

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO E DOUTORADO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO EM DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
LINHA DE PESQUISA EM CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Thiago Heitor da Fontoura Porto

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS E UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIÁLOGO
INTERJURISDICIONAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Santa Cruz do Sul

2017

Thiago Heitor da Fontoura Porto

**O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DO SISTEMA INTERAMERICANO DE
DIREITOS HUMANOS E UMA ANÁLISE CRÍTICA DO DIÁLOGO
INTERJURISDICCIONAL ENTRE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A CORTE
INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, Linha de Pesquisa em Constitucionalismo Contemporâneo, da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal

Santa Cruz do Sul

2017

Dedico esta dissertação à minha família
e também aos verdadeiros amigos,
que, no meu coração,
também são família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Pedro e Saleti, pelo apoio e carinho que nunca me deixaram faltar.

Agradeço a todos os meus professores e em especial à minha orientadora, Professora Mônia C. Hennig Leal. Vocês são minha maior fonte de conhecimento e inspiração.

Agradeço aos meus colegas, em especial à minha amiga Caroline Werle, com os quais tive o prazer de compartilhar essa jornada incrível que é o mestrado.

Agradeço aos meus amigos, que foram compreensivos quando momentaneamente os abandonei nos momentos mais difíceis dessa jornada. Apesar disso, vocês nunca me abandonaram.

Gratidão!

NONA SINFONIA

*É por dentro de um homem que se ouve
o tom mais alto que tiver a vida
a glória de cantar que tudo move
a força de viver enraivecida.*

*Num palácio de sons erguem-se as traves
que seguram o tecto da alegria
pedras que são ao mesmo tempo as aves
mais livres que voaram na poesia.*

*Para o alto se voltam as volutas
hieráticas sagradas impolutas
dos sons que surgem rangem e se somem.*

*Mas de baixo é que irrompem absolutas
as humanas palavras resolutas.
Por deus não basta. É mais preciso o Homem.*

(Ary dos Santos)

RESUMO

O objetivo desta dissertação é analisar o desenvolvimento prático e teórico do controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos e, ainda, fazer uma análise crítica do diálogo interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Com isso, propõe-se responder à seguinte questão: se e de que forma o STF realiza um diálogo interjurisdicional com a Corte IDH, promovendo, ou não, um efetivo controle de convencionalidade? Para melhor enfrentar o problema proposto, este trabalho está dividido em três capítulos. No primeiro, analisa-se o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, bem como a sua proteção por meio dos sistemas regionais. No que concerne aos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, é dado enfoque especial à Organização dos Estados Americanos (OEA), organismo internacional de onde emanam os instrumentos normativos que compõem o corpo jurídico interamericano dos direitos humanos, incluindo o principal deles: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), instrumento fundador da Corte IDH. No segundo capítulo, averigua-se de que forma a Corte IDH desenvolveu a teoria da vinculação interna em relação às decisões internacionais – incidente mesmo quando o Estado não figura, perante ela, no polo passivo da demanda. Tal teoria fundamenta a obrigatoriedade do Poder Judiciário doméstico em promover o controle de convencionalidade não só com base nas normas que compõem o *corpus iuris* interamericano, senão também com base na interpretação que delas tenha feito a aludida Corte regional. Outrossim, é feita uma avaliação do instituto do controle de convencionalidade nas perspectivas da Corte IDH e da jurisprudência do STF. O terceiro capítulo destina-se a avaliar a teoria do diálogo interjurisdicional entre os tribunais nacionais e as Cortes regionais de direitos humanos. Após, é feita uma análise crítica das decisões proferidas pelo STF em que tenha havido citação de jurisprudência da Corte IDH, buscando-se identificar qual modalidade de diálogo foi travado e se, com isso, foi efetivamente promovido o controle de convencionalidade. A conclusão foi a de que esse tema ainda é muito incipiente na jurisprudência do STF. Foram poucas decisões que contaram com citação de jurisprudência da Corte IDH. Mas, nessas poucas, houve uma prevalência significativa de decisões receptivas da jurisprudência interamericana e, em boa parte delas, sem dizê-lo, o STF promoveu efetivo controle de convencionalidade com base na jurisprudência da Corte IDH. A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica, notadamente mediante a pesquisa em livros e artigos científicos. Também se utilizou da técnica de pesquisa documental, por meio de análise da jurisprudência da Corte IDH e do STF e, ainda, dos pertinentes instrumentos normativos nacionais e internacionais. O método de procedimento utilizado é predominantemente o histórico-crítico, mediante a avaliação de conceitos doutrinários construídos, especialmente a partir de meados do século XX, tais como a internacionalização dos direitos humanos, a vinculação interna decorrente de decisões de Cortes Internacionais e o mais recente de todos: o controle de convencionalidade. Outrossim, o método de abordagem é eminentemente o dedutivo, partindo-se de premissas gerais em direção a conclusões específicas. Em relação ao último capítulo da dissertação, por sua vez, é realizado um “estudo de casos”, avaliando-se as decisões do STF em que se verifica a citação de jurisprudência da Corte IDH.

PALAVRAS-CHAVE: Internacionalização dos direitos humanos; diálogo interjurisdicional; controle de convencionalidade; sistema interamericano.

ABSTRACT

The objective of this dissertation is to analyze the practical and theoretical development of the control of conventionality in the inter-American system of human rights and also to make a critical analysis of the interjurisdictional dialogue between the Federal Supreme Court (STF) and the Inter-American Court of Human Rights. With this, it is proposed to answer the following question: if and in what way does the STF conduct an inter-jurisdictional dialogue with the Inter-American Court, promoting or not an effective control of conventionality? To better address the proposed problem, this paper is divided into three chapters. In the first one, the phenomenon of the internationalization of human rights, as well as their protection through the regional systems, is analyzed. Regarding regional systems for the protection of human rights, a special focus is given to the Organization of American States (OAS), an international body from which the normative instruments that make up the inter-American human rights legal framework emerge, including the main ones: the Convention American Commission on Human Rights (ACHR), the founding instrument of the Inter-American Court. In the second chapter, we intend to find out how the Inter-American Court has developed the theory of internal linkage in relation to international decisions. This theory bases the obligation of the domestic Judiciary to promote the control of conventionality not only on the basis of the norms that compose the inter-American *corpus iuris*, but also based on the interpretation that the regional court has made of them. Also, an evaluation of the institute of conventionality control in the perspectives of the Inter-American Court and the jurisprudence of the STF is made. The third chapter aims to evaluate the theory of inter-jurisdictional dialogue between national courts and regional human rights courts. Afterwards, a critical analysis of the decisions handed down by the STF is made, in which case the Court of Human Rights has cited the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, seeking to identify which type of dialogue has been pursued and whether, in this way, conventionality has been effectively promoted. The conclusion was that this topic is still very incipient in the jurisprudence of the STF. There were few decisions that included a quotation from the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights. But in these few cases, there was a significant prevalence of decisions that were receptive to the inter-American jurisprudence, and in many of them, without saying so, the STF promoted effective control of conventionality based on the jurisprudence of the Inter-American Court. The research technique used was the bibliographical one, mainly through the research in books and scientific articles. The documentary research technique was also used, through an analysis of the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and of the Supreme Court, as well as the pertinent national and international normative instruments. The method of procedure used is predominantly historical-critical, through the evaluation of constructed doctrinal concepts, especially from the mid-twentieth century, such as the internationalization of human rights, internal linkage resulting from decisions of International Courts and the most recent Of all: the control of conventionality. Moreover, the method of approach is eminently deductive, departing from general premises towards specific conclusions. In relation to the last chapter of the dissertation, in turn, a "case study" is carried out, evaluating the decisions of the STF in which there is a quotation from the jurisprudence of the Inter-American Court.

KEYWORDS: Internationalization of human rights; Interjurisdictional dialogue; Conventionality control; Inter-American system.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	13
2.1 Contexto histórico da internacionalização dos direitos humanos e os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos.....	13
2.2 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: origem, órgãos e principais instrumentos normativos (<i>corpus iuris</i> interamericano sobre direitos humanos).....	27
2.3 A Corte Interamericana De Direitos Humanos: origem, composição e competências.....	41
3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NAS PERSPECTIVAS INTERNA E EXTERNA	56
3.1 A vinculação interna da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: atividade construtiva de sua competência no exercício interpretativo de sua jurisdição	56
3.2 O controle de convencionalidade na perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	69
3.3 O controle de convencionalidade na perspectiva da Constituição Federal de 1988 e do Supremo Tribunal Federal: análise normativa, jurisprudencial e instrumental ..	82
4 DIÁLOGO INTERJURISDICIONAL E ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	100
4.1 Diálogo interjurisdicional: contexto histórico, conceito, classificação e modos de realização/interpretação	100
4.2 Análise crítica dos casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal em que foi verificada citação de jurisprudência da corte interamericana de direitos humanos	113
5 CONCLUSÃO.....	172
REFERÊNCIAS.....	179

1. INTRODUÇÃO

Observa-se, desde meados do século XX, uma forte tendência de internacionalização do Direito, especialmente no que concerne à tutela dos direitos humanos. Isso se deve à relevância e universalidade de tais direitos, os quais não devem ser violados nem mesmo por leis engendradas mediante processo democrático. Nesse cenário é que surge o controle de convencionalidade, pelo qual se exige compatibilidade entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos.

Outrossim, convém mencionar que esse novo Direito se apresenta de forma mais flexível, menos formal e mais material. Ele inaugura um novo paradigma no pensamento jurídico, que se convencionou chamar de pós-positivismo jurídico. É um direito dialogado, avesso a autoridades vazias e preocupado, sim, com a justiça substantiva. No campo dos direitos humanos, é possível dizer que o direito e a moral enfim se entrelaçam, de forma a torná-lo, por um lado, “impuro” (ao arrepio de Kelsen), mas, por outro lado, mais humano.

Nesta dissertação, analisa-se o desenvolvimento prático e teórico do controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos e, ainda, o diálogo interjurisdicional entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Mais especificamente, é feita uma análise crítica dos acórdãos¹ proferidos pelo STF em que tenha havido citação de jurisprudência da Corte IDH. Com isso, propõe-se responder ao seguinte problema: se e de que forma o STF realiza um diálogo interjurisdicional com a Corte IDH, promovendo, ou não, um efetivo controle de convencionalidade?

Preliminarmente a este estudo, duas hipóteses antagônicas foram levantadas: a) levando em conta a incorporação da Convenção Americana de Direitos Humanos ao ordenamento jurídico nacional (CADH), é possível observar nos acórdãos do STF um efetivo diálogo interjurisdicional com a Corte IDH, de modo que aquele tem se utilizado da jurisprudência desta como fundamento (*ratio decidendi*) de suas decisões, exercendo, assim, efetivo controle de convencionalidade; e b) não obstante a incorporação da CADH ao ordenamento jurídico nacional, o STF não se vale, em suas decisões, da jurisprudência da Corte

¹ A pesquisa restringir-se-á a acórdãos do STF, de modo que decisões monocráticas não serão consideradas.

IDH, ou, se o faz, não necessariamente a acata ou lhe dá grande relevo, somente citando-a como reforço argumentativo (*obiter dictum*) nas hipóteses em que, assim, figura-lhe pertinente.

Os acórdãos do STF em que consta citação de jurisprudência da Corte IDH foram obtidos através de pesquisa levada a cabo por meio da ferramenta de busca de jurisprudência do *site* institucional do STF (www.stf.jus.br), aba “Jurisprudência”, item “pesquisa”. Na caixa de texto “pesquisa livre”, foi inserido o seguinte parâmetro de busca: “Corte adj Interamericana ou Corte adj IDH ou CIDH²” (sem as aspas).

Nas duas caixas de texto referentes à data das decisões procuradas (“data de início e de fim para a pesquisa”) foi feito o preenchimento da seguinte forma: “10/12/1998” a “ ”. Isso mesmo, a segunda caixa ficou em branco para que fossem considerados todos os resultados até a data em que efetuada a pesquisa, em 4 de setembro de 2016, quando se iniciou a consecução do terceiro capítulo desta dissertação. Outrossim, a escolha da data preenchida no primeiro campo não foi aleatória. Trata-se do dia exato em que foi oficialmente reconhecida como obrigatória, no Brasil, a competência contenciosa da Corte IDH (Decreto nº 4.463, de 10 de dezembro de 1998). Os demais campos de preenchimento não foram alterados, de modo que permaneceram as configurações padrões da ferramenta do *site*. Logo em seguida, clicou-se no botão “pesquisar”, o que fez abrir nova página com a indicação do resultado da pesquisa. De posse do resultado, foi realizada uma triagem individualizada de cada decisão, a fim de verificar se, no corpo dos acórdãos obtidos, houve, efetivamente, alguma citação de jurisprudência da Corte Interamericana³.

A consecução desta dissertação está plenamente justificada em face da relevância do tema, que envolve a proteção dos direitos humanos por meio do ainda

² Os termos “adj” e “ou” são denominados “operadores” de busca. O primeiro (“adj”) faz com que a pesquisa encontre apenas as decisões em que as palavras pesquisadas estão próximas. Portanto, ao pesquisar “corte adj interamericana”, o buscador só indicará os resultados em que essas palavras se encontram próximas e nessa ordem. De outra parte, o operador “ou”, faz com que o buscador apresente resultados que contenham quaisquer dos termos indicados. Assim, por exemplo, se o buscador não encontrou “Corte Interamericana”, pode encontrar “Corte IDH” ou, ainda, “CIDH”.

³ Com efeito, essa triagem individual mostrou-se indispensável para a aferição efetiva dos resultados, uma vez que o fato de constar, por exemplo, as palavras “Corte Interamericana” na decisão não significou necessariamente que se estava citando a jurisprudência de dita Corte regional. Veja-se que a pesquisa realizada nos moldes referidos apresentou resultados atinentes a decisões em que não houve citação de jurisprudência da Corte IDH, senão apenas ocorreu de constar no acórdão a justificativa de ausência de determinado Ministro na sessão de julgamento por motivo de participação em evento promovido pela Corte regional. Os resultados da pesquisa são apresentados no terceiro capítulo.

pouco conhecido neste país “controle de convencionalidade”. Como será aprofundado no segundo capítulo, dito controle normativo e interpretativo tem como parâmetro, além das convenções internacionais sobre direitos humanos, a jurisprudência das Cortes regionais. Apesar disso, verifica-se que a jurisprudência da Corte IDH não é, de um modo geral, conhecida pelos magistrados brasileiros, o que enseja eventualmente a consecução de decisões judiciais contrapostas àquelas engendradas no âmbito continental.

Quanto a esse aspecto, convém mencionar que, em 2015, o ministro Ricardo Lewandowski, quando exercia o mandato de presidente do STF, destacou a necessidade de os magistrados brasileiros conhecerem as decisões da Corte IDH. Para tanto, propôs a realização de cursos de formação e de capacitação destinados a juízes e servidores do Poder Judiciário, a fim de que tenham contato com a jurisprudência dessa Corte regional e passem a observá-la em sua jurisdição (STF, 2015, www.stf.jus.br).

Mas infelizmente não é somente o desconhecimento da jurisprudência da Corte IDH que enseja o seu desrespeito. Verifica-se, pelo exemplo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/2008, que o próprio STF proferiu decisão deliberadamente dissonante com a jurisprudência da Corte de San José, a qual firmou e consolidou seu entendimento pela inconvencionalidade das leis de autoanistia oriundas das ditaduras militares, tão comuns na história recente de nosso Continente.

Outrossim, releva salientar que o presente trabalho amolda-se à linha de pesquisa “Constitucionalismo Contemporâneo” do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, cujo objetivo, consoante os dizeres insertos no sítio da aludida instituição de ensino, é o de buscar “compreender o fenômeno constitucional em seu aspecto de consolidação jurídica de garantias próprias de uma sociedade altamente complexa, em razão da pluralidade normativa que lhe é própria” (UNISC, www.unisc.br).

Ademais, o vertente projeto afigura-se adequado ao trabalho desenvolvido pela orientadora professora Pós-Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal, que é coordenadora do projeto “Observatório da Jurisdição Constitucional Latinoamericana”, bem como do grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta: uma proposta de discussão da legitimidade e dos limites da jurisdição

constitucional – instrumentos teóricos e práticos”. Dentro desse contexto, figura o objeto de estudo da presente pesquisa.

Para o melhor enfrentamento do problema proposto, este trabalho está dividido em três capítulos, além desta introdução e da conclusão. No primeiro, analisa-se o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, bem como a sua proteção por meio dos sistemas regionais. No que concerne aos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos, é dado enfoque especial à Organização dos Estados Americanos (OEA), organismo internacional de onde emanam os instrumentos normativos que compõem o *corpus iuris* interamericano dos direitos humanos, incluindo o principal deles: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), instrumento fundador da Corte IDH.

No segundo capítulo, averigua-se primeiramente de que forma a Corte IDH desenvolveu a teoria da vinculação interna em relação às decisões internacionais – incidente mesmo quando o Estado não tenha figurado, perante ela, no polo passivo da demanda. Tal teoria fundamenta a obrigatoriedade do Poder Judiciário doméstico em promover o controle de convencionalidade, não só com base nas normas que compõem o *corpus iuris* interamericano, senão também com base na interpretação que delas tenha feito a aludida Corte regional. E respectivamente nos subtítulos dois e três desse capítulo, é feita uma avaliação do instituto do controle de convencionalidade, na perspectiva da Corte IDH e na perspectiva interna, da Constituição Federal de 1988 e da jurisprudência do STF.

E, por fim, o terceiro capítulo destina-se a avaliar a teoria do diálogo Interjurisdicional entre os tribunais nacionais e as Cortes regionais de direitos humanos. Após, é feita uma análise crítica das decisões proferidas pelo STF em que tenha havido citação de jurisprudência da Corte IDH, buscando-se identificar qual modalidade de diálogo foi travado e se, com isso, foi efetivamente promovido o controle de convencionalidade.

A fim de alcançar os objetivos perseguidos neste trabalho, utilizou-se da técnica de pesquisa bibliográfica, notadamente mediante a pesquisa em livros e artigos científicos. Também se utilizou da técnica de pesquisa documental, por meio de análise da jurisprudência da Corte IDH e do STF e, ainda, dos pertinentes instrumentos normativos nacionais e internacionais, tais como a Constituição Federal e a CADH. O método de procedimento utilizado é predominantemente o histórico-crítico, mediante a avaliação de conceitos doutrinários construídos,

especialmente a partir de meados do século XX, tais como a internacionalização dos direitos humanos, a vinculação interna decorrente de decisões de Cortes Internacionais e o mais recente de todos: o controle de convencionalidade. Outrossim, o método de abordagem é eminentemente o dedutivo, partindo-se de premissas gerais em direção a conclusões específicas. Em relação ao último capítulo da dissertação, por sua vez, será realizado um “estudo de casos”, avaliando-se as decisões do STF em que se verifique a citação de jurisprudência da Corte IDH.

2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A internacionalização (não só dos direitos humanos) é um fenômeno típico dos dias hodiernos. Hoje, a humanidade desborda fronteiras para conhecer novas pessoas, buscar e produzir novos conhecimentos. Mediante uma sinergia mundial de troca de experiências e culturas, tem-se observado uma evolução nas mais diversas áreas do saber. Evidentemente que, nesse contexto, também o direito evolui, notadamente no âmbito dos direitos humanos, em cujo próprio conceito encontra-se o caráter da universalidade.

Assim, neste primeiro capítulo da dissertação pretende-se analisar o fenômeno da internacionalização dos direitos humanos, bem como a sua proteção por meio dos sistemas regionais, em especial pela Organização dos Estados Americanos (OEA), organismo internacional de onde emanam os instrumentos normativos que compõem o *corpus iuris* interamericano dos direitos humanos, incluindo o principal deles: a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, instrumento fundador da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

2.1 Contexto histórico da internacionalização dos direitos humanos e os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos

Ao longo da história, os direitos, quaisquer que sejam, nunca foram entregues de bandeja pelos detentores do poder. Evidentemente que os direitos humanos também não se trataram de uma mera concessão estatal. Conforme Julios-Campuzano (2008, p. 117),

no amanhecer histórico dos direitos do homem e em seu desenvolvimento posterior, os direitos humanos foram, em primeiro lugar, demandas coletivas, reivindicações arrancadas do poder contra a vontade desse, conquistas da razão frente à barbárie.

Tais direitos são, assim, “o produto de uma longa história de luta por justiça social e resistência à opressão em todas as sociedades humanas” (AN-NA'IM, 2004, p. 434). No mesmo sentido, pode-se afirmar, com Piovesan (2010, p. 114), que os direitos humanos, entendidos pelo prisma da historicidade, são “fruto de um espaço simbólico de luta e ação social, na busca por dignidade humana”, configurando

ainda, o que Arendt (1979, p. 134) chamou de um dado, “uma invenção humana em constante processo de construção e reconstrução”.

Com efeito, a internacionalização dos direitos humanos é um fenômeno que surge paralelamente ao nascimento do Estado Democrático de Direito, tendo ambos como escopo assegurar que as gravíssimas violações a direitos humanos perpetradas nas duas Guerras Mundiais do Século XX jamais se repetissem. Diante disso, o novo modelo de Estado tem como principais atributos a valorização da democracia e dos direitos humanos, aparecendo como um meta-valor a *dignidade da pessoa humana*, impassível de violação, nem mesmo pela vontade da maioria (LEAL, 2007).

Não obstante, confiar a tutela da dignidade humana *unicamente* aos Estados se afigurava, para dizer o mínimo, nada aconselhável. Isso porque, a história é farta de exemplos em que eles próprios figuram como violadores de direitos humanos, protegidos por um sistema de direito internacional que tradicionalmente sobrelevou o princípio da soberania nacional, muitas vezes em detrimento de tais direitos. Como bem observam Brugger e Leal (2007, p. 124), essa soberania irrestrita do Estado respaldou-se – e ainda se respalda – no (falacioso) argumento de que “é necessário que se imponha a força para se assegurar a paz”. Contudo, alertam os autores que, “uma vez alcançada a paz, reconhecer ou atribuir a qualquer governo um poder irrestrito traz um novo risco: o da tirania”, o que (conforme a história não nos deixa mentir), invariavelmente implica na violação de direitos humanos, em especial, os de primeira dimensão (direitos de liberdade).

Além desse risco, percebeu-se que os Estados, *sozinhos*, mesmo quando bem-intencionados, poderiam falhar na proteção dos direitos humanos. Por tais razões, identificou-se a necessidade imperiosa de se desenvolver e consolidar⁴ um sistema *internacional* para tutelar eficazmente ditos direitos (PIOVESAN, 2010). Nesse contexto, logo após o final da Segunda Guerra, foi instituída, em 1945, a Organização das Nações Unidas (ONU), que já no preâmbulo de seu documento fundador (Carta de San Francisco, também denominada de Carta das Nações Unidas), salienta o seu propósito de tutela dos direitos humanos. Senão vejamos:

4 Como bem observa Piovesan (2010, p. 115-117), o processo de internacionalização dos direitos humanos começa a se desenvolver um pouco antes, com a formação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e a extinta Liga das Nações, criados no pós-Primeira Guerra Mundial. “Contudo, a verdadeira *consolidação* do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge [apenas] em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra Mundial” (PIOVESAN, 2010, p. 121, sem grifos no original).

NÓS, OS POVOS DAS NAÇÕES UNIDAS, RESOLVIDOS a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas (...) (ONU, 1945, www.planalto.gov.br)

Conforme Garcia (2005), não obstante a Carta da ONU não se referir *ipsis litteris* à proteção ou à salvaguarda dos “direitos humanos”, é indubitável sua pretensão de inaugurar uma nova ordem no Direito Internacional, antes intraestatal, vinculando o tratamento dos Estados aos indivíduos, nacionais ou estrangeiros, a regras e princípios internacionais.

Com efeito, a ONU foi criada com a finalidade de assegurar que as gravíssimas violações a direitos humanos – tais como o direito à vida, à liberdade, à integridade física, à dignidade humana – ocorridas na primeira e segunda guerras mundiais⁵ jamais se repetissem. Para tanto, conta com um aparato próprio de Órgãos, com destaque para a Assembleia Geral das Nações Unidas, órgão essencialmente deliberativo, composto por todos os países membros da ONU, que se encarrega, *inter alia*, de elaborar recomendações aos Estados-partes, incluindo medidas para assegurar a solução pacífica de eventuais demandas envolvendo interesses transcendentais à esfera estatal, como é o caso da proteção aos direitos humanos (PRONER, 2002, p. 85).

Proner (2002, p. 85) ainda salienta a importância de outros três órgãos da ONU, quais sejam: o Conselho Econômico e Social, o Secretariado das Nações Unidas e o Conselho de Segurança. O primeiro Órgão citado

compartilha com a Assembleia Geral a função de fazer recomendações aos Estados com o objetivo de assegurar a proteção dos direitos humanos. Tem competência para receber informes dos Estados-membros e de outros órgãos da ONU e também para averiguar o cumprimento das recomendações (PRONER, 2002, p. 85).

De outra parte, o Secretariado das Nações Unidas “dispõe de poderes para alertar o Conselho de Segurança da ONU a respeito de qualquer assunto que em sua opinião possa colocar em perigo a paz e a segurança internacional” (PRONER, 2002, p. 85). Por derradeiro, o Conselho de Segurança funciona como um órgão de

5 Ocorridas respectivamente entre 1914 e 1918 e entre 1939 e 1945.

execução, cujo objetivo é “a manutenção da paz e da segurança internacional” (PRONER, 2002, p. 86).

A aludida Corte Internacional, instituída no artigo 92⁶ da Carta da ONU, com sede em Haia, “constitui o principal órgão judicial das Nações Unidas” (PRONER, 2002, p. 86). Contudo, sua competência não se restringe à atuação no âmbito dos direitos humanos (como o faz, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que será analisada no terceiro subtítulo deste capítulo), abrangendo também questões de natureza política e econômica, entre outras⁷.

Com o mesmo escopo que empolgou sua Carta fundadora, a ONU veio a proclamar – cerca de três anos após sua fundação, em 10 de dezembro de 1948, através de decisão unânime de sua Assembleia Geral (Resolução 217 A - III) – a *Declaração Universal dos Direitos do Homem*⁸ (DUDH). Com efeito, a citada declaração representa um marco na história da humanidade, haja vista que estabelece, pela primeira vez, uma tutela *universal* dos direitos humanos, assentada naquilo que Norberto Bobbio (2004, p. 47) denominou de “maior prova histórica [...] do *consensus omnium gentium* sobre um determinado sistema de valores”⁹.

No escólio de Gorczewski (2005, p. 85), não obstante se possa encontrar na história da humanidade inúmeras manifestações relevantes em matéria de salvaguarda de direitos humanos – como por exemplo a *Magna Carta* (Inglaterra, 1215), o *Bill of Rights* (Inglaterra, 1689), a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (Estado Unidos, 1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789) – é efetivamente a Declaração Universal dos Direitos do Homem “o marco maior do processo de internacionalização dos direitos humanos”.

O referido instrumento internacional diferencia-se de todos os seus antecessores, uma vez que se trata do primeiro a estender direitos de modo

⁶ Artigo 92. A Corte Internacional de Justiça será o principal órgão judiciário das Nações Unidas. Funcionará de acordo com o Estatuto anexo, que é baseado no Estatuto da Corte Permanente de Justiça Internacional e faz parte integrante da presente Carta (BRASIL, 1945, www.planalto.gov.br).

⁷ O que talvez explique alguns problemas que a Corte Internacional de Justiça apresenta atualmente, como é o caso de sua interminável morosidade processual.

⁸ Embora haja alguma confusão a respeito, o nome original do referido documento é, de fato, “Declaração Universal dos Direitos do Homem” e não dos direitos *humanos*. A despeito disso, não se trata de nenhuma espécie de sonegação aos direitos das mulheres, visto que referida declaração é enfática ao estabelecer em seu preâmbulo a “igualdade de direitos entre homens e mulheres” (ONU, 1948, www.dudh.org.br).

⁹ Algostino (2016) questiona a ideia de que a DUDH tenha sido, de fato, fruto de um consenso universal. Após avaliar que, dentre as oito abstenções na votação da Declaração, estão os países que compunham a antiga união soviética, a autora refere que a DUDH é um instrumento normativo tipicamente liberal, que não representa propriamente a ideologia do mundo todo, mas tão somente do mundo ocidental (ALGOSTINO, 2016).

indistinto a *todos* os seres humanos do planeta¹⁰. Nisso, reside justamente o caráter da *universalidade* da DUDH, visto que estabelece a condição de pessoa humana como requisito único e exclusivo para a dignidade e a titularidade de direitos (PIOVESAN, 2010, p. 142).

Assim, a DUDH evidencia uma alteração profunda no direito internacional público, mudança esta que estava em marcha desde o final da Primeira Guerra, com a formação da extinta Liga das Nações, mas que somente aqui se manifesta de modo hialino. Veja-se que, desde seu surgimento até o início do século XX, o direito internacional público se limitou a regular apenas as relações *interestatais*, não se preocupando, em princípio, em promover uma tutela dirigida às *pessoas* submetidas à soberania dos Estados envolvidos.

Sob esse aspecto, um elemento importante a ser considerado na mudança de conceito do Direito Internacional Público encontra-se justamente na noção de *soberania*, modernamente associada à figura impessoal do Estado de Direito (e não mais à pessoa do monarca). Em síntese, a soberania do Estado frente aos seus cidadãos (soberania interna) abrange os poderes de “legislar, aplicar a lei e de adjudicar as disputas com relação a determinadas pessoas dentro de um determinado território” (BRUGGER; LEAL, 2007). Contudo, a soberania interna afigura-se simplesmente como uma das manifestações da soberania estatal. Nesse sentido, assevera Leal (2014, www.ninc.com.br, p. 132) que “a ideia de soberania como *potestas absoluta superiorem non recognoscens* corresponde a dois eventos paralelos e divergentes”: um relativo à soberania *interna* e outro concernente à soberania *externa*.

¹⁰ Não obstante, Arendt (2011) traz uma reflexão que merece atenção. Ao analisar as diferenças na pretensão de alcance das declarações da Revolução Americana (Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia) e da Francesa (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), a autora observa que esta última, já em 1789, também pareceu ter por intento alcançar, além do cidadão francês, todas as pessoas indistintamente. Em vista disso, poder-se-ia, em tese, falar em uma ambição universalista dos revolucionários franceses no reconhecimento dos direitos humanos. Com relação à Declaração Americana isso não ocorreu. Ela foi engendrada mais sob o enfoque do *Governo*, condicionando suas atividades aos direitos reconhecidos na aludida Declaração. Assim, de fato, é possível observar que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa prescreveu direitos independentes da estrutura política nacional, visando a reconhecer, destarte, direitos inerentes à natureza humana e, portanto, *universais*. Ainda assim, entende-se que a DUDH realmente se trata do primeiro instrumento a estender direitos humanos, de modo indistinto, a toda pessoa, uma vez que ela é resultado do consenso de diversos países, tendo sido engendrada no âmbito da Organização das Nações Unidas, a maior organização internacional existente, em um momento histórico que movimentou o mundo inteiro. De outra parte, no caso da Declaração Francesa, tratou-se de um documento elaborado exclusivamente pelos revolucionários franceses dentro de um contexto mais localizado, ainda que, posteriormente, tenha vindo a repercutir em todo o mundo ocidental.

Com relação à soberania interna, o que a história demonstrou a partir da Revolução Francesa (último quartel do século XVIII) foi a “sua progressiva limitação e dissolução paralelamente à formação dos Estados Constitucionais e Democráticos de Direito” (LEAL, 2014, www.ninc.com.br, p. 132). É dizer: à medida que foram sendo reconhecidos, através da lei e da Constituição, direitos fundamentais aos cidadãos, a noção de soberania interna limitou-se. O Estado passou, assim, a não possuir mais poder absoluto sobre as pessoas estabelecidas em seu território, tal como ocorria no Estado Absolutista.

De outra parte, a manifestação da soberania externa caminhou em sentido contrário, sendo sua trilha observável na “história de sua progressiva absolutização, que alcançou seu ápice na primeira metade do século XX, com as catástrofes provocadas pelas guerras” (LEAL, 2014, www.ninc.com.br, p. 132). A ideia que imperava no cenário internacional até meados do século passado era a de que os demais países não poderiam intervir nos assuntos internos de determinado Estado, enquanto estes não ultrapassassem as suas fronteiras¹¹.

Essa concepção de soberania externa ilimitada estava em marcha desde a consolidação do Estado Nacional no século XVII, momento em que ocorre a absolutização da força interna estatal e, no âmbito externo, produz-se uma descentralização, firmada na horizontalização das relações entre Estados igualmente soberanos (FARRAJOLI, 2002). Diante desse contexto histórico, o Direito Internacional manifestava-se de modo estritamente *comutativo*, ou seja, contratual, cujas relações eram baseadas nos acordos (normalmente bilaterais) celebrados entre os Estados, formalmente iguais e soberanos.

Consequentemente, o reconhecimento dos direitos *humanos* enquanto questão *internacional* encontrou resistência, sobretudo, em face dessa noção de soberania estatal, que predominou no cenário internacional até o fim da Segunda Guerra. Nesse contexto, somente os *Estados* eram reconhecidos como sujeitos do direito internacional público¹². Era, assim, inconcebível que os indivíduos pudessem

¹¹ E foi por conta disso que, enquanto a Alemanha nazista estava matando e torturando seus *próprios* nacionais (de origem judia e africana), em seu *próprio* território, o resto do mundo permaneceu inerte.

¹² Embora algumas discussões a este respeito já tenham sido travadas no século XVI, por Francisco de Vitória que, em suas prelações apresentadas na Universidade de Salamanca, contestou o direito de exploração dos índios aduzido pelos espanhóis à época do descobrimento do Novo Mundo. Suas doutrinas baseadas na ideia de uma sociedade de Estados igualmente soberanos, da sujeição destes aos direitos naturais e a teoria da guerra justa como sanção estão na base da teoria internacionalista moderna (FERRAJOLI, 2002).

deter direitos internacionais (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, books.google.com.br).

Como mencionado anteriormente, esse modelo de soberania externa atinge seu ápice e, simultaneamente, sua queda com as guerras do século XX, e posterior assinatura da Carta da ONU e da DUDH. Dessa forma, se no âmbito interno a limitação à soberania ocorreu na mudança do Estado absolutista para o Estado de Direito, em que o poder passa a ser limitado pela lei, ou seja, pela constitucionalização do Estado; no âmbito externo, esse “processo se dá, por sua vez, a partir do surgimento de organizações e tratados internacionais, que acabam por gerar uma verdadeira ordem supranacional” (LEAL, 2014, www.ninc.com.br, p. 133). E é a partir desse momento, diz Ferrajoli (2002, p. 40), que “o próprio conceito de soberania externa torna-se logicamente inconsistente”, sendo, agora, possível identificar o direito internacional e os vários direitos estatais como um ordenamento jurídico uno (FERRAJOLI, 2002, p. 40). A DUDH representa o pontapé inicial dessa mudança profunda ocorrida no direito internacional público, figurando, destarte, como um marco na ruptura com o modelo tradicional, visto que o direito internacional passou, a partir de sua elaboração, a, indiscutivelmente, considerar não somente os Estados como sujeitos do direito internacional público, mas também os *indivíduos*.

As lições de Cançado Trindade (1997, p. 20) reforçam essa ideia. Segundo o autor, a Declaração Universal dos Direitos do Homem trata-se essencialmente de um instrumento jurídico internacional “de proteção, marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados”. Mais que isso: releva salientar que os Estados não apenas *não* figuram como o objeto de proteção da DUDH, como os mesmos possuem o *dever* de, juntamente com a ONU, *proteger* e *promover* os direitos humanos previstos no aludido instrumento internacional, obrigação esta que decorre da “mera” ratificação à Carta das Nações Unidas e à Declaração Universal dos Direitos do Homem, em razão da lógica de direito internacional consubstanciada no princípio de que os Estados devem honrar os compromissos que assumem internacionalmente (*pacta sunt servanda*).

Com efeito, são numerosos os direitos humanos reconhecidos pela DUDH, a começar por direitos civis e políticos¹³ (artigos 1º a 21), ancorados nos princípios da

¹³ Conforme Gorczewski (2005, p. 86), “consideram-se direitos civis e políticos [previstos na DUDH]: o direito à vida, à liberdade, à segurança pessoal, à proibição da escravidão e da servidão; à proibição da tortura e do tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante; o direito a ser reconhecido

liberdade e igualdade formal, partindo-se, em seus dispositivos finais, para o reconhecimento de direitos sociais e culturais¹⁴ (artigos 22 a 27), apoiados, por sua vez, nos princípios da solidariedade e da igualdade material¹⁵ (GORCZEWSKI, 2005, p. 86). Ocorre que, haja vista a DUDH ter sido aprovada pela Assembleia Geral com natureza “declaratória” (vide sua própria denominação), o documento foi considerado, pela ordem internacional, como uma mera *recomendação*, sem força cogente. Em vista disso, a ONU reputou necessário criar um novo documento de direitos humanos que fosse juridicamente vinculante/obrigatório aos Estados. Assim, em 1966 foram, então, propostos o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em teoria, o primeiro abrangia os direitos humanos que seriam consagrados pelos regimes capitalistas; o segundo, os consagrados pelos regimes socialistas. Essa divisão se deu em razão da polarização mundial entre os dois regimes (situação que viria a deflagrar a denominada “Guerra Fria”). Com essa divisão entre os direitos de primeira e segunda dimensão em documentos diferentes, a ONU pretendia que os Estados ao menos assinassem e ratificassem um dos mencionados tratados, senão os dois (FERNANDES, 2009). O Brasil foi um dos países que ratificou ambos os instrumentos normativos internacionais, os quais foram promulgados internamente em 6 de julho de 1992, respectivamente pelos Decretos nºs 592 e 591, após terem tido seus textos aprovados pelo Congresso Nacional em 12 de dezembro de 1991, por meio do Decreto Legislativo nº 226.

Atualmente, a tutela internacional dos direitos humanos encontra-se ainda mais ampliada, o que decorre de uma expansão do corpo de direito internacional dos direitos humanos, ocorrido a partir de 1945, com a formação da ONU. Veja-se que – além da denominada Carta Internacional dos Direitos Humanos, composta pela DUDH, juntamente com o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o

como pessoa perante a lei; o direito a igual proteção da lei; o direito a um processo justo e público por tribunal independente e imparcial; à presunção de inocência até que a culpabilidade seja provada; à proibição de interferências arbitrárias na vida privada, na família, no lar, na correspondência; à liberdade de locomoção, o direito de asilo; o direito a [sic] propriedade; à liberdade de pensamento, de consciência, religião, opinião e expressão; à liberdade de reunião e associação pacífica; o direito de participar do governo de seu Estado e ao acesso equitativo ao serviço público de seu país”.

¹⁴ Como direitos sociais e culturais, se reconhecem na DUDH os seguintes direitos: “o direito à previdência social; o direito ao trabalho; o direito ao repouso e ao lazer; o direito a um padrão de vida capaz de assegurar saúde e bem-estar; o direito à educação e a participar da vida cultural da comunidade” (GORCZEWSKI, 2005, p. 86).

¹⁵ Nesse aspecto, pode ser observado que a DUDH reconhece a característica da indivisibilidade dos direitos humanos, porquanto a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais (PIOVESAN, 2014, p. 192).

Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – o *corpus iuris* internacional de direitos humanos é composto, entre outros, pelos seguintes tratados internacionais, todos provenientes das Nações Unidas: a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio¹⁶, a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial¹⁷, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres¹⁸, a Convenção sobre os Direitos da Criança¹⁹ e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²⁰.

A influência de ditos instrumentos internacionais nos sistemas *regionais* de proteção aos direitos humanos é bastante evidente, na medida em que serviram de fonte de inspiração para os pactos firmados a nível regional (PRONER, 2002, pp. 28-29). Outrossim, também é bastante perceptível sua influência nos ordenamentos jurídicos *internos* de diversos países²¹ –, embora sua concretização tenha se dado de forma um tanto tardia em muitos Estados latino americanos, fustigados por ditaduras militares que atrasaram a sua evolução em matéria de direitos humanos. E é justamente nas peculiaridades históricas e culturais de cada Continente que se situa a relevância da proteção aos direitos humanos pelos chamados sistemas *regionais* de proteção aos direitos humanos.

Muito embora a universalização seja uma característica ontológica dos direitos humanos, a verdade é que o tratamento regionalizado torna sua proteção muito mais efetiva, até mesmo em razão da maior proximidade geográfica entre as organizações regionais e os seus tutelados. Ademais, as diferenças históricas e culturais existentes entre os continentes requerem, de fato, um tratamento diversificado, o que pode ser feito – e de modo eficaz – no âmbito de cada sistema regional.

¹⁶ Concluída em 1948, ratificada pelo Brasil em 1952 e promulgada no mesmo ano pelo Decreto nº 30.822.

¹⁷ Criada em 1965, ratificada pelo Brasil em 1968 e promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969.

¹⁸ Criada em 1979, ratificada em 1984, promulgada no mesmo ano pelo Decreto nº 89.460, posteriormente revogado para dar espaço a uma promulgação mais ampla, realizada através do Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002.

¹⁹ Criada em 1989, ratificada em 1990 e promulgada no mesmo ano pelo Decreto nº 99.710

²⁰ Criada em 2006, ratificada em 2008 e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Sobre este instrumento normativo, convém mencionar que se trata do único tratado internacional com *status* de emenda constitucional, *ex vi* do artigo 5º, §3º, de nossa Constituição Federal.

²¹ Inclusive no Brasil, conforme se infere do fato de nossa Constituição ter positivado todos os preceitos da DUDH, dando a estes o relevo de direitos fundamentais (CITTADDINO, 2002).

Conforme os ensinamentos de Rhona Smith (2012, p. 87), dentre as muitas vantagens dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos está justamente a relativa homogeneidade de cultura, idioma e tradições dos Estados que os compõem, o que, somado ao fato de tais sistemas serem constituídos por um número menor de signatários (quando comparados aos sistemas globais), facilita o consenso político na formação dos seus textos convencionais, assim como na sua execução e monitoramento. Nos dizeres da referida autora,

there are inevitably many advantages to developing regional systems of human rights. Fewer States will be involved thus political consensus should be more forthcoming on both texts and any monitoring/enforcement machinery. Many regions are also relatively homogeneous with respect to culture, language, and tradition, which has obvious advantages²².

Consoante Mazzuoli (2012, p. 652), “entre as organizações regionais de maior importância estão o Conselho da Europa (CE), a Organização dos Estados Americanos (OEA) e a União Africana (UA)”. Na realidade, as organizações referidas pelo autor são justamente aquelas que possuem atribuições no âmbito dos direitos humanos, formando, assim, os três sistemas regionais de proteção aos direitos humanos existentes atualmente: o europeu, o africano e o interamericano.

Alguns autores reconhecem ainda a existência de um sistema árabe de direitos humanos, representado pela Liga dos Estados Árabes. Isso porque o aludido Órgão conta com uma Comissão Permanente de Direitos Humanos, instituída em 1968 e que elaborou a Carta Árabe dos Direitos Humanos (PRONER, 2002, p. 93), documento regional “que reflete a islâmica lei da sharia e outras tradições religiosas (PIOVESAN, 2006, p. 52).

Contudo, o sistema árabe ainda carece de um Tribunal próprio com competência para julgar casos envolvendo violações de direitos humanos. Sua criação vem ocupando a pauta deliberativa da Liga Árabe, tendo, inclusive, sido objeto de acordo em 2013 (RIDRUEJO; ALVARADO, 2015, p. 163, www.scielo.cl); mas a verdade é que, até que a Corte (Pan)Árabe de Direitos Humanos seja, de fato, instituída, o sistema árabe terá de conviver com uma proteção deveras limitada

²² Tradução livre: “existem inevitavelmente muitas vantagens em se desenvolver sistemas regionais de direitos humanos. Um número menor de Estados estará envolvido e, assim, o consenso político na criação de tratados fica facilitado, assim como quaisquer dos seus mecanismos de execução e monitoramento. Outrossim, muitas regiões são relativamente homogêneas, com relação à cultura, idioma e tradição, o que possui vantagens evidentes”.

em matéria de direitos humanos, reduzida a informes e publicações (RIDRUEJO; ALVARADO, 2015, p. 163, www.scielo.cl).

Quanto ao leste do continente asiático, observa-se que, a despeito dos esforços empreendidos pela ONU e por Organizações Não Estatais (ONGs) no sentido de se criar um sistema regional asiático de proteção aos direitos humanos, “for Asia as a whole, no human rights system yet exists²³” (BUERGENTHAL; SHELTON; STEWART, 2009, books.google.com.br). Assim, por ora, opta-se por aderir à corrente majoritária, segundo a qual, “ao lado do sistema global, surgem os sistemas regionais de proteção, que buscam internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África” (PIOVESAN, 2006, p. 50).

Releva salientar que, apesar de inicialmente a ONU ter se insurgido quanto à criação de ditos sistemas regionais – pois temia um desvirtuamento na noção de universalidade dos direitos humanos –, atualmente observa-se sua ampla aceitação (e, quiçá, encorajamento) com relação à atuação de tais organizações. Com efeito, já em 1977, por ocasião do 32º período de sessões da Assembleia Geral das Nações Unidas, consolidou-se o seu entendimento acerca “de la importancia de fomentar la cooperación regional para la promoción y protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales²⁴” (ONU, 1977, www.un.org). Por tal razão, a Assembleia Geral da ONU, inclusive, fez um apelo aos Estados pertencentes a áreas em que não se havia criado um acordo regional a fim de que “consideren acuerdos con miras a establecer en sus respectivas regiones mecanismos regionales adecuados para la promoción y protección de los derechos humanos²⁵” (ONU, 1977, www.un.org).

Desse modo, observa-se não haver uma relação dicotômica entre os sistemas regionais e o sistema global, senão uma relação de *complementaridade* na defesa dos direitos humanos (PIOVESAN, 2001, www.dhnet.org.br). Isso significa que a proteção aos direitos humanos deve resultar de uma *sinergia* entre os Estados, os Sistemas Regionais e as Nações Unidas. E em caso de eventual conflito entre normas nacionais, regionais e/ou internacionais, deverá prevalecer a norma

²³ Tradução livre: “na Ásia como um todo, nenhum sistema de direitos humanos ainda existe”.

²⁴ Tradução livre: “da importância de fomentar a cooperação regional para a promoção e proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais”.

²⁵ Tradução livre: “considerem firmar acordos com vistas a estabelecer em suas respectivas regiões mecanismos regionais adequados para a promoção e proteção dos direitos humanos”.

mais favorável aos direitos humanos, corolário do já citado princípio *pro homine*, que será mais aprofundado no próximo capítulo.

Dessa forma, tem-se que os diversos sistemas de proteção de direitos humanos, somados com o sistema nacional de proteção, são capazes de proporcionar uma maior efetividade na tutela e promoção de direitos humanos fundamentais, formando assim um sistema jurídico de proteção à pessoa humana deveras mais completo, pela integração de fontes, assunto que também será objeto de análise no próximo capítulo.

Voltando as atenções para os sistemas regionais existentes, verifica-se que os sistemas europeu, africano e interamericano, conquanto apresentem algumas diferenças de cunho institucional²⁶, possuem muitas características e objetivos comuns, sendo o principal deles o objetivo de promover uma cooperação entre os Estados que os compõem, com vistas a proteger e promover os direitos humanos (MAZZUOLI, 2012, p. 653). Para tanto, todos os três sistemas regionais possuem um corpo jurídico próprio, bem como organismos regionais de proteção, promoção e julgamento de questões atinentes aos direitos humanos.

Com efeito, um dos avanços provenientes do surgimento dos sistemas regionais mais marcantes, no que se refere à proteção internacional/regional dos direitos humanos, foi a ampliação do acesso às instâncias internacionais, que antes se limitava aos Estados, e que atualmente passa a alcançar, inclusive, as pessoas individualmente consideradas. Releva salientar que esse avanço no cenário internacional se relaciona diretamente com o “reconhecimento da capacidade processual internacional [da pessoa física] em casos de violações dos direitos humanos” (TRINDADE, p. 03). Nesse sentido, destaca-se o sistema *europeu* de proteção aos direitos humanos, que com a entrada em vigor do Protocolo nº 11²⁷, em 11 de maio de 1994, passou a admitir o acesso *direto* dos indivíduos ao seu Tribunal Regional, inclusive com a possibilidade de diretamente dar início a uma

²⁶ Um exemplo dessas diferenças é o fato de que, na Europa, as demandas regionais são oferecidas diretamente em seu Tribunal Regional (Tribunal Europeu de Direitos Humanos), não existindo atualmente naquele sistema regional uma Comissão tal como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Africana de Direitos do Homem e dos Povos.

²⁷ Protocolo que instituiu a reforma do mecanismo de controle estabelecido pela Convenção Europeia dos Direitos Humanos, em especial pela criação de uma nova Corte europeia que, a partir de então, funcionaria como único órgão jurisdicional de supervisão da aludida Convenção.

demanda regional²⁸ (artigo 34^o²⁹ da Convenção Europeia de Direitos Humanos - CEDH).

O sistema regional da Europa conta com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), o mais antigo dentre os tribunais regionais, criado em 1959, com sede em Estrasburgo, no leste da França. A referida Corte, integrada por tantos juízes quantos forem os Estados signatários da CEDH (conforme seu artigo 20), tem como prerrogativa precípua, nos termos de seu artigo 19, assegurar o respeito aos compromissos resultantes da referida Convenção e seus protocolos adicionais (CONSELHO EUROPEU, 1950, www.echr.coe.int).

Na visão de Proner (2002, p. 92), o sistema europeu destaca-se, entre os sistemas regionais, como aquele que apresenta os melhores resultados, no que concerne ao cumprimento, sem embargo, de suas decisões por parte dos países signatários da Convenção Europeia. Segundo a autora (PRONER, 2002, p. 92), a proteção aos direitos humanos promovido pelo TEDH reforça-se em razão de que “o Tribunal Europeu dita a sentença definitiva e, em geral, obtém êxito pelo *animus cooperativo*” dos Estados-membros.

Ademais, é interessante mencionar que, originariamente, o sistema europeu contava ainda com uma “Comissão” de direitos humanos, a exemplo dos demais sistemas regionais. Contudo, a referida comissão veio a ser incorporada ao Tribunal Europeu em 1998 (Protocolo nº 11 da CEDH), “com vistas à maior justicialização do sistema europeu, mediante uma Corte reformada e permanente” (PIOVESAN, 2006, pp. 51-52). O referido Protocolo objetivou, assim, “simplificar e diminuir a duração dos processos, reforçando o caráter judicial do sistema e tornando-o obrigatório” (PIOVESAN, 2006, p. 52).

De outra parte, o Sistema Regional Africano conta com uma Comissão Africana de Direitos do Homem e dos Povos e, além dela, com a jurisdição de um tribunal próprio – a Corte Africana de Direitos do Homem e dos Povos –, sendo este,

²⁸ No sistema interamericano, esse direito não consta na Convenção Americana, mas pode ser encontrado no Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos (indicar artigo, item, etc., se possível), o qual, de forma mais tímida, reconhece o direito de *participação* direta dos indivíduos demandantes em todas as etapas do procedimento de violações dos direitos consagrados na Convenção Americana (CORRERIA, 2008).

²⁹ Artigo 34. O Tribunal pode receber petições de qualquer pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares que se considere vítima de violação por qualquer Alta Parte Contratante dos direitos reconhecidos na Convenção ou nos seus protocolos. As Altas Partes Contratantes comprometem - se a não criar qualquer entrave ao exercício efectivo desse direito. (CONSELHO DA EUROPA, 1950, www.gddc.pt)

por sua vez, o mais recente entre os tribunais regionais. A mencionada Corte, criada em 1998 e integrada por 11 juízes (artigo 11 do Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos relativo à Criação de um Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos), tem como escopo assegurar a defesa dos direitos do homem e dos povos africanos (UNIÃO AFRICANA, 1998, www.african-court.org).

O sistema africano afigura-se ainda incipiente, mas vem apresentando avanços significativos nos últimos anos. Uma das peculiaridades do vertente sistema regional que, a despeito de sua tardia formação, representa um avanço em matéria de proteção aos direitos humanos, é o fato de que, nos termos do artigo 5º, item 3³⁰ do Protocolo supracitado, a provocação do Tribunal Africano pode ser levada a cabo *diretamente* por ONGs ou até mesmo *indivíduos* pertencentes a um Estado africano, desde que dito Estado tenha ratificado a competência da Corte regional nos termos do artigo 34, item 6³¹ do referido Protocolo.

Por fim, o sistema regional interamericano também conta com uma Comissão e uma Corte Interamericana de Direitos Humanos, esta última com sede em San José, na Costa Rica. A referida Corte, criada em 1969 e cuja competência foi reconhecida como obrigatória pelo Brasil em 10 de dezembro de 1998 (Decreto nº 4.463), tem como finalidade a interpretação e a aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e demais tratados internacionais sobre direitos humanos provenientes da OEA, os quais, juntamente com a jurisprudência da Corte Interamericana, formam o chamado *corpus iuris* interamericano sobre direitos humanos. Com isso, passa-se para o próximo tópico, em que será analisado mais detidamente o sistema regional interamericano de proteção aos direitos humanos.

³⁰ Article 5 ACCESS TO THE COURT (...) 3. The Court may entitle relevant Non-Governmental organizations (NGOs) with observer status before the Commission, and individuals to institute cases directly before it, in accordance with article 34 (6) of this Protocol. (UNIÃO AFRICANA, 1998, www.african-court.org). Tradução livre: Artigo 5 ACESSO À CORTE. (...) 3 A Corte poderá autorizar que ONGs com *status* de observadora perante a Comissão e indivíduos instituem casos diretamente perante ela, de acordo com o artigo 34 (6) deste Protocolo.

³¹ Article 34 RATIFICATION (...) 6. At the time of the ratification of this Protocol or any time thereafter, the State shall make a declaration accepting the competence of the Court to receive cases under article 5 (3) of this Protocol. The Court shall not receive any petition under article 5 (3) involving a State Party which has not made such a declaration. Tradução livre: Artigo 34 RATIFICAÇÃO (...) 6. No momento da ratificação deste Protocolo ou em qualquer momento posterior, o Estado fará uma declaração aceitando a competência do Tribunal para receber casos nos termos do artigo 5 (3) do presente Protocolo. O Tribunal não aceitará qualquer petição ao abrigo do artigo 5 (3) envolvendo um Estado Parte que não tenha feito tal declaração.

2.2. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos: origem, órgãos e principais instrumentos normativos (*corpus iuris* interamericano sobre direitos humanos)

Como foi dito no subtítulo anterior, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos possuem especial relevância por atender de maneira mais próxima e eficaz os sujeitos por eles tutelados, observadas as peculiaridades históricas e culturais de cada região. De fato, são perceptíveis algumas peculiaridades históricas e culturais do Continente Americano, as quais o diferenciam das demais regiões do mundo em matéria de direitos humanos. Como exemplo, pode-se citar o histórico recente e generalizado de ditaduras militares.

