

UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO



**OS DIREITOS HUMANOS COMO PARÂMETRO DE APLICAÇÃO
DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS:**
Precedentes do Sistema Interamericano e o Caso Brasileiro

Louise de Araujo

*Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de
Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre) na
Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Políticas/Menção em Direito Internacional Público e
Europeu.*

Orientador: Professor Doutor Rui Manuel Gens Moura Ramos.

Coimbra, 2015

“A luta pelos direitos humanos e, em geral, pela defesa e promoção da dignidade humana não é um mero exercício intelectual, é uma prática que resulta de uma entrega moral, afectiva e emocional ancorada na incondicionalidade do inconformismo e da exigência de ação”.

Boaventura de Sousa Santos

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Parágrafo	§
Ação Direta de Inconstitucionalidade	ADI
Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental	ADPF
Artigo	Art.
Convenção Americana de Direitos Humanos	CADH
Corte Interamericana de Direitos Humanos	Corte IDH
Emenda Constitucional	EC
Ministério Público Federal	MPF
Organização dos Estados Americanos	OEA
Organização das Nações Unidas	ONU
Organização Internacional do Trabalho	OIT
Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos	PIDCP
Supremo Tribunal Federal	STF
Supremo Tribunal de Justiça	STJ
Tribunal Europeu de Direitos Humanos	TEDH
Tribunal de Justiça da União Europeia	TJUE
União Europeia	UE

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	6
1. DO RECONHECIMENTO À TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS	9
1.1. Breve introdução aos direitos humanos	9
1.2. A evolução histórica dos direitos humanos.....	13
1.3. O processo de internacionalização dos direitos humanos	22
1.4. Proteção Internacional da pessoa humana.....	27
1.4.1. Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos	27
1.4.2. Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos.....	29
1.5. A relação do Direito Internacional dos direitos humanos com o direito interno ..	33
1.5.1. Relação Vertical.....	35
1.5.1.1. Teoria Dualista	35
1.5.1.2. Teoria monista	36
1.5.2. Relação Horizontal	37
2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	39
2.1. Origem do Controle de Convencionalidade.....	39
2.2. Os direitos humanos como parâmetro do Controle de Convencionalidade	41
2.3. A evolução do conceito de controle de convencionalidade pelos Tribunais de Direitos Humanos.....	43
2.3.1. Controle de Convencionalidade no Sistema Europeu de Direitos Humanos.....	43
2.3.2. Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano	46
2.3.2.1. O controle de convencionalidade das decisões aplicadas em outros Estados.....	50
2.3.2.2. Os efeitos do Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano.. ..	52
2.3.2.3. O futuro do Controle de Convencionalidade na América Latina	53
3. O BRASIL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE	56
3.1. O Brasil e o direito internacional dos direitos humanos	56
3.2. Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos ..	59
3.2.1. A Responsabilidade Internacional do Estado brasileiro	59
3.2.2. Os efeitos das decisões da Corte IDH no Brasil	61
3.2.3. Cumprimento das decisões e o Controle de Convencionalidade	63

3.2.4.	O controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.....	66
3.2.5.	O controle de convencionalidade pelos demais órgãos do Poder Judiciário .	72
3.3.	Os Desafios do Estado brasileiro	74
3.3.1.	O papel do Poder Executivo e Legislativo para o Controle de Convencionalidade	74
3.3.2.	O desconhecimento crônico de direitos humanos e do plano internacional ..	75
CONCLUSÃO	76
BIBLIOGRAFIA	78

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas os direitos humanos tem ocupado significativamente as agendas internacionais dos Estados Sociais e Democráticos de direito. Assim, observa-se a emergência de uma nova ordem internacional preocupada com a proteção das pessoas além das fronteiras nacionais. Por esse motivo, os tribunais internacionais de direitos humanos buscam consonar suas disposições a fim de efetivar a proteção igualitária aos direitos humanos em todos os cantos do mundo. Todavia, mesmo diante de tantos instrumentos internacionais, os Estados encontram barreiras em planejar o ordenamento jurídico nacional junto as disposições internacionais reconhecidas no âmbito nacional.

Neste sentido, a presente dissertação propõe abordar o novo padrão de controle de convencionalidade que vem sendo desenvolvido pelo Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). Em linhas gerais, trata-se de um controle legislativo que buscar compatibilidade material do direito interno com a obrigação assumida pelo Estado defronte de um tratado internacional de direitos humanos. Diante disso, alvitramos utilizar a República Federativa do Brasil como estudo de caso para demonstrar as implicações que norteiam o emprego deste controle jurisdicional assentado na Convenção Americana de Direitos Humanos.

A Convenção Americana de Direitos (1969), também conhecida como pacto de San José da Costa Rica, instituiu dois órgãos (Comissão e Corte Interamericana) para velar o seu cumprimento por parte dos Estados signatários. Este sistema de proteção aos direitos humanos tem consolidado um horizonte importantíssimo no espaço da OEA.

O estudo proposto revela muita importância na atualidade do direito, sobretudo ao que se refere a luta diária para ampliar o reconhecimento e proteção de direitos fundamentais pelo Estado, que na maioria das vezes é o maior violador desses direitos. Assim, ao vislumbrar a carência de discussão da doutrina brasileira sobre o tema, nos despertou motivação para aprofundar o estudo nesta relação do direito interno com o direito internacional dos direitos humanos no campo Interamericano.

Desta forma, a partir de um estudo comparado com o direito internacional Europeu, também delineamos as principais diferenças na incorporação do direito internacional dos direitos humanos no âmbito Europeu e Latino-Americano, definindo os maiores desafios que os Estados americanos enfrentam para aderir as normativas internacionais sem necessidade de interferência de um órgão internacional.

No Brasil, os direitos humanos passaram a ter imenso reconhecimento com a instituição da Constituição Federal de 1988, conhecida como a Constituição cidadã. Porém, diferente de muitos outros países que caminham na mesma linha democrática, o Brasil não tem demonstrado uma cultura de internacionalização de direitos humanos.

Infelizmente, é muito comum ver autoridades públicas, mormente magistrados, ignorarem suscitados preceitos internacionais de direitos humanos já conhecidos e inseridos no país. Verifica-se uma geração tradicional de operadores do direito que relutam em aplicar normas internacionais em favor dos direitos humanos no país. Conjetura que se distancia muito da harmonia Europeia com o direito internacional dos direitos humanos. Inclusive Portugal, o berço jurídico brasileiro.

Portanto, aborda-se os principais questionamentos quanto ao déficit cultural de incorporação total dos tratados internacionais de direitos humanos no âmbito regional: seria descaso ou desconhecimento dos mecanismos internacionais? Receio de buscar amparo fora das disposições normativas constitucionais? Ou um dilema quanto a soberania Estatal e constitucional? A partir disto, ao longo desta dissertação procuramos debater e responder todas as questões colocadas acima.

A pesquisa foi desenvolvida por meio de livros, artigos acadêmicos, pesquisas, entrevistas, jornais, revistas e fontes eletrônicas. Assim, organizou-se a investigação em três capítulos:

No primeiro capítulo, busca-se delinear os conceitos referentes aos direitos humanos, evolução histórica dos conceitos e fundamentos filosóficos dos direitos humanos; a formação do estado constitucional e a emergência do direito internacional dos direitos humanos com a instituição da Liga das Nações, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e o surgimento da Organização das Nações Unidas (ONU) após as bizarras violações de direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial.

Diante da visita ao direito Internacional humanitário, torna-se imprescindível analisar a relação entre o direito nacional e o direito internacional dos direitos humanos. Assim, explana-se tal integração por meio da relação vertical e da relação horizontal de direitos. Na primeira, esclarece como sucede o processo vertical de aceitação do direito internacional na ordem jurídica pátria através das teorias monista, dualista e do pluralismo jurídico. Na outra, aborda-se os Estados e as organizações internacionais de direitos

humanos a partir das teorias do Estado constitucional cooperativo, interconstitucionalismo e do transconstitucionalismo.

Num segundo capítulo, preocupa-se em explicar a origem e desenvolvimento do conceito de controle de convencionalidade na Europa; a contribuição do controle exercido por tribunais internacionais de direitos humanos; e a necessária distinção entre controle jurisdicional de constitucionalidade e o controle de convencionalidade. Também neste capítulo, aproveitamos para indicar uma nomenclatura diferente do padrão utilizado para determinar o controle de convencionalidade. Logo, após clarear a noção do controle de convencionalidade, percorre-se o que vem sendo desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sede de convencionalidade. Demonstrando sua atual importância para tutela dos direitos dentro dos Estados Americanos.

No terceiro e último capítulo, procura-se apresentar a complexidade de direitos abrangidos pela Constituição brasileira e o seu delicado processo de recepção de tratados internacionais de direitos humanos. Entre os vários tratados já ratificados pelo Brasil, evidencia-se a Convenção Americana de Direitos Humanos, que no cenário jurídico brasileiro é a maior fonte paradigmática do controle de convencionalidade.

Em última análise, levanta-se a discussão sobre o caso *Guerrilha do Araguaia vs. Brasil* e a resistência do Supremo Tribunal Federal para receber a decisão internacional. No mesmo passo, aborda-se o desarranjo de compreensões dos demais órgãos do judiciário brasileiro e do legislativo nacional em relação as decisões internacionais. Finalizando o capítulo, por intermédio de uma pesquisa entre acadêmicos e operadores do Direito, busca-se demonstrar o desprovimento de interesse e conhecimento do campo internacional dos direitos humanos no Brasil, fator que enseja na oposição em dar validade aos mecanismos internacionais de proteção aos direitos humanos.

1. DO RECONHECIMENTO Á TUTELA INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

1.1. Breve introdução aos direitos humanos

Não é uma tarefa simples descrever um conceito sobre os direitos humanos, dado que a temática é muito abrangente e tem se modificado ao longo da história. Logo, seria impossível traçarmos uma definição absoluta sobre o tema nesta dissertação. Todavia, buscaremos compreender a origem, a fundamentação, a ampliação e o futuro destes direitos dentro da vida em sociedade.

Ao ler a expressão “direitos humanos” parece um termo muito vago, mas trata-se de um heterogéneo grupo de direitos, destinados a todos os seres humano, independente de raça, credo ou classe social. Por isso, o conceito de direitos humanos depende muito da ideologia adotada por aquele que está interpretando a expressão. Cumpre ressaltar que, desde os primórdios da humanidade, distintos filósofos e juristas buscaram descrever estes direitos, contribuindo para relevantes noções doutrinárias do presente.

Norberto Bobbio, por exemplo, importante cientista político e jurista contemporâneo, na obra “Era dos Direitos” narrou o desenvolvimento dos direitos humanos por meio das lutas e manifestações contra o poder e a favor de novas liberdades.¹ Ele foi muito preciso ao declarar que os direitos são variáveis, mudam de acordo com as condições e necessidades históricas do ser humano: “não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar...”.²

Verifica-se que, em cada nova etapa de avanço da humanidade, novos direitos são conquistados; eis a importância do Direito acompanhar a evolução da humanidade.³ Maximamente em carácter de proteção da pessoa contra o abuso de poder e o ilegítimo desconhecimento da vida em sociedade. Ora, o que hoje não é manifesto, amanhã pode ser, e vice-versa.

¹ Nesse sentido Norberto Bobbio categoricamente afirma: “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.” BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992, p. 5.

² *Idem, Ibidem*, p. 8.

³ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 149

Deste modo, podemos compreender ligeiramente os direitos da pessoa humana como um vasto grupo de direitos, os quais não nasceram de um dia para o outro, mas foram conquistados por meio de extenuantes lutas sociais contra o poder e a opressão da liberdade humana.⁴

Existem diferentes termos utilizados para expressar os direitos das pessoas: “direitos naturais”, “direitos dos homem”, “direitos individuais”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”, “liberdade públicas”, “direito a liberdades”, “direitos dos povos”, “direitos fundamentais” e, “direitos humanos”.⁵

As expressões mais exploradas na doutrina nacional e internacional da atualidade são: “direitos do homem”, “direitos fundamentais” e “direitos humanos”. Se uma distinção simplesmente em termos formais não apresenta grandes dificuldades, já no exame do direito constitucional positivo pode surgir confusão na qualificação, até porque a Constituição utiliza em seu texto “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, e as diferenças não estão suficientemente delineadas.⁶

José Afonso da Silva compreende que é difícil definir um conceito sintético e preciso sobre o tema. No entanto, Silva costuma empregar a linguagem “direitos fundamentais do homem” na sua obra “Curso de Direito Constitucional”. Ele justifica o vocábulo pelos princípios da criação histórica do mundo e por enaltecer a ideologia política de diferentes ordenamentos jurídicos.⁷

J. J. Gomes Canotilho alude que os direitos fundamentais e direitos humanos são utilizados como sinónimos, mas devido a origem e o significado, apresentam distinções. Os direitos do homem são para todos e em todos os tempos, tem dimensão jusnaturalista-universalista. Os direitos humanos derivam da própria natureza humana, tendo carácter

⁴ Cançado Trindade bem descreveu acerca da problemática “a ideia dos direitos humanos é, assim, tão antiga como a própria história das civilizações, tendo logo se manifestado, em distintas culturas e em momentos históricos sucessivos, na afirmação da dignidade da pessoa humana, na luta contra todas as formas de dominação e exclusão e opressão, e em prol da salvaguarda contra o despotismo e a arbitrariedade, e na asserção da participação na vida comunitária e do princípio da legitimidade”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2005, p. 17.

⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18ª.ed. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 179

⁶ As expressões direitos humanos e direitos dos homens não devem ser igualadas, por quanto a ideia de direitos do homem remete aos direitos naturais, primeiramente não positivados e depois reconhecidos por determinados estados, já os direitos humanos tem uma conotação histórica internacional e uma presunção de universalidade.

⁷ *Idem, Ibidem.*

inviolável, intemporal e universal; já os direitos fundamentais são os direitos positivados e vigentes numa ordem jurídica concreta.⁸

Sérgio Rezende de Barros, por exemplo, defende a terminologia “direitos humanos fundamentais”, porque compreende que há harmonia entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, de modo que, todo humano é fundamental, como todo fundamental é humano.⁹

Neste sentido, também importa salientar que direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, por tantas vezes são utilizados como sinónimos. Porém, enquanto os direitos tem natureza declaratória, as garantias tem natureza instrumental, a qual busca reparar um direito violado.

Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior explicam que quando houver contradição entre os dispositivos constitucionais, deve-se recorrer a interpretação, mas se envolver um direito fundamental na discussão, tem-se que dar maior efetividade ao direito fundamental.¹⁰ Todavia, o assunto é muito discutido, já que depende da interpretação subjetiva e valorativa que cada jurista confere ao assunto.

Apesar dos autores estabelecerem distinção entre os direitos, um primeiro em nível interno dentro da Constituição positivada e outro em nível internacional por meio de documentos internacionais, no fundo, as expressões não devem se excluírem, mas se relacionarem em favor da proteção humana. Conforme elucida Norberto Bobbio “o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não é mais o de fundamentá-los, e sim o de protegê-los”.¹¹

Em virtude dessas considerações, não se pode falar de direitos das pessoas, sem mencionar o princípio da dignidade da pessoa humana. Tendo em vista que alguns juristas operam esse princípio como sinônimo destes direitos, enquanto outros consideram apenas um atributo íntimo de cada pessoa.

Ingo Wolfgang Sarlete considera uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano, pautada no merecimento de respeito e consideração, tanto por parte da sociedade que o indivíduo está inserido, quanto por parte Estado, que deve garantir direitos e deveres

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 369.

⁹ BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos humanos. Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p. 29

¹⁰ ARAUJO, Luiz A. Davi.; NUNES JÚNIOR, Vidal S.; *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. Ver. e Atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 87

¹¹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. *op. cit.*, p. 25.

contra qualquer prática desumana e degradante e, assegurando condições existenciais mínimas para uma vida saudável em sociedade.¹²

Fábio Konder Comparato compreende que a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como meio para consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas.¹³

Para Luís Roberto Barroso dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego são, por certo, situações ofensiva à dignidade da pessoa humana. O princípio, no entanto, não se presta à tutela de nenhuma dessas situações.¹⁴

Convém ressaltar que os direitos humanos não eram orientados por princípios no passado, quando utilizados, os princípios não eram compreendidos de forma sensata, eram banalizados na representação. Embora ainda fazemos parte da história destes direitos, podemos evidenciar que as penosas conquistas do passado, hoje nos permite pautar em um conjunto de princípios norteadores para dar reconhecimento e validade aos direitos humanos.

Em tese, os direitos humanos são defendidos sob a ótica dos seguintes princípios: *historicidade*, posto que os direitos humanos derivam de momentos históricos importantes para seu reconhecimento; *irrenunciabilidade*, porque os direitos humanos são inerentes da condição humana, não podem ser abdicados; *inalienáveis*, não tem carácter económico, por certo sendo intransferíveis e inegociáveis; *imprescritíveis*, porquanto são e serão sempre exigíveis; e *universais*, são para todos os seres humanos e de todos os lugares do mundo.

No entanto, há divergência quanto ao entendimento destes pressupostos, principalmente quanto a universalidade, uma vez que devido a diversidade cultural mundial, não se tem a mesma percepção de direitos humanos em todos os lugares. A título

¹² SARLETE, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 62.

¹³ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3 ed. São Paulo: Saraiva. 2003, p. 21-22.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 296.

de exemplo, vários países do Oriente compreendem a universalidade direitos como uma criação da Ocidente, o que faz desconsiderarem declarações universais como fonte de direito.

A universalidade dos direitos humanos é criticada por aqueles que defendem o relativismo cultural. Como bem denota a Professora Flávia Piovesan: “a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, económico, social e moral vigente em determinada sociedade”.¹⁵

Boaventura de Sousa Santos compreende que o fator universal dos direitos humanos pode ser instrumento de choque de civilizações. Dessa forma, seria melhor reconceitualizar o princípio como base no fator multicultural. Uma vez que “o *multiculturalismo é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local*”. Neste passo, Boaventura propõe diálogos interculturais como forma de promover a emancipação multicultural dos direitos humanos.¹⁶

Vale lembrar que, os direitos reconhecidos no âmbito internacional por meio de declarações e convenções foram acrescidos em quase todos os Estados Constitucionais de Direito, o que dá relevância ao pressuposto universal dos direitos humanos, inclusive, atestando que é possível, embora discutível, suscitar tal circunstância diante das diversidades culturais dos países.¹⁷

Em última análise, podemos concluir que os direitos humanos foram conquistados ao longo de movimentos históricos para legitimar e tutelar a condição humana numa sociedade complexa e civilizada. Portanto, estes direitos devem cuidar de toda a relação humana dentro de um Estado direito.

1.2. A evolução histórica dos direitos humanos

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2013b, p. 49.

¹⁶ SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma concepção multicultural dos direitos humanos*. Contexto Internacional. Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, 2001, p. 18.

¹⁷ Cançado Trindade advogada neste sentido “(...) é possível aplicar padrões universais de direitos humanos em meio à diversidade cultural. Com efeito, ao longo dos anos, países de tradição diversas, de orientações políticas culturais e religiosas distintas, nem por isso deixaram de livremente ratificar ou aderir aos tratados de direitos humanos de aplicação universal”. TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratados internacionais...* 2005, *op. Cit.*, 17.

Busca-se nesta apreciação um recorte que leve em consideração os aspectos globais dos direitos humanos, já que se não tivéssemos qualquer influência das revoluções e mudanças que ocorreram no mundo, ainda viveríamos de forma primitiva. Por tal razão, não se pode examinar os direitos da pessoa humana sem adentrar nos seus principais aspectos históricos.

Apesar de a doutrina majoritária reconhecer o surgimento dos direitos humanos a partir do nascimento do Estado de Direito, como aquele exposto na obra o *Príncipe* de Nicolau Maquiavel, não se pode ignorar o reconhecimento mínimo de direitos das pessoas ainda numa era primitiva.¹⁸ Rogério Gesta Leal reafirma a ideia “*parece ser consenso entre os historiadores que as origens mais antigas dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização*”¹⁹

Na Idade Antiga, período reconhecido entre a invenção da escrita na Mesopotâmia (4000 a.C. a 3500 a.C.) até a queda do Império Romano do Ocidente (476 d.C.), o Estado era detentor de um poder ilimitado e autoritário. Norberto Bobbio caracterizou este período como a “era dos deveres”²⁰, pois não havia reconhecimento de direitos ao povo.

As primeiras regras de conduta da humanidade originaram da antiga Mesopotâmia. O Código de Hammurabi (1700 a.C.) foi uma das primeiras legislações a prever direito à vida, honra, dignidade, propriedade e superioridade das leis em relação aos governantes. Contudo, era uma codificação autoritária, fixava a lei de talião “olho por olho, dente por dente” cabendo castigos desumanos.²¹

Posteriormente, nasce a civilização romana e dispersa-se por toda a região, interagindo com outras civilizações e incorporando novas culturas. Conforme Fustel de Coulanges relata na obra “*A cidade antiga*”, nesta época, o povo acreditava que o comportamento humano era guiado pelas crenças nos Deuses, pelo fogo sagrado e no culto aos antepassados.²²

¹⁸ José Soder defende que os direitos possuem existência intangível, devem ser vistos “*independente das instituições políticas e sociais das organizações humanas*”. SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional. 1960, p. 15.

¹⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 1997. p. 20.

²⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, op. cit., p. 12.

²¹ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas. 2007, p. 6.

²² COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito as instituições da Grécia e de Roma (La cite antique: étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et Rome – 1864)*. Tradução de Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. Rio de Janeiro: Ediouro, p. 158 – 260.

