

UM PANORAMA SOBRE A ATUAL EFICÁCIA DOS DIREITOS HUMANOS NO BRASIL¹

A PROSPECT ABOUT THE ACTUAL EFFECT OF HUMAN RIGHTS IN BRAZIL

Eduardo Lipus Gomes*

Sumário:

1- Considerações iniciais; 2- Superando alguns conceitos clássicos; 3- *Status* do direito internacional na ordem interna; 4- Responsabilidade dos Estados na esfera internacional; 5- O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos; 6- O controle de convencionalidade e suas implicações; 7- Considerações finais; 8- Referências.

Resumo: a discussão contemporânea sobre direito internacional dos direitos humanos toma novos rumos. É evidente o surgimento de conceitos e instrumentos antes não utilizados. Procedimentos e entendimentos são revistos de forma a garantir maior eficácia na proteção da pessoa humana. As disposições contidas em tratados de direitos humanos e a Jurisprudência firmada pelas Cortes Internacionais assumem papel destacado. A nossa proposta é estudar estes novos paradigmas e instrumentos, desde a mudança de perspectiva do direito internacional na ótica interna até a efetivação de direitos no país a partir de julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, avaliando se estamos em uma nova fase de efetivação desses direitos no Brasil. Inicialmente faremos uma releitura de conceitos clássicos. Posteriormente abordaremos de forma crítica a polêmica acerca da hierarquia do direito internacional na ordem interna, antes e depois da EC/45, bem como exporemos a mudança de entendimento do STF. A questão da responsabilidade estatal na esfera internacional será analisada como um compromisso de Estado a ser observado pelos Juízes nacionais, momento que também será discutida a necessidade ou não de participação do Poder Legislativo nos atos de denúncia efetuados pelo Presidente da República. Depois descreveremos o funcionamento e a dinâmica de atuação da Corte Interamericana de direitos humanos. Propomo-nos ainda a expor a origem e definições do termo controle de convencionalidade, avaliar seu alcance e princípios no direito contemporâneo, além de sua implicação no sistema jurídico nacional de modo a garantir maior eficácia aos direitos humanos no Brasil. No desenvolvimento do tema, buscaremos exemplos no ordenamento jurídico de outros países.

Palavras chaves: Corte Interamericana de Direitos Humanos. Controle de convencionalidade. Eficácia dos Direitos Humanos. *Status* do direito internacional. Obrigações internacionais.

¹ O presente artigo representa uma elaboração de Eduardo Lipus Gomes, mestrando do Programa de Pós-graduação de Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - PPGDC/UFF, para apresentação no XXI Congresso Nacional do CONPEDI.

* Mestrando em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense, Procurador Federal membro da Advocacia-Geral da União/AGU, graduado em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Pós-graduado em Direito Público pela UCAM/RJ.

Abstract: the contemporary discussion on human rights takes new directions. The dawn of concepts and tools not previously used is clear. Procedures and understandings are reviewed in order to ensure greater effectiveness in the protection of the individual. The dispositions contained in human rights treaties and the jurisprudence set by International Courts assume a remarkable role. Our proposition is to study these new paradigms and instruments, since the perspective change of international law in the internal optics until the effective of rights in the state after the judges of the Inter-American Court of Human Rights, evaluating if we are in a new effective phase of these rights in Brazil. Initially, it is imperative that we make a reinterpretation of classical concepts. Later, we will critically discuss the controversy regarding the hierarchy of international law in national law, before and after the EC/45, as well as expose the change of understanding of the Supreme Court (STF). The issue of state responsibility in the international arena will be analyzed as a state commitment to be observed by national judges, at this moment the participation of the legislature (if it is necessary or not) when the President decides not to take part in a treaty anymore will also be discussed. Later we are going to describe the functioning and the dynamic about the performance of the Inter-American Court of Human Rights. We propose to expose the origin and definitions of the term control of conventionality, evaluate its reach and principles in the contemporary law, besides its implications in national legal systems to assure a better efficiency to the human rights in Brazil. Processing the topic, we are going to search examples in other states law.

Key-Words: Inter-American Court of Human Rights. Control of conventionality. Human Rights effect. Status of international law. International obligations.

1- Considerações iniciais.

Novos tempos inauguram uma fase animadora da temática dos direitos humanos. Velhos conceitos e visões conservadoras devem ser ultrapassados pela preocupação dos Estados na efetivação dos direitos mais caros da pessoa humana. Decisões de Cortes Internacionais assumem *status* de superioridade, firmando posição no debate do tema e passando a ser reconhecidas e citadas pelos operadores do direito na ordem interna. Legislações internas passam por alterações, a fim de adequá-las às convenções firmadas na esfera internacional e finalmente os tratados internacionais passam a integrar a ordem interna com patamar de supralegalidade ou até mesmo com a possibilidade deterem envergadura constitucional.

O primeiro passo fundamental desta evolução foi passarmos do sistema do *domestic affair* – a proteção dos direitos fundamentais cabe unicamente aos Juízes locais – para o modelo do *international concern* – a tutela da pessoa humana pode ser feita pelos Juízes internacionais em caso de falha do sistema local. Assim, o Estado não mais é visto de forma

isolada e sim como membro de uma comunidade de Estados internacionais em constante integração, deliberação e sujeição aos organismos internacionais que exercem alguma parcela de poder.

Inicialmente temos que situar que no atual direito internacional dos direitos humanos vige o regime objetivo dos tratados multilaterais, pelo qual um Estado assume obrigações para com os indivíduos sujeitos à sua própria ordem e não como a clássica concepção de que os tratados somente obrigam nas relações interestatais. A raiz dos novos paradigmas dos direitos humanos reside exatamente nesta percepção, de que o foco das normas internacionais não mais está na razão do Estado e sim nos indivíduos.

Nessa nova fase as ordens internas e internacionais devem formar um sistema harmônico, conjugando-se e dialogando-se entre si, tendo como baliza o Princípio *pro homine* e alicerçado na efetiva responsabilização dos Estados que infringirem os compromissos assumidos. Este sistema harmônico deve ser apto e eficaz para dar respostas satisfatórias às violações e demandas acerca dos direitos fundamentais e os organismos de proteção devem estar armados e instrumentalizados para atuar. Além disso, o papel do Poder Judiciário local passa a ser de protagonista à medida que assume a responsabilidade de ser o primeiro filtro das demandas por violações de direitos humanos. Nesse contexto, o controle de convencionalidade ganha envergadura de verdadeiro imperativo da proteção da pessoa humana e a atuação da Corte Interamericana nesse sentido vem se acentuando e ganhando destaque.

