concederam anistia, unicamente**, a agentes estatais, **as denominadas** “leis de auto-anistia” (grifos originais).

Note-se que neste voto, o Ministro Celso de Mello utiliza-se da jurisprudência da Corte Interamericana pra legitimar a Lei da Anistia Brasileira, fazendo-o sob a justificativa de que a Corte considera inválidas leis de “auto-anistia” e que a lei brasileira por ter o caráter “bilateral”<sup>132</sup> não qualifica-se como auto-anistia e portanto, não estaria sob o alcance da jurisprudência da Corte e as determinações da Convenção por ela interpretadas (2010, p. 184).

Considerando pois que no Brasil a anistia ocorreu numa via de mão dupla, não sendo “autoconcedida”, o Ministro Celso de Mello afirma que esta é intangível, pois que validamente elaborada (2010, p. 186) e encerra julgando improcedente o pedido. Tal fato como supradito, é interessante de ser observado, haja vista que o Ministro utilizou a jurisprudência da Corte Interamericana, desta feita para justificar a validade da Lei de Anistia Brasileira e a sua perfeita compatibilidade com a Convenção Americana, pois que, não se trata a Lei 6.683/79 de um obstáculo jurídico à recuperação da memória e reconhecimento da verdade.

O voto do Ministro Presidente Cesar Peluso acompanha o voto do Ministro Relator e não se ocupa de fazer menção a qualquer jurisprudência, nacional ou internacional, olvidando portanto a jurisprudência da Corte Interamericana sobre a matéria.

Por fim, o “voto-vogal” do Ministro Gilmar Mendes embora extenso, preocupa-se em delinear os aspectos mais ligados à força normativa da Constituição e não faz alusão à jurisprudência da Corte Interamericana e/ou à Convenção e outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, vota pela total improcedência da ação (2010, pp. 215-624).

Encerrados os votos, a ADPF 153 termina por ser julgada improcedente nos termos do voto do relator, tendo por vencidos os votos do Ministro Ricardo Levandowski e Ayres Brito e contando ainda com a ausência do Ministro Joaquim

---

<sup>132</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=612960>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

Barbosa (licenciado à época) e do Ministro Dias Toffoli que estava impedido de atuar na ADPF 153 (2010, p. 266).

De toda a análise realizada acerca da ADPF 153, interessa-nos salientar que partimos os votos em 4 categorias distintas:

- a) Os que não citaram a Jurisprudência da Corte Interamericana e/ou a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica);
- b) O que citou a Jurisprudência da Corte Interamericana e não a considerou para fins argumentativos e/ou decisórios;
- c) O que citou a Jurisprudência da Corte Interamericana e dela se utilizou para fundamentar seu voto e sua decisão, dando provimento parcial à Arguição com base na Interpretação da Corte em casos análogos ou dos dispositivos da Convenção, puramente;
- d) O que citou a Jurisprudência da Corte Interamericana para fundamentar a improcedência da Arguição, interpretando a Lei de Anistia brasileira como bilateral, ampla e irrestrita e julgando que a Jurisprudência da Corte Interamericana não se refere a este tipo de Anistia quando se posiciona, mas, tão somente aos casos em que a anistia é autoconcedida (auto-anistia);

Estabelecidas estas categorias, pode-se dizer que apenas em duas delas houve a interferência da Jurisprudência da Corte Interamericana no processo decisório, quais sejam: as categorias *c* e *d*. Ressalte-se que, por ora, apenas se está a considerar a influência da Jurisprudência da Corte no processo argumentativo e decisório e não o mérito e ou o reflexo desta influência.

Neste sentido, é possível afirmar que há – como sugere o título deste capítulo – diálogos e monólogos no que tange à manifestação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal Brasileiro na decisão da ADPF 153. Embora metaforicamente exprimida, a utilização da expressão monólogo concatena muito propriamente a postura adotada pela maioria dos Ministros envolvidos neste julgamento, pois que, vocalizam quase sempre a jurisprudência do próprio STF para manejar sua argumentação e decisão.

Embora não haja univocidade nos argumentos expendidos por toda a extensão dos votos, uma constatação é evidente, a jurisprudência interamericana é

colocada em segundo ou terceiro plano no processo e quando há menção à ela, faz-se de maneira tangencial, pouco contundente e quase sempre como uma informação complementar para validar algum aspecto da jurisprudência do próprio STF.

Tal postura colide frontalmente com os termos da obrigação contraída pelo Estado Brasileiro quando decidiu voluntariamente fazer parte do Sistema Interamericano ao assinar o Pacto de San Jose e internaliza-lo em nosso direito sem reservas, aceitando inclusive a jurisdição da Corte.

O diálogo desenvolvido na decisão da ADPF 153, notadamente no voto do Ministro Levandowski é pois incipiente, pois além de ter o seu voto vencido, em diversas oportunidades durante o julgamento o seu entendimento baseado na jurisprudência da Corte foi protestado, considerado inaplicável *in casu* e questionado quanto aos seus critérios.