Conforme bem observado por Flávia Piovesan (2006, p. 85),

trata-se de uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social, ao qual se somam democracias em fase de consolidação. A região ainda convive com as reminiscências do legado dos regimes autoritários ditatoriais, com uma cultura de violência e de impunidade, com a baixa densidade de Estados de Direito e com a precária tradição de respeito aos direitos humanos no âmbito doméstico.

Com efeito, o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, representado atualmente pela Organização dos Estados Americanos (OEA), afigura-se, dentre os sistemas regionais do mundo, como o mais antigo. Para Proner (2002, p. 95), a origem do sistema interamericano pode ser encontrada já “no Congresso do Panamá, realizado em 1826, momento em que Simon Bolívar estudava a possibilidade de criação de uma confederação de Estados Latino-americanos”. No aludido Congresso fizeram-se presentes a Grã-Colômbia (atualmente Colômbia, Equador, Panamá e Venezuela), América Central (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua), Peru e México (ARRIGUI, 2004)³². A reunião foi encerrada em 15 de julho de 1826, com a assinatura do Tratado de União, Liga e Confederação Perpétua entre os quatro Estados participantes, estabelecendo-se um acordo de defesa e assistência recíproca (ARRIGHI, 2004, p. 8-10). Em que pese dito instrumento regional nunca tenha entrado em vigor, já estava ali cevada a ideia de uma organização internacional americana.

³² Embora os Estados Unidos tenham enviado delegados, estes não comparecem a tempo (ARRIGUI, 2004).

A despeito desse *exordium* remoto de integração entre as Américas, reconhece-se a origem do sistema interamericano efetivamente a partir da Primeira Conferência Internacional Americana, realizada em Washington, entre outubro de 1889 a abril de 1890 (OEA, www.oas.org). A partir dessa conferência, criou-se a União Internacional das Repúblicas Americanas, e “começou a se tecer uma rede de disposições e instituições, dando início ao que ficará conhecido como ‘Sistema Interamericano’, o mais antigo sistema institucional internacional” (OEA, www.oas.org).

Dando sequência ao processo de desenvolvimento histórico do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos, verifica-se que a primeira metade do século XX foi marcada por diversas reuniões interestatais, nas quais permaneceu a ideologia do pan-americanismo. Como exemplo, pode-se citar as conferências do México, entre 1901 e 1902; do Rio de Janeiro, em 1906; de Buenos Aires, em 1918; de Santiago, em 1923; de Havana, em 1928; de Montevideu, em 1933; de Lima, em 1938; e, finalmente, de Bogotá, em 1948 (COELHO, 2008, p. 55). Contudo, à exceção desta última, tais conferências se restringiram a firmar relações diplomáticas e tratados multilaterais, sem grandes implicações práticas na área dos direitos humanos, uma vez que resultaram em meras declarações e acordos de boa-vizinhança.

Como bem observa Gorczewski, “longo foi o caminho até Bogotá, quando a 9ª Conferência Internacional Interamericana aprovou, finalmente, em 30 de abril de 1948, o Estatuto definitivo da Organização dos Estados Americanos – OEA³³” (GORCZEWSKI, 2005, p. 96-97), organismo internacional concebido com o escopo de alcançar uma ordem de paz e de justiça (artigo 1º da Carta da OEA³⁴, 1948), bem como em propiciar um ambiente saudável para a relação externa entre os Estados americanos, não só no que concerne aos direitos humanos, mas também em diversas outras áreas, de cunho político e econômico, por exemplo.

Com efeito, já no seu preâmbulo, a Carta da OEA registra a convicção dos Estados membros de que a “missão histórica da América é oferecer ao Homem uma

³³ Estatuto este que ficou mais conhecido como Carta da OEA.

³⁴ Artigo 1. Os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma ordem de paz e de justiça, para promover sua solidariedade, intensificar sua colaboração e defender sua soberania, sua integridade territorial e sua independência. Dentro das Nações Unidas, a Organização dos Estados Americanos constitui um organismo regional. A Organização dos Estados Americanos não tem mais faculdades que aquelas expressamente conferidas por esta Carta, nenhuma de cujas disposições a autoriza a intervir em assuntos da jurisdição interna dos Estados membros. (OEA, 1948b, www.oas.org)

terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações” (OEA, 1948b, www.oas.org). Para tanto, expressa, ainda, a necessidade de “consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem” (OEA, 1948b, www.oas.org).

No corpo de seu texto, porém, a Carta da OEA é breve e genérica no que concerne à proteção e promoção dos direitos humanos, apenas elencando como um de seus princípios (artigo 3, letra “I” da Carta) o respeito aos “direitos fundamentais da pessoa humana, sem fazer distinção de raça, nacionalidade, credo ou sexo” (OEA, 1948b, www.oas.org). A Carta prevê, ainda, a busca pelo desenvolvimento integral, que abrange os campos “econômico, social, educacional, cultural, científico e tecnológico” (OEA, 1948b, www.oas.org) e reconhece, em seu artigo 34, como objetivos desse desenvolvimento, a igualdade de oportunidades, a eliminação da pobreza e a distribuição equitativa da riqueza e da renda, bem como prevê a plena participação de seus povos nas decisões relativas a seu próprio desenvolvimento.

Contudo, embora tenha sido breve a Carta da OEA no que concerne à tutela dos direitos humanos, convém enaltecer que, na mesma conferência em que foi instituída (Conferência Internacional Interamericana, Bogotá, 1948), também foi aprovada a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (DADDH), instrumento normativo, inclusive, anterior à DUDH, no qual já restava muito claro, desde o seu preâmbulo, que a orientação *principal* do sistema interamericano em evolução seria “a proteção internacional dos direitos do homem” (OEA, 1948a, www.cidh.oas.org).

Destarte, além de o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos ser o mais antigo dentre os sistemas regionais de proteção, também se pode dizer que a DADDH, proclamada 7 meses antes da DUDH, “é o primeiro documento internacional relativo à proteção dos direitos do homem” (GORCZEVSKI, 2005, p. 97). Adotando uma fundamentação típica do direito natural, a Declaração Americana expõe que “os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato de os direitos terem como base os atributos da pessoa humana” (OEA, 1948a, www.cidh.oas.org).

Posto isso, Correia (2008, p. 97) destaca as principais contribuições da DADDH no desenvolvimento do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e a formação de seu *corpus iuris*, sendo elas

a) a concepção dos direitos humanos como inerentes à pessoa humana; b) a concepção integral dos direitos humanos, abordando os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais; c) a base normativa *vis-à-vis* os Estados não-partes na Convenção Americana sobre Direitos Humanos; d) a correlação entre direitos e deveres. (CORREIA, 2008, p. 98)

Com efeito, a Declaração Americana prevê um extenso rol de direitos civis, políticos, econômicos e sociais no seu capítulo primeiro³⁵ (artigos 1º a 28), sendo interessante destacar, dentre tais artigos, o teor do último deles, o artigo 28, que, ao trazer um preceito ético-kantiano, parece introduzir o capítulo seguinte, referente aos *deveres* humanos, senão vejamos: “os direitos do homem estão limitados pelos direitos do próximo, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem-estar geral e do desenvolvimento democrático” (OEA, 1948a, www.cidh.oas.org).

A partir daí (artigos 29 a 38 da DADDH), são elencados os *deveres* dos seres humanos, em uma lógica equilibrada, baseada no princípio de que para cada direito corresponde também uma responsabilidade. Assim, por exemplo, se por um lado está previsto na DADDH o direito à previdência social (artigo 16³⁶), por outro é previsto o dever de pagar impostos (artigo 36³⁷); se por um lado é previsto o direito de participação no governo (artigo 20³⁸), por outro é previsto o dever de sufrágio

³⁵ Direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa; à igualdade perante a lei; à liberdade religiosa e de culto; direito de liberdade de investigação, opinião, expressão e difusão; direito à proteção da honra, da reputação pessoal e da vida particular e familiar; à constituição e proteção da família; direito de proteção à maternidade e à infância; de residência e trânsito; direito à inviolabilidade do domicílio; à preservação da saúde e ao bem-estar; à educação; aos benefícios da cultura; ao trabalho e a uma justa retribuição; ao descanso e ao seu aproveitamento; à previdência social; direito de reconhecimento da personalidade jurídica e dos direitos civis; direito à justiça; à nacionalidade; direito de sufrágio e de participação no governo; de reunião; de associação; de propriedade; de petição; de proteção contra prisão arbitrária e direito a um processo regular (OEA, 1948, www.cidh.oas.org).

³⁶ Artigo XVI. Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência. (OEA, 1948a, www.cidh.oas.org)

³⁷ Artigo XXXVI. Toda pessoa tem o dever de pagar os impostos estabelecidos pela Lei para a manutenção dos serviços públicos. (OEA, 1948a, www.cidh.oas.org)

³⁸ Artigo XX. Toda pessoa, legalmente capacitada, tem o direito de tomar parte no governo do seu país, quer diretamente, quer através de seus representantes, e de participar das eleições, que se processarão por voto secreto, de uma maneira genuína, periódica e livre. (OEA, 1948a, www.cidh.oas.org)

(artigo 32³⁹); também o trabalho aparece, ao mesmo tempo, como um direito (artigo 14⁴⁰) e um dever (artigo 37⁴¹) dos seres humanos.

Enfim, quanto ao seu conteúdo, a DADDH é realmente um instrumento normativo de grande destaque no cenário internacional. O seu problema reside, porém, no fato de ser apenas uma *Declaração* e, bem assim, não possuir força cogente⁴² (GORCZEVSKI, p. 98). A fim de suprir essa deficiência até então enfrentada no Sistema Interamericano, foi aprovada a *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (CADH), também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, por ter sido este o local de sua assinatura, em 1969.

A CADH, adotando, tal como a Declaração Americana, uma perspectiva jusnaturalista dos direitos humanos, prontamente em seu preâmbulo “reconhece que os direitos essenciais do homem não são derivados de sua condição de nacional de determinado Estado, ‘mas baseados em atributos de personalidade humana’” (GARCIA, 2005, p. 32). Desse modo, irradia a proteção internacional do indivíduo enquanto sujeito de direitos internacionais.

Dito isso, em seu artigo 2º⁴³, a CADH estabelece a obrigação dos Estados Partes de adequar o seu direito interno às disposições da Convenção Americana no escopo de respeitar e garantir os direitos por ela consagrados, o que significa dizer que

el Estado debe adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo determina el artículo 2º de la Convención. Dicho deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Dichas medidas sólo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección y

³⁹ Artigo XXXII. Toda pessoa tem o dever de votar nas eleições populares do país de que for nacional, quando estiver legalmente habilitada para isso. (OEA, 1948a, www.cidh.oas.org)

⁴⁰ Artigo XIV. Toda pessoa tem direito ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existentes. (OEA, 1948a, www.cidh.oas.org)

⁴¹ Artigo XXXVII. Toda pessoa tem o dever de trabalhar, dentro das suas capacidades e possibilidades, a fim de obter os recursos para a sua subsistência ou em benefício da coletividade. (OEA, 1948a, www.cidh.oas.org)

⁴² Como visto no subtítulo anterior, desafio semelhante enfrentou a DUDH, que acabou tendo de ser, de certo modo “substituída” pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e pelo Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, formando assim a denominada Carta Internacional dos Direitos Humanos.

⁴³ Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

garantía de los derechos asegurados por la Convención, como ha precisado la CIDH en su jurisprudência (ALCALÁ, 2012, www.cecoch.cl)⁴⁴

Ou seja, diante do rol de direitos estabelecidos na CADH, o Estado-parte assume a obrigação de respeitar e assegurar o livre exercício desses direitos, comprometendo-se, ainda, a adotar não só todas as medidas *legislativas* indispensáveis a esta finalidade como também a adotar outras, de natureza política, econômica, etc., quando se mostrem necessárias para garantir efetividade aos direitos e liberdades compreendidos na Convenção (PIOVESAN, 2006). Está-se, assim, diante de uma obrigação com duplo viés: por um lado, *negativo*, no sentido de que o Estado deve abster-se de violar direitos humanos e, de outro, *positivo*, de modo que deve assegurar aos seus cidadãos o seu pleno exercício.

Com efeito, a CADH se constitui no instrumento normativo de maior importância da OEA. Nela, são assegurados, em seus artigos 4º à 25, predominantemente, direitos de primeira dimensão, isto é, direitos civis e políticos⁴⁵. Conforme bem observa Piovesan (2006), a Convenção Americana não enuncia de forma específica direitos de segunda dimensão (sociais, culturais e econômicos), limitando-se a determinar, em seu artigo 26⁴⁶, que os Estados Partes adotem, progressivamente, medidas tendentes a alcançar a plena realização desses direitos.

A lacuna deixada pela CADH em matéria de direitos humanos de segunda dimensão, somente foi preenchida com a aprovação, em 1988, do Protocolo de San Salvador⁴⁷, também conhecido pela autoexplicativa denominação de Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos

44 Tradução livre: “o Estado deve tomar todas as medidas para assegurar que as disposições da Convenção sejam efetivamente cumpridas no seu direito interno, conforme determinado pelo artigo 2º da Convenção. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno devem ser eficazes (princípio do efeito útil). Tais medidas só são eficazes quando o Estado ajusta as suas ações para as regras de proteção e garantia dos direitos conferidos pela Convenção, conforme estipulado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos na sua jurisprudência”.

45 Direito à vida, à integridade pessoal, proibição da escravidão e da servidão, direito à liberdade pessoal, às garantias judiciais, à legalidade, à indenização, à proteção da honra e da dignidade, à liberdade de consciência e religião, de pensamento e de expressão, direito de resposta, de reunião, de associação, de constituir família, direito ao nome, a medidas de proteção à criança, à nacionalidade, à propriedade privada, direito de circulação e residências, direito de participar da vida política, direito à igualdade perante a lei, bem como à proteção judicial dos direitos fundamentais.

46 Artigo 26. Desenvolvimento progressivo. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

47 Ratificado pelo Brasil em 1996 e promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

Econômicos, Sociais e Culturais. Já em seu preâmbulo, o Protocolo dispõe que para a concretização dos direitos humanos prescritos na DUDH e na CADH, é necessária a criação de condições que garantam o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, aliados aos civis e políticos. (OEA, 1988, www.cidh.oas.org).

Em seu artigo primeiro, o Protocolo traz ainda a necessidade de os Estados-partes adotarem as medidas indispensáveis à cooperação entre os Estados, a fim de possibilitar a plena efetivação dos direitos reconhecidos em seu bojo, os quais envolvem a não discriminação, o direito ao trabalho, os direitos sindicais, o direito à previdência social, à saúde, ao meio ambiente sadio, à alimentação, à educação, à cultura, à constituição e proteção da família, bem como o direito das crianças, de idosos e de pessoas portadoras de deficiência⁴⁸ (OEA, 1988, www.cidh.oas.org).

Releva salientar que o Protocolo de San Salvador contém diversas disposições inovadoras, quando comparadas ao Pacto Internacional sobre os mesmos direitos, firmado pela ONU em 1966. Como exemplo, pode-se citar o direito à estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, sendo assegurado no caso de demissão injustificada indenização ou readmissão no trabalho; a vedação do trabalho noturno, insalubre ou perigoso para menores de 18 anos (artigo 7, “d” e “f” respectivamente⁴⁹); o direito à pensão por morte aos descendentes do segurado pela previdência social (artigo 9⁵⁰), o direito à imunização contra doenças

⁴⁸ Não obstante o generoso rol de direitos previstos no Protocolo de San Salvador, Comparato (2008, p. 370), questiona o verdadeiro grau de comprometimento dos Estados americanos que o aderiram. Isso porque, segundo o autor, na época, já predominava a ideologia neoliberal no sentido de orientar a atuação estatal no fortalecimento da iniciativa privada empresarial, restringindo-se, assim, as políticas públicas de proteção social. Tendo em vista a fustigante desigualdade social que assola toda a América Latina, entende o autor (COMPARATO, 2008, p. 371) que seria de grande relevância uma maior aderência de Estados firmatários do Protocolo de San Salvador, tanto no concernente ao número de Estados quanto no grau de comprometimento destes na implementação efetiva dos direitos econômicos, sociais e culturais. Isso porque, a garantia de tais direitos propende a diminuir a desigualdade socioeconômica, que tradicionalmente é causa (ou, pelo menos, fator de intensificação) para as mais diversas formas de violação de direitos humanos.

⁴⁹ Artigo 7. Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem que o direito ao trabalho, a que se refere o artigo anterior, pressupõe que toda pessoa goze do mesmo em condições justas, equitativas e satisfatórias, para o que esses Estados garantirão em suas legislações, de maneira particular: [...] d. Estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. Nos casos de demissão injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional; [...] f. Proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres ou perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em perigo sua saúde, segurança ou moral. Quando se tratar de menores de 16 anos, a jornada de trabalho deverá subordinar-se às disposições sobre ensino obrigatório e, em nenhum caso, poderá constituir impedimento à assistência escolar ou limitação para beneficiar-se da instrução recebida; (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁵⁰ Artigo 9. Direito à previdência social. 1. Toda pessoa tem direito à previdência social que a proteja das consequências (sic) da velhice e da incapacitação que a impossibilite, física ou mentalmente, de obter

infectocontagiosas (artigo 10, item 2, “c”⁵¹); o direito ao meio ambiente sadio e a serviços públicos básicos (artigo 11⁵²); e o direito à nutrição adequada (artigo 12⁵³).

Atualmente, como resultado dos esforços empreendidos pela OEA ao longo de quase 70 anos de existência, formou-se no cenário jurídico regional aquilo que denominamos de *corpus iuris* interamericano de direitos humanos. O referido corpo jurídico é composto por numerosos tratados internacionais, todos oriundos da OEA, tais como a Convenção de Belém do Pará⁵⁴; a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado; a Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura; a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância; a Convenção Interamericana sobre Concessão dos Direitos Políticos à Mulher; a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência; entre outros.

Alcalá (2012, www.cecococh.cl) destaca que o sentido da criação de um sistema interamericano de direitos humanos e, conseqüentemente, do *corpus iuris* interamericano de direitos humanos

es el de establecer un instrumento jurídico positivo que asegure y garantice derechos humanos que los Estados partes se han comprometido a respetar como estándar mínimo en su ordenamiento jurídicos y en las actuaciones de todos sus órganos y autoridades, sean estas gubernamentales, legislativas, administrativas o jurisdiccionales; además de establecer una jurisdicción de control de la actuación de los Estados partes con facultades

os meios de vida digna e decorosa. No caso de morte do beneficiário, as prestações da previdência social beneficiarão seus dependentes. 2. Quando se tratar de pessoas em atividade, o direito à previdência social abrangerá pelo menos o atendimento médico e o subsídio ou pensão em caso de acidentes de trabalho ou de doença profissional e, quando se tratar da mulher, licença remunerada para a gestante, antes e depois do parto (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁵¹ Artigo 10 Direito à saúde. 1. Toda pessoa tem direito à saúde, entendida como o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social. [...] 2. A fim de tornar efetivo o direito à saúde, os Estados Partes comprometem-se a reconhecer a saúde como bem público e, especialmente, a adotar as seguintes medidas para garantir este direito: [...] c. Total imunização contra as principais doenças infecciosas; (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁵² Artigo 11 Direito a um meio ambiente sadio. 1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁵³ Artigo 12. Direito à alimentação. 1. Toda pessoa tem direito a uma nutrição adequada que assegure a possibilidade de gozar do mais alto nível de desenvolvimento físico, emocional e intelectual. 2. A fim de tornar efetivo esse direito e de eliminar a desnutrição, os Estados Partes comprometem-se a aperfeiçoar os métodos de produção, abastecimento e distribuição de alimentos, para o que se comprometem a promover maior cooperação internacional com vistas a apoiar as políticas nacionais sobre o tema (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁵⁴ Trata-se da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em 1994, ratificada pelo Brasil em 1995 e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

jurisdiccionales vinculantes para ellos que determina su cumplimiento como obligaciones de resultado⁵⁵.

Com efeito, para a consecução de seus propósitos, a OEA conta com uma estrutura institucional formada pela Assembleia Geral, a Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores, o Conselho Permanente, o Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Integral, o Comitê Jurídico Interamericano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão IDH), a Secretaria Geral, as Conferências Especializadas, os Organismos Especializados e os demais mecanismos estabelecidos pela Assembleia Geral (COELHO, 2008, p. 57).

Com relação à estrutura institucional da OEA, insta mencionar que a CADH, fortemente marcada pela tendência da codificação dos direitos humanos (tendência esta já iniciada com a Declaração de 1948), ultrapassou a simples definição dos direitos substantivos ao criar, dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, uma estrutura de *fiscalização e julgamento* dos Estados-partes no tocante à observância efetiva dos instrumentos normativos regionais por eles ratificados (CORREIA, 2008, p. 99). Assim, além da Comissão IDH, encarregada de investigar fatos violadores do *corpus iuris* interamericano, também foi criado um tribunal especial para julgar os litígios daí decorrentes: a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), cuja jurisdição é obrigatória para os Estados-partes que aceitaram expressamente submeter-se à sua jurisdição (COMPARATO, 2008, p. 369-370). No escólio de Garcia (2005, p. 77),

os mecanismos institucionais de proteção dos direitos humanos decorrentes de tratados internacionais celebrados no âmbito regional tem recebido uma significativa adesão dos Estados, desempenhando um relevante papel na concretização desses direitos e permitindo a aproximação entre a previsão normativa e a eficácia transformadora da realidade.

A Comissão IDH, instituída em 1959 por resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em Santiago do Chile, foi o primeiro organismo efetivo de proteção aos direitos humanos no âmbito do sistema interamericano, tendo iniciado seus trabalhos no ano seguinte à sua instituição, com

55 Tradução livre: é estabelecer um instrumento jurídico positivo que assegure e garanta os direitos humanos que os Estados Partes se comprometeram a respeitar como um standard mínimo no seu sistema jurídico e nas ações de todos os seus órgãos e autoridades, sejam governamental, legislativa, administrativa ou judicial; além de estabelecer um controle jurisdição do desempenho dos Estados Partes com a ligação poderes legais para eles que determina o seu cumprimento a partir obrigações de resultado.

o objetivo inicial de promover os direitos estabelecidos na Carta da OEA e na DADDH (PIOVESAN, 2006). A Comissão IDH está sediada em Washington, nos Estados Unidos, e é integrada por sete membros, eleitos pela Assembleia Geral da Organização regional americana, a partir da indicação de candidatos pelos Estados membros (artigo 36 da CADH), os quais deverão ser possuidores “de alta autoridade moral e de reconhecido saber em matéria de direitos humanos” (OEA, 1969, www.cidh.oas.org – artigo 34 da CADH).

Nos termos do artigo 41 da Convenção Americana, a função precípua da Comissão IDH é a de “promover a observância e a defesa dos direitos humanos” (OEA, 1969, www.cidh.oas.org)⁵⁶. Além das funções principais de promoção e proteção dos direitos humanos, Piovesan (2006) ainda destaca as suas funções de conciliação, assessoramento, crítica e legitimação. Em síntese, a Comissão IDH tem a função de buscar uma conciliação entre o Estado denunciado e os denunciantes que porventura aleguem violação aos direitos humanos previstos em tratados interamericanos ratificados pelo Estado; assessorar os Estados na adoção de medidas para promoção dos direitos humanos; informar situações de inobservância ou promoção de tais direitos por parte dos Estados membros da OEA através de relatórios; e, por fim, quando, em decorrência de um informe da Comissão, o Estado repara os problemas indicados, a Comissão tem o papel de legitimar as ações estatais.

Diferentemente do que ocorre em relação à Corte IDH, insta referir que o Estado signatário da CADH, ao simplesmente aderir ao aludido instrumento regional, reconhece automática e obrigatoriamente a competência da Comissão IDH para os misteres supracitados, de modo a possibilitar sua atuação na defesa e proteção dos direitos humanos. É dizer: não é necessário que o Estado-parte elabore declaração expressa e específica para tal fim (PIOVESAN, 2014, p. 141).

Com relação à capacidade e legitimidade para se denunciar violações de direitos humanos perante a Comissão IDH, verifica-se não ser restritiva a normativa regional. Nesse sentido, a CADH reconhece, nos termos do seu artigo 44⁵⁷, a

⁵⁶ Para exercer eficazmente sua função principal, a Comissão conta com diversas prerrogativas, dentre as quais se destaca sua legitimidade para receber denúncias, fazer recomendações aos Estados e, nos termos do artigo 61, item 1 da CADH, propor demandas internacionais perante a Corte IDH.

⁵⁷ Artigo 44. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições

legitimidade ativa de qualquer indivíduo ou de quem o represente para apresentar queixas ou denúncias de violação de direitos humanos à Comissão IDH (OEA, 1969, www.cidh.oas.org). Verifica-se, assim, o reconhecimento da *pessoa física* enquanto sujeito de direitos no sistema interamericano. As petições contendo denúncias ou queixas apresentadas para a Comissão IDH podem ser individuais, coletivas ou mesmo encaminhadas por ONGs legalmente reconhecidas em um ou mais Estados Membros da Organização, desde que estas tenham tido contato direto com as vítimas, conforme determina o art. 23⁵⁸ do Regulamento da Comissão IDH (Comissão IDH, 2009, www.cidh.oas.org). Ademais, ditas petições devem responder a determinados requisitos de admissibilidade, previstos no artigo 46 da CADH, sendo, o primeiro deles, o prévio esgotamento dos recursos internos (artigo 46.1, “a”⁵⁹). Com relação a este requisito, está-se diante de uma regra de Direito Internacional que pretende assegurar ao Estado a oportunidade de reparar supostos danos aos direitos humanos no seu sistema jurídico nacional, sendo que, somente no caso de isso não ocorrer (princípio da subsidiariedade), será possível invocar sua responsabilidade na seara regional (PIOVESAN, 2006).

Entretanto, a própria CADH prevê exceções ao requisito da condição prévia de esgotamento dos recursos internos, apresentando as hipóteses de inaplicabilidade da mencionada regra, evitando, assim, a lesão de direitos humanos fundada na falta de garantias judiciais adequadas na legislação nacional ou na morosidade da Justiça (COMPARATO, 2008, p. 370). Nesse sentido, o artigo 46,

que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado Parte (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁵⁸ Artigo 23. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas, sobre supostas violações dos direitos humanos reconhecidos, conforme o caso, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos “Pacto de San José da Costa Rica”, no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de San Salvador”, no Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, na Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, na Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, em conformidade com as respectivas disposições e com as do Estatuto da Comissão e do presente Regulamento. O peticionário poderá designar, na própria petição ou em outro instrumento por escrito, um advogado ou outra pessoa para representá-lo perante a Comissão (COMISSÃO IDH, 2009, www.oas.org).

⁵⁹ Artigo 46. 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

item 2 da CADH dispõe que o referido requisito de admissibilidade não se aplica quando:

- a. não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos. (OEA, 1969, www.cidh.oas.org)

Outro requisito de admissibilidade, de ordem temporal, é a necessidade de que a petição seja apresentada dentro do prazo de seis meses após o esaurimento dos recursos internos. Para tanto, considera-se como marco inicial “a data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva” consoante o artigo 46, “b” da Convenção⁶⁰ (OEA, 1969, www.cidh.oas.org). Também a inexistência de litispendência internacional é exigida enquanto requisito de admissibilidade (artigo 46, “c”⁶¹), embora compreenda três exceções: a primeira encontra-se no artigo 28, item 9⁶² do Regulamento da Comissão IDH, que prevê a possibilidade de ser admitida a denúncia, quando informada, na própria petição ou comunicação, a existência de procedimento internacional de solução de controvérsias; a segunda exceção é a prevista no artigo 33, “a”⁶³ do mesmo Regulamento, referente à possibilidade da litispendência quando o procedimento em andamento em outro órgão limitar-se ao exame geral dos direitos humanos violados e, no caso, não existir decisão sobre os fatos específicos objeto da petição ou que essa decisão não conduza à solução efetiva do caso; e, finalmente, a terceira hipótese excepcional, prevista no artigo 33, “b”⁶⁴ do Regulamento, ocorre quando, em uma instância internacional, o peticionário é a própria vítima ou um de seus

⁶⁰ Artigo 46. 1. [...] b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁶¹ Artigo 46. 1. [...] c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁶² Artigo 28. Requisitos para a consideração de petições. As petições dirigidas à Comissão deverão conter as seguintes informações: [...] 9. a informação de que a denúncia foi submetida a outro procedimento internacional de conciliação de acordo com o artigo 33 deste Regulamento (COMISSÃO IDH, 2009, www.oas.org).

⁶³ Artigo 33. Duplicação de processos [...] 2. Contudo, a Comissão não se absterá de conhecer das petições a que se refere o parágrafo 1, quando: a. o procedimento seguido perante o outro organismo se limitar ao exame geral dos direitos humanos no Estado aludido e não existir uma decisão sobre os fatos específicos que forem objeto da petição ou não conduzir à sua efetiva solução (COMISSÃO IDH, 2009, www.oas.org).

⁶⁴ Artigo 33. [...] b. o peticionário perante a Comissão, ou algum familiar, for a presumida vítima da violação e o peticionário perante o outro organismo for uma terceira pessoa ou uma entidade não-governamental, sem mandato dos primeiros (COMISSÃO IDH, 2009, www.oas.org).

familiares e, em outra, for terceira pessoa ou entidade não governamental, que tenha agido sem autorização da vítima (OEA, 2009, www.cidh.oas.org).

Por fim, exige-se como condição de admissibilidade em razão da pessoa, que o denunciante seja pessoa capaz, observado o artigo 23 do Regulamento da Comissão IDH (2009, www.cidh.oas.org), devendo constar na petição seu nome, nacionalidade, profissão, domicílio e a sua assinatura ou do representante legal que submeter a petição conforme exigência da alínea “d”, do artigo 46 da CADH (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

Convém mencionar que a Comissão possui duplo tratamento normativo: primeiramente, figura como órgão consultivo da OEA e, além disso, funciona como órgão garantidor da CADH, instrumento normativo que lhe atribuiu competência para investigar casos de possíveis violações a direitos humanos (CASTILLO, 2003, p. 142). Assim, possui tanto uma competência relativa aos Estados signatários da CADH, quanto uma competência ampliada, que alcança ainda a todos os Estados-partes da OEA. Apesar disso, observa Coelho (2008, p. 62) que “em tese, há um só sistema interamericano para a verificação da responsabilidade do Estado por desrespeito aos direitos humanos”. Contudo,

na prática, tal sistema é formado por dois procedimentos complementares; o geral, aplicável a todos os membros da OEA, e o estabelecido pela Convenção Americana ou Pacto de São José da Costa Rica, aplicável somente aos Estados que são partes do referido acordo internacional (COELHO, 2008, p. 62).

Conforme refere ainda o autor (COELHO, 2008, p. 66), no procedimento geral (aquele cuja competência da Comissão abrange todos os Estados da OEA e não somente os signatários da CADH), a Comissão IDH é responsável por investigar qualquer violação dos direitos humanos por parte dos Estados-partes da OEA. Nesse caso, a Comissão IDH deve verificar as denúncias que lhe forem enviadas, realizar estudos e relatórios, requisitar informações, investigar *in loco* o país sob suspeita, redigir recomendações, mas sem possuir, contudo, a competência para acionar o Estado perante a Corte IDH na hipótese de constatar o descumprimento das referidas recomendações, restringindo-se a comunicar dita situação à Assembleia Geral da OEA.

Diferentemente, no procedimento criado pela CADH nos artigos 48 a 51, a Comissão IDH tem participação apenas na primeira etapa de averiguação da

responsabilidade do Estado-parte que tenha reconhecido a competência contenciosa da Corte IDH (COELHO, 2008, p. 67). Assim, recebida a comunicação de violação de direitos humanos, a Comissão deverá analisar e, se for o caso, investigar os fatos segundo o disposto no artigo 48⁶⁵ da CADH. Constada a procedência da denúncia, a Comissão IDH se empenhará inicialmente na busca de uma solução amigável. Ocorrendo tal solução, redigirá um informe que será enviado ao peticionário (denunciante) e aos demais Estados-partes da Convenção, sendo posteriormente comunicado à Secretaria da OEA para publicação, nos termos do artigo 49⁶⁶ da CADH (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

Em não ocorrendo a solução amistosa, a Comissão IDH redigirá um relatório, apresentando os fatos e as conclusões pertinentes ao caso e, eventualmente, recomendações ao Estado-parte. O relatório é encaminhado ao Estado-parte, que tem o prazo de três meses para dar cumprimento às recomendações feitas (PIOVESAN, 2006). De acordo com o artigo 45, 1⁶⁷ do Regulamento da Comissão, caso a Comissão IDH considere que o Estado em questão não cumpriu as recomendações do informe aprovado nos termos do artigo 50, submeterá, salvo decisão fundada na maioria absoluta de seus membros, o caso à Corte IDH (OEA, 1969, www.cidh.oas.org). Nesse caso, a Corte assumirá a segunda etapa do procedimento.

Ademais, nos casos de gravidade e urgência, ou de risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto da investigação, a Comissão IDH poderá, por iniciativa própria ou através de pedido da parte, solicitar ao Estado-parte a adoção

⁶⁵ Prevê o Artigo 48 que após recebida a petição e reconhecida sua admissibilidade, serão solicitadas informações ao Estado-parte; recebidas as informações ou transcorrido *in albis* o prazo para o envio, verificará se existem ou subsistem os motivos da petição ou comunicação, em caso negativo proceder-se-á o arquivamento do expediente. Caso o expediente não seja arquivado, a Comissão procederá um exame do conteúdo da petição e, se necessário, a investigação dos fatos relatados, possuindo a prerrogativa de solicitar informações aos Estados interessados, propondo ao final a solução amigável do assunto (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁶⁶ Artigo 49. Se se houver chegado a uma solução amistosa de acordo com as disposições do inciso 1, f, do artigo 48, a Comissão redigirá um relatório que será encaminhado ao peticionário e aos Estados Partes nesta Convenção e, posteriormente, transmitido, para sua publicação, ao Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos. O referido relatório conterá uma breve exposição dos fatos e da solução alcançada. Se qualquer das partes no caso o solicitar, ser-lhe-á proporcionada a mais ampla informação possível (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁶⁷ Artigo 45. Submissão do caso à Corte 1. Se o Estado de que se trate houver aceito a jurisdição da Corte Interamericana em conformidade com o artigo 62 da Convenção Americana, e se a Comissão considerar que este não deu cumprimento às recomendações contidas no relatório aprovado de acordo com o artigo 50 do citado instrumento, a Comissão submeterá o caso à Corte, salvo por decisão fundamentada da maioria absoluta dos seus membros (COMISSÃO IDH, 2009, www.oas.org).

de medidas cautelares, conforme previsão do artigo 25⁶⁸ do Regulamento da Comissão. Poderá ainda, nos casos de gravidade e urgência, solicitar à Corte IDH a adoção de medidas provisórias para evitar dano irreparável à pessoa, em casos ainda não submetidos à sua apreciação (PIOVESAN, 2014, p. 146).

Vê-se, pois, a importância atribuída pela OEA à Comissão IDH na proteção e promoção dos direitos humanos integrantes do *corpus iuris* interamericano, relevância que se torna ainda mais evidente quando recordamos sua ampla acessibilidade por parte dos denunciante que, como visto, podem, inclusive, ser pessoas físicas. Exaurida a etapa de atuação da Comissão IDH, no procedimento da CADH, sem que o Estado-parte tenha se adequadado às suas recomendações, a Comissão irá, em regra, acionar o Estado perante a Corte IDH, no caso de este ter reconhecido a sua jurisdição contenciosa. Assim, passa-se agora a uma análise da Corte IDH, outro importante Órgão do sistema interamericano de direitos humanos.

2.3 A Corte Interamericana de Direitos Humanos: origem, composição e competências

Ao contrário da Comissão IDH – que já estava prevista desde a Carta da OEA e que começou suas funções já em 1960, quando o Conselho da OEA aprovou seu estatuto e elegeu seus primeiros membros – a Corte Interamericana de Direitos Humanos teve sua criação aprovada apenas em 1969 no Pacto de San José. Contudo, tendo em vista o contido no artigo 74, item 2 da CADH⁶⁹, o referido pacto regional apenas entrou em vigor em 18 de julho de 1978, quando o décimo primeiro instrumento de ratificação foi depositado na Secretaria Geral da OEA.

⁶⁸ Artigo 25. Medidas cautelares. 1. Com fundamento nos artigos 106 da Carta da Organização dos Estados Americanos, 41.b da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 18.b do Estatuto da Comissão e XIII da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, a Comissão poderá, por iniciativa própria ou a pedido de parte, solicitar que um Estado adote medidas cautelares. Essas medidas, tenham elas ou não conexão com uma petição ou caso, deverão estar relacionadas a situações de gravidade e urgência que apresentem risco de dano irreparável às pessoas ou ao objeto de uma petição ou caso pendente nos órgãos do Sistema Interamericano (COMISSÃO IDH, 2009, www.oas.org).

⁶⁹ Artigo 74 [...] 2. A ratificação desta Convenção ou a adesão a ela efetuar-se-á mediante depósito de um instrumento de ratificação ou adesão na Secretaria Geral da Organização dos Estados Americanos. Esta Convenção entrará em vigor logo que onze Estados houverem depositado os seus respectivos instrumentos de ratificação ou de adesão. Com referência a qualquer outro Estado que a ratificar ou que a ela aderir ulteriormente, a Convenção entrará em vigor na data do depósito do seu instrumento de ratificação ou adesão (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

Cerca de um ano depois, em 22 de maio de 1979, no ensejo do Sétimo Período Extraordinário de Seções da Assembleia Geral da OEA, os Estados membros da CADH elegeram os primeiros juízes que integraram a Corte IDH, cuja primeira reunião ocorreu em 29 e 30 de junho de 1979, na sede da OEA, em Washington (OEA, www.corteidh.or.cr). Atualmente, a partir de convênio firmado em 1981, a Corte IDH tem sua sede na mesma província onde foi elaborado o seu instrumento fundador, isto é, em San José, na Costa Rica.

Nos termos do artigo 4º⁷⁰ de seu Estatuto, a Corte IDH é composta por sete juízes nacionais dos Estados-membros que são eleitos pela maioria absoluta da Assembleia-Geral da OEA, dentre os juristas “da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos” para um mandato de 6 anos (OEA, www.cidh.oas.org, 1979). Os juízes são indicados pelos Estados, através de uma lista de candidatos propostos por cada governo, não podendo haver mais de um juiz de cada nacionalidade (CORREIA, 2008, p. 117).

Impende frisar que, conforme o artigo 1º de seu Estatuto, a Corte IDH, ainda que tenha sido criada pela CADH (instrumento normativo regional elaborado pela OEA), trata-se de instituição jurídica *autônoma* em relação a ela, e não propriamente um Órgão integrante de sua estrutura. Nos termos do dispositivo citado, a Corte IDH “é uma instituição judiciária *autônoma* cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e exerce suas funções em conformidade com as disposições da citada Convenção e deste estatuto” (OEA, 1979, www.cidh.oas.org, sem grifos no original).

Embora exista certa inconsistência no termo “autônoma”, utilizado pelo Estatuto da Corte, tendo em vista que a CADH fala apenas na sua “independência” e na de seus juízes (artigos 59⁷¹, 71⁷² e 72⁷³ da CADH), Correia (2008, p. 117) frisa

⁷⁰ Artigo 4. Composição 1. A Corte é composta de sete juízes, nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos a título pessoal dentre juristas da mais alta autoridade moral, de reconhecida competência em matéria de direitos humanos, que reúnam as condições requeridas para o exercício das mais elevadas funções judiciais, de acordo com a lei do Estado do qual sejam nacionais, ou do Estado que os propuser como candidatos (OEA, 1979, www.cidh.oas.org).

⁷¹ Artigo 59. A Secretaria da Corte será por esta estabelecida e funcionará sob a direção do Secretário da Corte, de acordo com as normas administrativas da Secretaria-Geral da Organização em tudo o que não for incompatível com a *independência da Corte* (OEA, 1969, www.cidh.oas.org, sem grifos no original).

⁷² Artigo 71. Os cargos de juiz da Corte ou de membro da Comissão são incompatíveis com outras atividades que possam afetar sua *independência* ou imparcialidade conforme o que for determinado nos respectivos estatutos (OEA, 1969, www.cidh.oas.org, sem grifos no original).

⁷³ Artigo 72. Os juízes da Corte e os membros da Comissão perceberão honorários e despesas de viagem na forma e nas condições que determinarem os seus estatutos, levando em conta a

que a Corte Interamericana, não obstante tenha sua Secretaria funcionando de acordo com as normas administrativas da Secretaria Geral da OEA e tenha seu orçamento submetido à aprovação da Assembleia Geral, é, de fato, um Órgão jurisdicional independente e autônomo, tal como definido pela CADH e pelo Estatuto da Corte, no sentido de que as suas atividades não devem sofrer qualquer tipo de interferência política danosa à proteção dos direitos humanos.

Dando sequência à conceituação da Corte IDH, convém mencionar que, de acordo com Marcelo D. Varella (2011, p. 480), a Corte Interamericana “trata-se de uma instância posterior às nacionais, que pode decidir contenciosos ou emitir pareceres consultivos” acerca do *corpus iuris* interamericano sobre direitos humanos. Com efeito, o autor foi feliz ao usar a expressão “instância *posterior*” em vez de “instância *superior*”, tendo em vista que a Corte IDH não se afigura como uma instância *recursal*. Por outro lado, a Corte IDH, de fato, pode ser designada como instância *posterior*, haja vista que, nos termos do já mencionado artigo 46, letra “a” da CADH, um dos requisitos para que a Corte IDH admita uma demanda contenciosa envolvendo direitos humanos é o esgotamento dos recursos da jurisdição interna. Assim, *posteriormente* à apreciação do Judiciário doméstico, a Corte IDH irá julgar o feito com base no *corpus iuris* interamericano sobre direitos humanos.

Nesse aspecto reside, aliás, o princípio da subsidiariedade da jurisdição interamericana, no sentido de que a demanda junto à Corte IDH somente será possível se os órgãos, instituições e poderes do Estado-parte, especialmente os órgãos judiciais internos, não cumprirem o seu mister de conferir garantia plena aos direitos humanos reconhecidos na Convenção (CARBONELL, 2003, p. 40). Nesse diapasão, quem primeiro têm a obrigação de garantir direitos, investigar possíveis violações de direitos humanos e punir os responsáveis são os órgãos domésticos e, apenas no caso de eles não cumprirem com seu dever, a jurisdição da Corte IDH poderá ser acionada. Nesse caso, os atos (ou abstenções) internos dos Estados serão objeto de exame pela Corte IDH, aferindo-se possível inobservância das obrigações internacionais que os vinculam em matéria de direitos humanos.

Ainda, convém esclarecer que atualmente resta incontroverso que a competência da Corte IDH não se restringe à aplicação e interpretação somente da

importância e *independência* de suas funções. [...] (OEA, 1969, www.cidh.oas.org, sem grifos no original).

CADH. Pelo contrário, conforme já pacificado em sua jurisprudência e na doutrina especializada, sua competência é ampla, abrangendo todo o *corpus iuris* interamericano (ALCALÁ, 2012, p. 127). Pode-se dizer que a atuação jurisdicional da Corte IDH se estende, em primeiro lugar, aos direitos expressamente identificados pela CADH. Em segundo lugar, aos direitos enumerados nos protocolos adicionais à Convenção e nos demais tratados sobre direitos humanos engendrados no âmbito do sistema interamericano. E, em terceiro lugar, a jurisdição da Corte IDH alcança, ainda, os direitos humanos, que, embora não estejam expressamente previstos na Convenção ou demais tratados adicionais, são resultado de construção interpretativa/argumentativa da Corte IDH, a partir do exercício de sua função jurisdicional, isto é, de sua jurisprudência (CARBONELL, 2003, p. 99), a qual, como será mais aprofundado no próximo capítulo, também integra o *corpus iuris* interamericano sobre direitos humanos.

De acordo com o disposto no artigo 2º⁷⁴ de seu Estatuto, tem-se que a Corte IDH possui duas atribuições essenciais: além de uma competência consultiva, relativa à interpretação das disposições da CADH, assim como das disposições de tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos, também possui competência para julgar os Estados Partes acusados de violar direitos humanos assegurados no *corpus iuris* interamericano (competência contenciosa).

Como já foi possível entrever do quanto mencionado alhures, o reconhecimento da jurisdição *contenciosa* da Corte IDH não deriva, direta ou imediatamente, do fato de um Estado ser parte da CADH, estando essa competência, com relação à cada Estado-parte, sujeita à sua aceitação expressa, a qual se perfectibiliza mediante declaração especial, formalizada nos moldes do artigo 62⁷⁵ da Convenção. Significa dizer que o exercício da competência

⁷⁴ Artigo 2. Competência e funções. A Corte exerce função jurisdicional e consultiva. 1. Sua função jurisdicional se rege pelas disposições dos artigos 61, 62 e 63 da Convenção. 2. Sua função consultiva se rege pelas disposições do artigo 64 da Convenção (OEA, 1979, www.cidh.oas.org).

⁷⁵ Artigo 62. 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção. 2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte. 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido

contenciosa da Corte IDH está “condicionada a uma questão preliminar: o consentimento expresso do Estado” (CORREIA, 2008, p. 125).

Com isso, tem-se que um Estado pode ser signatário da CADH sem, porém, se submeter à jurisdição contenciosa da Corte IDH. Este é o caso, por exemplo, dos Estados Unidos da América, entre outros. Não é o caso do Brasil, que reconheceu, em 10 de dezembro de 1998, “como obrigatória e de pleno direito a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relacionados com a interpretação ou aplicação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (OEA, www.cidh.oas.org).

Com efeito, o artigo 62 da CADH acaba funcionando como um limitador da competência da Corte IDH, tanto no seu alcance geográfico (abrangendo apenas os países que reconheceram a sua competência) como no aspecto temporal, em razão do princípio da irretroatividade, pelo qual se exige, como condição de competência, que a violação de direitos humanos por um Estado-parte tenha ocorrido *após* o reconhecimento da jurisdição da Corte pelo Estado-membro denunciado. Nesse sentido, aduziu a própria Corte IDH no caso de las Hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador, em seu parágrafo 39. Senão, vejamos:

el Tribunal [...] resolvió que tenía competencia para conocer de ‘las alegadas violaciones a los artículos 8 y 25 de la Convención, en relación com el artículo 1.1 de la misma, y sobre cualquier otra violación cuyos hechos o principio de ejecución sean posteriores’ a la fecha em que el Estado reconoció la competencia de la Corte⁷⁶ (CORTE IDH, 2005, www.corteidh.or.cr).

Contudo, convém frisar que, conforme pacificado na doutrina e em sua jurisprudência iterativa, a Corte IDH é competente para julgar os Estados-membros nos casos de crimes de lesa-humanidade⁷⁷, continuados ou permanentes, que

ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêem os incisos anteriores, seja por convenção especial (OEA, www.cidh.oas.org, 1969).

⁷⁶ Tradução livre: A Corte [...] declarou-se competente para conhecer ‘as supostas violações dos artigos 8 e 25 da Convenção, em relação com o artigo 1.1 da mesma, sobre qualquer outra violação cujos fatos ou princípios de execução sejam posteriores’ à data em que o Estado reconheceu a jurisdição da Corte.

⁷⁷ Embora estejamos aqui falando em possíveis “crimes”, é importante ter em vista que a Corte IDH não figura como um tribunal penal e, portanto, não substitui as possíveis ações penais cabíveis, interna ou internacionalmente, em razão de violações cometidas pelos Estados (GORCZEVSKI, 2009, p.179). A Corte IDH apenas julga se o Estado-membro é responsável por eventual violação à Convenção Americana e/ou ao *corpus iuris* do sistema interamericano, sempre visando a prevenção de novos danos a direitos humanos, bem como a reparação dos danos já ocorridos, mediante a aplicação de sanções de cunho político, administrativo e/ou civil.

ocorreram antes do reconhecimento de sua competência, desde que tenham persistido após a data desse reconhecimento (GORCZEVSKI, 2015, p. 70-71). Esse é o caso dos crimes de desaparecimento forçado ocorridos em diversos países americanos no contexto das ditaduras militares (inclusive no Brasil, situação que será abordada no terceiro capítulo desta dissertação quando da análise da decisão do STF acerca da (in)constitucionalidade da lei de anistia, considerada inconveniente pela Corte IDH no julgamento do caso Guerrilha do Araguaia).

A função contenciosa da Corte IDH é regida pelos artigos 61, 62 e 63 da CADH. De acordo com o item 1 do primeiro dispositivo convencional citado⁷⁸, somente poderão recorrer à Corte IDH, em caso de violação de direitos humanos, a Comissão IDH, cujo procedimento foi analisado no item anterior, e os Estados-membros. Assim, verifica-se que, embora isso nunca tenha se efetivado na prática, é reconhecida a legitimidade, para diretamente dar início a uma demanda perante a Corte IDH, aos próprios Estados-membros que ratificaram ou aderiram à Convenção Americana, em face de possíveis violações de direitos humanos perpetradas por outro Estado-parte que tenha igualmente ratificado ou aderido à Convenção e reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte (CARBONELL, 2003, p. 116). Contudo, como referido, tal previsão convencional ainda não foi levada a cabo no Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos, possivelmente em razão de um critério político/diplomático de não intervenção nos assuntos internos por parte de outros Estados, os quais, na sua inércia, esperam reciprocidade.

Impende destacar que a *pessoa física* não possui legitimidade ativa para demandar perante a Corte IDH, diferentemente do que ocorre no Sistema Europeu de Proteção aos Direitos Humanos, conforme mencionado alhures. Quanto a isso, a crítica de Proner (2002, p. 130) é no sentido de que o *jus standi*, consistente nessa capacidade ativa de movimentar a jurisdição da Corte IDH, não deveria ser negado à pessoa física no sistema interamericano, uma vez que sua garantia é essencial para que se atenda aos princípios da equidade e transparência em direito internacional, bem como para que se respeite o direito à livre expressão e o princípio do contraditório na demanda regional. Assim, com relação ao dispositivo convencional em comento, Proner (2002, p. 129, sem grifos no original) apresenta três críticas:

⁷⁸ Artigo 61.1 Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

a primeira é a de que não faz sentido que a participação do demandante restrinja-se ao momento inicial (denúncia de violação perante a Comissão) e final do processo (fase de reparações do *quantum* indenizatório perante a Corte). Essa fórmula impede-o de participar dos momentos mais importantes para a verificação da violação de direitos e sua gravidade, quais sejam, o dos debates orais e o da produção de provas. A segunda crítica é a de que a Comissão estaria exercendo um papel ambíguo, funcionando ao mesmo tempo como parte no processo e como guardião da aplicação correta das normas da Convenção. A terceira é a de que essa previsão segue na contramão da ampla defesa, prejudicando a formação do contraditório, elemento essencial para a elaboração do convencimento do juiz.

Ressalte-se, porém, que, embora os indivíduos e as ONGs não estejam legitimados a – nos termos do artigo 61, item 1⁷⁹ da CADH – submeter um caso à decisão da Corte IDH, é reconhecido, nos termos do artigo 23, itens 1 e 2⁸⁰ do Regulamento da Corte, o direito das supostas vítimas, seus parentes ou representantes de “estarem em juízo” – o chamado *locus standi in judicio* -, de modo que podem, em todas as fases do processo regional, “submeter de forma autônoma seus argumentos, arrazoados e provas perante a Corte” (PIOVESAN, 2014, p. 152).

O processo judicial regional provocado pela Comissão IDH ou por Estado-parte da CADH inicia-se com a distribuição da demanda junto à Secretaria da Corte IDH, redigida em qualquer um de seus idiomas oficiais⁸¹. A produção de provas e audiências ocorre da mesma maneira que no processo perante a Comissão IDH; todavia, as partes do processo passam a ser, de um lado, o Estado-denunciado e, de outro, a Comissão ou o Estado denunciante (GORCZEWSKI, 2009, p.178). Como regra, a Comissão IDH sempre se fará presente nos processos, e será tida como parte no processo regional em todos os casos relativos à função jurisdicional da Corte IDH.

Insta mencionar que o processo perante a Corte IDH possui duas fases distintas: uma escrita, que se inicia com a entrega da petição pela Comissão IDH ou pela Estado-membro, e outra oral, em que são apresentadas e ouvidas as testemunhas de acusação e defesa. Gorczewski (2009, p. 178) destaca que todo o

⁷⁹ Artigo 61, item 1 da CADH: Somente os Estados Partes e a Comissão têm direito de submeter caso à decisão da Corte (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁸⁰ Artigo 23. Participação das supostas vítimas. 1. Depois de admitida a demanda, as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados poderão apresentar suas petições, argumentos e provas de forma autônoma durante todo o processo. 2. Se existir pluralidade de supostas vítimas, familiares ou representantes devidamente acreditados, deverá ser designado um interveniente comum, que será o único autorizado para a apresentação de petições, argumentos e provas no curso do processo, incluídas as audiências públicas (CORTE IDH, 2000, www.cidh.oas.org)

⁸¹ São idiomas oficiais da Corte IDH aqueles utilizados nos Estados-membros, ou seja, espanhol, francês, inglês e português (GORCZEWSKI, 2009).

processo é público, salvo se a Corte dispuser o contrário, ilação que se extrai do artigo 24⁸² de seu Estatuto.

Ainda, conforme prevê o artigo 27⁸³ de seu Regulamento, a Corte IDH, em casos de extrema gravidade e urgência, poderá “adotar medidas provisórias de ofício ou a pedido das partes, sem prejuízo do julgamento final” (PRONER, 2002, p. 110). Ao final do processo, verificada a violação de um direito assegurado na Convenção, o trâmite perante a Corte IDH poderá resultar em uma sentença definitiva e inapelável contra o Estado que violou direitos previstos na CADH, conforme estabelece o SEU artigo 67⁸⁴. A sentença deverá ser fundamentada, sendo admitida a juntada de voto vencido. Havendo divergência com relação ao

⁸² Artigo 24. Audiências, deliberações e decisões. 1. As audiências serão públicas, a menos que a Corte, em casos excepcionais, decidir de outra forma. 2. A Corte deliberará em privado. Suas deliberações permanecerão secretas, a menos que a Corte decida de outra forma. 3. As decisões, juízos e opiniões da Corte serão comunicados em sessões públicas e serão notificados por escrito às partes. Além disso, serão publicados, juntamente com os votos e opiniões separados dos juízes e com quaisquer outros dados ou antecedentes que a Corte considerar conveniente (OEA, 1979, www.cidh.oas.org).