No estudo da eficácia do direito internacional dos direitos humanos no Brasil é imprescindível que analisemos a questão do *status* do direito internacional na ordem nacional, a responsabilidade do Estado parte na esfera internacional ao negar aplicação às Convenções Internacionais de Direitos Humanos, bem como uma releitura de antigos conceitos à luz da evolução da matéria no direito contemporâneo. Iremos abordar ainda o funcionamento e o papel da Corte Interamericana de direitos humanos, dando destaque especial ao controle de convencionalidade. Por fim, apontaremos que um novo cenário de efetivação do direito internacional dos direitos humanos no país começa a se desenhar.

2- Superando alguns conceitos clássicos.

A arcaica discussão travada entre monistas e dualistas já não mais constitui ponto nodal na doutrina do Direito Internacional Público e tampouco dos Direitos Humanos. A grande questão está na efetividade das normas internacionais e como as ordens internacionais e internas devem interagir para formar um sistema harmônico, apto a garantir aos indivíduos a adequada proteção de seus direitos mais caros.

Superadas no tocante ao critério de classificação - modo e procedimentos de incorporação dos tratados internacionais - a discussão ainda deixa uma contribuição no que concerne a necessidade de compatibilizar a ordem interna com a ordem internacional. Nesse sentido, a teoria Monista, capitaneada por Hans Kelsen, que sustenta a existência de uma única ordem jurídica formada pelas leis internas e os tratados internacionais, nos parece mais condizente com os novos tempos. Já a Teoria Dualista, capitaneada Trippel, ao defender que as ordens internas e internacionais se diferenciam devido ao processo de internalização, peca por não visualizar que a questão central está no diálogo e interação entre as normas internas e internacionais, pouco importando o *iter* procedimental previsto em cada legislação nacional para internalização de tratados internacionais.

Defendemos que pouca relevância adquire o modelo de incorporação de tratados internacionais nos diferentes Estados partes. A importância reside na certeza de que uma vez perfeita e acabada sua celebração, o tratado passa a obrigar os Estados na esfera internacional, bem como na ordem interna, devendo ser aplicado e observado pelas diferentes instâncias de poder. É por tal razão que não mais podemos conceber que Estados assumam obrigações na esfera internacional ao mesmo tempo em que se recusam a aplicá-las no plano interno. Assim, não há mais motivos para que o direito constitucional seja estudado de forma particularizada em relação ao direito internacional e vice-versa, o mesmo podendo ser sustentado em diferentes ramos do direito que guardam alguma espécie de pertinência com os direitos humanos, como é mais nítido, por exemplo, no direito penal e processual penal.

Não é por outro fundamento que o STF reconheceu que a previsão de prisão do depositário infiel, presente no ordenamento interno, não guarda compatibilidade com as

obrigações contraídas pelo Estado Brasileiro ao ratificar a Convenção Americana de Direitos Humanos² (Decreto 678, de 06/11/1992):

EMENTA: PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito.

No atual panorama internacional a proteção dos Direitos Humanos foi erigida como obrigação superior de todos os Estados, constituindo vetor axiológico a ser reconhecido e implementado em caráter prioritário. No sistema de proteção, o papel primário cabe aos Estados e ante o Princípio da Subsidiariedade, o papel secundário é que será destinado aos organismos internacionais, como a Corte Interamericana de Direitos Humanos, por exemplo.

Portanto, a idéia de soberania exclusiva, de que os tratados internacionais somente regulam as relações interestatais, não tendo vigência na ordem interna, a noção de que as normas internacionais não incidem nos casos em que há normas internas em sentido contrário e a desconfiança das Decisões das Cortes Internacionais, devem ceder espaço para que os próprios poderes instituídos dos Estados partes assumam a missão de fazer valer as normas internacionais como nacionais fossem. Dessa forma, até mesmo a exigência de que as legislações internas devam ser alteradas de modo a adequá-las aos compromissos internacionais assumidos perde valor à medida que ao ratificar um tratado internacional, a própria ordem interna está automaticamente sendo alterada.

Por outro lado, torna-se imprescindível que os Estados disponibilizem instrumentos jurisdicionais e administrativos capazes de garantir o cumprimento das obrigações assumidas, de forma a garantir acesso ao sistema de proteção da ordem interna do indivíduo que teve seus direitos violados. E ao dirigir-se ao Poder Judiciário, a fim de valer seus direitos, o Juiz nacional deve ter em mente que as normas assumidas pelo Estado obrigam e devem ser aplicadas, e caso haja legislação interna em sentido contrário, caberá a este mesmo Juiz

²Artigo 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.

realizar o controle desta legislação à luz das Convenções Internacionais das quais seu País seja signatário. Daí se extrai a concepção de controle de convencionalidade aqui também tratada.

Somente nos casos em que o sistema interno não for capaz de assegurar a proteção adequada, é que os Tribunais internacionais deverão atuar. Espera-se que a atuação internacional se efetive somente em casos pontuais e emblemáticos, já que a grande maioria deve ser resolvida internamente. Os Tribunais internacionais não devem servir como corte de recurso ou cassação, vez que os Tribunais internos devem aplicar os tratados de direitos humanos primariamente. Lembre-se que os tratados de direitos humanos hoje regulamentam uma área que no passado era tida como reservada ao direito constitucional e com a internacionalização desses direitos, os Estados se viram obrigados a equipar-se de modo a dar cumprimento às obrigações assumidas, sob pena de responsabilização na esfera internacional.

No atual cenário de proteção de direitos humanos, não mais se admite a polêmica acerca da primazia da ordem interna ou internacional, típica do antagonismo entre dualistas e monistas. A norma a incidir é que melhor proteja o cidadão, em prestígio ao Princípio *Pro Homine*, conforme já consagrado em inúmeros tratados de direitos humanos, como é o caso do Estatuto dos Refugiados (art. 5º) e do Estatuto dos Apátridas (art. 5º). A consagração da norma mais favorável à vítima busca evitar tentativas de Estados de invocar a aplicação de Convenções Internacionais nos casos em que há normas internas ainda mais protetivas.

Ademais, as normas que tratam de Direitos Humanos são, em sua grande maioria, autoaplicáveis. Para que uma norma seja diretamente aplicável, a jurisprudência internacional considera necessários dois requisitos: 1) que a norma conceda ao indivíduo um direito claramente definido e exigível; 2) que ela seja suficientemente específica para ser aplicada a um caso concreto, dispensando um ato legislativo ou medida administrativa subsequente³.