O Ministro Celso de Mello, como fora visto, cita a jurisprudência da Corte Interamericana e reconhece a sua jurisdição, mas, ao considerar inaplicáveis as suas disposições ao caso por crer que a lei brasileira não é de auto-anistia, promove um diálogo com a Corte que é, no entanto, inefetivo para promover o entendimento desta.

Do mesmo modo, nos demais votos em que não houve diálogo com a Corte Interamericana e sua jurisprudência, houve consenso entre os Ministros que negaram provimento à ADPF 153, não somente na parte dispositiva mas também em sua argumentação, que dirigia-se quase que exclusivamente à jurisprudência do STF.

Isto concorre para a verificação de que, além de ser pouco manejado pelo Supremo Tribunal Federal – que tem se enclaustrado em seus monólogos – o diálogo claramente não significa, sempre, consenso e o consenso não significa, sempre, diálogo.

Sabendo-se que, uma parte substancial da argumentação construída para negar provimento à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 está pautada no fato de que, a lei de anistia brasileira difere, em tese, dos demais casos americanos apresentados perante à Corte por ser “ampla, geral e irrestrita”, não ter sido autoconcedida e por ser a expressão da vontade social à época, constituindo uma espécie de “armistício” pós regime militar, se questiona agora se sob esta

argumentação com base no “localismo” brasileiro pode ser expendida para justificar a utilização da Margem de Apreciação Nacional frente ao “globalismo” Interamericano. É o derradeiro desafio desta pesquisa.

#### 4.7 MARGEM DE APRECIÇÃO NACIONAL: A ANISTIA ENTRE O “LOCALISMO” BRASILEIRO E O “GLOBALISMO” INTERAMERICANO

A margem de apreciação nacional, como fora dito é em última análise, uma margem de liberalidade da qual se valem o Estado e os seus órgãos para permitir que, em razão de suas particularidades, a aplicação dos direitos atinja o patamar mais efetivo e amplo sem desnaturar, entretanto, os localismos e sem que sejam afetados os compromissos assumidos em nível internacional.

Diante disto, a margem de apreciação nacional assume um papel de mecanismo de equilíbrio, ferramenta de balanceamento e respeito à autonomia institucional entre os Estados e o ente internacional de proteção dos direitos humanos, seja no sistema global, supraestatal ou regional, como é o caso do sistema interamericano.

A pluralidade de concepções acerca dos direitos humanos e da plenitude do seu exercício demanda nos Estados Parte do sistema interamericano (bem como nos demais outros sistemas de proteção) a necessidade de que, sejam oferecidas ferramentas de adaptação eficientes, capazes de implementar a diversidade diante de uma realidade globalizante.

Esta diversidade, por sua vez é um dos vetores que promovem, em tese, o dissenso. E o dissenso é terreno fértil para a margem de apreciação nacional, pois a falta de uniformidade no direito e a multiculturalidade nos Estados Parte implica em uma maleabilidade maior na aplicação do direito internacional, em razão da falta de homogeneidade.

Ilária Anrò trata magistralmente desta questão utilizando como exemplo a questão dos Transexuais na jurisprudência da Corte de Luxemburgo quando aduz o seguinte (2010, p. 12)<sup>133</sup>:

[...] l'applicazione della dottrina del consenso è inversamente proporzionale al margine di apprezzamento: quando la Corte è in grado di riscontrare un certo consenso europeo sul trattamento di una particolare questione, ovvero sulla tutela di un determinato diritto, lascia un minore margine di apprezzamento alle autorità nazionali. Ciò è particolarmente evidente, ad esempio, nella giurisprudenza relativa al riconoscimento dei diritti dei transessuali<sup>18</sup>: la Corte ha riconosciuto un grande margine di apprezzamento agli Stati, in ragione della mancanza di omogeneità tra i diversi ordinamenti nell'affrontare la questione<sup>19</sup>, anche se più recentemente ha preso atto di una certa evoluzione circa la convergenza dei sistemi nazionali a favore della tutela di tali soggetti.<sup>134</sup>

Vê-se aqui que, quanto maior o consenso, menor a margem de liberalidade do Estado Parte frente ao direito internacional, pois há uma uniformidade que permite que o direito internacional seja aplicado com maior efetividade, sem exigir maiores adaptações e tornando desnecessária a extensão excessiva da margem de apreciação nacional.

Saldanha e Brum<sup>135</sup> (2015, p.204) citam que a margem de apreciação é considerada pela doutrina europeia como uma deferência dos tribunais internacionais para com os órgãos nacionais para que estes possam cumprir com os instrumentos internacionais de direitos humanos.