⁸³ Artigo 25. Medidas Provisórias. 1. Em qualquer fase do processo, sempre que se tratar de casos de extrema gravidade e urgência e quando for necessário para evitar prejuízos irreparáveis às pessoas, a Corte, ex officio ou a pedido de qualquer das partes, poderá ordenar as medidas provisórias que considerar pertinentes, nos termos do artigo 63.2 da Convenção. 2. Tratando-se de assuntos ainda não submetidos à sua consideração, a Corte poderá atuar por solicitação da Comissão. 3. Nos casos contenciosos que já se encontrem em conhecimento da Corte, as vítimas ou as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes devidamente acreditados, poderão apresentar diretamente a esta uma petição de medidas provisórias em relação aos referidos casos. 4. A solicitação pode ser apresentada ao Presidente, a qualquer um dos juízes ou à Secretaria, por qualquer meio de comunicação. Seja como for, quem houver recebido a solicitação deverá levá-la ao imediato conhecimento do Presidente. 5. A Corte ou, se esta não estiver reunida, a Presidência poderá requerer ao Estado, à Comissão ou aos representantes dos beneficiários, quando considerar possível e indispensável, a apresentação de informação sobre um pedido de medidas provisórias antes de resolver sobre a medida solicitada. 6. Se a Corte não estiver reunida, o Presidente, em consulta com a Comissão Permanente e, se for possível, com os demais juízes, requererá do governo interessado que tome as providências urgentes necessárias a fim de assegurar a eficácia das medidas provisórias que a Corte venha a adotar depois em seu próximo período de sessões. 7. A supervisão das medidas urgentes ou provisórias ordenadas realizar-se-á mediante a apresentação de relatórios estatais e das observações correspondentes aos referidos relatórios por parte dos beneficiários de tais medidas ou seus representantes. A Comissão deverá apresentar observações ao relatório do Estado e às observações dos beneficiários das medidas ou de seus representantes. 8. Nas circunstâncias que estimar pertinentes, a Corte poderá requerer a outras fontes de informação dados relevantes sobre o assunto, que permitam apreciar a gravidade e a urgência da situação e a eficácia das medidas. Para os mesmos efeitos, poderá também requerer as perícias e relatórios que considerar oportunos. 9. A Corte ou, se esta não estiver reunida, a Presidência poderá convocar a Comissão, os beneficiários das medidas ou seus representantes e o Estado a uma audiência pública ou privada sobre as medidas provisórias. 10. A Corte incluirá em seu relatório anual à Assembléia Geral uma relação das medidas provisórias que tenha ordenado durante o período do relatório e, quando tais medidas não tenham sido devidamente executadas, formulará as recomendações que considere pertinentes (CORTE IDH, 2000, www.cidh.oas.org).

⁸⁴ Artigo 67. A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

alcance de seu conteúdo, é assegurado às partes, no prazo de 90 dias, fazer um “pedido de interpretação”, petição similar aos embargos declaratórios do direito brasileiro (GORCZEWSKI, 2009, p.179).

Dentre as principais obrigações de fazer e não fazer impostas pela Corte IDH em suas sentenças, destaca-se, em primeiro lugar, o instituto da *restitutio in integrum* (reparação integral do dano), bem como a obrigação de cessar o ilícito e, ainda, a implementação de medidas satisfativas do direito violado. Pela leitura artigo 63, item 1 da CADH⁸⁵, infere-se que o objetivo *principal* da sentença proferida pela Corte IDH é o de garantir ou restabelecer à vítima, sempre que possível, o exercício dos direitos que lhe foram violados, o que reflete a ideia de preferência da *restitutio in integrum*. Por essa modalidade de decisão regional, tem-se por escopo eliminar por completo os resquícios dos atos violadores de direitos humanos, mediante a restauração do *status quo ante*.

Contudo, nem sempre é possível devolver à vítima o gozo do seu direito violado. Por exemplo, no caso da violação do direito humano à vida, a Corte IDH até poderá (e provavelmente o fará) determinar ao Estado o pagamento de indenização aos familiares pelo ocorrido; poderá, ainda, determinar a realização de políticas públicas, entre outras medidas de cunho reparatório, educativo e preventivo (preventivo, no caso, com relação à reiteração do dano); contudo, infelizmente não será possível assegurar à vítima o gozo do seu direito violado, tal como estabelece, com preferência, o dispositivo convencional citado. Para ilustrar bem o exposto, convém colacionar a decisão da Corte no Caso “Instituto de Reeducación del menor vs. Paraguay” que, em seu parágrafo 260 aduz:

Es preciso tomar en consideración que, en muchos casos de violaciones a derechos humanos, como el presente, no es posible la *restitutio in integrum*, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, inter alia, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniária. Es necesario añadir que el Estado debe adoptar las medidas de carácter positivo necesarias para asegurar que no se repitan hechos levisos como los ocurridos en el presente caso (CORTE IDH, 2004, www.corteidh.or.cr).⁸⁶

⁸⁵ Artigo 63. 1. Quando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁸⁶ Tradução livre: “Devemos levar em consideração que em muitos casos de violações de direitos humanos, como o presente, não é possível a *restitutio in integrum*, por isso, tendo em conta a natureza do bem afetado, a reparação se realiza, inter alia, de acordo com a jurisprudência

Assim, além de assegurar à vítima o gozo de seu direito violado quando possível, a sentença da Corte IDH determinará (cumulativamente ou não) a reparação da medida ou situação que configurou a violação desses direitos e o pagamento de justa indenização à pessoa lesada e aos seus familiares. A cessação do ilícito também se afigura enquanto obrigação geralmente presente nas sentenças da Corte IDH. Ela consiste na determinação de que o Estado cesse a conduta omissiva ou comissiva violadora de direitos humanos. Assim, se, por exemplo, restar comprovado que o direito violado no caso *sub judice* foi o direito à liberdade pessoal, pela inobservância do comando inserto no item 7 do artigo 7º da CADH⁸⁷, a Corte IDH determinará, em sua decisão (preliminar e/ou definitiva) o relaxamento imediato da prisão.

Por fim, as medidas satisfativas são aplicáveis nos casos que não envolvam dano material, de modo que visam a restaurar a dignidade humana, mediante determinações geralmente de natureza declaratória (COELHO, 2008, p. 117). Ressalta Coelho (2008, p. 117) que são exemplos de medidas satisfativas o “reconhecimento de responsabilidade, o desagravo público, a garantia de não repetição, o ressarcimento de valor simbólico ao lesado, a mera atestação da ilegalidade da conduta do Estado por um tribunal internacional”. Ademais, conforme decisão da Corte IDH no caso “Myrna Mack Chang vs. Guatemala” (parágrafo 274), outro importante exemplo de medida satisfativa é a garantia do direito à verdade. Senão, vejamos:

la Corte ha reiterado que toda persona, incluyendo a los familiares de víctimas de graves violaciones de derechos humanos, tiene el derecho a la verdad. En consecuencia, los familiares de las víctimas y la sociedad como un todo deben ser informados de todo lo sucedido con relación a dichas violaciones. Este derecho a la verdad ha venido siendo desarrollado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; al ser reconocido y ejercido en una situación concreta, ello constituye un medio importante de reparación. Por lo tanto, en este caso da lugar a una expectativa que el Estado debe satisfacer a los familiares de la víctima y a la sociedad guatemalteca⁸⁸ (CORTE IDH, 2003, www.corteidh.or.cr).

internacional através de uma justa compensação pecuniária. Deve acrescentar-se que o Estado deve adotar as medidas positivas necessárias para garantir que não se repitam os fatos levisos como ocorreu no presente caso”.

⁸⁷ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal [...] 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁸⁸ Tradução livre: a Corte tem reiterado que toda pessoa, incluindo os familiares de vítimas de graves violações dos direitos humanos, têm o direito à verdade. Consequentemente, os familiares das vítimas e a sociedade como um todo devem ser informados sobre tudo o que ocorreu com relação a essas violações. Esse direito à verdade tem vindo a ser desenvolvido pelo Direito Internacional dos

No que concerne à validade jurídica das sentenças da Corte IDH no âmbito interno, ressalta-se que, por ela consistir em um organismo jurisdicional regional cuja legitimidade foi regularmente reconhecida pelo Brasil (Decreto nº 678/1992, que promulgou a CADH; e decreto nº 4.463/2002, que promulgou a Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte IDH), suas decisões não carecem de homologação junto ao Superior Tribunal de Justiça, tal como se exige, em regra, no caso das sentenças estrangeiras. Isso porque, a Corte Idh não se afigura como Órgão jurisdicional estranho ao nosso sistema jurídico, senão que o integra, na condição de órgão judicial internacional com competência para julgar contenciosos envolvendo a violação de direitos humanos previstos no *corpus iuris* interamericano.

Quanto à efetividade prática das decisões da Corte IDH, convém esclarecer que o sistema interamericano não dispõe de um órgão responsável pela verificação do cumprimento das sentenças por ela emanadas, o que não significa que essa verificação não ocorra. Pelo contrário, ela tem sido realizada pela própria Corte IDH, mediante as supervisões de cumprimento de sentenças, as quais consistem no acompanhamento da execução da parte dispositiva do *decisum* regional. Dessa forma, ocorrendo o descumprimento da sentença da Corte IDH, o artigo 65⁸⁹ da CADH prevê que a Corte deverá fazer constar, de maneira especial e com as recomendações pertinentes, os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento às suas determinações, em seu informe anual à Assembleia Geral da OEA, referente aos seus trabalhos do ano anterior (CASTILLO, 2003, p. 166).

Nesse caso, a instância política é acionada, sendo esta a última instância de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano. Através da pressão política por meio de embargos econômicos, retirada de embaixadas, revogação de acordos internacionais firmados, dentre outros, os Estados-membros da OEA tentam compelir o Estado relutante para que este cumpra a decisão proferida pela Corte IDH (COELHO, 2008, p. 85). Ainda assim, é preciso reconhecer que o cumprimento

Direitos Humanos; para ser reconhecido e exercido em uma situação específica, sendo este um importante meio de reparação. Portanto, neste caso, dá origem a uma expectativa que o Estado deve satisfazer os familiares da vítima e a sociedade guatemalteca.

⁸⁹ Artigo 65. A Corte submeterá à consideração da Assembléia Geral da Organização, em cada período ordinário de sessões, um relatório sobre suas atividades no ano anterior. De maneira especial, e com as recomendações pertinentes, indicará os casos em que um Estado não tenha dado cumprimento a suas sentenças (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

das decisões da Corte IDH, embora juridicamente vinculantes, ainda depende muito do ânimo cooperativo dos Estados-membros, uma vez que não há previsão de sanções mais rigorosas no âmbito do sistema interamericano, como o seria, por exemplo, a expulsão de um membro da OEA. Com efeito, no escólio de Coelho (2008, p. 86), fatalmente a ausência de penalidades expressamente previstas acaba por gerar um risco de ineficácia das decisões da Corte IDH.

No tocante a esse aspecto, Proner (2002) afirma que a teoria clássica apresentada pelo direito internacional é a de que as sentenças internacionais são juridicamente obrigatórias, mas não executórias, de modo que a decisão proferida por tribunal supranacional teria mero efeito de declaração, visto que seu cumprimento dependeria imediatamente da competência interna e da vontade do Estado-membro de atingir o resultado almejado pela jurisdição internacional ou regional. Nesta dissertação, contudo, defende-se que as decisões da Corte IDH são vinculantes internamente, inclusive não se limitando apenas aos casos em que o país tenha figurado no polo passivo da demanda, tema que será abordado no próximo capítulo.

No que concerne à sua competência *consultiva*, é da atribuição da Corte IDH, independentemente de haver implicações diretas em casos concretos, interpretar normas internacionais fixando seu alcance e conteúdo (CORREIA, 2008, p. 135). Isso significa dizer que, nesses casos, a Corte exerce um controle abstrato sobre a forma como os Estados interpretam e aplicam a CADH e demais tratados pertencentes ao *corpus iuris* interamericano, promovendo, assim, maior precisão semântica aos instrumentos normativos regionais e unificando a sua interpretação no âmbito do sistema interamericano. Ademais, a competência consultiva também possui um caráter preventivo, no sentido de que os Estados, antes de serem demandados perante a Corte IDH na sua jurisdição contenciosa, podem fazer uma consulta sobre o seu entendimento acerca de medidas legais ou administrativas adotadas no âmbito interno que possam vir a caracterizar afronta ao *corpus iuris* interamericano.

Na CADH, a competência consultiva da Corte IDH está prevista em seu artigo 64⁹⁰, que dispõe terem todos os Estados-membros da OEA o direito de

⁹⁰ Artigo 64. 1. Os Estados membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo

provocar a Corte IDH para se manifestar sobre a interpretação da Convenção e de “outros tratados de direitos humanos concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos” (OEA, 1969, www.cidh.oas.org). Do dispositivo convencional citado, é possível identificar primeiramente a ampla legitimidade ativa admitida para provocar a competência consultiva da Corte IDH, vez que é assegurado a *todos* os Estados-membros da OEA o direito de buscar uma opinião consultiva, independentemente de terem reconhecido a sua competência nos termos do artigo 62 da CADH e sequer de serem signatários da aludida Convenção, instrumento convencional fundador a Corte IDH.

Em segundo lugar, é possível verificar a amplitude da competência consultiva da Corte IDH também no que concerne às matérias que podem por ela ser apreciadas. Nesse sentido destaca Castillo (2003, p. 167) que, da forma como redigido o artigo 64.1 da CADH, a competência consultiva da Corte “está concebida en términos muy amplios no solo por razón de las personas sino también por razón de la materia⁹¹”. Veja-se que, com relação ao termo “outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”, a própria Corte IDH, na Opinião Consultiva 1, de 24 de setembro de 1982, solicitada pelo governo do Peru, definiu que sua competência consultiva pode ser exercida sobre *qualquer* disposição relativa à proteção dos direitos humanos de *todos* os tratados internacionais aplicáveis nos Estados americanos, sejam bilaterais ou multilaterais, não se exigindo nem mesmo que o tratado tenha sido celebrado no âmbito do sistema interamericano⁹² (CORTE IDH, 1982, www.corteidh.or.cr). Assim, em tese, seria possível a consulta à Corte IDH, por um Estado membro da OEA, a respeito da interpretação de um tratado internacional vinculante para si ou para outros Estados-partes da Organização, como, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos da ONU (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p.336).

X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires. 2. A Corte, a pedido de um Estado membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁹¹ Tradução livre: está concebida em termos muito amplos, não só em razão da pessoa, mas também em razão da matéria.

⁹² Como exemplo real disso, tem-se a Opinião Consultiva nº 16 de 1999, em que o México solicitou à Corte IDH, *inter alia*, a interpretação de dispositivos da Convenção de Viena, pertencente ao sistema *global* de direitos humanos. A referida opinião consultiva é citada pelo Supremo Tribunal Federal na decisão do processo Ext. 1126/Alemanha, a qual será objeto de análise no último capítulo desta dissertação.

Conforme afirma Correia (2008, p. 138), essa ampla possibilidade de interpretação dos tratados pela Corte IDH sofre somente três limitações. Primeiramente, apenas lhe é dado “conhecer sobre a interpretação de tratados que estão diretamente relacionados com a proteção dos direitos humanos em um Estado membro do sistema interamericano”. Esse primeiro limite pode ser denominado de geográfico-político e implica que para a Corte IDH ser competente para responder a determinada consulta, o objeto desta deverá ser referente a obrigações para com os direitos humanos contraídas por um Estado-parte da OEA (GOMES; MAZZUOLI, 2010, p. 337). Consequentemente, a Corte IDH não terá competência nos casos em que a consulta tiver o propósito final de questionar o alcance ou cumprimento de obrigações internacionais assumidas somente por Estados que não integram o sistema interamericano, como por exemplo um tratado internacional firmado por país africano no âmbito do sistema africano de direitos humanos.

Em segundo lugar, tem-se a “inadmissibilidade de toda solicitação de consulta que conduza ao desvirtuamento na jurisdição contenciosa ou que possa debilitar ou alterar o previsto na Convenção” (CORREIA, 2008, p. 138). Esse limite, conforme assevera Zovato (1988, www.corteidh.or.cr), pretende proteger o sistema estabelecido pela Convenção, bem como resguardar os direitos das possíveis vítimas de violações aos direitos humanos protegidos pelo *corpus iuris* do sistema americano. E, por fim, a Corte IDH, após considerar as circunstâncias de cada caso, abster-se-á de responder, por decisão motivada, a solicitação que possa violar os limites acima elencados ou desnaturalizar a sua função consultiva (CORREIA, 2008, p. 138). Com efeito, a Corte IDH, na opinião consultiva nº 12/02 de 28 de agosto de 2002, parágrafo 33, estabeleceu que, no exercício de sua função consultiva, não lhe é dado resolver questões de fato, analisar provas, etc., senão que deve apenas:

desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos. En este ámbito, el Tribunal cumple con su función consultiva. La Corte ha sostenido en diversas ocasiones la distinción entre sus competencias consultiva y contenciosa, al señalar que a competencia consultiva de la Corte difiere de su competencia contenciosa en que no existen 'partes' involucradas en el procedimiento consultivo, y no existe tampoco un litigio por resolver. El único propósito de la función consultiva es 'la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos' (CORTE IDH, 2002, www.corteidh.or.cr)⁹³.

⁹³ Tradução livre: esclarecer o significado, propósito e razão de normas internacionais de direitos humanos. Nesse sentido, o Tribunal cumpre o seu papel consultivo. A Corte já declarou em diversas

Com efeito, em sua jurisdição consultiva, a Corte IDH já emitiu pareceres sobre aspectos substanciais da CADH, tais como as restrições à pena de morte, a limitação do direito de associação, o significado de "leis" quando se trata de impor restrições ao exercício de certos direitos, os requisitos do direito de retificação ou de resposta, o *habeas corpus* e as garantias judiciais em estado de sítio e defesa, as exceções ao esgotamento dos recursos internos, e sobre a compatibilidade de leis nacionais com a Convenção (CORREIA, 2008, p. 142).

Desse modo, tem-se que a Corte IDH realiza interpretação dinâmica e evolutiva de todo o *corpus iuris* interamericano, levando em conta as transformações sociais e os valores protegidos pelas convenções de direitos humanos, de modo a permitir, inclusive, a expansão de direitos, papel que vem desempenhando tanto em sua jurisdição consultiva como na contenciosa (PIOVESAN, 2014, p. 148). Ademais, além da interpretação evolutiva, Proner (2002, p. 137-138) destaca a utilização pela Corte IDH da interpretação restritiva e da teleológica. A primeira é utilizada para definir o significado de eventuais conceitos jurídicos indeterminados, enquanto que a segunda consiste na interpretação atenta ao objeto e finalidade da Convenção, o que possibilita a adoção do princípio *pro homine*, que será abordado no próximo capítulo.

Alfim, registre-se que a atuação da Comissão e da Corte IDH tem representado avanços concretos no cenário regional, implicando na criação, por parte dos Estados-membros, de diversas políticas públicas e atos normativos propendentes à proteção dos direitos humanos⁹⁴. Além disso, os referidos Órgãos têm atuado de modo fecundo no controle de atos e normas internas em face do *corpus iuris* interamericano. O referido cotejo, que ficou conhecido como “controle de convencionalidade”, é uma das grandes contribuições do Sistema Interamericano na proteção aos direitos humanos, objeto que será abordado no próximo capítulo.

ocasiões, a distinção entre suas jurisdições consultiva e contenciosa, ao sinalar que a competência consultiva da Corte difere da sua competência contenciosa, visto que não existem “partes” envolvidas no processo de consulta, e não existe tampouco um litígio para resolver. A única finalidade da função consultiva é “a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos”.

⁹⁴ A Lei Maria da Penha originou-se de uma recomendação da Comissão Interamericana. Já a Comissão Nacional da Verdade resulta da condenação brasileira na Corte IDH (caso “Guerrilha do Araguaia), só para citar dois exemplos conhecidos do Brasil.

3 O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NAS PERSPECTIVAS INTERNA E EXTERNA

Neste segundo capítulo da dissertação, tem-se, primeiramente, por escopo averiguar de que forma a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) desenvolveu, em sua atividade construtiva de interpretação, a teoria da vinculação interna em relação às suas decisões – incidente mesmo quando o Estado não tenha figurado, perante ela, no polo passivo da demanda. Com efeito, a aludida teoria fundamenta a obrigatoriedade de o Poder Judiciário nacional promover o controle de convencionalidade, não só com base nas normas que compõem o *corpus iuris* interamericano, senão também com base na interpretação que delas tenha feito a Corte IDH.

Outrossim, propõe-se aqui avaliar o instituto do controle de convencionalidade tanto na perspectiva da Corte IDH quanto na perspectiva interna, oriunda da Constituição Federal de 1988 e da construção jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal (STF). Por fim, avaliam-se, ainda, os instrumentos judiciais disponíveis para provocar o Poder Judiciário a proceder o exercício do controle de convencionalidade no âmbito interno.

3.1 A vinculação interna da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos: atividade construtiva de sua competência no exercício interpretativo de sua jurisdição

Como visto anteriormente, a Corte IDH foi instituída pelo Pacto de San José da Costa Rica com o objetivo de assegurar o cumprimento dos compromissos regionais assumidos pelos Estados que reconheceram a sua competência, nos termos do artigo 62, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁹⁵ (CADH). Trata-se de um órgão jurisdicional interamericano com competência para a emissão de pareceres consultivos, bem como para o julgamento de demandas contenciosas referentes a violações de direitos humanos por parte dos Estados que

⁹⁵ Artigo 62. 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção (OEA, www.cidh.oas.org, 1969).

tenham aderido à sua jurisdição em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da mencionada Convenção.

Convém esclarecer, todavia, que atualmente resta incontroverso que a competência da Corte IDH não se restringe à aplicação e interpretação somente da CADH. Pelo contrário, conforme já pacificado na jurisprudência da Corte Interamericana e na doutrina especializada, sua competência é ampla e abrange todo o *corpus iuris* interamericano. Nesse sentido, pode-se afirmar, com Alcalá (2012, p. 127), que, no exercício da função jurisdicional da Corte, “no se aplica sólo la Convención Americana sobre Derechos Humanos sino el *corpus iuris* vinculante para el Estado parte, en virtud del artículo 29⁹⁶ de la CADH⁹⁷”.

Foi isso, aliás, que ficou decidido no caso “Trabajadores Cesados del Congreso⁹⁸”, quando o Juiz Ramirez Garcia mencionou que

al referirse a un “control de convencionalidad” la Corte Interamericana ha tenido a la vista la aplicabilidad y aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José. Sin embargo, la misma función se despliega, por idénticas razones, en lo que toca a otros instrumentos de igual naturaleza, integrantes del *corpus juris* convencional de los derechos humanos de los que es parte el Estado⁹⁹ (CORTE IDH, 2006d, www.corteidh.or.cr).

Nesse diapasão, a totalidade do *corpus iuris* interamericano constitui o que o Juiz Ferrer Mac-Gregor, no julgamento do caso “Cabrera García y Montiel Flores”, denominou de “bloco de convencionalidade”¹⁰⁰, consistente no conjunto dos

⁹⁶ Artigo 29 - Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados-partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

⁹⁷ Tradução livre: “não se aplica só a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, senão todo o *corpus iuris* vinculante para o Estado parte, em virtude do artigo 29 da CADH”.

⁹⁸ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

⁹⁹ Tradução livre: “ao referir-se a um ‘controle de convencionalidade’, a Corte Interamericana tem tido em vista a aplicabilidade e implementação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San José. Contudo, a mesma função se apresenta, por idênticas razões, no que toca a outros instrumentos de igual natureza, integrantes do *corpus juris* convencional dos direitos humanos, dos quais é parte o Estado”.

¹⁰⁰ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Costas. Sentença de 26 de novembro de 2010 Serie C Nº. 220. Parágrafo 50.

parâmetros que balizam o controle de convencionalidade. É de se frisar que o aludido bloco inclui os pareceres consultivos, as decisões nos casos contenciosos e os acompanhamentos de cumprimento de sentença da Corte IDH. Conforme a decisão citada,

los jueces nacionales deben atender a este “bloque” [de convencionalidad], lo que implica, por parte de ellos, una permanente actualización de la jurisprudencia de la Corte IDH y propicia una “viva interacción” entre las jurisdicciones nacionales y la interamericana, con la finalidad última de establecer estándares en nuestra región para la protección efectiva de los derechos humanos¹⁰¹ (CORTE IDH, 2010b, www.corteidh.or.cr)¹⁰².

Com efeito, o bloco de convencionalidade compõe-se atualmente pela CADH, por seus protocolos adicionais, com destaque para o Protocolo de San Salvador¹⁰³, e por outros tratados regionais sobre direitos humanos, tais como a Convenção de Belém do Pará¹⁰⁴, a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado, a Convenção Interamericana para prevenir e sancionar a tortura, a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e formas conexas de intolerância, a Convenção Interamericana sobre concessão dos direitos políticos à mulher, entre outros. Ademais, conforme hoje indiscutido na doutrina especializada e na jurisprudência regional, compõe o *corpus iuris* interamericano a *própria jurisprudência da Corte IDH* (HITTERS, 2015, p. 127), tanto no que se refere à sua atividade jurisdicional consultiva, quanto contenciosa, incluídas aqui também as decisões firmadas em supervisão de cumprimento de sentença.

Nesse contexto, e reforçado pelo teor dos artigos 62.3¹⁰⁵ e 64¹⁰⁶ da CADH, é que surge a noção de que a Corte IDH, tanto em sua jurisdição contenciosa quanto

¹⁰¹ Tradução livre: os juízes nacionais devem atender a este bloco [de convencionalidade], o que implica, por parte deles, uma permanente atualização quanto à jurisprudência da Corte IDH e propicia uma “viva interação” entre as jurisdições nacionais e a interamericana, com a finalidade última de estabelecer padrões em nossa Região para a proteção efetiva dos direitos humanos.

¹⁰² Essa “viva interação” entre a jurisdição nacional e a interamericana constitui o que Alcalá denomina de “diálogo interjurisdiccional”, tema que será objeto de análise no próximo capítulo.

¹⁰³ Trata-se do já citado Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, concluído em 1988, ratificado pelo Brasil em 1996 e promulgado pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.

¹⁰⁴ Trata-se da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em 1994, ratificada pelo Brasil em 1995 e promulgada pelo Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996.

¹⁰⁵ Artigo 62. [...] 3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe seja submetido, desde que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

na consultiva, é a intérprete autêntica e última do *corpus iuris* interamericano. O caráter de intérprete *última* decorre ainda do fato de, nos termos do artigo 67¹⁰⁷ da CADH, a sentença da Corte IDH ser “definitiva e inapelável” (OEA, 1969, www.cidh.oas.org). Diante disso, a interpretação que ela faz dos dispositivos regionais sobre direitos humanos constitui, além de coisa julgada nas demandas contenciosas – com efeito *inter partes* – “coisa interpretada” (*res interpretata*), com eficácia *erga omnes* e, portanto, de obrigatória observância por todos os Estados que tenham reconhecido a obrigatoriedade de sua jurisdição.

Nos ensinamentos de Alcalá (2012, p. 72), o mencionado efeito de “coisa interpretada” chega a superar o de “coisa julgada”, em razão de aquele revestir os fundamentos da decisão da Corte IDH de eficácia que vai além das partes diretamente envolvidas na demanda regional (eficácia *erga omnes*). Nesse sentido, pode-se dizer que a “CADH y el *corpus iuris* interamericano viven en la interpretación formulada por la Corte de San José que es el intérprete auténtico y final de dicha Convención y cuyas sentencias son incondicionalmente vinculantes para el Estado parte¹⁰⁸”.

Essa ideia de que as decisões da Corte IDH possuem efeito de *res interpretata* (e, bem assim, efeito *erga omnes*) adveio da análise da jurisprudência já consolidada no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH). Conforme o Juiz Ferrer Mac-Gregor (CORTE IDH, 2013, www.corteidh.or.cr), na supervisão de cumprimento de sentença do caso Gelman Vs. Uruguai¹⁰⁹, “la eficacia interpretativa de la norma convencional ha sido resaltada desde hace tiempo por la doctrina

¹⁰⁶ Artigo 64 - 1. Os Estados-membros da Organização poderão consultar a Corte sobre a interpretação desta Convenção ou de outros tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados americanos. Também poderão consultá-la, no que lhes compete, os órgãos enumerados no capítulo X da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.

2. A Corte, a pedido de um Estado-membro da Organização, poderá emitir pareceres sobre a compatibilidade entre qualquer de suas leis internas e os mencionados instrumentos internacionais (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

¹⁰⁷ Artigo 67 - A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

¹⁰⁸ Tradução livre: “a CADH e o *corpus iuris* interamericano vivem na interpretação formulada pela Corte de San José, que é a intérprete autêntica e final de dita Convenção e cujas sentenças são incondicionalmente vinculantes para o Estado parte”.

¹⁰⁹ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay . Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

européia com a denominação de ‘cosa interpretada’ ou *chose interprétée*¹¹⁰, que enseja, em suma, a

eficácia *erga omnes* que produzem as sentenças do Tribunal de Estrasburgo para todos os Estados Parte na Convenção Europeia que não intervieram no processo internacional, na medida em que o critério interpretativo, como o ha señalado o Tribunal Europeo de Derechos Humanos “sirve no sólo para decidir sobre los casos que conoce el Tribunal sino en general, para aclarar, proteger y desarrollar las normas previstas en la Convención” (*Caso Irlanda contra el Reino Unido*, de 18 de enero de 1978)¹¹¹ (CORTE IDH, 2013, www.corteidh.or.cr)

Desse modo, a vinculatoriedade das decisões da Corte Regional apresenta-se mediante duas manifestações distintas: a primeira diz respeito à vinculação interna decorrente de *condenações* do Estado Parte pela Corte IDH; a segunda trata da vinculação referente à *ratio decidendi* (fundamentação jurídica) de suas decisões, que alcança todos os Estados partes, inclusive os que não integraram o polo passivo da demanda regional. A primeira (decorrente de *condenações* do Estado) sempre existiu no sistema interamericano. Ela decorre objetivamente do comando inserto no artigo 68.1 da CADH, segundo o qual “os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” (OEA, 1969, www.cidh.oas.org). Por conta disso, a jurisprudência da Corte IDH, desde o início, tem sustentado que a referida vinculação deflui do princípio *pacta sunt servanda*, consagrado nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados¹¹², no sentido de que os Estados devem honrar os seus compromissos internacionais voluntariamente assumidos.

Veja-se que, respectivamente, nos termos dos aludidos dispositivos convencionais, “todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé” (ONU, 1969, www.planalto.gov.br). Além disso, um Estado-parte em um tratado internacional “não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado” (ONU, 1969, www.planalto.gov.br).

¹¹⁰ Tradução livre: “a eficácia interpretativa da norma convencional tem sido destacada há tempos pela doutrina europeia, com a denominação de ‘coisa interpretada’ ou *chose interprétée*”

¹¹¹ Tradução livre: “eficácia *erga omnes* que produzem as sentenças do Tribunal de Estrasburgo para todos os Estados Parte na Convenção Europeia que não intervieram no processo internacional, na medida em que o critério interpretativo, como sinalou Tribunal Europeo de Derechos Humanos ‘serve não só para decidir sobre os casos que conhece o Tribunal senão em geral, para aclarar, proteger e desenvolver as normas previstas na Convenção’ (*Caso Irlanda contra o Reino Unido*, de 18 de janeiro de 1978)”.

¹¹² Convenção concluída em 23 de maio de 1969, ratificada pelo Brasil em 2009 e promulgada, no mesmo ano, pelo Decreto nº 7.030.

Destarte, uma vez reconhecida a competência da Corte IDH, as decisões que ela proferir vinculam-no, *ex vi* do já citado artigo 68.1 da CADH.

Essas ideias aparecem materializadas na jurisprudência da Corte Interamericana¹¹³, no sentido de que

la obligación de cumplir lo dispuesto en las decisiones del Tribunal corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar el tratado internacional de buena fe (*pacta sunt servanda*)¹¹⁴. (CORTE IDH, 2013, www.corteidh.or.cr)

Também na Opinião Consultiva OC-14/94, de 9 de dezembro de 1994¹¹⁵, essa ideia é claramente apresentada. Nos termos do referido documento, “in international law, all obligations imposed by it must be fulfilled in good faith; domestic law may not be invoked to justify nonfulfillment. [...] These rules have also been codified in Articles 26 and 27 of the 1969 Vienna Convention¹¹⁶” (CORTE IDH, 1994, www.corteidh.or.cr). Outrossim, cumpre mencionar que a mesma noção é reforçada pela Corte IDH em processo regional que envolve a relutância do Brasil em atender integralmente as determinações contidas em sua decisão. Trata-se do caso Gomes Lund vs. Brasil, também conhecido como caso “Guerrilha do Araguaia”, que será objeto de análise no próximo capítulo. Na decisão da aludida demanda, a Corte IDH, no parágrafo 177, recorda ser o cumprimento de obrigações internacionais, contraídas de forma voluntária, um princípio básico do direito internacional, com vasto respaldo jurisprudencial, devendo prevalecer sempre a boa-fé e, bem assim, o efeito útil (*effet utile*) dos tratados internacionais. Nos termos do referido *decisum* (disponível em língua portuguesa),

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

¹¹³ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 20 de março de 2013.

¹¹⁴ Tradução livre: “a obrigação de cumprir o disposto nas decisões do Tribunal corresponde a um princípio básico do Estado, respaldado pela jurisprudência internacional, segundo a qual os Estados devem acatar o tratado internacional de boa-fé (*pacta sunt servanda*)”.

¹¹⁵ Corte IDH. Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (Arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 de 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

¹¹⁶ Tradução livre: “segundo o direito internacional, as obrigações que este impõe devem ser cumpridas de boa fé e não se pode invocar, para o seu descumprimento, o direito interno. [...] Estas regras foram codificadas nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena de 1969”.

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, 2010a, www.corteidh.or.cr).

Assim, em síntese, a vinculação interna, correspondente a *condenações* do Estado Parte pela Corte IDH, decorre do princípio de direito internacional *pacta sunt servanda*, combinado com o disposto no artigo 68.1 da CADH. Sem embargo, Carbonell (2013) aponta as questões que mais frequentemente são alegadas pelos Estados signatários como dificultadoras do cumprimento das decisões da Corte IDH. A primeira seria a necessidade de incorporação da CADH ao direito interno, a fim de tornar juridicamente possível a sua aplicação. Após, o autor cita a necessidade de derrogação das normas internas incompatíveis com a Convenção, haja vista não prescindir de harmonia a relação entre as normas domésticas e a norma convencional. Por fim, menciona a necessidade de reorganização estrutural das competências do Estado, para que os direitos humanos previstos no tratado internacional apresentem os padrões suficientes de proteção. Apesar de tais questões, impende referir que se tratam de ônus os quais devem ser superados internamente pelo Estado signatário, o que decorre de sua própria vontade soberana, levada a cabo no momento da ratificação do Pacto regional e do ato formal de reconhecimento da jurisdição da Corte Regional.

Nesse sentido, também, é o voto do Ministro do STF Celso de Mello, nos autos do Vigésimo Quinto Agravo Regimental na Ação Penal 470 – Minas Gerais, decisão que faz parte do julgamento do famoso caso conhecido como “mensalão” e que será analisada no último capítulo desta dissertação, por conter citação de jurisprudência da Corte IDH. De acordo com o Ministro,

não custa lembrar que o Brasil, apoiando-se em soberana deliberação, submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que significa – considerando o formal reconhecimento da obrigatoriedade de observância e respeito da competência da Corte (Decreto nº 4.463/2002) – que o Estado brasileiro comprometeu-se, por efeito de sua própria vontade político jurídica, a ‘cumprir a decisão da Corte em todo caso’ de que é parte (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 68). “*Pacta sunt servanda*” (STF, 2013, www.stf.jus.br).

Tratando ainda da vinculação interna frente à competência jurisdicional da Corte IDH, o Ministro Celso de Mello prossegue seu voto e aduz que o nosso país, por meio do Decreto nº 4.463, de 8 de novembro de 2002,

reconheceu como obrigatória a jurisdição e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção” (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 62), o que legitima o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, do controle de convencionalidade, vale dizer, da adequação e observância, por parte dos Estados nacionais, que voluntariamente se submeteram, como o Brasil, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (STF, 2013, www.stf.jus.br).

Assim, podemos concluir, com Hitters (2015, p. 151), que a referida vinculação (decorrente de condenações do Estado parte), que ocorre de modo *direto*, possui efeito *inter partes* e obriga o Estado a cumprir o proferido na parte dispositiva (ou resolutiva) da sentença internacional. Por muito tempo, a noção de vinculação das decisões internacionais limitou-se a esse âmbito, de modo que os Estados alheios à demanda não estavam compelidos a observar a jurisprudência da Corte IDH.

Isso mudou a partir de uma construção jurisprudencial da própria Corte. Tendo em vista que nenhum dispositivo da CADH determina, literalmente, a observância das decisões da Corte IDH com relação a casos em que o Estado não tenha figurado como parte na demanda internacional¹¹⁷, essa teoria teve de ser construída *jurisprudencialmente*¹¹⁸. É de se destacar que essa noção foi forjada no sistema interamericano, em especial, nos casos atinentes às reminiscências danosas das ditaduras militares, situação que ensejou farta e uníssona jurisprudência regional no sentido de, *inter alia*, considerar o crime de desaparecimento forçado como crime permanente, assim como considerar as leis nacionais de anistia decorrentes desses regimes ditatoriais como inconvencionais e, portanto, inválidas.

Não obstante, cumpre mencionar que, antes mesmo de a Corte IDH ter construído a teoria da vinculação interna com efeitos *erga omnes* de suas decisões

¹¹⁷ Como visto anteriormente, o artigo 68.1 da CADH é bastante claro ao determinar apenas que “os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” (OEA, 1969, www.cidh.oas.org, sem grifos no original).

¹¹⁸ Essa atividade construtiva da Corte IDH (ampliando suas próprias competências) é bastante evidente em sua jurisdição e será objeto de análise no próximo subtítulo.

internacionais, muitos Estados já observavam, em suas jurisdições internas, as decisões da Corte Regional como parâmetro para interpretação do *corpus iuris* interamericano. Corroborando o exposto, a Corte IDH, na supervisão de cumprimento de sentença do caso Gelman Vs. Uruguay¹¹⁹ (mais um caso da jurisdição interamericana relativo a violações de direitos humanos no contexto de ditaduras militares), elenca, nesse sentido, um apanhado de decisões internas de países latino-americanos que, voluntariamente, utilizaram a jurisprudência da Corte IDH como fundamento de suas decisões. Como exemplo, cita-se a decisão da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justicia de Costa Rica (*apud* CORTE IDH, 2013, www.corteidh.or.cr), que, já em 9 de maio de 1995¹²⁰, advertiu que

si la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el órgano natural para interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos [...], la fuerza de su decisión al interpretar la Convención y enjuiciar leyes nacionales a la luz de esta normativa, ya sea en caso contencioso o en una mera consulta, tendrá –de principio– el mismo valor de la norma interpretada¹²¹ (*apud* CORTE IDH, 2013, www.corteidh.or.cr).

Também a Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina (*apud* CORTE IDH, 2013, www.corteidh.or.cr), em decisão publicada em 13 de julho de 2007¹²², assim se manifestou:

“la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos debe guiarse por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, ya que se “trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”¹²³.

¹¹⁹ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay . Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.

¹²⁰ A aludida decisão da Corte Costa-riquenha, foi referenciada pela Corte IDH em nota de rodapé da seguinte forma: Sentencia de 9 de mayo de 1995 emitida por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Acción Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

¹²¹ Tradução livre: “se a Corte Interamericana de Direitos Humanos é o Órgão natural para interpretar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos [...], a força de sua decisão ao interpretar a Convenção e julgar leis nacionais à luz desta norma, seja em um caso contencioso ou em uma mera consulta, terá – em princípio – o mesmo valor da norma interpretada”.

¹²² A aludida decisão da Corte argentina, foi referenciada pela Corte IDH em nota de rodapé da seguinte forma: Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad. M. 2333. XLII. y otros de 13 de Julio de 2007, párr. 20.

¹²³ Tradução livre: “a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos deve guiar-se pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, já que se “trata de uma inafastável pauta de interpretação para os poderes constituídos argentinos no âmbito de sua competência e,

Além dessas decisões, a Corte IDH ainda menciona, nesse mesmo sentido, sentenças da Corte Constitucional Colombiana e do Tribunal Constitucional da Bolívia. Essa aderência voluntária à jurisprudência da Corte IDH, conforme os ensinamentos de Alcalá (2012, p. 98), está cercada de vantagens, afinal, mesmo na hipótese de o Estado não ter figurado no polo passivo da demanda perante a Corte Regional, sua jurisprudência “constituye para los jueces de todos los Estados parte una fuente de inspiración, como asimismo constituye un argumento de autoridad en que apoyar las decisiones jurisdiccionales nacionales¹²⁴”.

Contudo, é preciso sinalar que a aderência voluntária à jurisprudência da Corte IDH está longe de ser uma unanimidade entre os Estados membros. Basta ver o exemplo do Uruguai, no denominado “Caso de los Coroneles” (que discutia a constitucionalidade da lei de anistia daquele país), em que sua Suprema Corte de Justiça (*apud* HITTERS, 2015, p. 139, grifos conforme o original), em decisão proferida em 22 de fevereiro de 2013, lançando mão (equivocadamente¹²⁵) da doutrina da “margem de apreciação nacional”

declaró – por mayoría – que lo dispuesto por la Corte Interamericana en el ya nombrado fallo “Gelman” y en general, en los demás pronunciamientos de ese organismo internacional ‘no son vinculantes para quienes no han sido parte de ese proceso judicial’¹²⁶.

Além do Uruguai, Zelada (2014, p. 343) refere que também o Brasil e o Chile são países que têm apresentado, em sua jurisdição interna, uma certa resistência na observância da jurisprudência da Corte IDH, nos casos em que não figuram como partes na demanda regional. Em razão de se estar longe de se obter unanimidade

consequentemente, também para a Corte Suprema de Justiça da Nação, ao efeito de resguardar as obrigações assumidas pelo Estado argentino no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos”.

¹²⁴ Tradução livre: “a jurisprudência da Corte IDH constitui para os juízes de todos os estados parte uma fonte de inspiração, como também, constitui um argumento de peso em que apoiar as decisões jurisdiccionais nacionais”.

¹²⁵ Importa referir que a teoria da margem de apreciação nacional consiste na deferência por parte do Tribunal Supracional para deliberação interna nas hipóteses em las que el Tribunal internacional considera que los cuerpos internos están en mejores condiciones para decidir el asunto” (HITTERS, 2015, p. 134, tradução livre: hipóteses nas quais o Tribunal Internacional considera que os órgãos internos estão em melhores condições para decidir o assunto). Note-se que, segundo essa teoria, quem defere, em assuntos específicos, a “margem de apreciação nacional” é a Corte IDH, e não o próprio país. Assim, nem mesmo competiria ao Tribunal Constitucional valer-se deste conceito

¹²⁶ Tradução livre: “declarou – por maioria – que o proferido pela Corte Interamericana no denominado caso ‘Gelman’ e, em geral, nos demais pronunciamentos desse organismo internacional não são vinculantes para aqueles que não foram parte no processo judicial”.

na aderência voluntária à jurisprudência da Corte IDH – o que acabaria por dilatar a tutela dos direitos humanos no âmbito do sistema interamericano – mostrou-se necessária a construção jurisprudencial de uma teoria que ampliasse a força das decisões da Corte IDH, de modo que pudesse vincular, no que concerne à sua fundamentação (*ratio decidendi*), todos os Estados que, assim como o Brasil, tenham reconhecido a obrigatoriedade de sua jurisdição, e não somente aqueles que figuraram como parte na demanda.

Como dito anteriormente, tal teoria foi inspirada, sobretudo, no fato de essa vinculatoriedade ampliada das decisões já ser uma realidade concreta no âmbito do Tribunal Europeu de Direitos Humanos¹²⁷. No sistema europeu, é indiscutido que a jurisprudência de sua Corte regional integra a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de modo a estender sua força vinculante para todos os Estados signatários e gerar um dever de observância das possíveis implicações que as decisões da Corte Europeia possam gerar nos ordenamentos jurídicos domésticos (CONSELHO EUROPEU, 2000, assembly.coe.int). Conforme o texto original, em língua inglesa, previsto na resolução 1226 da Assembleia Parlamentar do Conselho Europeu, de 28 de setembro de 2000, a jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos

forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention *erga omnes* (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgments of the Court pronounced in cases to which they are party, but also have to take into consideration the possible implications which judgments pronounced in other cases may have for their own legal system and legal practice¹²⁸ (CONSELHO EUROPEU, 2000, assembly.coe.int).

Assim, com base nos pilares argumentativos já previamente edificados no sistema europeu pelo TEDH, construiu a Corte IDH a noção de que essa

¹²⁷ Essa troca de informações e experiências entre órgãos jurisdicionais e, em geral, as provocações argumentativas (propositais ou não) entre juízes configura aquilo que Norberto Alcalá chama de diálogo interjurisdicional. Nesse caso, o diálogo se dá de modo horizontal, isto é, “livre, ‘desbocado’ o ‘desenfrenado’ quando no existe ninguna obligación de efectuarlo, citando jurisprudencias de otras cortes internacionales regionales (Corte Europea de Derechos Humanos) o de otras jurisdicciones extranjeras, dando lugar a un diálogo espontáneo, tanto dentro de ámbitos continentales o en diálogos intercontinentales” (ALCALÁ, 2012, p. 60). Este assunto será mais aprofundado no terceiro capítulo da dissertação.

¹²⁸ Tradução livre “faz parte da Convenção, alargando assim a força vinculativa da Convenção *erga omnes* (para todas as outras partes). Isso significa que os Estados Partes não só tem que executar os acórdãos do Tribunal proferidos nos casos em que são partes, mas também tem que levar em consideração as possíveis implicações que as sentenças pronunciadas em outros casos pode ter para o seu próprio sistema legal e prática jurídica.

vinculatoriedade ampliada também deve ser observada em nosso sistema regional, no escopo de se conceder maior proteção aos direitos humanos. Destarte, após analisar as decisões da Corte IDH nos casos “Barrios Altos”, “Tribunal Constitucional de Perú” e “La Cantuta”, Hitters (2015, p. 148) conclui que, consoante o atual entendimento da Corte Interamericana, o poder vinculativo de seus pronunciamentos “no se agota en su parte resolutive, (que vale para el caso particular), sino que se multiplica expansivamente [...] a los fundamentos del fallo, obligando a los tres poderes del Estado para la generalidad de los casos similares¹²⁹”.

Essa obrigação deriva do simples fato de o Estado ser parte no Pacto de San José, circunstância que, por si só, o obriga a “acatar el mismo y considerar los precedentes y lineamientos judiciales del Tribunal Interamericano¹³⁰” (HITTERS, 2013, p. 708). Para ilustrar melhor o expandido, cumpre trazer à colação a decisão da Corte IDH na Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso “Gelman Vs. Uruguay¹³¹”, de acordo com a qual

en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser Parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana¹³² (CORTE IDH, 2013, www.corteidh.or.cr).

¹²⁹Tradução livre: “não se esgota em sua parte resolutive (que vale para o caso particular), senão se multiplica expansivamente [...] aos fundamentos da decisão, obrigando aos três poderes do Estado a sua observância para a generalidade dos casos similares”.

¹³⁰Tradução livre: “acatar o mesmo e considerar os precedentes e orientações judiciais do Tribunal Interamericano”.

¹³¹Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 20 de março de 2013.

¹³²Tradução livre: “em situações e casos em que o Estado em questão não foi parte no processo internacional em que foi estabelecida determinada jurisprudência, pelo só fato de ser Parte na Convenção Americana, todas suas autoridades públicas e todos seus órgãos, incluídas as instâncias democráticas, juízes e demais órgãos vinculados à administração da justiça em todos os níveis, estão obrigados pelo tratado, pelo qual devem exercer, no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes, um controle de convencionalidade tanto na emissão e aplicação de normas, no tocante a sua validade e compatibilidade com a Convenção, quanto na determinação, julgamento e resolução de situações particulares e casos concretos, levando em conta o próprio tratado e os correspondentes precedentes ou orientações judiciais da Corte Interamericana”.

À guisa de complementação, é interessante analisar também a decisão do caso “Cabrera García e Montiel Flores vs. México”¹³³, sentença na qual, em seu parágrafo 79, está dito que a jurisprudência da Corte IDH detém “‘eficacia directa’ en todos los Estados nacionales que han reconocido expresamente su jurisdicción, *con independencia de que derive de un asunto donde no han participado formalmente como ‘parte material’*”¹³⁴ (CORTE IDH, 2010b, www.corteidh.or.cr, sem grifos no original). Ainda, nos termos do mencionado *decisum*, isso se deve “a los efectos de la *norma convencional interpretada*, que produce ‘efectos expansivos’ de la jurisprudencia convencional y no sólo eficacia subjetiva para la tutela del derecho y libertad en un caso particular sometido a su competencia”¹³⁵ (CORTE IDH, 2010b, www.corteidh.or.cr, grifos conforme o original).

A interpretação que a Corte Regional faz das normas integrantes do *corpus iuris* interamericano, seja no âmbito da *ratio decidendi* dos casos contenciosos, seja no bojo de seus pareceres consultivos, vincula a todos os países submetidos à sua competência. Essas interpretações devem entender-se como efetivamente *incorporadas* “a las disposiciones convencionales, las que los jueces internos deben respetar”¹³⁶ (ALCALÁ, 2012). Além dos fundamentos já elencados acima, a ampliação do alcance jurídico da *ratio decidendi* para além do caso concreto se deve, ainda, ao princípio da economia processual (ALCALÁ, 2012), no sentido de que, ao se seguir a jurisprudência da Corte IDH, evita-se de o caso ser resolvido somente no âmbito da jurisdição interamericana, após o esgotamento de todos os recursos internos.

Pelo exposto, observa-se que o poder vinculante das decisões da Corte IDH possui duas manifestações bem delineadas em sua jurisprudência, a qual, por sua vez, inspirou-se na doutrina e jurisprudência atinente ao sistema europeu de direitos humanos. A primeira manifestação refere-se à obrigação do país condenado em cumprir a decisão da Corte, em especial, quanto à sua parte dispositiva (ou resolutiva). Trata-se, assim, como já dito, de uma vinculação direta, com efeito *inter*

¹³³ Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Costas. Sentença de 26 de novembro de 2010 Serie C Nº. 220

¹³⁴ Tradução livre: “‘eficácia direta’ para todos os Estados que reconheceram expressamente sua jurisdição, independentemente de que derive de um caso onde não participaram formalmente como ‘parte material’”.

¹³⁵ Tradução livre: “aos efeitos da *norma convencional interpretada*, que produz ‘efeitos expansivos’ da jurisprudência convencional e não só eficácia subjetiva para a tutela do direito e liberdade em um caso particular submetido a sua competência”.

¹³⁶ Tradução livre: às disposições convencionais, as quais os juízes internos devem respeitar”.

partes, decorrentes do princípio *pacta sunt servanda*. De outra sorte, a segunda manifestação refere-se à obrigação de *todos* os Estados em observar a *ratio decidendi* das decisões da Corte IDH, notadamente quanto à interpretação que esta faça de dispositivos e princípios do *corpus iuris* interamericano, a qual *integra* o *corpus iuris* interamericano e configura “coisa interpretada” (ou *res interpretata*).

Essa segunda manifestação possui efeito *erga omnes*, porquanto atinge a todos os Estados submetidos à jurisdição da Corte IDH. Outrossim, trata-se de uma vinculação *indireta* – já que o Estado não foi parte no processo – e *relativa*, visto que não abrange a parte resolutiva da decisão, destinada especialmente para o Estado condenado (HITTERS, 2015, p. 151). Disso decorre que os fundamentos da decisão servem como diretiva de atuação aos Estados¹³⁷ e demonstram em que sentido devem atuar na implementação e concretização dos direitos humanos.

Com isso, passa-se ao próximo tópico, em que se pretende abordar o instituto jurídico do controle de convencionalidade na perspectiva da Corte IDH, para quem o seu efetivo exercício constitui não só uma prerrogativa sua, mas também um poder/dever institucional do Poder Judiciário nacional no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

3.2 O controle de convencionalidade na perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Há pouco mais de uma década, a Corte IDH, no exercício de sua atividade jurisdicional, pôs em curso um processo evolutivo de definição conceitual do controle de convencionalidade. Em que pese ser verificável, desde os primeiros casos julgados pela Corte IDH, o exercício de um controle dos atos jurídicos internos tendo como parâmetro principal a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a expressão “controle de convencionalidade” foi utilizada pela Corte Regional, pela primeira vez, apenas em 2003, na decisão do Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala¹³⁸. Nessa decisão, a Corte deixou consignado que o Estado signatário da CADH, como um todo, compromete-se em realizá-la no âmbito nacional. Significa dizer, nos termos do *decisum*, que a responsabilidade do Estado Parte

¹³⁷ A superação da vinculação exclusivamente subjetiva das decisões da Corte IDH também reforça a noção de dimensão objetiva dos direitos.

¹³⁸ Corte IDH. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101. Parágrafo nº 27.

es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional¹³⁹ (CORTE IDH, 2003, www.corteidh.or.cr).

Como se vê, nesta primeira decisão, a Corte IDH foi breve ao tratar do controle de convencionalidade. Ela apenas mencionou dito instrumento jurídico (como atribuição sua), sem, contudo, abordar os seus principais atributos e fundamentos, dentre os quais se destaca a possibilidade/obrigatoriedade de o Judiciário *doméstico* exercê-lo. Com efeito, foi somente a partir de 2006, no julgamento dos casos “Almonacid Arellano e outros vs. Chile¹⁴⁰” e “Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú¹⁴¹” que os contornos conceituais de dito controle começaram a aparecer de modo mais claro. Na sentença do primeiro caso mencionado (disponível na língua portuguesa), aduziu-se que

quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo (CORTE IDH, 2006c, www.corteidh.or.cr).

Após analisar dita sentença, Víctor Bazán (2013, p. 233) refere que, nela, a Corte IDH atribuiu ao Poder Judiciário (ordinário e constitucional) dos Estados

¹³⁹ Tradução livre: “é global, atinente ao Estado como um todo e não pode estar sujeita à divisão de atribuições a que sinala o direito interno. Não é possível seccionar internacionalmente o Estado, isto é, obrigar perante a Corte só a um ou alguns dos seus órgãos, entregando a este a representação do Estado em juízo - sem que essa representação repercuta sobre o Estado como um todo - e substraia outros desse sistema convencional de responsabilidade, deixando suas ações fora do “controle de convencionalidade” que traz consigo a jurisdição da Corte Internacional.

¹⁴⁰ Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Mérito, Reparaciones y Custas. Sentencia de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154.

¹⁴¹ Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

signatários da CADH “la misión de concretar el control de convencionalidad de las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos”¹⁴². Outrossim, observa o autor que, para tanto, os juízes e tribunais domésticos hão de levar em conta não só a literalidade da Convenção Americana, senão que deverão considerar “la lectura que del mismo ha realizado la Corte, que –como se sabe– es el intérprete último de aquél”¹⁴³.

Dois meses depois, no julgamento do segundo caso citado, a Corte IDH desenvolveu um pouco mais esse conceito, utilizando-se inicialmente de redação assemelhada no trecho colacionado (e, por esse motivo, ora suprimida), mas que, ao final, traz uma nova e importante questão, que é a possibilidade de exercício *ex officio* do controle de convencionalidade:

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 acciones¹⁴⁴ (CORTE IDH, 2006d, www.corteidh.or.cr).