Em suma, é tempo de efetivação dos direitos consagrados em Convenções Internacionais de Direitos Humanos, relativização do conceito soberania nacional, destaque do Direito Internacional e da Integração e mudança do papel do indivíduo no plano

³ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado Trindade. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume I, 1997, Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, Pág. 431.

internacional; e os garantidores desta evolução são os Poderes Judiciários e as Cortes Internacionais, haja vista recentes decisões de ambas esferas no trato do tema, em especial no tocante ao Brasil, matéria que será discutida adiante.

3- *Status* do direito internacional na ordem interna.

A fim de analisarmos o panorama atual acerca da eficácia dos direitos humanos e os desafios a serem enfrentados, devemos estudar o novo *status* do direito internacional no direito interno.

Na América Latina temos exemplos de Países vanguardistas nessa temática. A Constituição da Guatemala, de 1985, determina que os tratados têm hierarquia superior ao direito interno. Já a Constituição da Nicarágua, de 1987, elenca entre seus direitos fundamentais, aqueles contidos em inúmeras convenções internacionais de direitos humanos. Já as constituições chilena e colombiana estabelecem que os tratados internacionais dessa espécie detêm hierarquia constitucional. Em 1994, houve reforma da Constituição Argentina, concedendo *status* constitucional aos tratados de direitos humanos dos quais o país seja signatário⁴.

No Brasil havia a discussão, se o art. 5º, §2º da CF⁵ era o bastante ou não para garantir *status* constitucional aos tratados de direitos humanos. Para juristas como Antônio

⁴ Artículo 75- Corresponde al Congreso:

[..]

22. [..]

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención Sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer; la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención Sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán el voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

⁵ Art. 5º § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Augusto Cançado Trindade⁶, Valério Mazzuoli⁷, Celso Lafer⁸, Flávia Piovesan⁹ e outros inúmeros internacionalistas, os tratados de direitos humanos, mesmo antes da EC/45, detinham hierarquia constitucional (materialmente constitucional).

Para a doutrina mais balizada, a determinação constitucional contida no art. 5º, §2º, ao estabelecer que a Carta de Direitos Fundamentais não exclui os decorrentes de tratados internacionais, teria estabelecido que as Convenções Internacionais que tratam de direitos fundamentais seriam equiparadas ao rol do art. 5º da Constituição da República, integrando o que se chama de bloco de constitucionalidade. Assim, o tão celebrado art. 5º, §3º¹⁰, incluído pela EC/45, seria na verdade um retrocesso, já que passou a exigir procedimento legislativo semelhante de emenda constitucional para que Convenções Internacionais fossem equiparadas a emendas constitucionais (formalmente e materialmente constitucional), o que anteriormente já seria automático no entendimento dos doutrinadores mais vanguardistas.

Já o STF entendia em sentido contrário. A teoria sustentada pelos Ministros Moreira Alves¹¹ e Francisco Rezek¹², era no sentido de que os tratados internacionais se equiparavam à legislação infraconstitucional. Todavia, nossa Corte Maior mudou o entendimento no julgamento do caso de prisão civil do depositário infiel, quando o voto condutor do Ministro Gilmar Mendes estabeleceu que as convenções internacionais de direitos humanos, anteriores ao regime do art. 5º, §3º, detêm hierarquia suprallegal, ou seja, acima das leis complementares

⁶ TRINDADE, ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. I/513, item n. 13, 2ª ed., 2003, Sergio Antonio Fabris Editor.

⁷ MAZZUOLI, VALERIO DE OLIVEIRA. Curso de Direito Internacional Público, p. 682/702, item n. 8, 2ª ed., 2007, Editora RT.

⁸ LAFER, CELSO. A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais, p. 16/18, 2005, Editora Manole.

⁹ PIOVESAN, FLÁVIA. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, p. 51/77, 7ª ed., 2006, Editora Saraiva.

¹⁰ art. 5º, §3º 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. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

¹¹ "Com efeito, é pacífico na jurisprudência desta Corte que os tratados internacionais ingressam em nosso ordenamento jurídico tão somente com força de lei ordinária (o que ficou ainda mais evidente em face de o artigo 105, III, da Constituição que capitula, como caso de recurso especial a ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça como ocorre com relação à lei infraconstitucional, a negativa de vigência de tratado ou a contrariedade a ele), não se lhes aplicando, quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988, o disposto no artigo 5º, § 2º, pela singela razão de que não se admite emenda constitucional realizada por meio de ratificação de tratado." (HC 72.131, voto do Min. Moreira Alves, DJ 01/08/03).

¹² "prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isto importasse o reconhecimento da afronta, pelo país, de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio (Extradição n.º 426, in RTJ 115/973)".

e ordinárias, mas abaixo da Constituição Federal. Assim, no julgamento de 3/12/2008, ficou decidido que o STF não mais adota a equiparação dos tratados de direitos humanos às leis ordinárias. Porém, ainda sustentamos que este não é melhor entendimento e sim o proferido pelo Ministro Celso de Mello, que alterando seu entendimento anterior¹³, sustentou a tese pregada pelos doutrinadores de Direito Internacional, segundo a qual os tratados de direitos humanos possuem nível de normas constitucionais¹⁴.

Em que pese a reprochável tese da supralegalidade adotada pelo STF e o atraso do Brasil nesse tema em relação a outros Estados sul-americanos, como Chile e Argentina, é inquestionável o avanço da problemática em nosso país, seja em razão da superação do entendimento de que os tratados internacionais se equiparam à mera lei ordinária, seja pela possibilidade aberta pelo art. 5º, §3º, da Constituição Federal, para que tratados internacionais adquiram hierarquia de emenda constitucional.¹⁵