É certo que, por maior que sejam as semelhanças entre os Estados Parte em sede de direitos, grandes serão também as particularidades, mas até onde essas

---

<sup>133</sup> ANRÒ, Ilaria. *Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della corte di giustizia dell'unione europea e della corte europea dei diritti dell'uomo. La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario : atti dell'incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche*, 7. edição, torino 9-10 outubro de 2009. Disponível em: <<https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/147971/122738/pezzo1.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

<sup>134</sup> [...] a aplicação da doutrina do consenso é inversamente proporcional à margem de apreciação: quando o Tribunal consegue encontrar um certo consenso europeu sobre o tratamento de uma determinada questão, ou sobre a proteção de um direito particular, deixa uma pequena margem de apreciação às autoridades nacionais. Isto é particularmente evidente, por exemplo, na jurisprudência relativa ao reconhecimento dos direitos dos transexuais: o Tribunal reconheceu uma grande margem de apreciação aos Estados, devido à falta de homogeneidade entre os diferentes sistemas jurídicos na abordagem da questão, ainda que mais recentemente tenha constatado uma certa evolução quanto à convergência dos sistemas nacionais em favor da proteção desses sujeitos (tradução nossa).

<sup>135</sup> SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?. *Anu. Mex. Der. Inter*, México, v. 15, p. 195-238, dic. 2015. Disponível em <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em 03 de agosto 2018.

particularidades podem sobrepujar a ordem jurídica internacional? A emergente necessidade de deixar o devido espaço ao Estado para salvaguardar suas peculiaridades deve obedecer critérios de conveniência?

É bastante evidente que, como o próprio nome sugere, trata-se de uma “margem” de apreciação e esta encontra, por óbvio, limites. Os limites estão contidos dentro do respeito às balizas do próprio direito tratado subscrito pelo Estado Parte. A Margem de Apreciação Nacional não é uma “reserva” a um instrumento internacional, segundo a qual se pode simplesmente deixar de aplicar disposições internacionais e/ou ser aplicada com base em seus critérios de conveniência. É uma resistência do Estado (um contralimite) a partir da reafirmação do princípio da subsidiariedade.

Já vimos no tópico 3.3 a existência das cláusulas de acomodação dos tratados e pode-se dizer que, de modo muito mais amplo e profundo, a margem de apreciação nacional ocupa-se de acomodar direitos na ordem jurídica interna e fazê-lo a partir do binômio da “avaliação das circunstâncias fáticas internas” e “disposições de direito internacional” (SALDANHA E BRUM, p. 209).

Pois bem, a utilização deste binômio traduz-se justamente na observância do localismo frente ao globalismo e foi sob esta justificativa que em vários trechos do julgamento da ADPF 153, os Ministros se debruçaram, no sentido de afirmar que, no caso brasileiro, a anistia obedecia à uma realidade local diferencial, e por esta razão, merecia o tratamento diferencial do que vem sendo propugnado pela Corte Interamericana.

É evidente que o princípio da subsidiariedade é uma válvula de segurança do Estado frente ao arbítrio do direito internacional, pelo que este deve agir quando a sua proteção for mais eficiente do que a proteção do Estado Parte, ou quando este por alguma razão (voluntarismo ou inaptidão) deixe de cumprir com os deveres pactuados no instrumento internacional que o obriga.

Entretanto, esta relação de contralimitação não se dá sem atritos, ou nem sempre se materializa eficientemente, especialmente quando o Estado Parte, embora reconheça formalmente a vinculação ao direito externo, com ele não dialoga, dele prescindindo ou quando o cita – num diálogo incompleto – o faz apenas de forma ilustrativa, sem que suas disposições prevaleçam ou sirvam à efetivação da proteção pretendida.

No que se refere ao julgamento da ADPF 153, que reafirmou a validade da lei de anistia brasileira em todos os seus termos, há a constatação clara de que, embora a jurisprudência da Corte Interamericana e outros instrumentos internacionais seja citada (em alguns votos), quase não há vinculação desta com o processo argumentativo e decisório realizado pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Como fora dito, no caso brasileiro especificamente, a jurisprudência da Corte foi utilizada pelo Ministro Celso de Mello para justificar a sua inaplicação no que diz respeito à lei da anistia o que demonstra a “margem de apreciação” utilizada com base no “localismo” brasileiro – justificando a não utilização da jurisprudência da Corte – por considerar que, diferentemente dos outros casos, a lei brasileira não é de auto anistia.

Esta postura, por si só, é contrária à própria Convenção Interamericana que afirma em seu artigo 29 que as suas disposições não podem ser interpretadas de modo a suprimir ou tolher direitos, dentre outras obrigações, senão vejamos:

Artigo 29. Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. **permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;**

b. **limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;**

c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e

d. **excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (grifos nossos).**

Os grifos acima permitem demonstrar que dentro da própria Convenção há uma disposição que impede que esta seja interpretada de modo a suprimir, diminuir, limitar, excluir ou agir no sentido de mitigar o gozo dos direitos estabelecidos nela, isto também repele a forma como o Ministro Celso de Mello utilizou as disposições da Convenção e a jurisprudência da Corte.

