

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS¹

Nadjara das Neves Pires²

Resumo: Este artigo possui como objetivo analisar a aplicabilidade do Controle de Convencionalidade ao sistema jurídico brasileiro, tendo em vista as normativas internacionais concernentes ao sistema interamericano de direitos humanos das quais o Brasil é signatário. A temática ganhou relevância com a inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição da República Federativa Brasileira por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual possibilitou que tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados mediante quórum especial fossem internalizados em situação equivalente às Emendas Constitucionais. Na sequência, o Supremo Tribunal Federal modificou seu entendimento jurisprudencial a fim de aplicar o controle de convencionalidade como método de compatibilização das normas internas às disposições internacionais de proteção aos direitos humanos ratificadas pelo Brasil. O presente estudo visa analisar os fundamentos internacionais, constitucionais e jurisprudenciais que permitem a aplicação imediata do controle de convencionalidade por juízes e tribunais de todo o país, os tipos de controle de convencionalidade e a necessidade de superação dos paradigmas separativistas, visando maior diálogo e coerência entre as fontes normativas de modo a garantir a máxima proteção possível aos direitos humanos.

Palavras chave: Controle de Convencionalidade. Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: This article aims to analyze the applicability of Conventional Control to the Brazilian legal system, in view of the international norms concerning the inter-American human rights system to which Brazil is a signatory. The thematic gained relevance with the insertion of paragraph 3º to article 5 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil through Constitutional Amendment n. 45/2004, which made it possible for international human rights treaties approved by a special quorum to be internalized in a situation equivalent to the Constitutional Amendments. Subsequently, the Federal Supreme Court modified its understanding of jurisprudence in order to apply the control of conventionality as a method of making domestic rules compatible with the international human rights protection provisions ratified by Brazil. The present study aims at analyzing the international, constitutional and jurisprudential foundations that allow the immediate application of the control of conventionality by judges and courts throughout the country, the types of control of conventionality and the need to overcome the separative paradigms, aiming for greater dialogue and coherence normative sources in order to ensure the maximum possible protection of human rights.

Keywords: Control of Conventionality. Inter-American Human Rights System. International Human Rights Treaties. Supreme Court.

¹ Artigo científico elaborado como trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal – Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola Superior da Magistratura Federal de Santa Catarina juntamente com a Universidade do Vale do Itajaí – Turma 2018.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2016).

Introdução

Verifica-se, nos últimos tempos, sobretudo após a ocorrência da 2ª Grande Guerra Mundial, que a interação entre as ordens jurídicas interna e internacional tem aumentado progressivamente por meio da transnacionalização de aspectos econômicos, políticos, sociais e culturais, de modo que se faz premente a instituição de mecanismos jurídicos internacionais capazes de garantir a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana e o fortalecimento de uma comunidade global coerente com os compromissos firmados pelos Estados enquanto Sujeitos de Direito Internacional.

Neste contexto, é fundamental que exista um esforço conjunto entre os atores internacionais a fim de assegurar a supremacia e permanência do princípio do *pacta sunt servanda*, concretizado por meio da obrigação de os Estados cumprirem efetivamente, inclusive em sua ordem interna, os tratados de que são signatários, em atenção ao dever de boa-fé nas relações internacionais, em conformidade com os artigos 26 e 27³ da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.

Tornou-se, então, inevitável a superação de conceitos obsoletos como o da primazia da soberania estatal, bem como do antagonismo existente entre os modelos clássicos dualista e monista, a fim de se alcançar um sistema de prevalência dos direitos humanos (princípio *pro homine*), em que as ordens jurídicas interna e externa possam se integrar harmonicamente mediante influxos recíprocos, mediante fenômenos conhecidos como constitucionalização do direito internacional e internacionalização do direito constitucional.

Neste ponto exsurge a importância das organizações internacionais no papel de zelar pelo respeito aos direitos fundamentais, alcançados no decurso da história da humanidade. O Brasil, por sua vez, encontra-se inserido em dois sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos – global e regional interamericano; e no que tange a este último, tem reconhecida a competência consultiva por meio da

³ **Artigo 26.** *Pacta sunt servanda* - Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé.

Artigo 27. *Direito Interno e Observância de Tratados* - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. [...]

In: ÁUSTRIA. **Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 25 set 2018.

ratificação do Pacto de San José da Costa Rica em 1992, e também a competência contenciosa a partir da ratificação do protocolo facultativo em 1998.

Todavia, a redação da atual Constituição pátria não conseguiu bem esclarecer a forma como se dá a relação entre o ordenamento jurídico interno e internacional, de modo que várias teorias têm sido suscitadas para melhor solucionar a questão, tais como a supraconstitucionalidade, a constitucionalidade e a infraconstitucionalidade (supralegalidade e legalidade).

Atualmente, após a edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual possibilitou que tratados internacionais sobre direitos humanos pudessem ser incorporados ao ordenamento jurídico pátrio com equivalência de Emenda Constitucional mediante rito qualificado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela supralegalidade dos demais tratados de direitos humanos quando não aprovados por tal rito especial.

Diante disso, necessário se estabelecer um procedimento para que a legislação infraconstitucional incompatível com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil – e, num viés ampliativo, dos quais o Brasil é signatário –, tenha sua aplicabilidade afastada pelos juízes e tribunais nacionais, ultrapassando-se a noção de controle de constitucionalidade para avançar a um duplo controle vertical das normativas internas.

No presente estudo, a questão central consiste em analisar a utilização do controle de convencionalidade como instrumento de efetivação dos direitos humanos, especialmente em razão de sua obrigatoriedade internacional, conforme construção jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a fim de permitir o diálogo entre as diversas fontes do Direito, superando-se a noção de sobreposição/antinomias de uma ordem jurídica sobre outra.

1 Precedentes históricos: dos sistemas de proteção aos direitos humanos ao controle de convencionalidade

A noção de proteção aos direitos humanos é bastante recente na história da humanidade. Isso porque, até meados da Segunda Grande Guerra Mundial não havia regulamentação concreta, por meio de normas específicas, a respeito dessa temática.

