

A INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS DADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA DECISÃO DA ADI 4275: A ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO DE PESSOAS TRANSGÊNERO E A QUESTÃO DO DIÁLOGO ENTRE CORTES*

THE INTERPRETATION FOLLOWING THE AMERICAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS GIVEN BY THE FEDERAL SUPREME COURT IN THE ADI 4275 DECISION: THE CHANGE OF TRANSGENDER PEOPLE'S FIRST NAME AND SEX AND THE ISSUE OF DIALOGUE BETWEEN COURTS

Mônia Clarissa Hennig Leal¹

Eliziane Fardin de Vargas²

RESUMO: O debate quanto à interpretação conforme à Constituição Federal do art. 58 da Lei n. 6.015/1973, o qual dispõe sobre a possibilidade de substituição do prenome no Registro Civil, foi discutido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275, ocasião na qual se assegurou a possibilidade de as pessoas transgênero realizarem a alteração de seu prenome e gênero no Registro Civil, pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico. A interpretação dada ao referido artigo alinhou-se ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de modo que não apenas ficou reconhecida a pertinência da interpretação conforme à Constituição Federal como também da interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica. Utilizando-se o método

¹ Pós-Doutorado na Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg (Alemanha) e Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (com pesquisas realizadas junto à Ruprecht-KarlsUniversität Heidelberg, na Alemanha). Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, onde ministra as disciplinas de Jurisdição Constitucional e de Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, respectivamente. Coordenadora do Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta”, vinculado ao CNPq. Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq.

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direitos Sociais e Políticas Públicas da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Lattes: lattes.cnpq.br/7125626353321424. E-mail: <elizianefvargas@mx2.unisc.br>. Orcid: orcid.org/0000-0002-3192-659X.

* Este artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001, e é resultante das atividades do projeto de pesquisa ““Fórmulas” de aferição da “margem de apreciação do legislador” (Beurteilungsspielraum des Gesetzgebers) na conformação de políticas públicas de inclusão social e de proteção de minorias pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo CNPq (Edital Universal – Edital 14/2014 – Processo 454740/2014-0) e pela FAPERGS (Programa Pesquisador Gaúcho – Edital 02/2014 – Processo 2351-2551/14-5). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP (financiado pelo FINEP) e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (financiado pelo FINEP), ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC.

de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico, questiona-se: partindo-se da análise da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, é possível falar-se em um diálogo interjurisdicional entre essas Cortes? Para responder ao problema proposto, inicialmente analisar-se-ão os fundamentos empregados na decisão do Supremo Tribunal Federal que ensejaram no reconhecimento da interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica, para que, posteriormente, se passe a analisar se, no caso sob comento, ocorreu um diálogo interjurisdicional entre STF e Corte IDH. Ao final, conclui-se pela existência de um diálogo, visto que houve extensa fundamentação baseada na OC n. 24/17 e que, partindo desses padrões mínimos de proteção fixados pela Corte IDH, o STF expandiu os direitos das minorias sexuais em âmbito nacional.

Palavras-chave: ADI 4275/DF; diálogo interjurisdicional; Supremo Tribunal Federal; interpretação conforme à Convenção Americana de Direitos Humanos; controle de convencionalidade; minorias sexuais.

ABSTRACT: The debate concerning the interpretation following the Federal Constitution of the article 58 of the Law n. 6.015/1973, which presents the possibility of first name's change in the Civil Registration, was discussed in the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n. 4.275, occasion in which the possibility of transgender people change their first name and gender in the Civil Registration was guaranteed, by administrative or judicial means, regardless of surgical procedure. The interpretation given to the referred article followed the understanding of the Inter-American Court of Human Rights, in such a way that it was recognized not only the relevance of the interpretation following the Federal Constitution, but also the relevance of the interpretation following the Pact of San Jose, Costa Rica. Using the hypothetico-deductive method and the analytical procedure method, it is asked: starting with the analysis of the decision given by the Federal Supreme Court, is it possible to mention an inter-jurisdictional dialogue between these Courts? To answer this question, in the first moment, the foundations used in the decision of the Federal Supreme Court that lead to the recognition of the interpretation following the Pact of San Jose, Costa Rica, will be analyzed, so, in the second moment, it will be analyzed if, in the referred case, an inter-jurisdictional dialogue between the Federal Supreme Court and the Inter-American Court of Human Rights occurred. In the end, it was concluded that there is a dialogue, since there was a great rationale based on the Advisory Opinion n. 24/17 and that, departing from these minimal protection patterns fixed by the Inter-American Court of Human Rights, the Federal Supreme Court expanded the rights of the sexual minorities in the national scope.

Keywords: Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n. 4.275; inter-jurisdictional dialogue; Federal Supreme Court; interpretation following the American Convention on Human Rights; conventionality control; sexual minorities.