O direito romano foi se laicizando, bem como, se desenvolvendo de acordo com a necessidade do povo. Por exemplo, a Lei das Doze Tábuas (450 a.C.) surgiu por meio das expressões populares nos tribunos romanos.²³ Foi uma das primeiras escritas romana a garantir a liberdade, a propriedade e a proteção dos direitos do cidadão. Desde então, o direito liberta-se dos rituais sagrados, deixando o mistério religioso e passando a ser uma língua só, que “todos” pudessem ler e falar.²⁴

Como se nota, o Estado romano se desenvolveu por influência da organização e da força social, porém os direitos dos indivíduos não tinham valor absoluto em relação ao Estado. O direito era tido como Lei Natural, acreditava-se que as pessoas seguiam naturalmente certas leis, mesmo que não lhes fossem ditas.²⁵ Desta forma, nota-se que as civilizações antigas não positivaram leis dos seres humanos para com o Estado, nem da própria relação de uma pessoa com a outra.

O não reconhecimento dos direitos humanos no período greco-romano não obsteu que filósofos da época desenvolvem-se importantes assentamentos sobre liberdades fundamentais com base nas teorias da lei natural. Em contrapartida, na prática o poder do Estado era supremo sobre as pessoas, impossibilitando qualquer efetivação destas teorias no âmbito político.

Na extensão greco-romana, a exata noção de dignidade e do valor da pessoa humana só veio ser abertamente proclamada e desenvolvida com o cristianismo.²⁶ Jesus Cristo ao pregar o amor, a igualdade, fraternidade e outras tantas benevolências universais ao próximo (o ser humano), tornou estes princípios o núcleo da religião. De tal maneira, os

²³ Rogério Cesta Leal sobre os avanços jurídicos em Roma: “os avanços jurídicos e políticos que surgem em Roma, os quais podem aproximar-se de garantias de direitos individuais, são conquistados a duras penas e sob pressão popular, como a luta dos plebeus em busca de uma maior igualdade com a nobreza; a designação dos tribunos da plebe; a conquista de leis que nivelam um pouco as posições sociais – Doze Tábuas e assim por diante”. In LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil... op. Cit.*, 23.

²⁴ Fustel de Coulanges no mesmo sentido “ (...) Nos novos códigos, pelo contrário, não é mais em nome dos deus que o legislador fala; os decênviros de Roma receberam o poder do povo; foi também o povo que investiu Sólon do direito de fazer leis. O legislador, portanto, não representa mais a tradição religiosa, mas a vontade popular. A lei doravante tem por princípio o interesse dos homens, e por fundamento o assentimento da maioria.”. In COULANGES. Fustel de. *A cidade antiga... op. Cit.*, p. 211.

²⁵ Soder sobre o jusnaturalismo e a positivação de direitos “se o estado não garante positivamente certos direitos ao indivíduo, estes são passados de postulados morais e jusnaturalistas. Além disso, a noção jurídica moderna e plena de direitos do ser humano exige que o indivíduo não possua apenas determinados direitos subjetivos em relação aos seus semelhantes, o que é evidente. Postula ainda tal conceito que o indivíduo possua determinadas exigências jurídicas em relação ao Estado, para não estar, simplesmente, entregue à discricção do poder público. É neste último sentido que hoje se fala em direitos do indivíduo e se reclama sua concretização em base legal. Ora, o mundo greco-romano não conhecia os direitos primordiais como exigências jurídicas positivadas na legislação estatal”. In SODER. José. *Direitos do homem, op. cit.*, p. 16.

²⁶ *Idem, Ibidem*, p. 27.

crístãos deixam de ver o Estado como uma entidade absoluta e consagram o valor absoluto a pessoa humana.²⁷

Necessário lembrar que, a Idade Média caracteriza-se pela junção entre o Estado e a Igreja. O cristianismo difunde-se pelo velho mundo, denominado pelos romanos como “religião católica” (392 d.C.) e determinada como a religião oficial do Império Romano, fortificando a instituição mais poderosa da sociedade medieval.

Ainda na transição da Antiguidade para Idade Média, passou-se ter uma leve ideia de direitos e deveres públicos, mas eram versados a favor dos soberanos e senhores feudais, deixando o resto da população desfavorecida ao invocar a defesa jurídica do Estado. Entendia-se que, existia um direito acima do Estado, portanto o indivíduo não estava apenas estrito aos poderes públicos, mas também a este poder maior, o divino. O jurista francês Benjamin Constant de Rebecque tratou deste período como “Liberdade dos Antigos”, quando a liberdade era limitada e a cidadania tida como uma obrigação moral de determinados cidadãos.²⁸

Como se observa, os direitos foram mudando de acordo com as ideologias e as necessidades das civilizações. Por muito tempo, o soberano, na acepção jurídica da palavra, era uma junção de Deus e o direito. O poder era considerado dado ao soberano por meio de Deus e do povo, todos os cidadãos eram intrinsecamente considerados vinculados a estas duas instâncias soberanas.²⁹

A tradição costumeira do direito a própria resistência ao poder estatal se estendeu por diversos países medievais. Mas até este momento não se vê positivamente dos direitos regando o poder do soberano e nem dando garantias legais de direitos aos súditos por meio de um reconhecimento formal ou declaração solene de um rei.

Foi em 1215, que o rei da Inglaterra “João Sem Terra” fez um pacto diante do alto clero e dos barões do reino a fim de restringir o poder absoluto do monarca e positivar direitos. Assim, nasce a *Magna Charta Libertatum*, reconhecida como um grande marco a favor da liberdade dos cidadãos na era medieval e o primeiro passo para o nascimento do constitucionalismo.³⁰ Trata-se finalmente de uma declaração formal que definiu direitos e

²⁷ SODER, José. *Direitos do homem*, op. cit., p. 33.

²⁸ CONSTANT, Benjamin. *De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes (1849)*. in *Ecrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997, p. 603.

²⁹ SODER, José., op. cit., p. 44

³⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva. 1993, p. 174

liberdades clássicas, os quais se desenvolveram e subsistem até hoje, tais como o direito ao *devido processo legal*, direito ao *habeas corpus*, direito ao *juízo pelos pares*³¹ etc

Nessa vereda, pensadores jusnaturalistas católicos, como Thomás de Aquino (1225-1274), consideram o ser humano como detentor de direitos naturais, dados por Deus e intrínsecos da natureza humana. “*Sustentavam que o direito positivo depende, para sua validade, da conformidade com a justiça ínsita no direito natural de procedência divina (lex iniusta non est lex).*”³²

Em 1628, influenciados pelo Lord Edward Coke, os membros do parlamento inglês fizeram a *Petition of Rights* (Petição de Direitos). O documento solicitava ao Rei da Inglaterra o reconhecimento de direitos e liberdades para os súditos, o cumprimento dos direitos descritos na Magna Carta e impedir que o monarca gastasse dinheiro sem autorização do parlamento para tanto.³³

Neste espeque, em 1679 foi erigido o *Habeas Corpus Act* para regulamentar a garantia de liberdade de locomoção (*habeas corpus*), já disposta na Magna Carta, mas que ainda tinha eficácia limitada. Por consequência, esta garantia judicial tornou-se modelo para todas as outras que vieram a ser criadas posteriormente e também para a tutela de outras liberdades fundamentais.³⁴

Em 1689 foi promulgada a *Bill of Rights* (Declaração Inglesa de Direitos) pelo Parlamento Inglês após Revolução Gloriosa, o que levou ao poder político as alianças burguesas e os grandes proprietários rurais. A declaração estabeleceu a ilegalidade na interferência das autoridades nas leis e colocou fim nos conflitos entre o Monarca e o Parlamento.

A partir disso temos a separação permanente dos poderes do Estado, ficando o Parlamento responsável pelos súditos perante o Rei, sem caber qualquer intromissão dele no funcionamento do parlamento. O que vem a ser tratado posteriormente por Montesquieu na “Teoria da separação dos poderes”. Por derradeiro, firma-se a monarquia constitucional

³¹ Garanti-se que os jurados fossem da mesma classe do acusado. Isso significa dizer, que passou a considerar um tribunal democrático, colocando a população para participar do julgamento.

³² MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006, p. 30.

³³ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo... op. cit.*, p. 152.

³⁴ GUERRA, Sidney. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 2004, p. 156 “(...) consolidando a ideia de que esta garantia judicial criada para proteger a liberdade de locomoção, seria a matriz de todas as outras garantias criadas posteriormente para garantia dos direitos fundamentais”

na Inglaterra, tendo o John Locke como principal teórico.³⁵ Vale lembrar que Locke foi um dos primeiros a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem (vida, liberdade, propriedade e resistência)³⁶

Em 1701 advém o “*Establishment Act*”, um ato jurídico que buscou categoricamente limitar o poder real, reafirmando a responsabilidade política e o princípio da legalidade, definindo as leis da Inglaterra como direitos naturais do povo inglês.³⁷

Nas primeiras afirmações de direitos, especialmente até o século XVII, era muito comum utilizar o termo ‘direito natural’ ao se referir ao direito da pessoa humana. Em suma, era tratado como um direito inato do homem.

Hugo Grócio (1583 – 1645), considerado pai do direito internacional, sustentou o direito natural como designação de Deus, já que foi Ele o criador da natureza, mas a partir de uma posição jusnaturalista racional, Grócio declarou que a razão direciona (*recta ratio*) o direito natural de cada homem. Pensando na manutenção da ordem internacional, o jurista suscitou o direito natural como *jus gentium* (direito das gentes), sendo o direito comum entre as nações, podendo ser aplicado por qualquer Estado ou associações políticas. Ele também entendeu ser justificável o direito à resistência contra tiranos.³⁸

Ainda no início do século XVIII não se sustentava a expressão “direitos humanos”, quando, às vezes empregada, era atribuída a um sentido totalmente diferente do que entendemos hoje por estes direitos. Não obstante, as palavras “direitos do homem” foram utilizadas publicamente pela primeira vez na obra *O contrato social* (1762) de Rousseau. Apesar de ele não ter dado nenhuma definição para o “*droits de l’homme*”, a palavra tornou-se de uso comum no meio intelectual francês daquela época.³⁹

A Declaração de Direitos da Virginia (1776) nos Estados Unidos é considerada a primeira declaração moderna de direitos fundamentais das pessoas, pois renova a ideia de direitos e liberdades legais dos ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.⁴⁰

³⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva. 2001, p. 91.

³⁶ *Idem, ibidem*

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 9ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2011, p. 42.

³⁸ JEFFERY, Renée. *Hugo Grotius in International Thought*. The Palgrave Macmillan History of International Thought. Palgrave Macmillan. 2006, p. 37-40.

³⁹ HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*. Traduzido por Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras. 2009, p. 22

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. 1997, cit., p. 43.

Trata-se do “Reconhecimento solene de que todos os homens são igualmente vocacionados, pela sua própria natureza, ao aperfeiçoamento constante de si mesmos.”⁴¹

Em seguida, 04 de Julho de 1776, declara-se a Independência dos Estados Unidos, sendo base para a proclamação dos direitos das pessoas em outras partes do mundo e para a edificação da política moderna. Trata-se da revolução feita pelas 13 colônias na América do Norte, pondo fim na intervenção britânica no território norte-americano. Destaca-se a impulso do direito de autodeterminação dos povos, mas com assentamento na lei da natureza e de Deus.

O francês Nicolas de Condorcet, defensor do iluminismo, com inspiração na Revolução Americana de 1776, procurou definir a expressão “direitos do homem”, que ainda não havia definição pelos teóricos. Assim, Condorcet os classificou como “direito a justiça imparcial e idónea, segurança da pessoa, a segurança da propriedade e o direito de contribuir para a formulação das leis”.⁴² Na sua composição “*De l’influence de la révolution d’Amérique sur l’Europe*”, abordou o efeito da revolução americana para os direitos na Europa.

Em pouco tempo, o jurista britânico William Blackstone, embora adotava a mesma orientação de Grócio quanto ao direito natural (emana de Deus), também desenvolveu em inglês uma definição dos “direitos do homem”, identificando como “direitos absolutos, a liberdade natural da humanidade, de um agente livre e dotado de discernimento para distinguir o bem do mal”.⁴³

Nem todos entendiam ser necessário definir os direitos das pessoas. Ora, por certo eram considerados direitos naturais. Isso já poderia, ou deveria, ser considerada uma definição suficiente para tais direitos. Thomas Jefferson, por exemplo, proclamou: “consideramos estas verdades **autoevidentes**: que todos os homens são criados iguais, dotados pelo seu Criador de certos Direitos inalienáveis, que entre estes estão a Vida, a Liberdade e a busca da Felicidade”.⁴⁴

O filósofo alemão Georg Jellinek defende que os direitos humanos surgiram nos Estados Unidos, por compreender que defesa dentro das próprias colônias pela tolerância

⁴¹ Art. 1º da Declaração. *Apud*: COMPARATO, Fábio Konder. 2001, *op. cit.*, p. 48.

⁴² “uma exposição simples e sublime desses direitos que são, ao mesmo tempo, tão sagrados e há tanto tempo esquecidos”. HUNT, Lynn. *op. cit.*, p. 23

⁴³ *Idem, Ibidem*

⁴⁴ Thomas Jefferson na Declaração da Independência dos Estados Unidos em 1776. *Apud*: HUNT, Lynn. *op. cit.*, p. 13.

em poder professar a própria fé, pelos imigrantes na América do Norte, na oposição da igreja anglicana, seria uma forma de afirmar as liberdades individuais, declaradas nas afirmações de direitos.⁴⁵

Por sua vez, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), impulsionada pelas ideias iluministas e pela declaração norte-americana, é resultado da revolução francesa que derrubou a monarquia absolutista e instaurou a burguesia na França.⁴⁶ Embora a Declaração Americana decorreu antes da Declaração Francesa⁴⁷, a primeira foi influenciada pelo movimento iluminista francês. Porém, as fontes ideológicas de ambos os movimentos revolucionários foram inspiradas nas ideias de Locke, Rousseau e Montesquieu.⁴⁸

O jusnaturalismo foi base das declarações americanas e francesa, pôs no centro do direito natural, sendo detentor de direitos invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis.⁴⁹ Após a declaração francesa, verifica-se a transição do conceito romano de lei natural para “direito natural”.

A Declaração Francesa contribuiu significativamente para a história dos direitos humanos, pois proclamou liberdade para todos, igualdade universal (não só para os franceses), participação do povo na formação da lei, devido processo legal, presunção de inocência, livre manifestação de pensamento e outros.⁵⁰ Nomeadamente, a liberdade, igualdade e fraternidade tornaram-se o marco da Declaração Francesa. O princípio da liberdade passa ter limite apenas lei, impulsionando o modelo de Estado Constitucional de Direito (liberal) e torna-se paradigma para os documentos constitucionais posteriores.⁵¹

A partir da Declaração da Independência Americana e depois com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, os pressupostos de igualdade, universalidade e naturalidade dos direitos humanos começaram a ter maior expressão na

⁴⁵ JELLINEK, Georg. *La dichiarazione dei diritti dell' uomo e del cittadino*. Trad. Damiano Nicilla. Milão: Giuffrè editore. 2002, p. 77-94.

⁴⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. 2011, *op cit.*, 43-44.

⁴⁷ “Em 1776 e 1789, as declarações abriam panoramas políticos inteiramente novos. As campanhas contra a tortura e o castigo cruel seriam fundidas, a partir de então, com toda uma legião de outras causas de direitos humanos, cuja relevância só se tornou clara depois que as declarações foram feitas.” Cf. HUNT, Lynn. *op. cit.*, p. 114.

⁴⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional...* *op. cit.*, p. 155.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. 2011, *op. cit.*, p. 44.

⁵⁰ GUERRA, Sidney. 2004, *op. cit.*, p. 156.

⁵¹ FILHO, Carlos Frederico M. S. *A Liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011, p. 51.

política.⁵² Mas, vale lembrar que, nenhum princípio é suficiente para relevar a importância dos direitos, se eles não tomam verdadeiramente compreensão e importância política. Isso significa dizer que, não são os direitos humanos em estado de natureza, mas sim direitos humanos em sociedade.⁵³

A Constituição Francesa de 1791 endossou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, reconhecendo assim, a soberania popular e iniciando a constitucionalização e positivação de direitos na Europa.⁵⁴ Ademais, evidencia-se que após a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão houve uma maior tendência a usar o vocábulo “direitos do homem” ao aludir aos direitos naturais dos homens

Torna-se claro, assim, que os movimentos americanos e francês foram estratégias políticas encontradas pela burguesia para derrubar as vantagens do clero e da nobreza, fazendo com que o governo estivesse mais próximo da classe burguesa. Neste ponto de análise, vislumbra-se que a democracia moderna não surgiu especificamente com intenções sociais, ou seja dar liberdades e proteger o povo, mas notadamente para defender os ricos contra o regime de privilégios estatais e do governo soberano inconsequente.⁵⁵

As declarações de direitos deste último período eram versadas para a garantia formal das liberdades, como base da democracia política, ou burguesa. Em razão disso, revela-se que a burguesia não estava reprimida pela economia, mas sim pela política. Por isso, pode-se de chamar tal liberdade de “liberdade-resistência”, ou seja, um meio de dar liberdades e limitar o poder absoluto.⁵⁶ O Estado liberal destaca-se como não intervencionista, preocupa-se em proteger a liberdade individual, mas não preocupa-se com as questões sociais.

⁵² “A igualdade, a universalidade e o caráter natural dos direitos ganharam uma expressão política direta pela primeira vez na Declaração da Independência americana de 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Embora se referisse aos “antigos direitos e liberdades” estabelecidos pela lei inglesa e derivados da história inglesa, a Bill of Rights não declarava a igualdade, a universalidade ou o caráter natural dos direitos. Em contraste, a Declaração da Independência insistia que todos os homens são criados iguais” e que todos possuem “direitos inalienáveis”. Da mesma forma, a declaração dos direitos do Homem e do Cidadão proclamava que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Não os homens franceses, não os homens brancos, não os católicos, mas “os homens”, o que tanto naquela época como agora não significa apenas machos, mas pessoas, isto é, membros da raça humana. Em outras palavras, em algum momento entre 1689 e 1776 direitos que tinham sido considerados muito frequentemente como sendo determinado povo – os ingleses nascidos livres, por exemplo – foram transformados em direitos humanos, direitos naturais e universais, o que os franceses chamavam “les droits de l’homme” ou “os direitos do homem”. In: HUNT, Lynn. 2009. *A invenção dos direitos... op. cit.*, p. 20.

⁵³ *Idem*, *Ibidem*, p. 19

⁵⁴ GUIMARÃES, Marco Antônio. “Fundamentação dos Direitos Humanos: relativismo ou universalismo?”. In PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, p. 57.

⁵⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica... 2001, op. cit.*, p.49

⁵⁶ SILVA, José Afonso. *Curso de direito... 1997, op. cit.*, p. 157.

Em 1848, o ano do Manifesto Comunista⁵⁷, foi marcado pela revolta popular de Paris e nascimento da nova Constituição Francesa, expandindo o rol de direitos na França e reconhecendo e garantindo direitos sociais específicos: direitos ao trabalhador, assistência aos desempregados, as crianças abandonadas, aos enfermos e aos idosos.⁵⁸

Neste momento, nota-se o início da mudança do Estado Liberal para o Estado Social.⁵⁹ Dissemina-se Constituições com caráter social: a Constituição Mexicana de 1917, Constituição de Weimar 1919, inclusive a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918 e a *Carta Del Lavoro* na Itália de 1927.

Concluindo, os movimentos socialistas do século XX lutaram contra opressão do povo pelo capitalismo de produção, qual dava mais valor aos bens do que para as pessoas em sociedade.⁶⁰ Foram movimentos importantes para reconhecer direitos sociais e econômicos para todas as pessoas da sociedade.

1.3. O processo de internacionalização dos direitos humanos

A proteção dos direitos humanos vem ganhando corpo gradativamente no âmbito universal e regional, como foi visto, sua efetividade vem sendo aprimorada ao longo das últimas décadas. Entretanto, apesar de ser uma construção normativa recente, a necessidade de proteção dos seres humanos no âmbito internacional foi idealizada por Hugo Grotius, ainda o século XVII. O autor holandês já defendia a ideia, ainda que não tenha sido aplicada durante vários séculos, em decorrência do já citado positivismo. Entretanto, pode-se dizer que, o incipiente aumento da participação do ser humano como sujeito do Direito Internacional é o ponto crucial desse movimento de proteção aos direitos humanos. Um corpo normativo sem as ferramentas necessárias à sua proteção e sem a possibilidade de petição frente às infrações torna-se letra morta.

Por esses motivos, a colocação do indivíduo em posição central no Direito Internacional dos Direitos Humanos é, muito provavelmente, o principal legado jurídico

⁵⁷ *O Manifesto Comunista* foi escrito por Karl Marx e Friedrich Engels durante as revoluções populares de 1848. Os autores criticavam a burguesia moderna e o capitalismo de produção que era o centro de opressão da classe proletária.

⁵⁸ MORAES, Alexandre. *Direitos humanos fundamentais... op. cit.*, p. 11.

⁵⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação... 2001, op. cit.*, p. 52

⁶⁰ *Idem, Ibidem.*

internacional do último século. A humanidade está – sob a ótica de Cançado Trindade – testemunhando um processo de humanização do Direito Internacional, caracterizado precipuamente pela "identificação e realização de valores e metas superiores". O mesmo autor, em sua obra, afirma que desde a obra clássica de Hugo Grotius no século XVII, tem se desenvolvido uma influente corrente de pensamento jusinternacionalista que concebe o Direito Internacional como um ordenamento jurídico dotado de valor próprio ou intrínseco (e, portanto, superior a um direito simplesmente voluntário), derivando sua autoridade de certos princípios da razão.