Consoante nos ensina Flávia Piovesan⁴, “a Alemanha da Era Hitler apresentou o Estado como grande violador dos direitos humanos”, o que gerou debates entre os Estados sobre o tema dos direitos humanos, buscando-se apresentar uma resposta à atuação destrutiva do regime nazista, caracterizada por inúmeras violações aos direitos de aproximadamente onze milhões de pessoas, com base na lógica da descartabilidade da pessoa humana.

Ainda segundo a autora, o cenário decorrente do regime nazista reclamou medidas que pudessem conferir maior eficácia à proteção dos direitos humanos por meio de marcos normativos com alcance global, os quais deveriam dispor de mecanismos preventivos (direitos e garantias) e repressivos (sanções) capazes de vincular os indivíduos e, em especial, os Estados.

A partir do Século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, ao menos sob uma perspectiva idealístico-formal, a concepção de que o respeito ao ser humano deve ocupar o epicentro de toda e qualquer atividade desenvolvida pelas estruturas sociais de poder parece ter recebido o colorido de dogma intangível. Essa constatação, longe de ser setorial ou mesmo sazonal, rompeu as fronteiras de cada Estado de Direito, disseminou-se pelo globo e, em refluxo, afrouxou as amarras do aparentemente indelével conceito de soberania, subtraindo do Estado a disponibilidade normativa e exigindo o imperativo respeito de valores essenciais ao ser humano.⁵

Diante disso, no dia 26 de junho de 1945, diversos países assinaram a Carta das Nações Unidas, que resultou no surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU), com o escopo de promover permanente ação conjunta dos Estados voltados à defesa da paz mundial e à promoção dos direitos humanos e das liberdades públicas⁶.

A partir de então, a proteção aos direitos humanos tomou amplitude global e restou concretizada por meio da aprovação, na Assembleia Geral das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção Internacional sobre a prevenção e punição do crime de genocídio, ambas de dezembro de 1948, consideradas os marcos históricos iniciais em termos de tratados internacionais de direitos humanos⁷.

⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 191.

⁵ GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos direitos humanos**: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não convencional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 17-18.

⁶ SCHAFRANSKI, Sílvia Maria Derbli. **Direitos humanos e seu processo de universalização**: análise da convenção americana. Curitiba: Juruá, 2003, p. 40.

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 55-56.

Em que pese a Declaração Universal de Direitos Humanos contar com 30 artigos sobre os principais direitos e deveres fundamentais, tais dispositivos possuíam poder meramente enunciativo, carecendo, ainda, de regulamentação, a fim de possibilitar sua aplicabilidade legal, inclusive quanto ao ingresso dos direitos ali proclamados nos âmbitos internos dos países signatários.

Assim, visando operacionalizar a temática da Declaração Universal, em 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas promoveu o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos - PIDCP e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais - PIDESC, ambos ratificados pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo n. 226/1991 e promulgados pelo Decreto n. 592/1992, os quais instituíram mecanismos de relatórios anuais, de queixas interestaduais e, em seu protocolo facultativo, de queixas individuais, sendo, portanto, reconhecida a competência deliberativa a respeito de eventuais denúncias de violações dos direitos humanos efetuadas por indivíduos contra qualquer dos Estados-membros da ONU.

Em complementariedade ao sistema global de proteção aos direitos humanos, o Brasil está também inserido no sistema regional interamericano, uma vez que é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, a qual foi assinada em 1969 e entrou em vigor em 1978, que somente admite a participação de Estados integrantes da Organização dos Estados Americanos – OEA.

O sistema interamericano possui 02 (dois) órgãos de suma importância, quais sejam: *i)* a Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, com função de promover a observância e a defesa dos direitos humanos, por meio de relatórios e recomendações aos Estados, podendo ser instada por qualquer indivíduo; e *ii)* a Corte Interamericana de Direitos Humanos – Corte IDH, de competência consultiva e contenciosa, responsável pelo julgamento de conflitos entre cidadãos e Estados-membros, além da supervisão e aplicação de suas sentenças e/ou medidas cautelares, podendo ser instada pela Comissão e pelos Estados partes⁸.

O Pacto de San José da Costa Rica foi ratificado e promulgado pelo Brasil, inicialmente no que tange à competência consultiva, por meio do Decreto n. 678/1992. Em relação à cláusula facultativa de jurisdição contenciosa da Corte IDH, que somente

⁸ RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**: análise dos sistemas de apuração de violações de direito humanos e a implementação das decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

gera efeitos nos países que expressamente declararem o reconhecimento de sua jurisdição, o Brasil aderiu ao respectivo protocolo facultativo por meio do Decreto Legislativo n. 89/1998.

Mais tarde, em 11 de novembro de 2002, foi reconhecida a competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos para todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de San José da Costa Rica quanto a fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998, por meio do Decreto n. 4463/2002.

Portanto, não restam dúvidas acerca da obrigatoriedade internacional das interpretações emanadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no que tange à aplicação do Pacto de San José perante o Brasil, aspecto ao qual daremos especial enfoque no presente estudo e que será retomado em momento posterior.

Passando-se à análise específica da gênese do controle de convencionalidade, conforme nos ensina Valério Mazzuoli, a expressão teve origem na França, no início da década de 1970, por parte do Conselho Constitucional francês na Decisão n. 74-54 DC; contudo, durante várias décadas, nada havia sido mencionado a respeito dos métodos de efetivação do referido controle.

É ainda necessário deixar claro, notadamente ao leitor brasileiro e interamericano, que a idéia de “controle de convencionalidade” tem origem francesa e data do início da década de 1970. Não foram os autores pátrios citados, tampouco a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que por primeiro se utilizam dessa idéia de controle e o seu conseqüente (e já conhecido) neologismo. Tal se deu originariamente quando o Conselho Constitucional francês, na Decisão n. 74-54 DC, de 15 de janeiro de 1975, entendeu não ser competente para analisar a convencionalidade preventiva das leis (ou seja, a compatibilidade destas com os tratados ratificados pela França, notadamente – naquele caso concreto – a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950), pelo fato de não se tratar de um controle de *constitucionalidade* propriamente dito, o único em relação a qual teria competência dito Conselho para se manifestar a respeito⁹.