¹³ E M E N T A: HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL QUE, SEM JUSTO MOTIVO, DEIXA DE RESTITUIR OS BENS PENHORADOS - INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA CARACTERIZADA - POSSIBILIDADE DE DECRETAÇÃO DA PRISÃO CIVIL NO ÂMBITO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO, INDEPENDENTEMENTE DA PROPOSITURA DE AÇÃO DE DEPÓSITO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS) - RECURSO IMPROVIDO. PRISÃO CIVIL, DEPOSITÁRIO JUDICIAL DE BENS PENHORADOS E INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA. - O depositário judicial de bens penhorados, que é responsável por sua guarda e conservação, tem o dever ético-jurídico de restituí-los, sempre que assim for determinado pelo juízo da execução. O desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial ex voluntate própria e sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza situação configuradora de infidelidade depositária, apta a ensejar, por si mesma, a possibilidade de decretação, no âmbito do processo de execução, da prisão civil desse órgão auxiliar do juízo, independentemente da propositura da ação de depósito. Precedentes. A QUESTÃO DO DEPOSITÁRIO INFIEL E A CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. - A ordem constitucional vigente no Brasil - que confere ao Poder Legislativo explícita autorização para disciplinar e instituir a prisão civil relativamente ao depositário infiel (art. 5º, LXVII) - não pode sofrer interpretação que conduza ao reconhecimento de que o Estado brasileiro, mediante tratado ou convenção internacional, ter-se-ia interditado a prerrogativa de exercer, no plano interno, a competência institucional que lhe foi outorgada, expressamente, pela própria Constituição da República. Precedentes. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, além de subordinar-se, no plano hierárquico-normativo, à autoridade da Constituição da República, não podendo, por isso mesmo, contrariar o que dispõe o art. 5º, LXVII, da Carta Política, também não derogou - por tratar-se de norma infraconstitucional de caráter geral (lex generalis) - a legislação doméstica de natureza especial (lex specialis), que, no plano interno, disciplina a prisão civil do depositário infiel. STF – Relator: Celso de Mello. (RHC 80035).

¹⁴ (...) “Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos.” (...) (trecho do voto do Ministro Celso de Mello no HC 87.585-8, inaugurando seu novo entendimento).

¹⁵ Até a presente data, o único tratado internacional aprovado na forma do art. 5º, §3º, é Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova York, de 30 de março de 2007 (Decreto 6949, de 25/09/2009).

Resumindo a questão conforme o atual entendimento do STF, temos tratados internacionais de direitos humanos anteriores ao art. 5º, §3º da CF e os posteriores não promulgados por quórum de emenda constitucional, que possuem status de supralegalidade, tendo força paralisante em relação a toda legislação infraconstitucional em sentido contrário. E temos os tratados ratificados na forma do art. 5º, §3º, que têm hierarquia constitucional.

4- Responsabilidade dos Estados na esfera internacional.

De início, temos que considerar que ao ratificar um tratado de direito internacional, o Estado cede parte de sua soberania, se comprometendo a observar os compromissos assumidos. Nesse sentido, não há como reconhecer ou admitir as obrigações convencionais contraídas por um Estado no plano internacional e ao mesmo tempo negar-lhes vigência no plano do direito interno.

Esta postura, além de contraditória, compromete a reputação do Estado. É por esta razão que o Poder Judiciário nacional, ao entender que um tratado internacional não obriga ou não se aplica, seja por qual motivo for, deve recordar e responder a seguinte indagação: como fica a responsabilidade internacional do Estado? Como poderia um Estado parte explicar às Cortes Internacionais, por exemplo, a não aplicação de um tratado pelo fato de uma lei interna regular a questão de modo diverso?

Tal fato leva a própria negação do direito internacional, além de colocar em suspeita a boa-fé do Estado signatário, violando inclusive o Artigo 27 da Convenção de Viena sobre direito dos Tratados, *in verbis*: *Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado*. Nunca é demais lembrar, que por meio do Decreto 7.030, de 14 de dezembro de 2009, o Brasil promulgou a Convenção sobre o Direito dos Tratados, celebrada em Viena na data de 23 de maio de 1969, não havendo mais justificativa para o nosso país negar vigência ao art. 27 do referido estatuto internacional.

Uma vez incorporados ao direito interno, os tratados de direitos humanos obrigam a todos, inclusive aos legisladores e juízes nacionais, podendo, pois, presumir o cumprimento das obrigações convencionais de proteção por parte dos Poderes Legislativos, Executivo e

Judiciário. Os juízes nacionais devem ter em mente que são juízes não só da ordem interna, mas também de uma comunidade internacional que encontra regida por tratados.

Nesse contexto, é imprescindível e recomendável no cenário regional pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que os países derroguem as leis violadoras dos direitos fundamentais. Ainda que voltada à solução de casos individuais, a aplicação de tratados e instrumentos de proteção de direitos humanos tem transcendido as circunstâncias desses casos e por vezes acarretando modificações nas práticas administrativas e leis nacionais. Devemos lembrar que as convenções internacionais beneficiam diretamente os indivíduos, independentemente da legislação interna adicional.

Um exemplo de determinações desta natureza está no art. 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos¹⁶, que estipula a obrigatoriedade dos Estados partes em adequarem suas legislações e dotar o Poder Judiciário de meios eficazes para garantir o implemento dos direitos sufragados no art.1º. Entretanto, a Convenção incide diretamente, mesmo que o Estado não tenha cumprido as determinações do art. 2º, possuindo a natureza de autoexecutoriedade (*self executing*).

Outra questão central no debate de interação entre direito interno e internacional está na necessidade de participação do legislativo nas denúncias efetuadas pelo Presidente da República. Em 1994, houve reforma da Constituição Argentina (art. 75, item 24), não só concedendo *status* constitucional aos tratados de direitos humanos, bem como exigindo aprovação por dois terços dos membros do Poder Legislativo para as denúncias.

Um dos melhores exemplos de modelo a ser seguido é da Constituição espanhola, que desde 1978, exige prévia autorização do parlamento para denúncia de tratados sobre direitos humanos¹⁷.

¹⁶ Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º 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.

¹⁷ Artículo 96.

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

Nesse ponto, o Supremo está julgando a Ação Direta de Inconstitucionalidade 1625, que pleiteia a declaração de inconstitucionalidade da denúncia da Convenção 158 da OIT, que protege o trabalhador de dispensa arbitrária. A denúncia foi feita em 1996, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, sem participação do poder legislativo. Até a presente data, os Ministros Maurício Corrêa, Ayres Britto e Joaquim Barbosa votaram pela necessidade de aprovação legislativa. O Ministro Nelson Jobim votou pela desnecessidade, entendendo que o ato de denúncia é unilateral e de decisão exclusiva do Chefe de Estado. A ADI 1625 encontra-se aguardando o voto da Ministra Ellen Gracie. Vale destacar trecho do voto do ministro Maurício Corrêa, que considerou não ser razoável o ato isolado do presidente da República, de denunciar uma Convenção que foi aprovada pelo Legislativo¹⁸:

“A prevalecer o entendimento do presidente da República, haverá prejuízo para a estabilidade das relações regidas por ato internacionais, que ficariam ao alvedrio do presidente”

(..)

“A revogação definitiva de sua eficácia depende de referendo do Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo. Assim, a constitucionalidade do Decreto em exame se aperfeiçoa por seu encaminhamento ao Congresso, para resolver definitivamente sobre a denúncia”.