Outro prisma que causa ainda maior impacto é o fato de que, já está muito bem estabelecido, tanto no sistema europeu quando no interamericano que quanto maior o consenso, menor o espaço de liberalidade, ou seja, menor o espaço

para a realização da margem de apreciação. Este entendimento não foi esposado, entretanto, pelo STF no julgamento da ADPF 153.

No julgamento do Caso Gomes Lund (2010, p.55) a Corte Interamericana mostra de modo inconteste, uma série de países (Argentina, Chile, El Salvador, Haiti, Peru e Uruguai) em face dos quais julgou um grande número de casos que chama de “casos-chave” sobre leis de anistia destes Estados Parte, em que decidiu pela completa incompatibilidade destas leis com o ordenamento jurídico do Sistema Interamericano e com a jurisprudência da Corte, independente de serem estas leis concedidas de maneira ampla, geral ou irrestrita ou terem sido auto-concedidas.

Perceba-se, pois, que há substancial consenso nesta matéria que diminui sobejamente a possibilidade de aplicação da margem de apreciação nacional sobre o tema e aumenta a força obrigacional da jurisprudência da Corte Interamericana na interpretação da Convenção que inadmite a concessão de anistia, notadamente nos atrozes crimes de lesa humanidade como os que a Lei de Anistia Brasileira deseja alcançar.

Quanto ao fato de a decisão da ADPF 153 ser posterior à decisão do Caso *Gomes Lund*, ainda que por um curto espaço de tempo<sup>136</sup> (mais precisamente 7 meses), poder-se-ia questionar se, este fato não seria determinante para que o STF deixasse de adotar a determinação da Corte sobre a anistia.

Cai por terra este questionamento a partir do momento em que se verifica que à época já existia substancial apanhado de jurisprudência da Corte em casos análogos que serviria mais do que suficientemente para demonstrar ao Supremo Tribunal Federal qual vem sendo o entendimento da Corte Interamericana acerca da matéria.

Não bastasse a observância da alta “margem de consenso” que diminui em contrapartida o terreno para a “margem de apreciação”, não se pode esquecer que, além do consenso há também outro aspecto importante que deve ser respeitado para que a margem de apreciação possa ser exercida, a “proteção do direito em maior nível de eficácia”.

Este aspecto decorre diretamente e exprime com exatidão o princípio da subsidiariedade em sua dupla face. Como sobredito, o princípio da subsidiariedade é um mecanismo de proteção do Estado Parte frente o arbítrio do ente internacional,

---

<sup>136</sup> O julgamento da ADPF 153 ocorreu em 29/04/2010, enquanto o julgamento do caso *Gomes Lund* data de 24/11/2010.

ao passo que não permite que este atue sem que estejam presentes suas condições autorizativas.

A primeira delas é a “garantia da tomada de decisões do nível mais próximo do cidadão”, em claro respeito aos localismos, porém nos casos em que a manutenção do processo de tomada de decisões é mantido no nível mais próximo ao cidadão e isto não garante a tutela, ou seja, os responsáveis pela tutela em nível local não a proporcionam com efetividade, aparece a outra face do princípio da subsidiariedade, qual seja, o que visa garantir o respeito à máxima efetividade na proteção dos Direitos Humanos.

Este aspecto é ao mesmo tempo uma das bases fundamentais do sistema multinível de tutela, que constrói camadas capazes de fornecer um suprimento tal de proteção que ocupe em algum nível, o espaço que tenha sido deixado por deficiência de outro, ou que, densifique a tutela quando não haja fissuras nestas camadas.

Observadas estas circunstâncias é possível dizer que, o STF ao decidir a ADPF 153 como decidiu, ou seja, julgando improcedente a arguição (2010, pp. 265-266) e por consequência reafirmando a validade da Lei de Anistia Brasileira de nº 6.683/79, não observou os critérios que justificam a utilização da margem de apreciação nacional como ferramenta hermenêutica de equilíbrio entre as ordens jurídicas interna e o externa.

Lembre-mo-nos que, os limites para o exercício da margem de apreciação nacional são os limites estabelecidos pelo próprio instrumento internacional que obriga os Estados Parte. Qualquer atitude que suplante estes limites sai da esfera de liberalidade garantida pela margem e desnatura a sua concepção, deixando de ser “margem de apreciação nacional” pelo simples fato de extrapolar as margens dentro das quais é permitido o exercício da liberalidade do Estado Parte. Este exercício é ainda mais nevrálgico no que compete à matéria de anistia nos crimes de lesa humanidade. Para clarificar as conclusões que daqui decorrem, nos dirigimos para as nossas considerações finais.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Definir diálogos não é tarefa fácil. Definir consensos, ainda mais difícil, direcionar, sem atrito, entendimentos é indubitavelmente improvável e fazê-lo quando não há disposição comum de todos os envolvidos é – sem medo de pecar pelo pragmatismo – impossível. De todo esforço feito até estas considerações, a mais evidente constatação que faço é a de que, no caso sob análise, não há mecanismo, contralimite ou princípio que tenha conseguido sobrepor-se a um aspecto chave: a vontade.