Cumprir destacar, ainda, a existência de um controle muito semelhante ao de convencionalidade, já há muito praticado na União Europeia, nominado “controle de comunitariedade”.

Segundo Bastos Junior¹⁰, o Tribunal das Comunidades Europeias, no caso *Simmenthal* (Itália), julgado em 09/03/1978, pela primeira vez afirmou que os juízes dos Estados Membros deveriam exercer o “controle de comunitariedade”, ou seja, deixar de aplicar as normas internas contrárias às normas da União Europeia, ainda

⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 81.

¹⁰ BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. O papel do Tribunal de Justiça Europeu no processo de integração e a questão da mutação de competências. **Revista Sequência**, n. 41, p. 161, dez. 2000.

que ausente previsão constitucional nesse sentido, aplicando-se de forma direta e preferente o direito comunitário.

Cabe esclarecer, de acordo com o mesmo autor, que persistem diferenças entre o controle de convencionalidade e o de comunitariedade, uma vez que há intensa e avançada integração na União Europeia, inclusive dotada de órgãos legislativos próprios, com vistas de um crescente processo de federalização, situação distinta da realidade interamericana.

Quanto ao surgimento no continente americano propriamente dito, o plenário da Corte Interamericana fez uso da terminologia “controle de convencionalidade” pela primeira vez no caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”¹¹, de 26 de setembro de 2006, em seus parágrafos 123 a 125, que seguem:

123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana¹².

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero **cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** En esta tarea, el Poder Judicial debe 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. (grifo nosso)

125. En esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que “[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser

¹¹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH). **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 20 set. 2018.

¹² Cfr. *Caso Ximenes Lopes*, *supra* nota 14, párr. 172; y *Caso Baldeón García*, *supra* nota 14, párr. 140.

cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno”¹³. Esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

Juan Carlos Hitters¹⁴, todavía, acertadamente destaca os votos concorrentes de lavra do juiz Sergio García Ramirez, que utilizou em diversas ocasiões – caso *Myrna Mack Change vs. Guatemala* (2003), caso *Tibi vs. Ecuador* (2004), caso *López Álvarez vs. Honduras* (2006) e caso *Vargas Areco vs. Paraguai* (2006) – a expressão “controle de convencionalidade” de forma pioneira, antes mesmo do acatamento desta pela Corte IDH.

2 Fundamentos para aplicabilidade do controle de convencionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro

A respeito dos fundamentos internacionais que permitem a aplicabilidade do controle de convencionalidade ao sistema interamericano, conforme mencionado no parágrafo 123 do caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, transcrito no tópico anterior, traz-se à baila os artigos 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁵, que versam sobre os deveres dos Estados Membros, os quais assumem dupla obrigação perante a comunidade internacional:

Artigo 1. 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 os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

Artigo 2. 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.

¹³ Cfr. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana Sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, Serie A No. 14, párr. 35.

¹⁴ HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, ano 7, n. 2, p. 111, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>>. Acesso em 15 set. 2018.

¹⁵ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 02 ago. 2018.

De acordo com Néstor Pedro Sagüés¹⁶, o artigo 1º da Convenção elenca os deveres de respeitar os direitos ali previstos e de garanti-los, sem discriminações de qualquer natureza. O artigo 2º, por sua vez, obriga os Estados a adotarem disposições legislativas ou de outro caráter a fim de conferir efetividade às referidas garantias, segundo a noção de “efeito útil” das normas convencionais interamericanas, por meio da adequação da ordem interna à ordem internacional.

Conforme se infere do excerto acima transcrito, para a Corte Interamericana, em metodologia semelhante ao controle de constitucionalidade, toda a legislação nacional – inclusive a Constituição Federal – seria passível de confronto com as obrigações convencionais, e, como consequência, poderia ser reconhecida a inconveniência da norma interna dissidente.

Portanto, dos artigos 1º e 2º da Convenção, por si sós, já é possível extrair a obrigação dos Estados membros em promover alterações legislativas com o escopo de adequar o seu ordenamento interno às normativas internacionais pactuadas na Convenção Americana. Porém, a Convenção vai ainda mais além, incluindo a adoção de medidas judiciais concretas em âmbito interno a fim de coibir a violação de direitos fundamentais.

É o que se extrai do disposto no artigo 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁷, o qual estabelece que os Estados devem disponibilizar mecanismos destinados à garantia judicial efetiva contra a violação de direitos fundamentais, ainda que medidas legislativas não tenham sido adotadas no sentido de adequar o ordenamento interno às normas internacionais decorrentes de tratados.

Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

- a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

É nesse contexto que se insere o controle de convencionalidade. Estando o Brasil sujeito à competência consultiva e contenciosa da Corte Interamericana de

¹⁶ SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. **Revista Estudios Constitucionales**. Ano 8, n. 1, Chile, 2010, p. 118.

¹⁷ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 02 ago. 2018

Direitos Humanos, por meio do Decreto Legislativo n. 89/1998 e do Decreto n. 4463/2002, para todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de San José da Costa Rica, e instituindo ele a obrigação de adequação das normas internas aos dispositivos nele previstos, bem como a de garantia judicial efetiva em casos de violação a direitos fundamentais pelo Poder Judiciário do Estado membro em âmbito interno, não há dúvidas de que é perfeitamente viável legalmente o manejo do controle de convencionalidade aos casos concretos submetidos à jurisdição brasileira.

Além disso, o Plenário da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem se manifestado, desde 2006, pela existência de um dever do Poder Judiciário como um todo, em especial voltado aos juízes nacionais, na qualidade de integrantes do aparato estatal, a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção Americana não sejam prejudicados pela aplicação de leis internas contrárias a esta.

Como bem destaca Lucchetti¹⁸, o Estado responde globalmente perante a Corte por atos de quaisquer de seus órgãos, pouco importando a sua estruturação interna ou de qual dos Poderes partiu eventual descumprimento aos deveres obrigacionais pactuados internacionalmente.