Sustentamos que o entendimento mais coerente e em sintonia com o paralelismo das formas é o que exige a participação do legislativo no ato de denúncia, assim como o exige no ato de ratificação. Como se não bastasse, em casos de retrocesso na proteção de direitos humanos, como será na maioria dos casos de denúncia, não é recomendável que um único poder aja de forma isolada, devendo ser prestigiado e instaurado um procedimento de amplo debate, que somente será possível caso o Poder Legislativo seja chamado a participar de decisão tão relevante.

Parece-nos que a tendência é que o direito internacional ganhe cada vez mais primazia na órbita interna, e que o STF entenda pela necessidade de aprovação legislativa para o ato de denúncia.

Além disso, outro ponto a ser observado pela ordem interna está na necessidade do Poder Judiciário Nacional conhecer e aplicar a jurisprudência e entendimentos firmados pelas

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación em el artículo 94. (Constituição da Espanha de 1978. Acesso em 18/06/2011: <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>).

¹⁸ Trecho voto do Ministro Relator Maurício Corrêa na ADI 1625.

Cortes Internacionais de Direitos Humanos. Temos exemplos recentes de que o Brasil aceita decisões das Cortes Internacionais para solução de antinomias entre a ordem interna e internacional. Podemos destacar a Opinião Consultiva número 5 da Corte Interamericana – intérprete última da Convenção Americana de Direitos Humanos, que entendeu que a legislação costarrriquenha, que exigia a filiação obrigatória de jornalistas ao Conselho Profissional de Jornalistas, violava a garantia à liberdade de pensamento e de expressão, consubstanciado no art. 13¹⁹.

Como havia legislação no Brasil que obrigava a inscrição no Ministério do Trabalho de quem queria exercer a profissão de jornalista, privativa dos que possuíam diploma específico da profissão, o Ministério Público Federal da 3ª Região propôs uma ação civil pública, arguindo, entre outros fatos, que tal exigência constituiria uma afronta ao art. 13 ao Pacto de San José da Costa Rica. A decisão final do STF em sede de Recurso Extraordinário, que acolheu os argumentos expostos na ação civil pública e julgou insubsistente a exigência de diploma, citou o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁰.

¹⁹ Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.

²⁰ EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE.

[..]

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

Outros julgados da Corte Interamericana vêm influenciando não só a aplicação do direito, bem como a atuação dos diferentes poderes da República. Nesse sentido podemos citar o Caso Damião Ximenes Lopes, primeiro caso brasileiro julgado pela Corte, que tratava do tratamento dispensando a paciente psiquiátrico em Sobral/CE. Durante a tramitação da demanda, o Brasil chegou a reconhecer sua responsabilidade no tratamento desumano dos pacientes psiquiátricos, garantindo que estava tomando as providências necessárias para melhorar as condições das casas psiquiátricas e que inclusive, após o caso, já havia ocorrido a promulgação da Lei 10.216/01.²¹ Ao final do julgamento pela Corte, entre outras determinações, o Brasil foi condenado a pagar indenização aos familiares da vítima, além da obrigação de julgar e punir os culpados. A União pagou a quantia fixada pela Corte.

Já a ação penal, distribuída sob o número 12736-95.200.8.06.0167/0 perante o juízo da 3ª Vara Criminal de Sobral, foi supervisionada pela Corte Interamericana e pelo Governo brasileiro, através da Advocacia-Geral da União/AGU. Várias reuniões e solicitações foram realizadas junto ao Tribunal de Justiça do Ceará no sentido de promover maior agilidade à resolução da lide, nos termos determinados pela Decisão. Em 29/06/2009, finalmente foi prolatada a sentença penal sobre o caso, condenando os acusados²².

Por último, tivemos o caso da Guerrilha do Araguaia (Gomes Lund e outros Vs Brasil). Após decisão histórica da Corte, foi declarada a responsabilidade do Estado brasileiro em esclarecer a verdade dos fatos ocorridos, bem como o dever de punir os culpados pelos desaparecimentos das pessoas envolvidas com a guerrilha. A decisão apresenta conclusão diametralmente oposta à decisão do STF no julgamento da ADPF 153 sobre a Lei de Anistia (Lei 6683/79). Como base na decisão da CIDH o MPF ofereceu denúncia em 14/03/2012 contra o militar Sebastião Curió (comandante da repressão ao movimento de resistência e conhecido à época como Dr. Luchini), que não foi recebida pelo Juízo Federal de Marabá/PA. Todavia, espera-se que o caso seja novamente discutido pelo Supremo Tribunal Federal²³.

de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS. STF. RE 511961. Relator Ministro Gilmar Mendes.

²¹ Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental, humanizando o atendimento.

²² <http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/sprocprincipal.htm>: Consulta processual realizada em 25/01/2012.

²³ O MPF já afirmou que vai recorrer da decisão: http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/mpf-vai-recorrer-pela-condenacao-de-curio/?searchterm=curio Acesso em 17/03/2012.

5- O papel da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar de não pertencer à organização dos Estados Americanos-OEA, está intrinsecamente atrelada aos Estados que a compõem. Trata-se da segunda corte internacional criada em âmbito regional (a primeira foi o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, criado em 1959, com sede em Estrasburgo, na França), possuindo competência consultiva e contenciosa.

A competência consultiva diz respeito ao poder de interpretar e esclarecer o alcance das disposições contidas na Convenção Americana de Direitos Humanos. Trata-se de um poder amplo, já que a consulta pode versar sobre outro tratado referente à proteção dos direitos humanos em todos os Estados Americanos (art. 64, I²⁴) ou sobre a compatibilidade entre instrumentos internacionais e legislação interna, o que vem sendo chamado de controle de convencionalidade (art. 64, II²⁵). Podem formular consultas todos os membros da OEA, mesmo os que não ratificaram a convenção. Assim, a competência consultiva da Corte permite uma atuação mais ativista, permitindo galgar mais degraus no controle dos atos violadores dos direitos humanos, à medida que as decisões da Corte se impõem e se difundem perante as ordens internas dos diferentes Estados Americanos, constituindo diretrizes a serem perseguidas pelos diferentes Estados membros da OEA.

Já a competência contenciosa somente é obrigatória para os Estados Partes que a aceitaram expressamente, nos termos do art. 62, §3^{o26}. O Brasil aceitou a jurisdição contenciosa da Corte somente em 10/12/1998, diferentemente dos EUA e Canadá, que até esta data não efetivaram sua aceitação, dificultando a integração regional e enfraquecendo a legitimidade do debate de direitos humanos no contexto regional.

