

Patricia Grazziotin Noschang

Doutora em Direito PPGD/UFSC. Mestre em Direito e Relações Internacionais PPGD/UFSC, com período de pesquisa na European University Institute em Florença e na Università degli Studi di Firenze - Itália. Especialista pela Fundação Getulio Vargas em MBA Comércio Exterior e Negócios Internacionais e pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em Direito Internacional Público, Privado e da Integração Regional. Professora de Direito Internacional no Curso de Direito e no Programa de Mestrado da Universidade de Passo Fundo/RS. Coordenadora do Grupo de Pesquisa A Efetividade dos Direitos Humanos no Plano Internacional e dos Projetos de Extensão Balcão do Migrante e Refugiado e Educação em Direitos Humanos para Juventude. Coordenadora da Cátedra Sérgio Vieira de Melo/ACNUR-ONU na UPF. Contato: patriciagn@upf.br

O controle de convencionalidade na América Latina: influências do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos¹

Conventionality control in Latin America: influences of the Inter-American System for the Protection of Human Rights

Patrícia Grazziotin Noschang²

Resumo

O controle de convencionalidade tem como objetivo adequar o ordenamento jurídico interno com o que está previsto internacionalmente tanto no direito convencional quanto nas decisões de tribunais internacionais que os Estados reconhecem. Este artigo tem como escopo apresentar a evolução do termo “controle de convencionalidade” e a sua aplicação pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e demonstrar de que maneira essas decisões refletiram no ordenamento jurídico interno de alguns Estados Partes da Convenção, especialmente Argentina, Chile e Brasil.

Palavras chave: Controle de convencionalidade; Corte Interamericana de Direitos Humanos; Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos.

Abstract

The conventionality control aims to adapt the domestic legal order with what is foreseen internationally both in conventional law and in the decisions of international courts that the States recognize. This article aims to present the evolution of the term “conventionality control” and its application by the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights and to demonstrate how these decisions reflected in the internal legal order of some States Parties to the Convention, especially Argentina, Chile and Brazil.

¹ Texto originalmente publicado em: OLIVO, Luis Carlos Cancellier; BOATELHO, Alexandre; MOTA, Sergio Ricardo Ferreira. (Org.). Direito e Crítica - Homenagem ao professor Antonio Carlos Wolkmer - Estudos desenvolvidos no Programa de Pós- Graduação em Direito da UFSC. 1ed. Florianópolis: Insular, 2017, v. 1, p. 255-272.

Keynotes: Conventionality control; Inter-American Court of Human Rights; Inter-American System for the Protection of Human Rights.

Introdução

O controle de convencionalidade é um mecanismo que visa compatibilizar as leis internas dos Estados com os tratados de direitos humanos que foram e serão ratificados por esses.

O Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos o controle de convencionalidade externo é realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que ao emitir pareceres consultivos e proferir sentenças zela pela aplicação adequada dos tratados de direitos humanos celebrados e em vigor no âmbito regional que estão sob sua guarda e jurisdição.

O termo controle de convencionalidade surgiu, em 2006, na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos com o julgamento do *Caso Almocinad Arellano e outros Vs. Chile*, instruindo que os Estados façam a revisão de suas normas internas e que amoldem seus ordenamentos jurídicos internos à Convenção Americana de Direitos Humanos e, à interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativa aos tratados de direitos humanos.

Após a decisão do *Caso Almocinad Arellano e outros Vs. Chile*, considerado o *leading case* na jurisprudência da Corte Interamericana sobre o controle de convencionalidade, houverem mais três casos importantes referendando o termo e aprofundando a temática: *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*; *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil* e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Essas decisões foram importantes para que os Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos iniciassem o controle de convencionalidade interno verificando se suas leis estavam em conformidade com o referido tratado. A Corte também determinou que a sua jurisprudência deve ser aplicada pelos tribunais internos dos Estados Partes da Convenção.

Neste sentido, este artigo tem como escopo apresentar a evolução do termo “controle de convencionalidade” e a sua aplicação pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e demonstrar de que maneira essas decisões refletiram no ordenamento jurídico interno de alguns Estados Partes da Convenção.