Com efeito, o controle de convencionalidade – termo que deriva da palavra “Convenção”, mas que, na realidade, tem como parâmetro todo o *corpus iuris* internacional de direitos humanos, inclusive a jurisprudência das Cortes regionais (MIGUEL, FAJURI, 2014, p. 76) – é exercido mediante um cotejo entre a norma doméstica e a norma convencional. Trata-se de um instituto jurídico que tem por finalidade garantir “la aplicación armónica del Derecho vigente”, mediante a conciliação de suas fontes domésticas e supranacionais (ALBANESE, 2008, p. 15).

¹⁴² Tradução livre: “a missão de realizar o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplicam nos concretos”.

¹⁴³ Tradução livre: “a leitura que do mesmo tenha realizado a Corte, que – como se sabe – é a intérprete última daquela”.

¹⁴⁴ Tradução livre: “os órgãos do Poder Judiciário devem exercer não só um controle de constitucionalidade, senão também ‘de convencionalidade’ ex officio entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Esta função não deve ficar limitada exclusivamente pelas manifestações ou atos dos acionantes em cada caso concreto, embora também não implique que esse controle deva exercer-se sempre, sem considerar outros pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência desse tipo de ações.

Assim, forte no princípio *favor persona* abordado alhures, caso seja constatado que a norma interna não atende aos estândares mínimos de proteção exigidos pela norma ou jurisprudência convencional, tem-se que a primeira deve ser declarada “inconvencional”, a partir do que deixará de produzir efeitos jurídicos. Ao avaliar tal situação, Miguel e Fajuri (2014, p. 101) concluem que

la Constitución no es, ahora, el parámetro último de control, sino que lo es el sistema internacional de protección de derechos humanos, donde tanto las normas contenidas en los tratados como las interpretaciones que de ellas hacen los tribunales internacionales resultan obligatorias¹⁴⁵ (MIGUEL, FAJURI, 2014, p. 101).

Colocado dessa maneira, porém, parece-se atribuir um caráter *hierárquico* aos sistemas constitucional e internacional, como se o controle de constitucionalidade se situasse em um patamar inferior ao controle de convencionalidade. Essa concepção também aparece na doutrina de Olano Garcia (2016, p. 68), quando avalia que “en el ámbito interamericano, la CADH se ha sobrepuesto a las constituciones nacionales¹⁴⁶”, assim como “las decisiones de la CIDH se superponen a las del tribunal de cierre de cada país (las Cortes o Tribunales constitucionales)¹⁴⁷” (GARCIA, 2016, p. 68).

É claro que essa ideia não surge do nada. Ela advém de uma interpretação (*data venia*, um pouco equivocada) da jurisprudência da Corte IDH, em que se pode encontrar, por exemplo, no caso “A última tentação de Cristo¹⁴⁸”, a determinação de que o Estado chileno modificasse (como, de fato, o fez) sua Constituição, a fim de adequar seu direito interno à CADH. Nessa decisão (disponível em língua portuguesa), proferida em 5 de fevereiro de 2001, a Corte IDH estabeleceu que

a responsabilidade internacional do Estado pode ser gerada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana. [...] No presente caso, esta foi gerada em virtude de que o artigo 19, inciso 12, da Constituição [chilena] estabelece a censura prévia na produção cinematográfica e, portanto,

¹⁴⁵ Tradução livre: “a Constituição não é, agora, o parâmetro último de controle, senão que o é o sistema internacional de proteção de direitos humanos, pelo que, tanto as normas contidas nos tratados quanto as interpretações que delas fazem os tribunais internacionais, resultam obrigatórias”.

¹⁴⁶ Tradução livre: “no âmbito interamericano, a CADH se sobrepõe às constituições nacionais”.

¹⁴⁷ Tradução livre: “as decisões da Corte IDH se sobrepõem às do tribunal de cúpula de cada país (as Cortes ou Tribunais constitucionais)”.

¹⁴⁸ Corte IDH. Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

determina os atos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário (CORTE IDH, 2001b, www.corteidh.or.cr).

Diante dessa situação, a Corte IDH declarou que o Estado chileno “violou o direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana” (CORTE IDH, 2001, www.corteidh.or.cr) e, por conta disso, determinou que o país modificasse “seu ordenamento jurídico interno, em um prazo razoável, com o fim de suprimir a censura prévia” (CORTE IDH, 2001, www.corteidh.or.cr). Essa decisão, proferida já no ano de 2001, demonstra o que foi dito no início deste subtítulo, no sentido de que, mesmo antes de aparecer a expressão “controle de convencionalidade” na jurisprudência da Corte IDH, este controle já vinha sendo realizado na sua jurisdição, inclusive diante de normas *constitucionais* de um Estado Parte, como ocorre no caso em tela.

Contudo, não concordamos que disso se possa extrair que a Constituição Federal se encontra em um nível hierárquico inferior à CADH. Parece evidente que a Constituição não é, agora, o parâmetro *único* (deixando-se de lado o termo “último” utilizado por Miguel e Fajuri) no controle das normas e atos jurídicos nacionais, os quais devem ser submetidos, paralelamente, a um *duplo* controle: o controle de convencionalidade e, *ao lado*, o controle de constitucionalidade. Isso é o que vem defendendo, já há algum tempo, o Ministro Celso de Mello, do STF, que, no emblemático caso que culminou na proibição de prisão civil do depositário infiel em razão do disposto no artigo 7.7 da CADH (HC 87.585/TO), manifestou-se, em seu voto vencido, nos seguintes termos:

proponho que se reconheça natureza constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos, submetendo, em consequência, as normas que integram o ordenamento positivo interno e que dispõem sobre a proteção dos direitos e garantias individuais e coletivos a um duplo controle de ordem jurídica: o controle de constitucionalidade e, também, o controle de convencionalidade, ambos incidindo sobre as regras jurídicas de caráter doméstico (STF, 2009, www.stf.jus.br, p. 341).

E quando a colisão de normas ocorrer entre a Constituição e o corpo jurídico convencional, o critério a ser utilizado para ser resolvido o conflito não é o formal, hierárquico, mas sim o critério material, interpretativo, respaldado no princípio *pro homine*, pelo qual a norma que deverá prevalecer é aquela que apresentar uma

maior proteção (ou menor restrição) aos direitos humanos. Dito princípio será mais aprofundado no subtítulo seguinte, quando se tratará do controle de convencionalidade na perspectiva da Constituição Federal brasileira.

Sem embargo, é certo que, para fins conceituais, a comparação (não hierárquica) do controle de convencionalidade com o controle judicial de normas infraconstitucionais em face da Constituição (controle de constitucionalidade) ajuda na compreensão do primeiro instituto jurídico; afinal, o controle de constitucionalidade também é exercido mediante um cotejo de normas, que visa à compatibilidade e harmonia dentro do sistema jurídico. Ademais, da mesma forma como ocorre em dito controle doméstico, atualmente a Corte IDH firmou sua posição no sentido de que o controle de convencionalidade também pode ser exercido *em abstrato*, tal como o faz o STF no controle concentrado de constitucionalidade, isto é, sem que seja necessária a ocorrência de um dano (HITTERS, 2015, pp. 143-144).

Isso nem sempre foi assim. Em um primeiro momento, a Corte Interamericana entendeu que a sua competência contenciosa não abarcava o controle de convencionalidade quando não houvesse um caso *concreto* de lesão a direito humano previsto no *corpus iuris* interamericano. Segundo seu antigo entendimento, exemplificado na sentença proferida pela Corte em 27 de janeiro de 1995, no Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua¹⁴⁹, se lê que

la competencia contenciosa de la Corte no tiene por objeto la revisión de las legislaciones nacionales en abstracto, sino que es ejercida para resolver casos concretos en que se alegue que un acto del Estado, ejecutado contra personas determinadas, es contrario a la Convención¹⁵⁰ (CORTE IDH, 1995, www.corteidh.or.cr).

Contudo, desde novembro de 1997, conforme se observa da decisão de mérito da Corte no “Caso Suárez Rosero vs. Ecuador¹⁵¹” (disponível em língua

¹⁴⁹ Corte IDH. Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Exceções Preliminares. Sentença de 27 de janeiro de 1995. Serie C No. 21, parágrafo 50.

¹⁵⁰ Tradução livre: “a competência contenciosa da Corte não tem por objeto a revisão das legislações nacionais *em abstrato*, senão que é exercida para resolver casos *concretos* em que se alegue que um ato do Estado, executado contra pessoas determinadas, é contrário à Convenção” Contudo, desde 1997, conforme se observa da decisão de mérito da Corte no “Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador” (Sentença de 12 de novembro de 1997; Serie C No. 35, parágrafo 98 - disponível em língua portuguesa), a Corte passou a esboçar seu entendimento no sentido de que é desnecessária a existência de dano para ensejar sua competência contenciosa, na medida que a norma inconveniente de “*per se viola* [...] a Convenção Americana, independentemente de que tenha sido aplicada no [...] caso” (CORTE IDH, 1997, www.corteidh.or.cr).

¹⁵¹ Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.

portuguesa), a Corte passou a esboçar seu entendimento no sentido de que é desnecessária a existência de dano para ensejar sua competência contenciosa, na medida em que a norma inconvenção de “*per se viola [...] a Convenção Americana, independentemente de que tenha sido aplicada no [...] caso*” (CORTE IDH, 1997, www.corteidh.or.cr).

Assim, verifica-se que, também nesse aspecto, o controle de convencionalidade se assemelha ao controle de constitucionalidade. Entretanto, é importante estar atento para algumas diferenças relevantes entre esses dois institutos jurídicos.

A primeira distinção, facilmente aferível, refere-se justamente aos parâmetros de cada um. Veja-se que, conforme os ensinamentos de Humberto Alcalá (2012, p. 64), “el control de convencionalidad tiene como parámetro de control el *corpus iuris interamericano*, cuyo texto central y básico es la Convención Americana sobre Derechos Humanos”¹⁵². De outra parte, “el control de constitucionalidad tiene como parámetro básico la Constitución Política de la República”¹⁵³ (ALCALÁ, 2012, p. 64). Em síntese, portanto, a primeira diferença entre o controle de convencionalidade e o de constitucionalidade é o de que este tem por escopo a harmonização do sistema jurídico interno de acordo com as normas e princípios da *Constituição Federal*, enquanto que aquele busca a compatibilidade das normas internas, e de sua interpretação, em conformidade com o *corpus iuris interamericano*.

A segunda diferença, por sua vez, está no fato de o controle de convencionalidade exigir sua aplicação por “todos los órganos jurisdiccionales de los Estados Partes, sean estos ordinarios o constitucionales”¹⁵⁴ (ALCALÁ, 2012, p. 64), enquanto que o controle de constitucionalidade somente pode ser realizado pelos “órganos que la respectiva Constitución Política determina, de acuerdo a la distribución de competencias y las formas legales de derecho interno”¹⁵⁵ (ALCALÁ, 2012, p. 64). Significa dizer que, na compreensão da Corte IDH, o controle de convencionalidade obedece uma perspectiva *difusa* e, assim, constitui um dever

¹⁵²Tradução livre: “o controle de convencionalidade tem como parâmetro de controle o *corpus iuris interamericano*, cujo texto central e básico é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

¹⁵³Tradução livre: “o controle de constitucionalidade tem como parâmetro básico a Constituição Política da República”.

¹⁵⁴Tradução livre: “todos os órgãos jurisdicionais dos Estados Partes, sejam eles ordinários ou constitucionais”.

¹⁵⁵Tradução livre: “órgãos que a respectiva Constituição Política determina, de acordo com a distribuição de competências e as formas legais de direito interno”.

para todo e qualquer juiz, e não exclusivamente para o Tribunal Constitucional. De outra sorte, o controle de constitucionalidade deve observar as competências estabelecidas no sistema jurídico de cada país.

Evidente que, especificamente com relação ao ordenamento jurídico brasileiro, que segue um modelo híbrido entre o sistema de jurisdição constitucional norte americano (difuso/concreto) e o sistema europeu-continental (concentrado/abstrato), o controle de constitucionalidade também pode e deve ser levado a cabo de modo *difuso*, por todo e qualquer juiz, no julgamento de casos concretos (MENDES, www.stf.jus.br). Isso acaba fazendo com que, no Brasil, essa característica do controle de convencionalidade se afigure, na realidade, mais como uma semelhança do que propriamente como uma diferença em relação ao controle de constitucionalidade.

Contudo, a diferença, ainda assim, é bem pontuada por Alcalá, visto que o controle de constitucionalidade efetivamente dependerá da distribuição de competências definidas por cada país. Nesse sentido, é exemplificativo o caso da Constituição Austríaca de 1920, que, ao criar uma Corte Constitucional inspirada na doutrina de Hans Kelsen, inaugurou o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, no qual não era dado a qualquer juiz a competência para declarar a inconstitucionalidade de determinada lei (LEAL, 2007).

Com efeito, o controle de convencionalidade se constitui em uma prerrogativa que compete tanto à Corte IDH (caso em que, conforme classificação de Hitters, se fala em um controle *secundário*) quanto aos tribunais e juízes domésticos (que exercem o controle *primário* de convencionalidade). Veja-se que, embora a Corte IDH seja a intérprete autêntica do *corpus iuris* interamericano, isso não significa que seja a *única* que possui o poder/dever de exercer o controle de convencionalidade. Pelo contrário, é o juiz nacional “quien, en primer lugar, hace la aplicación y arriesga la interpretación del control de convencionalidad¹⁵⁶” (ALCALÁ, 2012, p. 79). Isso, inclusive, leva Alcalá (2012, p. 60) a referir-se aos juízes domésticos como efetivos “jueces interamericanos en el plano nacional¹⁵⁷”, quando, no exercício de sua jurisdição, promovem o controle primário de convencionalidade.

¹⁵⁶Tradução livre: “quem, em primeiro lugar, faz a aplicação e arrisca a interpretação do controle de convencionalidade”. É diante de tal situação, que Alcalá (2012, p. 79) conclui ser o juiz nacional “o juiz natural da CADH e do *corpus iuris* interamericano” (tradução nossa).

¹⁵⁷Tradução livre: “juízes interamericanos no plano nacional”.

Isto porque a Corte IDH possui apenas uma competência subsidiária (secundária, complementar). Tanto é assim que, como regra, se exige o esgotamento das vias processuais internas para acessá-la. Assim, nas palavras de Ferrer MacGregor (2011, pp. 531-532), o controle primário¹⁵⁸ de convencionalidade consiste no exame de compatibilidade, que devem realizar os juízes domésticos, entre os atos e normas nacionais e o *corpus iuris* interamericano, incluída aí a jurisprudência da Corte IDH, “único órgano jurisdiccional del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, que interpreta de manera ‘última’ y ‘definitiva’ el Pacto de San José¹⁵⁹”.

Nesse diapasão, assentou-se na jurisprudência uníssona da Corte IDH a importância do controle de convencionalidade levado a cabo internamente, inclusive com destaque para o caráter meramente subsidiário/secundário/complementar de sua própria prerrogativa de exercer dito controle. Para ilustrar o exposto, convém colacionar a decisão do referido Tribunal na Supervisão de Cumprimento de Sentença do Caso “Gelman Vs. Uruguay¹⁶⁰”, que, em seu parágrafo 72, assim refere:

el control de convencionalidad es una obligación propia de todo poder, órgano o autoridad del Estado Parte en la Convención, los cuales deben, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, controlar que los derechos humanos de las personas sometidas a su jurisdicción sean respetados y garantizados. Así adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad¹⁶¹ (CORTE IDH, 2013, www.corteidh.or.cr).

¹⁵⁸ O autor não usa o termo “controle primário de convencionalidade”, preferindo o termo “controle difuso de convencionalidade”, em alusão ao fato de este ser uma prerrogativa alcançada a todos os juízes domésticos, independentemente do grau hierárquico, o que difere substancialmente do controle secundário, levado a cabo concentradamente pela Corte IDH (controle concentrado de convencionalidade).

¹⁵⁹ Tradução livre: “único órgão jurisdiccional do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, que interpreta de maneira ‘última’ e ‘definitiva’ o Pacto de San José”.

¹⁶⁰ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 20 de março de 2013.

¹⁶¹ Tradução livre: “o controle de convencionalidade é uma obrigação própria de todo poder, órgão ou autoridade do Estado Parte na Convenção, os quais devem, no marco de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes, controlar que os direitos humanos das pessoas submetidas à sua jurisdição sejam respeitados e garantidos. Assim, adquire sentido o mecanismo convencional, o qual obriga a todos os juízes e órgãos judiciais a prevenir potenciais violações a direitos humanos, as quais devem solucionar-se a nível interno, levando em conta as interpretações da Corte Interamericana e, só em caso contrário, podem ser considerados por esta, em cujo caso exercerá um controle complementar de convencionalidade”.

Desse modo, a Corte IDH deixa claro que o controle de convencionalidade deve ser primeiramente realizado pelos Órgãos *locais* do Estado Parte (HITTERS, 2013, 707), notadamente por aqueles que integram a estrutura do Poder Judiciário. Anote-se que, embora sejam eles os principais atores do controle de convencionalidade, não são só os juízes ou os órgãos jurisdicionais, em geral, que possuem o dever de controlar primariamente a convencionalidade das normas internas, senão que também possuem o dever de fazê-lo os órgãos vinculados aos poderes Executivo e Legislativo. Essa ideia apresenta-se cristalina no parágrafo 97 da decisão citada¹⁶², do qual se infere que o controle de convencionalidade deve ser exercido “ex officio por todas las autoridades nacionales — incluyendo las instancias democráticas — ‘en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial¹⁶³” (CORTE IDH, 2013, www.corteidh.or.cr).

Tendo-se em vista que o controle de convencionalidade é um instrumento que, ao fim e ao cabo, visa à tutela dos direitos humanos, é certo que ele limita até mesmo as instâncias democráticas; afinal, como bem lembra Olano García (2016, p. 71), ditos direitos consistem em barreiras intransponíveis à vontade das majorias. Eles ficam, assim, à margem da esfera do que pode ser decidido pelas instâncias democráticas. Deveras, quando se está a falar em controle de convencionalidade como obrigação dos Poderes Executivo e Legislativo, é preciso ter-se em conta que esses últimos figuram, nos dizeres de Hitters (2015, p. 132), apenas como sujeitos *passivos* do aludido controle, ou seja, suas atribuições encontram um *limite* no controle de convencionalidade. Nas palavras originais do autor argentino, além do Poder Judiciário, “el Poder Ejecutivo y el Legislativo también están ‘sujetos’ a esta inspección aunque no lo lleven a cabo per se (podemos hablar de sujetos pasivos de control)¹⁶⁴”. Feitas essas considerações, pode-se concluir que o caráter *difuso* do controle de convencionalidade apresenta-se deveras ampliado (HITTERS, 2015, p.

¹⁶² O parágrafo 97, por sua vez, está a fazer menção ao estabelecido já na sentença de mérito do caso em questão, decisão proferida pela Corte IDH em fevereiro de 2011. A referência, colocada em nota de rodapé, indica o seguinte: Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párrs. 193 y 239.

¹⁶³ Tradução livre: “de ofício por todas as autoridades nacionais – incluindo as instâncias democráticas – ‘nas quais também deve prevalecer um ‘controle de convencionalidade’ que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não só do Poder Judiciário”

¹⁶⁴ Tradução livre: “o Poder Executivo e o Legislativo também estão sujeitos a esta inspeção embora não a levem a cabo per se (podemos falar de sujeitos passivos do controle)”.

126), uma vez que ele pode e deve ser realizado, respeitadas as competências de cada um, por *todos* os Órgãos dos *três* Poderes, em qualquer instância.

Focando-se na atuação do Poder Judiciário como sujeito ativo do controle de convencionalidade, pode-se dizer que o aludido instituto jurídico não consiste apenas em uma *prerrogativa* (um poder, um privilégio) dos juízes nacionais, senão que se trata de um verdadeiro *dever* institucional. Dito controle judicial deve, inclusive, ser realizado *ex officio* pelo juiz toda vez em que verificada (mesmo que em abstrato) a incompatibilidade de uma norma interna com a CADH ou outro instrumento normativo internacional de proteção dos direitos humanos, observadas as interpretações que tenha feito a Corte Regional (MIGUEL; FAJURI 2014, p. 76).

Como dito anteriormente, a Corte IDH consolidou o entendimento de que é despidiende a provocação (pedido da parte) para que o Poder Judiciário nacional possa/deva proceder ao controle de convencionalidade. Assim, conforme os ensinamentos de Alcalá (2012, pp. 127-128), tendo-se em vista o princípio *jura novit curia*¹⁶⁵, o controle de convencionalidade pode e deve ser exercido de ofício por qualquer juiz, “ya que el derecho vigente se presume conocido y todo juez tiene el deber constitucional de respetar y promover los derechos esenciales o fundamentales, además de garantizarlos de acuerdo con la Constitución¹⁶⁶”.

Tal teoria está pacificada atualmente, podendo o posicionamento da Corte IDH ser ilustrado por sua decisão (disponível na língua portuguesa) no caso “Gelman Vs. Uruguai¹⁶⁷”, em que, no parágrafo 192, menciona que

quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta

¹⁶⁵ O mencionado brocardo latino pode ser traduzido literalmente para o português como “a Corte conhece o Direito”. O referido princípio implica no dever que todo Juiz possui de conhecer a norma jurídica e, bem assim, de aplicá-la no caso posto em juízo, ainda que porventura não expressamente invocada pelas partes processuais, as quais estariam obrigadas a apresentar ao Juiz apenas os *factos* que levaram eventualmente ao seu conflito de interesses. Dessa ideia advém outro brocardo latino: *da mihi factum, dabo tibi jus*, que pode ser traduzido como “dá-me os fatos que te darei o direito”.

¹⁶⁶ Tradução livre: “já que o direito se presume conhecido e todo juiz tem o dever constitucional de respeitar e promover os direitos essenciais ou fundamentais e, ademais, de garanti-los de acordo com a Constituição”.

¹⁶⁷ Corte IDH. Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisão de Cumprimento de Sentença. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 20 de março de 2013.

tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (CORTE IDH, 2013, www.corteidh.or.cr).

Saliente-se que essa ideia corresponde à jurisprudência *iterativa* da Corte IDH, podendo ser encontrada, inclusive, com redação semelhante, em muitas outras decisões, tais como: Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá; Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos; Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia; Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay; Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México; Caso López Mendoza vs. Venezuela, entre outros.

Assim, o controle de convencionalidade, nos termos em que concebido pela Corte IDH, reforça a esfera de atuação do Poder Judiciário doméstico, na medida em que se afigura como “una nueva herramienta de control del cumplimiento por parte de los Estados de los derechos humanos¹⁶⁸” (ALCALÁ, 2012, p. 78). Reforçando essa ideia de empoderamento e de valorização do Poder Judiciário nacional por meio do controle de convencionalidade, o autor ainda preconiza que o aludido instituto jurídico funciona como

una nueva arma en manos de todo juez nacional, de toda instancia, de toda jurisdicción, que valoriza su posición institucional dentro del Estado Constitucional Democrático, cuyo componente más significativo desde el punto de vista sustantivo es la defensa y garantía de la dignidad humana y de los derechos esenciales que derivan de la misma, en su concreción de la tarea de administrar justicia¹⁶⁹ (ALCALÁ, 2012, p. 83).

Nesse sentido, para Ferrer Mac-Gregor (2011, p. 532), o *corpus iuris* interamericano, forte no princípio *favor persona*, configura um padrão mínimo em matéria de direitos humanos. Por tal razão, se o ordenamento jurídico nacional não garantir sequer esse mínimo, ao Poder Judiciário doméstico, valendo-se do controle de convencionalidade, caberá a nobre tarefa de proteção dos direitos humanos por meio da invocação de norma internacional ou regional.

Como visto, essa tarefa constitui, ao mesmo tempo, uma prerrogativa e um múnus do Poder Judiciário nacional. É ele que possui o poder/dever institucional de

¹⁶⁸ Tradução livre: “uma nova ferramenta de controle do cumprimento, por parte dos Estados, dos direitos humanos”.

¹⁶⁹ Tradução livre: “o controle de convencionalidade é, assim, uma nova arma em mãos de todo juiz nacional, de qualquer instância, de qualquer jurisdição, que valoriza sua posição institucional dentro do Estado Constitucional Democrático, cujo componente mais significativo a partir do ponto de vista substantivo é a defesa e garantia da dignidade humana e os direitos essenciais que dela derivam, em sua concretização da tarefa de administrar justiça”

primariamente promover – de modo difuso, em abstrato e de ofício – um duplo controle das normas e atos jurídicos nacionais, tendo em vista, de um lado, a Constituição Federal (controle de constitucionalidade) e, de outro, o *corpus iuris* interamericano (controle de convencionalidade), aí incluída a jurisprudência da Corte IDH.

Ao longo deste capítulo, foi possível entrever que, na prática, a atuação jurisdicional da Corte IDH vai muito além das estipulações expressamente positivadas na Convenção Americana, de modo que é possível afirmar ter havido, no exercício de sua jurisdição consultiva e contenciosa, uma constante ampliação de sua própria competência na tutela dos direitos humanos. Isso pode ser percebido, *inter alia*, pela sua competência em controlar (inclusive em abstrato e de ofício) a convencionalidade das leis internas, no escopo de buscar equilíbrio e harmonia entre estas e os tratados internacionais. Isso igualmente pode ser exemplificado pela teoria da eficácia *erga omnes* da *ratio decidendi* de suas decisões, a qual compõe o *corpus iuris* interamericano e deve ser observada por todos os Estados signatários da CADH. Ademais, essa ampliação de sua competência também se manifesta no fato de a Corte IDH poder interpretar e julgar os Estados que reconheceram a obrigatoriedade de sua jurisdição contenciosa com base em *todo* o corpo jurídico interamericano (não se limitando, pois, à CADH)¹⁷⁰.

Ligados a essa atividade construtiva na função jurisdicional da Corte IDH estão os critérios de interpretação por ela utilizados na exegese dos instrumentos normativos, a qual deve acompanhar as contingências do período histórico (ZELADA, 2007). Nesse diapasão, a Corte IDH estabeleceu que, quando se interpreta um tratado internacional, não se levam em consideração somente os acordos e instrumentos a ele formalmente relacionados, uma vez que, nos termos

¹⁷⁰ Outra manifestação da ampliação das competências da Corte IDH por sua própria atividade interpretativa pode ser exemplificada com o caso das denominadas sentenças estruturantes. Nelas, a Corte IDH não restringe a vinculatoriedade de suas decisões ao caso concreto em análise, senão que, verificadas as causas históricas (como as ditaduras militares), sociais e institucionais que deram origem à demanda, impõe reparações ao Estado signatário que adentram na esfera estrutural do Estado, no seu *modus agendi*, a fim de prevenir novas violações a direitos humanos. Como exemplo de medidas estruturantes, pode-se citar as determinadas pela Corte IDH no caso *Gomes Lund Vs. Brasil*, na qual ficou estabelecido, *inter alia*, que o nosso país deveria (como, de fato, o fez), implementar a disciplina obrigatória de direitos humanos nas Forças Armadas. Veja-se que as reparações, na jurisdição interamericana, estão previstas no artigo 63.1 da CADH, dispositivo convencional no qual há tão somente menção expressa à reparação *individual*. Assim, verifica-se, aqui também, que a Corte IDH, na interpretação da CADH, ampliou suas competências ao buscar fundamentos em elementos além do texto convencional, tendo em vista os fatores históricos e estruturais do Estado que violou direitos humanos (ALVES, VASCONCELOS NETO, 2016).

do artigo 31 da Convenção de Viena¹⁷¹, os tratados devem ser interpretados tendo em mente todo o sistema dentro do qual está inserido (ZELADA, 2007, p. 444). Com base nisso, a Corte IDH considera que a interpretação evolutiva se encontra albergada pelas regras gerais de interpretação trazidas pela Convenção de Viena de 1969. Nesse sentido, tanto a Corte IDH como a Corte Europeia destacam que “los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales¹⁷²” (ZELADA, 2007, p. 444).

Tecidas essas considerações acerca da atuação da Corte IDH e de como ela desenvolveu o conceito de controle de convencionalidade no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos, cumpre agora analisar o controle de constitucionalidade sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, assim como avaliar quais são os instrumentos por meio dos quais é possível realizar-se dito controle no âmbito interno.

3.3 O controle de convencionalidade na perspectiva da Constituição Federal de 1988 e do Supremo Tribunal Federal: análise normativa, jurisprudencial e instrumental

O Estado Democrático de Direito surge em meados do Século XX como reação às atrocidades manejadas na Segunda Guerra Mundial e com a finalidade de assegurar que as gravíssimas violações a direitos humanos perpetradas por sua ocasião jamais se repetissem. O novo modelo de Estado, além de harmonizar características herdadas do Estado Liberal e do Estado de Bem-estar Social,

¹⁷¹ Artigo 31. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos: a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado; b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto: a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições; b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação; c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes. (ONU, CONVENÇÃO DE VIENA, 1969, www.planalto.com.br) grifos nossos

¹⁷² Tradução livre: “os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e as condições de vida atuais”.

concretiza-se mediante atributos próprios, com ênfase na democracia e nos direitos humanos. Outrossim, a *dignidade humana*, fundamento máximo dos direitos fundamentais (entendidos aqui como direitos humanos positivados nas Constituições – SARLET, 2003), aparece como um meta-valor jurídico cuja violação não encontra legitimidade nem mesmo na vontade da maioria (LEAL, 2007).

Ainda assim, havia bons motivos para não se confiar a missão de resguardo da dignidade humana exclusivamente aos Estados. Afinal, historicamente foram eles próprios os maiores violadores de direitos humanos, impunidos por um sistema de direito internacional que tradicionalmente sobrelevou o princípio da soberania nacional, muitas vezes em detrimento de tais direitos. Além disso, a história também demonstrou que os Estados, *sozinhos*, ainda quando porventura bem-intencionados, poderiam falhar na proteção de ditos direitos, até mesmo porque há casos em que a violação de direitos humanos não parte diretamente do Estado, mas da própria sociedade, tal como ocorre nos direitos trabalhistas e consumeristas, cuja lesão, via de regra, é levada a cabo por pessoas jurídicas de direito privado. Nesses casos, ainda remanesce a responsabilidade estatal, fundada no dever de proteção (*Schutzpflicht*) e na eficácia horizontal dos direitos fundamentais (SARLET, 2003), que compelem o Estado a fiscalizar e regular adequadamente as relações privadas, com base nos critérios de igualdade material, solidariedade e dignidade humana.

A Constituição Federal brasileira de 1988 (CF), documento que instituiu neste país o Estado Democrático de Direito e seus corolários – entre eles, como visto, a valorização dos direitos fundamentais e da dignidade humana, reforçados pela ideia de força normativa da Constituição e do princípio da solidariedade (SARMENTO, 2006) – afigura-se amoldada a essa tendência de internacionalização do Direito, uma vez que não só permite a permeabilidade do ordenamento jurídico nacional ao direito internacional dos direitos humanos, como ainda a incentiva. Nesse sentido, o artigo 4º, incisos II e IX, da Carta Política, elenca como princípios da República nas suas relações internacionais a “prevalência dos direitos humanos” e a “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Deveras, cumpre salientar também o disposto nos parágrafos segundo e terceiro do artigo 5º de nossa Constituição Federal, a partir dos quais se edifica, no ordenamento jurídico brasileiro, a relação entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos. Nos dizeres do primeiro dispositivo

constitucional mencionado (art. 5º, §2º da CF), elaborado pelo poder constituinte originário em 1988, os direitos e garantias previstos na 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” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br). No entendimento de Piovesan (2006, p. 82), se os direitos e garantias previstos na Constituição Federal “não excluem” os previstos nos tratados internacionais sobre direitos humanos, é possível concluir, *contrario sensu*, que o legislador constituinte *incluiu* tais direitos na esfera de proteção constitucional.

Da exegese dos dispositivos constitucionais supracitados, é possível inferir que o controle de convencionalidade, em solo pátrio, se afigura viável desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Significa dizer que, desde a entrada em vigor de nossa atual Carta Política, já era possível (e, quiçá, constitucionalmente obrigatório) que os magistrados realizassem o controle da norma doméstica em face dos tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, quando estes, comparados à normativa interna, oferecem uma tutela superior à pessoa humana.

Vale ressaltar a abertura do sistema jurídico brasileiro introduzida pela Constituição de 1988 com o citado parágrafo segundo do artigo 5º. Com respaldo nesse dispositivo constitucional, os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil possuem índole e nível de normas constitucionais e os direitos neles previstos – uma vez inseridos na ordem jurídica interna pelo art. 5º, §2º, da CF – consistem em direitos fundamentais, que, por consequência, possuem aplicação imediata (artigo 5º, §1º da CF) e, além disso, são, ainda, impassíveis de revogação posterior por constituírem cláusulas pétreas, por força do artigo 60, §4º, IV (MAZZUOLLI, 2009, p. 134). Afinal, se a Constituição estabelece direitos e garantias, e estes não excluem outros oriundos de tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, significa que ela prevê a inclusão destes direitos no ordenamento pátrio com a mesma hierarquia da norma constitucional. Destarte, tem-se que os tratados internacionais sobre direitos humanos, uma vez incorporados, valem como direito interno e estão incluídos no catálogo de direitos protegidos pela Constituição, “ampliando o seu ‘bloco de constitucionalidade’” (MAZZUOLLI, 2011, p. 29).

Com base no dispositivo constitucional em comento, concluiu-se existir uma dupla fonte normativa de índole constitucional, que engloba tanto o direito interno quanto aquele oriundo do direito internacional dos direitos humanos. Essa

integração de fontes não deve ser entendida por uma lógica hierárquica, mas sim *complementar*. Desse modo, a aplicação de uma em detrimento da outra somente será legítima se atender ao critério do maior grau de proteção à pessoa (princípio *pro homine*).

Deve-se reconhecer, todavia, que tal entendimento, o qual tem por base o art. 5º, §2º, da CF, nunca foi pacífico na doutrina e na jurisprudência nacional. Pelo contrário, essa matéria suscitou (e ainda suscita) diversas divergências acerca da hierarquia das normas de direito internacional sobre direitos humanos. Nesse contexto de dúvidas é que exsurge a Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 (EC nº 45/2004), que acrescentou um parágrafo terceiro ao artigo 5º da Constituição Federal. Sua intenção de resolver a celeuma não obteve êxito, porém. Muito pelo contrário, além de não findar as divergências jurisprudenciais e doutrinárias existentes, a redação de dito dispositivo constitucional representou, na prática, um retrocesso na tutela dos direitos humanos, trazendo, ainda, à normativa constitucional, elementos de profunda incongruência na matéria.

Nos termos do aludido dispositivo constitucional, incluído pela EC nº 45/2004, “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” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br). Como se vê, o legislador constituinte derivado, no intuito de solucionar a celeuma envolvendo a hierarquia dos tratados internacionais sobre direitos humanos no plano interno, valeu-se de um critério *formal*, um quórum qualificado exigido para equiparar ditos tratados às emendas constitucionais.

Aliás, é de se observar que o critério em tela não difere daquele previsto no artigo 60, §2º, da CF, que institui o processo legislativo para a criação de emendas constitucionais que versem sobre qualquer tema. Veja-se que o procedimento é exatamente o mesmo: “§2º A proposta [de emenda constitucional] será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br). Isso demonstra que o constituinte derivado, na elaboração da EC nº 45/2004, não atribuiu qualquer primazia aos direitos humanos, de modo a facilitar e fortalecer a sua tutela no âmbito interno, como lhe exigia o princípio elencado no artigo 4º, II da CF.

Além disso, o aludido critério é inconsistente e não responde, por exemplo, ao questionamento acerca de qual é o grau hierárquico dos tratados que foram ratificados pelo Brasil anteriormente à inclusão do dispositivo em comento, como é o caso da CADH, instrumento normativo ratificado pelo Brasil no ano de 1992. Outrossim, o parágrafo incluído pela EC nº 45/2004 também não indica o grau hierárquico daqueles tratados internacionais sobre direitos humanos, posteriores à sua entrada em vigor, que foram aprovados com quórum de maioria simples.

De uma leitura isolada e açodada do dispositivo constitucional supracitado, seria possível extrair que somente aqueles tratados ratificados pelo Brasil – anteriores ou posteriores à sua entrada em vigor no ano de 2004 e que fossem aprovados pela maioria qualificada, na forma nele prevista – teriam valor hierárquico de norma constitucional. Isso porque o aludido dispositivo não faz, de fato, nenhuma menção àqueles documentos internacionais sobre direitos humanos anteriores à EC nº 45/2004 e que, unicamente por conta disso¹⁷³, não foram aprovados pelo quórum nele elencado, mas que, em princípio, já deteriam *status* constitucional em razão do disposto no §2º da CF.

Após a entrada em vigor da EC nº 45/2004, uma interpretação possível (quase evidente, embora incorreta) pressuporia que, em casos tais, o tratado internacional que versasse sobre direitos humanos, anterior ou posterior à Emenda Constitucional em tela, teria o mesmo peso de lei ordinária. Essa foi, aliás, a posição prevalente na jurisprudência nacional até 2008 (PIOVESAN, 2012).

Na doutrina, o assunto nunca foi pacífico. Piovesan (2006, p. 73-74), por exemplo, sempre defendeu o caráter *constitucional* de tais tratados, visto que antes de a EC nº 45/2004 incluir o parágrafo terceiro ao artigo quinto da CF, tais tratados estariam “incluídos” formal e materialmente no rol de direitos fundamentais, com base no que dispõe o seu parágrafo segundo. Quanto aos tratados sobre direitos humanos ratificados posteriormente à EC nº 45/2004 e aprovados por maioria

¹⁷³ Como bem observa Piovesan (2006, p. 128), “os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados anteriormente à Emenda Constitucional n. 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, inclusive, o quorum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, mas em um único turno de votação em cada Casa, uma vez que o procedimento de dois turnos não era tampouco previsto”.

simples, a autora entende que estariam estes situados (apenas) *materialmente* no plano constitucional¹⁷⁴.

Mazzuolli (2011), de outra parte, entende que ditos tratados, anteriores ou posteriores à EC nº 45/2004, estão incluídos apenas materialmente na Constituição, mas não formalmente, o que exigiria a sua submissão ao processo legislativo previsto no §3º do artigo 5 da CF. De qualquer sorte, ambos os doutrinadores, apoiados no artigo 5º, §2º da CF, atribuem a *todos* os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil nível de norma *constitucional*, sendo que a diferença entre possuírem caráter apenas materialmente constitucional ou material e formalmente constitucional traria implicações práticas basicamente na questão que envolve o controle concentrado de constitucionalidade/convencionalidade, como será abordado mais adiante.

O STF, com posicionamento bem diverso dos autores supracitados, desde 1977, “parificava tratados internacionais [inclusive os que versassem sobre direitos humanos] às leis *ordinárias*, mitigando e desconsiderando a força jurídica dos tratados internacionais” (PIOVESAN, 2012, p. 87, sem grifos no original). Tendo em vista que a EC nº 45/2004 deixou pendente de solução, em especial, a controvérsia relativa à hierarquia dos tratados sobre direitos humanos ratificados *antes* da sua entrada em vigor, como é o caso da CADH, o STF permaneceu com esse mesmo posicionamento, até que, em 3 de dezembro de 2008, no julgamento do RE 466.343-1/SP (caso anteriormente mencionado sobre a proibição da prisão por dívida do depositário infiel), “resolveu” a lacuna sobre o grau hierárquico dos tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados com maioria simples, deixando estabelecido que essas normas teriam o nível de “supralegais”, ou seja, figurariam abaixo da Constituição e acima dos demais atos normativos nacionais.

Nos termos da tese vencedora, de autoria do Ministro Gilmar Mendes (que teve como principal opositor o Ministro Celso de Mello, que defendeu – e ainda defende - o caráter constitucional de ditos tratados), o STF acabou por situar no plano *infraconstitucional* todos os tratados internacionais sobre direitos humanos que não tenham sido aprovados de acordo com o processo legislativo estabelecido no

¹⁷⁴ Tratando da distinção entre os direitos fundamentais formais e materiais, Reis (2007, pp. 2034) menciona que os primeiros são aqueles que, “por disposição legislativa, constam [expressamente] do catálogo constitucional”. De outra parte, “os direitos fundamentais materiais, [...] em razão de sua importância no que tange à proteção e salvaguarda da pessoa humana, são equiparados aos direitos fundamentais formais, os quais também são materiais, face à sua eficácia jurídica” (REIS, 2007, pp. 2034-2035).

artigo 5º, §3º da CF, independentemente de serem anteriores ou posteriores à EC nº 45/2004. Conforme o *decisum*, “os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de *supralegalidade*” (STF, 2008, www.stf.jus.br, grifado no original).

Assim, firmou-se a jurisprudência do STF no sentido de atribuir hierarquia de norma “supralegal” à Convenção Americana e demais tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da EC nº 45/2004 ou que, posteriores a ela, não tenham sido aprovados com o quórum qualificado exigido no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal. Portanto, em síntese, para o STF, *todos* os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil que não tenham sido aprovados na forma prevista no art. 5º, §3º, da CF possuem nível supralegal e, portanto, infraconstitucional.

É verdade que essa noção ainda se coaduna com a perspectiva de que a legislação *ordinária* se vê limitada por um duplo controle vertical no âmbito interno, no caso, um controle de supralegalidade e um controle de constitucionalidade. Afinal, conforme decidido pelo STF, ante o caráter supralegal dos tratados internacionais sobre direitos humanos, “a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada” (STF, 2008, www.stf.jus.br).

Contudo, ainda que porventura bem intencionada (e não está aqui a julgar isso), essa posição revela uma postura ainda conservadora quanto à ordem internacional dos direitos humanos. O problema não é tanto o resultado da decisão – que, na prática, até pode ser satisfatório – mas sim os seus fundamentos, que são conservadores.

É certo que, na prática, o principal problema de se atribuir nível apenas supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos é o fato de que não se poderia cogitar de um controle de convencionalidade sobre normas constitucionais (como ocorreu no caso chileno, descrito no subtítulo anterior), nem mesmo as oriundas do constituinte derivado (emendas constitucionais). Conforme a decisão do STF, “os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição”

Não obstante, fica claro que a decisão do STF teve, à época, a intenção de *ampliar* a margem de proteção oferecida internamente pelos tratados internacionais,

que se encontrava deveras restrita, ante sua própria jurisprudência anterior, que os situava no plano das leis *ordinárias*.

Essa ideia de conferir maior amplitude aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos fica evidente em muitas passagens da decisão, como no próprio voto vencedor, do Ministro Gilmar Mendes, quando refere que ditos tratados “teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico [de modo que] equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana” (STF, 2008, www.stf.jus.br).

Ainda assim, a posição do STF adotada a partir da decisão em tela, embora possa ser, de fato, considerada um avanço quando comparada à ideia que predominava anteriormente em sua jurisprudência (no sentido de considerar os tratados internacionais sobre direitos humanos como equivalentes a leis ordinárias), ainda não condiz com a normativa constitucional, que prevê a primazia dos direitos humanos, nem condiz com as exigências do direito contemporâneo internacional, que propõe que a proteção dos direitos humanos deve estar acima da soberania nacional.

Releva consignar que, com o apoio da Constituição Federal de 1988 e da doutrina especializada, advoga-se a tese de que a norma (doméstica ou internacional) que deverá prevalecer não é a que se situa *formalmente* em um escalão mais alto no ordenamento jurídico, mas sim a que se apresenta mais benéfica ao ser humano. Exatamente nisso reside o princípio *pro homine*, também conhecido como *favor persona* ou princípio da primazia da norma mais favorável, o qual resta positivado em nossa Constituição, no já citado artigo 4º, inciso II, que impõe a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais. Além disso, o citado princípio encontra supedâneo constitucional também no artigo 1º, inciso III, da CF, que elenca como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, de modo que pode ser considerado, para dizer o mínimo, um princípio *implícito* daí decorrente¹⁷⁵, porquanto figura a dignidade humana como um meta-valor que confere “à hermenêutica constitucional contemporânea um sentido próprio [...] propiciando ao sistema jurídico unidade e racionalidade ética” (REIS, 2007, p. 2037).

¹⁷⁵ Tendo em vista que o princípio *pro homine* não se encontra expressamente positivado na Constituição, embora sua ilação seja facilmente apreensível do artigo 4º, II, da CF, alguns autores entendem que se trata de um princípio implícito de nossa Constituição. Para Mazzuoli (2011, p. 125-128), tanto no plano nacional como no internacional o princípio em comento trata-se de um princípio geral de direito implícito em nossa Constituição, o qual deriva da dignidade humana e da prevalência dos direitos humanos.

No escólio de Mônica Pinto, (2003, www.corteidh.or.cr), o princípio *pro homine* é

un criterio hermeneutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación mas restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria¹⁷⁶.

Com isso, a abertura do direito interno ao direito internacional no Estado Democrático de Direito somente se justifica se a norma ou a jurisprudência internacional invocada internamente implicar um maior benefício ou, se este for o caso, uma menor restrição aos direitos do ser humano. Diante do princípio *pro homine* – positivado no âmbito regional no artigo 29, *b*, da CADH e no âmbito interno, como visto, no artigo 4º, II combinado com o artigo 1º, III da CF –, o debate doutrinário e jurisprudencial acerca da posição hierárquica que ocupam os tratados internacionais no âmbito interno acaba se mostrando inócuo. Afinal, em se tratando de direitos humanos, a hierarquia jurídica da norma não se afere por meio de um critério formal, mas sim mediante o critério material, interpretativo, pelo qual a norma que deve prevalecer no caso concreto é aquela que se apresente mais favorável a tais direitos.

Assim, concorda-se com Carpizo (2013, p. 958) quando sustenta que tal princípio representa efetivamente a superação do critério de interpretação hierárquico na resolução de conflitos normativos envolvendo direitos humanos. Com base no princípio *pro homine*, eventuais conflitos de normas e de interpretação que envolvam direitos humanos devem ser resolvidos pela prevalência daquela (norma ou interpretação) que seja mais favorável ao direito humano *sub judice*.

Nesse sentido, é interessante a reflexão de Zelada (2014, p. 355), para quem o já consagrado princípio de direito internacional em comento acaba por transformar o Direito em uma estrutura mais flexível e permeável ao direito internacional, uma vez que sempre deverá preponderar a norma – e sua interpretação – que melhor proteja e promova (ou, se for o caso, menos restrinja) os

¹⁷⁶ Tradução livre: “um critério hermenêutico que informa todo o direito dos direitos humanos, em virtude do qual se deve preservar a norma mais ampla, ou a interpretação mais extensiva, quando se trata de reconhecer direitos protegidos e, inversamente, a norma ou a interpretação mais restrita quando se trata de estabelecer restrições permanentes ao exercício dos direitos ou sua suspensão extraordinária”.

direitos humanos¹⁷⁷. A partir dessa perspectiva, portanto, no cume do ordenamento jurídico, encontrar-se-ia a norma mais favorável, isto é, “en la parte superior de los ordenamientos no se encontraría la fuente (Constitución o tratado) sino la norma que mejor proteja el derecho”¹⁷⁸ (ZELADA, 2014, p. 355).

No escólio de Alcalá (2012, p. 86), o princípio em tela harmoniza a relação entre o direito doméstico e o convencional, criando uma nova ordem jurídica, mais completa, se comparada àquela típica do Século XX, que a história mostrou ser insuficiente para a proteção da dignidade humana. Segundo o autor, a realidade do Direito no nosso século vale-se, assim, de um parâmetro integrado entre as fontes constitucionais e convencionais, cuja coesão se obtém por meio do princípio *pro homine*. Em outras palavras, o princípio *favor persona* promove uma integração de fontes, capaz de harmonizar as normas de direito interno e externo pelo fundamento interpretativo teleológico que tem por escopo a maior proteção aos direitos humanos.

Nesse cenário, é possível afirmar que as próprias normas constitucionais, quando não atendam ao padrão mínimo exigido no plano regional ou internacional, podem ser declaradas inconvencionais e, portanto, inválidas. Sobre o tema, cumpre transcrever as lições de Mazzuolli (2011, pp. 149-150), para quem os tratados internacionais sobre direitos humanos inserem-se na Constituição como direitos fundamentais e, bem assim, como cláusulas pétreas, as quais não são passíveis de violação nem mesmo pelo legislador constituinte. Segundo o autor, poderiam ser declaradas inconvencionais e, portanto, juridicamente inválidas, as normas constitucionais (até mesmo as originárias), as quais estão

alocadas à margem do bloco de constitucionalidade, ou seja, que não integram o núcleo intangível constitucional, que estão a violar normas de tratados de direitos humanos (as quais, por serem normas de “direitos humanos”, já detêm primazia sobre quaisquer outras, por pertencerem ao chamado “bloco de constitucionalidade”) (MAZZUOLLI, 2011, p. 150).

Essa noção vai ao encontro da tese defendida por Otto Bachof já em 1977, em sua famosa obra intitulada “Normas constitucionais inconstitucionais”, na qual defende a existência de normas superiores, de valor transcendental na ordem

¹⁷⁷ Com isso, se potencializa, também, a própria margem de apreciação do legislador nacional, que não fica impedido de ampliar a proteção de um direito assegurado internacionalmente.

¹⁷⁸ Tradução livre: “na parte superior dos ordenamentos jurídicos não se encontraria a fonte (Constituição ou tratado), mas sim a norma que melhor proteja o direito”.

constitucional (como é o caso da dignidade humana, fundamento dos direitos humanos e fundamentais) e que, por isso, teriam força de invalidar por inconstitucionalidade até mesmo as normas originárias da Constituição que com elas se defrontassem (BACHOF, 1977). É de se ressaltar que o entendimento de que até mesmo a CF é passível de controle de constitucionalidade/convencionalidade se coaduna com os paradigmas e contornos do constitucionalismo contemporâneo, por reconhecer que a Constituição não é um produto pronto e pré-definido, mas sim um elemento vivo em constante processo de transformação. Amparada nas exigências da concretização da dignidade humana, e sendo este o principal objetivo das constituições atuais, estas devem sempre buscar o maior grau de proteção à pessoa, valor-fonte do Estado Democrático de Direito (SARMENTO, 2004).

Com efeito, tem-se que o princípio *favor persona* propende a eliminar eventuais efeitos nocivos das fronteiras jurídicas, que outrora (a despeito de isso não ter sido ainda inteiramente eliminado) contribuíram para fustigar a dignidade humana. Um exemplo de lesão aos direitos humanos, agasalhada pela visão de soberania ilimitada prevalecente até meados do Século XX, ocorreu na Alemanha Nazista. Por durante anos, o mundo inteiro assistiu inerte à matança de negros e judeus na Alemanha. Mas enquanto o Estado Alemão estava matando e torturando cidadãos alemães (de origem judia e africana) em território alemão, com base em leis alemãs, nenhum país ou Órgão Internacional interveio. A Alemanha Nazista, naquele momento histórico, estava acobertada pelo princípio da soberania nacional. Foi somente após Hitler estender suas ações para além das fronteiras alemãs que houve o desencadeamento da Segunda Guerra Mundial (GORCZEWSKI, 2005).

No Brasil, a utilização do princípio *favor persona* pode ser exemplificada justamente com o caso da proibição de prisão por dívida do depositário infiel no Brasil, cuja decisão, se tivesse se valido de dito princípio, teria resolvido de forma mais consistente (e sem necessidade de tanto tumulto...) a celeuma enfrentada pelo STF em 2008. Veja-se que – se se considerar apenas o critério hierárquico e se tiver em mente o caráter supralegal (infraconstitucional) dos tratados internacionais sobre direitos humanos não aprovados com quórum qualificado – a literalidade do artigo 5º, inciso LXVII, da CF conduziria fatalmente à conclusão de que a prisão do depositário infiel é constitucionalmente permitida neste país. Todavia, antes de cair nessa conclusão precipitada, é preciso atentar-se para o teor do artigo 7, item 7, da CADH, instrumento normativo supralegal (na visão do STF), segundo o qual

“ninguém deve ser detido por dívidas”, exceto se a dívida decorrer de “inadimplemento de obrigação alimentar” (OEA, www.cidh.oas.org).

Nesse caso, o aparente conflito entre a norma constitucional e a convencional não se resolve com base no critério hierárquico, mas sim mediante o emprego do princípio *favor persona*, pelo qual prevalecerá, nesse caso, a norma contida na CADH, por ser mais favorável ao direito humano à liberdade. Veja-se que a prevalência, *in casu*, da norma convencional ocorre independentemente de, sob uma análise estritamente formal, baseada na jurisprudência nacional, o referido tratado situar-se hierarquicamente abaixo da Constituição, porquanto não tenha sido submetido ao processo legislativo de que trata o parágrafo 3º do artigo 5º da CF, mencionado alhures (o que ocorre, vale dizer, pelo simples fato de a CADH ter sido ratificada pelo Brasil antes da entrada em vigor da EC nº 45/2004, que incluiu o mencionado dispositivo constitucional).

Aliás, a fundamentação apoiada no princípio *pro homine* teria sido mais coerente com a implicação prática da decisão, que foi a *proibição* da prisão civil de depositário infiel (reafirmada, já em 2009, por súmula vinculante do próprio STF¹⁷⁹), a despeito de a Constituição Federal, norma supostamente superior no critério hierárquico da Suprema Corte, expressamente a permitir. É interessante notar que menos de 3 meses antes do julgamento do RE 466.343-1/SP, o STF, ao enfrentar matéria similar no HC 90450/MG, adotou uma postura bem diferente e muito mais adequada sob o ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos. Senão, vejamos:

não mais subsiste, no sistema normativo brasileiro, a prisão civil por infidelidade depositária, independentemente da modalidade de depósito [...] HERMENÊUTICA E DIREITOS HUMANOS: A NORMA MAIS FAVORÁVEL COMO CRITÉRIO QUE DEVE REGER A INTERPRETAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. - Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o

¹⁷⁹ Súmula Vinculante nº 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano.

O trecho colacionado pode ser lido já na ementa da decisão e se coaduna perfeitamente com o que defendemos neste trabalho. Lamentavelmente, pouco tempo depois o STF, tal como foi visto, firmou posicionamento diverso. De qualquer sorte, é certo que o intérprete da norma jurídica não deve ficar adstrito aos seus limites formais, mas também, e em especial, deve observar os contornos *materiais* da norma, constituídos por seus conteúdos essenciais. Dessa forma, a lei que entra em rota de colisão com preceitos da CF é tida como inconstitucional e, bem assim, deve ser declarada inválida; e a lei em conflito com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, independente do momento de ratificação do documento internacional, por conseguinte, também deve ser reconhecida como inválida, se seu grau de proteção aos direitos humanos for contrário ou inferior ao da normativa regional ou internacional (GOMES, 2008).

Portanto, dentro do novo paradigma do Estado Constitucional de Direito, a produção legislativa e o ingresso de tratados internacionais na ordem constitucional não podem ficar limitados por questões de cunho meramente formal, como é o caso do quórum mínimo de aprovação inserto no §3º do artigo 5º da CF, que apresenta evidente incongruência com o princípio da dignidade da pessoa humana e da primazia dos direitos humanos.