²⁴ 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.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

Nesse ponto não podemos deixar de consignar que a posição adotada pelos EUA mostra-se contraditória, já que como maior defensor e difusor da ideia de Universalismo dos direitos humanos e da democracia, deveriam adotar o mesmo discurso no âmbito regional, submetendo-se aos instrumentos de proteção do sistema interamericano. A posição adotada apenas legitima as críticas ao dito Universalismo norte-americano (HUNTINGTON, p. 304):

“os Estados Unidos, que sempre foram uma nação missionária – está convencido de que os povos não ocidentais deviam se dedicar aos valores ocidentais da democracia, mercados livres, governos limitados, direitos humanos, individualismo e império da lei, e de que deviam incorporar esses valores às suas instituições. Nas outras civilizações, há minorias que abraçam e promovem esses valores, porém as atitudes predominantes em relação a eles nas culturas não ocidentais variam de um ceticismo generalizado a uma intensa oposição. O que é universalismo para o Ocidente é imperialismo para o resto”.

A Corte é composta por sete Juízes, nacionais de países membros da OEA, eleitos pela Assembleia Geral, que através da jurisdição contenciosa poderão decidir de forma obrigatória os casos sobre a aplicação e descumprimento do Pacto de San José da Costa Rica, bem como de outras normas de direito internacional.

Somente os Estados Partes e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos possuem a atribuição de provocar a jurisdição da Corte, a ela submetendo um caso para julgamento. Após a admissibilidade do caso se admitirá a livre manifestação das vítimas e das partes interessadas (*locus standi*²⁷) durante a instrução do processo. Antes disso, caberá à Comissão Americana de Direitos Humanos conhecer do caso narrado, expedir orientações e tentar conciliação como meio de promover o efetivo respeito aos direitos consagrados nas diferentes convenções e tratados internacionais acerca do tema.

Portanto, a Comissão exerce um papel central no sistema bifásico interamericano de proteção, vez que a ela incumbe receber as petições dos indivíduos, promovendo a análise dos requisitos de admissibilidade, de modo a filtrar os casos que merecerão ser submetidos à Corte. Nesse ponto, vale frisar que a necessidade de esgotamento das vias processuais internas, prevista no art. 46, I, a), da CADH²⁸, vem sendo mitigado nos casos em que os

²⁷ Diferente seria o caso se a Corte Interamericana (através de um protocolo adicional à Convenção) adotasse o *ius standi*, ou seja, permitindo o acesso direto de indivíduos.

²⁸ 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.

Países não demonstram disponibilizar efetivos meios e recursos aptos a sanar as eventuais violações de direitos humanos.

As sentenças da Corte nos casos de competência contenciosa são definitivas e inapeláveis, nada impedindo, todavia, que no curso do processo, sejam deferidas medidas provisórias, a fim de cessar uma lesão ou mesmo garantir o resultado útil da demanda. A referida sentença é considerada sentença internacional, de efeitos automáticos, dispensando qualquer homologação para produção de eficácia na ordem interna. Trata-se na verdade de um imperativo/exigência dos sistemas de proteção da pessoa humana, vez que a ordem internacional e nacional nestes casos constituem um arcabouço jurídico único, harmônico e ajustado. Difere-se do que chamamos de sentença estrangeira, derivada de um Tribunal submetido à soberania de outro Estado, e que por aplicar ordenamento jurídico diverso, não dispensa um procedimento de homologação, em que o STJ, por força do art. 105, I, i) da CRFB, deverá analisar os requisitos para sua admissibilidade para a posterior produção de efeitos no Brasil.

Assim, um Estado que ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos e aceitou a jurisdição da Corte, não pode se abster de cumprir uma sentença por ela proferida, sob pena de ser novamente responsabilizado internacionalmente. Tampouco pode alegar direito interno na tentativa de se furtar a observar a decisão internacional (art. 27²⁹ da Convenção de Viena de 1969 sobre direito dos tratados³⁰). A Corte Interamericana de Direitos Humanos, como intérprete último do Pacto de San José, detém a competência para condenar um Estado Parte a indenizar a vítima, reparar o dano, a se abster de aplicar determinada legislação e ainda proibir o Estado de praticar determinados atos ou praticar condutas ditas violadoras, contrárias às disposições internacionais sobre a matéria.

Na observância e cumprimento das sentenças proferidas pela Corte, todos os poderes da República devem envidar esforços a fim de fazer valer as determinações nela contidas. Cabe ao Poder Executivo pagar eventuais indenizações, determinar que órgãos a ele subordinados pratiquem certos atos, a fim de conter novas infrações a direitos individuais,

²⁹ Artigo 27. Direito Interno e Observância de Tratados: *Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.*

³⁰ Decreto 7030, de 14 de dezembro de 2009 promulgou Convenção de Viena de 1969 com reservas aos artigos 25 e 66.

bem como políticas públicas com a mesma finalidade. Ao Poder Legislativo exige-se que edite leis em consonância com os preceitos contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 2º³¹) e promulgue legislações no sentido determinado pela Corte.

Nesse contexto, é imprescindível e recomendável no cenário regional, inclusive pelas opiniões consultivas proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que os países derroguem as leis violadoras dos direitos fundamentais. Ainda que voltada à solução de casos individuais, a aplicação de tratados e instrumentos de proteção de direitos humanos tem transcendido as circunstâncias desses casos e por vezes acarretando modificações nas práticas administrativas e leis nacionais. Devemos lembrar que as convenções internacionais beneficiam diretamente os indivíduos, independentemente da legislação interna adicional.

Já ao Poder Judiciário, incumbe a tarefa de interpretar e aplicar a Convenção no âmbito interno, evitando decisões contraditórias, tendo sempre em mente que o Brasil, ao ratificar a Convenção, não pode fazer letra morta de suas disposições, utilizando, vezes por outras, o instrumento do controle de convencionalidade.

6- O controle de convencionalidade e suas implicações.

O controle de convencionalidade pode ser definido então como uma garantia destinada a obter uma aplicação harmônica do direito internacional vigente³², compatibilizando de forma vertical as normas internas com as Convenções Internacionais de Direitos Humanos em vigor.

A referida expressão foi utilizada pela primeira vez no voto³³ do Juiz García Ramírez, no caso julgado pela CIDH (25/11/2003): *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala* e foi

³¹ Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno: *Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.*

³² ALBANESE, Susana, “El control de convencionalidad”, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 15.