1. O Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos

O Sistema Interamericano Proteção aos Direitos Humanos está sob tutela da Organização dos Estados Americanos. Essa organização regional surgiu com a Carta de Bogotá, em 1948, com objetivo de manter a paz e segurança em âmbito regional considerando que a solidariedade e a boa vizinhança americana não podem ter outro sentido senão “[...] o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem.”. A carta também estabeleceu a criação de seus órgãos no artigo 53, e entre eles está a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Juntamente com esse tratado, foi assinada a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, com o objetivo de dar proteção regional aos direitos humanos aos países americanos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016)

A Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores, em 1959, implementou um novo órgão de proteção aos Direitos Humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Os trabalhos da CIDH começaram no ano seguinte, e tinham como função promover os direitos estabelecidos tanto na Carta de Bogotá como na Declaração de Direitos e Deveres do Homem. (NOSCHANG, 2013)

No entanto, o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos torna-se efetivo com a elaboração da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, a qual entrou em vigor apenas em 1978, após obter o número mínimo de ratificações necessárias. Esse tratado, também, instituiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em São José na Costa Rica que possui competência da Corte é tanto jurisdicional como consultiva. Soma-se aos instrumentos acima referidos o Protocolo de San Salvador de 1988, relativo aos direitos sociais e econômicos. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016).

Assim os tratados que formam o *corpus iure* do Sistema Americano de Proteção aos Direitos Humanos são: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), a Carta da Organização dos Estados Americanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969) e também o Protocolo de San Salvador, assinado em 1988, relativo aos direitos sociais e econômicos.³

³ Existem outros tratados que foram ratificados posteriormente em matéria de direitos humanos no plano regional em temas específicos como: a proteção contra violência de gênero; extinção da pena de morte; contra a tortura, entre outros.

Conforme André Carvalho Ramos o principal diploma de proteção aos direitos humanos neste sistema é a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) pelos seguintes motivos:

1) pela abrangência geográfica, uma vez que conta com 24 Estados signatários; 2) pelo catálogo de direitos civis e políticos e 3) pela estruturação de um sistema de supervisão e controle das obrigações assumidas pelos Estados, que conta inclusive com uma Corte de Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sede em San José da Costa Rica. (2009, p.248)

De acordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos são competentes para conhecer o cumprimento de normas pelos Estados em matéria de direitos humanos que fazem parte do referido tratado. A Comissão tem como papel a conciliação entre as partes tentando resolver os fatos de maneira amistosa. Caso não seja possível, redigirá um relatório com suas conclusões, determinando as recomendações e o prazo para os Estados tomarem as medidas cabíveis. A Corte pode ser provocada somente pela Comissão ou pelos Estados Partes. (BRASIL, 2016)

Poderão submeter demandas ao Sistema Interamericano, qualquer pessoa, um grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da OEA, que tenham sofrido violações de direitos humanos contidas em qualquer um dos instrumentos que formam o corpo normativo desde que o Estado demandado tenha ratificado. (BRASIL, 2016) Ressalta-se o papel da organizações não governamentais (ONGs), pois normalmente as proposições à Comissão Interamericana são apresentadas por essas entidades representando um indivíduo ou um grupo de pessoas. Algumas ONGs destacam-se por serem atuantes na defesa dos direitos humanos e das minorias em alguns países como a Justiça Global no Brasil e a Human Rights Watch em todo o mundo e o Instituto Latino-Americano de Serviços Legais Alternativos (ILSA-Bogotá), que atua na Colômbia promovendo o incremento dos serviços legais e de maior acesso à justiça no âmbito da América Latina e do Caribe. (WOLKMER, 2015)

Para que a petição inicial, que será direcionada à Comissão Interamericana, seja aceita é necessário cumprir alguns requisitos: a) esgotamento dos recursos internos; b) deve ser apresentada no prazo de 06 meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) deve haver ausência de litispendência internacional; e d) que, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e

a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. (BRASIL, 2016)

Entretanto, o esgotamento dos recursos internos poderá ser relativizado quando o Estado oferece o acesso à justiça adequado ou torna-se moroso. De acordo, com Wolkmer ao contrário da Europa a América Latina tem dificuldades em reconhecer novos direitos originários dos movimentos sociais vinculados às minorias, ao meio ambiente e ao desarmamento. Para o autor a América Latina enfrenta uma crise que atravessa desde o Poder Judiciário até o Estado e as instituições sociais além de ser acionado “[...] constantemente a responder, por vezes, com limitações ou sem eficácia, por conflitos de massas de natureza social e patrimonial.” (WOLKMER, 2015,p.106). Nesta morosidade e inércia do Estado ao enfrentar as demandas internas o Sistema Interamericano surge como alternativa para que os indivíduos possam demandar contra o Estado.