A compatibilidade do direito interno com os tratados internacionais que versem sobre direitos humanos (e que, desse modo, compõem o bloco de constitucionalidade) é realizada através do controle de convencionalidade, que acaba atuando, no plano interno, de maneira complementar e coadjuvante ao controle de *constitucionalidade* (MAZZUOLLI, 2009). Esse controle pode ser realizado no plano regional (caso em que se fala em um controle secundário de convencionalidade, como vimos nos subtítulos precedentes) e também pode (e deve) ser levado a cabo pelos tribunais e juízes domésticos, tratando-se, no caso, de um controle primário/interno.

O controle de convencionalidade de âmbito interno possui, por um lado, caráter *difuso*, uma vez que qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar pela compatibilização (ou não) das leis internas com a ordem interamericana (MENDES,

www.stf.jus.br). E, no escólio de Mazzuolli (2009), dito controle jurisdicional interno também apresenta uma versão *concentrada*, de atribuição exclusiva do STF, nas hipóteses em que se verificar, em abstrato, contradição de dispositivos legais com os tratados internacionais sobre direitos humanos aprovados com o quórum do art. 5º, §3, da CF, condição para que ditos tratados sejam reconhecidos, para o autor, como *formalmente* integrantes da Constituição¹⁸⁰.

Nesse ponto, Mazzuolli (2009, p. 137) conclui que a produção normativa doméstica possui um duplo limite vertical material: o primeiro é representado pela CF e os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil (os quais, independentemente do quórum de sua aprovação, compõem o núcleo *material* do bloco de constitucionalidade em razão do §2º do artigo 5º da CF); e o segundo são os tratados internacionais *comuns* – isto é, que não versam sobre direitos humanos – em vigor no país (estes, sim, para o autor, detentores de nível *supralegal*¹⁸¹, em razão do disposto no 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados). Os tratados sobre direitos humanos, para Mazzuolli (2009, p. 137), podem ou não ter sido aprovados na forma do artigo 5º, §3º da CF, sendo que, se não o foram, seu *status* será “de norma (apenas) materialmente constitucional, o que lhes garante serem paradigma de controle somente difuso de convencionalidade”. De outra parte, no caso de terem “sido aprovados [...] pela sistemática do art. 5º, §3º, tais tratados servirão também de paradigma do controle *concentrado* (para além, é claro, do difuso) de convencionalidade” (MAZZUOLLI, 2009, p. 137, sem grifos no original).

Destarte, toda norma infraconstitucional produzida no Brasil deve passar por uma análise de compatibilidade com *todo* o bloco de constitucionalidade, o que inclui os tratados internacionais ratificados por este país e que versam sobre direitos

¹⁸⁰ Por essa razão, o autor vai dizer que o controle de convencionalidade *concentrado* “nascera apenas em 8 de dezembro de 2004, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45” (MAZZUOLLI, 2009, p. 130), enquanto que o difuso, “não obstante jamais qualquer doutrina no Brasil ter feito referência a esta terminologia” (MAZZUOLLI, 2009, p. 130), é juridicamente viável desde 5 de outubro de 1988, data da promulgação de nossa atual Constituição.

¹⁸¹ Luis Flávio Gomes, valendo-se de uma metáfora musical, sintetiza a diferença da concepção de Mazzuolli comparada à posição majoritária do STF acerca do tema em análise. Segundo o autor, “a diferença fundamental, em síntese, entre a tese de Valerio Mazzuoli e a posição vencedora (por ora) no STF está no seguinte: a primeira está um tom acima. Para o STF (tese majoritária, conduzida pelo Min. Gilmar Mendes) os tratados de direitos humanos não aprovados pela maioria qualificada do art. 5º, § 3º, da Constituição seriam supralegais (Valerio discorda e os eleva ao patamar constitucional); para o STF os tratados não relacionados com os direitos humanos possuem valor legal (para Valerio eles são todos supralegais, com fundamento no art. 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969[...]). Valerio Mazzuoli e Celso de Mello estão no tom maior. Gilmar Mendes (e a maioria votante do STF) está no tom menor. [...] De qualquer modo, todos fazem parte de uma orquestra jurídica espetacular: porque finalmente tornou-se realidade no Brasil a terceira onda (internacionalista) de Direito, do Estado e da Justiça. (GOMES, In: MAZZUOLI, 2011, p. 18)

humanos. Desse modo, pode-se dizer que todos os tratados que compõem o *corpus iuris* dos direitos humanos servem como paradigma do controle (tanto de constitucionalidade quanto de convencionalidade) das normas infraconstitucionais.

Nesse cenário, os tratados de direitos humanos aprovados com o quórum qualificado e, bem assim, possuidores de valor de emenda constitucional, figuram, no plano interno, como paradigma do controle concentrado (pelo STF), cumulativamente ao controle difuso de convencionalidade. E, de outra parte, conforme a doutrina de Mazzuolli (2009), os tratados sobre direitos humanos com *status* apenas *materialmente* constitucional, em razão do §2º do artigo 5º da CF (ou supralegal conforme jurisprudência do STF), visto que não aprovados pela maioria qualificada do §3º, do artigo 5º, podem figurar como paradigma apenas do controle *difuso* de convencionalidade/constitucionalidade, podendo ser exercido por qualquer juiz ou tribunal observadas suas competências, incluindo-se aqui o STF, na análise de casos concretos pela via recursal ou nos casos em que a prerrogativa de foro da parte processual implique na sua atuação em primeira instância.

Nesse ponto, contudo, ressalva-se, com Piovesan (2006, p. 129), que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil *antes* da EC nº 45/2004, como é o caso da Convenção Americana, possuem “hierarquia constitucional, situando-se como normas material e formalmente constitucionais” e, por essa razão, passíveis de figurar como paradigma do controle concentrado de convencionalidade/constitucionalidade. Para a autora (PIOVESAN, 2006, p. 129), esse entendimento justifica-se mediante quatro argumentos: o primeiro é a necessidade de se proceder a uma “interpretação sistemática da Constituição, de forma a dialogar os §§ 2º e 3º do art. 5º, já que o último não revogou o primeiro, mas deve, ao revés, ser interpretado à luz do sistema constitucional”; o segundo argumento apoia-se na “lógica e racionalidade material que devem orientar a hermenêutica dos direitos humanos”; o terceiro, na “necessidade de evitar interpretações que apontem a agudos anacronismos da ordem jurídica”; e, por fim, o quarto argumento encontra-se na “teoria geral da recepção do Direito brasileiro”. Além disso, a autora afirma que essa é a posição que melhor se amolda a uma perspectiva de interpretação conforme a Constituição, tendo-se em vista os primados da dignidade humana e da prevalência dos direitos humanos.

Feitas essas considerações, volve-se, agora, para a análise *instrumental* do controle de convencionalidade no âmbito interno. Haja vista a natureza

constitucional formal e material dos tratados de direitos humanos com força de emendas constitucionais – art. 5º, §3º da CF – ou ratificados pelo Brasil antes do advento da EC nº 45/2004, pode-se dizer que os mesmos instrumentos utilizados para o controle concentrado de *constitucionalidade* podem ser utilizados para se controlar a *convencionalidade* das leis nacionais que com eles colidam. Desse modo, basta analisar esses instrumentos do controle de constitucionalidade sob o enfoque do controle de convencionalidade.

Nesse diapasão, no âmbito do controle concentrado, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) seria o instrumento adequado para os legitimados descritos no art. 103 da CF buscarem invalidar *erga omnes* a norma infraconstitucional incompatível com tratado internacional material e formalmente constitucional, mediante a declaração judicial de sua inconvenção/inconstitucionalidade; a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) visaria à declaração de que determinada norma infraconstitucional é compatível verticalmente com os tratados de direitos humanos formalmente constitucionais e com a Constituição Federal; e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) visaria ao cumprimento de “preceito fundamental” contido em tratado internacional sobre direitos humanos material e formalmente constitucionais.

Conforme refere Mazzuolli (2011, p. 148), isso faz com que a ADIn se transforme em legítima Ação Direta de *Inconvencionalidade*, da mesma forma que a ADECON pode funcionar como verdadeira Ação Declaratória de *Convencionalidade* e a ADPF, como instrumento “para proteger ‘preceito fundamental’ de um tratado de direitos humanos violado por normas infraconstitucionais, inclusive leis municipais e normas anteriores à data em que dito tratado fora aprovado” (MAZZUOLLI, 2011, p. 148-149).

No âmbito dos instrumentos do controle concentrado de convencionalidade no âmbito interno, pode-se mencionar ainda a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), com previsão expressa no art. 103, §2º da Constituição¹⁸², cuja propositura pressupõe a ausência de criação legislativa necessária para efetivar norma formalmente constitucional. Nesse caso, o STF pode, segundo leciona

¹⁸² Art. 103. [...] § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Mazzuolli (2011, p. 149), “declarar a inconveniencionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma internacional de direitos humanos em vigor no Brasil e anteriormente aprovada por maioria qualificada”, cabendo ao Poder competente a adoção das medidas necessárias.

Por fim, volvendo-se ao controle *difuso* de convencionalidade no âmbito interno, isto é, aquele realizado pelos juízes e tribunais em face de casos concretos, pode-se dizer que qualquer ação judicial, observadas as normas processuais, é instrumento hábil para, diante de um caso posto em juízo, permitir ao juiz competente avaliar a convencionalidade de norma jurídica interna. Um caso recente e notável de controle difuso de convencionalidade pode ser exemplificado pela decisão exarada em 4 de julho de 2016, pelo Juiz Alfredo José Marinho Neto, em atuação no Juizado Especial Criminal adjunto à 2ª Vara Criminal da Comarca de Belford Roxo/RJ. Sua sentença culminou na absolvição do réu, não pelo fundamento de que sua conduta não se amoldou ao tipo penal que prevê o crime de desacato (art. 331 do Código Penal), mas sim pelo reconhecimento tanto da inconstitucionalidade como da inconveniencionalidade de dito dispositivo legal.

Na fundamentação do *decisum*, o magistrado refere que a liberdade de expressão se trata de um direito fundamental respaldado na Constituição de 1988, bem como um direito humano, reconhecido, *inter alia*, na Convenção Americana. Outrossim, a decisão menciona o citado artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direitos dos Tratados, segundo o qual uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como embasamento para o inadimplemento de tratado internacional; discorre sobre decisões da Corte IDH que trabalharam a temática, tais como o caso Palamara Iribarne vs. Chile; aduz sobre o fato de o tipo penal do desacato ter sido elaborado em outro contexto histórico, dissonante do cenário atual, em que os direitos fundamentais figuram no centro do ordenamento jurídico; alerta sobre a utilização desse tipo penal como forma de repressão a manifestações populares, no intuito de prender manifestantes e tolhê-los do direito de livre expressão, o qual pressupõe o direito que os cidadãos possuem de criticar e analisar as atitudes de servidores públicos no exercício de sua função (TJRJ, 2016¹⁸³).

¹⁸³ Sentença disponível na íntegra em: <<http://emporiododireito.com.br/juiz-do-tjrj-faz-controle-de-convencionalidade-do-crime-de-desacato/>>.

Outrossim, o juiz aponta que a Comissão IDH entendeu ser inconveniente o tipo penal em comento, o que, inclusive, motivou a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo a efetuarem denúncia contra o Brasil perante o sistema interamericano. E, pelo que está a indicar a jurisprudência interamericana, a demanda regional em breve poderá resultar na determinação de que o nosso país remova o aludido dispositivo do ordenamento pátrio, sob pena de sofrer sanções no âmbito da jurisdição interamericana.

Por fim, cumpre frisar que a aplicação do controle de convencionalidade nos moldes aqui propostos não afronta ou exclui a norma constitucional, mas sim complementa e fortalece o seu sentido. Nesse passo, não há que se falar em hierarquia entre a CF e os tratados internacionais sobre direitos humanos, os quais possuem *a priori* o mesmo valor jurídico. Essa análise vertical das normas infraconstitucionais e a verificação da convencionalidade da própria norma constitucional promove significativos ganhos na proteção e concretização da dignidade da pessoa humana, amparada aqui pelo princípio *pro homine*, que coloca o direito interno em sintonia com as exigências do constitucionalismo contemporâneo.

Para tanto, é imprescindível que também a nossa Corte suprema, a exemplo do que fez o juiz Alfredo José Marinho Neto na decisão supracitada, dialogue, em suas decisões, com o *corpus iuris* interamericano, o que inclui a jurisprudência da Corte IDH. A análise do diálogo interjurisdicional, em especial entre o STF e a Corte IDH, é o que será feito no próximo capítulo, mediante a avaliação das decisões de nossa Corte constitucional em que tenha havido menção à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4 DIÁLOGO INTERJURISDICIONAL E ANÁLISE DE DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Neste último capítulo da dissertação, propõe-se avaliar a teoria do diálogo interjurisdicional, seu contexto histórico, conceito, classificação e modos de realização/interpretação, especialmente sob o enfoque da doutrina de Humberto Nogueira Alcalá e da literatura francesa acerca do assunto, principal fonte de pesquisa do autor.

Na sequência, são feitos um relato e uma análise crítica das decisões proferidas pelo STF em que tenha havido citação de jurisprudência da Corte IDH, a fim de identificar se, com isso, foi efetivamente promovido o controle de convencionalidade pelo nosso Órgão jurisdicional de cúpula, mediante uma interpretação conforme o *corpus iuris* interamericano.

4.1 Diálogo interjurisdicional: contexto histórico, conceito, classificação e modos de realização/interpretação

Toda a discussão abordada neste trabalho relaciona-se diretamente com a teoria acerca do “diálogo interjurisdicional”, também denominado “diálogo entre jurisdições”, “diálogo judicial”, “diálogo de juízes”, “diálogo entre cortes” ou, ainda, “diálogo jurisprudencial”. Essa teoria tem como principal pesquisador, em solo americano, Humberto Nogueira Alcalá, razão por que, neste subtítulo, os trabalhos dele serão a principal fonte de pesquisa.

O diálogo interjurisdicional liga-se àquilo que tratamos já no início desta dissertação, a respeito da permeabilidade do direito interno ao direito internacional. Nas palavras de Alcalá (2012, p. 58), esse diálogo afigura-se efetivamente como uma das facetas da internacionalização dos direitos humanos, fenômeno histórico que vem se intensificando desde meados do século passado. Consubstancia-se em “un diálogo judicial que se desarrolla en un espacio en que las fronteras nacionales, culturales, lingüísticas retroceden cada día un poco más, ante sistemas jurídicos internacionales y supranacionales¹⁸⁴”.

¹⁸⁴ Tradução livre: “um diálogo judicial que se desenvolve num espaço em que as fronteiras nacionais, culturais, linguísticas retrocedem cada dia um pouco mais, ante sistemas jurídicos internacionais e supranacionais”.

Nas palavras de Ignacio Ramonet (2001, pp. 7-8), o Direito contemporâneo está passando “de formes de pouvoir autoritaires, hiérarchiques, verticales à des formes négociées, réticulaires, horizontales, consensuelles, plus civilisées, mais plus complexes¹⁸⁵”. O diálogo interjurisdicional representa uma das características desse novo paradigma do Direito, que deixa de lado o *state approach*, muito apegado à ideia de soberania nacional, para assumir o modelo do *human rights approach*, centrado na primazia dos direitos humanos (PIOVESAN, 2012). Recordando o caráter consentido dessa mudança paradigmática, Hitters (2015, p. 139) destaca

el diálogo jurisprudencial entre la justicia local y la internacional, siempre teniendo en cuenta que los Estados al plegarse al Pacto de San José han consentido en limitar su soberanía en beneficio de un bien superior al mismo que – como dice Nogueira Alcalá –, es el respeto a la dignidad inherente al ser humano. Ello implica en definitiva reconocer que la soberanía Estatal está restringida en su ejercicio por el respeto y garantía efectiva de los derechos humanos¹⁸⁶.

Segundo Piovesan (2012, p. 70), essa transformação positiva revela-se na “crescente abertura do Direito – agora ‘impuro’ –, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo”. Para a autora, essa transformação é representada, *inter alia*, pela “permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições”, o qual figura como “el novo referente jurisdicional para la efectividad de los derechos humanos em el siglo XXI¹⁸⁷” (MAC-GREGOR, 2011, p. 622).

Com efeito, a ideia de diálogo interjurisdicional pressupõe *sinergia* entre os diversos juízes e tribunais, em busca da evolução do Direito. Conforme Sudre (2007, p. 8, idedh.edu.umontpellier.fr), o diálogo retira *a priori* a relação de autoridade entre os órgãos judiciais, os quais, diante desse novo paradigma, visam, *em conjunto*, alcançar soluções para os diferentes desafios jurídicos, notadamente na seara dos direitos humanos. Nas palavras do doutrinador francês, “l’expression ‘dialogue des

¹⁸⁵ Tradução livre: “de formas autoritárias de poder, hierárquica e vertical, para formas negociadas, reticulares, horizontais, consensuais, mais civilizadas, todavia mais complexas.

¹⁸⁶ Tradução livre: “o diálogo jurisprudencial entre a justiça local e a internacional, siempre tendo em conta que os Estados ao se submeter ao Pacto de San José consentiram em limitar sua soberania em prol de um bem superior ao mesmo que – como disse Nogueira Alcalá –, é o respeito à dignidade inerente ao ser humano. Isso implica em suma reconhecer que a soberania Estatal está restringida no seu exercício pelo respeito e garantia efetiva dos direitos humanos”.

¹⁸⁷ Tradução livre: “o novo referencial jurisdicional para a efetividade dos direitos humanos no século XXI”.

juges' renvoie à l'idée de discussion, de concertation, et a le mérite de fournir un concept consensuel [...] écartant a priori toute relation d'autorité¹⁸⁸”.

No mesmo sentido é o escólio de Alcalá (2013, p. 531), para quem o diálogo interjurisdicional propende a “construir soluciones mediante um esfuerzo común, dialogado, de fortalecimiento de los derechos fundamentales¹⁸⁹”. E, nesse diálogo, não são só os tribunais nacionais que tendem a evoluir em sua atuação na tutela dos direitos humanos, senão que, por meio dele, os tribunais regionais e internacionais também desenvolvem seus argumentos e conclusões, em benefício da humanidade (ALCALÁ, 2013, pp. 531-532). Nesse passo é que se pode dizer que “el ‘diálogo jurisprudencial se convierte en una herramienta de ‘doble vía’ de interacción¹⁹⁰” (MAC-GREGOR, 2011, p. 618) que beneficia ambos os dialogantes.

Diante disso, a Corte IDH (2011, www.corteidh.or.cr) reconheceu que o diálogo judicial possui dois efeitos concretos: se, por um lado, os tribunais domésticos aumentam o grau de proteção dos direitos humanos no plano nacional ao adotar os padrões mínimos definidos pela Corte IDH; por outro,

la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisfério¹⁹¹.

Diante disso, a Corte de San José tem reconhecido a importância do diálogo jurisprudencial para o desenvolvimento do sistema interamericano de direitos humanos. De acordo com o seu mais recente relatório anual, “hoje em dia o diálogo judicial é de vital importância e continuará sendo um dos principais aspectos nos quais a Corte Interamericana deve continuar trabalhando” (CORTE IDH, 2015, p. 6, www.corteidh.or.cr). O relatório ainda refere que “a Corte Interamericana assumiu o diálogo como um dos principais caminhos para cumprir seu trabalho de defender e

¹⁸⁸ Tradução livre: “a expressão ‘diálogo de juízes’ refere-se à ideia de discussão, de cooperação, e tem o mérito de fornecer um conceito consensual descartando *a priori* qualquer relação de autoridade”.

¹⁸⁹ Tradução livre: ““construir soluções mediante um esforço comum, dialogado, de fortalecimento dos direitos fundamentais”.

¹⁹⁰ Tradução livre: “o diálogo jurisprudencial converte-se em uma ferramenta de interação de mão dupla”

¹⁹¹ Tradução livre: “a Corte se vê enormemente beneficiada pela jurisprudência produzida a nível local, o que ajuda, ademais, o desenvolvimento de sua própria jurisprudência. Isso gera uma dinâmica que enriquece a jurisprudência do Tribunal e fortalece a vigência dos direitos humanos em todos os Estados do hemisfério”.

promover os direitos humanos de todas as pessoas das Américas¹⁹² (CORTE IDH, 2015, p. 7, www.corteidh.or.cr).

Sem embargo, insta mencionar que o referido diálogo não se realiza apenas entre tribunais nacionais e tribunais internacionais (e, muito menos, restringe-se ao âmbito da Corte Interamericana e o STF). Trata-se, isto sim, de uma conversação que envolve todos os âmbitos da jurisdição interna e internacional, nas mais diversas combinações dialogais. Nesse sentido, Alcalá (2012, p. 58) expõe que o diálogo interjurisdicional

constituye un debate, una conversación o intercambio de puntos de vista entre dos o más jueces o tribunales, sean estos nacionales, o producto de una vinculación del Estado a un ordenamiento jurídico y tribunal internacional o supranacional, un diálogo entre tribunales nacionales, como ocurre entre tribunales ordinarios y tribunal constitucional; entre tribunales nacionales e internacionales o supranacionales, como es el caso entre jueces y tribunales nacionales ordinarios o constitucionales con la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] o en Europa con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [...]; como asimismo, puede darse como un diálogo entre tribunales internacionales o supranacionales, por ejemplo entre cortes regionales de derechos humanos¹⁹³.

Quando o diálogo ocorre entre tribunais ou juízes cujas decisões não são vinculantes de um para o outro, tem-se, conforme a doutrina de Alcalá (2012), um diálogo interjurisdicional *horizontal*. É o que ocorre, por exemplo, no fecundo diálogo entre a Corte IDH e a Corte Europeia de Direitos Humanos, responsável pela evolução de ambas as jurisdições. Outro exemplo de diálogo horizontal é o frequente diálogo de nossa Suprema Corte com tribunais de cúpula de países estrangeiros. Em casos tais, o diálogo ocorre de modo aberto e espontâneo, livre de

¹⁹² Dentre as ações concretas da Corte IDH no intuito de favorecer este diálogo e permitir o desenvolvimento de sua própria jurisprudência, destaca-se a publicação semestral da revista “Diálogo Jurisprudencial”, que tem por escopo “dar a conocer los fallos de los tribunales nacionales que aplican la jurisprudencia de la Corte IDH y el derecho internacional de los derechos humanos, y el influjo que a su vez recibe esse Tribunal interamericano por parte de la jurisprudencia nacional” (MAC-GREGOR, 2011 p. 576). Tradução livre: “dar a conhecer os casos dos tribunais nacionais que aplicam a jurisprudência da Corte IDH e o direito internacional dos direitos humanos, e a influência que, por sua vez, recebe esse Tribunal interamericano por parte da jurisprudência nacional”. As revistas estão disponíveis na *web* e podem ser acessadas no link www.corteidh.or.cr/index.php/es/al-dia/publicaciones.

¹⁹³ Tradução livre: “constitui um debate, uma conversação ou intercâmbio de pontos de vista entre dois ou mais juízes ou tribunais, sejam eles nacionais ou produto de uma vinculação do Estado a um ordenamento jurídico e tribunal internacional ou supranacional, um diálogo entre tribunais nacionais, como ocorre entre tribunais ordinários e tribunal constitucional; entre tribunais nacionais e internacionais ou supranacionais, como é o caso entre juízes e tribunais nacionais ordinários ou constitucionais com a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...] ou na Europa com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos [...]; como também, pode dar-se como um diálogo entre tribunais internacionais ou supranacionais, por exemplo entre cortes regionais de direitos humanos”.

qualquer vinculação jurídica. Isto é, no diálogo horizontal, “los jueces desarrollan diálogos judiciales sobre la base de una apertura espontánea al mundo de la justicia en la globalidad internacional¹⁹⁴” (ALCALÁ, 2012, p. 59), sem necessariamente haver qualquer relação jurídica entre as cortes ou juízes dialogantes.

Diferentemente, o diálogo vertical ocorre quando um dos tribunais ou juízes presentes no diálogo está vinculado pelas decisões proferidas pelo outro. É o que ocorre com a jurisprudência do STF (especialmente quando sumulada), com relação aos demais órgãos judiciais que compõem a estrutura do poder judiciário nacional. Também é o que ocorre na relação dialogal entre a Corte IDH e os tribunais nacionais, com base no que foi tratado no último capítulo, acerca da dupla vinculatoriedade de suas decisões para os Estados signatários da CADH e que, como o Brasil, tenham reconhecido a obrigatoriedade de sua jurisdição.

Para Alcalá (2012, p. 58), esse tipo de diálogo se desenvolve “en el seno de un sistema jurídico en que el Estado es parte de un ordenamiento internacional o supranacional al que se vincula¹⁹⁵”. Desse modo, o diálogo é vertical, uma vez que é levado a cabo “entre un juez interno y un juez internacional, siendo este último el cual tiene la última palabra en las materias en que el Estado parte se ha sometido a su jurisdicción vinculante, en el ámbito de su competencia¹⁹⁶” (ALCALÁ, 2012, p. 58).

Seguindo na classificação, diz-se que o diálogo vertical é *ascendente* quando se inicia no âmbito do órgão jurisdicional vinculado, em direção ao órgão cujas decisões lhe são vinculantes. De outra parte, diz-se que o diálogo vertical é *descendente* quando parte do órgão judicial que detém a última palavra na matéria em debate, em direção aos juízes e tribunais que a ele se vinculam (ALCALÁ, 2013). Este pode ser exemplificado pelo diálogo que se inicia com manifestação judicial da Corte IDH em direção aos órgãos judiciais nacionais, os quais se vinculam às decisões da primeira, em razão de ato soberano voluntário do país membro (ratificação da CADH e reconhecimento da jurisdição da Corte). De outra parte,

¹⁹⁴ Tradução livre: “os juízes desenvolvem diálogos judiciais sobre a base de uma abertura espontânea ao mundo da justiça na globalidade internacional”

¹⁹⁵ Tradução livre: “no seio de um sistema jurídico em que o Estado é parte de um ordenamento internacional ou supranacional ao qual se vincula”.

¹⁹⁶ Tradução livre: “entre um juiz interno e um juiz internacional, sendo este último o qual tem a última palavra nas matérias em que o Estado parte se submeteu à sua jurisdição vinculante, no âmbito de sua competência”.

aquele pode ser exemplificado com o diálogo que, no caminho inverso, parte dos tribunais constitucionais nacionais em direção à Corte IDH.

Para os fins deste trabalho, interessa especialmente o diálogo interjurisdicional vertical ascendente realizado pelos ministros do STF em face da Corte IDH, assunto que se materializa no próximo subtítulo a partir da análise de decisões do STF em que haja citação de jurisprudência da Corte regional. Assim, com base na classificação doutrinária de Julien Dubois (2007, p. 89), serão analisadas se as referidas decisões se enquadram em uma das modalidades de concretização do referido diálogo, quais sejam: a interpretação extensiva; a interpretação inovadora; a interpretação corretiva; a interpretação receptiva; a interpretação neutralizadora e a interpretação discordante.

A interpretação inovadora ocorre quando o judiciário nacional realiza interpretação de dispositivo convencional do *corpus iuris* sobre o qual a Corte IDH ainda não se manifestou. Nessa situação, o juiz doméstico cria uma solução jurisprudencial inédita, pela invocação direta de norma do *corpus iuris* regional, e, desse modo, “abre la vía al diálogo com el juez de la CIDH, a través de un diálogo ascendente, el cual queda suspendido hasta que la CIDH conociendo de un caso análogo confirme o revierta la decisión adoptada por el juez nacional¹⁹⁷” (ALCALÁ, 2013, www.scielo.cl).

De acordo com Suxe (2007, p. 173, idedh.edu.umontpellier.fr), ao tratar do sistema europeu, a interpretação inovadora ocorre quando “en l’absence de toute jurisprudence européenne en la matière, le juge national fournit une solution fondée sur une interprétation de la Convention qui lui est propre¹⁹⁸”. Em casos tais, observa o autor francês, o juiz nacional dispõe de uma considerável margem de apreciação, visto que a Corte regional ainda não se manifestou sobre a matéria *sub judice* (SUXE, 2007, pp. 173-174, idedh.edu.umontpellier.fr).

Veja-se que, diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, essa modalidade de interpretação afigura-se incontornável, visto que o Judiciário não pode se abster de decidir o caso sob a alegação de que a norma convencional carece de interpretação pela Corte regional. De resto, é de se sinalar também que,

¹⁹⁷ Tradução livre: “abre a via ao diálogo com o juiz da Corte IDH, mediante um diálogo ascendente, o qual fica suspenso até que a Corte IDH, conhecendo um caso análogo, confirme ou reverta a decisão adotada pelo juiz nacional”.

¹⁹⁸ Tradução livre: “na ausência de qualquer jurisprudência europeia na matéria, o juiz nacional fornece uma solução fundada em uma interpretação da Convenção que lhe é própria”.

no sistema interamericano, ela encontra guarida no princípio da subsidiariedade da jurisdição regional, pelo qual é o juiz nacional quem primeiro deve aplicar e interpretar o direito convencional nos casos levados a juízo (ALCALÁ, 2012, p. 79). Diante disso, pode-se dizer que a interpretação inovadora figura *a priori* como espécie do gênero de interpretação conforme o *corpus iuris* interamericano, situação que somente se confirma, ou não, após a Corte IDH analisar caso análogo e proferir interpretação autêntica do dispositivo convencional em questão.

Alcalá (2013, www.scielo.cl) cita como exemplo de interpretação inovadora no Chile¹⁹⁹, a atuação da Corte Constitucional daquele país no que tange ao direito ao nome, positivado no artigo 18 da CADH²⁰⁰. Conquanto não estivesse expressamente previsto na sua Constituição, o tribunal chileno considerou o direito à identidade como um direito fundamental, ante sua relação direta com a dignidade humana, assim como o fato de ser reconhecido como direito humano em diversos tratados internacionais, como a CADH. Nos termos do *decisum* (Tribunal Constitucional de Chile apud ALCALÁ, www.scielo.cl),

el derecho a la identidad personal está estrechamente ligado a la dignidad humana, en cuanto valor que, a partir de su consagración en el artículo 1°, inciso primero, de la Ley Suprema, constituye la piedra angular de todos los derechos fundamentales que la Ley Suprema consagra. Asimismo, que aun cuando la Constitución chilena no reconozca, en su texto, el derecho a la identidad, ello no puede constituir un obstáculo para que el juez constitucional le brinde adecuada protección, precisamente por su estrecha vinculación con la dignidad humana y porque se encuentra protegido expresamente en diversos tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes en nuestro país (Sentencia Rol N° 834, considerando 22°)²⁰¹.

Diante disso, o Tribunal Constitucional chileno declarou a inconstitucionalidade de dispositivo infraconstitucional (artigo 206 do seu código

¹⁹⁹ Curiosamente, em artigo publicado um ano antes, o autor havia citado este caso como exemplo de interpretação *extensiva* (ALCALÁ, 2012, p. 89-90). Optou-se aqui por seguir a publicação mais recente do autor.

²⁰⁰ Artigo 18 - Direito ao nome. Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

²⁰¹ Tradução livre: “o direito à identidade pessoal está estreitamente ligado à dignidade humana, enquanto valor, que, a partir de sua consagração no artigo 1º, I, da Lei Suprema, constitui a pedra angular de todos os direitos fundamentais que a Lei Suprema consagra. Além disso, ainda que a Constituição chilena não reconheça em seu texto, o direito à identidade, isso não pode constituir um obstáculo para que o juiz constitucional lhe brinde adequada proteção, precisamente ante sua estreita vinculação com a dignidade humana e porque se encontra protegido expressamente em diversos tratados internacionais ratificados pelo Chile e vigentes em nosso país (Sentença nº 834, considerando 22º)”

civil²⁰²), por ser contrário ao direito humano previsto no dispositivo convencional supracitado, já que estava a impedir “al presunto hijo de un padre que fallece con posterioridad a los 180 días siguientes al parto, demandar el reconocimiento de su filiación en contra de los herederos de ese presunto padre fallecido²⁰³” (RUIZ, www.scielo.cl).

Observa-se no caso judicial em comento que, embora expressamente não o tenha dito, a Corte Constitucional chilena promoveu verdadeiro controle de convencionalidade da norma infraconstitucional, pelo que a invalidou, após constatada sua colisão com a CADH e outros tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Chile.

De outra parte, a interpretação *extensiva* ocorre quando o tribunal nacional desenvolve uma interpretação que *ultrapassa*, no que concerne ao grau de tutela dos direitos humanos, os contornos da definição até então desenvolvida pela Corte IDH, com relação a determinado dispositivo do *corpus iuris* regional. Madelaine (2007, p. 133) compara a interpretação inovadora e a extensiva e conclui que, diferente daquela, a interpretação extensiva “a lieu à l'occasion d'une application de la Convention qui n'est pas inconnue de la Cour de Strasbourg. Le juge national confère une portée plus grande à un droit²⁰⁴”.

Essa modalidade de interpretação ocorre, segundo Alcalá (2013, p. 531) quando o tribunal doméstico “favorece una ampliación del derecho garantizado y, en consecuencia, sometiendo al respeto de este situaciones que han sido analizadas con un alcance menor hasta el presente por la jurisprudencia de la CIDH²⁰⁵”. Esse também é o entendimento de Frédéric Sudre (2004, p. 216), segundo quem, na modalidade da interpretação extensiva, o tribunal ou juiz nacional desenvolve “une interprétation de la Convention qui favorise un élargissement du champ

²⁰² Art. 206. Si el hijo es póstumo, o si alguno de los padres fallece dentro de los ciento ochenta días siguientes al parto, la acción podrá dirigirse en contra de los herederos del padre o de la madre fallecidos, dentro del plazo de tres años, contados desde su muerte o, si el hijo es incapaz, desde que éste haya alcanzado la plena capacidad (CHILE, 2000, www.leychile.cl). Tradução livre: “Art. 206. Se o filho é póstumo, ou se algum dos pais falece dentro dos 180 dias seguintes ao parto, a ação poderá dirigir-se contra os herdeiros do pai ou da mãe falecidos, dentro do prazo de 3 anos, contados da sua morte ou, se o filho é incapaz, contados desde quando este haja alcançado plena capacidade”.

²⁰³ Tradução livre: “ao presumido filho de um pai que falece posteriormente aos 180 dias seguintes ao parto, demandar o reconhecimento de sua filiação contra os herdeiros desse presumido pai falecido”.

²⁰⁴ Tradução livre: “ocorre por ocasião de uma aplicação da Convenção que não é desconhecida pela Corte de Estrasburgo. O juiz nacional confere uma abrangência maior a um direito”.

²⁰⁵ Tradução livre: “favorece uma ampliação do direito garantido e, por consequência, submete a respeito deste situações que foram analisadas com um alcance menor até o presente momento pela jurisprudência Corte IDH”.

d'application du droit garanti et, en conséquence, la soumission au respect de ce droit de situations qui ne sont pas visées par la jurisprudence européenne²⁰⁶”.

Em casos tais, a confirmar o que se falou anteriormente, é a Corte *supranacional*, no diálogo com o plano doméstico, que terá a oportunidade de evoluir sua interpretação, de modo a conferir maior grau de proteção aos direitos humanos quando analisar casos semelhantes no plano regional. Trata-se, por isso, de uma modalidade de diálogo entre jurisdições que, ante o princípio *favor persona*, é encorajada pelo direito internacional dos direitos humanos e, desse modo, também pode ser classificada como interpretação conforme o *corpus iuris* interamericano. Mediante uma interpretação extensiva, que alarga o grau de proteção de um direito humano previsto no *corpus iuris* interamericano, o Judiciário nacional está potencialmente a dialogar com a Corte IDH, a qual poderá adotar o entendimento doméstico em um caso similar, caso em que o diálogo enfim se completará (ALCALÁ, 2013).

Diferentemente, a interpretação *corretiva* levada a cabo pelo judiciário nacional consiste no ajustamento de sua jurisprudência ao *corpus iuris* interamericano e, em especial, à jurisprudência da Corte IDH após o Estado parte ter sofrido uma condenação no sistema interamericano de direitos humanos. Ela ocorre quando, diante de determinação direta, decorrente de decisão condenatória da Corte IDH, o Estado parte ajusta sua jurisprudência ao direito convencional. Nas palavras de Alcalá (2013, www.scielo.cl), nessa modalidade de diálogo, os juízes ou tribunais domésticos “sacan las consecuencias de una condena por la CIDH [...], lo que genera un cambio en la jurisprudencia nacional, la que rectificará su jurisprudencia y practicará una interpretación conforme al derecho convencional²⁰⁷”.

Como exemplo de interpretação corretiva realizada no Chile, Alcalá (2012, p. 92) cita que, após ter sido condenado no já citado caso “La última tentación de Cristo”, os tribunais chilenos passaram a observar o padrão mínimo fixado pela Corte IDH e não mais aplicaram a censura prévia em suas decisões, a despeito de a norma julgada inconveniente pela Corte IDH tratar-se de norma da Constituição chilena, a qual por determinação da Corte Regional foi, inclusive, modificada

²⁰⁶ Tradução livre: “uma interpretação da Convenção que favorece um alargamento do campo de aplicação do direito garantido e, conseqüentemente, submete ao respeito desse direito em situações que não são abrangidas pela jurisprudência europeia”.

²⁰⁷ Tradução livre: “assumem as consequências de uma condenação da Corte IDH [...], o que gera uma mudança na jurisprudência nacional, a qual retificará sua jurisprudência e praticará uma interpretação conforme o direito convencional”.

posteriormente. O mesmo também ocorreu após a condenação do país no caso Almonacid Arellano, que envolvia lei de anistia do Chile, atinente ao regime militar daquele país. A partir da decisão da Corte IDH, no ano de 2006, a Sala Penal da Corte Constitucional chilena estabeleceu a

no aplicación de amnistía ni prescripción a crímenes desarrollados por agentes del Estado como parte de una política institucional de eliminación física de enemigos políticos, determinando investigación, determinación de responsables, sanción penal y reparación²⁰⁸ (ALCALÁ, 2012, pp. 92-93).

Trata-se de modalidade de interpretação conforme o *corpus iuris* interamericano e, com base no que foi visto no capítulo anterior, afigura-se, inclusive, obrigatória ao Estado parte, com base no princípio de direito internacional *pacta sunt servanda* (artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados) combinado com o disposto no artigo 68.1 da CADH, segundo o qual “os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes” (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

A próxima modalidade de diálogo ascendente entre jurisdições é a interpretação receptiva. No sistema interamericano, ela ocorre quando o judiciário doméstico se utiliza da jurisprudência da Corte IDH para fundamentar sua decisão. Nesse caso, o juiz ou tribunal nacional pode invocar tanto as decisões da Corte IDH proferidas no exercício de sua jurisdição contenciosa quanto os pareceres oriundos de sua competência consultiva. É de se sinalar que, no caso da interpretação receptiva, diferente da corretiva, a jurisprudência regional invocada pelo juiz doméstico não tem o seu país no polo passivo da demanda que lhe originou. Dessa forma, ao adequar sua jurisprudência às exigências da Corte IDH, o Estado parte, via de regra, está a *evitar* uma condenação no sistema interamericano.

Conforme Alcalá (2013, p. 534), essa modalidade de diálogo interjurisdicional ocorre quando o juiz nacional

se conforma a la *ratio decidendi* de las sentencias de condena de otros estados partes de la CADH por violación de ésta, o de principios establecidos en Opiniones Consultivas, tomando la iniciativa de asumir tales

²⁰⁸ Tradução livre: “não aplicação de anistia nem prescrição aos crimes cometidos por agentes do Estado como parte de uma política institucional de eliminação física de inimigos políticos, determinando a investigação, definição de responsabilidade, sanção penal e reparação”.

principios en su propia jurisprudencia, sin esperar que el Estado Parte sea condenado por violación del *corpus iuris* interamericano para hacerlo²⁰⁹.

O caráter preventivo da interpretação receptiva também é bem pontuado por Riochet (2007, p. 99, idedh.edu.umontpellier.fr) que, ao tratar da situação francesa, assim aduz:

en faisant preuve de réceptivité au signal envoyé par le juge européen par la condamnation d'autres États parties à la Convention, le juge français prend l'initiative de changer de son propre gré sa jurisprudence, sans attendre une condamnation de la France, pratiquant ainsi une interprétation "préventive"²¹⁰.

Convém mencionar que essa modalidade de diálogo também é obrigatória, o que decorre da vinculatoriedade *erga omnes* da *ratio decidendi* das decisões da Corte IDH, pelas razões já expostas no capítulo anterior. Um exemplo brasileiro em que isso deveria ter sido observado é o caso julgado pelo STF em 24 de abril de 2010, referente à invalidade da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (lei de anistia). Se o STF, naquela ocasião, houvesse adequado sua jurisprudência aos delineamentos claros e iterativos da Corte IDH (que, como visto, já em 2006, havia condenado o Chile no caso Almonacid Arellano) a respeito dessa matéria, teria, quem sabe, evitado ou, ao menos, amenizado a condenação do Brasil no sistema interamericano, ocorrida pouco tempo depois, em 24 de novembro do mesmo ano, no caso "Guerrilha do Araguaia".

Insta referir que todas as modalidades de interpretação judicial realizadas no âmbito nacional até aqui citadas são bem-vindas no sistema interamericano e, bem assim, podem ser consideradas como interpretações conforme o sistema interamericano. Quanto a essas duas últimas, viu-se, inclusive, que se afiguram obrigatórias ante o duplo caráter vinculante das decisões da Corte IDH. Bem diferente é o caso da próxima: a interpretação neutralizadora.

A interpretação neutralizadora constitui uma estratégia do poder judiciário nacional em se eximir do cumprimento do direito convencional, mediante uma exegese forçada do *corpus iuris* regional. Ela tem por finalidade falsear a

²⁰⁹ Tradução livre: se conforma à *ratio decidendi* as sentenças condenatórias de outros estados partes da CADH por violação desta, ou de princípios estabelecidos em opiniões consultivas, tomando a iniciativa de assumir tais princípios em sua própria jurisprudência, sem esperar que o Estado Parte seja condenado por violação do *corpus iuris* interamericano para fazê-lo.

²¹⁰ Tradução livre: "ao demonstrar receptividade ao sinal enviado pelo Tribunal Europeu ante a condenação de outros Estados Partes na Convenção, o juiz francês toma a iniciativa de mudar por conta própria sua jurisprudência, sem esperar uma condenação da França, praticando, assim, interpretação 'preventiva'".

conformidade entre a normativa e atuação estatal em face dos compromissos regionais e internacionais assumidos pelo Estado membro. Essa modalidade interpretativa “muestra una falta de sinceridad por una de las partes que participa del diálogo” (ALCALÁ, 2012, p. 95) e constitui o que Sudre (2004, p. 210) denominou de uma estratégia de neutralização do direito convencional, levada a cabo por uma releitura da lei nacional a fim de forjar uma adequação entre o direito interno e a norma regional²¹¹.

Nas palavras de Dubois (2007, p. 73, idedh.edu.umontpellier.fr), “l’interprétation neutralisante joue sur une apparente soumission du juge national aux fins de préserver le droit national contraire au droit européen²¹²” ou, no nosso caso, contrário ao direito interamericano. Segundo Alcalá (2012, pp. 541-542), a interpretação neutralizante pelo judiciário doméstico possui dois objetivos: o primeiro é o de validar lei nacional que contraria direito garantido por norma convencional conforme o entendimento da Corte regional. E o segundo é o de obter uma margem de apreciação em matéria não sujeita à margem de apreciação nacional.

Um exemplo de interpretação neutralizadora em solo nacional, que se encaixa no primeiro dos dois objetivos citados por Alcalá, envolve novamente o caso da inconveniencionalidade da Lei nº 6.683/1979. Após considerar decisões da Corte IDH, em casos análogos ao brasileiro, o Ministro Celso de Mello chegou à conclusão de que a jurisprudência da Corte regional na matéria não serviria de fundamento para declarar a inconveniencionalidade/inconstitucionalidade da nossa lei de anistia, em face de sua bilateralidade, que supostamente lhe descaracterizaria o caráter de lei de *auto* anistia.

Sem questionar a sinceridade na argumentação do Ministro – que, inclusive, foi quem mais vezes promoveu interpretação conforme o *corpus iuris* interamericano em seus votos, como veremos no próximo subtítulo – o certo é que a sua interpretação acabou por neutralizar a jurisprudência da Corte IDH, a qual pouco tempo depois veio a confirmar a inconveniencionalidade da lei em comento na

²¹¹ Nas palavras originais do autor, a interpretação neutralizadora constitui uma “stratégie de contournement ou d’évitement, visant à neutraliser l’interprétation européenne en créant, par une interprétation un peu ‘forcée’ du droit national, voire par une réécriture de la loi, un rapport d’adéquation entre le droit interne et la norme européenne” (SUDRE, 2004, p. 2010). Tradução livre: “estratégia de evasão, visando neutralizar a interpretação Europeia pela criação de uma interpretação um pouco “forçada” da legislação nacional, que na realidade quer reescrever a lei em adequação do direito interno e a norma europeia”.

²¹² Tradução livre: “a interpretação neutralizadora joga em aparente submissão do juiz nacional, com a finalidade de preservar o direito doméstico contrário ao direito europeu”.

condenação brasileira atinente ao caso “Guerrilha do Araguaia” (assunto que será ainda abordado).

Por fim, tem-se a interpretação *discordante*, que decorre de algo que é intrínseco a qualquer diálogo, isto é, a possibilidade de uma parte não concordar com a outra. Nesse passo, pode ocorrer de o judiciário nacional, de boa-fé, não aplicar a diretriz jurisprudencial da Corte regional por entender que ela não está correta em determinada matéria. Isso pode ocorrer, por exemplo, em razão de o judiciário doméstico entender que a Corte IDH não considerou, em determinada decisão, as implicações que a proteção de um direito humano poderia ocasionar a outro direito humano igualmente protegido.

Diante dessa situação, o tribunal nacional, ao apreciar caso análogo, pode colocar em marcha um diálogo interjurisdiccional que, para ser legítimo, deverá ser “franco, leal y de buena fe²¹³” (ALCALÁ, 2013, p. 542). Nessa modalidade de diálogo, o juiz ou tribunal nacional deverá então expressar “razonadamente su desacuerdo con la CIDH, explicando los motivos del desacuerdo en el respectivo fallo²¹⁴” (ALCALÁ, 2013, p. 542). Assim, se e quando o caso em questão ou outro similar chegar à jurisdição interamericana, “la CIDH podrá reexaminar la cuestión controvertida²¹⁵” (ALCALÁ, 2013, p. 542).

A modalidade de interpretação discordante, desde que levada a cabo de boa-fé, é uma forma dialogal importante para a evolução do *corpus iuris* interamericano. A Corte IDH não está isenta do erro e, portanto, negar absolutamente um questionamento razoável de sua jurisprudência seria algo contrário ao paradigma do diálogo judicial, que tem como uma de suas características mais relevantes o desapego à autoridade.

Ainda assim, diante de tudo o que se falou no capítulo anterior acerca da vinculatoriedade das decisões da Corte regional, a decisão da Corte IDH que solve a controvérsia “vinculará al tribunal nacional en forma obligatoria²¹⁶” (ALCALÁ, 2013, p. 542), sem prejuízo de, em face de outro contexto, novos diálogos mudarem o cenário jurisprudencial, já que que o bom Direito pressupõe a observância dos critérios evolutivos e históricos de interpretação.

²¹³ Tradução livre: “franco, leal e de boa-fé”.

²¹⁴ Tradução livre: “de forma arrazoada seu desacordo com a Corte IDH, explicando os motivos do desacordo no respectivo caso”.

²¹⁵ Tradução livre: “a Corte IDH poderá reexaminar a questão controvertida”.

²¹⁶ Tradução livre: “vinculará o tribunal nacional de forma obrigatória”.

Feitas essas considerações acerca do diálogo interjurisdicional, passa-se agora ao próximo subtítulo, em que se verificará, na prática, como está sendo realizado esse diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

4.2 Análise crítica dos casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal em que foi verificada citação de jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

As decisões mencionadas neste subtítulo foram obtidas na forma indicada na introdução desta dissertação. Após a lá aludida triagem individual, identificou-se a citação de jurisprudência da Corte IDH pelo STF em 26 casos²¹⁷. Contudo, dentre essas 26 decisões, observou-se que muitas possuem, no que se refere a este estudo, fundamentação quase idêntica. Isto é, na parte em que se cita jurisprudência da Corte regional, algumas decisões utilizam-se praticamente da mesma fundamentação. Esse é o caso dos oito *Habeas Corpus* citados a seguir, que tratam da (in)competência da Justiça Militar para o julgamento de civis que praticam crimes militares: HC 105.348/RS, HC 106.171/AM, HC 109.544-MC/BA, HC 107.731 Extn/PE, HC 105.256/PR, HC 112.936/RJ, HC 110.237/PA, HC 105.256/PR, HC 110.185/SP.

Ainda, verifica-se que algumas das decisões obtidas tratam-se de julgamentos ligados ao mesmo caso. Nessa situação estão as decisões do STF no famoso caso “mensalão” (AP 470/MG). Dentre as ações que citam a jurisprudência da Corte IDH, quatro referem-se a esse caso: além do acórdão principal referente ao processo (julgado em 17 de dezembro de 2012), as decisões nos seus 25º, 26º e 27º agravos regimentais também citam jurisprudência da Corte IDH.

Por fim, ainda cumpre sinalar que duas das ações que aparecem na pesquisa foram julgadas em conjunto, tratando-se, em verdade, da mesma decisão. Esse é o caso da decisão do STF sobre a constitucionalidade da união homoafetiva,

217 Não se ignora o fato de que o banco de dados do *site* pode não conter todas as decisões proferidas por este Órgão, especialmente com relação às mais antigas. Contudo, tendo em vista que a discussão (tardia) a respeito da vinculatoriedade das decisões da Corte IDH no Brasil somente teve início – de modo geral – por volta do ano de 2006, acredita-se que os dados obtidos representem, ao menos proximamente, os números reais ao que se propõe neste trabalho.

que resultou do julgamento conjunto da ADPF 132/RJ e da ADI 4277/DF. Feitas essas considerações iniciais, volvamo-nos aos casos.

Embora o Brasil tenha reconhecido a jurisdição da Corte IDH já em 1998, a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal fez referência à jurisprudência da Corte IDH ocorreu apenas em 6 de agosto de 2008, no julgamento da ADPF 144/DF, que teve como relator o Ministro Celso de Mello. O plano de fundo do aludido instrumento de controle concentrado de constitucionalidade foi a discussão acerca da inelegibilidade de candidatos a cargos eletivos, em razão de sua vida pregressa.

A ADPF foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) para questionar a validade constitucional da interpretação que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) estava efetuando quanto ao teor do parágrafo 9º do artigo 14 da CF²¹⁸, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994. Outrossim, a ação também teve por fim obter a declaração da não recepção pela Constituição de dispositivos da LC nº 64/90, quais sejam: o seu artigo 1º, I, “d”, “e” e “h”²¹⁹, e o seu artigo 15²²⁰.

O argumento da AMB foi o de que o dispositivo constitucional supracitado não exigiria o trânsito em julgado para que fosse declarada judicialmente a

²¹⁸ Art. 14. [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br)

²¹⁹ Art. 1º São inelegíveis:

I - para qualquer cargo: [...]

d) os que tenham contra sua pessoa representação julgada procedente pela Justiça Eleitoral, *transitada em julgado*, em processo de apuração de abuso do poder econômico ou político, para a eleição na qual concorrem ou tenham sido diplomados, bem como para as que se realizarem 3 (três) anos seguintes;

e) os que forem condenados criminalmente, com sentença *transitada em julgado*, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena; [...]

g) os que tiverem suas contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas rejeitadas por irregularidade insanável e por *decisão irrecorrível* do órgão competente, salvo se a questão houver sido ou estiver sendo submetida à apreciação do Poder Judiciário, para as eleições que se realizarem nos 5 (cinco) anos seguintes, contados a partir da data da decisão (BRASIL, 1990, www.planalto.gov.br).

h) os detentores de cargo na administração pública direta, indireta ou fundacional, que beneficiarem a si ou a terceiros, pelo abuso do poder econômico ou político apurado em processo, com sentença *transitada em julgado*, para as eleições que se realizarem nos 3 (três) anos seguintes ao término do seu mandato ou do período de sua permanência no cargo; (BRASIL, 1990, www.planalto.gov.br, sem grifos no original).

²²⁰ Art. 15. *Transitada em julgado* a decisão que declarar a inelegibilidade do candidato, ser-lhe-á negado registro, ou cancelado, se já tiver sido feito, ou declarado nulo o diploma, se já expedido (BRASIL, 1990, www.planalto.gov.br, sem grifos no original).

inelegibilidade de candidato a cargo público eletivo. Como visto, a CF menciona apenas que outros casos de inelegibilidade, além dos previstos nos parágrafos 4º até o 8º do artigo em tela, serão estabelecidos em lei complementar, no intuito de “proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato” (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br). Nada fala sobre a necessidade de trânsito em julgado ou de “decisão irrecorrível”, conforme exigem os dispositivos atacados pela ADPF.

Avaliando os objetos que foram postos em discussão pela AMB, o Ministro Celso de Mello expõe que a decisão do STF enfrenta os seguintes questionamentos, os quais resumem a celeuma: a) a presunção de inocência é de obrigatória observância na seara da inelegibilidade de candidatos a cargos eletivos, sanção que não possui natureza de direito *penal*? b) a exigência de coisa julgada colide com os princípios da probidade administrativa e da moralidade exigidas no art. 14, §9º, da CF? e c) uma vez que requer lei complementar, o mencionado dispositivo constitucional é autoaplicável?

Após enfrentar os questionamentos supracitados, o Ministro conclui (e essa é a decisão que coincide com a da maioria votante) que o pedido da AMB é *improcedente*, visto que desautarizado

não só pelo postulado da reserva constitucional de lei complementar (CF, art. 14, § 9º, c/c o art. 2º), mas, também, por cláusulas instituídas pela própria Constituição da República e que consagram, em favor da pessoa, o direito fundamental à presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII) e que lhe asseguram, nas hipóteses de imposição de medidas restritivas de quaisquer direitos, a garantia essencial do devido processo (CF, art. 5º, LIV) (STF, 2008a, www.stf.jus.br).

A citação de jurisprudência da Corte IDH aparece de forma indireta no voto do Ministro Celso de Mello, quando este colaciona trecho da obra de Luiz Flávio Gomes e Valerio Mazzuolli²²¹ (*apud* STF, 2008a, www.stf.jus.br), esta, sim, com referência, ainda que discreta, à jurisprudência da Corte IDH. Enquanto tratava do princípio da presunção de inocência, o Ministro colacionou o trecho doutrinário, que abaixo transcrevo:

trata-se de princípio consagrado não só no art. 8º, 2, da Convenção Americana senão também (em parte) no art. 5º, LVII, da Constituição

²²¹ Conforme referenciado pelo Ministro, trata-se da obra intitulada “Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica”, vol. 4/85-91, 2008, RT”.