Até o início do séc. XX os princípios de proteção dos direitos humanos firmados por declarações e constituições tinham essência puramente nacional, por mais que fossem considerados universais, o Estado não se preocupava abertamente com os problemas para fora do seu território. Até então, nota-se um tímido direito internacional, onde as relações eram ditadas pelo interesse do Estado com respeito a sua soberania.⁶¹

O processo de internacionalização dos direitos humanos foi uma longa e árdua caminhada. Primeiro, por ter que desconstruir a ideia de soberania absoluta do Estado, desmitificando os limites materiais do território e do direito. Assim, “transita-se de uma concepção “hobbesiana” de soberania centrada no Estado para uma concepção “kantiana” de soberania centrada na cidadania universal”. Segundo, por colocar as pessoas como protagonista do direito supranacional, estendendo sua proteção para além das fronteiras.⁶²

Inicialmente, o direito internacional dos direitos humanos surgiu como direito humanitário, dedicado as questões de guerras, por meio do qual, buscava-se amparar o sofrimento dos envolvidos em guerras: soldados feridos, doentes, prisioneiros e populações atingidas pelos conflitos armados.⁶³

A primeira Convenção de Genebra de 1864 sobre “melhoria das condições de feridos e enfermos das forças em campanha armada” pode ser considerada a primeira subscrição de um documento de matriz internacional acerca do direito humanitário, concendo base para póstuma criação da Cruz Vermelha em 1880.⁶⁴ Nomeadamente, o Ato

⁶¹ “It was the late XIXth century that witnessed the spread of the voluntarist conception of international law, whereby relations governed by this latter were determined by the “sovereign” and “arbitrary will” of States.” Cf. TRINDADE, Antônio A. C. *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*. The Hague Academy of International Law. Published by Martinus Nijhoff Publishers. 2013, p. 16.

⁶² PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional... *op. cit.*, p. 183

⁶³ *Idem, Ibidem*

⁶⁴ COMPARATO. Fábio Konder. 2001, *op. cit.*, p. 52-53

Geral da Conferência de Bruxelas (1890) contra o tráfico de escravos africanos, assentou a tendência de reprimir ações degradantes contra o ser humano em âmbito interestatal.

Após infortúnio da Primeira Guerra Mundial (1914-1918)⁶⁵ ficou demonstrada a necessidade de unir forças além das fronteiras para poder difundir a paz e segurança pelo mundo. Desta forma, nasce a Liga das Nações em 1920, também conhecida como Sociedade das Nações, com o objetivo de “*promover a cooperação, paz e segurança internacional, condenando agressões externas contra integridade territorial e a independência política dos seus membros*”.⁶⁶

A criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) também teve papel importante para a humanização do direito internacional. Foi estabelecida em 1919 pelo Tratado de Versalhes, instituindo finalmente disposições internacionais de condições de trabalho e bem-estar do homem. Sendo assim, coloca-se, pela primeira vez, o trabalhador num plano internacional.⁶⁷

Do exposto, vê-se que o Direito Humanitário, Liga das Nações e a OIT contribuíram expressivamente para o início do debate sobre proteção dos direitos humanos no plano internacional. Este início do processo de internacionalização já rompe o conceito tradicional de Soberania do Estado e do Direito Internacional, o qual só considerava os Estados como sujeito de direito da comunidade internacional.⁶⁸

Mesmo com as declarações de direitos e com a instituição da Liga das Nações, não foi suficiente para evitar que a Alemanha de Hitler eclodisse uma Segunda Guerra Mundial (1939-1945).⁶⁹ Foi o período mais bárbaro da história contemporânea dos direitos, ainda que indiretamente, o mundo inteiro se envolveu na nesta luta contra a tirania do nazismo. Daí então, nota-se que o reconhecimento dos direitos em declarações, não necessariamente garantia respeito diante do poder bélico e capitalista de um Estado. Embora não seja este foco da dissertação, é importante compreender esta evolução histórica para futuras argumentações nos capítulos seguintes.

Inicia-se a preocupação de instituir normas de proteção das pessoas fora do âmbito nacional, bem como, instaurar uma jurisdição penal internacional capaz de

⁶⁵ Sobre a temática, o historiador Hobsbawm trata como a “era da catástrofe”. Cf. HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1921*. Tradução de Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 16.

⁶⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional... op. cit.*, p. 134.

⁶⁷ COMPARATO, Fábio Konder. 2001, *op. cit.*, p. 53.

⁶⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional... op. cit.*, p. 187-188.

⁶⁹ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito internacional... op. cit.*, p. 84.

intimidar as graves violações que o homem é capaz cometer ao seu semelhante⁷⁰. Diante das barbáries da Segunda Guerra, o propósito de internacionalizar os direitos humanos fica cada vez mais forte e evidente.

Em 1945, a URSS e os Estados Unidos, grandes potências, compõem uma conferência para tratar de questões relativas a paz e a segurança novamente. O dia 24 de Outubro de 1945 marca a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), substituindo a antiga Liga das Nações e tendo como objetivo a busca da paz entre as nações, a segurança internacional e o respeito dos direitos do homem.

Partindo da idealização de igualdade, justiça e paz da ONU; na Assembléia Geral da ONU de 10 de Dezembro de 1948 desenvolve e aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷¹. Trata-se de um documento internacional paradigmático que coloca o ser humano como indivíduo possuidor de direitos no horizonte da ordem internacional. Em outras palavras, finalmente reconhece o ser humano como um cidadão do mundo, não mais deixando o indivíduo restrito as decisões voluntárias de um Estado. Convém ressaltar que, a *“Declaração Universal é mais o início do processo do que o seu apogeu”*.

Cumprir destacar que o primeiro artigo da declaração é a afirmação do princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana.⁷² Logo, estabelece a base da condição humana como detentor de respeito universal.⁷³ Considera-se, enfim, a verdadeira universalização dos direitos humanos, conforme defende Norberto Bobbio.⁷⁴ Neste momento, verifica-se que o conceito de direitos naturais do homem fundado pela declaração francesa, torna-se direitos humanos universais.⁷⁵

⁷⁰ JANKOV, Fernanda Florentino Fernandez, op. Cit., p.29

⁷¹ De acordo com a ONU, atualmente existem 30 tipos de direitos humanos, os quais agrupados, tornam-se uma grande dimensão de direitos.

⁷² Artigo I - *“Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”* ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948

⁷³ Piovesan ratifica *“condição humana é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. In: PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça Internacional... op. cit., p. 45.*

⁷⁴ *“BOBBIO, Norberto. Era dos Direitos..., op. cit., p. 28-30.*

⁷⁵ *“Os direitos humanos nascem como direitos naturais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrar sua plena realização como direitos positivos universais. os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais. Quando digo “contém em germe”, quero chamar a atenção para o fato de que a Declaração Universal é apenas o início de um longo processo, cuja realização final ainda não somos capazes de ver”. Cf. BOBBIO, Noberto, op. cit., p. 30.*

Na fase pós Segunda Guerra Mundial, nota-se latente crise do positivismo jurídico, compreendido como direito proveniente da vontade do Estado. O positivismo tradicional enfrenta uma nova tendência, o desenvolvimento da ordem internacional.⁷⁶ Cançado Trindade afirma que fica clara a falácia do positivismo voluntário (*the fallacy of voluntarist positivism*), pelo simples fato do positivismo não conseguir compreender ou explicar a evolução do Direito Internacional.⁷⁷ Imperioso citar que, a problemática do positivismo é amplamente discutida, inclusive há quem compreenda que o positivismo favoreceu a eclosão do nazismo e o holocausto.

Por fim, a declaração dos direitos dos humanos foi de inigualável importância para a universalização dos direitos das pessoas, mesmo sendo difícil defender um consenso internacional de proteção dos direitos até os dias de hoje. Nas palavras de Lynn Hunt “Cristalizou 150 anos de luta pelos direitos. Durante todo o séc. XIX e o início do XX, algumas sociedades benevolentes tinham mantido acesa a chama dos direitos humanos universais, enquanto nações se voltavam para dentro de si mesmas.”⁷⁸ Além disso, muda-se a ideia do carácter soberano do Estado e começa a compreender que a soberania pode ser relativizada diante de determinados assuntos.⁷⁹

A natureza jurídica das normas da Declaração Universal de Direitos Humanos é controversa na doutrina. Atualmente há duas correntes com maior foco de discussão, sendo que a majoritária, endossada por Jorge Miranda, Cançado Trindade, Fausto Quadros, e outros, compreendem como normas de “*jus cogens*”⁸⁰, ou seja, norma imperativa de

⁷⁶ DINH, Nguyen; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. 2ª ed. Traduzido por Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 79.

⁷⁷ Cf. “*To the accumulated lessons of two world wars followed the historical process of decolonization, the rise and growth of international organisations, and the emergence of international civil society. The complexities of contemporary international law leave no room for inferring that it would derive solely from the free will of states; the fallacy of voluntarist positivism was to become clear, as it simply failed to demonstrate its own assumptions, being moreover unable to understand or explain the evolution of general International Law.* In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *International Law for Humankind...op. cit.*, p. 18.

⁷⁸ HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos...*, *op. cit.*, p.207.

⁷⁹ “*A globalização levou os Estados a abrirem mão de uma parcela de sua soberania, não por escolha, mas por um imperativo de mudança*”. Paulo Borba Casella. “Entrevista”, *Jornal do Advogado*, OAB-SP, ANO XXXIII, Abril de 2008, número 327, p.13

⁸⁰ A partir da declaração de manutenção da paz contida Carta da ONU (1945) desenvolve-se a ideia *Jus Cogens*, mas fica fundamentada nos Arts. 53 a 64 da Convenção de Viena de 1969. Trata-se de uma vontade acima dos interesses estatais. Cuida-se da justiça, da paz, da dignidade da pessoa humana... Por isso, é considerada norma imperativa do Direito Internacional. Sobre o assunto com maior atenção: MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional... op. cit.*, p. 132-135; e CANÇADO TRINDADE, *International Law... op. cit.*, p. 292.

direito internacional. Já por outro lado, há quem compreenda que normas não vinculantes, tratando-se de “mera recomendação” internacional (*soft law*).

A nossa visão é que a Declaração Universal iniciou-se como *soft law* sendo uma recomendação e um paradigma internacional de direitos humanos, todavia, no decorrer do tempo a Declaração foi se fortificando diante do costume internacional, portanto, agora pode-se considerá-la como *jus cogens*, já que constitui uma prática internacional reiterada e reconhecida no mundo todo - com exceção alguns (poucos) Estados.

A Convenção de Viena de Direito dos Tratados (1969) colabora para instituição e normatização da universalidade dos direitos humanos por meio da regulamentação dos tratados internacionais. Nomeadamente, admite-se a possibilidade de tratados abranger Estados terceiros em caso de sua natureza consuetudinária.⁸¹

1.4. Proteção Internacional da pessoa humana

1.4.1. Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos

Como o objetivo de estudo está pautado no Sistema Regional de Proteção dos Direitos Humanos, não dando menos importância, mas trataremos do Sistema Global ligeiramente, pincelando as principais características que influenciam os demais órgãos regionais de proteção de direitos humanos.

A Carta da ONU em 1945 é a base inicial de formação de um Sistema Internacional de Proteção aos Direitos Humanos. Embora não tenha definido o modo, a Carta propôs uma Declaração de Direitos. Portanto, nota-se que o Sistema Internacional é oriundo dos ideais da Carta da ONU no momento pós Segunda Guerra.

Deste modo, o Sistema Global de proteção é formado por meio da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) é um dos documentos mais importante do sistema global, uma vez que este é documento basilar de proteção de direitos no âmbito internacional. Neste documento, encontra-se um preâmbulo com sete

⁸¹ *Idem, Ibidem.* p. 115.

considerandos e 30 artigos sobre direitos humanos (normas de suporte para posteriores documentos).⁸² Estes artigos são divididos em duas partes: 1ª parte diz respeito aos direitos civis e políticos e, na 2ª parte tem – se os direitos econômicos, sociais e culturais.⁸³ Em vista disso, verifica-se que a Declaração consegue consonar os princípios liberais com sociais, relaciona os direitos civis com direitos políticos e, direitos econômicos, sociais e culturais.

Vale lembrar que a declaração é considerada uma resolução da ONU. A comissão de direitos humanos da ONU, inicialmente desenvolveu a Declaração como uma etapa introdutória da proteção para que posteriormente adotasse um pacto ou um tratado internacional sobre a matéria.

O propósito da Declaração Universal é vigiar os princípios anunciados na Carta das Nações Unidas, promovendo o respeito e o amparo internacional dos direitos e liberdades fundamentais. Neste ensejo, nota-se que a Declaração representa a expressão “direitos humanos” contida na Carta das Nações Unidas. Portanto, a Declaração contém força jurídica vinculante para todos os Estados Membros da ONU, os quais devem zelar e promover a tutela dos direitos declarados na Declaração Universal dos Direitos Humanos.⁸⁴

O princípio da universalidade dos direitos humanos, decretado pela Declaração de 1948, foi também suscitado pelas Conferências de Direitos Humanos no Teerã (1968) e Viena em 1993. Neste passo, foi assim que nasceram vários tratados, pactos e convenções de direitos humanos fundamentados na Declaração Universal de Direitos Humanos. Tais como, os Pactos da Nações Unidas de 1966, Convenções Regionais (Americana, Europeia e Africana), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial de 1965, Convenção sobre Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher de 1979 e outros tantos tratados e convenções sobre direitos humanos.

A Comissão de Direitos Humanos da ONU (1949 a 1951) buscou desenvolver um tratado ou pacto que pudesse dar legitimidade jurídica a Declaração Universal no plano do Direito Internacional, já que esta foi aprovada em forma de resolução. Assim, em 16 de Dezembro de 1966, a Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou dois pactos

⁸² Preâmbulo da Declaração: “*Dignidade da pessoa humana, como base da liberdade, da justiça e da paz; o ideal democrático com fulcro no progresso econômico, social e cultural; o direito de resistência à opressão; finalmente, a concepção comum desses direitos*”. In: SILVA, José Afonso. *Curso de Direito... op. cit.*, p. 162.

⁸³ ONU. Declaração Universal de Direitos Humanos. Paris: 10 de Dezembro de 1948

⁸⁴ PIOVENSA, Flávia. *Direitos Humanos e Direito Constitucional... op. cit.*, 216

internacionais sobre os direitos acertados da Declaração Universal. Um Pacto abrangeu os Direitos Civis e Políticos e, o outro, os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Porém, os pactos só alcançaram a quantidade de ratificações necessárias em 1976, quando passou a valer dentro da comunidade internacional. Compreende-se que o processo de jurisdicionalização do direito internacional dos direitos humanos é findo partir da adoção desses tratados em 1966.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (1966) prevê proteção de direito à vida, liberdade de reunião e direitos políticos de votar e ser votado. É um tratado de aplicabilidade imediata, uma vez aderido já deve-se colocá-lo em prática. Por isso, o pacto instituiu um Comitê de Direitos Humanos para fiscalizar o respeito e aplicação dos direitos previstos no tratado por parte dos Estados. O comitê do PIDCP recebe relatórios dos Estados sobre questões que envolvem tais direitos, além de ter competência para receber denúncias inter-estatais e petições individuais.⁸⁵

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) prevê direitos das pessoas em coletividade, direitos que visam a igualdade das pessoas, tais como saúde, educação, moradia, alimentação, lazer e trabalho. É um Pacto que estabelece deveres para o Estado. Por isso, tem aplicabilidade progressiva, ou seja, o Estado deve prover esses direitos no decorrer do tempo, porque hipoteticamente não é possível fornecer todos estes direitos de um dia para o outro para todo mundo.

Esses três instrumentos normativos compõem a chamada Carta Internacional de Direitos Humanos (*International Bill of Rights*) e compõe-se o Sistema Global de Direitos Humanos. Os documentos são chamados de “gerais”, porque são destinados indistintamente para toda e qualquer pessoa. Desta forma, compõem o chamado Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos. Importa lembrar que, além destes três pilares, existem outros instrumentos normativos internacionais que complementam o sistema global.

1.4.2. Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos

⁸⁵ Artigo 2 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos.

a) Sistema Europeu

Diante do fim da Segunda Guerra Mundial e com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, os países devastados buscaram conjuntamente reabilitar a democracia, a economia e fortalecer a segurança no espaço europeu. Neste sentido, diversos países europeus reunidos em 1949 fundam o Conselho da Europa⁸⁶, um órgão para promoção do desenvolvimento democrático, a proteção dos direitos humanos, e a estabilidade político-social na Europa.

O Conselho buscou adotar um pacto com preceitos mais específicos para a proteção dos direitos humanos no âmbito europeu.⁸⁷ Assim, concebe-se a *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos* em 1950, que entrou em vigor dia 03 de Setembro de 1953. Primeiro Tratado regional de sistema de proteção dos direitos humanos.⁸⁸ Este tratado internacional plurilateral institui um ordenamento base para proteção dos direitos humanos e as liberdades fundamentais no continente Europeu.

Os Estados que aderem ao Tratado devem prezar pelo amparo dos direitos das pessoas na esfera nacional – independente da nacionalidade – para que não sofram sanções no campo regional da Convenção.⁸⁹ Para isso, a Convenção também instituiu um controlo jurisdicional próprio, elencando três órgãos responsáveis pela proteção destes direitos, sendo a Comissão Europeia de Direitos dos Homens; o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos; e o Comitê de Ministros do Conselho da Europa.

A Comissão (1954) inicialmente ficou incumbida de receber as queixas, conceder medidas cautelares, fazer o controlo de admissibilidade das petições e propor soluções amistosas antes chegar ao Tribunal. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (1959) com sede em Strasbourg na França era o órgão jurisdicional responsável pelo processamento e julgamento das demandas. Já o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, composto pelos ministros dos Negócios Estrangeiros dos Estados Membros ou pelos seus

⁸⁶ Conselho da Europa. *Tratado de Londres*. Londres: 05 de Maio de 1949

⁸⁷ MATSCHER, Franz. *Quarante ans d'activités de la Cour Européene des Droits de l'Homme*. Recueil des Cours. Vol. 270. 1997

⁸⁸ MIRANDA, Jorge. *Curso de direito internacional público*. 4 ed. rev. e actual., Cascais: Princípia, 2009, p.308-315; e GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 462-463.

⁸⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 51-52.

representantes, ficou incumbido de receber relatórios dos casos inadmissíveis pela Comissão e velar a execução dos acórdãos do Tribunal.⁹⁰

A partir de 1980 com a adesão de novos Estados, a Comissão passou a receber demasiados números de petições, calhando no atrasado das tarefas dos órgãos da Convenção. Foram criados Protocolos adicionais e Protocolos de emendas a Convenção, abrangendo o ordenamento e melhorando o funcionamento judicial do sistema. A partir do Protocolo de emenda n. 11 de 1998 alterou-se o sistema judicial da Convenção, estabelecendo a junção entre a Comissão e a Corte Europeia dos direitos humanos. Desde então, admite-se a possibilidade de qualquer pessoa física ou ONG, além dos Estados, de peticionar diretamente na Corte. Trata-se de uma novidade em relação aos demais sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

Importante salientar que, o Conselho da Europa distingue-se do Conselho Europeu da União Europeia. Por isso, verifica-se que o sistema da Convenção não é um órgão da União Europeia, embora atualmente adotado pela UE. O Sistema Europeu de proteção dos direitos humanos abrange 47 Estados membros, já incluindo os 27 que formam a UE.

Embora o sistema da Convenção não seja propriamente subordinado a União Europeia, as normas da Convenção e a jurisprudência do TEDH tem grande influência sobre direito europeu.⁹¹ Isto ficou ainda mais comprovado após o *Tratado de Lisboa de 2007*, que modificou o artigo 6º do Tratado da União Europeia, reconhecendo e concedendo força vinculante a *Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (2010)*⁹², a qual dispõe no seu preâmbulo o reconhecimento da Convenção Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos. Além disso, o artigo 6º também apresenta a adesão da UE à Convenção Europeia de Direitos Humanos.⁹³

Outrossim, o órgão judicial encarregado de verificar as demandas com base na Carta da UE é o Tribunal de Justiça da União Europeia, igualmente aos demais da UE, é um sistema judiciário desvinculado do TEDH. Porém, conforme já supradito, a Convenção Europeia é tida como base elementar dos direitos humanos no espaço europeu.

⁹⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito Internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Fabris, 2003, vol. 3, p. 140.

⁹¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.53.

⁹² MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Os Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos*. op. cit. p. 51

⁹³ RAMOS, Rui Manuel Moura. *Estudos do Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013

Diante do exposto, verifica-se um vasto arcabouço jurídico de proteção dos direitos humanos e garantias fundamentais no âmbito europeu. Conforme lecciona Maria Luísa Duarte, pode-se entender como um “triângulo judicial europeu”, onde os tribunais nacionais, os tribunais da União Europeia e o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos trabalham e devem trabalhar em conjunto para tutelar tais direitos.⁹⁴

Por fim, o Sistema Regional Europeu, diferentemente do Interamericano, nasceu por meio de democracias, ainda fragilizadas pós guerra, mas determinadas a busca da proteção das pessoas. Provavelmente seja um dos motivos pelo qual o Sistema Europeu vem se desenvolvendo em passos largos. Enquanto o Sistema Interamericano ainda encontra as barreiras ditatoriais que ergueram a OEA e posteriormente instituíram a Convenção Americana em 1969.

b) Sistema Interamericano

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi criada pela OEA em 1969. Esta carta estabeleceu um vasto aglomerado de direitos (assim como os direitos previstos no PIDCP)⁹⁵ no âmbito da OEA. A Convenção entrou em vigor em 1978 quando recebeu rectificações suficientes.

A Corte IDH, assim como a Convenção Europeia, também estabeleceu dois órgãos competentes e responsáveis por cuidar do cumprimento da Convenção por parte dos Estados signatários.⁹⁶ Delineou-se a Comissão Interamericana (antiga Comissão) e Corte Interamericana. Ambos os órgãos são responsáveis por salvaguardar o cumprimento do Convenção e seus protocolos. A partir disto, forma-se o que conhecemos por Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A Comissão é considerada o órgão político da OEA, vez que fica sediada no prédio da OEA em Washington, DC. A CIDH foi autorizada expressamente a receber e processar denúncias e petições sobre casos individuais nos quais se alegam violações de

⁹⁴ DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais (no espaço da internormatividade)*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2006, p. 498.