O procedimento jurisdicional no sistema interamericano inicia com a apresentação de uma reclamação do indivíduo contra o Estado à CIDH, que atua nesta fase representando o indivíduo reclamante. Ao Estado réu é concedido o direito do contraditório e, nada obsta que haja uma conciliação amigável. A CIDH decide com base nos fatos e nas alegações das partes se o expediente deverá ser arquivado ou levado adiante. No caso de seguir adiante, a CIDH realiza uma investigação minuciosa dos fatos ocorridos e faz recomendações às partes envolvidas para resolver o caso no prazo de três meses. Caso isso não ocorra, a CIDH poderá emitir sua própria opinião e conclusão, ou ainda, nesse prazo submeter à Corte o relatório de mérito.(PIOVESAN, 2006)

O procedimento na Corte inicia com o envio, pela CIDH, do relatório à Corte. O Juiz Presidente fará o exame preliminar da demanda, e o secretário notificará os juízes, a(s) vítima(s) e o Estado que terá um prazo de 04 meses para apresentar a contestação. Após é realizada a audiência entre as partes seguindo da decisão final. Conforme previsto no art. 67 da Convenção a sentença é será definitiva e inapelável. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2016)

Importante ressaltar que os Estados tem o dever de cumprir integralmente a sentença da Corte conforme preceitua o artigo 68,1. da Convenção, e o artigo 63.1 que determina o dever do Estado restaurar o gozo do direito ou liberdade violado. Soma-se a esses dispositivos o artigo 2 da Convenção que determina que [...] 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[...]” os direitos e liberdades previstos neste documento. (BRASIL, 2016)

Desta forma, os Estados membros da OEA, incluindo o Brasil, ao se tornarem signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos, assumem o compromisso de adequar a legislação e a jurisdição interna em consonância com as normas e jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (GUERRA, 2013)

De acordo com a doutrina do controle de convencionalidade, quando o direito local for contrário as disposições da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz, a norma mesmo que constitucional deverá ser inaplicada. Assim, os juízes internos deverão além de controlar a constitucionalidade controlar a convencionalidade das leis considerando a interpretação que a Corte realiza a respeito da Convenção. (MARX, 2014)

O exercício do controle de convencionalidade sempre foi utilizado pela Corte Interamericana, mas somente a partir de 2006 é que este termo foi utilizado em seus julgados. Também foi a partir desse ano que a Corte posicionou-se pelo entendimento de que os juízes e tribunais têm obrigação de compatibilizar as normas internas com a Convenção Americana de Direitos Humanos, e com a interpretação que a Corte dela faz.

2. Noções gerais sobre o controle de convencionalidade

A expressão “controle de convencionalidade” teve origem na França em um julgamento do Conselho Constitucional francês em 1975. Na Decisão nº 74-54 DC, o Conselho se declarou incompetente para analisar se uma lei interna era compatível com um tratado, no caso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos. Conselho entendeu que era competente apenas para fazer o controle de constitucionalidade, ou seja, a compatibilidade da lei com a constituição francesa e não um “controle de convencionalidade”. A partir desta decisão o Conselho reconheceu que uma norma interna deve passar por “dois crivos” de compatibilidade, para que seja considerada válida e eficaz: a constituição e, os tratados ratificados e em vigor no país. (MAZZUOLI, 2013, p. 88)

A denominação “controle de convencionalidade” na América Latina foi utilizada pela primeira vez na sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Almonacid Arellano e outros v. Chile* em 2006. Nesta decisão a Corte mencionou que “[...] o Poder Judicial deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos a Convenção Americana de Direitos Humanos.” e, ainda, ao realizar esta tarefa deverá considerar também a interpretação da Corte

em relação a referida Convenção. (CORTE, *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, 2016, para. 124)

Entende-se que o termo “convencionalidade” vem da terminologia utilizada pelos tratados que ao serem elaborados prevejam normas gerais sobre algum tema específico e são denominados de “convenções”. Contudo, o controle de convencionalidade não é realizado apenas para os tratados que tem a terminologia de convenção, mas sim para todos os tratados de direitos humanos tanto do sistema universal de proteção aos direitos humanos (originários da Organização das Nações Unidas) quanto dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos (Organização dos Estados Americanos no caso do Brasil e demais países das Américas). Logicamente que o controle de convencionalidade somente poderá ser aplicado aos Estados signatários de tais compromissos internacionais.