INTRODUÇÃO

A decisão da Ação Direita de Inconstitucionalidade n. 4.275, ao conceder interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica ao art. 58 da Lei n. 6.015/1973, introduz uma interlocução entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Com isso, fez emergir o seguinte questionamento: partindo da análise da decisão proferida, é possível falar-se em um diálogo entre Cortes?

Para responder a esse problema de pesquisa, utilizar-se-á o método de abordagem hipotético-dedutivo e o método de procedimento analítico, inicialmente pautando-se na análise dos fundamentos utilizados nos votos dos Ministros na ADI 4.275 e como ocorreu a construção do entendimento pela interpretação conforme, para posteriormente explanar como se desenvolve o diálogo interjurisdicional e averiguar se, no caso da ADI n. 4.275, ocorreu um diálogo entre Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

1 OS FUNDAMENTOS DA ADI 4275 EM RELAÇÃO À INTERPRETAÇÃO CONFORME AO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Debateu-se, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.275/DF, quanto à possibilidade de interpretação do art. 58 da Lei n. 6.015/1973, o qual prevê a possibilidade de alteração do prenome e do gênero no Registro Civil, conforme os ditames da Constituição Federal, passando a abarcar a hipótese de realização da alteração do prenome e do sexo de pessoas transexuais diretamente nos Cartórios de Registro Civil, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização ou de decisão judicial.

Nesse ponto, o artigo abster-se-á de maiores análises sobre questões atinentes aos direitos tutelados e se voltará à questão que envolve o reconhecimento da interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica, explanando como e quais os argumentos de direito convencional fundamentaram a tomada da decisão por parte dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Inicia-se pelo voto do Ministro Edson Fachin, redator do acórdão, primeiro a mencionar a aplicabilidade da “interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica” ao caso da alteração do sexo e prenome das pessoas transgênero³. Na construção de sua linha argumentativa, mencionou que o direito ao nome guarda respaldo não apenas no direito interno, mas igualmente possui respaldo na base convencional; exemplificou essa proteção internacional citando os artigos do Pacto de San José da Costa Rica que protegem “o direito ao nome (artigo 18 do Pacto de

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275*. Relator: Min. Marco Aurélio, 01 de março de 2018. Disponível em: <www.portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>. p. 39-40.

São José da Costa Rica); o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica (artigo 3 do Pacto); o direito à liberdade pessoal (artigo 7.1 do Pacto); e o direito à honra e à dignidade (artigo 11.2 do Pacto)".⁴

O Ministro Edson Fachin⁵ ainda destacou que seu voto encontra-se em harmonia com o precedente fixado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na Opinião Consultiva n. 24/2017, a qual abordou a Identidade de Gênero e Igualdade e Não-Discriminação e previu tanto os direitos decorrentes da união entre casais do mesmo sexo como também as obrigações atinentes ao Estado no tocante à mudança de nome e à identidade de gênero. Em razão disso, defendeu seu entendimento de que o art. 58 da Lei n. 6.015/73 deve ser interpretado não apenas conforme os ditames constitucionais, como igualmente ser interpretado em consonância com os preceitos elencados no Pacto de San José da Costa Rica.⁶

Rememorando os pontos 93 e 95 da OC n. 24/17, o Ministro Edson Fachin ressaltou que, em razão do reconhecimento da identidade de gênero ser essencial para o gozo dos direitos humanos das pessoas transgênero, isso traz importantes implicações ao caso sob comento, visto que, o Estado tem o dever de garantir que seus tutelados "possam viver com a mesma dignidade, deve também assegurar-lhes o direito ao nome, ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, à liberdade e à vida privada."⁷

Diante disso, vislumbra-se a incidência da noção de "dever de proteção estatal" (*Schutzpflicht*) no sentido de que restou reconhecido que o Estado deve prover o resguardo dos direitos fundamentais das pessoas transgênero e que, para isso, "os órgãos estatais restam, portanto, incumbidos de assegurar níveis eficientes e suficientes de proteção aos direitos fundamentais, sujeitos a um sistema de controle, inclusive, por parte do Poder Judiciário."⁸

O Ministro Fachin⁹ ainda complementou que a referida Opinião Consultiva, no ponto 160, preconizou que, no tocante ao trâmite dos procedimentos de retificação do nome, sexo, gênero, adequação da imagem e retificação dos documentos de

⁴ BRASIL. *Ibidem*, p. 24.

⁵ BRASIL, *Ibidem*, p. 25.

⁶ BRASIL, *Ibidem*, loc. cit.

⁷ BRASIL, *Ibidem*, p. 35.

⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig; AZEVEDO, Douglas Matheus de. A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: noções de "dever de proteção" do estado como fundamento para a utilização das "sentenças estruturantes". *Revista Novos Estudos Jurídicos*, n. 2, v. 21, 2016, p. 442-461, p. 449.