⁹⁵ Entre o artigo 3º ao 25 da Convenção estão descritos os direitos civis e políticos (1ª geração). Estes artigos são considerados de aplicação imediata. O artigo 26 da CADH é considerado uma previsão genérica dos direitos econômicos, sociais e culturais, tais direitos são tratados detalhadamente no Protocolo de San Salvador.

⁹⁶ Artigo 33 ao 69 da CADH de 1969. OEA

direitos humanos, além disso, conta como uma instancia consultiva do sistema interamericano.⁹⁷

A Corte Interamericana fica em San José, Costa Rica. É o órgão jurisdicional do Sistema da OEA, sendo igualmente responsável por interpretar e aplicar a Convenção e os tratados de direitos humanos diante dos casos apresentados. A Corte exerce atividade não contenciosa por meio de opiniões consultivas e atividade jurisdicional por meio do processamento e julgamento das violações de direitos humanos apresentadas a Corte.⁹⁸ Importante dizer que, diferentemente da Corte Europeia, a Corte Interamericana não recebe directamente petições.

Os países signatários devem respeitar os termos e os direitos propostos na Convenção, sob pena de ser acusado e condenado por violações de direitos humanos. Quando condenado, se o Estado não cumprir a sentença voluntariamente, pode sofrer sanções políticas e económicas no âmbito da OEA.

1.5. A relação do Direito Internacional dos direitos humanos com o direito interno

Diante da globalização e movimentação migratória do ser humano, é impossível não se falar em integração do direito nacional com o direito internacional. Aliás, já foi superado o modelo de Estado Soberano (Westphaliano). O Tratado de Westfália teve sua importância para a soberania do Estado moderno e as Relações Internacionais.⁹⁹ Porém, também não se pode esquecer que é fruto das Monarquias Absolutistas do Século XV.

É sabido que a soberania tem sua importância para limitar o poder autoritário, o interesse de conquistas territoriais e na contenção de guerras. Por isso, é importante trabalhar com a relativização da soberania moderna na perspectiva da necessidade social e humana. Deve-se analisar as revoluções e manifestações sociais dos últimos séculos para a formação novo modelo de Estado, sobretudo, o reconhecimento da soberania popular e

⁹⁷ Artigo 34, 41, 44, 46 e 48 da CADH de 1969. OEA

⁹⁸ Artigo 52, 61, 66 e 69 da CADH de 1969. OEA.

⁹⁹ MATTEI, Roberto. *A soberania necessária: reflexões sobre a crime do Estado Moderno*. Porto: Livraria Civilização. 2002, p. 72

ampliação dos direitos da população. É nesta perspectiva que devemos considerar a relevância do direito internacional dos direitos humanos na atualidade.

O direito internacional tem-se consolidado por meio de tratados, pactos, convenções, costumes e princípios gerais do direito. É a partir da ampliação de ramos do direito internacional, principalmente, os direitos humanos tem ganhado bastante atenção no âmbito internacional. Isto ocorre, primeiro, devido a difusão de Organizações Internacionais preocupadas com as questões de segurança, paz e direito humanos; segundo pelo fato dos Estados aceitarem abrir mão de parte de sua soberania e aderirem o altruísmo dos movimentos internacionais.

Sobremais, a criação das organizações internacionais contribuíram não somente para a formação do direito internacional, mas principalmente para reger essa nova comunidade preocupada em fortalecer a segurança e manter a paz mundial.

A Organização das Nações Unidas (ONU) engloba 193 Estados membros, hoje é a principal organização internacional reconhecida por Estados. Já a Organização dos Estados Americanos (OEA), cuja Carta entrou em vigor em 1951, possui 35 Estados membros, enquanto o Conselho da Europa constitui 47 Estados membros. Qualquer decisão tomada por essas entidades terá grande repercussão nos Estados que as compõem.

Deste modo, há diversas formas de um Estado se relacionar com esse campo internacional. Porém, apenas uma das formas nos interessa neste estudo, a relação dos direitos humanos. Isso significa dizer, a forma que o direito nacional se relaciona com o direito internacional dos direitos humanos.¹⁰⁰ Esta relação é tratada diante de duas formas:

Numa relação vertical do direito internacional para o direito interno, ou seja, a relação de cima para baixo. Sendo que nesta relação, tem-se o modo como o Estado contempla o direito internacional, podendo ser monista ou dualista. É dentro desta relação que vamos tratar do controle de convencionalidade com maior profundidade, embora ele também se encaixa no segundo tipo de relação.

Outra relação é horizontal, é uma relação que vem se desenvolvendo cada vez mais, é tida como moderna e sem fronteiras, já que considera indistintamente que todos os Estados e Organizações Internacionais são sujeitos do direito internacional. Tem-se usado o Direito Constitucional em conjunto com o Direito Internacional, talvez poderíamos falar

¹⁰⁰ “os tratados sobre proteção internacional dos direitos humanos não podem ser equiparados aos tratados multilaterais clássicos, que contam hoje com o reconhecimento judicial”. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: UnB, 2000, p. 23.

que se trata de uma visão Constitucional Mundial (internacionalização do direito constitucional ou constitucionalização do direito internacional).

1.5.1. Relação Vertical

1.5.1.1. Teoria Dualista

A relação vertical é basicamente como o direito internacional adentra no direito nacional de cada Estado. Isso significa dizer que é a forma como cada Estado incorpora o direito internacional na ordenamento jurídico nacional, podendo escolher a posição que o direito internacional vai ocupar na classificação das normas. É uma forma de qualificar e hierarquizar as normas. Nesta relação, encontramos o controle de convencionalidade, vez um controle feito de forma vertical para compatibilizar a norma interna com o tratado internacional.

Na relação vertical existem duas teorias que explicam a relação do direito interno com o direito internacional. Ambas as teorias buscam explicar de forma racional qual a melhor forma de fazer a integração das duas ordens. Importa ressaltar que ambas as teorias são amplamente discutidas pela doutrina.

A teoria dualista foi a primeira tese sobre essa relação dos direitos nacionais e internacionais. Foi desenvolvida na Alemanha e Itália com as ideias de Henrich Triepel e Dionísio Anzilotti, Angelo Piero e Walter Rudolf. Esta teoria adequa-se no modelo de Estado Soberano (Vestifália), pois sustenta que o direito interno e o direito internacional são fundamentalmente iguais, mas autónomos, diferentes quanto suas fontes e relações.¹⁰¹ O direito internacional regulamenta o plano internacional entre Estados, portanto, só teria validade dentro do Estado após sua modificação para norma interna, sendo que após a transformação não haveria conflitos.¹⁰²

Em princípio, por outra ótica dualista o direito nacional estaria em preferência ao direito internacional, mas podendo dar preferência ao direito internacional ao menos

¹⁰¹ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional... op. cit.*, p. 141.

¹⁰² BECERRA RAMÍREZ. Manuel. *La recepcion del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Autónoma de México. 2006, p. 13

perante tribunais internacionais.¹⁰³ Deste modo, a compreensão dualista parece que abrange apenas os Estados como sujeitos do Direito Internacional.

1.5.1.2. Teoria monista

O monismo clássico tem base no jusnaturalismo, mas toma maior compreensão a partir dos estudos de Hans Kelsen na escola de Viena. Kelsen utiliza elementos políticos, metafísicos e ideológicos com princípios do positivismo jurídico.

Em linhas gerais, a teoria monista sugere que o direito interno e o direito internacional formam um único sistema jurídico, não aceitando a presença de duas ordens jurídicas incompatíveis. As posições monistas podem acabar tendo ideias opostas.

A teoria monista pode-se dividir em duas vertentes:

A primeira vertente compreende que o direito interno tem prevalência por conta da soberania Estatal e que o direito internacional é criação dos Estados. Logo, o direito internacional depende dos seus criadores.¹⁰⁴ Enquanto a outra vertente, defendida por Kelsen postula a superioridade do direito internacional, ou seja, o direito internacional é base do direito interno e tem competência para limitar a validade das normas nacionais. Dentro desta corrente, o direito internacional fica mais próximo do ápice da pirâmide normativa, cabendo as normas internas serem editadas em consonância com as normas internacionais, evitando assim, conflitos entre as normas internacionais e internas.¹⁰⁵ Não

¹⁰³ MACHADO, Jónatas E. M. *Direito Internacional... op. cit.*, p. 141.

¹⁰⁴ Celso de Mello explica: “O monismo com primazia do direito interno tem suas raízes no hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta, não estando, em consequência, sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade. Assim sendo, o próprio fundamento do DI é a autolimitação do Estado, na formulação definitiva desta teoria feita por Jellinek. O DI tira sua obrigatoriedade do Direito Interno. O DI é reduzido a um simples “direito estatal externo”. Não existem duas ordens jurídicas autônomas que mantenham relações entre si. O DI é um direito interno que os estados aplicam na sua vida internacional”. Cf. MELLO, Celso Albuquerque... op. cit., p. 122.

¹⁰⁵ “A mais importante diferença entre Direito Internacional e Nacional consiste no fato de que aquele é uma ordem coercitiva um tanto descentralizada, e este uma ordem coercitiva bastante centralizada. Essa diferença se materializa nas diferentes formas com que as normas das duas ordens são criadas e aplicadas. Os costumes e os tratados, as “fontes” principais de Direito Internacional, são formas descentralizadas de criação do Direito; a fonte principal de Direito Nacional, a legislação, é uma forma centralizada de criação de Direito. Ao contrário do Direito Nacional, que confere aos tribunais a competência para aplicar o Direito e a órgãos especiais o poder exclusivo de executar as sanções, não há no Direito Internacional geral nenhum órgão centralizado para a aplicação do Direito e, especialmente, não há órgãos especiais para a execução das sanções. Essas funções são deixadas aos Estados, que são sujeitos de Direito Internacional” Cf. KELSEN, Hans. 2010, p. 493.

obstante, posteriormente, Hans Kelsen admitiu a hipótese de haver algum conflito entre as ordens.¹⁰⁶

A teoria monista nos parece lógica, porém não se assenta no que a história das ordens jurídicas tem demonstrado, onde o Estado antecede o direito internacional e depois reconhece este como uma ordem jurídica, embora não deixa de ser um ideal para as relações internacionais dos Estados.

1.5.2. Relação Horizontal

A relação horizontal já diz muito por si só, tal qual, busca colocar o direito interno e internacional num plano único, horizontal. Isso se dá pela proximidade do Estado Constitucional ao direito internacional. Nesta relação horizontal colocam-se os Estados em igualdade política, jurídica, econômica, social e cultural.

Existem diversas teorias a despeito desta relação horizontal dos Estados no plano internacional, mas tem-se maior atenção as teorias que tratam da “Constitucionalização do Direito Internacional”. Pode-se encontrar nas ideias de Peter Häberle (Estado Constitucional Cooperativo), J. J. Gomes Canotilho (Interconstitucionalismo) e Marcelo Neves (Transconstitucionalismo).

Häberle compreende o surgimento da ideia de Estado Constitucional Cooperativo pela interdependência econômica, pois estimula a cooperação entre os Estados constitucionais. Desta forma, os Estados constitucionais cooperativos estão apoiados nas trocas de informações e conteúdo econômicos, sociais, culturais. Por isso, assenta-se um plano público internacional.¹⁰⁷

A teoria da interconstitucionalidade do Canotilho tem presuntivos parecidos com a teoria de Häberle, direciona os estudos nas relações conflituosas de várias constituições dentro do espaço internacional.¹⁰⁸ Canotilho identifica a necessidade do diálogo

¹⁰⁶ BECERRA RAMÍREZA, 2006, p. 15

¹⁰⁷ HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Héctor Fix-Fierro (trad). Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina Jurídica, n. 47. Universidad Nacional Autónoma de México, México: 2003, p. 68-69.

¹⁰⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes... *op. cit.*, p. 1425.

constitucional para compreender e organizar as questões políticas e sociais nesta extensão internacional.¹⁰⁹

Marcelo Neves defende o transconstitucionalismo como uma forma de relação entre as ordens jurídicas para tratar de problemas comuns de direitos.¹¹⁰ Portanto, ao surgir uma questão de violação de direitos humanos, ainda que seja na ordem nacional, busca-se a solução e aprendizado recíproco seja na ordem nacional ou internacional. Por exemplo, o problema de efetividade do transconstitucionalismo, talvez, permeia quanto a relação dos tribunais internacionais e nacionais ao tratar de um mesmo problema.

Enquanto não se soluciona o problema no âmbito nacional remette-se para o plano internacional e nisto é necessário ter o trabalho conjunto para ter a questão solucionada. Desta forma, observa que aqui, também cabe a teoria do controle de convencionalidade, onde busca-se colocar em compatibilidade as disposições normativas nacionais e internacionais.

¹⁰⁹ *Idem, Ibidem.*

¹¹⁰ NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009, p. 21.

2. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

2.1. Origem do Controle de Convencionalidade

Após examinarmos o desenvolvimento dos direitos humanos e a relação dos direitos internos com o direito internacional dos direitos humanos, ressaltando a importância da proteção dos direitos humanos no âmbito nacional e internacional, chegamos no foco de pesquisa desta dissertação, tal qual, o controle de convencionalidade das leis.

Na fase pós Segunda Guerra, muitos Estados aderiram o movimento constitucionalista, inclusive com base nos textos do jurista austríaco Hans Kelsen, que propôs a hierarquização das leis constitucionais.¹¹¹ Todavia, de nada adianta ter um ordenamento máximo de direito se não possui um controle voltado à sua salvaguarda deste ordenamento.

O controle de validade das leis no plano constitucional nasce por meio de uma decisão da Suprema Corte Americana em 1803, quando a Corte entendeu que qualquer juiz, dentro de um caso concreto, poderia declarar a inconstitucionalidade de uma lei, considerando-a nula para aquela situação fática.¹¹² Este controle de leis passou a ser chamado de controle difuso de constitucionalidade, o que hoje é amplamente estudado no campo do Direito Constitucional.

Assim como, o controle concentrado de constitucionalidade, que foi delineado por Hans Kelsen e edificado por meio da Constituição Austríaca de 1920. Kelsen propôs um controle centrado em um único órgão, denominado Tribunal Constitucional, onde faria uma análise dos casos e formaria uma decisão única de efeito *erga omnes* para todos os tribunais nacionais.¹¹³

¹¹¹ Kelsen na sua obra “Teoria pura do Direito” desenvolveu a hierarquia das normas por meio de pirâmide uma pirâmide normativa, onde uma será inferior a outra sempre que a última buscar fundamento de validade na primeira e a validade existirá quando a norma superior estabelecer o procedimento necessário e o conteúdo possível da norma inferior.

¹¹² “A nomenclatura “difuso” se utiliza em razão da pluralidade de órgãos judiciários que pode realizar o controle de constitucionalidade. A ideia no caso é que a competência para reconhecer a lei como inconstitucional está difusa, dispersa perante vários órgãos judiciais”. In: COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. *Notas sobre o controle de convencionalidade*. 2012

¹¹³ “Se a Constituição conferisse a toda e qualquer pessoa competência para decidir esta questão, dificilmente poderia surgir uma lei que vinculasse os súditos de Direito e os órgãos jurídicos. Devendo evitar-se uma tal situação, a Constituição apenas pode conferir competência para tal a um determinado

Nesta época, o modelo constitucional foi aderido por muitos países: Portugal 1976 e 1982; Espanha 1978; Coréia do Sul 1988; Colômbia 1991; Rússia 1993; África do Sul 1996; etc.¹¹⁴ Registra-se assim, o início dos diálogos entre Cortes Constitucionais e Supremas Cortes mundo a fora. Isto também favoreceu a expansão judicial transnacional no séx. XX.

Como se pode notar, o Controle de validade das leis, no conceito tradicional, é efetivado entre a norma legal e o texto constitucional, tópico estudado no âmbito do Direito Constitucional. “Trata-se da aferição da compatibilidade entre o ato normativo e os limites formais e materiais impostos pela norma fundamental do ordenamento jurídico, sem o que a lei, mesmo que vigente, reputa-se inválida por vício de inconstitucionalidade”¹¹⁵. Porém, mesmo diante do desenvolvimento da teoria do controle convencionalidade, nota-se que ainda não é suficiente diante da internacionalização dos direitos para garantir a realização das normas internacionais reconhecidas pelo Estado.

Deste modo, o Conselho Constitucional Francês em 15 de Janeiro de 1975 diante da discussão de um caso sobre interrupção voluntária de gravidez, afirmou não ter competência para examinar a lei constitucional em conformidade com as disposições de um tratado, convenção ou acordo internacional aderido pela França. A declaração de incompetência do Conselho foi no sentido de que o Tribunal Constitucional é responsável por garantir o cumprimento do “bloco de constitucionalidade”, mas não o “bloco de convencionalidade”, o qual decorre de uma convenção ou tratado internacional.¹¹⁶

A partir da declaração de incompetência dos juízes franceses para com a análise de convenções e tratados internacionais, ainda num período tímido de reconhecimento do direito internacional na ordem jurídica interna dos países, funda-se a expressão “Controle de Convencionalidade”, que advém de termo “Convenção” em referência a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 no caso fático.

órgão jurídico”. Cf. KELSEN, Hans. *Teoria pura do Direito*. Trad, João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes. 2000, p. 288-290.

114 CARNOTA, Walter. *The Inter-American Court of Human Rights and Conventionality Control*. July 24, 2012, p. 3. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2116599> (Acessado em 12/02/2015)

¹¹⁵ *Idem Ibidem*, p. 3-4.

¹¹⁶ BRUCE, Eva. *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité: réflexions autour de l'article 88-1 de la Constitution de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*. Congrès de droit constitutionnel, Montpellier: Atelier n° 5. 2005, p. 5.

O modelo francês e Europeu de revisão das leis passam a mudar sob influência do direito comunitário e internacional que se instala na Europa, o que na verdade, acontece em grande parte dos Estados constitucionais de direito.

Assim sendo, verifica-se que, o conceito de controle de convencionalidade nasce com base no controle de constitucionalidade, mas determinando um parâmetro de apreciação diferente deste. Enquanto o último tem como base central a Constituição do país, o outro tem como paradigma uma norma ou jurisprudência internacional. O controle de convencionalidade surge sem ter efetivamente aplicabilidade na ordem nacional, mas diante da internacionalização dos direitos, controle de convencionalidade torna-se realidade e fica cada vez mais evidente na ordem internacional, principalmente por meio dos Tribunais internacionais de direitos humanos.¹¹⁷

2.2. Os direitos humanos como parâmetro do Controle de Convencionalidade

Cumprido destacar que, o controle de convencionalidade pode ser utilizado para compatibilizar verticalmente as leis internas diante de qualquer tratado internacional ratificado pelo país, ainda que não seja de direitos humanos. Porém, o controle de convencionalidade vem se desenvolvendo com maior atenção no campo dos direitos humanos internacionais (foco do estudo).

O controle de convencionalidade evoluiu por meio dos Tribunais Internacionais de Direitos Humanos (Europeu e Interamericano) a favor da dignidade humana na ordem jurídica nacional. Também não se pode olvidar que o Tribunal de Justiça da União Europeia teve imensa importância para desenvolvimento do diálogo convencional entre os tribunais nacionais na Europa a partir do caso *Simmenthal*¹¹⁸.

¹¹⁷ RUSSOWSKY, Iris Saraiva. *Controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna*. Revista CAAP, n.2. v. XVII, p. 61-96.: Belo Horizonte. 2012, p.63.

¹¹⁸ O caso foi entre a empresa Simmenthal e a Comissão da União Europeia, litigava-se sobre a diferença do preço da venda de carnes processadas e congeladas estabelecido pela UE e pela empresa. O caso foi julgado pelo TJUE em 9 de Março de 1978 e definiu-se o princípio da primazia do direito comunitário em relação ao direito interno dos Estados-membros: “ (...) impedir a formação válida de novos actos legislativos nacionais, na medida em que seriam incompatíveis com normas do direito comunitário”. O caso tornou-se um leading case na Europa dentro do direito comunitário. TJUE. 106/77, Rec., 1978, 629

Quanto aos organismos internacionais, que velam pelos direitos humanos, estão e devem sempre estar em harmonia uns com os outros na ordem internacional. Isto porque os tratados internacionais, mormente os de direitos humanos, são pautados nos mesmos princípios universais. Até mesmo quando se busca amparo num Tribunal Internacional é possível orientar-se pela jurisprudência de outros da mesma espécie. Por isso, entende-se que esta harmonia deve ser automática, ou melhor dizer, um controle de convencionalidade automático.

Deste modo, o controle de convencionalidade dos direitos humanos vem se desenvolvendo de duas formas: no plano interno e internacional:

No plano interno, cabe ao parlamento, ao executivo e ao judiciário fazer o controle de convencionalidade. O parlamento enquanto elabora as leis nacionais em compatibilidade com instrumentos internacionais ratificados pelo Estado. O executivo ao executar o poder de veto da lei “inconvenção”, abster-se de empregar a lei inconvenção e solicitar edição de lei ou medida. Juntamente, deve o Poder Judiciário nacional julgar de acordo com o tratado reconhecido no plano nacional, adequar as normas internas com as internacionais, declarando invalidez daquelas leis incompatíveis com os compromissos assumidos pelo Estado no plano internacional e rescindir as decisões judiciais que vão em contrário destas disposições internacionais.

No plano internacional, em último caso, em caráter subsidiário e a favor dos direitos humanos, quando o Poder Judiciário (último recurso nacional) não empregar controle normativo com base nos tratados internacional validados no território nacional, o tribunal internacional poderá controlar a convencionalidade da lei nacional, indicando tal decisão de forma amistosa ou responsabilizando o Estado por não ter feito tal concordância, caso que veremos com mais detalhe adiante.