De acordo com Mazzuoli⁴ a doutrina chama de

[...] ‘controle de convencionalidade’ o exercício de compatibilidade normativa realizado pelas instâncias *internacionais* de proteção dos direitos humanos, ou as medidas *legislativas* de compatibilização das leis *em elaboração* com os tratados internacionais, não comparando tal controle com o ‘controle de constitucionalidade’ existente no plano do nosso direito interno. (2013, p.767)

Neste sentido pode-se afirmar que o controle de convencionalidade é realizado pelos juízes ao analisar o caso concreto quando verificam se um tratado, no caso de direitos humanos, está sendo aplicado devidamente no âmbito internacional ou interno. Desta forma, entende-se que o controle de convencionalidade será externo (quando realizado no plano internacional pelas cortes internacionais competentes) e interno (quando realizado pelos tribunais e juízes internos dos Estados que ratificaram tal compromisso internacional).

Assim segundo grande parte da doutrina fala-se em um controle de convencionalidade externo (internacional) e interno (nacional). Alguns também conceituam como controle de convencionalidade autêntico, e outros como difuso e concentrado.

O controle de convencionalidade poderá ser exercido internamente frente aos tratados internacionais de direitos humanos que deverão ser observados quando da produção normativa infraconstitucional e quando isso não ocorrer poderá as leis e atos sofrer o controle de convencionalidade internacional, quando referente à Convenção Americana será perante a

⁴ A tese que o autor se propõe a apresentar se refere ao estudo do controle jurisdicional da convencionalidade das leis no Brasil. O autor busca explicar “como funciona” o controle de convencionalidade no Brasil e quais são os meios de se exercer essa advocacia a ele voltada. (MAZZUOLI, 2013).

Corte Interamericana de Direitos Humanos. No último caso, é como se fosse um controle concentrado de convencionalidade, pois se dará através de um caso específico e seus efeitos irão gerar as modificações impostas perante todos, visando benefícios para a pessoa humana. (GUERRA, 2013, p.181; MAZZUOLI, 2009, p. 94)

Segundo Valério Mazzuoli o controle de convencionalidade poderá ser difuso quando um tratado for analisado por qualquer juiz ou tribunal, da mesma forma que ocorre com o controle de constitucionalidade. E, será concentrado quando realizado pelo STF “[...] na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) [...]”. (2013, p.765-766.)

O controle de convencionalidade autêntico é o que se realiza pelos juízes e tribunais internos em primeiro plano adequando a normatividade segundo os tratados internacionais e a interpretação da Corte. Caberá a manifestação dos tribunais internacionais quando os Estados não realizarem o controle de convencionalidade frente a estes tratados e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. (ALVES, 2013, p. 326)

A lógica é a mesma do controle de constitucionalidade que ocorre no âmbito interno ao verificar a compatibilidade das normas constitucionais com a demais normas internas infraconstitucionais. Neste patamar o controle de constitucionalidade ocorre de maneira concentrada (realizado pelas altas cortes constitucionais) e difusa (realizado pelos demais juízes e/ou tribunais).

Importante ressaltar que o controle de convencionalidade não deve ser realizado apenas no âmbito jurisdicional. Cabe também ao Poder Legislativo ao analisar um projeto de lei, assim como está atento a constitucionalidade do diploma legal proposto, deverá também observar se a norma é compatível com os tratados ratificados pelo Estado. E, também, ao Poder Executivo que deverá vetar lei *inconvenional* (que contrarie tratados já ratificados).

Neste sentido leciona Ingo Sarlet, que o controle de convencionalidade não é um controle de exclusividade do judiciário pois,

[...] O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos.[...] Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei [...]. (2013, p.112)

Assim, conforme já referido, os tratados de direitos humanos normalmente compõe o Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos, no âmbito das Nações Unidas

e os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos no âmbito da Organização dos Estados Americano (Américas), União Africana (África) e Conselho da Europa (Europa). Importa neste estudo entender de que maneira o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos trabalha com o controle de convencionalidade e a influência das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos nos seus Estados Partes.