Federal, segundo o qual toda pessoa se presume inocente até que tenha sido declarada culpada por sentença transitada em julgado. Tem previsão normativa desde 1789, posto que já constava da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Do princípio da presunção de inocência ('todo acusado é presumido inocente até que se comprove sua culpabilidade') emanam duas regras: (a) regra de tratamento e (b) regra probatória. 'Regra de tratamento': o acusado não pode ser tratado como condenado antes do trânsito em julgado final da sentença condenatória (CF, art. 5º, LVII). O acusado, por força da regra que estamos estudando, tem o direito de receber a devida 'consideração' bem como o direito de ser tratado como não participante do fato imputado. Como 'regra de tratamento', a presunção de inocência impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de reconhecimento da culpabilidade do imputado, seja por situações, práticas, palavras, gestos etc., podendo-se exemplificar: a impropriedade de se manter o acusado em exposição humilhante no banco dos réus, o uso de algemas quando desnecessário, a divulgação abusiva de fatos e nomes de pessoas pelos meios de comunicação, a decretação ou manutenção de prisão cautelar desnecessária, a exigência de se recolher à prisão para apelar em razão da existência de condenação em primeira instância etc. É contrária à presunção de inocência a exibição de uma pessoa aos meios de comunicação vestida com traje infamante (Corte Interamericana, Caso Cantoral Benavides, Sentença de 18.08.2000, parágrafo 119).

Veja-se que a decisão da Corte IDH aparece na última linha da citação, que traz à baila o parágrafo 119 do caso "Cantoral Benavides Vs. Perú"²²². Observa-se que o caso mencionado indiretamente pelo STF, no parágrafo referido, trata de matéria pouco afeta ao caso *sub judice*. De acordo com o parágrafo 119 da decisão interamericana citada por Gomes e Mazzuolli

la Corte observa, en primer lugar, que en el presente caso está probado que el señor Cantoral Benavides fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado²²³ (CORTE IDH, 2000, www.corteidh.or.cr).

Assim, verificada a relação muito remota da decisão citada com o presente caso, pode-se concluir que a jurisprudência da Corte IDH não foi determinante para o julgamento do caso em tela, o que fica ainda mais evidenciado pelo fato de o Ministro tê-la mencionado de forma *indireta* mediante a citação da obra de Gomes e Mazzuolli. Destarte, entende-se que o presente caso não constitui hipótese em que o STF efetivamente promoveu um controle de convencionalidade com base na

²²² Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

²²³ Tradução livre: "a Corte observa, em primeiro lugar, que no presente caso está provado que o senhor Cantoral Benavides foi exibido ante os meios de comunicação, vestido com um traje infamante, como autor do delito de traição da pátria, quando ainda não havia sido legalmente processado nem condenado".

jurisprudência da Corte IDH. Não obstante isso, é preciso reconhecer que sua decisão se afigura conforme o *corpus iuris* interamericano.

De fato, a jurisprudência da Corte IDH dá grande destaque ao princípio da presunção de inocência, positivado no art. 8.2 da CADH. Para ela, a única hipótese de mitigação a dito princípio (embora ainda limitado a certos pressupostos) é a hipótese de prisão preventiva, que se trata de garantia do processo e não de antecipação do efeito condenatório²²⁴ (BASTOS JÚNIOR; SANTOS, 2015, p. 248). Além disso, a Corte IDH considera que as garantias judiciais previstas no artigo 8º da CADH, entre elas a presunção de inocência, não se limitam aos processos criminais, senão que vinculam “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional²²⁵” (CORTE IDH, 2001a, www.corteidh.or.cr, caso Tribunal Constitucional Vs. Perú²²⁶). Assim, nesse tímido e primeiro diálogo com a Corte IDH, pode-se dizer que foi realizada uma interpretação *receptiva* (não obstante tenha sido, nesse caso, quase accidental).

O segundo acórdão do STF, que contém citação de jurisprudência da Corte IDH, refere-se à decisão da Petição 3.388/RR, cujo julgamento ocorreu em 19 de março de 2009. O relator do acórdão foi o Ministro Carlos Ayres Britto. Com efeito, tratou-se de ação popular ajuizada por Augusto Affonso Botelho Neto, com vistas à declaração de nulidade da Portaria/MJ nº 534/2005, assim como do decreto que a homologa: o Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005.

A intenção do peticionário foi a de invalidar, assim, a “demarcação administrativa da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, localizada nos Municípios de Normandia, Pacaraima e Uiramutã, no Estado de Roraima” (BRASIL, 2005, www.planalto.gov.br). Ele alegou que a demarcação poderia trazer consequências desastrosas tanto para Roraima quanto para o Brasil. Nesse passo, fez menção a questões relativas à segurança nacional, supostamente ameaçada por pretensões da Venezuela sobre parte do território brasileiro e por pretensões da ONU em limitar a ação das Forças Armadas em territórios indígenas.

²²⁴ Nesse sentido pode-se citar a sentença de mérito do caso Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997.

²²⁵ Tradução livre: “qualquer órgão do Estado que exerça funções de caráter materialmente jurisdiccional”.

²²⁶ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

O STF, tendo como principal fundamento jurídico o artigo 231 da CF²²⁷, julgou serem *constitucionais* a Portaria e o Decreto atacados pelo autor, observadas certas condições mencionadas no acórdão²²⁸. Com isso, afirmou ainda que

a caracterização da área como terra indígena, para os fins dos arts. 20, XI, e 231, da Constituição torna insubsistentes eventuais pretensões possessórias ou dominiais de particulares, salvo no tocante à indenização por benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF/88, art. 231, § 6º) (STF, 2009a, www.stf.jus.br).

Quem citou jurisprudência da Corte IDH no aludido acórdão foi o Ministro Menezes Direito, em seu voto-vista. Ele mencionou o Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua²²⁹, que “se refiere a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de delimitación del territorio de la comunidad Mayagna Awas Tigni, así como a la ineficacia de los recursos interpuestos²³⁰” (Corte IDH, 2009a, www.corteidh.or.cr).

Segundo o Ministro, a condenação de Nicaragua por violação do direito de propriedade dos indígenas sobre suas terras, assim como pela violação de seu bem-estar e integridade cultural

revela que a comunidade internacional não medirá esforços para tentar aplicar aos Estados-Membros suas posições quanto a esses direitos. Pouco importa que no caso brasileiro a propriedade das terras indígenas seja da União (art. 21, XI, CR/88). E assim é porque, segundo a decisão, o art. 21 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Direito à Propriedade Privada, que garante a “toda pessoa o uso e gozo de seus bens”), que pode ser subordinado pela lei ao interesse social, deve ser interpretado como abrangente dos direitos dos índios às suas terras, na forma de sua ocupação tradicional e seu enfoque coletivo (STF, 2009a, www.stf.jus.br).

Trata-se do único ponto em que a jurisprudência da Corte IDH é invocada no acórdão. Ela funciona como reforço argumentativo dentro da decisão, que tem como principal fundamento o já citado artigo 231 da Constituição Federal. Não se vê aqui, ainda, o exercício do controle de convencionalidade com base na jurisprudência da

²²⁷ Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

²²⁸ Dentre essas condições consta, por exemplo, que “o usufruto dos índios não lhes confere o direito exclusivo de explorar recursos minerais nas terras indígenas” (STF, 2008, www.stf.jus.br).

²²⁹ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni Vs. Nicaragua. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009.

²³⁰ Tradução livre: “se refere à responsabilidade internacional do Estado pela falta de delimitação do território da comunidade Mayagna Awas Tigni, assim como à ineficácia dos recursos interpostos”.

Corte IDH. Entretanto, pode-se dizer que a decisão do STF constitui decisão conforme o *corpus iuris* interamericano.

Nesse sentido, o posicionamento da Corte Interamericana a respeito da matéria em apreço pode ser exemplificado pela decisão de mérito do próprio caso citado pelo Ministro Menezes Direito em seu voto. Veja-se que, após considerar o interesse social que acompanha o direito de propriedade insculpido no artigo 21²³¹ da CADH, a Corte IDH, lançando mão da interpretação evolutiva e tendo em conta o artigo 29.b da Convenção, que impede seja feita uma interpretação restritiva dos direitos humanos, considerou que aquele dispositivo convencional “protege o direito à propriedade num sentido que compreende, entre outros, os direitos dos membros das comunidades indígenas no contexto da propriedade comunal²³²” (Corte IDH, 2009a, www.corteidh.or.cr). Com esse fundamento, a Corte Regional determinou ao Estado de Nicarágua, *inter alia*, que procedesse à demarcação das terras indígenas da comunidade Awas Tingni, de modo a garantir-lhes o gozo de seus direitos. Desse modo, fica demonstrado que a decisão da Petição 3.388/RR constitui modalidade de interpretação receptiva da jurisprudência da Corte IDH nesse segundo e ainda tímido diálogo jurisprudencial.

O terceiro caso decidido pelo STF em que consta citação de jurisprudência da Corte IDH é o acórdão da ADPF 130/DF, julgada em 30 de abril de 2009. Tratou-se de um julgamento relevante na história recente do país, em que se discutiu a compatibilidade da lei de imprensa (Lei nº 5250/67), forjada no contexto do regime militar, com a CF/88.

Dentre as afrontas constitucionais da Lei nº 5250/67, que levaram a maioria votante do STF a julgá-la incompatível com a Constituição, estão a possibilidade de

²³¹ Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. 2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. 3. Tanto a usura, como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem, devem ser reprimidas pela lei (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

²³² Em bonita e interessante explicação acerca da propriedade comunal indígena, a Corte IDH, na decisão em apreço expõe que “entre os indígenas existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que o pertencimento desta não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas pelo fato de sua própria existência têm direito a viver livremente em seus próprios territórios; a relação próxima que os indígenas mantêm com a terra deve de ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas sim um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às futuras gerações” (Corte IDH, 2009a, www.corteidh.or.cr).

censura prevista nos parágrafos do artigo 1º da lei²³³, bem como o estabelecimento de penas mais rigorosas, quando comparadas às equivalentes no Código Penal, nos crimes de injúria e difamação praticados através dos meios de comunicação.

Um aspecto que gerou bastante discussão foi o capítulo da lei dedicado ao direito de resposta. Foi esse o principal ponto de divergência entre os ministros. Gilmar Mendes foi um que votou pela parcial procedência da ADPF com o fim de manter este capítulo e assegurar o direito de as pessoas físicas e jurídicas poderem responder ou retificar informações acusatórias, ofensivas ou inverídicas sobre si.

É preciso reconhecer que, de fato, existem muitas partes da lei que não são incompatíveis com a Constituição, mas a parte que trata do direito de resposta, uma vez garantida como direito fundamental no artigo 5º, V²³⁴, da CF, com aplicabilidade imediata, pode-se dizer que é, ao menos, dispensável. Além disso, o direito de resposta também se encontra expressamente positivado, de forma até um pouco mais detalhada, no artigo 14 da CADH²³⁵.

E foi nesse sentido, de ser *despicienda* a regulação do direito de resposta pela lei de imprensa, o entendimento do Ministro Celso de Mello, em cujo voto consta menção à jurisprudência da Corte IDH. Para tratar da questão do direito de resposta, o Ministro valeu-se novamente da doutrina de Gomes e Mazzuolli e, assim, a primeira menção à Corte IDH feita pelo Ministro é indireta. Veja-se abaixo o trecho doutrinário colacionado pelo Ministro (GOMES, MAZZUOLLI, 2008 *apud* STF, 2009b, www.stf.jus.br):

a Convenção não se refere à “proporcionalidade” da resposta relativamente à ofensa, não indicando se as pessoas atingidas têm direito de responder

²³³ Art. 1º [...]

§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida (BRASIL, 1967, www.planalto.gov.br).

²³⁴ Art. 5º [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

²³⁵ Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei. 2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido. 3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

em espaço igual ou maior, em que lapso pode exercitar esse direito, que terminologia é mais adequada etc. A Convenção diz apenas que estas condições serão as 'que estabeleça a lei', frase que remete às normas internas dos Estados-Partes o estabelecimento das 'condições' de exercício do direito de retificação ou resposta, o que poderá variar de país para país. Contudo, tal proporcionalidade da resposta relativamente à ofensa deve entender-se 'implícita' no texto da Convenção, não podendo as leis dos Estados-Partes ultrapassar os limites restritivos razoáveis e os conceitos pertinentes já afirmados pela Corte Interamericana.

Observa-se que os doutrinadores, no trecho colacionado, não chegaram a ser específicos quanto à *qual* e em *que sentido* exato é a jurisprudência da Corte IDH no assunto. Mas, logo na sequência, o Ministro traz à baila trecho da OC nº 7/86²³⁶, proferida pela Corte IDH em 29 de agosto de 1986, quando ressaltou ser essencial o direito de resposta para a preservação dos direitos de personalidade. Destacou também que dito instrumento “deve ser aplicado independentemente de regulamentação pelo ordenamento jurídico interno ou doméstico dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica” (STF, 2009b, www.stf.jus.br). E, então, o Ministro trouxe à colação o parecer da Corte IDH na opinião consultiva mencionada. Para ela,

a tese de que a frase “nas condições que estabeleça a lei”, utilizada no art. 14.1, somente facultaria aos Estados Partes a criar por lei o direito de retificação ou de resposta, sem obrigá-los a garanti-lo enquanto seu ordenamento jurídico interno não o regule, não se compadece nem com o “sentido corrente” dos termos empregados nem com o “contexto” da Convenção. Com efeito, a retificação ou resposta em razão de informações inexatas ou ofensivas dirigidas ao público em geral se coaduna com o artigo 13.2.a sobre liberdade de pensamento ou de expressão, que sujeita essa liberdade ao “respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas” (...); com o artigo 11.1 e 11.3, segundo o qual

'1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade'

'3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas'

e com o artigo 32.2, segundo o qual 'Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática'. O direito de retificação ou de resposta é um direito ao qual são aplicáveis as obrigações dos Estados Partes consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção. E não poderia ser de outra maneira, já que o próprio sistema da Convenção está direcionado a reconhecer direitos e liberdades às pessoas e não a facultar que os Estados o façam (Convenção Americana, Preâmbulo, O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art.s 74 e 75), Opinião Consultiva OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A, n. 2, parágrafo 33) (CORTE IDH, 1986, www.corteidh.or.cr).

²³⁶ Corte IDH. Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7.

Como visto, a Corte regional entende que o direito de resposta deve ser assegurado pelo país signatário da CADH independentemente de haver lei que regule especificamente o seu procedimento. Por fim, o Ministro ainda ressalta “trecho da manifestação proferida no âmbito de mencionada Opinião Consultiva emanada da Corte Interamericana de Direitos Humanos, proveniente do eminente Juiz RODOLFO E. PIZA ESCALANTE” (STF, 2009b, www.stf.jus.br). Segue abaixo o trecho colacionado pelo Ministro:

o direito de retificação ou de resposta é de tal relevância que nada impede respeitá-lo ou garanti-lo, vale dizer aplicá-lo e ampará-lo, ainda que não haja lei que o regule, por meio de simples critérios de razoabilidade; no fim das contas, a própria lei, ao estabelecer as condições de seu exercício, deve sujeitar-se a iguais limitações, porque, de outra forma, violaria ela mesma o conteúdo essencial do direito regulamentado e, portanto, o artigo 14.1 da Convenção (CORTE IDH *apud* STF, 2009b, www.stf.jus.br).

Após colacionar esse trecho do voto do juiz interamericano, não houve mais menções à Corte IDH. Assim, observa-se que a utilização de jurisprudência da Corte regional pelo Ministro Celso de Mello foi para demonstrar que, conforme o *corpus iuris* interamericano, não é necessário que haja lei que regule o direito de resposta para que este seja de obrigatória observância nos Estados que, como o Brasil, são signatários da CADH.

Nota-se que o Ministro utilizou a jurisprudência da Corte IDH não como fundamento de seu voto, mas como reforço argumentativo, até mesmo porque a Corte Interamericana não recomenda que as leis existentes sejam revogadas para que haja uma aplicação direta da Convenção. Pelo contrário, desde que compatíveis com a CF e com a CADH (e a lei de imprensa, nesse tópico, o é), é preferível que haja lei em vigor para que o direito de resposta se encaixe precisamente nos moldes do artigo 14 da CADH. A jurisprudência da Corte regional é apenas no sentido de que, *se não houver lei* (o que não é algo positivo), ainda assim o Estado deverá cumprir com o dispositivo convencional.

Todavia, a decisão do STF e do Ministro Celso de Mello afigura-se *conforme* a jurisprudência da Corte IDH. Mas por outro motivo: pelo aspecto simbólico. Estando em vigor, a lei de imprensa representava um símbolo vivo da ditadura militar. Em muitos aspectos ela não é incompatível com a CF nem com a CADH. E

nos pontos em que é efetivamente incompatível talvez, ainda assim, pudesse o assunto ter sido resolvido pelo método da interpretação conforme. Mas, de fato, muitas violações a direitos humanos ocorreram no período da ditadura militar, com base na lei em comento. E a presença dela em nosso ordenamento jurídico simbolizava o legado da ditadura militar. O STF quis romper com esse símbolo da ditadura, pelo que reafirmou os valores da democracia e da liberdade.

A presente decisão se encaixa, assim, perfeitamente na jurisprudência da Corte IDH. É difícil definir se houve um controle de convencionalidade com base na jurisprudência da Corte IDH, pois, como visto, apenas o Ministro Celso de Mello a citou, e em caráter de mero reforço argumentativo. E embora fosse perfeitamente possível falar-se na inconvenção de muitos dispositivos da lei de imprensa, especialmente quando confrontados com o artigo 13 da CADH, verifica-se que a decisão, em nenhum momento tratou do assunto.

Assim, a decisão é conforme a CADH; é conforme a jurisprudência da Corte IDH; o diálogo do Ministro com a Corte regional pode ser classificado como receptivo; entretanto o que se viu aqui, embora isto fosse plenamente cabível, não foi o exercício do controle de convencionalidade, uma vez que o direito convencional interamericano somente foi invocado para tratar de um aspecto bem específico da discussão (a questão do direito de resposta) e, ainda assim, foi utilizada por apenas um ministro, como mero reforço argumentativo e não como verdadeiro fundamento de sua decisão.

O próximo caso a ser analisado possui relação direta com esse que acabamos de analisar. Trata-se do acórdão do RE 511.961/SP, julgado em 17 de junho de 2009 e que teve como relator o Ministro Gilmar Mendes. O recurso extraordinário foi interposto pelo Ministério Público Federal (MPF) nos autos de Ação Civil Pública ajuizada contra a FENAJ - Federação Nacional dos Jornalistas, em que se visava impedir a ré de exigir o diploma de jornalista àqueles que quisessem exercer dita profissão. A FENAJ contestou a ação com base no artigo 4º, V²³⁷, do Decreto-Lei nº 972, de 17 de outubro de 1969.

²³⁷ Art 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de: [...] V - diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de " a " a " g " no artigo 6º. (BRASIL, 1969, www.planalto.gov.br)

Para o MPF, dito instrumento normativo, que também foi forjado em pleno regime militar, não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Seus argumentos principais basearam-se no direito ao livre exercício da profissão, bem como na liberdade de imprensa e de expressão. O polêmico julgamento culminou na inexigibilidade de curso superior para o exercício da profissão de jornalista.

A jurisprudência da Corte IDH teve papel elementar na decisão e aparece já na sua ementa. Ao avaliar o artigo 5º, XIII, da CF²³⁸, que prevê condição para o livre exercício das profissões, isto é, o atendimento das qualificações exigidas em lei (quando este for o caso), o relator Gilmar Mendes referiu que essa limitação tem que atender a critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de modo que não pode atingir o núcleo essencial do dispositivo constitucional, que é a liberdade profissional. Para o Ministro, o jornalismo é a própria materialização profissional da liberdade de expressão e de informação, previstos nos artigos 5º, IV²³⁹, IX²⁴⁰, XIV²⁴¹ e 220²⁴² da CF, os quais devem servir de parâmetro para a interpretação da condicionante prevista no artigo 5º, XIII, da CF.

²³⁸ Art. 5º [...] XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

²³⁹ Art. 5º [...]

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

²⁴⁰ Art. 5º [...]

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

²⁴¹ Art. 5º [...]

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

²⁴² Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 3º Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

§ 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

§ 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Outrossim, o Ministro fez referência à ADPF estudada antes da ação ora em análise, para afirmar que a liberdade de expressão, informação e imprensa somente podem ser restringidos quando em colisão com outros direitos de índole constitucional, como é o caso dos direitos de personalidade. Fora dessas hipóteses, como é o caso da exigência de curso superior para ser jornalista, a restrição torna-se inconstitucional. O Ministro chega a dizer que o Estado exigir diploma para o exercício da profissão de jornalista é equivalente à censura prévia.

E ficou no último item da ementa, item 8, a menção à jurisprudência da Corte IDH. Vejamos:

8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS (STF, 2009c, www.stf.jus.br).

Assim, o Ministro valeu-se do parecer da Corte IDH em um caso que tratou especificamente deste tema, já em 1985: a OC 5/85²⁴³, pela qual a Corte IDH deixou claro que a exigência de curso superior para o exercício da profissão de jornalista viola o artigo 13 da CADH. A Opinião Consultiva é trabalhada de modo mais detalhado no voto do Ministro, em que ele explica que se tratou de requerimento de parecer da Costa Rica à Corte IDH, a fim de consultá-la acerca da interpretação dos artigos 13 e 29 da CADH em cotejo com a “obrigatoriedade de inscrição em ordem ou conselho profissional de jornalistas [...], mediante a apresentação de título universitário, para o exercício da profissão jornalística” (STF, 2009c, www.stf.jus.br).

Após colacionar o pedido do Governo da Costa Rica, bem como indicar as partes que contribuíram, na função de *amicus curiae*, para o processo consultivo, o Ministro refere que a decisão da Corte IDH, proferida em 13 de novembro de 1985,

²⁴³ Corte IDH. La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5.

declarou ser contrário ao artigo 13 da CADH a exigência de diploma universitário e inscrição em ordem profissional para exercer profissionalmente o jornalismo.

Na sequência, o Ministro colacionou um longo trecho (do parágrafo 53 ao 81), em espanhol, do parecer consultivo da Corte IDH em comento. Tendo em vista que o parecer está disponível em nossa língua, traz-se a seguir alguns dos trechos correspondentes, em língua portuguesa²⁴⁴. Após avaliar os argumentos favoráveis à exigência do diploma de jornalista e registro em conselho próprio para exercer dita profissão, supostamente fundados nos preceitos da ordem pública e do bem comum, a Corte IDH assinalou que

de nenhuma maneira se poderia invocar a "ordem pública" ou o "bem comum" como meios para suprimir um direito garantido pela Convenção ou para desnaturá-lo ou privá-lo de conteúdo real (ver o artigo 29.a) da Convenção). Estes conceitos, na medida em que sejam invocados como fundamento de limitações aos direitos humanos, devem ser objeto de uma interpretação estritamente limitada às "justas exigências" de "uma sociedade democrática" que tenha em consideração o equilíbrio entre os distintos interesses em jogo e a necessidade de preservar o objeto e fim da Convenção.

68. A Corte observa que a organização das profissões em geral em conselhos profissionais, não é, *per se*, contrária à Convenção, mas constitui um meio de regulamentação e de controle da fé pública e da ética através da atuação dos colegas. Por isso, se se considera a noção da ordem pública no sentido anteriormente referido, isto é, como as condições que asseguram o funcionamento harmônico e normal das instituições sobre a base de um sistema coerente de valores e princípios, é possível concluir que a organização do exercício das profissões está incluída nessa ordem (CORTE IDH, 1985, www.corteidh.or.cr).

A Corte IDH reconhece que a organização das profissões em conselhos profissionais, por si só, não viola a CADH. Pelo contrário, se ela serve para assegurar a harmonia das instituições em um sistema coerente de princípios, então ela está adequada ao *corpus iuris* interamericano e serve legitimamente à noção de ordem pública. Entretanto, é preciso atentar para peculiaridades relevantes da profissão de jornalista, diretamente relacionada com as liberdades de expressão e de informação, tão caros para uma sociedade democrática. Conforme a Corte IDH,

o mesmo conceito da ordem pública reclama que, dentro de uma sociedade democrática, sejam garantidas as maiores possibilidades de circulação de notícias, ideias e opiniões, bem como o mais amplo acesso à informação por parte da sociedade em seu conjunto. A liberdade de expressão se insere na ordem pública primária e radical da democracia, que não é

²⁴⁴ Ante a extensão do trecho colacionado pelo Ministro, foram feitas algumas supressões a fim de manter somente os pontos mais essenciais da decisão.

concebível sem o debate livre e sem que a dissidência tenha pleno direito de se manifestar. [...] Também interessa à ordem pública democrática, tal como está concebida na Convenção Americana, que se respeite escrupulosamente o direito de cada ser humano de se expressar livremente e o da sociedade em seu conjunto de receber informação.

70. A liberdade de expressão é uma pedra angular na própria existência de uma sociedade democrática. É indispensável para a formação da opinião pública. É também *conditio sine qua non* para que os partidos políticos, os sindicatos, as sociedades científicas e culturais e, em geral, quem deseje influir sobre a coletividade, possa se desenvolver plenamente. É, enfim, condição para que a comunidade, na hora de exercer suas opções, esteja suficientemente informada. Deste modo, é possível afirmar que uma sociedade que não está bem informada não é plenamente livre (CORTE IDH, 1985, www.corteidh.or.cr).

Assim, tendo em vista que “o jornalismo é a manifestação primária e principal da liberdade de expressão do pensamento” (CORTE IDH, 1985, www.corteidh.or.cr), direito inerente a todo ser humano, dita profissão não pode ser entendida

meramente como a prestação de um serviço ao público através da aplicação de alguns conhecimentos ou capacitação adquiridos em uma universidade ou por quem está inscrito em um determinado conselho profissional, como poderia acontecer com outras profissões (CORTE IDH, 1985, www.corteidh.or.cr).

Com efeito, a principal diferença do jornalismo para essas outras profissões está no

fato de que o artigo 13 expressamente protege a liberdade de “buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza... seja verbalmente, por escrito ou em forma impressa...” A profissão de jornalista [...] implica precisamente buscar, receber e difundir informação. O exercício do jornalismo, portanto, requer que uma pessoa se envolva em atividades que estão definidas ou compreendidas na liberdade de expressão garantida na Convenção.

73. Isso não se aplica, por exemplo, ao exercício do direito ou da medicina; à diferença do jornalismo, o exercício do direito ou da medicina [...] não é uma atividade especificamente garantida pela Convenção. [...] não existe um único direito garantido pela Convenção que abarque exaustivamente ou defina por si só o exercício da advocacia como o faz o artigo 13 quando se refere ao exercício de uma liberdade que coincide com a atividade jornalística. O mesmo é aplicável à medicina (CORTE IDH, 1985, www.corteidh.or.cr).

Após avaliar os argumentos que tentaram separar, de um lado, o ofício remunerado do jornalista, protegido pelo registro profissional obrigatório e, de outro, o exercício da liberdade de expressão, exercido sem fins pecuniários, protegido pelo artigo 13 da CADH, a Corte IDH, asseverou que

este argumento parte de uma oposição entre o jornalismo profissional e o exercício da liberdade de expressão, o que a Corte não pode aprovar.

Segundo essa hipótese, uma coisa seria a liberdade de expressão e outra o exercício profissional do jornalismo, questão esta que não é exata e pode, ademais, compreender sérios perigos se for levada até suas últimas consequências. O exercício do jornalismo profissional não pode ser diferenciado da liberdade de expressão, ao contrário, ambas as coisas estão evidentemente sobrepostas, pois o jornalista profissional não é, nem pode ser, outra coisa que uma pessoa que decidiu exercer a liberdade de expressão de modo contínuo, estável e remunerado. Além disso, a consideração de ambas as questões como atividades distintas poderia conduzir à conclusão de que as garantias incluídas no artigo 13 da Convenção não se aplicam aos jornalistas profissionais.

75. Por outro lado, o argumento comentado no parágrafo anterior não tem em consideração que a liberdade de expressão compreende dar e receber informação e tem uma dupla dimensão, individual e coletiva. Esta circunstância indica que o fenômeno de se esse direito se exerce ou não como profissão remunerada não pode ser considerado como uma daquelas restrições contempladas no artigo 13.2 da Convenção porque, sem desconhecer que uma associação tem direito de buscar as melhores condições de trabalho, isto não tem por que ser feito impedindo à sociedade possíveis fontes para obter informação (CORTE IDH, 1985, www.corteidh.or.cr).

Feitas essas considerações, a Corte IDH concluiu que

o registro profissional obrigatório de jornalistas não se ajusta ao requerido pelo artigo 13.2 da Convenção, porque é perfeitamente concebível estabelecer um estatuto que proteja a liberdade e independência de todos aqueles que exerçam o jornalismo, sem necessidade de deixar esse exercício apenas a um grupo restrito da comunidade. [...]

81. Em razão das considerações anteriores, decorre que não é compatível com a Convenção uma lei de registro profissional de jornalistas que impeça o exercício do jornalismo a quem não seja membro do conselho e limite o acesso a este aos formados em um determinado curso universitário. Uma lei semelhante conteria restrições à liberdade de expressão não autorizadas pelo artigo 13.2 da Convenção e seria, em consequência, violatória tanto do direito de toda pessoa a buscar e difundir informações e ideias por qualquer meio de sua escolha, como do direito da coletividade em geral a receber informação sem interferências (CORTE IDH, 1985, www.corteidh.or.cr).

Na sequência, o Ministro ainda colacionou, no mesmo sentido, trecho do Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009, para, logo após, concluir que “o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei n.º 972, de 1969, não foi recepcionado pela Constituição de 1988” (STF, 2009c, www.stf.jus.br). Desse modo, o Ministro Gilmar Mendes exerceu um diálogo jurisdicional com a Corte IDH na modalidade *receptiva*. A jurisprudência da Corte regional figurou como um dos fundamentos de sua decisão, destacado inclusive na ementa da decisão. Por fim, pode-se ainda concluir que, com base na jurisprudência da Corte IDH, o Ministro, sem dizê-lo, promoveu, além do controle de constitucionalidade, um controle de convencionalidade do dispositivo supracitado, uma vez que o considerou

incompatível com o *corpus iuris* interamericano, notadamente com a jurisprudência da Corte IDH.

A quinta decisão em que consta citação de jurisprudência da Corte regional está no acórdão da Ext 1126/Alemanha, julgada em 22 de outubro de 2009, mais especificamente no voto do Ministro Celso de Mello. A referida ação consistiu no pedido de extradição do alemão Manfred Will pelo cometimento de tráfico de drogas transnacional. As discussões giraram especialmente em torno dos deveres jurídicos dos Estados envolvidos em um processo de extradição (Estado que envia e Estado que recebe), decorrentes do artigo 36 da Convenção de Viena²⁴⁵ sobre Relações Consulares, ratificada pelo Brasil em 24 de abril de 1963.

No entendimento do Ministro Celso de Mello, no caso em tela, as autoridades brasileiras cumpriram com o comando inserto no dispositivo convencional supracitado, isto é, a “obrigação de comunicar a efetivação, em nosso País, aos respectivos agentes consulares, da prisão de um súdito estrangeiro” (STF, 2009d, www.stf.jus.br). No parágrafo seguinte, o Ministro já faz menção à jurisprudência da Corte IDH.

Como dito no capítulo primeiro desta dissertação, em sua jurisdição consultiva, a Corte IDH tem competência para emitir pareceres sobre quaisquer tratados sobre direitos humanos, desde que vinculem algum Estado membro da OEA. No caso em tela, o Ministro citou opinião consultiva da Corte IDH, em que

²⁴⁵ ARTIGO 36º. Comunicação com os nacionais do Estado que envia

1. A fim de facilitar o exercício das funções consulares relativas aos nacionais do Estado que envia:

- a) os funcionários consulares terão liberdade de se comunicar com os nacionais do Estado que envia e visitá-los. Os nacionais do Estado que envia terão a mesma liberdade de se comunicarem com os funcionários consulares e de visitá-los;
- b) se o interessado lhes solicitar, as autoridades competentes do Estado receptor deverão, sem tardar, informar à repartição consular competente quando, em sua jurisdição, um nacional do Estado que envia fôr preso, encarcerado, posto em prisão preventiva ou detido de qualquer outra maneira. Qualquer comunicação endereçada à repartição consular pela pessoa detida, encarcerada ou presa preventivamente deve igualmente ser transmitida sem tardar pelas referidas autoridades. Estas deverão imediatamente informar o interessado de seus direitos nos termos do presente subparágrafo;
- c) os funcionários consulares terão direito de visitar o nacional do Estado que envia, o qual estiver detido, encarcerado ou preso preventivamente, conversar e corresponder-se com êle, e providenciar sua defesa perante os tribunais. Terão igualmente o direito de visitar qualquer nacional do Estado que envia encarcerado, preso ou detido em sua jurisdição em virtude de execução de uma sentença, todavia, os funcionários consulares deverão abster-se de intervir em favor de um nacional encarcerado, preso ou detido preventivamente, sempre que o interessado a isso se opuser expressamente.

2. As prerrogativas a que se refere o parágrafo 1 do presente artigo serão exercidas de acôrdo com as leis e regulamentos do Estado receptor, devendo, contudo, entender-se que tais leis e regulamentos não poderão impedir o pleno efeito dos direitos reconhecidos pelo presente artigo (ONU, 1963, www.planalto.gov.br).

interpreta o artigo 36 da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, proveniente da ONU.

Nas palavras do Ministro, a notificação consular prevista no dispositivo convencional em comento

reveste-se de grande importância, pois constitui prerrogativa jurídica, de caráter fundamental, que hoje compõe o universo conceitual dos direitos básicos da pessoa humana, para empregar feliz expressão que o Professor CANÇADO TRINDADE, quando Juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, utilizou na resposta dada, aos Estados Unidos Mexicanos, em decorrência de solicitação formulada no contexto da Opinião Consultiva nº 16, de 1º/10/1999, que versou a questão pertinente ao direito à informação sobre a assistência consular e a sua relação com as garantias mínimas do devido processo legal (STF, 2009d, www.stf.jus.br).

Após destacar a obrigatoriedade de observância ao direito internacional, o Ministro aduziu que

o estrangeiro, preso no Brasil, tem direito de ser cientificado, pelas autoridades brasileiras (policiais ou judiciárias), de que lhe assiste a faculdade de comunicar-se com o respectivo agente consular, como, ainda, dispõe da prerrogativa de ver notificado o seu próprio Consulado, “without delay”, de que se acha submetido a prisão em nosso País (STF, 2009d, www.stf.jus.br).

A partir daí, a discussão centrou-se em definir o que significaria a expressão “without delay” (sem demora) e foi nesse ponto que a jurisprudência da Corte IDH foi invocada. Conforme definido na Opinião Consultiva supracitada²⁴⁶, a Corte IDH considera que

a cláusula “without delay” (“sem demora”) inscrita no Artigo 36, 1, (b), da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, deve ser interpretada no sentido de que a notificação consular há de ser efetivada no exato momento em que se realizar a prisão do súdito estrangeiro, “e, em qualquer caso, antes que o mesmo preste a sua primeira declaração perante a autoridade competente” (STF, 2009d, www.stf.jus.br).

Então, o Ministro colacionou o parecer citado, segundo o qual o art. 36 da Convenção de Viena de 1963 “reconhece direitos individuais ao estrangeiro detido, entre eles o direito à informação sobre a assistência consular, aos quais correspondem deveres correlativos, por conta do Estado receptor” (CORTE IDH, 1999, www.corteidh.or.cr). Ademais, a Corte IDH definiu que o citado dispositivo convencional “concerne à proteção dos direitos do nacional do Estado remetente e

²⁴⁶ Corte IDH. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16.

está integrada à normativa internacional dos direitos humanos” (CORTE IDH, 1999, www.corteidh.or.cr).

Quanto ao significado da expressão “sem demora”, referida no artigo 36, 1, “b”, da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, a Corte IDH definiu que “o Estado deve cumprir com seu dever de informar ao detido sobre os direitos que lhe são reconhecidos pelo referido preceito, no momento de privá-lo da liberdade e, em todo caso, antes de prestar a sua primeira declaração perante a autoridade” (CORTE IDH, 1999, www.corteidh.or.cr). A citação da Corte IDH pelo Ministro segue, para dizer que

o direito individual à informação, estabelecido no artigo 36.1.b, da Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, permite que tenha eficácia, nos casos concretos, o direito ao devido processo legal mencionado no artigo 14, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos; e que este preceito estabelece garantias mínimas suscetíveis de expansão, de acordo com os outros instrumentos internacionais, como a Convenção de Viena sobre as Relações Consulares, que ampliam o horizonte da proteção dos jurisdicionados (CORTE IDH, 1999, www.corteidh.or.cr).

Desse modo, o desrespeito ao direito de informação do estrangeiro preso, conforme o dispositivo citado,

afeta as garantias do devido processo legal e, nestas circunstâncias, a imposição da pena de morte constitui uma violação do direito a não ser ‘arbitrariamente’ privado da vida, nos termos das disposições relevantes dos tratados dos direitos humanos (v.g. Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, art. 4º; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, art. 6º), com as consequências jurídicas inerentes a uma violação desta natureza, ou seja, as atinentes à responsabilidade internacional do Estado e ao dever de reparação (CORTE IDH, 1999, www.corteidh.or.cr).

Com efeito, após colacionado o parecer da Corte IDH, o Ministro Celso de Mello conclui que

a essencialidade dessa notificação consular resulta do fato de permitir, desde que formalmente efetivada, que se assegure, a qualquer pessoa estrangeira que se encontre presa, a possibilidade de receber auxílio consular de seu próprio país, viabilizando-se-lhe, desse modo, o pleno exercício de todas as prerrogativas e direitos que se compreendem na cláusula constitucional do devido processo (STF, 2009d, www.stf.jus.br).

Uma vez que entendeu terem as autoridades brasileiras observado esse direito do estrangeiro detido, o Ministro Celso de Mello deferiu o pedido extradicional, porquanto presentes os seus requisitos e pressupostos inerentes. A decisão foi unânime nesse sentido e o objetivo do Ministro Celso de Mello em trazer

à tona aspectos processuais do direito convencional foi o de alertar os ministros para eventuais casos futuros em que essa formalidade não seja observada. O alerta surtiu efeito. O Ministro Marco Aurélio manifestou aderir às colocações do Ministro Celso de Mello e ressaltou que, ao subscrever a Convenção, ficamos obrigados a respeitá-la. Para o Ministro Marco Aurélio, a assistência consular ao extraditando

consubstancia elemento a integrar o devido processo legal, revela-se um fator que se insere no grande todo que é a defesa.

Pela primeira vez, defronto-me com essa situação concreta e confesso que antes não havia atinado para esse dado. Muitos processos passaram pelas minhas mãos sem a observância dessa formalidade que, a meu ver, mostra-se essencial à valia do ato de constrição (STF, 2009d, www.stf.jus.br).

Desse modo, fica demonstrada a relevância da manifestação do Ministro Celso de Mello, no presente caso, ainda que tenha trazido à discussão um aspecto que, segundo a unanimidade votante, foi devidamente respeitado no caso em análise. Pode-se dizer que o diálogo interjurisdicional realizado pelo Ministro Celso de Mello se deu na modalidade receptiva. A jurisprudência da Corte IDH teve relevância significativa no seu voto e, assim, configurou um dos fundamentos de sua decisão. Tendo em vista que não foi realizado efetivamente um cotejo de normas no presente caso, não há que se falar, em princípio, de um controle de convencionalidade com base no *corpus iuris* interamericano.

O sexto acórdão em que o STF menciona jurisprudência da Corte IDH consiste na decisão da ADPF 153/DF, julgada em 29 de abril de 2010. Trata-se da ação que julgou a compatibilidade do artigo 1º, §1º²⁴⁷, da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (lei de anistia), com a CF/88.

A ação foi ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) a fim de obter interpretação conforme do referido dispositivo e, bem assim, excluir da anistia os crimes *comuns* cometidos contra opositores políticos no contexto da ditadura militar, isto é, crimes de homicídio, tortura, estupro, ocultação

²⁴⁷ Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política (BRASIL, 1979, www.planalto.gov.br)

de cadáver, entre outros. Tais crimes, na visão do autor da ADPF, deveriam ser devidamente investigados e sancionados pelo poder público.

A primeira vez em que a Corte IDH é mencionada na decisão consta no voto do Ministro Relator Eros Grau. Tratou-se, na realidade, de uma citação indireta a partir da colação de texto do penalista Nilo Batista²⁴⁸ (*apud* STF, 2010a, www.stf.jus.br). Senão, vejamos o trecho colacionado pelo Ministro:

em primeiro lugar, instrumentos normativos constitucionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968 nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, 'o costume internacional não pode ser fonte de direito penal' sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente Arellano x Chile, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. n. 4.463, de 8 de novembro de 2002) porém apenas "para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998".

Esse foi o único momento no voto do Ministro em que a Corte IDH foi mencionada. A argumentação do Ministro, ao recorrer ao texto de Nilo Batista, retoma aspectos trabalhados já no primeiro capítulo desta dissertação, acerca da competência temporal da Corte IDH. Conforme o trecho colacionado, a jurisprudência da Corte IDH sobre a matéria em apreço não se aplicaria aos crimes anistiados pela Lei nº 6.683/1979, uma vez que a competência da Corte regional somente foi reconhecida pelo Brasil para o julgamento de fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (Decreto nº 4.463/2002).

Essa interpretação, contudo, não está em conformidade com a jurisprudência da Corte IDH. Isso porque, no contexto da ditadura militar, foram cometidos crimes que se prolongaram no tempo e ultrapassaram a data do reconhecimento da competência da Corte IDH. Esse é o caso dos crimes de desaparecimento forçado dos membros da denominada Guerrilha do Araguaia, ocorridos na década de 1970. O caráter *permanente* do crime de desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional

²⁴⁸ O aludido texto foi referenciado pelo Ministro no corpo do texto da seguinte forma: "texto de Nilo Batista, na Nota introdutória a obra recentemente publicada¹⁵, de Antonio Martins, Dimitri Dimoulis, Lauro Joppert Swensson Junior e Ulfrid Neumann. E, em nota de rodapé, da seguinte forma: Justiça de transição no Brasil, Editora Saraiva, Saraiva, São Paulo, 2010, págs. 8-9.

dos Direitos Humanos e pela própria Corte IDH, de modo que, enquanto não forem localizadas as suas vítimas, o crime persiste (GORCZEVSKI, 2015, p. 70-71).

Desse modo, pode-se concluir que não está em conformidade com o *corpus iuris* interamericano a manifestação do Ministro Eros Grau, que procurou *neutralizar* a jurisprudência da Corte IDH sob o argumento de sua suposta incompetência temporal na matéria *sub judice*. Além disso, não foi realizado o controle de convencionalidade da lei de anistia com base na jurisprudência da Corte IDH, que já possuía jurisprudência farta na matéria enfrentada pelo STF na ADPF 153, no sentido de considerar inconvenções as leis que anistiam crimes comuns no contexto das ditaduras militares (*vide* o próprio caso mencionado pelo Ministro: Almonacid Arellano Vs. Chile).

A próxima menção à Corte IDH no acórdão aparece no final do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que assumiu posição divergente da proferida pelo relator. Fazendo, em nota de rodapé, menção às decisões da Corte regional nos casos Goiburú e outros Vs. Paraguai²⁴⁹, e ainda aos casos Ximenes Lopes Vs. Brasil²⁵⁰, Baldeón García²⁵¹, Massacre de Pueblo Bello²⁵² e Massacre de Mapiripán²⁵³, o Ministro Lewandowski referiu que, segundo a Corte IDH, os Estados signatários da CADH

têm o dever de investigar, ajuizar e punir as violações graves aos direitos humanos, obrigação que nasce a partir do momento da ratificação de seu texto, conforme estabelece o seu art. 1.1. A Corte Interamericana acrescentou, ainda, que o descumprimento dessa obrigação configura uma violação à Convenção, gerando a responsabilidade internacional do Estado, em face da ação ou omissão de quaisquer de seus poderes ou órgãos (STF, 2010a, www.stf.jus.br).

O caso Goiburú e outros Vs. Paraguai, citado pelo Ministro, possui relação direta com o plano de fundo da ADPF em estudo. O caso versou sobre o desaparecimento forçado de três pessoas no contexto da “operação condor”, que envolveu os governos do Paraguai e da Argentina na década de 1970, com o objetivo de eliminar inimigos políticos do regime militar. A decisão da Corte IDH

²⁴⁹ Corte IDH. Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153.

²⁵⁰ Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149.

²⁵¹ Corte IDH. Caso Baldeón García Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de abril de 2006. Serie C No. 147.

²⁵² Corte IDH. Caso de la Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia. Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2006. Serie C No. 159.

²⁵³ Corte IDH. Caso de la "Masacre de Mapiripán" Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.

determinou, *inter alia*, a investigação e punição dos agentes estatais responsáveis por tais crimes (CORTE IDH, 2006b, www.corteidh.or.cr).

O caso Ximenes Lopes, por sua vez, possui relação mais remota com o caso da ADPF. Versou sobre a morte e maus tratos de pessoa com deficiência mental, em instituição de saúde brasileira. Foi reconhecida a responsabilidade internacional de nosso país, no caso, e, entre outros, foi determinado que se investigassem e sancionassem os responsáveis pela violação de direitos humanos (CORTE IDH, 2006a, www.corteidh.or.cr). Os demais casos citados pelo Ministro seguem essa mesma linha de raciocínio, no sentido de não deixar impunes as pessoas responsáveis por graves violações de direitos humanos.

O Ministro votou pela parcial procedência da ação, a fim de

dar interpretação conforme ao § 1º do art. 1º da Lei 6. 683/1979, de modo a que se entenda que os agentes do Estado não estão automaticamente abrangidos pela anistia contemplada no referido dispositivo legal, devendo o juiz ou o tribunal, antes de admitir o desencadeamento da persecução penal contra estes, realizar uma abordagem caso a caso (*case by case approach*), mediante a adoção dos critérios da preponderância [dos motivos] e da atrocidade dos meios, nos moldes da jurisprudência desta Suprema Corte, para o fim de caracterizar o eventual cometimento de crimes comuns com a consequente exclusão da prática de delitos políticos ou ilícitos considerados conexos (STF, 2010a, www.stf.jus.br).

Como visto, o Ministro entendeu que não estariam anistiados os crimes comuns não conexos com crimes políticos praticados no contexto da ditadura militar. Para o Ministro, a avaliação sobre ser ou não um crime político ou conexo e, bem assim, anistiado pela Lei 6. 683/1979, deveria ser feita caso a caso, tendo em conta a preponderância dos motivos do crime e a atrocidade dos meios utilizados para sua consecução.

A decisão do Ministro está em consonância com o *corpus iuris* interamericano e a modalidade de diálogo realizada com a Corte IDH se concretizou na forma de interpretação receptiva. A jurisprudência da Corte IDH foi um dos fundamentos de seu voto, integrando a sua *ratio decidendi*. Por fim, cumpre referir que o Ministro, mesmo sem dizê-lo, intentou exercer um controle de convencionalidade sobre a interpretação da Lei nº 6. 683/1979 a fim de amoldá-la à jurisprudência da Corte IDH, que determina a investigação e punição dos agentes públicos que tenham cometido graves violações de direitos humanos, como as que ocorreram na ditadura militar. O Ministro Lewandowski foi voto vencido, porém.

O Ministro Carlos Ayres Britto, assim como o Ministro Lewandowski, também votou pela parcial procedência da ADPF, contudo, para dar interpretação conforme a Constituição e excluir da anistia os crimes inaniestáveis previstos no artigo 5º, XLIII²⁵⁴ da CF, em especial os crimes de tortura e os hediondos (posição um pouco diferente da do Ministro Lewandowski). Apesar de ter votado dessa maneira, em nenhum momento de seu voto fez menção ao *corpus iuris* interamericano.

A próxima oportunidade em que aparece menção ao direito convencional interamericano, inclusive com citação de jurisprudência da Corte IDH, está no voto do Ministro Celso de Mello. O Ministro votou na linha do voto do relator, isto é, no sentido de considerar a lei de anistia, dentro do contexto histórico em que criada, compatível com a nova ordem constitucional. Inicialmente, ele diz reconhecer que a Corte IDH,

em diversos julgamentos – como aqueles proferidos, p. ex., nos casos contra o Peru (“Barrios Altos”, em 2001, e “Loayza Tamayo”, em 1998) e contra o Chile (“Almonacid Arellano e outros”, em 2006) -, proclamou a absoluta incompatibilidade, com os princípios consagrados na Convenção Americana de Direitos Humanos, das leis nacionais que concederam anistia, unicamente, a agentes estatais, as denominadas “leis de auto-anistia”. 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 aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legitima 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 seqüestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro, a tortura e outros atentados às pessoas daqueles que se opuseram aos regimes de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina (STF, 2010a, www.stf.jus.br).

Após demonstrar que conhece a jurisprudência da Corte IDH acerca de casos análogos, o Ministro argumenta que o caso brasileiro é diferente, em razão do caráter bilateral que marca a Lei nº 6. 683/1979. Para ele,

a lei de anistia brasileira, exatamente por seu caráter bilateral, não pode ser qualificada como uma lei de auto-anistia, o que torna inconsistente, para os fins deste julgamento, a invocação dos mencionados precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Com efeito, a Lei nº 6.683/79 – que

²⁵⁴ Art. 5º (...) XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

traduz exemplo expressivo de anistia de “mão dupla” (ou de “dupla via”), pois se estendeu tanto aos opositores do regime militar quanto aos agentes da repressão – não consagrou a denominada anistia em branco, que busca, unicamente, suprimir a responsabilidade dos agentes do Estado e que constituiu instrumento utilizado, em seu próprio favor, por ditaduras militares latino-americanas (STF, 2010a, www.stf.jus.br).

Diante disso, o Ministro entendeu que o caso brasileiro se difere dos casos argentino, uruguaio e chileno e, por conta disso, a jurisprudência da Corte IDH na matéria não deve ser aqui aplicada. Por fim, o Ministro colaciona o mesmo trecho doutrinário já colacionado pelo relator, de autoria de Nilo Batista, para argumentar, *inter alia*, que o Brasil somente reconheceu a competência da Corte IDH para a apreciação de fatos posteriores à 10 de dezembro de 1998.

Como já dito anteriormente, na análise do voto do Ministro relator Eros Grau, essa posição não se coaduna com a jurisprudência da Corte IDH, que vê no crime de desaparecimento forçado um crime de caráter permanente, que somente cessa seus efeitos com a localização das vítimas ou de seus restos mortais. Além disso, é de se observar que o Estado brasileiro manteve vigente (e ainda mantém) a lei de anistia após 10 de dezembro de 1998, a qual produz efeitos até hoje ao impedir a persecução penal dos responsáveis pelos crimes cometidos no período anistiado. Logo, a jurisprudência da Corte IDH vincula o Brasil na matéria, porquanto persiste após o reconhecimento de sua jurisdição.

Outrossim, ao argumentar que a jurisprudência prévia da Corte IDH acerca das leis que anistiaram crimes comuns cometidos por agentes da repressão no contexto das ditaduras militares não se aplica ao caso brasileiro, o Ministro adotou uma interpretação *neutralizadora* da jurisprudência interamericana. Veja-se que, em nenhum momento, a Corte IDH manifestou-se no sentido de que se a lei for bilateral ela não é inconveniente.

Note-se que a lei de anistia chilena (Decreto Ley 2191/1978) também concedeu perdão de crimes cometidos por integrantes de ambas as forças políticas daquele período histórico (situação e oposição ao regime militar) e ainda excluiu da anistia diversos crimes, tais como parricídio, infanticídio, estupro, entre outros (CHILE, 1978, www.leychile.cl). Nem por isso, o Chile foi absolvido no caso Almonacid Arellano, pois, segundo a Corte IDH, “não se pode conceder anistia aos crimes de lesa humanidade” (CORTE IDH, 2006c, www.corteidh.or.cr).

Essa ideia já aparecia, em 2001, e de modo claro, no caso Barrios Altos²⁵⁵, segundo o qual é inadmissível a anistia que pretenda

impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações de direitos humanos tais como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (CORTE IDH, 2001c, www.corteidh.or.cr).

A Corte IDH, inclusive, deixa claro ser indiferente se o caso se trata de uma autoanistia pura e simples ou não. Afinal, o que realmente confirma o desrespeito ao *corpus iuris* interamericano não é o *modus* ou poder de onde a lei de anistia emana, mas sim a sua finalidade no sentido de anistiar crimes contra a humanidade. Veja-se:

embora a Corte note que o Decreto Lei nº 2.191 concede basicamente uma autoanistia, posto que foi emitido pelo próprio regime militar para subtrair da ação da justiça, principalmente, seus próprios crimes, ressalta que um Estado viola a Convenção Americana quando edita disposições que não estão em conformidade com as obrigações dentro da mesma; o fato de que essas normas tenham sido adotadas de acordo com o ordenamento jurídico interno ou contra ele, “é indiferente para estes efeitos”. Em suma, mais que o processo de adoção e a autoridade que emitiu o Decreto Lei nº 2.191, esta Corte destaca sua *ratio legis*: anistiar as graves violações contra o Direito Internacional cometidas pelo regime militar (CORTE IDH, 2001c, www.corteidh.or.cr).

Assim, fica demonstrado que a manifestação do Ministro Celso de Mello, no presente caso, não está em conformidade com a jurisprudência da Corte IDH e teve a intenção de neutralizar a jurisprudência regional. Essa desconformidade foi confirmada no mesmo ano, quando o Brasil foi condenado na jurisdição interamericana, no caso “Guerrilha do Araguaia”²⁵⁶. Em dita decisão, a Corte IDH mencionou que

já se pronunciou anteriormente sobre o tema e não encontra fundamentos jurídicos para afastar-se de sua jurisprudência constante, a qual, ademais, concorda com o estabelecido unanimemente pelo Direito Internacional e pelos precedentes dos órgãos dos sistemas universais e regionais de proteção dos direitos humanos. De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que “são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos

²⁵⁵ Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

²⁵⁶ Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.

responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos” (CORTE IDH, 2010a, www.corteidh.or.cr).

Avaliando o argumento de que a lei de anistia brasileira possui caráter bilateral e acordado, a Corte IDH reiterou que

a incompatibilidade em relação à Convenção inclui as anistias de graves violações de direitos humanos e não se restringe somente às denominadas “autoanistias”. Além disso, como foi destacado anteriormente, o Tribunal, mais que ao processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém à sua *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das leis de anistia com a Convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma questão formal, como sua origem, mas sim do aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, em relação com os artigos 1.1. e 2 da Convenção (CORTE IDH, 2010a, www.corteidh.or.cr).

A decisão do STF ainda foi expressamente repreendida pela Corte IDH por não ter observado seu dever de promover o controle de convencionalidade. Veja-se:

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 (CORTE IDH, 2010a, www.corteidh.or.cr).

O deslinde do caso se deu, *inter alia*, com a declaração unânime da Corte IDH, no sentido de que

as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. [...]

O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos (CORTE IDH, 2010a, www.corteidh.or.cr).

Diante disso, o Brasil foi condenado a

conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença (CORTE IDH, 2010a, www.corteidh.or.cr).