Cumpramos assinalar que, a proteção e o respeito aos direitos humanos é atribuição primordial do Estado nacional, ao passo que, a defesa internacional por intermédio de órgãos internacionais é uma medida subsidiária e de *ultima ratio*, quando não se pode resolver no plano nacional esgotando os recursos internos, busca-se o amparo internacional.¹¹⁹

Em razão disso, o Controle de Convencionalidade tornou-se um instrumento de apreciação dos tratados internacionais de direitos humanos a favor das pessoas, vez que

¹¹⁹ AMARAL JÚNIOR, Alberto. *Curso de Direito Internacional*. São Paulo: Saraiva. 2013, p.542.

este controle busca aplicar a norma mais favorável (*pro homini*) ao caso. Portanto, o controle normativo que tratamos neste estudo, não é aquele que cuida da norma incompatível com a Constituição por si só, o que é chamado de inconstitucionalidade. Aqui concentra-se no estudo da lei inconvencional, que mesmo válida ante o escrito constitucional pode ser inválida perante os compromissos internacionais de proteção aos direitos humanos que o Estado compactuou.¹²⁰

É a partir da tendência global de cada vez mais integrar os direitos, compatibilizando disposições normativas nacionais e internacionais, que verifica-se a imensurável relevância do instituto do Controle de Convencionalidade. Por isso, a proteção internacional dos direitos humanos tem-se realizado devido ao desenvolvimento destes institutos que permitem vislumbrar a necessidade de harmonia entre a lei nacional e a internacional, além de poder acautelar eventuais conflitos entre elas.¹²¹

De tal forma, passamos a compreender que a nomenclatura do controle de convencionalidade, talvez, poderia ser melhor compreendida como “controle de compatibilidade”, porquanto o intento genérico deste controle é compatibilizar as normas de direito interno com as normas internacionais aderidas pelo Estado. Além disso, “convencionalidade” nos parece que pode abrir margem para diversos entendimentos e calhar na resistência Estatal, onde poderia justificar tal resistência optando por aquilo que lhe é “tradicional”, ou seja, sinônimo de convencional.

2.3. A evolução do conceito de controle de convencionalidade pelos Tribunais de Direitos Humanos

2.3.1. Controle de Convencionalidade no Sistema Europeu de Direitos Humanos

¹²⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3ª ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2013, p. 80.

¹²¹ TRINDADE, Antonio A. Caçado. *A proteção Internacional dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva. 1991, p. 12.

Constitucionalismo fundamentado atualmente na Europa, tanto nos países de *common law* ou nos países de *civil law*, tem o ideal de limitar o poder político e dar proteção dos direitos humanos.¹²²

O Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (1959) instaura grande transformação no direito dos países europeus e para o direito internacional. Isto porque, a Convenção Europeia de Direitos Humanos tornou-se sustentáculo do direito nacional europeu e o limite material de ação dos Estados. Assim, a Convenção tornou-se base do controle judicial dos países signatários, diferentemente dos países Latino-Americanos, que ainda tem certa resistência para aplicar directamente os dispositivos da Convenção Americana. No âmbito Europeu, as disposições normativas da Convenção Europeia e a jurisprudência do TEDH são consideradas “documento de ordem pública”.¹²³

O Artigo 1º da CEDH deixa claro que os Estados signatários têm obrigação de respeitar os direitos e liberdades e anunciados no Título I. Bem como, cabe ao Estado adotar todas as medidas necessárias para adaptar a legislação interna com a Convenção.¹²⁴ Portanto, nota-se que o Estado abre parte da sua soberania para receber tais obrigações.

Os resquícios da Segunda Guerra mundial fizeram os países europeus mais solidários entre si, não propriamente por altruísmo, mas por necessidade. Essa “cumplicidade” dos países europeus nasceu por interesses políticos e econômicos, tanto é que fundou-se a União Europeia. Mas qual seria o motivo de abrir mão da soberania em prol de uma jurisdição internacional, principalmente para proteção dos direitos humanos? Isto assenta-se numa estratégia política de buscar estabilidade e demonstrar “preferências” políticas do governo para evitar futuros problemas.¹²⁵

Conforme supracitado, o controle de convencionalidade nasceu na Europa, sobretudo na França. Por isso, a expressão controle de convencionalidade é muito difundida pela doutrina francesa, inclusive, o controle de convencionalidade chega a ser chamado “controle de fundamentalidade” por parte da doutrina, em razão da identidade material entre os direitos fundamentais e os direitos humanos internacionais. Ainda, a

¹²² CAPELLETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice"*, 35 CATH. UNIVERSITY LAW REVIEW 1. 1986.

¹²³ MORAVCSIK, Andrew. *The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation. In: Postwar Europe. International Organization.* v. 54, n. 2 (spring, 2000), p. 218

¹²⁴ PIOVESAN, Flávia.. *Direitos humanos e Justiça Internacional...* 2006, *op. cit.*, p. 66.

¹²⁵ MORAVCSIK, Andrew, *op. cit.*, 220

partir desta teoria há quem defenda um bloco de “fundamentalidade”, onde se busca tutelar os direitos fundamentais das pessoas sem se preocupar com a origem desta proteção.¹²⁶

Em Portugal, a doutrina ainda não tem a prática de usar a expressão controle de convencionalidade para tratar da relação do direito interno com o direito internacional. Canotilho, por exemplo, trata da compatibilidade das leis nacionais com tratados internacionais como “Processo de Verificação da Contrariedade da Norma Legislativa com uma Convenção Internacional”. O jurista português utilizou a expressão “relação de contrariedade” ao tratar do que chamamos de Controle de Convencionalidade e, quando um tratado tem valor constitucional, chama-se de “inconstitucionalidade indireta”.

Canotilho explica que o Tribunal Constitucional Português não julga os atos legislativos como inconstitucionais ao referir-se ao atos “ilegais” ou “inconvencionais” relativo ao controle de convencionalidade, mas trata de tal forma: “*uma sentença de natureza declaratória através da qual se reconhece a justeza ou não justeza da decisão do tribunal a quo, que recursou a aplicação de uma norma em desarmonia com anteriores sentenças do Tribunal Constitucional*”.¹²⁷

Enquanto isso, Jorge Miranda colocou a expressão controle de convencionalidade em uma das suas mais recentes obras. Ele, também jurista português, vem utilizando a expressão controle de convencionalidade desde 2012. Miranda é consistente em abordar o tema diante a relação do direito interno com o direito internacional. Descreve o controle de convencionalidade como um paralelo ao controle de constitucionalidade e de legalidade.¹²⁸

Neste estreito, afirma-se que, a aceitação das recomendações e da jurisdição internacional dos direitos humanos na Europa não é uma aspiração, é uma realidade em grande parte do continente Europeu. Isso se dá pelo fato de que o Sistema Europeu de Direitos Humanos surge em meio ao processo de integração europeia e isto tem sido relevante para avigorar este procedimento aceitação internacional. A colaboração interestatal do direito comunitário da UE também proporciona relevância ao Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos.

¹²⁶ BRUCE, Eva. *Contrôle de constitutionnalité...op, cit.*, p. 26-27.

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p.1042-1047. *Apud*: Valério, MAZZUOLI. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis op, cit.*, p. 198-199.

¹²⁸ MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. 5. ed. ver. e. atual. Cascais: Princípia, 2012. p. 181.

2.3.2. Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano

Diferentemente do Sistema Europeu, o Sistema Interamericano nasceu dentro de um ninho de ditaduras latino-americanas durante as décadas de 60 e 70. Nos parece estranho saber que Estados autoritários criaram um Sistema de Proteção de Direitos Humanos numa época em que os mesmos violavam direitos sistematicamente. Como isso seria possível? Camuflaram-se de Estados democráticos para exercer um papel político? Portanto, parece que não estavam verdadeiramente anuindo com as disposições daquela declaração de direito. Logo, o Sistema Interamericano, inicialmente, nasceu para não funcionar.

Felizmente, a Comissão e Corte Interamericana vem ultrapassando barreiras dentro dos continentes americanos. Especialmente, por desenvolver um papel muito importante para proteção de direitos neste perímetro, embora, ainda, em lenta marcha, mas não se pode deixar de relevar sua importância. Aos poucos, as recomendações e decisões do Sistema Interamericano tem tomado importância, melhorando a consciência dos Estados para com os direitos humanos.

A responsabilidade internacional do Estado perante a Corte IDH é tomada pela violação dos dispostos da CADH e pelo não cumprimento dos compromissos. Como, por exemplo, não controlar a convencionalidade das leis nacionais em conformidade com a Convenção. A Corte vem formando um novo parâmetro do que entendemos por controle de convencionalidade, tendo base a partir dos casos *Olmedo Bustos y otros (La última tentación de Cristo) vs. Chile* (2001)¹²⁹, *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* (2003)¹³⁰ e *Tibi vs Equador* (2004)¹³¹.

O termo *Controle de Convencionalidade* ganha repercussão no Sistema Interamericano pelo caso *Almonacid Arellano vs. Chile* em 26 de Setembro de 2006, quando a Corte Interamericana verificou que o Estado chileno ao não adequar suas leis com base na Convenção Americana de Direitos Humanos, violou direitos e garantias

¹²⁹ O Estado Chileno foi responsabilizado pela violação do Art. 13 da Convenção Americana por meio de um artigo da Constituição chilena que previa censura prévia a produção cinematográfica.

¹³⁰ A Corte responsabilizou o Estado da Guatemala pela privação do direito à vida de Myrna Mack Chang. Usa-se pela primeira vez a terminologia “controle de convencionalidade”.

¹³¹ A Corte sustenta que o Tribunal Constitucional resolve sobre a constitucionalidade, enquanto o Tribunal Internacional resolve sobre a convencionalidade.

judiciais dispostos nos artigos 8.1 e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Dito isto, a Corte declarou que a Lei da Amnistia chilena deveria ser anulada pelo judiciário nacional por ter amnistiado graves crimes contra a humanidade

Nesta decisão, a Corte Interamericana, então, cobra atuação do Estado em controlar a compatibilidade das leis nacionais com a Convenção Americana de Direitos Humanos, ressaltando que os juízes e tribunais nacionais (Poder Judiciário) devem exercer o controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas e a Convenção¹³², e, deve-se considerar também a interpretação da Corte nos casos concretos.

No caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006), a Corte novamente refere-se a necessidade do Estado empregar o controle de convencionalidade, mas nesta decisão realça a necessidade de ser feito “*ex officio*” pelos juízes nacionais, sem necessidade de considerar pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência de ações judiciais.¹³³ Isso significa dizer que o controle de convencionalidade também deve ser exercido pelos juízes independente dos limites formais, sem necessidade de pedido da parte, cabendo apenas respeitar sua competência legal e as regulamentações processuais.¹³⁴

¹³² Parágrafo 124 da Sentença sobre Controle de Convencionalidade: “*A Corte está ciente de que os juízes e os tribunais estão sujeitos ao império da lei e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e finalidade, que desde o início carecem de efeito jurídico. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas jurídicas nacionais aplicáveis aos casos concretos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação dada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.*” Cf: Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Almonacid Arellano y otros.* 2006, p. 53. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

¹³³ Parágrafo 128 da Sentença sobre Controle de Convencionalidade: “*Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones (grifo nosso).*”. Cf: Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Trabajadores Cesados del Congreso Vs. Perú.* 2006, p. 47. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

¹³⁴ “*Arrellano sienta las líneas fundamentales del control de constitucionalidad que deben realizar los jueces nacionales, definiendo su papel represivo (inaplicación de las normas locales opuestas a la Convención americana sobre los derechos del hombre y a la jurisprudencia de la Corte Interamericana.*” Cf: SAGÜE, Nestór. “*El control de convencionalidad” en el Sistema Interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los*

O juiz Sérgio García Ramirez menciona a existência de um *corpus juris* convencional dos direitos humanos, o que seria chamando de um “bloco de convencionalidade”. Logo, o controle de convencionalidade não deve ser feito apenas com base na Convenção Americana, mas também em relação ao Protocolo de San Salvador, a Convenção de Belém do Pará e Convenção sobre o Desaparecimento Forçado e os demais Tratados deste gênero.

A Corte Interamericana reitera a posição em diversos outros casos. Tais quais: *Cantuta vs. Perú* (2006)¹³⁵, *Boyce y otros vs. Barbados* (2007)¹³⁶, *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes* (2008), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008), *Radilla Pacheco vs. México* (2009), *Gomes Lund y Otros vs. Brasil* (2010) e outros.

Esta variedade de casos e decisões constrói amplo alicerce para o desenvolvimento do direito transnacional consuetudinário. O que afirma ainda mais a formação de um bloco de convencionalidade na esfera do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.¹³⁷

Apesar da prática do Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano ser considerada um exercício atual, é importante saber que a Corte Interamericana já tinha essa linha de raciocínio ainda antes do caso *Almonacid Arellano*, apenas não tinha dado tanta notoriedade para expressão Convencionalidade. É a partir disto que, a Corte Interamericana cobra dos Estados-membros o controle de convencionalidade nacional, ou seja, conferir a compatibilidade das leis nacionais, para que assim, não tenha necessidade do Tribunal Supranacional fazer interferir no papel do Estado.

Embora a prática do Controle de Convencionalidade pela Corte Interamericana tenham formado uma realidade indispensável no campo Interamericano, a compreensão dos Estados varia de acordo com a importância dada para a incorporação dos princípios internacionais dos direitos humanos e da hierarquia atribuída a esses tratados no ordenamento nacional.

Prosperamente, as decisões da Corte Interamericana passaram a tomar força nos Tribunais nacionais dos países latino-americanos, embora sendo poucos exemplos, não se

derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema Europeo. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. México: UNAM. 2012, p. 383.

¹³⁵ Parágrafo 173 da Decisão de 29 de Novembro de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos>

¹³⁶ Parágrafo 178 da Decisão de 20 de Novembro de 2007. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos>

¹³⁷ SAGÜE, Nestór. “*El control de convencionalidad*” ... *op. cit.*, p. 383.

pode deixar de citar, conforme dispõe Flávia Piovesan “(...) Tribunal Constitucional da Bolívia, em maio de 2004 (sustenta a aplicação das normas e da jurisprudência interamericana de direitos humanos no âmbito interno); b) caso decidido pelo Tribunal Constitucional do Peru, em março de 2004 (realça o sistema normativo e jurisprudencial internacional em direitos humanos e seu valor na interpretação dos direitos constitucionais); e c) caso decidido pela Corte Suprema da Justiça da Argentina, em Julho de 1992 (ênfatisa a obrigatoriedade das normas internacionais de direitos humanos no sistema de fontes do ordenamento jurídico).”¹³⁸

Piovesan enaltece o posicionamento da Suprema Corte de Justiça da Argentina como um exemplo a ser seguido na América Latina: “a jurisprudência da Corte Interamericana deve servir de guia para a interpretação dos preceitos convencionais, sendo uma imprescindível diretriz de interpretação dos deveres e das obrigações decorrentes da Convenção Americana.”¹³⁹

O recepcionamento das decisões e instrumentos convencionais por parte dos Estados demonstra amadurecimento jurídico e cultural no âmbito nacional com o direito internacional. Além disso, o diálogo das fontes e das cortes também são fatores importantes para contribuir a esta cultura.

Segundo o jurista Nestor Pedro Sagües, identifica-se três fundamentos importantes para a prática do Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano. O primeiro fundamento é o princípio da boa-fé no plano internacional, segundo o qual, o Estado tem obrigação de cumprir com o que compactou (*pacta sunt servanda*). Segundo fundamento, o princípio do efeito útil dos convênios, pelo qual a eficácia não pode ser desabilitada pelas normas práticas do Estado. E terceiro, não se pode esquivar da obrigação internacional alegando o direito interno, conforme dispõe o Artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados.¹⁴⁰

Assim, os países que assumiram o compromisso perante o Pacto de San José da Costa Rica devem respeitar os princípios do direito internacional, tais quais fundamentam a aplicabilidade do controle de convencionalidade.¹⁴¹ Por isso, deve-se elaborar normas,

¹³⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições*. Revista Brasileira de Direito Constitucional. RBDC. Jan./ Jun., 2012, p. 84.

¹³⁹ *Idem*. “Lei da Anistia, Direito à Verdade e à Justiça: o Caso Brasileiro”. Revista Interesse Nacional. ANO 5, nº 17. Abril/ Jun. 2012, p. 37.

¹⁴⁰ SAGÜES, Nestor. *El control de convencionalidad... op. cit.*, p. 384.

¹⁴¹ *Idem, Ibidem*, p. 385.

adotar de medidas e formular de decisões domésticas com base nestes princípios para a tutela dos direitos humanos.

Por fim, verifica-se que a tese do controle de convencionalidade desenvolvida no âmbito do sistema interamericano, inicialmente foi disposta para cobrar dos Juízes Tribunais nacionais o controle de validade das leis frente a obrigação assumida com Convenção Americana de Direitos Humanos. Igualmente, cobra-se o papel do juiz nacional em trabalhar *ex officio* para invalidar as normas contrárias a Convenção. E em caso de não ser exercido dentro do Estado, a Corte evocará o controle para si e terá de controlar a validade das leis nacionais.

2.3.2.1. O controle de convencionalidade das decisões aplicadas em outros Estados.

A Convenção Americana de Direitos Humanos determina que os Estados partes da Convenção se comprometam a cumprir com as decisões da Corte em todo caso que sejam partes.¹⁴² Porém, não há um provimento específico que obrigue as decisões do Tribunal serem vinculativas a Estados terceiros. Porém, se um Estado terceiro encontra-se em situação legislativa similar ao caso decidido pela Corte, onde foram declaradas leis incompatíveis a Convenção, é possível que este Estado enfrente o mesmo destino do outro condenado. Isto aconteceu com relação as leis da amnistia em diversos países da América Latina.

No caso *Barrios Altos vs. Peru* (2001) a Corte Interamericana considerou que amnistia daqueles crimes ocorridos no Peru violava direitos humanos, bem como, a Convenção Americana. De fato, a decisão foi obrigatória apenas contra o Peru, não ao Chile, Argentina, Uruguai, Brasil e outros estados com leis semelhantes. Portanto, cabe esses Estados esperarem até que a Corte IDH venha declarar suas leis incompatíveis com a CADH? Os Estados chileno, uruguaio e brasileiro disseram sim, não se importaram em modificar ou anular a lei que permaneceu contrária a Convenção por sucessivos governos democráticos. Já a Argentina respondeu não, não demorou para que um Juiz argentino, de forma difusa, suscitasse adaptação da legislação argentina em face das leis da anistiadoras

¹⁴² Artigo 53. CADH

dos crimes cometidos durante a ditadura na Argentina (Lei do Ponto Final e Lei da Obediência Devida). A Suprema Corte da Argentina ao analisar a questão, considerou que as leis não eram compatíveis com as obrigações assumidas pelo país no plano internacional dos direitos humanos e com base no precedente da Corte IDH declararam as leis nulas.¹⁴³ Consequentemente, a Argentina cumpriu com seu papel dentro do plano internacional e não foi necessário nenhuma intervenção pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Da mesma forma, Colômbia, Chile e México, ao invés de alterar estas leis similares ou fazer o controle de convencionalidade, aplicaram as provisões nos casos penais antes das Cortes nacionais. Todavia, os três Estados foram posteriormente sancionados pela Corte.¹⁴⁴ No entanto, a Bolívia e Equador anulou as disposições legais inconventionais por meio de juízes.

Em maio de 2004, o Tribunal Constitucional da Bolívia com base no artigo 8 da Convenção Americana e na jurisprudência da Corte Interamericana decidiu um recurso de amparo constitucional, estabelecendo que os Tribunais militares não tem jurisdição para fazer procedimentos criminais nos casos de crimes comuns, sendo que eles devem apenas deter procedimentos exclusivos de interesses militar. Desta forma, o Tribunal Constitucional reconheceu que a jurisprudência da Corte é vinculativa para os juízes bolivianos.¹⁴⁵

No mesmo sentido, o Tribunal Constitucional do Equador decidiu contra várias disposições da Lei de Segurança Nacional, que permitia cidadãos serem julgados em Tribunais militares durante Estado de emergência. Assim, verifica-se que com base no artigo 8 da Convenção e em conformidade com as recomendações da Corte, o Tribunal equatoriano, como o Tribunal boliviano, poupou seu governo de tempo, custo e de ser condenado perante a Corte internacional.¹⁴⁶

Embora não haja previsão da CADH sobre os pareceres consultivos serem vinculativos, a Corte pode aplicar a interpretação já proferida em pareceres ou decisões

¹⁴³ RUIZ-CHIRIBOGA. Oswaldo. “*The conventionality control: Examples of (Un)Successful experiences in Latin America*”. Inter-American and European Human Rights Journal. Vol. 3. Nº 1-2. (200-2019). 2010, p. 211-212.

¹⁴⁴ Colômbia: 5 July de 2004, *The Tradesmen v. Colombia*; 15 September 2005, *Mapiripdn Massacre v. Colombia*. Chile: 22 November 2005, *Palamara-Iribarnev . Chile*; 26 September 2006, *Almonacid-Arellano et al. v. Chile*. Mexico: 23 November 2009, *Radilla-Pacheco v. Mexico*; 26 November 2010, *Cabrera-Garcia and Montiel-Flores v. Mexico*.

¹⁴⁵ RUIZ-CHIRIBOGA. Oswaldo. “*The conventionality control... op, cit.*”, p. 213.

¹⁴⁶ *Idem, Ibidem.*

anteriores. Inclusive, na opinião consultiva OC 16/99, a Corte considerou que nos termos do artigo 36 da Convenção de Viena, quando um estrangeiro está desprovido de liberdade, ele tem o direito de ser informado por autoridade competentes do Estado que está negando o direito dele informar o consulado de sua nacionalidade sobre a prisão. A Corte, então, reconheceu as garantias essenciais para prover aos estrangeiros oportunidade de se preparar adequadamente para se defender e ter um julgamento justo.¹⁴⁷

Por derradeiro, a Argentina e o Equador não fizeram controle de convencionalidade com base na opinião consultiva 16/99. Aconteceu que, alguns estrangeiros foram detidos (cidadão uruguaio na Argentina, um cidadão francês e chileno no equador) em ambos os países e os estrangeiros não foram informados sobre seus direitos de comunicar seus respectivos consulados. Em resumo, os países acabaram sancionados pela Corte Interamericana por ter violado tais direitos.¹⁴⁸

Portanto, conclui-se que, a princípio as opiniões consultivas não são vinculativas, mas podem ser aplicadas nos casos contenciosos e o Estado pode ser responsabilizado internacionalmente por não compatibilizar sua legislação com base nos critérios estabelecidos nos pareceres e opiniões consultivas.