⁹ BRASIL. *Ibidem*, p. 37-38.

acordo com a autopercepção da identidade de gênero do solicitante, que os Estados possuem a faculdade de estabelecer o procedimento mais adequado segundo o seu direito interno. Com isso, a Corte IDH acabou reconhecendo certa “margem de apreciação” para os Estados, determinando apenas alguns parâmetros a serem observados para o processo dessas alterações, parâmetros esses explicitados na OC 24/17:

a) deben estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género auto-percibida; b) deben estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) deben ser confidenciales. Además, los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros, y los documentos de identidad no deben reflejar los cambios de conformidad con la identidad de género; d) deben ser expeditos, y en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/o hormonales.¹⁰

Contudo, conclusivamente, invocando o ponto 159 da referida OC, afirmou o Ministro Fachin que tais obrigações impostas ao Estado são apenas no sentido de reconhecer a identidade de gênero dos indivíduos, mas nunca constituí-la, portanto, “se ao Estado cabe apenas o reconhecimento, é-lhe vedado exigir ou condicionar a livre expressão da personalidade a um procedimento médico ou laudo psicológico que exijam do indivíduo a assunção de um papel de vítima de determinada condição.”¹¹ Desse modo, encerra a exposição dos argumentos de seu voto defendendo a aplicabilidade de interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de San José da Costa Rica ao caso da ADI n. 4.275.

Em igual sentido, afirmando concordância ao que preconiza a OC n. 24/17¹² e defendendo a prescindibilidade de decisão judicial autorizando a retificação perante o Registro Civil¹³, o Ministro Luís Roberto Barroso ressaltou o trecho da OC n. 24 o qual menciona que:

los Estados deben respetar la integridad física y psíquica de las personas reconociendo legalmente la identidad de género auto-percibida sin que existan obstáculos o requisitos abusivos que puedan constituir violaciones a

¹⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva OC-24/2017 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica: identidad de género, e igualdad e no discriminación a parejas del mismo sexo. San José da Costa Rica, 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. p. 69-70.

¹¹ BRASIL. Ibidem, p. 38.

¹² BRASIL. Ibidem, p. 51.

¹³ BRASIL. Ibidem, p. 54.

los derechos humanos. Desde esta perspectiva, esos órganos recomiendan que el proceso de reconocimiento de la identidad de género no debe imponer a los solicitantes el cumplimiento de requisitos abusivos tales como la presentación de certificaciones médicas o pruebas de estado civil de no casados, tampoco se debe someter a los solicitantes a pericias médicas o psicológicas relacionadas con su identidad de género auto-percibida, u otros requisitos que desvirtúen el principio según el cual la identidad de género no se prueba, por tanto, el trámite debe estar basado en la mera expresión de voluntad del solicitante.¹⁴

Diante do exposto, o Ministro Luís Roberto Barroso votou pela interpretação conforme à Constituição,¹⁵ e , levando em consideração o direito à autoidentificação, defendeu que as pessoas transgênero possuem o direito fundamental subjetivo de retificar tanto seu prenome quanto o gênero, pela via administrativa, ou, se preferirem, pela via judicial, não sendo compelidas a se submeter a qualquer tipo de intervenção cirúrgica para que tenham esses direitos reconhecidos.¹⁶

A Opinião Consultiva n. 24/17 esteve igualmente presente no voto do Ministro Gilmar Mendes, que, citando o item 4 do documento, mencionou que a Corte IDH firmou entendimento de que se consubstancia em afronta ao direito do livre desenvolvimento da personalidade humana a imposição de que o solicitante apresente “laudos de profissionais da saúde para permitir a retificação de prenome e sexo jurídico do transgênero, por se tratar a identificação de gênero de algo relativo à profunda intimidade, razão pela qual a autoidentificação é soberana.”¹⁷

Em consonância com os fundamentos trazidos pelo Ministro Edson Fachin, a Ministra Rosa Weber votou em igual sentido, reafirmando os argumentos anteriormente explicitados pelo Ministro e reconhecendo, do mesmo modo, a fundamentalidade do conteúdo explicitado na OC n. 24/17¹⁸. A Ministra ainda ressaltou o dever que o Brasil possui em exercer o controle de convencionalidade, já que se encontra submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁹

Mencionou a Ministra Rosa Weber, como exemplo de julgamento que guarda relação com a questão de discriminação de minorias sexuais decidido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, o caso *Atala Riffo e Crianças vs. Chile*,

¹⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Ibidem, p. 58-59.

¹⁵ Embora o Ministro Luís Roberto Barroso tenha mencionado anteriormente em seu voto a importância do disposto na OC n. 24/17, votou apenas no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição Federal ao art. 58 da Lei n. 6.015/73. BRASIL. Ibidem, p. 54.

¹⁶ BRASIL. Ibidem, p. 54.

¹⁷ BRASIL. Ibidem, p. 143.

¹⁸ BRASIL. Ibidem, p. 57.