Essa determinação ainda pende de cumprimento pelo país, conforme assinalado na supervisão realizada no ano de 2014²⁵⁷. Após analisar, decisões judiciais sobre a matéria em apreço, a Corte IDH (2014, www.corteidh.or.cr) observou que

foram proferidas decisões judiciais que interpretam e aplicam a Lei de Anistia do Brasil de uma forma que continua comprometendo a responsabilidade internacional do Estado e perpetua a impunidade de graves violações de direitos humanos em claro desconhecimento do decidido por esta Corte e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. Nas referidas decisões judiciais não foi realizado o controle de convencionalidade entre as normas internas e a Convenção Americana.

Trata-se, assim, de um lamentável caso de insubordinação da jurisdição nacional a uma decisão condenatória da Corte IDH. O cumprimento da determinação da Corte IDH ainda permanece em aberto e será avaliado na próxima supervisão de sentença. Por ora, a posição do STF quanto à matéria é de manutenção da decisão proferida na ADPF 153 em frontal desrespeito ao direito convencional e a tudo que foi estudado nos capítulos anteriores desta dissertação.

Passemos agora ao sétimo caso em que verificada menção de jurisprudência da Corte IDH em acórdão do STF. Trata-se do acórdão do HC 105.348/RS, julgado em 19 de outubro 2010. Tendo em vista a pertinência temática dos casos, opta-se por analisar em conjunto as decisões do STF nos seguintes processos: HC 106.171/AM, HC 109.544-MC/BA, HC 107.731 Extn/PE, HC 105.256/PR, HC 112.936/RJ, HC 110.237/PA, HC 110.185/SP.

Todos eles trataram da incompetência da Justiça Militar para o julgamento de civis que praticaram crimes militares. No primeiro caso mencionado, HC 105.348/RS, cuja relatoria foi do Ministro Ayres Britto, a jurisprudência da Corte IDH aparece somente nos debates, quando o Ministro Celso de Mello menciona que

²⁵⁷ Corte IDH. Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014.

cabe registrar importantíssima decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 22/11/2005, no julgamento do “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, em que se determinou, à República do Chile, dentre outras providências, que ajustasse, em prazo razoável, o seu ordenamento interno aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, de forma tal que, se se considerasse necessária a existência (ou subsistência) de uma jurisdição penal militar, fosse esta limitada, unicamente, ao conhecimento de delitos funcionais cometidos por militares em serviço ativo. Mais do que isso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Sentença proferida no “Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, determinou que a República do Chile estabelecesse, em sua legislação interna, limites à competência material e pessoal dos Tribunais militares, em ordem a que, “en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares (...)” (STF, 2010b, www.stf.jus.br).

Essa mesma manifestação aparece em todos os demais *habeas corpus* citados, com a diferença que passa a aparecer no *voto* do Ministro Celso de Mello. Ademais, o Ministro Celso de Mello foi o relator em todos os demais *habeas corpus* citados e inseriu já na ementa de todas as decisões a menção à Corte IDH. Senão vejamos trecho da ementa do segundo caso mencionado, HC 106.171/AM, julgada em 16 de novembro de 2010:

“HABEAS CORPUS” – CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO [...] CARÁTER ANÔMALO DA JURISDIÇÃO PENAL MILITAR SOBRE CIVIS EM TEMPO DE PAZ [...] - INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR - PEDIDO DEFERIDO. [...] A REGULAÇÃO DO TEMA PERTINENTE À JUSTIÇA MILITAR NO PLANO DO DIREITO COMPARADO – [...] Uma relevante sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (“Caso Palamara Iribarne vs. Chile”, de 2005): determinação para que a República do Chile, adequando a sua legislação interna aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, adote medidas com o objetivo de impedir, quaisquer que sejam as circunstâncias, que “um civil seja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares (...)” (item nº 269, n. 14, da parte dispositiva, “Puntos Resolutivos”). [...] (STF, 2010d, www.stf.jus.br).

Todos os outros *habeas corpus* citados seguiram o mesmo padrão do processo em comento, no que diz respeito à citação de jurisprudência da Corte IDH. A repetição da matéria, inclusive, fez com que o Ministro Ricardo Lewandowski, no julgamento do HC 107.731 Extn/PE, em 13 de setembro de 2011, sugerisse a edição de súmula vinculante sobre o assunto, o que foi prontamente apoiado pelo Ministro Gilmar Mendes. Em resposta, o Ministro Celso de Mello disse que, de fato, o presente tema “parece comportar a formulação de Súmula Vinculante, eis que existentes, na espécie, ‘reiteradas decisões sobre matéria constitucional’, o que

satisfaz, em princípio, a exigência inscrita no art. 103-A, 'caput', da Constituição" (STF, 2010d, www.stf.jus.br).

O Ministro Ricardo Lewandowski expôs que essa seria uma forma de coibir as decisões contrárias proferidas pela Justiça Militar, visto que "o descumprimento de uma súmula vinculante de forma infundada e sem justificação pode ensejar até a responsabilização do magistrado, pois é um ato de insubordinação" (STF, 2010d, www.stf.jus.br). O Ministro Celso de Mello então mencionou que buscaria

coligir notas e dados a respeito dessa questão, porque, embora respeitando a independência de atuação jurisdicional do E. Superior Tribunal Militar, esta Suprema Corte, que se qualifica como órgão de superposição no plano de nossa organização judiciária, tem competência e poder para cassar, quando infringentes da autoridade suprema da Constituição da República, as decisões emanadas daquela Alta Corte castrense (STF, 2010d, www.stf.jus.br).

A despeito dessa pertinente discussão, o caso não chegou a ser sumulado. Outro dentre os *habeas corpus* analisados que contou com uma peculiaridade nos debates foi o HC 105.256/PR, julgado em 12 de junho de 2012. Assim como os demais, ele seguiu o mesmo padrão de citação de jurisprudência da Corte IDH na ementa e no voto do Ministro relator Celso de Mello. Mas nesse caso, ao final do voto do relator, o Ministro Lewandowski pede um esclarecimento acerca da aplicação do precedente da Corte IDH àqueles que estão presos na Base Militar de Guantánamo. O Ministro Celso de Mello, então, explica que os Estados Unidos da América, embora tenham aderido à CADH em 1977, não a ratificaram e, ademais, não reconheceram a competência contenciosa da Corte IDH. Vejamos nas palavras do Ministro relator:

esse precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, não obstante extremamente valioso, não se aplica nem vincula os Estados Unidos da América, pelo fato, juridicamente relevante, de esse país não haver ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos, embora a esta tivesse aderido em 06/01/1977. Demais disso, e ainda que tal houvesse ocorrido, impor-se-ia a adoção, por parte dos Estados Unidos da América, da cláusula facultativa de jurisdição obrigatória a que se refere o Artigo 62 da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o formal reconhecimento e a integral sujeição à competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou à aplicação do Pacto de São José da Costa Rica (STF, 2012a, www.stf.jus.br).

Veja-se que, mais uma vez, ocorre de as discussões travadas no STF retomarem aspectos já trabalhados em capítulos anteriores desta dissertação acerca da competência da Corte IDH. A decisão do STF em todos os casos analisados está em conformidade com o *corpus iuris* interamericano, o que é perfeitamente demonstrado a partir da mesma jurisprudência citada pelo STF, isto é, o caso Palamara Iribarne²⁵⁸, que culminou na determinação de que o Chile deveria adequar seu

ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares²⁵⁹ (CORTE IDH, 2005b, www.corteidh.or.cr).

Desse modo, tem-se que as decisões do STF nos *habeas corpus* supracitados estão em conformidade com o *corpus iuris* interamericano. O diálogo interjurisdicional ascendente com a Corte IDH ocorreu na modalidade de interpretação receptiva. A jurisprudência regional foi um dos fundamentos de tais decisões, inclusive aparecendo nas suas ementas. Ademais, pode-se inferir que, sem dizê-lo, o Ministro Celso de Mello promoveu um controle de convencionalidade sobre as decisões da Justiça Militar que vinham reiteradamente desrespeitando a jurisprudência da Corte IDH e do próprio STF. A edição de súmula vinculante teria tornado mais efetivo tal controle de convencionalidade, mas ainda assim é de se registrar que o último caso sobre o assunto, conforme a pesquisa, apareceu há quase 4 anos no julgamento do HC 110.185/SP, julgado em 14 de maio de 2013, o que indica que a controvérsia foi devidamente sanada.

O oitavo caso decidido pelo STF em que consta citação de jurisprudência da Corte IDH é o acórdão da paradigmática ADPF 132/DF, julgada em conjunto com a ADI nº 4277, em 5 de maio de 2011. Com efeito, a mencionada ADPF foi ajuizada pelo então Governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral, com o fim de que fosse

²⁵⁸ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.

²⁵⁹ Tradução livre: “ordenamento jurídico interno aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, de forma tal que se se considere necessária a existência de uma jurisdição penal militar, esta deve limitar-se somente ao conhecimento de delitos de função cometidos por militares em serviço ativo. Por tanto, o Estado deve estabelecer, através de sua legislação, limites à competência material e pessoal dos tribunais militares, de forma tal que em nenhuma circunstância um civil se veja submetido à jurisdição dos tribunais penais militares”.

declarada a inconstitucionalidade dos artigos 19, II e V, e 33, I ao X, e parágrafo único, todos do Estatuto dos Servidores Cíveis do Estado do Rio de Janeiro. De acordo com o autor da ação, ditos dispositivos estariam sendo interpretados de modo discriminatório, visto que aos servidores estaduais que conviviam em união homoafetiva não estavam sendo concedidos os mesmos direitos estendidos aos casais heterossexuais.

Outro objetivo das ações julgadas em conjunto foi o de obter aplicação analógica do artigo 1.723²⁶⁰ do Código Civil às uniões homoafetivas. Assim, buscou-se que fossem estas reconhecidas – em caso de preenchimento dos mesmos requisitos exigidos para a configuração da união estável entre casais heterossexuais – como entidades familiares, de modo que os mesmos deveres e direitos originários da união estável entre heterossexuais fossem estendidos aos companheiros nas uniões estáveis estabelecidas entre casais homossexuais.

Conforme argumentado pelo autor da ação e manifestado por todas as partes envolvidas no processo (incluindo 13 *amicus curiae*), os direitos fundamentais violados pelos dispositivos e interpretações atacados eram o direito à isonomia (igualdade formal), o direito à liberdade (mais especificamente da autonomia da vontade), o princípio da segurança jurídica, da proporcionalidade, da razoabilidade e ainda o princípio da dignidade da pessoa humana. A decisão do STF, apoiada nos direitos fundamentais descritos acima, foi unânime no sentido de reconhecer como *constitucional* a união estável entre casais do mesmo sexo. Desse modo, o STF estendeu a estes os mesmos direitos conferidos aos casais heterossexuais. Outrossim, foi dada interpretação conforme a Constituição ao artigo 1.723 do Código Civil, a fim de excluir qualquer significado discriminatório com relação às uniões homoafetivas.

A decisão em análise considerou que, embora literalmente os dispositivos legais atacados previssessem apenas a união estável entre “homem e mulher”, é certo que uma interpretação restritiva de tais dispositivos iria de encontro com os objetivos de nossa Constituição que, em seu art. 3º, IV, delimita como intenção da República a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, a decisão levou em

²⁶⁰ Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002, www.planalto.gov.br).

consideração que os princípios da dignidade humana, da igualdade e da liberdade, em seu viés objetivo, irradiam efeitos por todo o ordenamento jurídico, determinando a sua interpretação e impondo, ante seu alto grau hierárquico, o seu respeito e promoção por parte do Estado e da sociedade.

Quem citou jurisprudência da Corte IDH na presente decisão foi o Ministro Marco Aurélio. Conforme o Ministro, a Corte regional reconhece há muito tempo a “proteção jurídica conferida ao projeto de vida (v. Loayza Tamayo versus Peru, Cantoral Benavides versus Peru), que indubitavelmente faz parte do conteúdo existencial da dignidade da pessoa humana” (STF, 2011a, www.stf.jus.br). Na sequência, o Ministro colacionou, em tradução livre, trecho do julgamento da Corte IDH no caso Gutiérrez Soler versus Colômbia²⁶¹, de 12 de setembro de 2005, em que o juiz interamericano Antônio Augusto Cançado Trindade assim consignou:

todos vivemos no tempo, que termina por nos consumir. Precisamente por vivermos no tempo, cada um busca divisar seu projeto de vida. O vocábulo “projeto” encerra em si toda uma dimensão temporal. O projeto de vida tem, assim, um valor essencialmente existencial, atendo-se à ideia de realização pessoal integral. É dizer, no marco da transitoriedade da vida, a cada um cabe proceder às opções que lhe pareçam acertadas, no exercício da plena liberdade pessoal, para alcançar a realização de seus ideais. A busca da realização do projeto de vida desvenda, pois, um alto valor existencial, capaz de dar sentido à vida de cada um (CORTE IDH *apud* STF, 2011, www.stf.jus.br).

Após considerar as inspiradas palavras do juiz da Corte IDH, o Ministro do STF conclui que “o Estado existe para auxiliar os indivíduos na realização dos respectivos projetos pessoais de vida, que traduzem o livre e pleno desenvolvimento da personalidade” (STF, 2011a, www.stf.jus.br). Este é o único ponto do acórdão em que consta citação de jurisprudência da Corte IDH.

Curiosamente, a jurisprudência citada, embora muito pertinente no trecho colacionado, não aborda assunto ligado ao presente caso. O caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia trata da responsabilidade do Estado colombiano por “actos de tortura cometidos em prejuízo de Wilson Gutiérrez Soler por parte de un funcionario policial, así como a la falta de investigación y sanción del responsable del hecho²⁶²” (CORTE IDH, 2005a, www.corteidh.or.cr). Ele aparece como reforço argumentativo no voto

²⁶¹ Corte IDH. Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005. Serie C No. 132.

²⁶² Tradução livre: “atos de tortura cometidos em prejuízo de Wilson Gutiérrez Soler por parte de um funcionário policial, assim como pela falta de investigação e sanção do responsável”.

do Ministro Marco Aurélio, de modo que não constitui propriamente fundamento da decisão. Outrossim, o caso não chega a representar hipótese de controle de convencionalidade das normas sob julgamento. Ainda assim, há que se reconhecer que a decisão da ADPF se trata de mais uma decisão conforme o *corpus iuris* interamericano.

Veja-se que a questão da igualdade de direitos entre homossexuais e heterossexuais somente foi enfrentada pela Corte IDH em 2012, no caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile²⁶³, que se refere à responsabilidade internacional do país mencionado, em razão do “trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar de Karen Atala Riffo, debido a su orientación sexual, en el proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas²⁶⁴” (CORTE IDH, 2012, www.corteidh.or.cr). Em dita decisão a Corte IDH deixou claro que a orientação sexual da pessoa corresponde a aspecto importante de seu projeto de vida (parágrafo 133) e não pode servir como critério para a restrição de direitos (no caso da decisão, o direito de adoção).

Como esta decisão foi proferida pela Corte IDH *depois* da decisão do STF, resta a dúvida quanto à modalidade de interpretação desempenhada pelo STF no caso em tela. Evidentemente não se trata de interpretação neutralizadora ou discordante, pois está em plena consonância com o direito convencional. Outrossim, não parece possível classificá-la como extensiva ou inovadora, visto que o Ministro não interpreta qualquer dispositivo convencional, mas apenas cita trecho de decisão da Corte IDH, remotamente ligado à questão *sub judice*. Assim, considerando os princípios gerais adotados pela Corte IDH desde o início de sua jurisdição, como é o caso do desenvolvimento da ideia de “projeto de vida”, pode-se concluir que se tratou de mais uma tímida expressão de diálogo jurisprudencial na modalidade da interpretação *receptiva*.

O próximo acórdão do STF que a pesquisa indicou conter menção à jurisprudência da Corte IDH é a AP 470/MG, julgada em 17 de dezembro de 2012. O processo começou em 30 de março de 2006, quando o então Procurador Geral da

²⁶³ Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.

²⁶⁴ Tradução livre: “tratamento discriminatório e a interferência arbitrária na vida privada e familiar de Karen Atala Riffo, devido à sua orientação sexual, no processo judicial que resultou na retirada do cuidado e custódia de suas filhas”.

República (PGR) Antônio Fernando Souza ofereceu denúncia perante o STF²⁶⁵, referente ao provavelmente mais famoso caso de corrupção na história recente deste país: o denominado “mensalão”.

No polo passivo da peça que inaugura a Ação Penal em estudo, o PGR qualificou quarenta pessoas, as quais teriam supostamente se beneficiando de um esquema corruptivo que durou entre 2003 e 2005. Dito esquema constituiu-se, em síntese, na compra de votos de parlamentares, por meio de um pagamento mensal de R\$ 30.000,00, a fim de que esses congressistas votassem a favor de projetos do governo. Os crimes cometidos pelos réus, segundo o PGR, envolviam a corrupção passiva e ativa, a lavagem de dinheiro, a formação de quadrilha, o peculato, a Gestão fraudulenta de instituição financeira e a evasão de divisas.

O julgamento do Inquérito nº 2245, que posteriormente deu ensejo à Ação Penal nº 470/MG, iniciou-se já em 22 de agosto de 2007, tendo sido concluído, após cinco sessões, em 28 de agosto de 2007. A decisão no âmbito do referido inquérito foi no sentido de receber parcialmente a denúncia contra os 40 acusados. Com isso, o Inquérito foi convertido na Ação Penal nº 470, instaurada em 12 de novembro de 2007 tendo no polo passivo 40 réus²⁶⁶.

Em 9 de junho de 2011, encerra-se a fase de instrução e, após apresentadas as alegações finais das partes, o julgamento é iniciado no dia 2 de agosto de 2012. De acordo com notícia veiculada no site do STF em 22 de abril de 2013, foi publicado na data referida o acórdão do julgamento da AP 470, contando com nada menos do que 8.405 páginas. Nos termos da notícia,

o julgamento da AP 470 foi o mais longo da história do Supremo Tribunal Federal (STF). Foram necessárias 53 sessões plenárias para julgar o processo contra 38 réus. Quando começou a ser julgada, a ação contava com 234 volumes e 495 apensos, que perfaziam um total de 50.199 páginas (STF, 2013d, www.stf.jus.br).

Como resultado do Acórdão, obteve-se a condenação de 25 dos 38 acusados. Restaram 12 absolvidos. No que concerne ao réu Carlos Alberto Quaglia,

²⁶⁵ A denúncia foi oferecida diretamente no STF em razão da prerrogativa de foro privilegiado de alguns dos réus.

²⁶⁶ Esse número caiu ao longo do processo. Em 24 de janeiro de 2008, a Ação passa a contar com 39 réus, tendo em vista que Silvio Pereira, acusado apenas do crime de formação de quadrilha, obteve a suspensão condicional do processo, em acordo com o Ministério Público, com fulcro na Lei nº 9.099/95. E, em 16 de setembro de 2010, a ação passa a contar com 38 réus, devido ao falecimento do ex-deputado federal José Janene, uma vez que a morte do agente é prevista pelo Código Penal como uma das causas de extinção da punibilidade.

foi decretada nulidade processual, o que ensejou na baixa dos autos para a justiça de primeiro grau, para que procedesse ao seu julgamento.

Nesse, que foi o julgamento principal do caso, não há efetivamente citação de *jurisprudência* da Corte IDH. A primeira vez que aparece menção à Corte regional é no voto do Ministro Ricardo Lewandowski. Como dito anteriormente, a ação penal originou-se diretamente no STF em razão da prerrogativa de foro de alguns réus, decorrente de previsão expressa contida no artigo 102, I, “b” e “c”, da CF. Os demais réus foram levados a juízo perante o STF em razão da conexão decorrente do concurso de agentes (artigo 76²⁶⁷ combinado com o artigo 78, III²⁶⁸, ambos do Código de Processo Penal).

Para o Ministro Lewandowski, “a competência por prerrogativa de função só pode ser reconhecida nos casos taxativamente enumerados na Constituição, cujo rol não permite uma exegese ampliativa” (STF, 2012b, www.stf.jus.br). Dessa forma, o aludido ministro defendeu que a ação penal deveria ser desmembrada, de modo que permanecessem sendo processados no STF somente aqueles que se enquadravam na prerrogativa de função prevista na CF. Quanto aos demais, deveriam ser julgados no juízo de primeiro grau.

Em seu voto quanto a essa questão pontual, o Ministro argumentou que o próprio CPP reconhecia como facultativo o desmembramento no caso dos autos, com base no seu artigo 80. Argumentou acerca do direito à ampla defesa, que pressuporia a possibilidade de recorrer da decisão proferida. E por fim tratou do artigo 8º, 2, “h”, da CADH, que estabelece como garantia judicial, relacionada com a presunção de inocência, o “direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior” (OEA, 1969, www.cidh.oas.org). Diz o Ministro:

preocupa-me, por fim, o fato de que, se este Supremo Tribunal persistir no julgamento único e final de réus sem prerrogativa de foro, ele estará,

²⁶⁷ Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração (BRASIL, 1941, www.planalto.gov.br).

²⁶⁸ Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras: [...]

III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação; (BRASIL, 1941, www.planalto.gov.br)

segundo penso, negando vigência ao mencionado art. 8º, 2, h, do Pacto de São José da Costa Rica, que lhes garante, sem qualquer restrição, o direito de recorrer, no caso de eventual condenação, a uma instância superior, insistência essa que poderá ensejar eventual reclamação perante a Comissão ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Diante de todo o exposto, resolvo a questão de ordem para assentar que o desmembramento deste feito se mostra de rigor com relação aos réus sem prerrogativa de foro, devendo permanecer sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal apenas aqueles que detêm tal status processual por força da própria Constituição (STF, 2012b, www.stf.jus.br).

Assim, sem dizê-lo expressamente, o ministro intentou exercer um controle de convencionalidade da regra de conexão processual, mediante a invocação direta do texto convencional. Não logrou êxito o Ministro, porque foi voto vencido na questão. A maioria decidiu pelo não desmembramento do feito, com base na Súmula 704 do próprio STF, segundo a qual “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados” (STF, 2003, www.stf.jus.br).

A segunda vez que a Corte IDH é mencionada no Acórdão aparece no debate proposto pelo Ministro Celso de Mello. O Ministro defendeu que o fato, por si só, de haver uma denúncia na Comissão (e não na Corte) IDH não poderia determinar a suspensão prejudicial da AP em análise. Nesse ponto, o Ministro alerta para algo que foi tratado no primeiro capítulo desta dissertação: a falta de legitimidade da pessoa física para demandar diretamente perante a Corte IDH. Segundo o Ministro:

no contexto do Sistema Interamericano de Defesa e Proteção dos Direitos Humanos, a pessoa física ainda não dispõe de legitimidade ativa para fazer instaurar, desde logo, ela própria, processo perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, eis que essa qualidade para agir junto a referido organismo judiciário restringe-se, unicamente, aos Estados-partes e à Comissão Interamericana (Pacto de São José, Artigo 61, nº 1), uma vez atendidos os requisitos de procedibilidade fixados no Artigo 46 e nos Artigos 48 a 51 da Convenção Americana (Artigo 61, nº 2). De qualquer maneira, no entanto, não há como inferir, das cláusulas que compõem o Pacto de São José da Costa Rica, a existência de relação de prejudicialidade externa que imponha a suspensão deste processo penal pelo só fato de haver postulação deduzida perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (STF, 2012b, www.stf.jus.br).

Após intervenção do Ministro relator Joaquim Barbosa que fez uma indagação retórica (“E seria absurda, não é, Ministro?”), prossegue o Ministro Celso de Mello abordando a legitimidade da Comissão IDH a, ela sim, pleitear perante a

Corte IDH. Interessante notar que nesse ponto o Ministro ainda aponta o controle de convencionalidade, como competência da Corte IDH. Veja-se:

nada impedirá, contudo, que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, sediada em Washington, D.C., esgotada a jurisdição doméstica (ou interna) e atendidas as demais condições estipuladas no Artigo 46 e nos Artigos 48 a 51 do Pacto de São José, submeta o caso à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em ordem a permitir que esta exerça o controle de convencionalidade. Não há, porém, possibilidade de se determinar, neste momento, a suspensão prejudicial da presente causa penal (STF, 2012b, www.stf.jus.br).

Interessante intervenção fez o Ministro revisor Ricardo Lewandowski que, ao recorrer ao direito comparado, especificamente quanto ao sistema europeu de direitos humanos, mencionou que

essa possibilidade existe no sistema de Direito comunitário europeu. Há um instituto chamado reenvio prejudicial, ou *renvoi préjudiciel*: quando um juiz local tem uma dúvida, ou alguém, uma das partes suscita um incidente acerca do Direito comunitário, sobresta-se o processo e faz-se uma consulta à Corte europeia, sediada em Luxemburgo. Mas, claro que o sistema interamericano não agasalhou essa hipótese (STF, 2012b www.stf.jus.br).

Em resposta ao Ministro Lewandowski, o Ministro Celso de Mello, comparando com mecanismo disponível à pessoa física no âmbito do sistema mundial de direitos humanos, afirmou que existe, atualmente, no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos

um mecanismo viabilizador do acesso direto e imediato da própria pessoa física interessada à jurisdição tutelar do Comitê de Direitos Humanos, incumbido de atuar como órgão de implementação dos direitos e garantias fundamentais em escala global, pois aquele Pacto Internacional, por haver sido promulgado no âmbito das Nações Unidas, reveste-se de projeção universal. Essa significativa ampliação da legitimidade ativa em favor de qualquer pessoa interessada decorreu do Protocolo Adicional Facultativo ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (STF, 2012b www.stf.jus.br).

A seguir reforça que no sistema interamericano essa possibilidade não existe:

não é, porém, o que se registra no âmbito do Pacto de São José da Costa Rica, segundo o qual a pessoa interessada (ainda) não dispõe de “locus standi” para, ela própria, fazer instaurar, de imediato, a jurisdição

contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (STF, 2012b www.stf.jus.br).

Mais adiante o Ministro Joaquim Barbosa assevera: “Não há como [suspender o processo]. E mais, Ministro Celso: Justiça que se preza não se submete, ela própria, a órgãos externos de natureza política. E a Comissão o é” (STF, 2012b www.stf.jus.br). Na sequência, o Ministro Celso de Mello traz novas considerações importantes, como a limitação da soberania nacional frente ao direito internacional dos direitos humanos, assim como o caráter voluntário que marca a submissão do Brasil a diversos tratados internacionais e obriga o nosso país a cumpri-los de boa-fé:

a questão central, neste tema, Senhor Relator, considerada a limitação da soberania dos Estados (com evidente afastamento das concepções de JEAN BODIN), notadamente em matéria de Direitos Humanos, e a voluntária adesão do Brasil a esses importantíssimos estatutos internacionais de proteção regional e global aos direitos básicos da pessoa humana, consiste em manter fidelidade aos compromissos que o Estado brasileiro assumiu na ordem internacional, eis que continua a prevalecer, ainda, o clássico dogma – reafirmado pelo Artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, hoje incorporada ao ordenamento interno de nosso País (Decreto nº 7.030/2009) –, segundo o qual “*pacta sunt servanda*”, vale dizer, “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”, sendo-lhe inoponíveis, consoante diretriz fundada no Artigo 27 dessa mesma Convenção de Viena, as disposições do direito interno do Estado nacional, que não poderá justificar, com base em tais regras domésticas, o inadimplemento de suas obrigações convencionais, sob pena de cometer grave ilícito internacional. Não custa lembrar que o Brasil, apoiando-se em soberana deliberação, submeteu-se à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que significa, considerado o formal reconhecimento, por parte de nosso País, da competência da Corte (Decreto nº 4.463/2002), que o Estado brasileiro comprometeu-se, por efeito de sua própria vontade político-jurídica, “a cumprir a decisão da Corte em todo caso” de que é parte (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 68). “*Pacta sunt servanda*”... (STF, 2012b www.stf.jus.br).

Prontamente, o Ministro relator Barbosa tratou de falar: “da Corte, mas não da Comissão” (STF, 2012b, www.stf.jus.br). Dando sequência ao seu pronunciamento, o Ministro Celso de Mello aduziu que

o Brasil, no final do segundo mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso (Decreto nº 4.463, de 08/11/2002), reconheceu como obrigatórias a jurisdição e a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção” (Pacto de São José da Costa Rica, Artigo 62), o que legitima o exercício, por esse importante organismo judiciário de âmbito regional, do controle de convencionalidade, vale dizer, da adequação e observância, por parte dos

Estados nacionais que voluntariamente se submeteram, como o Brasil, à jurisdição contenciosa da Corte Interamericana, dos princípios, direitos e garantias fundamentais assegurados e proclamados, no contexto do sistema interamericano, pela Convenção Americana de Direitos Humanos (STF, 2012 www.stf.jus.br).

Por fim, os Ministros concluíram que, de fato, não seria o caso de sobrestar o processo. Como se viu, aqui também não houve propriamente citação de jurisprudência da Corte IDH, embora seu nome tenha sido mencionado em diversas ocasiões. O que é interessante observar nesses debates é o alto nível de conhecimento expressado pelo Ministro Celso de Mello acerca de diversos pontos que foram tratados nesta dissertação. Não é à toa que a maior parte das citações que trabalhamos (e ainda trabalharemos) neste capítulo estão contidas nos seus votos. De outra parte, as manifestações do Ministro Joaquim Barbosa demonstraram, em sentido oposto, um certo conservadorismo em matéria de direito internacional dos direitos humanos.

Depois desse momento de debates, não houve mais menção à Corte IDH na ação principal. Mas o caso não se encerrou por aí. Após a decisão do STF, muitos dos réus condenados tentaram interpor recursos (embargos infringentes) para obter a revisão do *decisum*. Seu argumento, de caráter preliminar, tinha como base o direito ao duplo grau de jurisdição, implícito na CF a partir dos princípios da ampla defesa e do devido processo legal e explícito no artigo 8º, 2, “h”, da CADH²⁶⁹. Foi basicamente em torno desse assunto que pairou a discussão sobrevinda na sequência. E nesse contexto, veio novamente à tona a Corte IDH, desta vez, inclusive, com efetiva citação de sua jurisprudência. Passemos a analisar, então, os agravos regimentais: AP 470 AgR-vigésimo sétimo/MG; AP 470 AgR-vigésimo sexto; e AP 470 AgR-vigésimo quinto, que tiveram por intento buscar a admissão dos embargos infringentes interpostos pelos réus condenados.

Na realidade, as decisões atinentes aos agravos citados possuem fundamentação idêntica em alguns pontos, razão por que algumas supressões são

²⁶⁹ Artigo 8º - Garantias judiciais [...]

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...]

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior (OEA, 1969, www.cidh.oas.org).

feitas para evitar a mera repetição²⁷⁰. O primeiro caso citado (AP 470 AgR-vigésimo sétimo/MG), cujo julgamento ocorreu em 18 de setembro de 2013, contou com apenas uma citação da Corte IDH. Quem citou foi o Ministro Luiz Fux e, ainda assim, foi para argumentar acerca do porquê de a jurisprudência da Corte Interamericana (Caso Leiva Barreto Vs. Venezuela) não ser aplicável no caso em tela. Segundo o Ministro, não se pode invocar, o caso “Barreto Leiva Vs. Venezuela²⁷¹”, julgado pela Corte IDH em 17 de novembro de 2009, pois

no referido caso a Corte Interamericana reconheceu diversas violações do Pacto de San José que não se verificam no caso sub judice, como a inobservância dos direitos à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada (art. 8º, 2, ‘b’), à concessão do tempo e dos meios necessários à preparação da defesa (art. 8º, 2, ‘c’), à possibilidade de o acusado ser assistido por um defensor de sua escolha (art. 8º, 2, ‘d’), dentre outros (STF, 2013f, www.stf.jus.br).

Desse modo, o Ministro argumentou que o caso Barreto Leiva foi qualificado pelo descumprimento de muitas outras garantias processuais, além do direito de recorrer, o que não ocorreu no julgamento da AP 470. Na sequência, o Ministro ainda argumenta que a finalidade do foro por prerrogativa de função é, segundo a própria Corte IDH, a “de proteger a integridade da função estatal” (STF, 2013f, www.stf.jus.br) e, bem assim, é “compatível com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos” (STF, 2013f, www.stf.jus.br).

De acordo com o Ministro, isso ocorre porque “o julgamento de outras pessoas por conexão evita a proliferação de decisões contraditórias e homenageia a economia processual, o que também está de acordo com a Convenção (§ 74)” (STF, 2013f, www.stf.jus.br). Nesse ponto, em nota de fim, o Ministro traz à colação o trecho da decisão em que baseou os argumentos supracitados. O Ministro trouxe o trecho em espanhol, mas como a decisão está disponível em língua portuguesa, colaciona-se abaixo o trecho correspondente em língua portuguesa:

74. Este Tribunal considera necessário formular algumas considerações sobre o foro, a conexão entre causas e o juiz natural, que vêm ao caso para a matéria desta sentença. O foro foi estabelecido para proteger a integridade da função estatal que compete às pessoas a quem alcança esta

²⁷⁰ Inclusive é suprimida por inteiro a análise do último agravo regimental julgado (AP 470 AgR-vigésimo quinto) em razão não trazer nada novo em relação aos agravos regimentais anteriores (pelo menos no que concerne a este estudo).

²⁷¹ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206.

forma de imunidade e evitar, assim, que se altere o desenvolvimento normal da função pública. Não constitui um direito pessoal dos funcionários. Serve ao interesse público. Entendido nestes termos, o foro persegue um fim compatível com a Convenção. Por sua vez, a conexão busca o fim, aceitável de acordo com a Convenção, de que um mesmo juiz conheça de diversos casos quando existem elementos que os vinculem entre si. Desta forma, evita-se incorrer em contradições e se garante a unidade das decisões e a economia processual (CORTE IDH, 2009b, www.corteidh.or.cr).

É preciso reconhecer que a argumentação do Ministro até aqui, de fato, está de acordo com o precedente da Corte IDH. Dando sequência ao seu voto, o Ministro ainda referiu que

o julgamento em foro por prerrogativa de função pode garantir ao acusado o direito de recurso quando estabelecido que o primeiro grau de jurisdição ficará a cargo de um órgão fracionário, enquanto que o conhecimento da impugnação corresponderia ao Plenário, “com exclusão daqueles que já se pronunciaram sobre o caso” (§ 90) (STF, 2013f, www.stf.jus.br).

Aqui, novamente o Ministro traz à colação, em nota de fim, o trecho jurisprudencial mencionado. Senão, vejamos o trecho da decisão da Corte IDH em língua portuguesa:

90. O Estado pode estabelecer foros especiais para o julgamento de altos funcionários públicos, e estes foros são compatíveis, em princípio, com a Convenção Americana (par. 74 *supra*). No entanto, ainda nestas hipóteses, o Estado deve permitir que o indivíduo submetido à justiça conte com a possibilidade de recorrer da decisão condenatória. Assim aconteceria, por exemplo, se fosse disposto que o julgamento em primeira instância estaria a cargo do Presidente ou de uma câmara do órgão colegiado superior e o conhecimento da impugnação corresponderia ao plenário deste órgão, com exclusão dos que já se pronunciaram sobre o caso (CORTE IDH, 2009b, www.corteidh.or.cr).

O argumento do Ministro tem algum sentido; afinal, no desenho institucional brasileiro, realmente um recurso de decisão colegiada do STF fatalmente teria de ser apreciado pelos mesmos julgadores, que detêm o mais alto grau de jurisdição neste país. Contudo, aqui, o argumento não se encaixou de forma tão precisa, visto que a Corte IDH deixou claro que, mesmo nas hipóteses de prerrogativa de foro, “o Estado deve permitir que o indivíduo submetido à justiça conte com a possibilidade de recorrer da decisão condenatória” (CORTE IDH, 2009b, www.corteidh.or.cr). Assim, nesse aspecto, pode-se dizer que o Ministro Luiz Fux realizou o diálogo jurisprudencial na modalidade *neutralizadora*, uma vez que promoveu uma interpretação forçada com o fim de falsear uma concordância com a Corte IDH, que na realidade é dissonante em um ponto crucial da argumentação do Ministro.

Vejamos a sequência dos argumentos que o Ministro utilizou para afastar a aplicação da jurisprudência da Corte IDH ao caso em tela:

nota-se, com isso, que sequer os embargos infringentes seriam suficientes para consagrar o direito alegado pelo agravante, tendo em vista que a irresignação seria julgada pelo mesmo Plenário deste Supremo Tribunal Federal e sem exclusão daqueles Ministros que já se pronunciaram sobre o caso. Reconhecer um direito recursal, nessa extensão, aos réus submetidos originalmente à jurisdição desta Corte equivaleria, em última análise, a decretar a nulidade dos arts. 5º, I e II, do Regimento Interno, que conferem ao Plenário a competência para o julgamento das ações penais originárias. O absurdo dessa conclusão demonstra, só por si, que a tese não merece acolhida. Ademais, caso assim se entendesse, seria necessário reformular por completo o sistema recursal brasileiro (STF, 2013f, www.stf.jus.br).

Como dito, a argumentação é racional, contudo possui alguns pontos inconsistentes, que contradizem frontalmente a jurisprudência interamericana. Como o caso ainda é discutido por outros ministros nos outros dois agravos regimentais, passemos agora a analisar a decisão do STF na AP 470 AgR-vigésimo sexto, em que o caso encontrará ainda maior esclarecimento. A primeira vez que consta menção à Corte IDH na decisão de dito agravo regimental ocorre no voto do Ministro relator Joaquim Barbosa. Trata-se de citação indireta do Ministro, que citou a Corte IDH ao colacionar trecho de decisão do Ministro Celso de Mello. Senão vejamos:

destaco que o ministro Celso de Mello, em cujo voto baseiam-se as razões dos recursos, na oportunidade do julgamento do pedido de cisão do processo-crime em exame, ação Penal n. 470, à luz da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sustentou, com a clareza que lhe é peculiar, que **o duplo grau de jurisdição não se aplica às ações penais originárias de competência da Corte Suprema** (STF, 2013g, www.stf.jus.br, grifado no original).

E a partir daí, então, o Ministro colacionou o seguinte trecho de decisão do Ministro Celso de Mello:

a própria jurisprudência internacional, a respeito do princípio do duplo grau de jurisdição, tem reconhecido, como ressaltam, em seus preciosos comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os professores LUIZ FLÁVIO GOMES e VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI, em extensa análise do artigo 8º, item 3º, alínea “h”, do Pacto de São José da Costa Rica, que consagra o postulado do duplo grau, que há duas exceções, sendo uma delas a que envolve os processos instaurados perante “o Tribunal Máximo de cada país”, vale dizer, perante a Corte judiciária investida do mais elevado grau de jurisdição, como sucede com o Supremo Tribunal Federal” (STF, 2013g, www.stf.jus.br).

Como visto, o Ministro Joaquim Barbosa, por meio do trecho colacionado (de autoria do Ministro Celso de Mello), não chegou a apresentar jurisprudência da Corte IDH, senão que apenas fundou seu argumento em doutrina dos internacionalistas Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli. Desse modo, não houve aqui, efetivamente, diálogo com a Corte IDH. É de se observar, porém, que o Ministro Joaquim Barbosa utilizou-se de trecho de decisão do Ministro Celso de Mello *que não corresponde ao seu posicionamento atual*, e nem sequer ao da época do julgamento da AP 470, como veremos mais adiante na análise do voto do referido Ministro. Também os próprios doutrinadores citados no voto mudaram seu posicionamento, como também será verificado mais adiante. Desse modo, pode-se concluir que o Ministro Joaquim Barbosa também promoveu interpretação que buscou *neutralizar* a jurisprudência da Corte IDH na matéria.

O segundo momento em que a Corte IDH é mencionada na decisão é no voto do Ministro Teori Zavascki. O Ministro defendeu tese contrária aos ministros citados anteriormente, isto é, defendeu que o direito de recorrer deve ser assegurado mesmo nas ações originárias do STF, o que decorre do artigo 8, 2, “h” da CADH, bem como da jurisprudência da Corte IDH. De acordo com o Ministro,

o reconhecimento da recorribilidade das sentenças condenatórias proferidas em ações penais originárias é interpretação que melhor se harmoniza com a proteção consagrada no artigo 8.2, h da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 06.11.92), que assegura, como “garantia mínima” de toda a pessoa, o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”. Na interpretação que lhe confere a Corte Interamericana de Direitos Humanos, recentemente reafirmada em sentença de 23 de novembro de 2012 (caso Mohamed vs. Argentina), essa garantia mínima tem o alcance normativo de assegurar direito a recurso até mesmo em casos em que a condenação penal seja imposta por um tribunal, provocado por recurso contra anterior sentença absolutória (STF, 2013g, www.stf.jus.br).

Nesse momento, o Ministro traz à colação trechos da decisão da Corte regional por ele mencionada (caso Mohamed vs. Argentina²⁷²):

sobre este aspecto del derecho a recurrir del fallo, tanto la Comisión como los representantes (supra párrs. 65 y 67) entienden que es una garantía establecida a favor del acusado y que, con independencia de que la sentencia condenatoria hubiere sido impuesta en única, primera o segunda instancia, debe garantizarse el derecho de revisión de esa decisión por

²⁷² Corte IDH. Caso Mohamed Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 noviembre de 2012. Serie C No. 255.

medio de un recurso que cumpla con los estándares desarrollados por la Corte en su jurisprudencia.

(...)

92. Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención)²⁷³ (CORTE IDH *apud* STF, 2013g, www.stf.jus.br).

É interessante a jurisprudência regional trazida pelo Ministro. Ela não se encaixa *precisamente* no caso em análise, já que, no julgado pela Corte IDH, a decisão não era originária. Naquela situação, o réu foi absolvido em primeira instância e, por recurso da acusação, sobreveio a sua condenação em segundo e último grau recursal. Ao analisar o caso, a Corte IDH, entendeu que isso configurava desrespeito ao artigo 8º, 2, “h”, da CADH. Para a Corte regional, portanto, o réu deve ter direito de recorrer da sentença condenatória, ainda que esta tenha ocorrido apenas na última instância.

Vê-se, assim, que, embora o caso não se encaixe precisamente, a analogia é perfeitamente válida. Ela demonstra que, para a Corte IDH, sempre deve ser garantido o direito de recorrer de uma decisão condenatória, ainda que esta seja levada a cabo pelo tribunal de mais elevada hierarquia do país. Na conclusão do seu voto, o Ministro chega a mencionar a necessidade de mudança da Constituição Federal para adequar-se às exigências do *corpus iuris* interamericano. Segundo o Ministro,

²⁷³ Tradução livre: “Sobre este aspecto do direito a recorrer da decisão, tanto a Comissão como os representantes (*supra* §§ 65 e 67) entendem que é uma garantia estabelecida a favor do acusado e que, independentemente de a sentença condenatória houver sido imposta em única, primeira ou segunda instância, deve garantir-se o direito de revisão dessa decisão por meio de um recurso que cumpra com os padrões desenvolvidos pela Corte em sua jurisprudência.

(...)

92. Tendo em vista que as garantias judiciais buscam que quem está sob processo não seja submetido a decisões arbitrárias, a Corte interpreta que o direito a recorrer da decisão não poderia ser efetivo se não se garante respeito de todo aquele que é condenado, já que a condenação é a manifestação do exercício do poder punitivo do Estado. Resulta contrário ao propósito desse direito específico que não seja garantido frente a quem é condenado mediante uma sentença que revoga uma decisão absolutória. Interpretar o contrário, implicaria deixar o condenado desprovido de um recurso contra a condenação. Se trata de uma garantia do indivíduo frente ao Estado e não somente uma guia que orienta o desenho dos sistemas de impugnação nos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes da Convenção)”.

a interpretação pela admissão do recurso, no caso em exame, é a que atende, de modo concreto, os compromissos assumidos pelo Brasil perante a comunidade das nações, especialmente em face das cláusulas do Pacto de San José da Costa Rica. Convém registrar, finalmente, que a garantia assegurada nesse Pacto, relativa ao direito de toda a pessoa de recorrer da sentença penal que lhe imponha uma condenação, é mais uma forte razão a determinar a impostergável necessidade de reforma da nossa Constituição, que leve a eliminar ou, ao menos, a reduzir drasticamente, as inúmeras hipóteses de competência de foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal. É importante que também essa, entre as muitas outras, seja uma eloquente lição a ser retirada do julgamento da presente ação penal. 10. Ante o exposto, dou provimento ao agravo regimental (STF, 2013g, www.stf.jus.br).

Pelo exposto acima, pode-se concluir que o Ministro Teori Zavascki realizou um diálogo jurisdicional ascendente com a Corte IDH, na modalidade *receptiva*. Observa-se que a jurisprudência da Corte IDH constituiu um dos fundamentos de sua decisão. Além disso, verifica-se que, com seu voto, ele promoveu, embora expressamente não o tenha dito, o controle de convencionalidade das normas que impedem o recurso de decisão colegiada do STF (o que inclui normas do regimento interno do STF). E é realmente de se destacar a passagem em que o Ministro trata da necessidade de reforma da Constituição para eliminar as competências originárias do STF e garantir, assim, o direito de recurso aos réus, conforme exige o artigo 8º, “h”, da CADH (estaria a Constituição, como quer o Ministro, necessitando passar pelo filtro do controle de convencionalidade nesse ponto?).

O próximo momento em que aparece citação de jurisprudência da Corte IDH é no voto do Ministro Luiz Fux. Como a fundamentação do Ministro é idêntica à por ele proferida no voto do agravo analisado anteriormente (inaplicabilidade da jurisprudência da Corte IDH ao presente caso), passa-se, desde já, para a próxima citação, que ocorre no voto do Ministro Celso de Mello. Conforme o Ministro, o

direito ao duplo grau de jurisdição, consoante adverte a Corte Interamericana de Direitos Humanos, é também invocável mesmo nas hipóteses de condenações penais em decorrência de prerrogativa de foro, decretadas, em sede originária, por Cortes Supremas de Justiça estruturadas no âmbito dos Estados integrantes do sistema interamericano que hajam formalmente reconhecido, como obrigatória, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação do Pacto de São José da Costa Rica (STF, 2013g, www.stf.jus.br).

Vê-se que o Ministro foi objetivo e manifestou de forma clara a direção do seu voto. Os parágrafos que vieram na sequência são reprodução de trechos que já foram colacionados acima, quando se analisou os debates na AP 470. Isto é, o Ministro tratou novamente da obrigatoriedade de cumprir as decisões da Corte IDH, em razão de ato voluntário de ratificação da CADH e de reconhecimento da jurisdição da Corte regional. Tratou novamente também da importância da Corte IDH no exercício do controle de convencionalidade.

Na sequência, o Ministro trouxe à colação longa citação doutrinária de Luiz Flávio Gomes e Valerio Mazzuolli. Pela pertinência da citação na matéria em apreço e por contrapor a posição anterior dos próprios doutrinadores nos termos expostos no voto do Ministro Joaquim Barbosa, segue abaixo a primeira parte do trecho colacionado pelo Ministro Celso de Mello, que trata das diferenças do sistema europeu e do sistema interamericano quanto ao direito ao duplo grau de jurisdição, bem como da obrigatoriedade de observância das decisões da Corte IDH. Veja-se:

as duas exceções ao direito ao duplo grau, que vêm sendo reconhecidas no âmbito dos órgãos jurisdicionais europeus, são as seguintes: (a) caso de condenação imposta em razão de recurso contra sentença absolutória; (b) condenação imposta pelo tribunal máximo do país. Mas a sistemática do direito e da jurisprudência interamericana é distinta. Diferentemente do que se passa com o sistema europeu, vem o sistema interamericano afirmando que o respeito ao duplo grau de jurisdição é absolutamente indispensável, mesmo que se trate de condenação pelo órgão máximo do país. Não existem ressalvas no sistema interamericano em relação ao duplo grau de jurisdição. A Corte Interamericana não é um tribunal que está acima do STF, ou seja, não há hierarquia entre eles. É por isso que ela não constitui um órgão recursal. Porém, suas decisões obrigam o país que é condenado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa. 'Pacta sunt servanda': ninguém é obrigado a assumir compromissos internacionais. Depois de assumidos, devem ser cumpridos. De forma direta, a Corte não interfere nos processos que tramitam num determinado Estado membro sujeito à sua jurisdição (em razão de livre e espontânea adesão), porém, de forma indireta, sim. (...). (MAZZUOLLI, GOMES *apud* STF, 2013g, www.stf.jus.br).

Logo após, o Ministro continua a citação dos autores, agora tratando especificamente do Caso Barreto Leiva. Em dito caso,

a Corte, em sua decisão de 17.11.09, apresentou duas surpresas: a primeira é que fez valer em toda a sua integralidade o direito ao duplo grau de jurisdição (direito de ser julgado duas vezes, de forma ampla e ilimitada) e a segunda é que deixou claro que esse direito vale para todos os réus, inclusive os julgados pelo Tribunal máximo do país, em razão do foro especial por prerrogativa de função ou de conexão com quem desfrutava dessa prerrogativa (MAZZUOLLI, GOMES *apud* STF, 2013g, www.stf.jus.br).

Assim, os doutrinadores citados pelo Ministro Celso de Mello deixaram bastante clara a posição jurisprudencial da Corte IDH, a partir do Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela: o direito ao duplo grau de jurisdição subsiste nas ações originadas no Tribunal de maior hierarquia do país. Por fim, o último trecho doutrinário colacionado pelo Ministro vai concluir que, de acordo com a Corte IDH, quando a condenação é levada a cabo, em primeira instância, pelo tribunal do mais alto escalão, a solução será novo julgamento pelo mesmo tribunal. Veja-se:

quando o julgamento acontece na Corte Máxima, a única interpretação possível do art. 8º, II, 'h', da CADH, é que este mesmo tribunal é o competente para o segundo julgamento. Foi isso que determinou a CIDH no caso 'Barreto Leiva'. Quando não existe outro juiz ou Corte 'superior', é a mesma Corte máxima que deve proceder ao segundo julgamento porque, no âmbito criminal, nenhum réu jamais pode ser tolhido desse segundo julgamento (consoante a firme e incisiva jurisprudência da CIDH) (MAZZUOLLI, GOMES *apud* STF, 2013g, www.stf.jus.br).

A partir desse ponto, o Ministro retoma as discussões que lançou no debate da AP 470, no sentido de a soberania nacional não poder ser invocada para justificar o descumprimento da jurisprudência da Corte IDH. Interessante verificar que, logo adiante em seu voto, o Ministro faz menção ao princípio da primazia da norma mais favorável (*pro homine*), como critério interpretativo. Veja-se:

essa compreensão do tema – notadamente em situações como a ora em exame em que o Supremo Tribunal Federal se vê dividido na exegese de um dado preceito normativo – permite realizar a cláusula inscrita no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que confere, no domínio de interpretação dos direitos e garantias fundamentais, primazia à norma mais favorável, consoante tem enfatizado a própria jurisprudência desta Suprema Corte (STF, 2013g, www.stf.jus.br).

Assim, segundo o Ministro, na dúvida sobre como interpretar a norma prevista no artigo 8º, “h”, da CADH, deve-se adotar a exegese que melhor favoreça o direito humano em discussão. E essa técnica interpretativa, fundada no princípio *pro homine*, sem dúvida nos conduz à conclusão de que o direito ao duplo grau de jurisdição deve ser respeitado até mesmo nos casos em que a ação se origina no tribunal da mais alta hierarquia do país, interpretação mais favorável do que aquela que pressupõe a inexistência desse direito nas ações originárias.

A partir daí o Ministro colacionou a mesma jurisprudência que foi mencionada no capítulo anterior, subtítulo 3, quando abordamos o princípio *pro*

homine como instrumento interpretativo que teria resolvido de modo mais adequado e coerente a questão da prisão civil do depositário infiel. Com base no que foi visto acima, pode-se dizer que o voto do Ministro Celso de Mello configura um diálogo jurisprudencial com a Corte IDH, na modalidade de interpretação *receptiva*. A interpretação da Corte IDH a respeito do artigo 8º, 2, “h”, da CADH constituiu fundamento de sua decisão. E, da mesma forma, embora não tenha dito expressamente, o Ministro promoveu efetivo controle de convencionalidade da normativa nacional que impede o recurso do réu julgado originariamente no STF.

Fechando a análise, é preciso reconhecer que o caso propiciou intensos debates acerca da jurisprudência da Corte IDH e do *corpus iuris* interamericano como um todo. Ao final, por apertada maioria, os embargos infringentes foram admitidos, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Marco Aurélio. A decisão foi, assim, conforme o *corpus iuris* interamericano.

A próxima decisão do STF que contém menção à Corte IDH está no acórdão do HC 115.539/RO, julgado em 3 de setembro de 2013, de relatoria do Ministro Luiz Fux. No caso, discutiu-se sobre a regularidade da transferência do preso Eliton Alves Alfaia da penitenciária de Porto Velho conhecida como “Urso Branco” para presídio federal de segurança máxima (Presídio Federal de Porto Velho). O argumento de que o processo de transferência não respeitou o devido processo legal centrou-se na suposta inobservância da formalidade prevista no art. 5º, §2º, da Lei nº 11.672/2008, que estabelece que após

instruídos os autos do processo de transferência, serão ouvidos, no prazo de 5 (cinco) dias cada, quando não requerentes, a autoridade administrativa, o Ministério Público e a defesa, bem como o Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, a quem é facultado indicar o estabelecimento penal mais adequado (BRASIL, 2008, www.planalto.gov.br).

A menção à Corte IDH aparece já na ementa da decisão que, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*. Senão, vejamos:

TRANSFERÊNCIA DE PRESO PARA PRESÍDIO FEDERAL DE SEGURANÇA MÁXIMA SEM OBSERVÂNCIA DE FORMALIDADES LEGAIS. AFRONTA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, À AMPLA DEFESA, À INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E À DIGNIDADE HUMANA: INOCORRÊNCIA: MEDIDA EMERGENCIAL CARACTERIZADA POR: A) HISTÓRICO DE REBELIÕES QUE PROVOCARAM 40 MORTES EM

RONDÔNIA, A PARTIR DE 2003; B) JULGAMENTO DO BRASIL E DO ESTADO DE RONDÔNIA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS; C) INTERDIÇÃO DE PRESÍDIO; D) PERICULOSIDADE DO PACIENTE, CONDENADO A 49 ANOS DE RECLUSÃO; E E) LIDERANÇA SUBVERSIVA EXERCIDA PELO AGENTE E CONSEQUENTE DESESTABILIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL. OITIVA DO RECLUSO: POSTERGAÇÃO EM CASO DE EMERGÊNCIA – ART. 5º, § 6º, DA LEI N. 11.671/2008.

1. O § 6º do art. 5º da Lei n. 11.671/2008 estabelece que “Havendo extrema necessidade, o juiz federal poderá autorizar a imediata transferência do preso e, após a instrução dos autos, na forma do § 2º deste artigo, decidir pela manutenção ou revogação da medida adotada”, evidenciando a possibilidade de postergação da oitiva dos agentes envolvidos no processo de transferência, formalidade prevista no § 2º do art. 5º da Lei n. 11.672/2008 [...]