2.3.2.2. Os efeitos do Controle de Convencionalidade no Sistema Interamericano

O controle de convencionalidade gera diversos efeitos diante das normas contrárias ao tratado internacional de direitos humanos. Desta forma, segundo Nestor Sagües, há dois efeitos principais do controle de convencionalidade:¹⁴⁹

Em primeiro, o efeito repressivo ou destrutivo, quando a lei nacional é contrária ao tratado ou a jurisprudência da Corte IDH, gerando assim invalidade da norma dentro de um caso concreto, o que chamamos de Controle de Convencionalidade Difuso. Deste modo, o controle difuso pode ser feito por qualquer juiz diante um caso concreto.

¹⁴⁷ *Idem, Ibidem*, p. 214-215.

¹⁴⁸ 11 May 2007, *Bueno-Alves v. Argentina*; 7 September 2004, *Tibi v. Ecuador*; 21 November 2007, *Chaparro-Alvarez and Lapo-liiguez v. Ecuador*.

¹⁴⁹ SAGÜES, Nestor. *El controle de convencionalidad... op. cit.*, p. 384-385

O outro, trata-se de um efeito positivo ou construtivo, que foi consagrado por meio do caso *Radilla Pacheco* e depois corroborado pela Corte nos casos *Xakmok Kased vs. Paraguay e Cabrera Garcia-y Montiel Flores vs. México*, onde determinou-se que os juízes devem aplicar e fazer operar o direito local de acordo com as disposições da Convenção Americana. Este controle pode ser feito por determinados juízes por meio de interpretação da norma interna com base na Convenção Americana.

Portanto, conclui-se que o juiz nacional poderá comportar-se como um juiz interamericano, declarando a invalidade da lei contrária a Convenção.

2.3.2.3. O futuro do Controle de Convencionalidade na América Latina

Cada ano que passa aumenta a demanda de casos perante a Comissão e Corte Interamericana. As violações de direitos humanos estão cada vez mais evidentes, ou, as demandas sempre existiram, mas só hoje estão ganhando evidencia e oportunidade de chegar até o sistema internacional. Em 2013, a Comissão ainda estava analisando petições de 2008, o que aparentemente pode demonstrar um futuro problema quanto a efetividade do papel do Sistema Interamericano, já que a chuva de demandas pode atrapalhar a celeridade processual e a rápida solução de violações apresentada a Corte. Inclusive, uma das maiores quantidades de demandas por Estado advém do Brasil.¹⁵⁰

Esta grande demanda perante o Sistema Interamericano é reflexo da cultura jurídica dos Estados americanos em não aceitarem directamente as disposições e jurisprudência da Corte em âmbito nacional. Talvez o sufoco da Corte seria menor, caso os Estados tivessem a prática do Controle de Convencionalidade.

De acordo com Nestor Sagües, pode-se dividir o nível de aceitação e implementação das disposições da Corte em cinco situações principais.¹⁵¹

Aceitação expressa: são os países que aceitam e reconhecem expressamente a as disposições e jurisprudência da Corte IDH. Argentina é um típico de exemplo de Estado que reconhece a jurisprudência da Corte desde da década de 90.¹⁵²

¹⁵⁰ Informações de uma visita presencial a Comissão IDH.

¹⁵¹ SAGÜES, Nestor

¹⁵² "la jurisprudencia de los tribunales internacionales debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos". VILLANUEVA, Marcos Agustin. El control de convencionalidade y

Admissão tácita qualificada: quando os tratados internacionais de direitos humanos podem ser considerados quase que supraconstitucionais. Caso da Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça da Costa Rica.

Admissão tácita parcial: são os países que aceitam a modificação do ordenamento doméstico sugerida pela sentença da Corte. Nesta definição tem-se Costa Rica, Peru, Chile, El Salvador e Bolívia.

Silêncio: são aqueles países que não se posicionam oficialmente sobre o exercício do controle de convencionalidade, ainda que já tenham implementado alguma decisão. Temos como exemplo, Brasil, México e Equador.

Negação tácita ou “doutrina do nacionalismo constitucional puro”: quando o país simplesmente não aceita a decisão de nenhuma forma. É o caso da Venezuela, quando o Supremo Tribunal declarou¹⁵³ que a sentença da Corte não tem validade no âmbito doméstico, o que levou o Executivo deixar a Convenção Americana em 2008.¹⁵⁴

Assim, diante dos estágios apresentados, nota-se quão importante é o papel do Poder Judiciário nacional para o aprimoramento desta consciência de aceitação das disposições internacionais sobre direitos humanos. Tal é importância da atuação dos operadores do direito para melhorar a cultura de proteção dos direitos humanos, independente da origem destas normas.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem determinado de forma contundente a doutrina do controle de convencionalidade na América Latina. Portanto, já teríamos consolidado o direito consuetudinário em relação ao controle de convencionalidade. Mas, a verdade é que não é fácil prever a aceitação desta prática pelos Tribunais Constitucionais e Supremos Tribunais nacionais. Por isso, o apoio do judiciário nacional é indispensável para tornar o papel da Corte eficiente e evitar violações de direitos.¹⁵⁵

el correcto uso del margen de apreciación: medios necesarios para la protección de los derechos humanos fundamentales. Anais do congreso de derecho publico para estudiantes y jovenes graduados “democracia y derecho”. Universidad de buenos aires, 2012, p. 6

¹⁵³ A partir do Caso *Apitz Barbera*.

¹⁵⁴ SAGÜES, Nestor. *El control de convencionalidad... op. cit.*, p. 397.

¹⁵⁵ SAGÜES, Nestor Pedro. *Obligaciones internacionales y control de convencionalidad*. Centro de Estudios Constitucionales de Chile. Año. 8, Nº 1, (pp. 117-136). 2010, p. 131.

Konrad Hesse quando discorre sobre a força normativa da Constituição, argumenta que o sucesso da doutrina do controle de convencionalidade dependerá de dois fatores:¹⁵⁶

Por um lado, a efetivação sensata e legítima da doutrina da Corte Interamericana, por exemplo, antes de declarar a inconveniência de uma norma constitucional, o Tribunal de referência deverá também esgotar todos os recursos úteis para interpretar a norma conforme a Convenção Americana, partindo de uma “presunção de convencionalidade” do direito doméstico como já foi supracitado. E em caso de dúvida, diante de tal presunção, opta-se pela validade e não pela invalidade do direito nacional.

Uma suposta existência de crise na doutrina é o conteúdo intrínseco das sentenças da Corte Interamericana. Se as interpretações que a Corte faz do Pacto são certas e contam com uma dose convincente de legitimidade, ou seja, o peso axiológico será de aceitação e consenso. Mas, caso essas interpretações provocam discórdia e questionamentos, além de eventual manipulação ideológica de direitos humanos, os parâmetros estabelecidos pela Corte Interamericana enfraquecerá o controle de convencionalidade que ela procura exigir. Por isso, faz-se necessário interpretar a Convenção dentro do possível e razoável, buscando também atender as particulares locais para que fortaleça ao invés de enfraquecer.¹⁵⁷

Em segundo, o bom sucesso da doutrina do controle de convencionalidade está condicionado a vontade dos Tribunais nacionais, em particular os Tribunais Superiores. Por isso, antes de tudo, o Judiciário deve declarar a invalidade das normas domésticas inconvenientes e os juízes, ainda de primeiro grau, não aplicar as normas contrárias a Convenção.

No caso da Argentina, a Suprema Corte de Justiça aderiu explicitamente toda a doutrina do Controle de Convencionalidade.¹⁵⁸ Isto é um fator mais que importante para consolidar o Controle de Convencionalidade como uma prática efetiva para a tutela dos direitos humanos. Além disso, evitará o afogamento da Corte diante de tantos casos, como tem acontecido no presente.

¹⁵⁶ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Trad. Por Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales. *Apud*: SAGÜES. Nestor Pedro, op. cit., p. 131-132.

¹⁵⁷ *Idem, Ibidem.*

¹⁵⁸ *Idem, Ibidem.*

3. O BRASIL E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

3.1. O Brasil e o direito internacional dos direitos humanos

Após um extenso período ditatorial, o Brasil inicia um processo de redemocratização com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988. O Estado assume o compromisso tutelar os direitos e garantias previstos na Constituição e nos tratados internacionais ratificados pelo país.

Assim, gradativamente o Brasil passou a reconhecer instrumentos internacionais de direitos humanos, reconhecendo o campo do direito internacional dos direitos humanos e assumindo obrigações perante órgãos internacionais. O Brasil ratificou quase todos os tratados internacionais de direitos humanos do Sistema Global de proteção aos direitos humanos da ONU¹⁵⁹ e do Sistema Regional Interamericano da OEA¹⁶⁰.

A Constituição Brasileira colocou a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado (art. 1º, III) e reconheceu a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) como um dos princípios norteadores das relações internacionais¹⁶¹. Além disso, afirma-se no §2º do Artigo 5º que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem os decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil faz parte.¹⁶² Isto é, a

¹⁵⁹ Convenção para Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio (1948), Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1966), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenção Internacional Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulher (1979), Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra Mulher (1999), Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), Convenção Sobre os Direitos da Criança (1989), Estatuto do Tribunal Penal Internacional (1998), Protocolo Facultativo à Convenção sobre Direitos da Criança referente à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e à Pornografia Infantil (2000), Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança Relativo ao Envolvimento de Crianças em Conflitos Armados (2000) e a Convenção de Mérida contra a Corrupção (2003).

¹⁶⁰ Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1988), Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição de Pena de Morte (1990), Convenção Interamericana para Prevenir e Punir Tortura (1985), Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994), Convenção Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (1994) e a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (1999).

¹⁶¹ Artigo 4º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

¹⁶² “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Artigo 5º, §2º. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Constituição coloca em paridade os direitos e garantias da Constituição com os direitos previstos em tratados internacionais ratificados pelo país.

É com base neste último artigo que juristas defendem o posicionamento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil têm o mesmo caráter e nível hierárquico das normas constitucionais. Desta forma, os direitos previstos em tratados (reconhecidos pelo Brasil) deveriam ter aplicabilidade imediata, além de integrar o “bloco de constitucionalidade”. É neste sentido que, parte da doutrina entende intitula tal característica como “dupla fonte normativa” (Constituição e Tratados Internacionais de Direitos Humanos) a favor da proteção de direitos das pessoas. Logo, se houver conflito entre as normas, opta-se pela norma mais benéfica à pessoa humana (*pro homine*).¹⁶³

Entretanto, não é desta forma que o judiciário brasileiro enfrenta a questão, aliás, a matéria é amplamente discutida pela doutrina, o próprio Supremo Tribunal Federal não se posicionou a fim de solucionar a divergência quanto a interpretação deste dispositivo, embora já tenha tratado de questões relativas a interpretação do tratado internacional na ordem jurídica brasileira (ex: RE 466.343-1/SP). Porém, por intermédio da Emenda Constitucional 45/2004, adicionou-se um terceiro parágrafo no artigo 5º da CF com o propósito de sanar os debates sobre a hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos.

Então, o §3º sem excluir o parágrafo anterior, dispõe: “*os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*” Segundo a disposição deste novo parágrafo, agora os tratados internacionais de direitos humanos só terão valor constitucional após serem efetivamente aprovados pelo Congresso Nacional numa votação de Emenda Constitucional.

Nesta análise, o parágrafo 3º do Art. 5º acabou não colocando fim na discussão sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos no Brasil, uma vez que o parágrafo 2º ainda expressa que os direitos e garantias fundamentais não excluem aqueles advindos de tratados internacionais, ou seja, considera-se que as ordens encontram-se no mesmo nível.

¹⁶³ MAZZUOLI, Valério. *O controle jurisdicional da convencionalidade... op. cit.*, p. 35-36.

Na verdade, parece que o legislador brasileiro acabou por retardar a compreensão dos direitos humanos no âmbito nacional.¹⁶⁴

Assim, os tratados de direitos humanos que não forem votados em forma de EC no Congresso Nacional ficam abaixo da Constituição. Se antes a discussão era sobre determinar o nível hierárquico da norma (infraconstitucional ou constitucional), agora a discussão é para compreender por quê o legislador complicou mais a discussão e ainda colocou o Brasil na contramão dos outros Estados Constitucionais de Direito.¹⁶⁵

No caso em tela, como definir se os tratados ratificados antes da EC/45 devem ter status constitucional ou infraconstitucional?¹⁶⁶ Grande parte da doutrina compreende que os tratados que entraram em vigor antes do §3º do Art. 5º devem ser considerados como norma constitucional formal com base na interpretação do §2º do Art. 5º, até porque o §3º não expressa nenhuma previsão sobre os tratados ratificados antes da entrada em vigor deste dispositivo.

Poderia colocar em votação em forma de EC os tratados internacionais de direitos humanos trazidos antes do §3º? A EC 45/2004 também não tratou deste assunto, mas deu margem para discussão. Para Valério Mazzuoli seria possível colocar novamente em votação para dar reconhecimento formal, pois materialmente falando, as disposições de direitos humanos já tem *status* constitucional.¹⁶⁷

Outra questão, a quem caberia definir sobre a natureza do tratado internacional de direitos humanos? Fica a cargo do chefe do Poder Executivo ao remeter para o Legislativo

¹⁶⁴ Valério Mazzuoli, jurista internacionalista, desabafa: “*como se percebe, o legislador brasileiro que concebeu o §3.º do art. 5.º em comento, além de demonstrar total desconhecimento dos princípios do contemporâneo direito internacional público, notadamente das regras basilares da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, em especial as de jus cogens, traz consigo o velho e arraigado ranço da já ultrapassada noção de soberania absolutista, que todos fazemos questão de esquecer.*” MAZZUOLI, Valério. *O controle de convencionalidade... op, cit., p. 44.*

¹⁶⁵ Com exceção de alguns, grande maioria dos Estados Constitucionais reconhecem os tratados internacionais de direitos humanos em nível constitucional. Por exemplo, o país vizinho, Argentina.

¹⁶⁶ A Convenção Americana de Direitos Humanos foi ratificada e entrou em vigor no Brasil antes da mudança, ou seja, esta convenção não entraria dentro deste novo regime.

¹⁶⁷ “*Dizer que os tratados de direitos humanos aprovados por esse procedimento especial passar a ser “equivalentes às emendas constitucionais” não significa obrigatoriamente dizer que os demais tratados terão valor de lei ordinária, ou de norma supralegal, ou do que quer que seja. O que se deve entender é que o quórum que o §3º do Art. 5º estabelece tão somente para atribuir eficácia constitucional formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do §2º do Art. 5º da Constituição.*” MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional... op, cit., p. 58.*

e Congresso Nacional. Porém, caso houver conflito quanto a natureza do tratado, caberá ao Supremo Tribunal Federal definir a discussão.¹⁶⁸

Em 2008, o STF deu um passo importante para dirimir um pouco desta discussão, mas também não foi totalmente satisfatório. Durante o julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1/SP, o STF firmou a jurisprudência de tratamento supralegal para os tratados de direitos humanos (caso que iremos tratar seguidamente). Contudo, tal entendimento jurisprudencial é passível de divergência.

O novo rito do §3º de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos criou uma nova forma legislativa não prevista no Art. 59 da Constituição, onde encontra-se o processo legislativo, um Decreto Legislativo equivalente a Emenda Constitucional.

Isto posto, com base nos argumentos de muitos juristas, esta mudança praticada pelo constituinte é mesmo um retrocesso para os direitos humanos no Brasil. Ora, dificultou-se o procedimento de ampliação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos tratados internacionais de direitos humanos.

Primordial reafirmar que, o controle normativo feito em relação a norma nacional que ofende a Constituição é o controle de constitucionalidade. No caso da norma internacional que entrou na Constituição via EC deve-se tratar pelo Controle de Convencionalidade. Isto porque, advém de um tratado internacional e não da constituição. Portanto, quando ocorrer incompatibilidade legislativa com as disposições de um tratado internacional de direitos humanos, deve-se valer do controle normativo de convencionalidade.

3.2. Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

3.2.1. A Responsabilidade Internacional do Estado brasileiro

Entre 1889 a 1954, o Brasil participou de forma ativa em todas as conferências internacionais no âmbito interamericano. Inclusive, sendo a favor do reconhecimento da

¹⁶⁸ TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário de Tratados Internacionais*. 2 ed. Rio de Janeiro. 2005, p. 47.

pessoa em âmbito internacional durante a *X Conferência Pan-americana de Caracas* em 1954. Entretanto, durante o período do regime ditatorial militar brasileiro entre 1964 e 1985, o país regrediu absurdamente quanto a proteção dos direitos humanos.¹⁶⁹

Neste período, decorreu a Convenção Interamericana de Direitos Humanos em 1969, a qual o Brasil participou da na composição, mas não assinou. A República Federativa Brasileira demorou 23 anos para reconhecer e assinar a CADH; apenas em Setembro de 1992, finalmente firmou o compromisso internacional. Sendo que a Convenção adentrou no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo nº.89 de 03 de Dezembro de 1998. No mesmo ano em que houve a anuência da jurisdição contenciosa da Corte (dia 10 de Dezembro de 1998).

Diante do disposto, o Estado Brasileiro assumiu obrigações convencionais perante o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos ao ratificar a Convenção. Isso significa dizer que o Estado agora deve zelar pelos direitos e liberdades dispostos na CADH e ainda garantir sua efetividade em âmbito nacional, ficando sob a observação dos mecanismos de monitoramento dos órgãos da OEA. O Estado, então, deixando de cumprir com sua obrigação internacional, fica adstrito a ser responsabilizado internacionalmente por violações de direitos humanos.

Trata-se de responsabilidade objetiva do Estado, porquanto basta que configure a existência do nexa causal entre a conduta do Estatal e o resultado lesivo.¹⁷⁰ Qualquer órgão estatal pode cometer um ato lesivo que calhe na responsabilidade internacional do Estado, impendente do cargo e função exercida pelo agente público.¹⁷¹

No caso do Sistema Interamericano, os principais órgãos estatais que podem levar o Estado Brasileiro a ter responsabilidade internacional são: o Poder Legislativo (ao não confeccionar as leis de acordo com as obrigações internacionais adquiridas pelo Estado) , o Poder Judiciário (por não vigiar as disposições normativas nacionais de acordo com os tratados internacionais) e até mesmo o Executivo, por não ter evitado

¹⁶⁹ Antonio Augusto Cançado Trindade, *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2 ed. Brasília: UnB, 2000

¹⁷⁰ RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar. 2004, p. 42.

¹⁷¹ A responsabilidade internacional pode por: ato do Poder Executivo (responsabilidade mais comum nos órgãos internacionais); *Ultra vires*, quando ultrapassa os limites da competência; ato de particulares, quando o Estado não atua para evitar tal violação; ato de Membro do Ministério Público, quando fica inerte e calha na impunidade de criminosos; e por ato de ente federativo.

Portanto, nota-se que o descompromisso público do Estado com os direitos das pessoas no limite nacional pode levá-lo ao banco dos réus no plano internacional, o que acaba colocando sua responsabilidade por violações de direitos humanos em realce no plano das relações internacionais. Deste modo, acredita-se que nenhum Estado assume um sério compromisso internacional já esperando que seja réu, eis a importância de se ter consciência do verdadeiro intento da proteção dos direitos.¹⁷²

3.2.2. Os efeitos das decisões da Corte IDH no Brasil

As sentenças da Corte Interamericana são implementadas diferentemente da regra de sentenças estrangeiras, pois as decisões da Corte IDH são consideradas definitivas e inapeláveis. Portanto, não precisaria de homologação do Superior Tribunal de Justiça.

Ocorre que, as sentenças estrangeiras são destituídas de eficácia na jurisdição brasileira por conta do princípio da independência das jurisdições na esfera internacional. Importa ressaltar que, caso as sentenças fossem de execução imediata, sem dar validade no ordenamento jurídico local, o Estado teria problemas quanto a sua soberania.¹⁷³

O artigo 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e o artigo 105, I, alínea “i”, da Constituição da República prevê como será executada a sentença estrangeira, seguinte uma série de requisitos formais e processuais. Contudo, não trata da sentença de um Órgão Internacional. “*É que tratado internacional pode estabelecer a desnecessidade de análise de requisitos processuais próprios de tal juízo*”.¹⁷⁴

De acordo com o disposto nos¹⁷⁵ artigos 67 e 68 da Convenção Americana de Direitos Humanos, as decisões da Corte IDH são definitivas e inapeláveis. Logo, o Estado que assinar a Convenção e aceitar a jurisdição contenciosa da Corte, deverão cumprir a

¹⁷² “A despeito dos sensível avançado nos últimos anos, ainda resta um longo caminho a percorrer. No Brasil, assim como na maioria dos países que tem ratificado os tratados de direitos humanos, até o presente lamentavelmente ainda não parece haver se formado uma consciência da natureza e do amplo alcance das obrigações convencionais contraídas em matéria de proteção dos direitos humanos, Urge que um claro entendimento destas últimas se difunda, a começar pelas autoridades públicas.” CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Proteção internacional... op. cit.*, p. 137.

¹⁷³ MACIEL, Ótávio Augusto Reis. *A questão da força executória de sentença estrangeira à luz do sistema de deliberação*. In: Anais do 8º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. ABDI. Foz do Iguaçu, 2010, p. 765.

¹⁷⁴ *Idem Ibidem*, p. 768.

¹⁷⁵ Artigo 68.2 CADH.

sentença, observando o caso de indenização compensatória “pelo processo interno vigente para a execução de sentenças contra o Estado.”