Muito embora todo o contexto fático, jurídico e lógico exprimidos respectivamente pela existência das interligações necessárias, das estruturas jurídicas competentes e do bojo principiológico subjacente estejam presentes, há questões subjetivas que, malgrado o esforço para que se mantenha o impulso do voluntarismo, entremeado pelas margens consolidadas destes instrumentos, este jamais será suficiente para frear a força da vontade. Explico.

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro, conquanto limitado não somente pelo arcabouço de suas competências, mas, também, em razão da observância dos deveres inerentes à atividade daqueles que o conduzem, parece também limitar-se, voluntariamente ou deliberadamente, em aspectos que pela complexidade de sua atividade, não deveriam, especialmente no que diz respeito ao diálogo entre Cortes.

É inegável que, hodiernamente, o isolamento de conhecimentos e o fechamento cognitivo para correlacionar realidades análogas em experiências distintas, empobrece sobejamente o debate sobre as mais diversas matérias decorrentes das relações humanas, comprimindo tão prejudicialmente a atividade de perceber o mundo que compromete, em razão do seu hermetismo, a troca de informações e formações. Outra vez explico.

Permitir a abertura cognitiva do direito estatal à ordem jurídica externa é um instrumento de formação do próprio direito, que alimenta-se e alimenta de volta sua própria ordem jurídica, pois que, recebe a influência de um componente do qual, por vontade própria, faz parte.

O Brasil, ao concordar fazer parte do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, resolveu, por compromisso próprio e voluntário, aceitar o seu

direito como se fora criado por ele próprio, sem reservas. A Convenção Interamericana, por sua vez, não somente prescreve direitos, preocupa-se muito mais com suas medidas de efetivação e para fazê-lo exige que os Estados Parte do Sistema comprometam-se a dar efetividade às suas disposições e quando estes Estados Parte não o fazem, não se comprometem, fazem-no contrariamente ao que o Sistema dispõe ou o fazem de maneira incipiente, nasce para o Sistema a possibilidade de “encampar” esta tarefa, ou seja, fazer valer por força própria as disposições decorrentes do compromisso assumido.

Foi o que ocorreu quando o Brasil, em razão da sua Lei de Anistia, não logrou assumir a responsabilidade penal pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de mais de 70 pessoas<sup>137</sup> na chamada “Guerrilha do Araguaia”, inobstante o esforço de anos das famílias das vítimas para fazê-lo.

Diante disto, cientes de que, não encontrariam o amparo da “maior efetividade” dos seus direitos frente ao Brasil, enquanto Estado Parte, tendo frustrado todas as tentativas de fazê-lo, as famílias das vítimas recorreram à Comissão Interamericana e em consequência disto à Corte, para ver garantida a efetividade dos direitos destas vítimas à memória e à verdade, traduzido pela punição daqueles que perpetraram as tão atroz violações contra eles.

Enquanto isto, o Supremo Tribunal Federal, ciente da jurisprudência da Corte Interamericana em matéria de anistia, julgava a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 153 e, embora citando em diversas passagens a jurisprudência desta Corte, fazia-o (quase que unanimemente) somente com um propósito, o de reafirmar a supremacia (por eles considerada) do direito interno.

Em consequência disto, a ADPF foi rejeitada em sua totalidade e a Lei de Anistia considerada válida, assim como todos os efeitos por ela produzidos. Note-se que, muito embora o STF pareça *a priori* manter uma abertura operacional à jurisprudência da Corte, ele se fecha cognitivamente, ou seja, cita-a mas não se permite influenciar, ainda que, não esteja em posição de fazê-lo, pois, a Corte é a intérprete última da Convenção e neste papel, detém a última palavra sobre as disposições nela contidas, dentre as quais verifica-se a incompatibilidade de Leis de Anistia para crimes de lesa humanidade, como no caso brasileiro e como já havia julgado em situações análogas.

---

<sup>137</sup> Dição extraída da própria decisão do caso *Gomes Lund*, p. 3-4.

Não seria então a situação brasileira uma realidade local a ser respeitada pela Corte, permitindo assim o exercício da Margem de apreciação Nacional? Ora, como foi examinado neste trabalho, os localismos são realidades diferenciais, de ligação íntima com raízes particularmente profundas que, diferenciam determinadas circunstâncias das demais outras que a circundam. Ocorre que, como se definiu e como a própria Corte demonstrou, a Anistia e o processo que a ela deu origem não é uma questão exclusivamente brasileira, pelo contrário, trata-se de uma repetição constante na história americana, derivando inclusive dos mesmos fenômenos e produzindo, de alguma forma, os mesmos efeitos.

Assim, não logra êxito esta afirmação, pois que, sendo um fato que repetiu-se em diversos Estados Parte dentro do mesmo Sistema, sendo apreciado pela Corte sempre com a mesma resposta, forma uma manifestação de amplo consenso, o que diminui significativamente o terreno para a Margem de apreciação, lembremo-nos de que quanto maior é o consenso, menor a margem de liberalidade.