¹⁹ BRASIL. Ibidem, p. 73.

salientando que mesmo se tratando de casos díspares – diferentemente do caso da alteração do nome e sexo por pessoas transgênero, o caso julgado pela Corte IDH decidiu a questão da guarda de crianças tendo em vista a orientação sexual dos pais – a justificativa adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na decisão preconiza ser dever do Estado “abster-se de realizar ações que de alguma forma se destinem, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação de direito ou de fato”²⁰, do mesmo modo que possuem o dever de promover “medidas positivas para reverter ou modificar situações discriminatórias existentes na sociedade, praticadas contra determinado grupo de pessoas”.²¹

Dessa forma, o posicionamento da Ministra Rosa Weber outorgou aos direitos elencados na CADH não apenas o reconhecimento de sua dimensão subjetiva, no sentido de serem exigíveis perante o Estado, mas igualmente atentou para o reconhecimento de sua dimensão objetiva, evidenciando, com isso, a obrigação que possui o Estado de proteger o indivíduo não apenas contra arbitrariedades estatais, mas também por parte de terceiros.²² Desse modo, essa dimensão objetiva compreende a ideia de uma “proteção por meio do Estado’ e impõe um dever de adequação da ordem jurídica no sentido de sua realização”.²³

Nesta senda, o Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto, ressaltou a importância dos Princípios de Yogyakarta em relação ao tema do reconhecimento da identidade de gênero²⁴ – assim como fez os Ministro Ricardo Lewandowski²⁵ – e votou no sentido de conferir interpretação conforme à Constituição e ao Pacto de San José da Costa Rica ao art. 58 da Lei n. 6.015/73, alinhando-se aos argumentos levantados pelo Ministro Luiz Edson Fachin.²⁶ O mesmo ocorreu com o voto da Ministra Carmem Lúcia, que de igual forma entendeu pela interpretação conforme aos ditames constitucionais e aos pactos internacionais.²⁷

Assim, por maioria dos votos²⁸, a decisão fixou-se no sentido de julgar procedente a ação e dar ao art. 58 da Lei n. 6.015/73 interpretação conforme à Constituição Federal e ao Pacto de San José da Costa Rica, assegurando o direito

²⁰ BRASIL. *Ibidem*, p. 73.

²¹ BRASIL. *Ibidem*, loc. cit.

²² LEAL; AZEVEDO. *Ibidem*, p. 447.

²³ LEAL; AZEVEDO. *Ibidem*, loc. cit.

²⁴ BRASIL. *Ibidem*, p. 125.

²⁵ BRASIL. *Ibidem*, p. 115-116.

²⁶ BRASIL. *Ibidem*, p. 133-134.

²⁷ BRASIL. *Ibidem*, p. 147.

²⁸ BRASIL. *Ibidem*, p. 173.

das pessoas transgênero de retificarem seu prenome e sexo diretamente no registro civil, dispensando-se a sua submissão a qualquer procedimento hormonal ou cirurgia de transgenitalização para o exercício desse direito, com fundamento na extensa previsão nesse sentido já fixada no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Superada a análise quanto à interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica, no capítulo seguinte passa-se a abordar as formas como o diálogo interjurisdicional se concretiza e se, no caso da ADI 4.275, pode-se afirmar a existência de um diálogo entre Cortes.

2 O DIÁLOGO INTERJURISDICIONAL ENTRE SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

A teoria dialógica pode ser apreciada tanto no âmbito interno, formando um diálogo institucional entre Poderes, como no âmbito externo, através de diálogo interjurisdicional travado entre Tribunais nacionais e internacionais.²⁹ Neste capítulo, restringir-se-á a análise ao diálogo interjurisdicional no âmbito do julgamento da ADI 4.275, ou seja, ao diálogo entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, é preciso considerar-se que há, em relação aos Estados-parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, o dever de adequação do seu direito interno aos ditames elencados na Convenção (art. 2 da CADH), o que significa que “el Estado debe adoptar todas las medidas para que aquello establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo determina el artículo 2° de la Convención”.³⁰

Em relação a essa vinculação, os Estados não só devem seguir os parâmetros elencados na Convenção, como igualmente observar as disposições preconizadas nas sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo importante rememorar, conforme salienta Ferrer Mac-Gregor,³¹ que o teor dessas

²⁹ LEAL, Mônia Clarissa Hennig Leal; MORAES, Maria Valentina de. A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XXIV, Bogotá, 2018, p. 497-518, p. 508.

³⁰ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos em Chile”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XIX, 2013, p. 511-553. p. 515.