As obrigações convencionais de proteção vinculam os *Estados Partes*, e não só seus governos”, incumbindo ao Judiciário “aplicar efetivamente as normas de tais tratados no plano do direito interno, e assegurar que sejam respeitadas. Isto significa que o Judiciário nacional tem o dever de prover os recursos internos eficazes contra violações tanto dos direitos consignados na Constituição como dos direitos consagrados nos tratados de direitos humanos que vinculam o país em questão, ainda mais quando a própria Constituição nacional assim expressamente o determina. O descumprimento das normas convencionais engaja de imediato a responsabilidade internacional do Estado, por ato ou omissão, seja do Poder Executivo, seja do Legislativo, seja do Judiciário.¹⁹

Soma-se, ainda, o previsto nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, que dispõem sobre o princípio *pacta sunt servanda*, segundo o qual “*todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé*”, sendo vedada a invocação de normas de direito interno para se escusar ao seu cumprimento.

Trata-se de uma forma de vedação ao comportamento contraditório por parte dos Estados, eis que este deve se comportar de modo coerente frente às obrigações

¹⁸ LUCCHETTI, Alberto.J. Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad. *In*: ALBANESE, Susana (org.). **El control de convencionalidad**. Buenos Aires: Ediar, 2008, p. 131-162.

¹⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v.1. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003, p. 551-552.

assumidas internacionalmente, tendo em vista que não haveria sentido algum celebrar acordos caso as normas deles decorrentes pudessem ser alteradas ou simplesmente não aplicadas no âmbito interno dos Estados signatários.

Em suma, cabe aos juízes e tribunais nacionais afastar a aplicabilidade de disposições internas incompatíveis com a Convenção Americana e demais tratados sobre direitos humanos, por meio da tutela judicial efetiva, tendo por fundamento a interpretação conferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, com o escopo de garantir aos indivíduos os direitos fundamentais consagrados internacionalmente, sob pena de responsabilização internacional do Estado.

3 Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos após a emenda constitucional n. 45/2004

Não há como abordar os modelos de controle de convencionalidade difuso e concentrado sem antes tratar brevemente da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo Brasil, uma vez que tal definição é fundamental para estabelecer os tratados que poderão vir a ser utilizados como parâmetro para os controles difuso e concentrado de convencionalidade.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não trouxe com a clareza necessária a forma como se daria a relação entre as normas internas e internacionais, estabelecendo originariamente em seu artigo 5º, parágrafo 2º, tão somente que os direitos e garantias expressos na referida Carta Magna não compunham rol taxativo, eis que poderiam existir outros decorrentes de tratados internacionais.

Diante dessa situação, coube ao Supremo Tribunal Federal realizar a interpretação do supramencionado dispositivo constitucional, a fim de estabelecer a efetiva posição hierárquica dos tratados internacionais de que o Brasil fosse parte.

Até 1977, o STF manifestou seu entendimento pelo *status* supralegal dos tratados internacionais, decorrente da primazia destes quando em conflito com a norma infraconstitucional²⁰.

Todavia, houve mudança nesse entendimento com o julgamento do RE 80.004-SE, ocorrido em 1977, em que o STF se manifestou pela paridade hierárquica

²⁰ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno. Um estudo sobre a jurisprudência do STF. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10491>>. Acesso em: 24 set. 2018.

entre leis ordinárias e tratados internacionais, posicionamento que perdurou mesmo após a promulgação da CRFB/88 e que foi seguido igualmente pelo Superior Tribunal de Justiça²¹. De acordo com esse entendimento, o conflito entre leis e tratados deveria ser resolvido pelo critério cronológico para resolução de antinomias.

Sobreveio nova mudança no entendimento do Supremo Tribunal Federal após o advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, que acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da CRFB/1988, o qual versa a respeito da possibilidade de equiparação de tratados internacionais sobre direitos humanos à Emendas Constitucionais, desde que aprovados mediante rito qualificado em ambas as Casas do Congresso Nacional, em dois turnos, por no mínimo 3/5 (três quintos) dos votos de seus membros.

Com relação a estes, portanto, o texto constitucional foi expresso no sentido de atribuir *status* formalmente constitucional, não persistindo dúvidas a esse respeito. O problema interpretativo perdurou, todavia, em relação aos tratados de direitos humanos que não fossem aprovados mediante o rito qualificado, previsto no artigo 5º, § 3º, da CRFB/1988.

Até que, no julgamento do RE 466.343-1/SP, a respeito da verificação de admissibilidade da prisão civil do depositário infiel, foram levantadas duas teses relativas à interpretação da posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos não aprovados mediante o rito qualificado frente à legislação pátria: i) supralegalidade dos referidos tratados, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes; e ii) constitucionalidade, segundo a noção de bloco de constitucionalidade, defendida pelo Ministro Celso de Mello, e adotada por diversos doutrinadores, tais como Antônio Augusto Cançado Trindade, Flávia Piovesan, Celso Lafer e Valério de Oliveira Mazzuoli.

De acordo com a tese da supralegalidade, os tratados internacionais de direitos humanos devem ser considerados como “*estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República*”²².

²¹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno. Um estudo sobre a jurisprudência do STF. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10491>>. Acesso em: 24 set. 2018.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em:

Por sua vez, a tese da constitucionalidade tem por fundamento interpretação diversa atribuída ao artigo 5º, parágrafo 2º, da CRFB/1988, o qual teria conferido hierarquia constitucional a todos os tratados internacionais de direitos humanos, de modo que a Emenda Constitucional n. 45/2004 em momento algum teria atribuído *status* de norma infraconstitucional, seja supralegal ou legal, aos tratados aprovados por maioria simples.

De acordo com Mazzuoli²³ e Flávia Piovesan²⁴, todos os tratados de direitos humanos revestem-se de caráter materialmente constitucional, inclusive aqueles celebrados antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, compondo o chamado bloco de constitucionalidade. Já os tratados aprovados mediante o rito qualificado previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da CRFB/1988, além de material, são também formalmente constitucionais²⁵.