2. *In casu*, os fatos caracterizadores da situação de emergência restaram demonstrados: (i) rebeliões ocorridas a partir de 2003, com 42 (quarenta e duas) mortes; (iii) julgamento do Brasil e do Estado de Rondônia pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, interdição de presídio, etc., tudo isso aliado à particular periculosidade do recluso, devidamente demonstrada nas execuções penais as quais responde, por isso é mister que se acolha a justificativa judicial no sentido de “A prévia oitiva do agente, nesta altura, é insusceptível de efetivação. Tanto redundaria em rebeliões e motins, demonstra-o o passado. A adução das razões do reeducando é postergada para ao depois da inclusão emergencial, medida passível de confirmação ou revogação ulteriormente”, tal como faculta o § 6º do art. 5º da Lei n. 11.671/2008. [...]

4. O quadro delineado revela - diversamente do sustentado nas razões da impetração - inexistência de violação dos direitos fundamentais atinentes ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e à dignidade humana

5. Ordem denegada (STF, 2013e, www.stf.jus.br).

A decisão da Corte IDH referida na ementa trata-se do caso Penitenciária Urso Branco²⁷⁴. A condenação brasileira se deu ante a precariedade e insegurança de dito presídio, situado no Estado de Rondônia. Após constatada uma superlotação carcerária na penitenciária, bem como a execução de presos pelos próprios companheiros de cela, a Corte IDH determinou ao Brasil, já em 18 de junho de 2002, que adotasse “todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as pessoas reclusas na Penitenciária Urso Branco” (CORTE IDH, 2002, www.corteidh.or.cr).

Além de constar na ementa da decisão do STF, a menção a dito caso também aparece no voto do ministro relator em outras duas oportunidades. A primeira citação ocorre de forma indireta quando o Ministro colaciona, no início de seu voto, os termos do requerimento do Secretário de Estado de Justiça de Rondônia, Gilvan Cordeiro Ferro, ao Juízo de Direito da Vara de Execução Penal de

²⁷⁴ Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002.

Porto Velho para a transferência de presos. O pedido do Secretário (*apud* STF, 2013e, www.stf.jus.br) foi redigido da seguinte maneira:

PEDIDO DE TRANSFERÊNCIA DE PRESOS DO SISTEMA PENITENCIÁRIO DO ESTADO DE RONDÔNIA PARA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE PORTO VELHO – RONDÔNIA.

DOS FATOS:

1. O Sistema Penitenciário de Rondônia permanece em período crítico, que teve sua gênese no primeiro motim ocorrido na Penitenciária 'José Mário Alves da Silva', conhecida popularmente como 'Urso Branco', no ano de 2001, culminando com a morte de 27 (vinte e sete) presos.
2. Este primeiro evento, como Vossa Excelência bem sabe, levou o Brasil e o Estado de Rondônia a julgamento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, da Organização dos Estados Americanos – OEA.
3. Desde então, a Corte Interamericana vem acompanhando de perto as ações administrativas de nosso sistema penitenciário. Reuniões mensais são realizadas, e resultados são cobrados do Governo do Estado.
4. No ano de 2003, não obstante todos os esforços do Governo do Estado de Rondônia, na busca de soluções para a crise enfrentada pelo nosso sistema penitenciário, ocorreu novo levante no mesmo estabelecimento com novas mortes. Desta feita, 14 (quatorze) presos foram executados pelos seus próprios companheiros de cárcere em uma demonstração de pura selvageria e barbárie [...].

Segundo o Secretário, a transferência de alguns presidiários é imprescindível para o desfazimento de lideranças que põem em risco a segurança dos demais presos, assim como dos agentes penitenciários e da população em geral. Além disso, “a transferência se justifica em razão do alto grau de periculosidade desses presos, além da visível fragilidade que se encontra o Sistema Penitenciário Estadual em razão da superlotação carcerária” (STF, 2013e, www.stf.jus.br).

Conforme relata o Ministro, o pedido foi deferido pela Vara de Execução Penal de Porto Velho, com o reconhecimento do alto grau de periculosidade do paciente do presente *habeas corpus*, reconhecido como líder dos detentos, que “subverte a ordem e a disciplina da população carcerária. Daí causar transtornos à segurança pública, criando situações conducentes a motins e rebeliões” (STF, 2013e, www.stf.jus.br).

Já no final de seu voto, o Ministro menciona que se afigurou, portanto, postergável a regra contida no art. 5º, §2º da Lei n. 11.672/2008, tendo em vista a situação de emergência que caracteriza o presente caso. Senão, vejamos:

os fatos caracterizadores da situação de emergência restaram exaustivamente demonstrados: (i) rebeliões ocorridas a partir de 2003, com 42 (quarenta e duas) mortes; julgamento do Brasil e do Estado de Rondônia

pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, interdição de presídio, etc., tudo isso aliado a demonstrada periculosidade do paciente, comprovada nos processos de execução a que responde e nos seus assentamentos, tendo o Juiz andado bem ao consignar que “A prévia oitiva do agente, nesta altura, é insusceptível de efetivação. Tanto redundaria em rebeliões e motins, demonstra-o o passado. A adução das razões do reeducando é postergada para ao depois da inclusão emergencial, medida passível de confirmação ou revogação ulteriormente”, tal como faculta o § 6º do art. 5º da Lei n. 11.671/2008 (STF, 2013e, www.stf.jus.br).

Com base em tais razões, o STF julgou improcedente o *habeas corpus* impetrado. Nesse caso, a condenação do Brasil perante a Corte IDH foi levada em consideração na decisão e foi um dos seus fundamentos. A decisão está em conformidade com a decisão da Corte IDH que, como visto anteriormente, determinou ao país que adotasse as medidas necessárias para salvaguardar a vida e integridade física das pessoas presas na Penitenciária Urso Branco. O caso não exigiu o exercício do controle de convencionalidade e a modalidade de diálogo não se enquadra precisamente nas descritas no último subtítulo²⁷⁵, razão por que nos limitamos a considerá-la como uma interpretação *conforme o corpus iuris* interamericano.

Pela pertinência temática, antecipa-se a análise da decisão do STF no RE 592.581/RS, julgado em 13 de agosto de 2015. O recurso extraordinário buscou a reforma de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) que, ao reformar a decisão de primeiro grau, julgou que não competia ao Poder Judiciário determinar ao “Executivo a realização de obras em estabelecimento prisional, sob pena de indevida invasão de campo decisório reservado à Administração Pública” (STF, 2015b, www.stf.jus.br). Cumpre mencionar que o TJRS decidiu dessa forma ainda que tenha reconhecido “a precariedade das condições a que estão submetidos os detentos do Albergue Estadual de Uruguaiana” (STF, 2015b, www.stf.jus.br).

A decisão do STF, pelo voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, retoma a discussão acerca da Penitenciária Urso Branco. Senão, vejamos:

²⁷⁵ Veja-se que a modalidade receptiva não se amolda precisamente ao caso, pois a jurisprudência da Corte IDH invocada no voto do Ministro valeu-se em especial da parte dispositiva da decisão regional (isto é, da condenação efetiva e não da *ratio decidendi* da decisão), que, ademais, teve o Brasil no polo passivo da demanda. Também não se pode dizer que é corretiva, pois não havia uma cultura jurisprudencial contrária ao *corpus iuris* interamericano a qual fosse necessário corrigir. Por isso, limita-se a dizer que figura como interpretação conforme, haja vista sua inegável conformidade com a jurisprudência da Corte IDH, que exige do Brasil a adoção de medidas tendentes a salvaguardar a vida e integridade dos presos da penitenciária Urso Branco, direitos que estavam em risco ante a liderança subversiva do paciente do *habeas corpus* em comento.

em consequência da reiterada violação aos direitos humanos dos presos no Brasil, já foram ajuizados contra o País diversos processos perante a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dentre eles, o de maior repercussão é aquele que envolve a denúncia de mortes e maus-tratos de detentos no Presídio José Mário Alves da Silva, conhecido como “Urso Branco”, situado em Porto Velho/RO.

Tal caso é considerado internacionalmente um verdadeiro paradigma do descaso com que as autoridades brasileiras tratam do sistema penitenciário. No âmbito interno, rememoro, ele deu ensejo a pedido de intervenção federal no Estado nesta Suprema Corte. Lamentavelmente, a situação do Urso Branco não é o único exemplo de crítica internacional à violação de direitos dos reclusos em nossas penitenciárias (STF, 2015b, www.stf.jus.br).

A partir daí, o Ministro menciona outros casos analisados pela Corte IDH em processos que têm o Brasil no polo passivo da demanda, como é a

a situação do Complexo do Tatuapé – FEBEM, em São Paulo/SP, da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, em Araraquara/SP, e da Unidade de Internação Socioeducativa, em Cariacica/ES, determinando medidas a serem cumpridas pelo Estado brasileiro voltadas à proteção da vida e da integridade física dos reclusos e daqueles que trabalham ou frequentam aqueles estabelecimentos (STF, 2015b, www.stf.jus.br).

Tendo em vista, as determinações da Corte IDH impostas ao nosso país nos casos mencionados, o Ministro destaca que

a partir do momento em que o Brasil adere a um tratado ou a uma convenção internacional, sobretudo àqueles que dizem respeito aos direitos humanos, a União assume as obrigações neles pactuadas, sujeitando-se, inclusive, à supervisão dos órgãos internacionais de controle, porquanto somente ela possui personalidade jurídica no plano externo (STF, 2015b, www.stf.jus.br).

Essa mesma ideia é reforçada mais adiante, em seu voto, quando aduz que o Judiciário deve intervir na realidade trágica que se enfrenta neste país no que se refere às penitenciárias. Diz o Ministro:

trago também no meu voto aqui condenações da Corte Internacional de Direitos Humanos, sediada em São José da Costa Rica, em que nós somos instados, por uma Corte Interamericana, portanto, supranacional, a promover medidas corretivas urgentes em vários presídios do País, e nada é feito. Então, penso, *data venia*, com o máximo respeito, que é chegada a hora de o Poder Judiciário realmente fazer jus às elevadas competências que a Constituição lhe outorga e, realmente, assumir o status de um Poder do Estado, sobretudo quando os demais Poderes - sobretudo o Poder Executivo, com todo o respeito - estão absolutamente omissos no que diz respeito à questão dos presídios (STF, 2015b, www.stf.jus.br).

Como visto, o voto é enfático no sentido de que devem ser asseguradas as condições para o respeito à dignidade dos presos. As decisões da Corte IDH mencionadas demonstram que a precariedade do sistema penitenciário brasileiro é reconhecida internacionalmente e, assim, não deve permanecer. Para tanto, o Ministro enfatizou o papel da Judiciário no enfrentamento desse problema. A decisão do STF foi unânime, acompanhando o voto do relator, e definiu que

é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes (STF, 2015b, www.stf.jus.br).

Assim, a decisão ora analisada está em conformidade com o *corpus iuris* interamericano e propende a evitar nova condenação brasileira, a exemplo do que ocorrera nos casos mencionados pelo Ministro Lewandowski. As condenações brasileiras frente à Corte IDH configuraram um dos fundamentos da presente decisão, constituindo parte de sua *ratio decidendi*. Trata-se de modalidade de interpretação *corretiva*, haja vista fundar-se em decisões condenatórias de nosso país e corrigir interpretação realizada por tribunal interno.

O próximo caso a ser analisado é o RE 591.054/SC, julgado em 17 de dezembro de 2014. O referido acórdão definiu que “os inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais” (STF, 2014a, www.stf.jus.br) e, bem assim, não devem exercer influência na fixação da pena, com base no princípio da presunção de inocência. Segundo o Ministro Relator Marco Aurélio, “esse ponto de vista está em absoluta consonância com a moderna jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos” (STF, 2014a, www.stf.jus.br). A partir daí, o Ministro mencionou algumas decisões da Corte regional que, ao interpretar o artigo 8º, 2, da CADH, manifestou-se acerca da imprescindibilidade do trânsito em julgado para que um processo penal possa produzir efeitos. Senão, vejamos:

na decisão relativa ao caso Ricardo Canese (Sentença de 31 de agosto de 2004, Série C, nº 111, parágrafo 154), por exemplo, referiu-se ao princípio consubstanciado no artigo 8º, parágrafo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado entre nós pelo Decreto nº 678/2002, como um elemento

essencial para a realização efetiva do direito à defesa, a acompanhar o acusado durante toda a tramitação do processo, até que o título condenatório no qual assentada a culpabilidade transite em julgado. Em pronunciamento alusivo ao caso Cabrera García e Montiel Flores (Sentença de 26 de novembro de 2010, Série C, nº 220, parágrafo 184), entendeu vulneradora da garantia a decisão judicial em que refletida opinião a selar a culpa do acusado antes de este vir a ser pronunciado como tal. No julgamento dos casos Tibi (Sentença de 7 de setembro de 2004, Série C, nº 114, parágrafo 182) e Cantoral Benavides (Sentença de 18 de agosto de 2000, Série C, nº 69, parágrafo 120), assinalou ser defeso ao Estado condenar informalmente uma pessoa ou emitir juízo de valor à sociedade, de molde a formar opinião pública, enquanto não cancelada a responsabilidade penal (STF, 2014a, www.stf.jus.br).

Nova menção à Corte IDH aparece ainda no voto do Ministro Celso de Mello, que colacionou trecho doutrinário já abordado anteriormente, quando se analisou a primeira decisão em que houve citação da Corte regional, isto é, a ADPF 144/DF. Tendo em vista que a citação já foi avaliada anteriormente e, ainda, é indireta e não totalmente relacionada com o objeto da presente demanda, limitemo-nos a analisar a manifestação do Ministro relator.

O primeiro caso mencionado pelo Ministro²⁷⁶ tratou da responsabilidade do Paraguai por ter impedido o Sr. Ricardo Canese de sair do país por 8 anos, sem que este houvesse sido definitivamente condenado (foi condenado em primeira instância e absolvido posteriormente). O trecho em que se baseou o Ministro está no parágrafo 154 da decisão, segundo o qual,

a Corte considera que o direito à presunção de inocência é um elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa e acompanha o acusado durante toda a tramitação do processo até que uma sentença condenatória que determine sua culpabilidade seja definitiva (CORTE IDH, 2004, www.corteidh.or.cr).

Outrossim, no segundo caso mencionado pelo Ministro (Cabrera García e Montiel Flores Vs. México²⁷⁷), a Corte IDH mencionou que

el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que el acusado ha cometido el delito que se le imputa, por lo que la carga de la prueba está a cargo de quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio del acusado. La presunción de inocencia se vulnera si antes de que el acusado sea

²⁷⁶ Corte IDH. Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111.

²⁷⁷ Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220.

encontrado culpable una decisión judicial relacionada con él refleja la opinión de que es culpable²⁷⁸ (CORTE IDH, 2010b, www.corteidh.or.cr).

Os demais casos citados também enfatizam a necessidade de respeito ao princípio da presunção de inocência, que “exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal²⁷⁹” (CORTE IDH²⁸⁰, 2000, www.corteidh.or.cr). Assim, verifica-se que a decisão do STF se afigura conforme o *corpus iuris* interamericano e o diálogo ascendente com a Corte IDH se deu na modalidade receptiva. Os precedentes da Corte IDH constituíram parte da *ratio decidendi* no voto do Ministro relator, que, sem dizê-lo, realizou um controle de convencionalidade sobre a interpretação judicial de que processos e inquéritos em curso poderiam influir na dosimetria da pena, na condição de antecedentes criminais.

O próximo caso a ser analisado é a ADI 4815/DF, julgada em 10 de junho de 2015. Trata-se da polêmica decisão que culminou na declaração de inexigibilidade de autorização para a publicação de biografias. A ação foi ajuizada pela Associação Nacional dos Editores de Livros (ANEL) com o fim de obter declaração de inconstitucionalidade parcial dos artigos 20 e 21 do Código Civil, que seriam, conforme seus argumentos, incompatíveis com os primados da liberdade de expressão e de informação.

Acompanhando o voto da Ministra relatora Cármen Lúcia, a decisão do STF pela procedência da ADI 4815/DF foi unânime e conferiu interpretação conforme aos dispositivos legais supracitados

para, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de sua expressão, de criação artística, produção científica, declarar inexigível o consentimento de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais, sendo por igual desnecessária autorização de pessoas retratadas como coadjuvantes (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas) (STF, 2015a, www.stf.jus.br).

²⁷⁸ Tradução livre: “o princípio da presunção de inocência implica que os julgadores não iniciem o processo com uma ideia preconcebida de que o acusado cometeu o delito que se lhe imputa, pelo que o ônus da prova está a cargo de quem acusa e qualquer dúvida deve ser usada em benefício do acusado. A presunção de inocência se vulnera se antes de o acusado ser declarado culpado uma decisão judicial relacionada com ele reflete a opinião de que é culpado”.

²⁷⁹ Tradução livre: “exige que uma pessoa não possa ser condenada enquanto não exista prova plena de sua responsabilidade penal”.

²⁸⁰ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

A jurisprudência da Corte IDH, no presente caso, é mencionada no voto da Ministra relatora. A primeira menção aparece quando a Ministra está a tratar do direito previsto no artigo 13 da CADH e da impossibilidade de censura prévia. Nesse contexto, veio à tona o já citado caso *Olmedo Bustos e outros Vs. Chile*, referente à proibição de exibição do filme “A última tentação de Cristo”. Como referido anteriormente, a proibição possuía respaldo na Constituição do Chile que, na época, permitia a censura prévia. Após mencionar o caminho processual no âmbito interno, a Ministra referiu que o caso chegou à Comissão IDH que, em 1999, decidiu submeter a lide à Corte IDH. Ao apreciar o caso,

a Corte julgou ter o Estado chileno violado o art. 13 da Convenção Americana. Nos fundamentos da decisão, o Tribunal considerou comprovada a censura prévia a proibir a exibição do filme, em contrariedade ao direito à liberdade de expressão e ao direito à informação dos cidadãos chilenos que peticionaram no sistema interamericano. No julgamento, a Corte Interamericana vale-se de fundamentos aproveitados no caso *Handyside*, julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1976, para demonstrar a importância da liberdade de expressão para sociedade democrática informada e livre (STF, 2015a, www.stf.jus.br).

No mencionado caso europeu, que serviu de apoio à decisão da Corte IDH, restou consignado que a liberdade de expressão protege não apenas a manifestação de “informações ou ideias favoravelmente recebidas ou consideradas como inofensivas ou indiferentes” (STF, 2015a, www.stf.jus.br), senão que também garante a divulgação de ideias e informações “chocantes, inquietantes ou ofensivas ao Estado ou a parte da população” (STF, 2015a, www.stf.jus.br). Na decisão, “fez-se referência aos princípios do pluralismo, da tolerância, sem o que sociedade democrática não prosperaria” (STF, 2015a, www.stf.jus.br). Por fim, a Ministra referiu que

no caso *Olmedo Bustos versus Chile*, a Corte Interamericana considerou ser o direito à liberdade de expressão e de pensamento formado tanto pelo direito de expressar o próprio pensamento (dimensão individual) quanto pelo direito de buscar, receber e difundir informações sobre qualquer matéria (dimensão social). Afirmou ser fundamental a garantia das duas dimensões para a efetivação do direito à liberdade de expressão consagrado no art. 13 da Convenção Americana (STF, 2015a, www.stf.jus.br).

Desse modo, observa-se que o diálogo interjurisdicional ascendente realizado pela Ministra Carmen Lúcia, no presente caso, está em conformidade com

o *corpus iuris* interamericano. O diálogo foi levado a cabo na modalidade *inovadora*, visto que a Corte IDH ainda não foi provocada a se manifestar especificamente sobre a exigência de autorização prévia para a publicação de biografias e sua compatibilidade com o artigo 13 da CADH. Por fim, cumpre referir que, mesmo sem dizê-lo, a Ministra realizou um controle de convencionalidade sobre a interpretação dos artigos 20 e 21 do Código Civil, tendo como um de seus fundamentos a jurisprudência da Corte IDH.

Por fim, o último caso que a pesquisa indicou é a ADPF 378 MC/DF, julgada em 17 de dezembro de 2015, de relatoria do Ministro Edson Fachin. A ADPF foi ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil e teve por fim discutir a “compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988” (STF, 2015c, www.stf.jus.br). Ou, nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso, a ADPF visou à

realização de uma *filtragem constitucional* da Lei nº 1.079/1950, de modo a tornar claro e estreme de dúvida quais de suas normas se mantêm em vigor e quais foram revogadas, bem como a forma pela qual as remanescentes devem ser interpretadas (STF, 2015c, www.stf.jus.br).

A jurisprudência da Corte IDH foi levantada, já no relatório da decisão, como premissa teórica e dogmática da ADPF, em razão da qual seria necessário proceder a uma releitura da lei em discussão. Conforme descrito pelo Ministro relator, é preciso reavaliar a Lei nº 1.079/1950 à luz da jurisprudência da Corte IDH, “que afirma a necessidade de se aplicar ao processo de impeachment as garantias típicas do Processo Penal e do Processo Administrativo Sancionador” (STF, 2015c, www.stf.jus.br).

A próxima menção à Corte IDH aparece no voto do Ministro relator, quando ele trata das garantias judiciais previstas no artigo 8º da CADH e da possibilidade de extensão de tais garantias para outros procedimentos sancionatórios, como é o caso do processo de *impeachment*. Conforme o Ministro, o entendimento firmado pela Corte regional no caso Tribunal Constitucional Vs. Peru é no sentido de que as garantias previstas no artigo 8º da CADH

aplicam-se não apenas aos processos judiciais, mas a todo e qualquer procedimento sancionatório promovido pelo Estado por meio de órgãos que exerçam funções de caráter materialmente jurisdicional. No referido caso, discutiu-se justamente a incidência das garantias do art. 8º no

processamento e julgamento de impeachment de juízes da Corte Constitucional do Perú. A Corte Interamericana de Direitos Humanos chegou à conclusão de que, apesar do procedimento de impeachment não ser judicial, também a ele deveriam se aplicar as garantias do art. 8º para que também ele fosse o resultado de um justo e devido processo legal. Esse entendimento foi aplicado ao caso Baena Ricardo e outros vs. Panamá (sentença de 02 fevereiro de 2001), que tratou sobre a demissão arbitrária de servidores públicos e dirigentes sindicais e o direito deles de terem respeitadas em seus processos administrativos as garantias previstas pelo art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos (STF, 2015c, www.stf.jus.br).

Diante de tais precedentes da Corte Interamericana, o Ministro concluiu que “o procedimento de *impeachment* de Presidente da República deve respeitar todas as garantias judiciais previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos e na Constituição Federal” (STF, 2015, www.stf.jus.br). O entendimento da Corte IDH é perfeitamente demonstrado no primeiro caso mencionado pelo Ministro (Tribunal Constitucional Vs. Peru²⁸¹). Segundo a decisão,

cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana (CORTE IDH, 2001a, www.corteidh.or.cr).

Assim, observa-se que o voto do Ministro relator Edson Fachin está em conformidade com o *corpus iuris* interamericano. A modalidade de diálogo aqui desenvolvida foi receptiva e a jurisprudência da Corte IDH constituiu um dos fundamentos da decisão do Ministro. Outrossim, pode-se concluir que, mesmo sem dizê-lo, o Ministro relator promoveu um controle de convencionalidade quanto à interpretação da Lei nº 1.079/1950.

Com isso, chega-se ao fim da análise jurisprudencial. Observa-se que o diálogo judicial entre o STF e a Corte IDH ainda é incipiente. Embora o STF faça constante referência a julgados da Suprema Corte norte-americana ou a julgados do Tribunal alemão, faz pouco uso da jurisprudência da Corte Interamericana (PIOVESAN, 2012). Considerando que o total de acórdãos proferidos pelo STF no

²⁸¹ Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71.

período analisado foi de 78.188²⁸², o número de casos em que há menção de jurisprudência da Corte IDH é deveras diminuto. Em termos percentuais, corresponde a apenas 0,03% dos acórdãos proferidos no período.

Ainda assim, há que se reconhecer que o diálogo com a Corte IDH já se mostrou relevante na interpretação do *corpus iuris* interamericano. Não são muitas as ações que contêm menção à jurisprudência da Corte IDH, mas tratam-se de decisões que versaram sobre temas importantes, em que se definiu, entre outros, a extensão do direito ao duplo grau de jurisdição, da presunção de inocência e das garantias judiciais em geral, assim como a garantia da liberdade de expressão e de imprensa.

282 Dados obtidos através de pesquisa realizada no dia 4/9/2016 no *site* institucional do STF na ferramenta “pesquisa de jurisprudência”. Não estão sendo consideradas para esses números as decisões monocráticas, mas tão somente os acórdãos de dito Órgão.

5 CONCLUSÃO

Embora a humanidade não tenha, num plano global, se livrado do terror da guerra e, em geral, das violações de direitos humanos, isso não impede de dizer que estamos vivendo hodiernamente um momento ímpar na história. Outrora, foi rotineiro que homens e mulheres se vissem compelidos a sacrificar-se em nome do Estado, entregando suas vidas em batalhas sangrentas, as quais, em sua maioria, foram travadas com o intento de alargar e/ou consolidar fronteiras. Hoje, exige-se o contrário: o Estado é quem deve empreender esforços para a salvaguarda e promoção dos direitos humanos. E, ademais, as fronteiras somente encontram justificação se e quando estão a favor do povo que por elas é acolhido, ante a demarcação de novos e mais benéficos direitos e da criação de laços de afinidade humana e cultural.

O direito interno, nesse cenário, torna-se permeável ao direito internacional e permite – e até mesmo impõe – ao Judiciário doméstico a invocação de normas ou jurisprudência supranacionais, quando verificado que estas são as mais benéficas à proteção do direito (princípio *pro homine*). Sob o ponto de vista doméstico, essa abertura ao direito internacional dos direitos humanos afigura-se como corolário do Estado Democrático de Direito, que tem como um de seus principais atributos o respeito e promoção da dignidade humana.

Não é possível definir com precisão qual o marco inicial no processo de internacionalização dos direitos humanos, mas o certo é que esse fenômeno se intensificou significativamente a partir de meados do século XX, com o fim da segunda guerra mundial. Naquele momento, percebeu-se que a proteção aos direitos humanos não deveria ser responsabilidade exclusiva dos Estados, os quais, como a história veio a cabal e cruelmente demonstrar, são, eles próprios, potencialmente os maiores violadores desses direitos. Além disso, especialmente com o desenvolvimento do capitalismo, também ficou claro que os Estados são falíveis na salvaguarda dos direitos humanos quando o seu desrespeito parte de pessoas jurídicas de direito privado, tais como empresas, que tanto vulneram direitos humanos do trabalhador, do consumidor, do meio ambiente.

Diante desse quadro, fundou-se, em 1945 (logo após o fim da segunda guerra), a maior – em relevância e em número de membros – organização internacional já existente: a ONU. Como resultado dessa união de nações, diversos

documentos normativos sobre direitos humanos foram engendrados no âmbito internacional, com destaque simbólico para o primeiro deles: a DUDH, concluída no ano de 1948. Outrossim, destacam-se, ante sua vinculatividade jurídica, os dois pactos internacionais criados pela ONU em 1966, isto é, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Com efeito, a ONU e todo o corpo jurídico dela oriundo integra o sistema internacional dos direitos humanos. Sua existência atende ao critério da universalidade dos direitos humanos, tendo em vista que se trata de um sistema que pretende dar igual proteção aos direitos humanos de todos os povos.

Contudo, isso não impediu (e nem deveria, de fato, ter impedido) a formação de sistemas *regionais* de proteção aos direitos humanos, cuja criação, inclusive, foi e continua sendo encorajada pela ONU. Isso porque, a prática demonstra que a proximidade geográfica e cultural dos sistemas regionais é um fator facilitador na proteção dos direitos humanos. Outrossim, cada continente possui peculiaridades históricas que reclamam um tratamento diferenciado.

Atualmente os sistemas regionais existentes são o americano, o europeu e o africano. O sistema americano (ou interamericano) de proteção aos direitos humanos figura como o mais antigo de todos, com início já no século XIX. Sua consolidação, entretanto, veio a ocorrer somente no ano de 1948, com a criação da OEA, que já no seu primeiro ano aprovou documento jurídico de relevante valor simbólico no *corpus iuris* interamericano: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Como resultado da produção normativa da OEA, ainda convém destacar o mais importante documento do sistema interamericano: a CADH, documento que, *inter alia*, instituiu a Corte IDH.

A referida Corte trata-se de um órgão jurisdicional interamericano, criado para assegurar o cumprimento dos compromissos assumidos pelos Estados no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para tanto, conta com uma jurisdição consultiva e uma contenciosa, pelas quais pode respectivamente emitir pareceres sobre o direito convencional vinculante para quaisquer Estados membros da OEA, bem como impor condenações aos Estados-membros que desrespeitarem o corpo jurídico interamericano.

A jurisprudência da Corte IDH vincula os Estados que reconheceram sua competência contenciosa e possui duas manifestações distintas. A primeira manifestação trata-se de uma vinculação direta, com efeito *inter partes*, e refere-se à

obrigação do país condenado em cumprir a parte dispositiva da decisão da Corte IDH. Essa vinculação decorre do princípio *pacta sunt servanda*, no sentido de que os Estados devem honrar os compromissos assumidos internacionalmente. De outra parte, a segunda manifestação refere-se à obrigação de observância por parte de *todos* os Estados membros no que concerne à *ratio decidendi* das decisões da Corte IDH. Essa é uma vinculação indireta, com efeito *erga omnes*, que compele todos os Estados partes a observarem a interpretação que a Corte IDH faz, no exercício de sua jurisdição consultiva ou contenciosa, dos dispositivos e princípios do *corpus iuris* interamericano, interpretação essa que *integra* o *corpus iuris* interamericano e é parâmetro do controle de convencionalidade.

Já que enfim tocamos novamente num dos assuntos centrais desta dissertação, cabe lembrar que o controle de convencionalidade trata-se de uma análise de compatibilidade entre o direito interno e o direito internacional dos direitos humanos. Por meio dele pode ser declarada a invalidade da norma interna, caso esta não atenda ao padrão mínimo de proteção exigido pela normativa internacional ou regional. Além disso, trata-se de um critério *hermenêutico*, pelo qual as normas internas devem ser interpretadas à luz das convenções internacionais sobre direitos humanos.

Com efeito, o controle de convencionalidade não se trata de prerrogativa exclusiva das cortes internacionais. Pelo contrário, ele figura primariamente como um dever institucional de todo juiz ou tribunal integrante dos Estados partes. E, como se procurou insistentemente aqui destacar, o controle de convencionalidade não possui como parâmetro apenas as convenções internacionais, mas também a jurisprudência das cortes regionais que vinculam o Estado membro que, por ato soberano, haja reconhecido sua competência.

Em outras palavras, o *corpus iuris* interamericano, formado pela CADH e demais instrumentos normativos oriundos da OEA, bem como pela jurisprudência da Corte IDH, deve ser observado internamente pelos países signatários, sobretudo por aqueles que, assim como o Brasil, tenham reconhecido a competência contenciosa do referido Tribunal regional.

Nesse contexto, o Brasil – como parte integrante do Sistema Global de Direitos Humanos, representado pela ONU, e também do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, representado pela OEA – deve zelar para que os direitos humanos previstos nos correspondentes instrumentos normativos internacionais e

regionais de que o país é signatário, sejam respeitados como padrões mínimos em matéria de direitos humanos, sob pena de vir a sofrer um processo no plano regional. Essa obrigação decorre, ademais, da própria Constituição Federal, que *inclui* os direitos humanos previstos em tratados internacionais no rol dos direitos fundamentais (artigo 5º, § 2º da CF).

Desse modo, fica demonstrado que a Constituição Federal não se afigura mais como parâmetro *único* no controle de atos e normas estatais. Por esse motivo, ainda que hipoteticamente encontrem respaldo no direito interno, os atos e normas domésticos, quaisquer que sejam, devem ser submetidos a um duplo controle, isto é, além de um controle de constitucionalidade, um controle de *convencionalidade*, a fim de que possa ser avaliada a compatibilidade do direito interno com o direito internacional dos direitos humanos e a jurisprudência das Cortes internacionais e/ou regionais. Caso o referido cotejo indique conflito, a norma ou ato nacional (exceto se for mais benéfico à proteção do direito) deverá ser declarado inconveniente e, bem assim, deixar de produzir efeitos jurídicos.

Com efeito, o controle de convencionalidade, além de constituir um dever institucional do Poder Judiciário, afigura-se como instrumento jurídico que importa no seu reforço institucional, na medida em que o autoriza a legitimamente deixar de aplicar o direito interno no caso de este ser contrário ou oferecer proteção inferior ao *corpus iuris* interamericano, nele incluída a jurisprudência da Corte IDH. Contudo, é certo que maiores poderes implicam também maiores responsabilidades, de modo que essa nova ferramenta à disposição do Poder Judiciário também lhe impõe um dever para com a humanidade²⁸³. E é o exercício responsável desse poder/dever o que se espera do nosso Judiciário nacional, em especial do seu órgão de cúpula: o Supremo Tribunal Federal.

A pesquisa realizada no capítulo anterior demonstrou que ainda é muito incipiente no Brasil, o exercício do controle de convencionalidade com base na jurisprudência da Corte IDH. Só ver que, não obstante o reconhecimento da competência da Corte IDH em 1998, foi somente em 2008 que houve a primeira

²⁸³ A frase "com grandes poderes vem grandes responsabilidades" ficou mundialmente conhecida ao ser escrita no 15º volume da revista de quadrinhos do homem aranha, em 1968 (SUPERINTERESSANTE, super.abril.com.br). Apesar disso, "há quem credite as palavras ao pensador francês Voltaire" (SUPERINTERESSANTE, super.abril.com.br), ou ainda a uma passagem bíblica, segundo a qual "daqueles a quem foi confiado muito, muito mais será pedido" (Lucas 12:48). De qualquer sorte, independentemente de quem seja o criador da frase, a verdade é que a sua mensagem é sábia e relevante.

citação de jurisprudência da Corte IDH pelo STF. Ademais, em termos percentuais, o número de acórdãos que contam com citação de jurisprudência da referida Corte regional é deveras diminuto e, quando ocorreu, normalmente foi de modo pontual, limitado a um ou a poucos ministros.

Realmente, não há como dizer que existe uma tradição de diálogo interjurisdicional ascendente entre o STF e a Corte IDH. Esse diálogo não se afigura como uma posição institucional do STF. Pelo contrário, verifica-se uma grande discrepância entre os ministros, de modo que a grande maioria deles nunca²⁸⁴ citou jurisprudência da Corte IDH ou citou em um²⁸⁵ ou dois²⁸⁶ casos. Diferente é o caso do Ministro Celso de Mello. O referido ministro citou jurisprudência da Corte IDH em 16 dos 26 casos analisados. Isso demonstra que se está diante muito mais de um posicionamento *individual* do Ministro do que propriamente uma posição institucional do STF de diálogo com a Corte IDH.

Veja-se que a discrepância é tão grande que o segundo ministro que mais citou jurisprudência da Corte regional foi o Ministro Luiz Fux, que o fez em 4 oportunidades. E, ainda assim, há que se registrar que 3 delas são referentes ao mesmo caso, isto é, o caso “Mensalão”. E para piorar, nesses 3 acórdãos, o Ministro, no seu voto (posição que acabou derrotada), realizou um diálogo judicial na modalidade *neutralizadora*, uma vez que argumentou (com as inconsistências apontadas no capítulo anterior) *não* ser aplicável a jurisprudência da Corte IDH acerca do duplo grau de jurisdição no caso em tela.

Não obstante, há se reconhecer que de, de um modo geral, os diálogos interjurisdicionais estabelecidos a partir das ações analisadas, em sua grande maioria, se deram na modalidade *receptiva* e em plena conformidade com o *corpus iuris* interamericano. E, ainda que os ministros não tenham expressamente dito em nenhum momento, em seus votos, ocorreu, de fato, em mais da metade dos casos

²⁸⁴ Segue a lista dos 14 ministros que atuaram após 1998 e, conforme a pesquisa, não fizeram, após esse período, qualquer referência à jurisprudência da Corte IDH: Ministro Moreira Alves, Ministro Néri da Silveira, Ministro Sydnei Sanches, Ministro Sepúlveda Pertence, Ministro Octávio Gallotti, Ministro Carlos Velloso, Ministro Ilmar Galvão, Ministro Maurício Corrêa, Ministro Nelson Jobim, Ministra Ellen Gracie, Ministro Cesar Peluso, Ministro Ayres Britto, Ministro Dias Toffoli, Ministra Rosa Weber.

²⁸⁵ Os ministros que citaram jurisprudência da Corte IDH em apenas uma oportunidade foram os Ministros Menezes Direito, Gilmar Mendes, Eros Grau, Cármen Lúcia, Ministro Teori Zavascki e Edson Fachin.

²⁸⁶ Os ministros que citaram jurisprudência da Corte IDH duas vezes foram os Ministros Luís Roberto Barroso, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio.

analisados um efetivo controle de convencionalidade de normas nacionais em cotejo com a jurisprudência da Corte IDH.

Outrossim, é de se destacar que a interpretação discordante não apareceu em nenhuma das decisões analisadas. E a interpretação neutralizadora apareceu apenas em dois casos: da lei de anistia e do mensalão. Inclusive, neste último, os ministros que adotaram essa postura (Ministro Luis Fux e Joaquim Barbosa) acabaram sendo voto minoritário no deslinde da decisão.

Ademais, é interessante notar que a grande maioria dos casos julgados pela Corte IDH e citados como fundamento ou reforço argumentativo das decisões do STF não foram casos que tiveram o Brasil no polo passivo da demanda regional. É dizer, em diversas ações o STF utilizou-se da *ratio decidendi* de uma decisão da Corte IDH para estabelecer ou contribuir para a sua própria razão de decidir. Isso demonstra o reconhecimento do STF acerca da vinculatoriedade indireta das decisões da Corte de San José.

Contudo, não há como não destacar negativamente o caso da ADPF 153/DF (caso da lei de anistia), em que o STF, por maioria, decidiu de forma absoluta e conscientemente contrária à jurisprudência da Corte IDH. Esse quadro piora ainda mais se considerarmos que, poucos meses depois, o Brasil foi condenado na jurisdição interamericana, com declaração expressa da Corte IDH acerca da inconvenção da lei de anistia brasileira. A sentença, no que diz respeito ao reconhecimento da inconvenção da lei de anistia, ainda pende de cumprimento.

Espera-se, com a consecução deste trabalho, contribuir para a divulgação do tema controle de convencionalidade, especialmente para que o seu exercício efetivo passe a integrar a pauta dos juízes e tribunais brasileiros. O conhecimento da matéria pelos atores do controle de convencionalidade é, evidentemente, condição básica e elementar para o seu efetivo exercício. Nesse sentido, avançando um pouco nos limites encerrados pelo problema proposto, entende-se que o próprio Estado deveria promover políticas públicas que visem a levar este tema ao conhecimento, em especial, dos membros e servidores do Poder Judiciário (cursos de capacitação, palestras, etc.).

Além disso, pensamos que a matéria específica de direitos humanos deveria consubstanciar disciplina obrigatória nos cursos de Direito do país e ser objeto de avaliação nos concursos públicos do Poder Judiciário, Ministério Público e

Defensoria Pública. É cediço que este assunto vai além do objeto desta dissertação, mas ficam aqui algumas possíveis soluções para que avancemos em matéria de controle de convencionalidade (tema que deverá ser aprofundado futuramente). Exemplos como o citado no capítulo segundo, do Juiz Alfredo José Marinho Neto, nos trazem a esperança de que o controle de convencionalidade possa se tornar, de fato, uma efetiva ferramenta judicial de proteção aos direitos humanos neste país.

REFERÊNCIAS

ALBANESE, Susana. *El control de Convencionalidad*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. *Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile*. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Año XIX, Bogotá, 2013, pp. 511-553, issn 2346-0849. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>. Acesso em: 23 out. 2016.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Diálogo interjurisdiccional, control de convencionalidad y jurisprudencia del Tribunal Constitucional en período 2006-2011. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 10, n. 2, p.57-140, 2012. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B44I5pHYhRzacm5OWEQ4UFZna2M/view>>. Acesso em: 13 out. 2015.

ALGOSTINO, Alessandra. I Diritti Umani e la Sfida Dell'universalità. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, v. 2, n. 49, p. 4-21, maio/ago. 2016. UNISC. Disponível em: <<https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/7893>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

ALVES, Felipe Dalenogare; VASCONCELOS NETO; Leopoldo Ayres de. *Por uma teoria do controle de convencionalidade: o caso gomes lund e outros versus brasil e as implicações ao estado brasileiro*. Anais do XII Seminário Nacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Edição 2016. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/article/view/14766/3599>>. Acesso em: 10 out. 2016.

/

AN-NA'IN, Abdullahi A. A proteção legal dos direitos humanos na Africa: como fazer mais com menos: In: BALDI, César Augusto (Org.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ARENDT, Hannah. *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

ARRIGHI, Jean Michel. OEA: ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Tradução de Sérgio Bath. Barueri: Manole, 2004.

BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais*. Trad. José Manoel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Atântida, 1977.

BAZÁN, Víctor. Algunos retos temáticos para la justicia constitucional em América Latina. In: CRUZ, Gerardo Eto. Treinta años de jurisdicción constitucional en el Perú. Tomo I, Tribunal Constitucional (Centro de Estudios Constitucionales, Lima). Disponível em: <www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/publicaciones/publicacion/libro_30_anos_tomo1.pdf>. Acesso em: 9 out. 2016.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA, Alice Serpa. *Sistemas de controle de constitucionalidade*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3610, 20 maio 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24494>>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. *Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 2 out. 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2016.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 19 out. 2015.

BRASIL. *Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Dnn/Dnn10495.htm>. Acesso em: 3 nov. 2016.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 972, de 17 de outubro 1969*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0972.htm>. Acesso em: 5 nov. 2016.

BRASIL. *Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990*. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 30 out. 2016.

BRASIL. *Lei nº 11.672, de 8 de maio de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11672.htm>. Acesso em: 30 out. 2016.

BRASIL. *Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5250.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

BRASIL. *Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (lei de anistia)*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6683.htm>. Acesso em: 27 out. 2016.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios. *Os Desafios da Globalização: Modernidade, Cidadania e Direito Humanos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

CARBONELL, José Carlos Remotti. *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: estructura, funcionamiento y jurisprudencia*. Barcelona: Instituto Europeo de Derecho, 2003.

CARPIZO, Enrique. *El control de convencionalidad y su relación con el sistema constitucional mexicano*. Boletim Mexicano de Derecho Comparado (año XLVI, núm. 138, septiembre-diciembre de 2013). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32713.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CASTILLO, Mireya. *Derecho internacional de los derechos humanos*. Valencia: Tirant to Blanch, 2003.

CHILE. *Decreto Ley 2191/1978*. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6849>>. Acesso em: 25 out. 2016.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

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

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (COMISSÃO IDH). Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Washington, 2009. Disponível em: <www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/RegulamentoCIDH2013.pdf>. Acesso em 20 ago. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONSELHO EUROPEU. *Convenção Europeia de Direitos do Homem*. 1950. Disponível em: <www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

CONSELHO EUROPEU. *Execution of judgments of the European Court of Human Rights*. 2000. Disponível em: <assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=16834&lang=en>. Acesso em: 19 out. 2015.

CORREIA, Theresa Rafael Couto. *Corte Interamericana de Direitos Humanos: Repercussão Jurídica das Opiniões Consultivas*. Curitiba: Juruá, 2008.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). "Otros tratados" objeto de la función consultiva de la Corte (Art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_01_esp1.pdf>. Acesso em 15 set. 2016

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01_portugues.pdf>. Acesso em 13 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Bogotá, 1948b. Disponível em: <www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em 18 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso "Instituto de Reeducação del Menor" Vs. Paraguay. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C No.

112. Disponível em < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>. Acesso em 19 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em 22 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Atala Rifo y niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001c. Serie C No. 75. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em 24 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010 Serie C No. 220. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf>. Acesso em 21 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 3 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/mayagna_03_04_09.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001a. Serie C No. 71. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf>. Acesso em 20 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Gelman Vs. Uruguay . Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf>. Acesso em 21 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia de 27 de enero de 1995. Serie C No. 21. Disponible em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_21_esp.pdf. Acceso em 21 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf. Acceso em 12 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219. Disponible em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf. Acceso em 19 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2014. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gomes_17_10_14_por.pdf. Acceso em: 21 out. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Gutiérrez Soler Vs. Colombia. Sentencia de 12 de septiembre de 2005a. Serie C No. 132. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_132_esp.pdf. Acceso em 21 out. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Disponible em www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acceso em 20 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. Disponible em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acceso em 20 jun. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Sentencia de 01 de marzo de 2005. Serie C No. 131. Disponible em http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_131_esp.pdf. Acceso em 15 set. 2016

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005b. Serie C No. 135. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf. Acceso em 13 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_por.pdf>. Acesso em 24 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35. Serie C No. 71. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf>. Acesso em: 20 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C No. 149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em 8 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Compatibilidad de un proyecto de ley con el artículo 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-12/91 de 6 de diciembre de 1991. Serie A No. 12. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_12_esp.pdf>. Acesso em 19 set. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>. Acesso em 28 out. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta (Arts. 14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986. Serie A No. 7. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). La colegiación obligatoria de periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf>. Acesso em 9 nov. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. San José, 2000. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/Viejos /w.Regulamento.Corte.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/Viejos/w.Regulamento.Corte.htm)>. Acesso em 20 ago. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Relatório Anual 2015*. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/court-today/informes-anuales>>. Acesso em: 28 out. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14. 71. Disponível em <www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf>. Acesso em 23 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). *Síntesis del informe anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2010, que se presenta a la comisión de asuntos jurídicos y políticos de la Organización de los Estados Americanos* (Washington, D. C., 18 de marzo de 2011). Disponível em: <www.corteidh.or.cr/docs/discursos/garciasayan_18_03_11.pdf>. Acesso em: 29 out. 2016.

DUBOIS, Julien. *La neutralisation: Dialogue des juges et interprétation neutralizante*. In: *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits de l'Homme. Cahiers de L'IDEDH N° 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier. 2007. Disponível em: <<http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>>. Acesso em 27 out. 2016.

FERNANDES, Pádua. *Para que servem os direitos humanos?* Coimbra: Olhar-te, 2009.

GARCIA, Emerson. *Proteção Internacional dos Direitos Humanos: Breves reflexões sobre os sistemas convencional e não convencional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. Teoría del control de convencionalidad. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 14, nº 1, pp. 61-94, 2016. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/0B44l5pHYhRzaeDFKYnZyYTdUSmM/view>>. Acesso em 19 set. 2016.

GOMES, Luiz Flávio. *Estado constitucional de direito e a nova pirâmide jurídica*. São Paulo: Premier Máxima, 2008a.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

HITTERS, Juan Carlos. Control de Convencionalidad (Adelantos y retrocesos). *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 13, n. 1, p. 123-162, 2015. Disponível em <www.cec Coch.cl/docs/pdf/revista_13_1_2015/4_control.pdf>. Acesso em: 11 out. 2015.

HITTERS, Juan Carlos. Un avance en el control de convencionalidad (el efecto “erga omnes” de las sentencias de la Corte Interamericana). *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 11, n. 2, p. 695-710, 2013. Disponível em <www.cec Coch.cl/docs/pdf/revista_11_2_2013/unavance.pdf>. Acesso em: 10 out. 2015.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: judicialização e ativismo judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais? *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 1, n. 3, p. 123-150, 2014. Disponível em: <[http://revistas.ufpr.br/rinc/article /view/40518/26568](http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40518/26568)>. Acesso em: 20 ago. 2016.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Jurisdição Constitucional aberta*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: ¿existe realmente “un” activismo o “el” activismo?*. In: *Estudios Constitucionales*, año 10n n. 2, 2012.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig; BRUGGER, Winfried. *Os direitos fundamentais nas modernas Constituições: análise comparativa entre as constituições alemã, norte-americana e brasileira*. *Revista do Direito*. Santa Cruz do Sul, v. 28, p. 7-27, 2007.

MADELAINE, Colombine. *L'anticipation Manifestation d'un dialogue “vrai” entre juge national et juge européen?* In: *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits del L'Homme. Cahiers de L'IDEDH N° 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier. 2007. Disponível em: <<http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>>. Acesso em 27 out. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

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

MENDES, Gilmar. *O controle da constitucionalidade no Brasil*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/porta lStfInternacional/porta lStfAgenda_pt_br/anexo/Controle_de_Constitucionalidade_v__Port1.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2016.

MIGUEL, Alfonso Ruiz; FAJURI, Alejandra Zuñiga. Derecho a la vida y constitución: consecuencias de la sentencia de la corte interamericana de derechos humanos “artavia murillo v. costa rica”. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 12, n. 1, p. 71-104, 2014. Disponível em <www.cec Coch.cl/docs/pdf/revista_12_1_2014/derecho_a_la_vida.pdf>. Acesso em: 14 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Carta das Nações Unidas*. 1945. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 15 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados*. Viena, 1969. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 14 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D61078.htm>. Acesso em: 10 nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos do Homem*. 1948. Disponível em: <www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 16 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *B-32: Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/d.Convencao_Americana_Ratif..htm>. Acesso em 18 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Carta da Organização dos Estados Americanos*. Bogotá, 1948. Disponível em: <www.oas.org/dil/port/tratados_A-41_Carta_da_Organizacao_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em 18 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, 1969. Disponível em: <www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em 17 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, La Paz, 1979. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto_Corte.htm>. Acesso em 17 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Historia de la Corte IDH*. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/index.php/es/acerca-de/historia-de-la-corteidh>. Acesso em 21 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). *Quem somos*. Disponível em: <www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em 18 out. 2015.

PINTO, Mônica. El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. 2003. Disponível em <www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>. Acesso em: 23 out. 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e diálogo entre jurisdições*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067->

Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf>. Acesso em: 11 out. 2016.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. Texto produzido para o I Colóquio Internacional de Direitos Humanos. São Paulo, 2001. Disponível em: <www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/a_pdf/piovesan_sip.pdf>. Acesso em: 12 out. 2015.

PRONER, Carol. *Os direitos humanos e seus paradoxos: análise do sistema americano de proteção*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002

RAMONET, Ignacio. *Géopolitique du chaos*. Paris: Gallimar, 2001.

RAMOS, André de Carvalho. *Responsabilidade Internacional por violação de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004

RIOCHET, Diana. *La conformité L'interprétation conforme à la Convention européenne des droits de l'homme*. In: *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits del L'Homme. Cahiers de L'IDEDH N° 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier. 2007. Disponível em <<http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

RUIZ, Gonzalo Lepe. *Inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 206 del Código Civil*. Revista de Derecho. Vol. XXIII, n° 1 – Julio, 2010. Disponível em: <www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art16.pdf>. Acesso em: 24 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2003.

SARMENTO. Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumem Júris. 2004.

SMITH, Rhona K. M. *Textbook on international human rights*. 5. ed. Nova Iorque: Oxford University Press. Disponível em: <books.google.com.br/books?id=wn8fAgAAQBAJ&pg>. Acesso em: 20 out. 2015.

SUDRE, Frédéric. *A propos du "dialogue des juges" et du control de conventionalité, en Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*. Les dynamiques du droit européen en début du siècle. Paris: Ed. A. Pedone, 2004.

SUDRE, Frédéric. *Avant-propos*. In: *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits del L'Homme. Cahiers de L'IDEDH N° 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier. 2007. Disponível em: <<http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277/DF. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4815/DF. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Julgamento: 10 de junho de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 15 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Ação Penal nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor_AP470.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 144/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 6 de agosto de 2008a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608506>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378 MC/DF. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento: 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10q%20444582>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento: 30 de abril de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 5 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento: 29 de abril de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132/RJ. Relator: Ministro Eros Grau. Julgamento: 5 de maio de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em: 13 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Extradicação nº 1126/Alemanha. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 22 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606649>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 105.256/PR. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 12 de junho de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3390982>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 105.348/RS. Relator: Ministro Ayres Britto. Julgamento: 19 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=960532>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 106.171/AM. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 16 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1099369>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 107.731 Extn/PE. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 13 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1786599>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 109.544-MC/BA. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 9 de agosto de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1411117>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 110.185/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 14 de maio de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046328>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 110.237/PA. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 19 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3456276>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 112.936/RJ. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 5 de fevereiro de 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3805159>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 115.5369/RO. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 3 de setembro de 2013e. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4531406>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Habeas Corpus nº 87.585/TO. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: Tribunal Pleno do STF, 3 de dezembro de 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Notícias STF. Segunda-feira, 22 de abril de 2013*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>.

Acesso em: 8 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Parceria com CIDH propõe*

desenvolvimento do Judiciário na área de direitos humanos. 2015. Disponível em:

<www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=285129>. Acesso em:

8 out. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Petição nº 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Julgamento: 19 de março de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>>. Acesso

em: 4 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário nº 511.961/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgamento: 17 de junho de 2009. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>>. Acesso

em: 7 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário nº 591.054/SC. Relator: Marco Aurélio. Julgamento: 17 de dezembro de 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7866690>>. Acesso

em: 9 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator: Ricardo Lewandowski. Julgamento: 13 de agosto de 2015. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10166964>>. Acesso

em: 7 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Súmula 704, publicada em 9 de outubro de 2003*. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=704.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>>. Acesso em: 4 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Vigésimo Qunto Agravo Regimental na Ação Penal nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 17 de dezembro de 2014. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276366>>. Acesso

em: 11 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Vigésimo Sétimo Agravo Regimental na Ação Penal nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 18 de setembro de 2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276512>>. Acesso

em: 11 nov. 2016.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Vigésimo Sexto Agravo Regimental na Ação Penal nº 470/MG. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Julgamento: 18 de setembro de

2013. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5276407>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

SUXE, Hervé. *La dimension objective du “dialogue des juges”*. In: *Le dialogue des juges*. Institut de Droit des Droits del L'Homme. Cahiers de L'IDEDH N° 11. Université de Montpellier I. Faculté de Droit. Montpellier. 2007. Disponível em <<http://idedh.edu.umontpellier.fr/files/2015/03/IDEDH-p.-3631.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Dilemas e desafios da Proteção Internacional dos Direitos Humanos no limiar do século XXI*. Revista Brasileira de Política Internacional, vol. 40, nº 1. Brasília, Jan/Jun, 1997.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

UNIÃO AFRICANA. *Protocolo à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo à Criação do Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos*. 1998. Disponível em: <www.african-court.org/pt/images/documents/Court/Court%20Establishment/africancourt-humanrights.pdf>. Acesso em 24 out. 2015.

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL (UNISC). *Linhas de Pesquisa: Mestrado*. Disponível em: <www.unisc.br/portal/pt/cursos/mestrado/mestrado-e-doutorado-em-direito/apresentacao/linhas-de-pesquisa.html>. Acesso em 15 jul. 2015.

ZELADA, Liliana Galdámez. El valor asignado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, ano 12, n. 1, pp. 329-364, 2014. Disponível em <www.cecuch.cl>. Acesso em: 15 out. 2015.

ZOVATTO, Daniel. *La interpretación del artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en las opiniones consultivas de la corte interamericana de derechos humanos*. Revista del Instituto de Derechos Humanos. San José, Enero/Junio, 1988. Disponível em: <www.corteidh.or.cr/tablas/R06720-3.pdf>. Acesso em: 21 set. 2016.