³¹ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte

decisões vincula não apenas os Estados-parte diretamente envolvidos no litígio (*res judicata*), mas também os demais Estados, ainda que não sejam partes na demanda (*res interpretata*)³², de modo que todos os Estados-parte possuem a obrigação de aplicar

no sólo la norma convencional sino la “norma convencional interpretada” (*res interpretata*); es decir, el criterio interpretativo que como estándar mínimo aplicó el Tribunal Interamericano al Pacto de San José y, en general al corpus juris interamericano, materia de su competencia, para resolver la controversia.³³

Ressalta Nogueira Alcalá³⁴ que essa obrigação dos Estados em adequar sua legislação nacional objetiva “que el ordenamiento jurídico del Estado parte asegure y garantice los atributos que integran los respectivos derechos convencionales y sus garantías, en los estándares mínimos determinados por la CADH”. Em relação a esses *standards*, porém, ao Estado é facultada a possibilidade de conceder uma proteção ainda maior e expandir, em sua legislação interna, o resguardo previsto pela Convenção, que fixa apenas os padrões mínimos de proteção que devem ser obedecidos.

Nesta senda, o controle de convencionalidade exercido pelos Tribunais nacionais conforma um importante instrumento para o alinhamento entre as decisões internas com o disposto na Convenção Americana e na jurisprudência da Corte IDH, de modo que sua criação foi pensada justamente “para coadyuvar a que los jueces y en general todas las autoridades de los estados parte del Pacto de San José (del poder ejecutivo, legislativo y el judicial) cumplan con su deber de respetar

de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso gelman vs. uruguay). Estudios constitucionales, Santiago, v. 11, n. 2, 2013, p. 641-694, p. 656-657.

³² Segundo Ferrer Mac-Gregor, enquanto a *res judicata* das sentenças da Corte IDH produz efeitos apenas *inter partes*, em relação à norma interpretada (*res interpretata*) “se produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados Parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculadas a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana;”. FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (*res judicata*) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (*res interpretata*) (sobre el cumplimiento del caso gelman vs. uruguay). Estudios constitucionales, Santiago, v. 11, n. 2, 2013, p. 641-694, p. 657.

³³ FERRER MAC-GREGOR, Ibidem, p. 662.

³⁴ NOGUEIRA ALCALÁ. Ibidem, p. 516.

y garantizar los derechos humanos en su actuar cotidiano”.³⁵ Assim, segundo Mazzuoli³⁶, a existência de um diálogo inter-Cortes reafirma a concepção de que não apenas os Tribunais internacionais devem executar o controle de convencionalidade das leis, sendo igualmente dever dos Estados e de seus órgãos executar o controle de convencionalidade internamente.

A ideia do “control de convencionalidade” se evidencia no julgamento do caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, em 2006, porém, o entendimento sobre a existência do dever de exercício de um controle de convencionalidade na modalidade difusa, ou seja, *ex officio* por parte das Cortes nacionais, foi fixado no caso *Cabrera García y Montiel Flores*, de 2010, ocasião na qual entendeu a Corte IDH que:

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer **ex officio** un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.³⁷

A partir desse controle de convencionalidade pelos Estados-parte, desenvolve-se, por sua vez, um diálogo interjurisdiccional entre os Tribunais nacionais e a Corte IDH, numa “interacción que tiene un carácter más bien vertical por la posición de control final que desarrolla la Corte respecto de la aplicación de los derechos efectuada por las jurisdicciones domésticas”³⁸. Conforme ressalta

³⁵ FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control de convencionalidad como um vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales da América. Anuario de derecho constitucional latino-americana, año XXII, 2016, p. 337-356, p. 340.

³⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Controle Jurisdiccional de Convencionalidade das leis. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 91.

³⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México: sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). San José da Costa Rica, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. p. 86.

³⁸ NOGUEIRA ALCALÁ. Ibidem, p. 530.

Bazán³⁹, a inter-relação entre Tribunal internacional e nacional conforma uma cooperação entre ambos, de modo que “não gera uma relação de hierarquização formalizada entre estes e aqueles, mas traça uma vinculação de cooperação na interpretação *pro homine* dos direitos humanos.”

Desse modo, o controle de convencionalidade atua como um mecanismo “que permite a las autoridades la realización de ‘buenas prácticas’ en el cumplimiento de sus obligaciones internacionales en matéria de derechos humanos”, assim como promove o fomento de um diálogo judicial.⁴⁰

Conforme Ferrer Mac-Gregor⁴¹, no tocante ao conceito de diálogo, há quem o defina como “conversaciones entre los poderes judiciales en una gran variedad de temas. Otros lo definen como una técnica argumentativa para la indagación de nuevos conceptos, en donde los dialogantes son conjuntamente responsables del diálogo”. Desse modo, o diálogo jurisprudencial “se convierte em uma herramienta de ‘doble vía’ de interacción”⁴², na qual a própria Corte IDH defende a importância e as benesses que o reconhecimento da jurisprudência produzida pelos Tribunais dos Estados-parte pode trazer.⁴³

Contudo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos não possui o escopo de “establecer qué órgano tiene la última palabra (aunque de facto la tenga la Corte IDH), sino fomentar el ‘diálogo jurisprudencial’ creativo, responsable y comprometido com la efectividad de los derechos humanos”.⁴⁴ Com isso, os juízes nacionais tornam-se juízes interamericanos, diante da própria vinculação instituída pela Corte

³⁹ BRAZÁN, Victor. O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial. Revista Direito Público, [s.l.], v. 8, n. 41, 2013, p. 218-235, p. 231.