Inobstante a isto, ainda que restasse, mesmo que abreviada, alguma Margem de apreciação para o Estado frente ao Direito Externo neste caso, ela estaria sujeita aos limites estabelecidos na própria Convenção, como um segundo filtro, estabelecendo um limite dentro do limite. Isto evita que, embora a realidade local seja, de fato, diferenciada e possibilite lançar mão da Margem de apreciação Nacional como ferramenta adaptativa, este exercício de liberalidade jamais se dê fora dos limites estabelecidos pelo próprio instrumento internacional.

Mais uma vez, no caso brasileiro, a Margem de apreciação não poderia ser utilizada, pois que, além da limitação propugnada pelo consenso que a restringiria já substancialmente, o Supremo agiu exacerbando os limites estabelecidos na própria Convenção, não podendo portanto dizer que estava no exercício de sua Margem de apreciação Estatal.

Mesmo sendo julgado 7 meses depois da ADPF 153, o caso *Gomes Lund* coroou este entendimento e também nesta oportunidade solidificou a jurisprudência da Corte Interamericana, afiançando cabalmente a incompatibilidade da Lei de Anistia Brasileira com as disposições da Convenção e com a sua já sedimentada jurisprudência.

Oito anos já se passaram desde as decisões tanto da ADPF 153 quanto do Caso *Gomes Lund* e fato é que o Supremo Tribunal Federal e o Poder Legislativo

Brasileiro não vem se mobilizando de maneira dirigida à alterar a realidade das disposições penais da Lei de Anistia e finalmente por fim a impunidade tão rechaçada pela Corte Interamericana quando decide pela invalidade desta Lei e de todas as outras da mesma natureza.

A realidade quanto aos diálogos entre o STF e outras Cortes continua bastante rudimentar e ineficaz. Em verdade, nossa “mais alta Corte” prefere o isolamento onde pode de maneira flagrantemente ativista manobrar como deseja a sua própria jurisprudência e mesmo o próprio direito “à mudança dos ventos” (vide a polêmica da prisão em 2ª instância), do que permitir-se o diálogo e ampliar suas percepções acerca de sua realidade circundante.

Em tempo, datando de 15 de março deste ano de 2018, foi prolatada a decisão do Caso Herzog, nos mesmos moldes, sob as mesmas circunstâncias e com o mesmo tratamento do caso *Gomes Lund*. Somente a título ilustrativo, colacionamos aqui trecho da decisão (pedindo vênias pela impropriedade formal de fazê-lo em sede de considerações finais):

279. No Sistema Interamericano de Direitos Humanos, do qual o Brasil faz parte por decisão soberana, **são reiterados os pronunciamentos sobre a incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados, quanto se trata de graves violações de direitos humanos.** Esses pronunciamentos adquirem ainda mais força em relação aos delitos de direito internacional, pois sua gravidade e dimensão são evidentes.

280. A esse respeito, é importante salientar que, tal como estabeleceu este Tribunal, o Direito Internacional Humanitário justifica **a emissão de leis de anistia no encerramento das hostilidades em conflitos armados de caráter não internacional para possibilitar o retorno à paz, desde que não protejam os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade, os quais não podem permanecer na impunidade.** (grifos nossos)<sup>138</sup>

Uma vez mais o consenso da Corte, uma vez mais a incompatibilidade com sua jurisprudência, mais um caso que chega até ela em busca da maior efetividade de proteção de direitos em razão da ausência/ineficiência da proteção local e coincidentemente mais uma vez o Supremo Tribunal Federal tem sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental do ano de 2014, de nº 320, que pretende também questionar os efeitos da Lei de Anistia Brasileira para que esta:

não se aplique aos crimes de graves violações de direitos humanos cometidos por agentes públicos – militares ou civis – contra pessoas que,

---

<sup>138</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herzog e Outros vs. Brasil**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

de modo efetivo ou suposto, praticaram crimes políticos. Também deseja que não seja aplicada aos autores de crimes continuados ou permanentes, ao alegar que os efeitos dessa norma expiraram no dia 15 de agosto de 1979<sup>139</sup>

Diferentemente do que aconteceu na outra oportunidade, quando do julgamento da ADPF 153, agora o STF no julgamento da ADPF 320 não terá exemplos na jurisprudência da Corte apenas de casos referentes à outros Estados Parte para referenciar, mas sim, não só a sentença do caso *Gomes Lund* como também a Sentença do caso *Herzog*, dirigidas diretamente ao Brasil.

Não há como prever quando o STF promoverá o julgamento desta nova ADPF, tampouco há como prever como este decidirá nesta oportunidade. Certamente estaremos vigilantes aos termos desta decisão, quando esta eventualmente for proferida. O que podemos é, desde já, afirmar que assim como na decisão da ADPF 153, a utilização da Margem de Apreciação é uma ferramenta inadequada para fazer valer Leis de Anistia que recaiam sobre crimes de lesa humanidade.