É bem sabido que a Emenda Constitucional nº 45/04, que acrescentou o § 3º ao art. 5º da Constituição, trouxe a possibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos serem aprovados com um *quórum* qualificado, a fim de passarem (desde que ratificados e em vigor no plano internacional) de um status materialmente constitucional para a condição (formal) de tratados “equivalentes às emendas constitucionais”. Tal acréscimo constitucional trouxe ao direito brasileiro um novo tipo de controle à produção normativa doméstica, até hoje desconhecido entre nós: o controle de convencionalidade das leis.²⁶

Por 5 votos contra 4, prevaleceu o entendimento da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos aprovados por rito comum, considerando-se, ainda, que os tratados internacionais sobre matérias comuns deveriam receber tratamento equivalente às leis ordinárias.

4 Controle de convencionalidade concentrado e difuso: conceitos e efeitos jurídicos

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 30 ago. 2018.

²³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.

²⁴ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14.ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

²⁵ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 03, Ano 1 (2012), p.1746-1826. Disponível em:

<https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/03/2012_03_1745_1826.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2018.

²⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 9, n. 12, p. 235-276, mar. 2009. Disponível em:

<http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/181/122>. Acesso em: 01 set 2018.

A ampliação do rol de normas formalmente constitucionais mediante o reconhecimento do caráter de equivalência às emendas constitucionais dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, inclusive os celebrados antes do advento da Emenda Constitucional n. 45/2004, teve como consequência o surgimento de novo paradigma de controle da atividade legislativa brasileira: o controle de convencionalidade.

Com o novo posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, as leis em geral devem buscar seu fundamento de validade por meio de dupla compatibilidade vertical, ou seja, devem ser compatíveis: *i*) com a Constituição Federal e com os Tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados pelo rito qualificado previsto no artigo 5º, parágrafo 3º da CRFB/1988 (bloco de constitucionalidade); e *ii*) com tratados internacionais de direitos humanos internalizados mediante rito comum ou antes da EC 45/2004 (normas infraconstitucionais supralegais)²⁷.

Assim, uma determinada lei pode até ser considerada *vigente* por estar (formalmente) de acordo com o texto constitucional, mas não será *válida* se estiver (materialmente) em desacordo com os tratados internacionais de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm status supralegal). (grifos do autor)²⁸

De acordo com Mazzuoli²⁹, há dois tipos de controle de convencionalidade: *i*) difuso, e *ii*) concentrado.

Ambos têm por base a jurisprudência da Corte IDH³⁰ e o disposto nos artigos 1º, 2º e 25, do Pacto de San José da Costa Rica, todos de observância imperativa pelo Brasil, conforme Decreto Legislativo n. 89/1998 e Decreto n. 4463/2002, (viés

²⁷ GOMES, Luiz Flávio. Do estado de direito internacional e o valor dos tratados de direitos humanos. **Letras Jurídicas**, Guadalajara, n. 8, p.1-25, 2009. Disponível em: <<http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/72/72>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

²⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011, p. 116-117.

²⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 9, n. 12, p.235-276, mar. 2009. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/181/122>. Acesso em: 01 set 2018.

³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 20 set. 2018.

internacionalista), bem como o previsto no artigo 5º, parágrafos 2º e 3º da CRFB/1988 (viés nacionalista) – fundamentos explanados em tópico anterior.

Em vista disso, chegamos a uma nova função estabelecida aos Magistrados nacionais, plenamente válida e exigível na atualidade, qual seja, ao analisar um caso concreto, proceder ao *controle difuso de convencionalidade* da norma aplicável, além do habitual controle difuso de constitucionalidade, sob pena de eventual responsabilização internacional do Estado brasileiro.

Segundo Mazzuoli³¹,

Para realizar o controle de convencionalidade (ou o de suprallegalidade) das normas de direito interno, os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter *difuso*, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, em que qualquer juiz ou tribunal pode (e deve) se manifestar a respeito. Desde um juiz singular (estadual ou federal) até os tribunais estaduais (Tribunais de Justiça dos Estados) ou regionais (v.g., Tribunais Regionais Federais) ou mesmo os tribunais superiores (STJ, TST, TSE, STF etc.), todos eles podem (e devem) controlar a convencionalidade ou suprallegalidade das leis pela via incidente. (grifos do autor).³²

Saliente-se que tal controle, nas palavras de Rey Cantor³³, representa exame de confrontação normativa apenas de natureza substancial, de modo que a norma interna contrária continuaria formalmente vigente no ordenamento nacional, até que ato do Poder Legislativo a revogue; todavia, não surtirá efeitos em casos concretos submetidos à jurisdição nacional.

Mister destacar que o controle difuso de convencionalidade é arguido em preliminar e pode adotar como paradigma tanto os tratados internacionais de direitos humanos integrantes do bloco de constitucionalidade quanto os tratados considerados suprallegais, podendo ser realizado inclusive *ex officio* em qualquer instância ou tribunal.

Definidos os tratados paradigmas do controle difuso de convencionalidade, André Felipe Barbosa de Menezes³⁴ destaca 05 (cinco) possíveis atuações do Poder

³¹ Vale a menção de que Mazzuoli defende ainda o controle de suprallegalidade dos tratados internacionais comuns (que não versem sobre direitos humanos), em posicionamento divergente do proferido pelo Supremo Tribunal Federal, que os considera em paridade hierárquica com as leis ordinárias em geral.

³² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011, p. 134.

³³ REY CANTOR, Ernesto. **Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos**. México, Editorial Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008. Disponível em: <<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40625/23142>>. Acesso em 28 ago 2018.

³⁴ MENEZES, André Felipe Barbosa de. **Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos**. 2009. 361 f. Tese (Doutorado em Direito – Universidade Federal de

Judiciário ao efetivar tal controle: *i*) julgamento conforme a Convenção como controle prévio de convencionalidade – caberá ao juiz deixar de aplicar a lei considerada inconveniente ou ainda interpretá-la em conformidade com a jurisprudência da Corte Interamericana; *ii*) rescisão de decisão judicial que impôs sanção vedada pela Convenção – “efeito rescisório parcial” ou efeito rescisório reflexo – atinge somente a parte da decisão violadora de direitos convencionais, podendo ser proferida pelo próprio órgão julgador ou por outro que lhe seja hierarquicamente superior; *iii*) novo julgamento, em revisão de decisão judicial ofensiva à Convenção por vício no processo (*error in procedendo*) – “efeito rescisório processual” ou efeito revisor; *iv*) rescisão de decisão judicial ofensiva à Convenção por erro de julgamento (*error in iudicando*) – “efeito rescisório de mérito” ou efeito substitutivo reflexo, em casos em que o mérito da decisão vá de encontro às normas convencionais; e *v*) edição de lei ou medida de outra natureza para tornar efetivos os direitos protegidos no sistema interamericano (suprimento de omissão).