⁴⁰ FERRER MAC-GREGOR. Ibidem, p. 347.

⁴¹ FERRER MAC-GREGOR. Ibidem, loc. cit.

⁴² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”. Estudios Constitucionales, año 9, n. 2, 2011, p. 531-622. p. 618.

⁴³ Ferrer Mac-Gregor menciona que, quanto ao reconhecimento por parte da Corte IDH da importância e utilidade da jurisprudência produzida em âmbito interno pelas Cortes dos Estados, pode-se mencionar que tal reconhecimento ocorreu na “Síntesis del Informe Anual de la Corte IDH de 2010”, no qual assentou a Corte que “4. Durante 2010 el “diálogo jurisprudencial” entre la Corte Interamericana, órganos judiciales superiores a nivel interno. Este diálogo ha tenido dos efectos concretos y palpables en los últimos años. Por un lado, a nivel interno se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Por el otro, la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia.”. FERRER MAC-GREGOR, Ibidem, loc. cit.

⁴⁴ FERRER MAC-GREGOR, Ibidem, p. 619.

IDH no sentido de que são responsáveis por efetuar o controle de convencionalidade difuso e, portanto, são responsáveis por realizar, em um primeiro momento, a adequação de sua legislação interna aos padrões interamericanos, de modo que incumbe à Corte Interamericana de Derechos Humanos garantir que esse reconhecimento aconteça, bem como que cumpra com seu dever de “tener plena consciencia de los estándares que irá construyendo en su jurisprudência, teniendo en consideración, además, el “margem de apreciación nacional” que deben contar los Estados nacionales para interpretar el corpus juris interamericano”.⁴⁵

Ressalta-se que esse diálogo não se caracteriza somente quando os Tribunais nacionais utilizam, em suas decisões internas, os precedentes fixados pela Corte Interamericana de Derechos Humanos. A Corte Interamericana inclusive já reconheceu a importância das decisões proferidas no âmbito dos Tribunais nacionais quando essas decisões internas expandem e protegem em maior nível os derechos humanos: “la Corte no sólo ha valorado las decisiones garantistas adaptadas a nivel nacional, sino que incluso ha utilizado esos criterios para orientar sus propias decisiones. En otras palabras, la Corte IDH ha dialogado con sus homólogos a nivel nacional.”⁴⁶

Em razão disso, o diálogo interjurisdiccional pode ocorrer de diversas maneiras, podendo o juiz interno optar por qual via irá concretizá-lo, podendo, conforme leciona Nogueira Alcalá⁴⁷, optar por variadas formas de interpretação para travá-lo, podendo optar entre: interpretação extensiva, inovadora, corretiva, receptiva, neutralizadora e interpretação discordante.

⁴⁵ FERRER MAC-GREGOR, *Ibidem*, p. 620.

⁴⁶ Como exemplo de casos em que a Corte IDH valeu-se de precedentes das Cortes nacionais e travou um diálogo com as Cortes internas dos Estados, Ferrer Mac-Gregor menciona o caso *Gelman vs. Uruguay* (2011), no qual “La Corte estableció que, atendiendo a las circunstancias del caso, y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 19 de la Convención, interpretado a la luz del artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es posible determinar la existencia del derecho a la identidad, aun cuando no se encuentra expresamente reconocido por la Convención Americana. La Corte sustentó su posición en una interpretación evolutiva de las obligaciones del artículo 19 de la Convención, reafirmando su posición a través de una interpretación sistemática y del diálogo judicial. Específicamente, la Corte utilizó las decisiones de la Corte Constitucional Colombiana en la tutela *T-477/1995*, del Tribunal Constitucional de Perú en la Sentencia de 25 de junio de 2005, y del Tribunal Oral en lo Criminal núm. 6 de la Capital Federal Argentina en los autos caratulados *REI, Víctor Enrique s/ sustracción de menor de 10 años*.” FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. El control de convencionalidad como um vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales da América. *Anuario de derecho constitucional latino-americana*, año XXII, 2016, p. 337-356, p. 350-351.

⁴⁷ NOGUEIRA ALCALÁ. *Ibidem*, p. 531.

Para Aguilar Cavallo⁴⁸, há ainda a interpretação conforme, por meio da qual é possível chegar-se à concretização do diálogo quando a interpretação do direito interno do Estado é compatibilizada com as interpretações do direito convencional, sendo que o diálogo conforme “se refere à técnica a qual recorre o juiz nacional para harmonizar o direito nacional com o instrumento internacional convencional e corresponde especificamente à interpretação conforme a Convenção”.