³³ 27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad 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

inicialmente atribuída para denominar a tarefa da Corte Interamericana de julgar se os atos praticados pelos Estados estariam em consonância ou não com a Convenção Americana. Tratava-se, portanto, do controle ordinário exercido pelas Cortes Internacionais, nada havendo de inovador.

O que aqui abordamos é o controle de convencionalidade exercido na ordem nacional, que consiste basicamente em julgar a conformidade de uma norma ou ato interno com um tratado internacional de direitos humanos. Sob esta concepção, os tratados serão um novo parâmetro no controle a ser exercido pelos Poderes Judiciários, possuindo características quase idênticas ao controle de constitucionalidade, seja em sua forma difusa ou concentrada.

A utilização da expressão no sentido aqui estudado – controle exercido pelos juízes nacionais ao confrontar as legislações internas com as Convenções internacionais – foi melhor cunhada no caso “Almonacid Arellano y otros vs. Chile”, de 26 de setembro de 2006, tendo novamente como Juiz García Ramírez³⁴:

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

Das letras de Valério Mazzuoli, o primeiro autor a tratar especificamente do tema no Brasil, extraímos o seguinte³⁵:

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 internacional. (trecho do voto do Juiz García Ramírez, no caso julgado pela CIDH (25/11/2003), Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala). Extraído de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf

³⁴ Extraído de: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf Acesso em 25/02/2012.

³⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. Pág. 74. 2ª Ed. Editora RT.

“quer tenham os tratados de direitos humanos status de norma constitucional (nos termos do art. 5, §2, da Constituição), quer sejam equivalentes às emendas constitucionais (posto que aprovados pela maioria qualificada prevista no art. 5, §3.), em ambos os casos serão eles paradigma de controle das normas infraconstitucionais no Brasil, ao que se nomina de controle de convencionalidade das leis (em suas modalidades difusa e concentrada)”.

É inegável que a pretensão deste modelo de atuação tem como finalidade a tutela das Convenções Internacionais, e no contexto regional isso se torna mais evidente com as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos. A missão dos Juízes nacionais está na necessidade de avaliar a racionalidade de um sistema jurídico que não pode desprezar os compromissos internacionais assumidos, sendo esta uma das premissas para formação de um verdadeiro Estado Constitucional e Humanista de Direito.

Ao exercer o efetivo controle de convencionalidade, os Tribunais locais não podem hesitar em suprimir as normas e práticas que violem as garantias previstas em tratados internacionais ou que desconheçam os direitos ali previstos, proferir decisões que garantam a observação destes direitos e remover os obstáculos que dificultem o acesso dos indivíduos à proteção prometida pelas Convenções internacionais de direitos humanos. Podemos destacar alguns princípios de direito internacional indispensáveis para o correto controle de convencionalidade:

1) Princípio da autoexecutoriedade:

Possui duas vertentes: a primeira consiste na necessidade de aplicação das normas convencionais, mesmo que as legislações internas não tenham sido adequadas conforme as disposições contidas no tratado. A segunda vertente está na possibilidade dos juízes locais aplicarem as disposições convencionais de ofício, mesmo que as partes não as tenha suscitado.

2) Vedação ao retrocesso:

As convenções internacionais de direitos humanos, uma vez integradas ao ordenamento interno e dele não podendo ser dissociadas, constitui um estágio de proteção que não pode ser ruído. Assim, eventuais disposições que teriam o condão de retroceder, devem ser consideradas inválidas, tratando de forma sempre progressiva e expansiva a efetiva

proteção da pessoa humana, vez que a incorporação de instrumentos internacionais se dá de forma irreversível.

3) Princípio *Pro Homine*:

Indica que dentre as possibilidades hermenêuticas acerca de uma norma ou questão, os operadores do direito devem dar primazia para a interpretação mais favorável ao indivíduo e à sua liberdade. Este princípio também encontra guarida legal no art. 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos³⁶, podendo ser considerado um verdadeiro Princípio geral de direito internacional.

4) Indivisibilidade e interdependência:

No controle de convencionalidade o Juiz deve ter em mente que todo ordenamento jurídico interno e externo forma um sistema jurídico harmônico, apto a garantir a efetiva proteção à pessoa humana, vez que as mais diferentes normas se relacionam e dialogam entre si. Assim, caso não haja disposição legal para o exercício de determinado direito no diploma legal que deveria reger a matéria, deve-se buscar normas e disposições contidas em outros tratados ou leis internas que guardam pertinência com o tema, formando o que se pode chamar de macrossistema de direitos humanos.

5) Interpretação autônoma:

Conforme este princípio os termos e conceitos constantes das normas internacionais devem ser interpretados em seus sentidos próprios, muitas vezes diferente do sentido que lhe é atribuído pelo direito nacional. Ao interpretar a norma internacional, o operador do direito deve lembrar que está aplicando uma norma de conduta comum a todos os Estados signatários do tratado.

³⁶ Artigo 29 - Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Aplicando-se estes princípios o controle de convencionalidade se apresentará como uma ferramenta prática e rápida para formar um direito comum comunitário, vez que será o garantidor da efetiva aplicação na ordem interna dos compromissos internacionais assumidos, seja em contexto regional, como na Organização dos Estados Americanos (OEA), seja em nível global, como os tratados celebrados perante a ONU.

O controle de convencionalidade leva implícito o compromisso de todos os atores internacionais em atuar, dentro do âmbito de suas competências, de forma a obter os melhores resultados na tutela de direitos humanos, contribuindo para mudanças de atitudes por parte de organismos estatais/administrativos e principalmente de agentes públicos que insistem em colocá-los em segundo plano.

Portanto, passamos a ter dois filtros para aferição da validade das leis em geral: a) a constituição, pelo clássico e conhecido modelo de controle de constitucionalidade; b) os tratados internacionais de direitos humanos, por meio do controle de convencionalidade; fundando o que podemos chamar de teoria da dupla compatibilidade vertical material, tendo em mira sempre a necessidade de máxima eficácia das disposições que veiculem disposições acerca de direitos humanos.

7- Considerações finais.

Como vimos, o grande desafio no atual panorama está na efetivação dos direitos humanos, vez que a fase de sua positivação e reconhecimento de sua importância já foi constituída. Temos inúmeros dispositivos legais (sejam de direito internacional ou direito interno) que os diferentes operadores do direito podem utilizar na defesa dos direitos mais sensíveis da pessoa humana. O ponto a ser debatido e enfrentado é como colocar em prática toda essa gama de direito positivado para dar conta dos diferentes dramas humanos. Para a eficácia pretendida, novos instrumentos e visões vêm se constituindo, como destacamos: a mudança de *status* do direito internacional na ordem interna, a questão da responsabilidade estatal, a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e por fim o instituto do controle de convencionalidade.