Por fim, conclui-se a partir de todos os elementos expendidos nesta pesquisa, que não é constitucionalmente apropriada, frente aos sistemas de proteção dos direitos humanos a utilização da Margem de Apreciação Nacional como forma de validar Leis de Anistia, em detrimento da necessidade de realização da persecução penal e consequente punição dos agentes públicos e outros envolvidos na prática de crimes de lesa humanidade, em cumprimento à disciplina estabelecida na Jurisprudência da Corte na interpretação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos.

---

<sup>139</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Psol Questiona em Ação os Efeitos da Lei da Anistia**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=267078>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

## REFERÊNCIAS

ANRÒ, Ilaria. **Il margine di apprezzamento nella giurisprudenza della corte di giustizia dell'unione europea e della corte europea dei diritti dell'uomo.** La funzione giurisdizionale nell'ordinamento internazionale e nell'ordinamento comunitario : atti dell'incontro di studio tra i giovani cultori delle materie internazionalistiche, 7. edição, torino 9-10 outubro de 2009. Disponível em: <<https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/147971/122738/pezzo1.pdf>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

BENVENUTO, Jayme. Universalismo e direitos humanos: uma revisita contingente. São Paulo: Lua Nova, 2015.

BRAGATO, Fernanda. **Para além do Discurso Eurocêntrico dos Direitos Humanos: Contribuições da Descolonialidade.** Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>. Acesso em: 03 de junho de 2018.

BRUGGER, Winfried; LEAL, Monia. **Os direitos fundamentais nas modernas constituições: análise comparativa entre as Constituições Alemã, Norteamericana e Brasileira.** Revista do Direito, Santa Cruz do Sul, p. 123-142, jul. 2007. ISSN 1982-9957. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/184>>. Acesso em: 01 ago. 2018. doi:<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v0i28.184>.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. **Convenção de Viena sobre direito dos tratados entre estados e organizações internacionais ou entre organizações internacionais (1986).** Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1427770.pdf>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos.** Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.carta.oea.htm>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/t.estatuto.cidh.htm>>. Acesso em: 25 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. **Relatório Anual 2000/Relatório nº33/01\* - Caso Nº11.552 (Julia Gomes Lund e outros vs Brasil).** Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/11552.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA. **Julgamentos recentes - ordem Nº 24/2017.** Disponível em:

<[https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent\\_judgments/o\\_24\\_2017.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/download/doc/recent_judgments/o_24_2017.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs Brasil**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf)>. Acesso em: 25 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. **Sentença do caso Barrios Alto vs Peru**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_75\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_75_esp.pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Caso Herzog e Outros vs. Brasil**. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_353\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_353_por.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2018.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2007.

EUR-LEX. **Conclusões da Advogada Geral - Processo c-105/14 - Ivo Taricco e outros**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/?uri=celex%3a62014cc0105>>. Acesso em: 29 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. **A Repartição de Competências na União Europeia**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/?uri=legisum%3aai0020>>. Acesso em: 11 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. **Acórdão de 8. 9. 2015 — Processo C-105/14 - Ivo Taricco e outros**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/pdf/?uri=ecli:ecli:eu:c:2015:555>>. Acesso em: 29 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito da União Europeia**. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/doc\\_3&format=pdf](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/doc_3&format=pdf)>. Acesso em: 01 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **O Princípio da Subsidiariedade**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/?uri=legisum:ai0017>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Protocolo (n. 2) relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade**. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/txt/?uri=celex%3a12008e%2fpro%2f02>>. Acesso em: 06 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Tratado da União Europeia - Versão Consolidada**. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/doc\\_2&format=pdf](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/doc_2&format=pdf)>. Acesso em: 03 mai. 2018.

FEATHERSTONE, Mike. **"Localism, Globalism and Cultural Identity"**, em Mike Featherstone, *Undoing Culture. Globalization, Postmodernism and Identity*. Londres, Sage Publications, 1995.

FILHO, Francisco Das C. Lima. **A Ordem Jurídica Comunitária Europeia: Princípios e Fontes**. Revista Jurídica UNIGRAN, Dourados/MS, v. 8, n. 15, p. 75-115, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.unigran.br/revista\\_juridica/ed\\_anteriores/15/artigos/04.pdf](http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/15/artigos/04.pdf)>. Acesso em: 25 mai. 2018.

FREIRE, Antonio Manuel Peña. **La Garantía en el Estado Constitucional de derecho**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

GALINDO, Bruno. **Constituição e Integração Interestatal: Defesa de Uma Teoria Intercultural da Constituição**. Tese de Doutorado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. 5 ed. São Paulo: UNESP - FUNDAÇÃO, 1991. 156 p.

HAMILTON, Alexander., MADISON, James., JAY, John. **O Federalista**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editora, 1991.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2003.