O autor salienta, ainda, que a “interpretação conforme” estimula o diálogo interjurisdicional e elide potenciais conflitos que possam surgir entre o entendimento das Cortes nacionais e internacionais, de modo que, quando o juiz nacional executa esse diálogo, acaba desprezando a norma nacional dissonante e acaba, conseqüentemente, “distanciando-se da jurisprudência constitucional, justamente porque praticando o controle difuso de convencionalidade, o juiz interno controverte abertamente o enfoque proposto pelo órgão jurisdicional constitucional.”⁴⁹

Voltando-se mais especificamente ao caso da ADI n. 4.275, aparentemente houve, por parte do Supremo Tribunal Federal, a adoção do modelo de diálogo associado à “interpretação conforme”, uma vez que a decisão alinha-se com a interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos explicitada através da Opinião consultiva n. 24/17 e confere interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica.

Nesse sentido, foi notável a presença⁵⁰, nos votos dos Ministros, tanto de precedentes da Corte IDH – mais especificamente a OC n. 24/17 – bem como a menção a alguns precedentes do direito comparado, presentes principalmente no

⁴⁸ AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo. Juiz constitucional e diálogo jurisdicional multinível: a experiência chilena. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 6, n. 1, 2019. p. 61-89, p. 68.

⁴⁹ AGUILAR CAVALLLO. *Ibidem*, p. 68-69.

⁵⁰ Ressalta-se que o uso de precedentes da Corte IDH elencados na decisão da ADI 4.275 pode ser considerado um importante avanço no sentido de afirmação do dever de aplicação do controle de convencionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal, especialmente tendo-se em vista que “o diálogo judicial entre Supremo Tribunal Federal e a Corte IDH ainda é incipiente, sendo que o número de casos em que há menção expressa de sua jurisprudência ainda é deveras diminuto, embora se possa perceber, ao longo do tempo, uma certa tendência de avanço, ao se passar de uma lógica de citação indiretas (por meio de obras doutrinárias) a citação direta de decisões da Corte IDH. O uso das decisões da Corte IDH ainda se dá, contudo, na maioria dos casos, apenas em termos de reforço argumentativo, não se evidenciando, na maioria dos casos, a incorporação de uma prática de efetivo controle de convencionalidade (antes pelo contrário, a lógica de prevalência da Constituição é, ainda, frequentemente reiterada, desconsiderando-se o caráter vinculante dos conteúdos do corpus iuris interamericana e sua interpretação dada pela Corte IDH)”. LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?*, em SARLET, Ingo Wolfgang; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto; POMPEU; Gina Marcilio (Org.). *Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 373.

voto do Ministro Alexandre de Moraes⁵¹, apontando alguns casos análogos como parâmetro para a fundamentação da decisão. Contudo, salienta Vergottini⁵² que, quando ocorre uma comunicação entre Tribunais convencionais e nacionais, pode-se falar em uma “colaboración que implica una constante interacción que permitiría hablar propiamente de diálogo, no puede afirmarse lo mismo por el contrario en el caso de las relaciones entre tribunales estatales de nivel parejo.” Desse modo, para os casos em que essa intercomunicação ocorre entre as diferentes Cortes dos Estados, não há o que se falar em diálogo: “aquí sólo puede constatarse la presencia de una influencia de la jurisprudência de tribunales dotados de particular prestigio.”⁵³

No que tange às reiteradas menções feitas pela maioria dos Ministros à referida Opinião Consultiva n. 24/17 da Corte IDH, emerge a questão sobre sua força vinculante. Em relação ao tema, Bazán⁵⁴ entende que são, sim, vinculantes, visto que

si el control de convencionalidad implica que principal pero no exclusivamente los jueces deben cotejar la normativa interna aplicable a un caso concreto con la CADH y con la interpretación que de esta realice la Corte IDH, justamente las opiniones consultivas son resultado de la labor hermenéutica de esta en tanto intérprete final de tal instrumento internacional, con lo cual, al llevar adelante la fiscalización convencional, aquellos habrán de tener necesariamente en cuenta los *productos interpretativos plasmados en dichas opiniones consultivas*.⁵⁵

Assim, embora incipiente, é possível vislumbrar um tímido reconhecimento dos precedentes fixados no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos por parte do Supremo Tribunal Federal na decisão analisada. Embora nem todos os votos tenham reconhecido ou feito menção às importantes contribuições da Corte Interamericana de Direitos Humanos para o tema,

⁵¹ O Ministro ressaltou o caso do Tribunal Constitucional Federal alemão (*Bundesverfassungsgericht*), que, em janeiro de 2011, posicionou-se no sentido de declarar inconstitucional os normativos que traziam a exigência de prévia realização de cirurgia de transgenitalização para que fosse realizada a alteração do prenome de pessoas transgênero. Em igual sentido, a título de exemplo, ainda elencou as leis da Grã-Bretanha, Espanha, Portugal e Argentina. BRASIL, *Ibidem*, p. 20-21.