A concepção de controle de convencionalidade não constitui uma teoria simplesmente importada dos sistemas jurídicos dos Países centrais da Europa ou dos EUA, apesar de sua primeira menção originar-se do Conselho Constitucional francês³⁷. Na realidade, trata-se de um instrumento que sempre esteve à disposição dos operadores do direito, e que não foi melhor estudado ou utilizado em virtude do ostracismo em que se encontrava o direito internacional na América Latina. Somente com a progressiva democratização e assunção de um papel central pela Corte Interamericana de Direitos Humanos é que foi permitida a construção da noção no âmbito regional, principalmente perante os países que aceitaram a jurisdição da Corte.

Devemos ter em mente que os Estados, ao celebrarem um tratado, renunciam a uma parte de sua soberania porque precisam da cooperação internacional para resolver problemas transnacionais e principalmente para adquirirem legitimidade política na esfera internacional, distanciando-se dos passados ditatoriais, como é o caso do Brasil pós ditadura militar. E a grande contribuição das Cortes Internacionais, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos é a de assegurar efetividade às disposições convencionais, rechaçando a ideia de que se tratam de meras normas programáticas.

Ademais, nos cabe lembrar que o controle a ser exercido também é dirigido para os atos de particulares, já que eventual omissão do Estado pode acabar permitindo violações de direitos humanos nas relações privadas. A eficácia horizontal dos direitos humanos é assunto pacificado no plano internacional e deve ser aplicada pelos Juízes nacionais ao exercerem o efetivo controle de convencionalidade. A obrigação estatal é assegurar a observância dos compromissos assumidos dentro do espaço territorial sob sua jurisdição, não importando a origem da infringência, sendo plenamente possível exigir do Estado diligências a fim de impedir as violações por particulares, sob pena de responsabilização.

É de suma importância que todos os agentes estatais sejam conscientizados de seus papéis dentro do sistema de proteção de direitos humanos, sendo imprescindível que os Administradores e gestores públicos promovam programas de capacitação e preparação,

³⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. Pág. 81. 2ª Ed. Editora RT.

atuando de forma a inserir o Estado dentro do rol de países que respeitam e lutam pelos direitos humanos, gozando assim de maior legitimidade na órbita internacional.

Para avançar no domínio de proteção dos direitos humanos, é preciso uma mudança de atitude no sentido de atribuir plena observância das normas de proteção e ter a noção de que a lógica vigente é a da supremacia do indivíduo. Isso significa a aceitação de uma jurisdição obrigatória de cortes internacionais de direitos humanos, a compreensão da importância da harmonização do direito interno e o internacional, com preferência das normas que garantam um melhor leque de proteção dos cidadãos e, sobretudo a conscientização dos operadores do direito acerca do compromisso assumido pelo Estado ante seus pares e organismos internacionais ao ratificar uma Convenção de direitos humanos.

A propósito, as mais recentes latitudes do Estado Democrático de Direito, no qual o constitucionalismo representa o êxito primogênito, deve passar exigir, dentro da própria ordem interna, uma reavaliação axiológica de todos os compromissos internacionais dos quais o país seja signatário, em especial das Convenções e Tratados de direitos humanos, tendo em mira a necessidade de maior eficácia das diferentes disposições que veiculem proteção aos direitos humanos.

Ao assumir para si o papel de guiar o instituto do controle de convencionalidade, as Cortes Internacionais, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos, deve demonstrar que as Constituições nacionais não podem ser vistas de forma absoluta, estanque, desprovida de vinculação ético jurídica, mas sim como uma aspiração sujeita a normas e conceitos aceitos e reconhecidos universalmente, como o direito internacional, que tem nos direitos humanos seu maior princípio, sentido e razão.

E no caso do Brasil, é inegável que a temática dos direitos humanos vem ganhando novos rumos. Como vimos, a mudança de *status* do direito internacional reconhecida pela Jurisprudência do STF, antes e depois da EC/45, o maior estudo e respeito pelas decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e principalmente a atuação proativa das diferentes instâncias de Poder da República colocam o Brasil em uma nova fase de discussão e efetivação dos direitos humanos, mas é inegável que ainda há muito o que avançar.

8- Referências.

- ALBANESE, Susana. “El control de convencionalidad”, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- ARAÚJO, Nádía de. Direito Internacional Privado. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.
- ARNAUD, Andre-Jean. Governar sem fronteiras. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- BITTAR, Eduardo C. B. e Guilherme Assis de ALMEIDA. Curso de Filosofia Do Direito. São Paulo: Atlas, 2010.
- CASSESE, Antonio e DELMAS-MARTY, Mireille (org.). Crimes internacionais e jurisdições internacionais. SP: Manole, 2004.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo. Ed. Saraiva. 2000.
- DELMAS-MARTY, Mireille. Três desafios para um direito mundial. RJ: Lumen Juris, 2003.
- HARRISON, Lawrence e HUNTINGTON, Samuel (org). A cultura importa – os valores que definem o progresso humano. RJ: Record, 2002.
- HUNTINGTON, Samuel e PETER, Berger (org). Muitas globalizações: diversidade cultural no mundo contemporâneo. RJ: Record, 2004.
- HUNTINGTON, Samuel. O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial. RJ: Objetiva, 2001.
- HOBSBAWM, Eric. A era dos extremos. SP. Companhia das Letras, 2ª ed., 2010.
- LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos – um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. SP: Companhia das Letras, 1988.
- _____. A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais, Editora Manole, 2005.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: RT, 2006.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Público. São Paulo: Editora RT, 2010.
- _____. O controle jurisdicional da convencionalidade das leis. 2ª Ed. Editora RT, 2011.

PIOVESAN, FLÁVIA. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 7ª ed., Editora Saraiva, 2006.

_____. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

RAMOS, André de Carvalho. Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2005.

RAWLS, John. Justiça e Democracia. WMF Martins Fontes, 2002.

REZEK, Francisco. Curso Elementar de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. O Direito Internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2002.

_____. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume I, Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume II, Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

_____. Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, Volume III, Porto Alegre, Ed. Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

SITES:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf: acessado em 25/02/2012.

<http://www4.tjce.jus.br/sproc2/paginas/sprocprincipal.htm>: acessado em 25/01/2012.

http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_geral/mpf-vai-recorrer-pela-condenacao-de-curio/?searchterm=curio: acessado em 17/03/2012.