Além do controle difuso, passível de ser realizado por qualquer juiz ou tribunal do país, há que se mencionar a modalidade de *controle concentrado de convencionalidade*, o qual pode ser promovido pelo Supremo Tribunal Federal por meio das idênticas ações diretas concernentes ao controle concentrado de constitucionalidade³⁵, modificando-se, todavia, o parâmetro de controle deste último, que passa a ser então composto por determinadas normas internacionais sobre direitos humanos.

Nesta modalidade de controle, toma-se como paradigma exclusivamente os tratados internacionais de direitos humanos aprovados mediante quórum qualificado, previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da CRFB/1988, ou seja, aqueles integrantes do bloco de constitucionalidade.

Segundo Mazzuoli³⁶, o controle concentrado de convencionalidade teria o condão de invalidar *erga omnes* norma infraconstitucional inconveniente, conforme segue:

Ora, se a Constituição possibilita sejam os tratados de direitos humanos alçados ao patamar constitucional, com *equivalência de emenda*, por questão de lógica deve também garantir-lhes os meios que prevê a qualquer norma

Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4162>>. Acesso em 19 ago. 2018.

³⁵ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011.

³⁶ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011, p. 148.

constitucional ou emenda de se protegerem contra investidas não autorizadas do direito infraconstitucional. Nesse sentido, é plenamente defensável a utilização das ações do controle concentrado, como a ADIn (que invalidaria *erga omnes* a norma infraconstitucional por *inconvenionalidade*), a ADECON (que garantiria à norma infraconstitucional a compatibilidade vertical com um tratado de direitos humanos formalmente constitucional), e até mesmo a ADPF (que possibilitaria o cumprimento de um “preceito fundamental” encontrado em tratado de direitos humanos formalmente constitucional), não mais baseadas exclusivamente no texto constitucional, senão também nos tratados de direitos humanos aprovados pela sistemática do art. 5.º, § 3.º, da Constituição e em vigor no país.

Há que se mencionar ainda a possibilidade, suscitada pela doutrina, de exercício do controle concentrado de convencionalidade tendo por base tratados de direitos humanos aprovados pelo rito comum, com *status* de supralegalidade, por meio da utilização da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, prevista no artigo 102, parágrafo 1º, da CRFB/1988.

Conforme nos ensina Tavares³⁷, o conceito de preceito fundamental é mais amplo que o de preceito constitucional, abrangendo direitos e garantias fundamentais, inclusive aqueles oriundos de tratados internacionais de que o Brasil seja parte, independentemente do processo de internalização (rito comum ou qualificado), razão pela qual é plenamente viável, nos casos de tratados de direitos humanos considerados supralegais, o manejo do controle concentrado de convencionalidade via ADPF.

Tal modalidade, todavia, não é unanimidade na doutrina. Luiz Flávio Gomes³⁸, por sua vez, rechaça por completo a noção de controle concentrado de convencionalidade, pois, segundo ele, os tratados internacionais aprovados mediante rito qualificado, por integrarem o bloco de constitucionalidade, são considerados paradigmas do próprio controle de constitucionalidade (difuso e concentrado).

Assim, persistiria tão somente o controle de convencionalidade na modalidade difusa, utilizando-se como parâmetro os tratados internacionais supralegais, aprovados pelo rito comum e não integrantes do controle de constitucionalidade.

Portanto, em suma, sendo a norma infraconstitucional incompatível com os tratados internacionais de direitos humanos, sejam eles formalmente constitucionais ou supralegais, perderá aquela seu fundamento de validade e, por conseguinte, sua

³⁷ TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

³⁸ GOMES, Luiz Flávio. Do estado de direito internacional e o valor dos tratados de direitos humanos. **Letras Jurídicas**, Guadalajara, n. 8, p.1-25, 2009. Disponível em: <<http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/72/72>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

eficácia, deixando de ser aplicável ao caso concreto por inconveniência, em via concentrada ou difusa, a depender da corrente doutrinária eventualmente adotada.

Há que se mencionar, ainda, o controle de convencionalidade exercido pela própria Corte Interamericana de Direitos Humanos, cujos parâmetros são mais amplos que o do controle de convencionalidade nacional. Isso porque, tendo em vista a Opinião Consultiva n. 1, de 1982³⁹, a Corte Interamericana pode decidir com fulcro em toda disposição relacionada à proteção de direitos humanos aplicável aos Estados americanos.

Segundo as decisões em que o controle de convencionalidade foi exercido pela Corte Interamericana, depreende-se 03 (três) tipos de efeitos jurídicos. Um deles consiste na condenação do Estado a suprimir lei ou dispositivo constitucional em dissonância com as normativas internacionais de direitos humanos, como decidido no caso *A Última Tentação de Cristo*⁴⁰.

Outro efeito possível diz respeito à determinação para que o Estado promova a modificação da norma interna incompatível, tal qual realizado no caso *Hilaire, Constantine e Benjamin e outros vs. Trinidad e Tobago*⁴¹.

Nesses casos, a incompatibilidade da norma interna foi reconhecida pela Corte internacional, todavia permaneceu vigente no ordenamento interno, carecendo de ato posterior dos órgãos internos competentes para o efetivo cumprimento da determinação exarada pela Corte IDH.

Há ainda um terceiro efeito decisório, mais gravoso que os anteriores, quando a Corte Interamericana declara que a norma interna carece de efeitos jurídicos, tal como realizado nos casos de leis de autoanistia – *Barrios Altos*⁴², *Almonacid Arellano*⁴³ etc.

³⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Opinião Consultiva n. 1**. 24 de setembro de 1982, p. 14. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

⁴⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile**. Mérito, 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 16 set. 2018.

⁴¹ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Hilaire, Constantine e Benjamin y otros vs. Trinidad e Tobago**. Mérito, 21 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁴² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Mérito, 14 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

⁴³ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile**. Sentença sobre exceções preliminares, mérito, reparações e custas. 26 de setembro de 2006. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

Nesses casos, a lei violadora de direitos humanos é considerada praticamente inexistente desde o início de sua vigência. Ainda assim, depende de ato do Estado em questão para que a decisão possa cumprir seus efeitos.

A principal crítica deste modelo reside no acesso ao controle de convencionalidade da Corte Interamericana, uma vez que os legitimados para suscitar sua jurisdição são somente aqueles que possuem direito de petição perante a Corte, consistentes nos Estados Partes do sistema interamericano e na Comissão Interamericana, vedado o direito de petição individual, o que inviabiliza o acesso das principais vítimas de violações aos direitos humanos à jurisdição da Corte.

Vale, ainda, a menção de que a competência da Corte Interamericana é subsidiária ou complementar à competência nacional, ou seja, somente pode ser acionada quando já esgotados os meios internos para resolução de casos concretos, bem como depende diretamente de ato do Estado condenado para o cumprimento efetivo de suas decisões.

Ressalte-se que, sob o viés nacionalista, é reconhecido o controle de constitucionalidade das normas convencionais, eis que os tratados internacionais de direitos humanos, constitucionais ou supralegais, submetem-se à Constituição. Já sob viés internacionalista, admite-se o controle de convencionalidade das normas constitucionais, segundo o princípio da primazia do direito internacional sobre o direito interno, atribuindo-se à Corte Interamericana a última instância decisória a respeito da escolha pela norma mais favorável a ser aplicada.

Por essa razão, a problemática maior persiste em situações em que haja incompatibilidade entre as normas internacionais e as normas constitucionais, tal como havido na questão da prisão civil do depositário infiel, em que prevaleceu a normativa internacional; ou ainda quando a incompatibilidade provenha de interpretações divergentes entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (órgão jurisdicional internacional).

Como exemplo desta última hipótese, tem-se o julgamento da ADPF n. 153 pelo STF, o qual se manifestou pela validade da lei de anistia brasileira, contrariando a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, pacífica no sentido da nulidade de pleno direito das leis de autoanistia e da impossibilidade de concessão de anistia a crimes de lesa humanidade praticados durante regimes militares.

Como se pode inferir, a interpretação conferida pela Corte IDH foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal com fulcro no princípio da soberania estatal. A respeito

da temática, traz-se à baila trecho do recente julgamento proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça nos autos do *Habeas Corpus* n. 379.269/MS, em maio de 2017, a respeito da compatibilidade do crime de desacato, previsto no artigo 331 do Código Penal, frente ao direito à liberdade de expressão. De acordo com o julgado, as decisões proferidas pela Corte interamericana não são autoaplicáveis, tendo por base a teoria da margem de apreciação nacional.

15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos direitos humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation).⁴⁴

Segundo se verifica no corpo do acórdão, o Ministro relator para o acórdão, Antônio Saldanha Palheiro, transcreve ensinamento de Luiz Guilherme Arcaro Conci, a fim de esclarecer a referida teoria:

*Ainda que se parta do pressuposto de que os direitos humanos tenham pretensão universalista, pode-se pensar na necessidade de que os estados nacionais estejam – apesar de vinculados ao direito internacional dos direitos humanos – em situação econômica, social, política ou jurídica diferenciada, o que, em algumas situações, legitimaria uma diversidade de resultados no processo hermenêutico. Essa diferença aponta para uma reflexão que relativiza a perspectiva universalista, no sentido de entender que os estados nacionais, apesar de signatários dos mesmos tratados e vinculados pela jurisprudência da Corte IDH, no caso americano, ou pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, naquele continente, continuam a manter um espectro de discricionariedade para a concretização dos direitos humanos, ainda que existam decisões tomadas por órgãos judiciários, não judiciários ou que exerçam função quase judicial. Não se trata de entender a possibilidade do descumprimento ou da violação, mas de entender que há uma margem de discricionariedade para temperamento de algumas decisões proferidas internacionalmente, quando de seu cumprimento internamente.*⁴⁵

Vê-se, assim, o terreno arenoso sobre o qual transita o efetivo respeito aos direitos humanos provenientes de tratados internacionais, assim como as inomináveis dificuldades no cumprimento das decisões proferidas pela Corte interamericana, ainda que baseadas em todo o arcabouço constitucional, legal e jurisprudencial mencionado no presente estudo.

⁴⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus n. 379.269/MS**. Terceira Seção. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para o Acórdão: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 30 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73349924&num_registro=201603035423&data=20170630&tipo=64&formato=PDF>. Acesso em: 28 set. 2018.

⁴⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus n. 379.269/MS**. Terceira Seção. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para o Acórdão: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 30 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=73349924&num_registro=201603035423&data=20170630&tipo=64&formato=PDF>. Acesso em: 28 set. 2018.

Por fim, o exercício do controle de convencionalidade deve buscar incessantemente a superação da noção separatista entre a ordem jurídica interna e internacional (antinomias e sobreposições), a fim de se traduzir como mecanismo para o efetivo cumprimento de obrigações assumidas internacionalmente pelos Estados.

Para isso, a atuação local dos Estados é fundamental, consubstanciada não apenas na assunção de compromissos formais, mas principalmente por meio da adequação da sua ordem jurídica interna, a fim de garantir efetivamente direitos e valores protegidos pela sociedade internacional.

Logo, o controle de convencionalidade, como método de efetivação dos direitos humanos, deve se pautar pelo nomeado “diálogo das fontes”, com base na relação de complementariedade entre as normativas internas e internacionais, visando conferir ao caso concreto a solução mais protetiva possível aos direitos humanos, segundo o princípio internacional *pro homine*⁴⁶, independentemente da fonte normativa que precede o respectivo direito fundamental.