⁵² VERGOTTINI, Giuseppe. El diálogo entre tribunales. *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, 2011, pp. 335-352, p. 349.

⁵³ VERGOTTINI. *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁴ BAZÁN, Víctor. “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año XX, 2014, p. 385-429, p. 390.

⁵⁵ BAZÁN. *Ibidem*, loc. cit.

demonstrou-se que boa parte dos Ministros não apenas mencionou tais precedentes como também os utilizou na fundamentação, seja através de casos concretos – observando a *res interpretata* da decisão – ou por meio do acatamento das Opiniões Consultivas da Corte.

CONCLUSÃO

Inicialmente, averiguou-se, quanto à maneira como os Ministros do Supremo Tribunal Federal fundamentaram a interpretação conforme ao Pacto de San José da Costa Rica, utilizando não apenas os preceitos elencados na própria Convenção Americana de Direitos Humanos, como também mencionando casos já decididos pela Corte IDH, levando em consideração sua interpretação explicitada através das Opiniões Consultivas.

Em um segundo momento, passou-se para a análise do desenvolvimento da teoria do diálogo interjurisdicional, demonstrando-se de que maneira essa interlocução ocorre, para, posteriormente, adentrar-se no ponto central da pesquisa, examinando se houve um diálogo interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal e Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento da ADI 4.275.

A decisão aponta para um diálogo incipiente, visto que até então o mais alto tribunal brasileiro tem se demonstrado reticente em aplicar o controle de convencionalidade no âmbito interno e, portanto, percebe-se uma tímida evolução no sentido de que, aos poucos, o controle de convencionalidade começa a ganhar espaço, de modo que, através de sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal e, principalmente, do incorporação da interpretação conforme à Convenção Americana de Direitos Humanos para adequação do ordenamento jurídico nacional aos parâmetros do direito convencional interamericano, desenvolve-se a expansão do diálogo interjurisdicional e um maior reconhecimento e adoção, em âmbito nacional, dos precedentes fixados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

Aguilar Cavallo, Gonzalo. “Juiz constitucional e diálogo jurisdicional multinível: a experiência chilena”. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 6, n. 1, 2019. p. 61-89.

Nogueira Alcalá, Humberto. “Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales y la Corte Interamericana de Derechos

Humanos em Chile”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XIX, 2013, p. 511-553.

Bazán, Víctor. “O Controle de Convencionalidade e a Necessidade de Intensificar um Adequado Diálogo Jurisprudencial”. Revista Direito Público, [s.l.], v. 8, n. 41, 2013, p. 218-235.

Bazán, Víctor. “Vinculatoriedad de los estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los órdenes internos, control de convencionalidad y diálogo jurisprudencial”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XX, 2014, p. 385-429.

Corte IDH. Caso Cabrera García e Montiel Flores vs. México: sentencia de 26 de noviembre de 2010 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). San José da Costa Rica, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em: 22 set. 2020.

Corte IDH. Opinión Consultiva OC-24/2017 de 24 de noviembre de 2017, solicitada por la República de Costa Rica: identidad de género, e igualdad e no discriminación a parejas del mismo sexo. San José da Costa Rica, 2017. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 18 set. 2020.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Azevedo, Douglas Matheus de. “A postura preventiva adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: noções de “dever de proteção” do estado como fundamento para a utilização das “sentenças estruturantes””. Revista Novos Estudos Jurídicos, n. 2, v. 21, 2016, p. 442-461.

Leal, Mônia Clarissa Hennig. “A Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: Diálogo entre Cortes?”, en SARLET, Ingo Wolfgang; Nogueira Alcalá, Humberto; Pompeu; Gina Marcilio (Org.). Direitos fundamentais na perspectiva da democracia interamericana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

Leal, Mônia Clarissa Hennig; Moraes, Maria Valentina de. “A margem de apreciação (nacional e do legislador) e o diálogo entre cortes e entre poderes: meios de compreensão dos mecanismos de proteção dos direitos humanos e fundamentais”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, año XXIV, Bogotá, 2018, p. 497-518.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional: vinculación directa hacia las partes (res judicata) e indirecta hacia los estados parte de la convención americana (res interpretata) (sobre el cumplimiento del caso gelman vs. uruguay)”. Estudios constitucionales, Santiago, v. 11, n. 2, 2013, p. 641-694.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. “El control de convencionalidad como um veículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales da América”. Anuario de derecho constitucional latino-americana, año XXII, 2016, p. 337-356.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano". *Estudios Constitucionales*, año 9, n. 2, 2011, p. 531-622.

Mazzuoli, Valerio de Oliveira. *Controle Jurisdicional de Convencionalidade das leis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Vergottini, Giuseppe. "El diálogo entre tribunales". *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 28, 2011, p. 335-352.

Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4275. Relator: Min. Marco Aurélio, 1º de março de 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 17 set. 2020.