Deste modo, a sentença da Corte IDH é tratada como uma sentença internacional, não advém de nenhuma Estado, mas sim de uma jurisdição que o Estado brasileiro aderiu voluntariamente. Logo, dispensa homologação dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, não se pode perder de vista o princípio do *pacta sunt servanda*, visto que o Estado concordou com a jurisdição internacional.¹⁷⁶

Importa ressaltar que, no artigo 25 da Convenção Americana dispõe sobre o compromisso do Estado em garantir o cumprimento das disposições por meio das autoridades competentes. Em caso de não cumprimento, será levado para a Assembleia Geral da OEA por meio de relatórios.¹⁷⁷

O novo regulamento da Corte Interamericana dispõe sobre a supervisão da execução das decisões da Corte por parte do Estado.¹⁷⁸ Deste modo, tendo em vista o problema da efetividade das decisões da Corte IDH dentro dos Estados signatários da Convenção, Caçado Trindade defende a criação de um mecanismo de supervisão das sentenças da Corte.¹⁷⁹ Inclusive, no caso *Eloisa Barrios y otros vs. Venezuela*¹⁸⁰, Caçado Trindade declara a violação do descumprimento da sentença da Corte quanto as Medidas Provisórias decretadas.¹⁸¹

¹⁷⁶ COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção Internacional dos direitos humanos: a Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba. 2008, p. 92-93

¹⁷⁷ Artigo 65 CADH

¹⁷⁸ Artigo. 69 do Regulamento da C IDH. “1. A supervisão das sentenças e das demais decisões da Corte realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios estatais e das correspondentes observações a esses relatórios por parte das vítimas ou de seus representantes. A Comissão deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações das vítimas ou de seus representantes. 2. A Corte poderá requerer a outras fontes de informação dados relevantes sobre o caso que permitam apreciar o cumprimento. Para os mesmos efeitos poderá também requerer as perícias e relatórios que considere oportunos. 3. Quando considere pertinente, o Tribunal poderá convocar o Estado e os representantes das vítimas a uma audiência para supervisionar o cumprimento de suas decisões e nesta escutará o parecer da Comissão. 4. Uma vez que o Tribunal conte com a informação pertinente, determinará o estado do cumprimento do decidido e emitirá as resoluções que estime pertinentes. 5. Essas disposições também se aplicam para casos não submetidos pela Comissão. (Corte IDH, 2009).”

¹⁷⁹ Ao contrário do Sistema Europeu, o Sistema Interamericano não tem um comitê de Ministros para supervisionar as sentenças da Corte. Cf. CAÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. 2003, *op. cit.*, p. 369.

¹⁸⁰ 2005

¹⁸¹ GONZÁLES VOLIO, Lorena. *La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz de su jurisprudencia y su nuevo reglamento*. In: **Os rumos do Direito Internacional dos direitos humanos**. Ensaio em homenagem ao professor Antônio Augusto Caçado Trindade. Liber Amicorum Caçado Trindade. Tomo II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, (p. 267-322), p. 317

Alguns Estados, como Peru, Colômbia e Costa Rica, adotaram medidas internas para dar provimento as sentenças internacionais dentro do ordenamento doméstico como se fossem sentenças dos tribunais nacionais.¹⁸²

Enquanto isso, no Brasil não se tem uma resolução interna que trata das sentenças internacionais de direitos humanos. Já houve movimentações para aprovar um projeto que tratasse dos efeitos das sentenças da Comissão e Corte Interamericana no ordenamento jurídico brasileiro, mas acabou sendo arquivado.

Independente de resolução interna, o cumprimento das decisões da Corte IDH é um dever legal do Estado Brasileiro, até os pagamentos devidos por indenização. O Estado deve cumprir de forma espontânea e honrar com seu compromisso internacional. E caso o Estado não faça de forma espontânea, conforme ressalta André de Carvalho Ramos, será “perfeitamente cabível o cumprimento forçado por meio da tradicional ação de execução contra o Estado”.¹⁸³ Conforme também prevê o artigo 68.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, embora não há nenhuma previsão interna sobre como proceder a sentença internacional da Corte Interamericana, o Brasil reconheceu a jurisdição da Corte voluntariamente. Logo, caso a sentença não for cumprida de forma voluntária pelo Estado, a vítima ou família poderá executar diante da Justiça Federal competente (caso que será melhor detalhado no próximo tópico).

3.2.3. Cumprimento das decisões e o Controle de Convencionalidade

Antes de mais nada, importa esboçar a tese do Controle de Convencionalidade desenvolvida pela doutrina brasileira a partir das decisões do Sistema Interamericano. O jurista pioneiro a tratar deste novo parâmetro de controle de convencionalidade no Brasil, é o Valério Mazzuoli, quem defende o controle de convencionalidade em modalidades *difusa e concentrada*.

Para Mazzuoli, os tratados incorporados pelo quórum de Emenda Constitucional (votação dupla no congresso) poderão ser paradigma do *controle concentrado de convencionalidade*, cabendo Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no Supremo

¹⁸² GONZÁLES VOLIO, Lorena. *Op. cit.*, p. 318..

¹⁸³ RAMOS, 2008, *op. cit.*, p. 460

Tribunal Federal a fim de invalidar a norma incompatível com o tratado. Adverte-se, mesmo sendo ação de inconstitucionalidade, não deixa de ser um controle de convencionalidade, como anteriormente referido, trata-se de um tratado internacional como paradigma e não norma com origem Constitucional.

Ao passo que, o controle de convencionalidade dos tratados de direitos humanos não equivalentes a Emenda Constitucional, embora considerados com status de norma constitucional, é feito pelo *controle difuso de convencionalidade*. Um controle exercido por qualquer tribunal ou juiz *ex officio* diante de um caso concreto.¹⁸⁴

O Estado brasileiro já foi acionado algumas vezes no Sistema Interamericano. Tem-se como casos emblemáticos: *Ximenes Lopes*; *Maria da Penha*; *Nogueira de Carvalho*; *Escher e outros (MST)*; *Sétimo Garibaldi*; *Gomes Lund e outros*.

O primeiro caso de condenação do Brasil perante a Corte Interamericana foi *Ximenes Lopes*, em 4 de julho de 2006. Neste caso, a Comissão Interamericana apresentou a denúncia contra o Brasil por violação dos direitos à vida, integridade pessoa e também de garantias judiciais previstas a Convenção Americana. Tratava-se de uma pessoa com deficiência mental que teve tratamento degradante numa casa de repouso no interior do estado do Ceará e que veio a falecer.¹⁸⁵

Em linhas gerais, a Comissão solicitou que a Corte IDH determinasse que o Estado brasileiro tomasse medidas para reparar tal ocasião e também para dar atenção a situação de vulnerabilidade que as pessoas portadoras de deficiência viviam no Brasil. Durante o julgamento, o Brasil acabou por reconhecer os fatos e a precariedade do sistema saúde para a assistência mental da rede pública.¹⁸⁶

A partir da denúncia a Comissão, o Brasil já começou adotar medidas para melhorar as condições dos tratamentos psiquiátricos no sistema público de saúde. Além disso, acertadamente, o Brasil fez modificações legislativas para melhorar tais condições. Foi aprovada a Lei 10.216/2001 “Lei de Reforma Psiquiátrica” determinando a

¹⁸⁴ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle de jurisdicional... op. cit.*, p. 174-175.

¹⁸⁵ Sentença do Caso *Ximenes Lopes vs. Brasil*. Corte IDH. 04 de Julho de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf

¹⁸⁶ Parágrafo 122 da Sentença de 04 de Julho de 2006. Corte IDH. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf

necessidade de políticas públicas para melhorar a assistência de saúde mental das pessoas portadoras deste tipo de deficiência.¹⁸⁷

As medidas adotadas na época, demonstra a importância que o Brasil deu para a situação dos direitos humanos no país e também cumpriu, ainda que tardiamente, com obrigação assumida em sede internacional. Em suma, o Brasil exerceu o Controle de Convencionalidade adequando sua legislação para evitar violações de direitos humanos no país e promover a tutela destes direitos.

No mesmo sentido, o Brasil depois foi acionado pela Comissão Interamericana no caso *Maria da Penha* em 2001. Trata-se de uma mulher que sofria reiterada violência doméstica pelo marido, inclusive houve até tentativa de homicídio, o que calhou na busca de medidas protectivas diante da justiça brasileira, que ficou 15 anos sem proferir sentença sobre o caso, até que recorreu-se a Comissão Interamericana em 1998.

A Comissão concluiu que houve violação de direitos, garantias judiciais e proteção judicial previstos na Convenção Americana e na Convenção de Belém do Para, que trata dos direitos das mulheres. Deste modo, ficou comprovado a discriminação contra a mulher no ambiente doméstico e judicial brasileiro.¹⁸⁸

Do mesmo modo, o Brasil novamente adotou medidas legislativas para prevenir e julgar violência doméstica contra a mulher com mais rigor. Assim, nasceu a Lei 11.340/2006 chamada de “Lei Maria da Pena” como forma de cumprimento as recomendações da Comissão Interamericana.¹⁸⁹

Diante destes casos emblemáticos, verifica-se a importância do legislativo ao compatibilizar as leis ou confeccionar leis para cessar violações de direitos humanos dentro do país e automaticamente cumprir com sua obrigação assumida perante a Convenção Americana.

¹⁸⁷ República Federativa do Brasil. *Lei sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental*. Lei 10.216 de 10 de Abril de 2001.

¹⁸⁸ Relatório nº 54/01. Caso 12.051 – *Maria da Penha Maia Fernandes vs. Brasil*. 04 de Abril de 2011. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/2000port/12051.htm>

¹⁸⁹ República Federativa do Brasil. *Lei Maria da Pena*. Lei 11.340 de 07 de Agosto de 2006.

3.2.4. O controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Diante dos casos estudados acima, verifica-se a importância de adotar medidas legislativas para compatibilizar a legislação nacional com a Convenção Americana de Direitos Humanos e evitar violações de direitos. Como também já declarado, o Poder Judiciário tem importância na mesma medida para evitar violações de direitos e evitar condenações do país no plano Internacional.

O Supremo Tribunal Federal representa o órgão maior do Poder Judiciário brasileiro, portanto, os posicionamentos de seus ministros e também do órgão como um todo tem total influência sobre os demais órgãos do judiciário brasileiro. O mais importante é ver que STF pode servir de exemplo e decidir de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

No julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 em 03 de Dezembro de 2008 e no Habeas Corpus 87.585 da mesma data, o STF fez a revisão da sua jurisprudência quanto a prisão civil do depositário infiel de acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos.¹⁹⁰ O STF então fez o Controle de Convencionalidade da norma nacional, declarando a ilegalidade da prisão civil com base na Convenção América. Nomeadamente, reconheceu-se a suprallegalidade dos tratados internacionais de Direitos Humanos, apesar deste último entendimento nos parecer conflituo.

O Supremo Tribunal Federal dá um importante passo para o diálogo internacional com o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. O Tribunal, portanto, ignora o discurso de soberania estatal e da supremacia da Constituição para julgar de acordo pela benesse do dos direitos humanos. O que nos parece o início de um diálogo horizontal entre Cortes, independente do nível internacional ou constitucional, mas para a primazia dos direitos humanos.

No RE 511.961 de 17 de Junho de 2009, o STF entendeu que a exigência de diploma para o exercício da profissão de jornalista violava as liberdades de expressão, informação e profissão. Neste caso, o Supremo Tribunal foi ainda mais longe,

¹⁹⁰ Neste julgamento a discussão foi em torno do caráter da Convenção Americana de Direitos Humanos no Brasil referente a prisão civil do depositário infiel. Tendo vista a dúvida que permeia a EC 45/2004, o STF ficou dividido quanto a compreensão dos tratados de direitos humanos na ordem jurídica brasileira. Maioria dos ministros defenderam a hierarquia infraconstitucional, já o Min. Celso de Mello defendeu a tese do caráter constitucional dos tratados de direitos humanos. Porém, na decisão venceu a tese da suprallegalidade dos tratados de direitos humanos, defendida pelo Min. Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal. RE 466.343-1 SP. 2008, Acórdão disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>

fundamentou sua decisão numa Opinião Consultiva do Sistema Interamericano. A Opinião Consultiva 5/85 de 13 de Novembro de 1985, anunciou que necessidade de diploma universitário para o exercício do jornalismo violava o artigo 13 (liberdade de expressão) da CADH.

Deste modo, nota-se que o Supremo Tribunal vinha trabalhando bem com o direito internacional dos direitos humanos, porém, quando se deparou com o julgamento da Lei da Anistia brasileiro voltou vários passos para atrás. O STF estaria demonstrando sua influência política?

Conforme foi abordado no tópico específico sobre o controle de convencionalidade no Sistema Interamericano, o Brasil também não ficou livre da sentença da Corte Interamericana quanto a invalidade da Lei da Anistia, como nos casos do Perú, Chile, Paraguai, Argentina etc.

O Brasil passou por um período de regime militar, pelo qual, houve diversas violações de direitos humanos. Porém, antes de mudar para o regime democrático, o governo militar se encarregou de esconder todas as violações de direitos humanos ocorridas naquele período. Assim, é adotada a Lei da Anistia, excluindo da apreciação judicial todo e qualquer ato cometido naquele período.¹⁹¹

Embora, posteriormente, o governo brasileiro buscou indenizar familiares dos mortos desaparecidos durante o governo militar, a Organização dos Advogados do Brasil buscou no STF invalidar a Lei da Anistia (6683/1979) por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153¹⁹². Todavia, o Supremo Tribunal Federal por decisão da maioria dos ministros se posicionou contra a revisão da Lei e decidiu-se pela validade da mesma.¹⁹³

O STF afirmou que a Lei da Anistia é anterior à Convenção contra Tortura e outros Tratamento ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1987. Por isso, a Convenção não alcançariam a Anistia consumadas antes da vigência deste Tratado. Além do mais, a Emenda Constitucional de 1985, teria introduzido a norma de 1979 a validade constitucional. Portanto, o debate sobre a constitucionalidade da Lei seria impraticável,

¹⁹¹ BARBOSA, Leonardo A.; PAIXÃO, Cristiano. *A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão de exclusão de apreciação judicial observada como um paradoxo*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. Porto Alegre.v. 1, n. 6, 2008, p. 57-78, p.

¹⁹² Relatório disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/adpf153.pdf>

¹⁹³ STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. STF. 29 de Abril de 2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>

porquanto o texto constitucional de 1985 prevalecera sobre a infraconstitucional e, ainda, teria sido integrada a Constituição.¹⁹⁴

O Ministro Ricardo Lewandowski divergiu em relação ao voto do relator, Ministro Eros Grau. Lewandowski relatou em seu voto a importância dos compromissos internacionais do Brasil com o Comitê da ONU de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Porquanto, de acordo com esses instrumentos, o Brasil tem mais do que dever de investigar e punir violações de direitos humanos amparados nesses mecanismos. Por conseguinte, o Brasil ficou exposto a responsabilidade internacional perante os órgãos internacionais.

Dessarte, o Min. Lewandowski considerou a ADPF ser procedente em parte, admitindo que os agentes estatais poderiam ser julgados na justiça penal por conta das violações de direitos humanos.¹⁹⁵ Desta maneira, o Min. Carlos Brito também conferiu seu voto a interpretação de acordo com a Constituição e excluir interpretação da Lei da Anistia que anistia os crimes previstos no Artigo 5º, XLIII da Constituição Federal.¹⁹⁶

O Min. Celso de Mello, divergente, afirmou a incompatibilidade da decisão com os compromissos internacionais que o Brasil assumiu e suscitou a jurisprudência da Corte Interamericana. Mas reiterou o argumento do relator para afirmar que Convenção contra a Tortura não retroagiria para os crimes daquele período.¹⁹⁷

A decisão final do Supremo Tribunal Federal, em considerar constitucional a Lei da Anistia foi rigidamente criticada no âmbito internacional, principalmente pelo fato do Brasil ter assumido um posicionamento contrário aos demais Estados do Sistema Interamericano. O STF foi conivente com os bárbaros crimes cometidos durante o período não muito distante.

Deste modo, averigua-se um grande retrocesso do judiciário brasileiro por não compreender a importância de se anular a lei que marcou a impunidade de um dos maiores

¹⁹⁴ Decisão da ADPF 153. STF. 2010

¹⁹⁵ Sentença ADPF 153. STF. 2010, p. 132

¹⁹⁶ Sentença ADPF 153. STF. 2010, p. 146

¹⁹⁷ Declaração do Min. Celso de Mello: *“A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apóia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações de direitos fundamentais da pessoa humana nem legítimas leis nacionais que amparam e protegem criminosos que ultrajaram, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do Poder e nos porões da ditadura a que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como o homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado de vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram ao regime de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros Estados da América Latina”* STF, 2010, p. 184.

genocídios ocorridos nos últimos tempos no Brasil. No contra-senso dos países latino-americanos, o Brasil perde a grande oportunidade de se afirmar no plano internacional como um modelo democrático a favor dos direitos humanos.¹⁹⁸

Então, a Corte IDH, se posiciona sobre o caso *Gomes Lund*¹⁹⁹ (Guerrilha do Araguaia). Não tendo escolha, condena o Estado brasileiro por não controlar a Lei da Anistia em face da Convenção Americana (que de acordo com o STF tem valor supralegal no Brasil). Lembrando que, a Corte já havia decidido casos no mesmo sentido, ou seja, o o Estado brasileiro tinha conhecimento de que também poderia ser acionado.²⁰⁰

Na decisão da Corte, ficou claro que o Poder Judiciário brasileiro não observou o Controle de Convencionalidade²⁰¹, anuindo com graves violações de direitos humanos e ao mesmo tempo violando as disposições internacionais de direitos humanos.

O Brasil contestou a demanda e interpôs exceções preliminares: incompetência temporal, pelo fato da lei ser antes do reconhecimento da competência contenciosa da Corte; não esgotamento dos recursos internos; falta do interesse processual da Comissão; e ainda alegou que a Corte estava agindo como 4ª instância por conta do julgamento da ADPF anteriormente. Porém, a Corte replicou todos os argumentos oferecidos pelo Brasil, afirmou sua competência para conhecer as violações de direitos humanos quanto ao crime

¹⁹⁸ Antes mesmo desta decisão retrograda do STF, Cançado Trindade já havia relatado sua indignação com o descado jurídico-político com os direitos humanos: “*Quaisquer outros problemas relativos à aplicação dos tratados de direitos humanos no Brasil não são problemas de direito, mas sim, de falta de vontade (animus) por parte dos poderes públicos, notadamente o Poder Judiciário*”. Cf. CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tratados de direito internacional...* 2005, *op. cit.*, p. 625.

¹⁹⁹ É também conhecido como Guerrilha do Araguaia. Este caso diz respeito aos graves crimes cometidos durante a ditadura no Brasil na região do Araguaia, onde o exército brasileiro travou um combate com uma “guerrilha” formada contra a ditadura militar no Brasil. Nessa ocasião centenas de pessoas sumiram e até hoje não se sabe o paradeiro delas. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

²⁰⁰ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional...* *op. cit.*, p. 182.

²⁰¹ No mesmo sentido das outras sentenças que anularam outras Leis anistiadoras, o parágrafo 177 da Sentença: “*No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (pacta sunt servanda). Como já salientou esta Corte e conforme dispõe o artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, os Estados não podem, por razões de ordem interna, descumprir obrigações internacionais. As obrigações convencionais dos Estados Parte vinculam todos sus poderes e órgãos, os quais devem garantir o cumprimento das disposições convencionais e seus efeitos próprios (effet utile) no plano de seu direito interno*” Corte IDH. *Gomes Lund v. Brasil*. 24 de Novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf

de desaparecimento forçado²⁰² (imprescritíveis). Rejeitou a alegação de não esgotamento de recursos internos, porque que tal objeção deveria ter sido apresentada ainda na etapa de admissibilidade na Comissão e isto não foi feito. E ainda rechaçou o argumento de quarta instância, já que ADPF não é um recurso disposto para todos, pois tem um rol de legitimados.²⁰³

Assim sendo, o Brasil acaba por ser condenado pelos crimes de desaparecimento forçado de 62 pessoas na região do Araguaia durante o regime militar brasileiro.²⁰⁴ Ainda, o Estado fica responsável por investigar tais violações de direitos humanos e punir os responsáveis por tais violações.²⁰⁵ Por fim, o Estado brasileiro ao julgar pela constitucionalidade da Lei da Anistia, incorreu no descumprimento internacional de adequar sua legislação com a Convenção Americana de Direitos Humanos.²⁰⁶

O Juiz *ad hoc* Roberto de Figueiredo declarou em seu voto, que “mesmo as Constituições nacionais não-de ser interpretadas ou, se necessário, até emendadas para manter harmonia com a Convenção e com a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. Isso porque “os Estados comprometem-se a adotar medidas para eliminar normas legais e práticas de quaisquer espécies que signifiquem violação a ela e, também ao contrário, comprometem-se a editar legislação e desenvolver ações que conduzam ao respeito mais amplo e efetivo da Convenção”.²⁰⁷

À vista disso, quanto a proteção dos direitos humanos, a relação do direito interno e internacional deve-se governar pelo princípio da norma mais favorável ao sujeito. Isto se dá, inclusive, pela dignidade da pessoa humana. André de Carvalho Ramos ensina “é o próprio direito internacional, por meio de cláusulas previstas em tratados internacionais, que possibilita a aplicação de norma interna, desde que mais favorável ao indivíduo”²⁰⁸

Portanto, ao passo que, a Constituição brasileira declara que o Estado vai respeitar as normas internacionais e os tribunais internacional de direitos humanos ratificados pelo

²⁰² “A prática de desaparecimentos forçados implica um crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua proibição alcançou o caráter de *jus cogens*”. Parágrafo 105 da Sentença. Corte IDH, 2010.

²⁰³ Parágrafo 38 da Decisão. Corte IDH. 24 de Novembro de 2010

²⁰⁴ Parágrafo 118 e 119 da Sentença. Corte IDH, 26 de Novembro de 2010.

²⁰⁵ Parágrafo 147 da Sentença. Corte IDH, 26 de Novembro de 2010.