LEAL, Monia 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, CURITIBA, v. 1, n. 3, p. 123-140, set./dez. 2014. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

MATTOSINHO, Francisco Antonio Nieri; MARTINS, Taigoara Finardi. **A Teoria da Margem de Apreciação e a Liberdade Religiosa na Jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos**. Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, Paraná, v. 1, n. 1, p. 1428-1442, jan. 2017. Disponível em: <<http://revista.univem.edu.br/1simposioconst/article/view/1195>>. Acesso em: 03 jun. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de direito e jurisdição constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MILLON-DELSOL, Chantal. **Que sais je? le principe de subsidiarité**. 1 ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1993. 128 p.

MIRANDA, Jorge. **Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NEVES, Marcelo. **Teoria da Inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1988.

\_\_\_\_\_. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/intro.asp>>. Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Relatórios de Mérito ou Demandas Perante a Corte Interamericana**. Disponível em: <[http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/decisiones\\_cidh\\_merito.asp](http://www.oas.org/pt/cidh/expressao/jurisprudencia/decisiones_cidh_merito.asp)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

PARLAMENTO EUROPEU. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia**. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_pt.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf)>. Acesso em: 29 mai. 2018.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Lisboa - Versão Consolidada**. Disponível em: <[https://www.parlamento.pt/europa/documents/tratado\\_versao\\_consolidada.pdf](https://www.parlamento.pt/europa/documents/tratado_versao_consolidada.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

REX, Roger Valério De Vargas. **O Princípio da Subsidiariedade na União Europeia**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria/RS, v. 7, n. 2, p. 2012, jan./dez. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/7398/0>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Constitucionalidade e Convencionalidade da Lei de Anistia brasileira**. Rev. direito GV, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 681-706, Dec. 2013. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322013000200013&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200013&lng=en&nrm=iso)>. Acesso on 03 Ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322013000200013>.

SALDANHA, Jânia Maria Lopes; BRUM, Márcio Morais. **A Margem Nacional de Apreciação e Sua (In)Aplicação Pela Corte Interamericana De Direitos Humanos em Matéria De Anistia: Uma Figura Hermenêutica a Serviço do Pluralismo Ordenado?**. Anu. Mex. Der. Inter, México, v. 15, p. 195-238, dic. 2015. Disponível em <[http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso)>. Acesso em 03 de agosto 2018.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁNCHEZ RUBIO, David. **Encantos e Desencantos dos Direitos Humanos: de emancipações, libertações e dominações**. São Paulo: 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Por uma concepção multicultural de direitos humanos**. Revista Crítica de Ciências Sociais, nº 48. Coimbra: 1997.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Jurisdição constitucional e separação de poderes: limites e legitimidade do controle das leis**. Revista da Pós-Graduação em Direito da Unicap. Ano I. n. 1. Recife: FASA Editora, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SILVA, Alexandre Garrido Da; PAULA, Carlos Eduardo Artiaga; DIAS, Júlia Machado. **As Leis de Anistia Brasileira (1979) e Argentina (1983) em Perspectiva Comparada**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, v. 41, n. 2, p. 187-204, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/24465/16313>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

SILVEIRA, Alessandra; FERNANDES, Sophie Perez. **A Saga Taricco Continua: Entre Identidade Constitucional do Estado-Membro e Nível mais Elevado de Proteção dos Direitos Fundamentais – Onde Fica a Efetividade do Direito da UE?**. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS, Porto Alegre, v. 12, n. 1, set. 2017. ISSN 2317-8558. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/75956>>. Acesso em: 30 jun. 2018. doi:<https://doi.org/10.22456/2317-8558.75956>.

SIMON, Helmut. **La Jurisdicción Constitucional. In: Manual de Derecho Constitucional**. 2.ed. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** 153. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?doctp=ac&docid=612960>>. Acesso em: 01 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Psol Questiona em Ação os Efeitos da Lei da Anistia**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernoticiadetalhe.asp?idconteudo=267078>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

TORELLY, Marcelo. **Controle de Convencionalidade: constitucionalismo regional dos direitos humanos?**. Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, v. 8, n. 1, p. 321-353, Mar. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-)

89662017000100321&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 03 Ago. 2018. <http://dx.doi.org/10.12957/dep.2017.23006>.

Acesso

UNIÃO EUROPEIA. **A UE em poucas palavras.** Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_pt)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **A UE por temas: fiscalidade.** Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/topics/taxation\\_pt](https://europa.eu/european-union/topics/taxation_pt)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Comissão Europeia.** Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission\\_pt#contacto](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/european-commission_pt#contacto)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Conselho da União Europeia.** Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/council-eu\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/council-eu_pt)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Sobre a UE: Tribunal de Justiça da União Europeia.** Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice\\_pt](https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies/court-justice_pt)>. Acesso em: 01 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. **Tratado que Estabelece uma Constituição para a Europa.** Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_establishing\\_a\\_constitution\\_for\\_europe\\_pt.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_pt.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2018

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia.** Madrid: Editorial Trotta, 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.