5 Considerações finais

A proteção aos direitos humanos na esfera internacional ganhou força somente após a atuação destrutiva do regime nazista, de modo que, no intervalo de poucas décadas, foram concebidos os sistemas global e regional interamericano de proteção a estes direitos, nos quais o Brasil se encontra inserido.

Todavia, as Cortes internacionais de direitos humanos, oriundas desses sistemas, por si sós, não são suficientes para a garantia do cumprimento das obrigações assumidas pelos Estados perante a comunidade internacional, sendo fundamental a atuação conjunta dos agentes estatais nacionais.

Portanto, imprescindível a concretização de métodos institucionais eficientes capazes de garantir a proteção judicial efetiva aos direitos humanos, a fim de compatibilizar a ordem jurídica nacional com as normativas e jurisprudências interamericanas de proteção a esses direitos. É nesse panorama que se insere o controle de convencionalidade, especialmente após a expressa determinação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no sentido de que juízes e tribunais

⁴⁶ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista Direito e Justiça**: Reflexões sociojurídicas, Santo Ângelo, v. 9, n. 12, p.235-276, mar. 2009. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/181/122>. Acesso em: 01 set 2018.

nacionais devem afastar a aplicabilidade de disposições internas incompatíveis com a Convenção Americana e demais tratados sobre direitos humanos, sob pena de responsabilização internacional do Estado.

Seguiu-se, no presente estudo, a reflexão a respeito dos fundamentos internacionais, constitucionais e as alterações na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal após a Emenda Constitucional n. 45/2004 – tendo em vista que a CRFB/1988 não deixou bem esclarecida a relação entre as normas de direito interno e internacionais –, que permitem a aplicabilidade imediata do controle de convencionalidade pelo Poder Judiciário brasileiro.

Foram abordados, ainda, possíveis métodos de controle de convencionalidade – concentrado e difuso – e as principais divergências doutrinárias a respeito de suas aplicações; os parâmetros materiais de controle das normas infraconstitucionais; bem como os efeitos jurídicos dele decorrentes.

Por fim, faz-se mister lembrar que, no atual cenário mundial, a tônica perpassa pela interpenetração harmônica entre as ordens jurídicas internas e internacionais, sendo crucial a superação da noção conflitiva, separatista e hierarquizada praticada até então. Em tema de direitos humanos, deve-se ultrapassar eventuais sobreposições ou antinomias entre ordens jurídicas, com o objetivo de promover um efetivo diálogo entre as fontes (interna e internacional), pautado sempre pela primazia da norma mais protetiva ao indivíduo (princípio *pro homine*).

REFERÊNCIAS

ÁUSTRIA. **Convenção de Viena sobre o direito dos tratados**, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm>. Acesso em: 25 set 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Habeas Corpus n. 379.269/MS**. Terceira Seção. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Relator para o Acórdão: Ministro Antônio Saldanha Palheiro. Brasília, DF, 30 de junho de 2017. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=73349924&num_registro=201603035423&data=20170630&tipo=64&formato=PDF>. Acesso em: 28 set. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 466.343-1/SP**. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, DF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em 30 ago. 2018.

BASTOS JUNIOR, Luiz Magno Pinto. O papel do Tribunal de Justiça Europeu no processo de integração e a questão da mutação de competências. **Revista Sequência**, n. 41, p. 161, dez. 2000.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. v.1. 2. ed. ver. e atual. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Pacto de San José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 02 ago. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Opinión Consultiva n. 1**. 24 de setembro de 1982, p. 14. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf>. Acesso em: 10 set. 2018.

_____. **Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros) vs. Chile**. Mérito, 5 de fevereiro de 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 16 set. 2018.

_____. **Caso Barrios Altos vs. Peru**. Mérito, 14 de março de 2001. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. **Caso Hilaire, Constantine e Benjamin y otros vs. Trinidad e Tobago**. Mérito, 21 de junho de 2002. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>>. Acesso em 20 set. 2018.

GARCIA, Emerson. **Proteção Internacional dos direitos humanos**: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não convencional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GOMES, Luiz Flávio. Do estado de direito internacional e o valor dos tratados de direitos humanos. **Letras Jurídicas**, Guadalajara, n. 8, p.1-25, 2009. Disponível em: <<http://letrasjuridicas.cuci.udg.mx/index.php/letrasjuridicas/article/view/72/72>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

HITTERS, Juan Carlos. Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Estudios Constitucionales**, ano 7, n. 2, p. 111, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>>. Acesso em 15 set. 2018.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. Hierarquia dos tratados internacionais em face do ordenamento jurídico interno. Um estudo sobre a jurisprudência do STF. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1557, 6 out. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10491>>. Acesso em: 24 set. 2018.

LUCCHETTI, Alberto.J. Los jueces y algunos caminos del control de convencionalidad. *In*: ALBANESE, Susana (org.). **El control de convencionalidad**. Buenos Aires: Ediar, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Revista Direito e Justiça: Reflexões sociojurídicas**, Santo Ângelo, v. 9, n. 12, p.235-276, mar. 2009. Disponível em: <http://srvapp2s.santoangelo.uri.br/seer/index.php/direito_e_justica/article/view/181/122>. Acesso em: 01 set 2018.

_____. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MENEZES, André Felipe Barbosa de. **Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos**. 2009. 361 f. Tese (Doutorado em Direito – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4162>>. Acesso em 19 ago. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos sistemas de apuração de violações de direito humanos e a implementação das decisões no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

REY CANTOR, Ernesto. **Control de Convencionalidad de las Leyes y Derechos Humanos**. México, Editorial Porrúa - Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2008. Disponível em: <<https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40625/23142>>. Acesso em 28 ago 2018.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. O controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 03, Ano 1 (2012), p.1746-1826. Disponível em: <https://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/03/2012_03_1745_1826.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2018.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad. **Revista Estudios Constitucionales**. Ano 8, n. 1, Chile, 2010.

SCHAFRANSKI, Silvia Maria Derbli. **Direitos humanos e seu processo de universalização**: análise da convenção americana. Curitiba: Juruá, 2003.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.