²⁰⁶ Parágrafo 172 da Sentença. Corte IDH, 26 de Novembro de 2010.

²⁰⁷ Parágrafo 7 da Sentença. Corte IDH, 26 de Novembro de 2010.

²⁰⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 147.

país, automaticamente impõe que o Estado respeite devidamente esses valores declarados na sua carta magna.²⁰⁹

Como parte do processo de investigação dos crimes que aconteceram na ditadura, o governo brasileiro instituiu a Comissão da Verdade por meio da Lei 12.528/2011. É uma forma de investigar os fatos do passado e reconciliar com o presente. Faz-se necessário buscar verdadeiras respostas para compreender o passado e poder firmar a democracia do Estado sem deixar nada debaixo do tapete.

Porém, ainda é preciso revisar a Lei da Anistia, reforçar o compromisso internacional que o país assumiu e limpar o nosso judiciário de influências políticas. Nesse momento, Argentina, Chile e Uruguai são ótimos exemplos de compromisso com os direitos humanos.

Não se trata de vingança com o passado ou com aqueles que cometeram tais atos, até porque muitos já nem vivos estão, mas trata-se de aprender com os erros do passado para que nunca mais voltem acontecer num país essencialmente democrático. Por isso, a revisão da Lei da Anistia daria a oportunidade do Brasil reconhecer a sua verdadeira história e reforçar o compromisso de um Estado democrático de Direito com o seu povo.²¹⁰ Além do mais, o Brasil precisa reconhecer a necessidade de cumprir as decisões da Corte Interamericana, bem como, adotar mecanismos que dão efetividade as decisões da Corte dentro do ordenamento doméstico.²¹¹

²⁰⁹ “*Todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta: todas as regras importantes do direito devem ter sido, na sua origem, arrancadas àquelas que a elas se opunham, e todo o direito, direito de um povo ou direito de um particular, faz presumir que se esteja decido a mantê-lo com firmeza*” HERING, Rudolf Von. A luta pelo direito. Trad. João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense 1997, p.1

²¹⁰ “*À luz da experiência brasileira, conclui-se que: Não há incorporação da jurisprudência da Corte Interamericana dos parâmetros protetivos internacionais pelo STF; há uma tensão intragovernamental a respeito da política de Estado em prol da memória, verdade e justiça; e há a afronta aos direitos à verdade e à justiça.*” PIOVESAN, Flávia. Lei de Anistia, sistema interamericano e o caso brasileiro. Crimes da Ditadura militar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

²¹¹ Conforme relata Fábio Konder Comparato a efetividade dos direitos humanos não deve estar vinculada a declaração em constituições, leis e tratados, “*exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficias ou não*”.

3.2.5.O controle de convencionalidade pelos demais órgãos do Poder Judiciário

É notável a resistência jurídica brasileira para conhecer matérias internacionais de direitos humanos, se a própria Suprema Corte do país já demonstra resistência, não se pode esperar o contrário dos outros tribunais, juízes e demais órgãos que compõem o judiciário.

De acordo com os precedentes do Sistema Interamericano, o Poder Judiciário pode fazer o controle de convencionalidade das seguintes formas: julgar de acordo com Convenção como um controle prévio; rescindir decisão judicial que determinou sanção vedada pela Convenção; rescindir decisão que ofende a CADH por vício no processo ou julgamento; e edição da lei ou medida para efectivizar os direitos protegidos pelo Sistema Interamericano.

O princípio do livre convencimento no judiciário faz com que os operadores do direito ignorem determinados dispositivos, resoluções e jurisprudências consolidadas no território nacional. Por vezes advogados peticionam apoiados em jurisprudências e resoluções, mas o juiz por não considera tais dispositivos válidos diante seu entendimento, nega reconhecimento. Por isso, não é diferente com as disposições normativas internacionais, vez que muitos magistrados brasileiros não reconhecem o direito internacional dos direitos humanos como base normativa aplicável no atmosfera nacional.

Tendo em vista que o juiz tem a prerrogativa de ultrapassar qualquer compreensão literal da lei e decidir de acordo com seu livre convencimento motivado, também é possível encontrar magistrados que aplicam na rotina forense os tratados internacionais de direitos humanos reconhecidos pelo Brasil. Tal situação que infelizmente é exceção e não prática dentro do Poder Judiciário brasileiro.

Conforme já expomos, o controle de convencionalidade pode e dever ser aplicado pelo juiz nacional diante das circunstâncias em que se verifica a controvérsia da lei brasileira com o tratado internacional de direitos humanos. De acordo a teoria de Valério Mazzuoli, trata-se de um controle difuso de convencionalidade, onde o juiz diante de um caso concreto faz a compatibilização das normas por meio do controle de convencionalidade. Importa lembrar que, a compatibilização deve ser feita a favor da pessoa (*pro homine*), ou seja, faz-se o balanço da norma mais benéfica diante do caso

concreto.²¹²Do mesmo modo, embora não seja a praxe, os membros do Ministério Público podem propor uma denúncia pautada nos tratados internacionais de direitos humanos em que o Brasil faz parte.

Em caso muito recente e inédito, no dia 19 de Maio de 2014, o Ministério Público Federal propôs denúncia contra cinco militares reformados pelo homicídio do Ex-Deputado Federal Rubens Paiva, desaparecido desde Janeiro de 1971 quando foi preso no Destacamento de Operações de Informações (DOI) dentro do prédio do exército no Rio de Janeiro, conforme aponta o relatório da Comissão Nacional da Verdade.

O juiz da 4ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro aceitou a denúncia e de antemão declarou que os crimes denunciados não são abarcados pela Lei da Anistia. Vez que o corpo de Paiva nunca foi encontrado e o crime é compreendido pelo Código Penal. Além disso, o Juiz declarou que não houve prescrição do crime por se tratar de crime contra a humanidade previsto em tratados internacionais que o Brasil faz parte.

Por outro lado, no dia 29 de Setembro de 2014, o STF através de uma liminar suspendeu a ação contra os acusados pela morte de Paiva. Disseram que se tratava de uma “estratégia” do MPF ao alegar imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade para solicitar a reabertura dos crimes do regime militar²¹³

A situação foi inédita porque em um momento após a condenação do Brasil no caso *Gomes Lund*, o MP Federal também fez denúncia contra os crimes percorridos na região do Araguaia, mas o juiz da ocasião rejeitou a denúncia por entender que não deveria “mexer” com os crimes amnistiados, pois ficaram no passado.

Outro caso, Alexandre de Moraes, Juiz e influente jurista constitucionalista brasileiro, diante do julgamento de um crime de desacato, compreendeu inexistir o desacato, mas sim liberdade de expressão dentro de um ambiente democrático. Deste modo, ele evocou os princípios de liberdade expressão contidos na Convenção Americana e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos aderidos pelo Brasil.²¹⁴

Embora tenha esses pontuais casos de afirmação dos direitos humanos com base nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos, ainda tem muito para se percorrer no

²¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional... *op. cit.*, p. 154.

²¹³ Revista do Consultor Jurídico. *STF suspende ação contra acusados por morte de Rubens Paiva*. 29 de Setembro de 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-29/stf-suspende-acao-acusados-morte-rubens-paiva>

²¹⁴ Empório do Direito. *Desacato não é crime, diz juiz em controle de convencionalidade*. 17 de Março de 2015. Disponível em: <http://emporiiododireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/>

judiciário Brasileiro, que parece não evoluir diante da universalização dos diálogos internacionais judiciais. Vive-se num momento jurídico-político muito extremista, onde nos parece que as decisões judiciais vão ao encontro da satisfação política e não humana. Fato que corrobora-se diante do julgamento da Lei da Anistia no Supremo Tribunal Federal e das últimas manobras legislativas ilegais que decorrem dentro do Congresso Nacional (onde tem-se aprovado legislações de interesse parlamentar e não populacional) e o Supremo Tribunal guardião da Constituição não tem se posicionado sobre tais ilegalidades.

3.3. Os Desafios do Estado brasileiro

3.3.1. O papel do Poder Executivo e Legislativo para o Controle de Convencionalidade

Neste tópico busca-se analisar como poderá o Poder Executivo e Legislativo trabalhar com o controle de convencionalidade de forma que preventiva para evitar a responsabilidade internacional do Estado

Embora pouco falado do papel do Poder Executivo no controle de convencionalidade, não se pode olvidar que o Executivo pode utilizar deste controle de forma preventiva e evitar a responsabilidade internacional do Estado.

Portanto, o Executivo pode fazer o controle de convencionalidade por meio do veto de lei incompatíveis com tratados internacionais aderidos pelo Brasil, pode recusar aplicar uma lei incompatível com o tratado, do mesmo modo que se recusa a aplicação da lei inconstitucional. Por fim, também poderá editar lei ou medida provisória que dê efetividade a norma.

Já quanto ao Poder Legislativo, pode-se fazer o controle por meio de modificação da lei, suspender a execução da lei, editar leis ou medidas, além de cobrar do judiciário. No mesmo sentido, no caso *Almonacid Arrelano y otros* a Corte solicitou a adequação do ordenamento chileno com a Convenção Americana.

No caso da Lei da Anistia, o controle de constitucionalidade feito pelo STF, que reconheceu a constitucionalidade da lei da anistia, acaba por comprometer a interferência do Legislativo, já não podendo rever a lei.

3.3.2.O desconhecimento crônico de direitos humanos e do plano internacional

Por fim, o maior problema do Brasil é o desinteresse dos acadêmicos e operadores do direito quanto ao âmbito internacional. Por vezes, parece um outro planeta desconhecido pelos “cientistas” do direito.

Portanto, por meio de uma pesquisa com 60 acadêmicos e operadores do direito, ficou comprovado o problema problema cultural do Brasileiro quanto ao exercício do direito internacional dos direitos humanos. Dos 60 entrevistados, 70% declarou não compreender como funciona o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em suma, significa dizer que se temos um problema com os próprios operadores do direito, como seria com a população que não tem estudos jurídicos?

CONCLUSÃO

Ao longo desta dissertação, coube nos demonstrar a importância da árdua evolução dos direitos e liberdades da pessoa humana em meio a tirania e o desinteresse estatal em garantir direitos das pessoas até a atualidade. Dos argumentos delineados no presente estudo, nota-se que não se pode jamais perder da memória, que as piores violações de direitos humanos da história partiram da conjunção de poder e impunidade, ou seja, o poderio infrator sempre esteve acima da Lei.

Assim, diante das históricas lutas nacionais e internacionais em prol do reconhecimento e proteção de direitos das pessoas, o direito internacional dos direitos humanos surge para reconhecer e consolidar a pessoa no plano internacional como um sujeito detentor de direitos e garantias além das fronteiras estatais. Porquanto o Estado soberano é o maior violador de direitos em sociedade. Fato que corrobora-se inclusive dentro dos Estados Sociais e Democráticos de Direito.

A partir desta adesão dos Estados aos tratados internacionais de direitos humanos, conseguimos sedimentar a importância da tese proposta no início da dissertação sobre um controle normativo e instrutivo que possa buscar a harmonia entre as normas nacionais e internacionais de direitos humanos. Este controle de convencionalidade vem tomando força no direito nacional com a finalidade máxima de efetivar os tratados de direitos humanos ratificados pelo Estado.

O controle de convencionalidade, inicialmente passou a ser empregado pelos tribunais internacionais (Corte IDH, Corte EDH e TJUE) com intuito de dar aplicabilidade e efetividade aos tratados reconhecidos no ordenamento jurídico nacional de um Estado, logo, pelos tribunais nacionais. No âmbito Europeu, os tratados internacionais de direitos humanos são paradigmas normativos entre os Estados e os tribunais nacionais, motivo pelo qual, não vê muito conflito entre as normas nacionais e regionais. Deste modo, aprofundamos o estudo do controle de tratados internacionais diante do novo tipo de controle de convencionalidade desenvolvido no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Entre os Estados que compõem o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, utilizamos o Brasil como estudo de caso para tratar da complexidade que envolve o Controle de Convencionalidade.

O controle de convencionalidade, portanto, está colocado num planos vertical e horizontal, dependendo de como é tratado as normas internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico interno. O Controle feito pela Corte Interamericana é feito de tipicamente de forma vertical.

O controle de convencionalidade desenvolvido pelo Sistema Interamericano tem sustentado um premissa importante para a proteção dos direitos das pessoas, qual seja, a relação do direito interno e internacional deve sempre ser governada pelo princípio da norma mais favorável ao indivíduo. Logo, se a norma internacional não for favorável, não deverá esta ser aplicada.

Por isso, eis a importância dos Tribunais nacionais trabalhar em compatibilidade com os precedentes internacionais e verificar o melhor para o caso concreto, validando sempre a dignidade da pessoa humana. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, tem trabalhado em conformidade com o plano internacional nas questões que não interferem na política brasileira, o que nos parece um problema para os direitos humanos no âmbito nacional, já que a compreensão judicial é espelhada no tribunal maior.

Por fim, concluímos o trabalho analisando um sério problema de desconhecimento do plano internacional dos direitos humanos. Um problema cultural e que reflete diferentemente nas decisões quanto a proteção dos direitos humanos no plano nacional. Por isso, o Brasil necessita de efetivas políticas públicas para desenvolver a consciência de promoção e proteção dos direitos humanos.

BIBLIOGRAFIA

AMARAL JÚNIOR, Alberto. *Curso de Direito Internacional*. São Paulo: Atlas, 2013.

ARAÚJO, Luiz A. D., e Vidal S. NUNES JÚNIOR. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADENI, Gregorio. *Libertad de prensa*. 2ª. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997.

BALDI, César Augusto. *Direitos humanos na Sociedade Cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BARBOSA, Leonardo A. de Andrade, e Cristiano PAIXÃO. “A memória do direito na ditadura militar: a cláusula de exclusão da apreciação judicial observada como um paradoxo.” 57-78. Porto Alegre: Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2008.

BARROS, Sérgio Resende. *Direitos humanos. Paradoxo da Civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática transformadora*. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

—. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BECERRA RAMÍREZ, Manuel. *La recepcion del derecho internacional en el derecho interno*. México: Universidad Autónoma de México, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. “Constituição da República Federativa do Brasil.” Brasília, DF: Senado, 05 de Outubro de 1988.

BRUCE, Eva. “Contrôle de constitutionnalité et controle de conventionnalité: réflexions autour de l’article 88-1 de la Constitution et la jurisprudence du Conseil constitutionnel.” *Congrès de droit constitutionnel*. Montpellier, 2005.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil*. 2ª ed. Brasília: UnB, 2000.

—. *International Law for Humankind: towards a new jus gentium*. The Hague Academy of International Law: by Martinus Nijhoff Publishers, 2013.

—. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

—. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1997.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5ª. Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Repudiating Montesquieu? The Expansion and Legitimacy of "Constitutional Justice"*. Columbus School of Law: Catholic University Law Review, 1986.

CARNOTA, Walter F. “La diferenciación entre control de constitucionalidad, control de convencionalidad y control de compatibilidad.” *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2011: 51-66.

CARNOTA, Walter. *The Inter-American Court of Human Rights and Conventionality Control*. 24 de Julho de 2012. <http://ssrn.com/abstract=2116599> (acedido em 12 de Fev de 2015).

CASELLA, Paulo Borba., entrevista de Jornal do Advogado. *OAB-SP Nº 327*. (Abril de 2008): p. 13.

COELHO, Rodrigo Meirelles Gaspar. *Proteção internacional dos direitos humanos: A Corte Interamericana e a implementação de suas sentenças no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2008.

COLNAGO, Claudio de Oliveira Santos. *Notas sobre o controle de convencionalidade*. 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3ª. São Paulo: Saraiva, 2003.

—. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONJUR. *STF suspende ação contra acusados por morte de Rubens Paiv*. 29 de Setembro de 2014. <http://www.conjur.com.br/2014-set-29/stf-suspende-acao-acusados-morte-rubens-paiva>.

Conselho da Europa. “Convenção Europeia dos Direitos do Homem.” Roma, 04 de Novembro de 1950.

—. “Tratado de Londres.” *Estatuto do Conselho da Europa*. Londres, 05 de Maio de 1949.

CONSTANT, Benjamin. *De la Liberté des Anciens comparée à celle des Modernes (1849)*. *Ecrits politiques*. Paris: Gallimard, 1997.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito as instituições da Grécia e de Roma*. Traduzido por Jonas Camargo e Eduardo Fonseca. Ediouro, 1996.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 17ª. São Paulo: Saraiva, 1993.

DINH, Nguyen., Patrick. DAILLIER, e Alain PELLET. *Direito Internacional Público*. Traduzido por Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUARTE, Maria Luísa. *União Europeia e Direitos Fundamentais (no espaço da internormatividade)*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2006.

Emporio do Direito. *Empório do Direito*. 17 de Março de 2015. <http://emporiოდodireito.com.br/desacato-nao-e-crime-diz-juiz-em-controle-de-convencionalidade/> (acedido em 05 de Maio de 2015).

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. 4ª ed. Traduzido por Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 2004.

FILHO, Carlos Frederico M. S. *A Liberdade e outros direitos: ensaios socioambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2011.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Manual de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

GUERRA, Sidney. *Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

GUIMARÃES, Marco Antônio. “Fundamentação dos Direitos Humanos: relativismo ou universalismo?” In *Direitos Humanos*, de Flávia PIOVESAN. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

HÄBERLE, Peter. *El Estado constitucional*. Nacional Autónoma de México. Serie Doctrina Jurídica, n. 47. Traduzido por Héctor Fix-Fierro. Universidad Nacional Autónoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

HERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Traduzido por João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HITTERS, Juan Carlos. “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad: comparación (criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos).” *Estudios Constitucionales* N° 2 (2009): 109-128.

HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos: o breve século XX – 1914-1921*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*. Traduzido por Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

JANKOV, Fernanda F. F. *Direito internacional penal: mecanismos de implementação do Tribunal Penal Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2009.

JEFFERY, Renée. *Hugo Grotius in International Thought. The Palgrave Macmillan History of International Thought*. Pelgrave Macmillan, 2006.

JELLINEK, Georg. *La dichiarazione dei diritti dell' uomo e del cittadino*. Traduzido por Damiano Nicilla. Milao: Giuffré editore, 2002.

GRELLET, Fábio, ed. *Justiça aceita denúncia contra cinco militares pela morte de Rubens Paiva*. 26 de Maio de 2014. <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,justica-aceita-denuncia-contracinco-militares-pela-morte-de-rubens-paiva,1171884> (acedido em 25 de Março de 2015).

KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito*. Traduzido por João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. Editora Santa Cruz do Sul, 1997.

MACHADO, Jónatas E. M. *Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra, 2010.

—. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de Setembro*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

MACIEL, Ótávio Augusto Reis. “A questão da força executória de sentença estrangeira à luz do sistema de deliberação.” *Anais do 8º Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. Foz do Iguaçu: ABDI, 2010.

MATSCHER, Franz. *Quarante ans d'activités de la Cour Européene des Droits de l'Homme*. Vol. 270. Recueil des Cours, 1997.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3ª ed. rev., atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Internacional Público*. 4ª ed. rev. e actual. Cascais: Princípia, 2009.

MORAES, Alexandre. *MORAES. Alexandre. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a Constituição da República Federativa do Brasil: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2007.

MORAVCSIK, Andrew. "The Origins of Human Rights Regimes: Democratic Delegation. In: Postwar Europe. International Organization." 2000. <http://www.jstor.org/stable2601297> (acedido em 15 de Fev de 2015).

OEA. "Pacto de San José da Costa Rica." *Convenção Americana de Direitos Humanos*. San José, 22 de Novembro de 1969.

ONU. "Declaração Universal de Direitos Humanos." Paris, 1948.

—. "Declaração Universal de Direitos Humanos." Paris, 10 de Dezembro de 1948.

—. "Pacto de Direitos Civis e Políticos." *XXI Assembleia Geral das Nações Unidas*. Nova York, 16 de Dezembro de 1966.

—. "Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais." *XXI Assembleia Geral das Nações Unidas*. Nova York, 16 de Dezembro de 1966.

PIOVESAN, Flávia. "Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. Revista Brasileira de Direito Constitucional." *RBDC*, Jan./ Jun de 2012.

—. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2013.

—. "Lei da Anistia, Direito à Verdade e Justiça: o Caso Brasileiro." *Interesse Nacional*, Abril/ Jun de 2012: 14-24.

—. *Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro. Crimes da Ditadura militar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

—. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. Seus elementos, a reparação devida e sanções possíveis. Teoria e prática do Direito Internacional*. Rio de Janeiro, São Paulo: Renovar, 2004.

RAMOS, Rui Manuel Moura. *Estudos de Direito da União Europeia*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

República Federativa do Brasil. “Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.” *Decreto-Lei nº 12.376/2010*. 04 de Setembro de 2010.

RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo. “The conventionality control: Examples of (Un)Successful experiences in Latin America.” *Inter-American and European Human Rights Journal* Vol. 3 (2010): 200-219.

RUSSOWSKY, Iris Saraiva. “Controle de convencionalidade das leis: uma análise na esfera internacional e interna.” *Revista CAAP XVII* (2012): 61-96.

SAGÜES, Néstor Pedro. “El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales: concordancias y diferencias con el sistema europeo.” *Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM*, 2012: 381-417.

SAGÜES, Nestor Pedro. “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad.” *Estudios Constitucionales*, 2010: 117-136.

SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. Contexto Internacional*. Vol. 23. Rio de Janeiro, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 9ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SARLETE, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5ª. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1960.

SUDRÉ, Frédéric. *A propos du "dialogue de juges" et du controle de conventionnalité*. Paris: Pedone, 2004.

SUDRÉ, Frédéric. *Droit Européen et international des droits de l'homme*. 7ª. Paris: Presses Universitaires de France, 2005.

TAVARES, André Ramos. *Reforma do Judiciário no Brasil pós-88 (Des) estruturando a Justiça: comentários completos à EC nº 45/04*. São Paulo: Saraiva, 2005.