3 O controle de convencionalidade na América Latina: reflexos da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos

As decisões que se posicionaram em relação ao controle de convencionalidade externo (realizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos) , e controle de convencionalidade interno (realizado por juízes e tribunais dos Estados Partes da Convenção), foram os seguintes: *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*; *Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso Vs. Peru*; *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México* e o *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil* (MAZZUOLI, 2013, p. 95-111)

Além da jurisprudência contenciosa a Corte também se manifestou a respeito do tema no Parecer Consultivo OC 21/14 de 19 de agosto de 2014, solicitado pela Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai sobre os Direitos e Garantias de Crianças no Contexto da Migração e/ou em Necessidade de Proteção Internacional. Neste parecer a Corte considerou necessário recordar que, de acordo com o Direito Internacional,

31. [...] quando um Estado é parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, este tratado obriga todos os seus órgãos, incluindo os poderes judicial e legislativo, de maneira que a violação por parte de algum destes órgãos gera responsabilidade internacional para o Estado. É por essa razão que a Corte considera necessário que os diversos órgãos do Estado realizem o correspondente controle de convencionalidade, também em relação ao que se indique no exercício de sua competência não contenciosa ou consultiva, a qual, inegavelmente, compartilha com sua competência contenciosa o propósito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos de “proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, Opinião Consultiva OC -21/14, 2016)

A primeira sentença da Corte que mencionou a expressão “controle de convencionalidade” foi o *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, julgado em 26 de setembro de 2006. Quando inaugurou seu posicionamento sobre o controle de convencionalidade das leis. O caso dizia respeito ao homicídio de Almonacid Arellano pelo

regime militar chileno em 1976, em razão da denegação de justiça por lei que anistiou as Forças Armadas do país. (CORTE, *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, 2016) Nas palavras da Corte:

124. [...] 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.⁵ (CORTE, *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, 2016)

Em 24 de novembro de 2006, a Corte volta a referir-se ao controle de convencionalidade no *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, reforçando seu entendimento e especificando que os órgãos do Poder Judiciário devem exercer o controle de convencionalidade no ordenamento interno. (CORTE, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2016)

A sentença da Corte lembrou novamente que quando um Estado ratifica um tratado como a Convenção Americana de Direitos Humanos, submete também a aplicação desse documento aos seus juízes no plano interno que estão obrigados a zelar pela sua aplicação. Segundo a Corte o Poder Judiciário dos Estados deve exercer não apenas um controle de constitucionalidade mas também um controle de convencionalidade, *ex officio* entre as normas internas e a Convenção.⁶ (CORTE, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2016)

Vale ressaltar os votos em separado dos Juízes Sérgio García Ramírez e Antônio A. Cançado Trindade, nesta decisão. De acordo com Ramírez o controle de convencionalidade

⁵ Em outras palavras o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de “controle de convencionalidade” entre as normas jurídicas internas que se aplicam aos casos concretos e a Convenção Americana de Direitos Humanos. Nesta tarefa o Poder Judiciário deve considerar não somente o tratado mas também a interpretação dada a este pela Corte Interamericana, intérprete em última instância da Convenção Americana. (Tradução nossa).

⁶ 128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones. (CORTE, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2016, para 128)

deve ser realizado pelos Estados considerando todo o *corpus juris* convencional em matéria de direitos humanos que o Estado seja parte, como o Protocolo de San Salvador, Protocolo relativo a Abolição da Pena de Morte, Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura, Convenção de Belém do Pará para Erradicação da Violência contra Mulher, entre outras. Da mesma forma que os tribunais internacionais também realizaram o controle de convencionalidade ao analisar os casos de violação dos direitos previstos nos tratados que podem gerar uma responsabilidade internacional para os Estados signatários destes tratados. (CORTE, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2016)

Cançado Trindade ressalta que o Poder Judiciário de cada Estado Parte da Convenção devem aplicar tanto o Direito Constitucional quanto o Direito Internacional dos Direitos Humanos realizando um controle de constitucionalidade como de convencionalidade *ex officio*, pois os ordenamentos jurídicos interno e internacional estão em constante interação ao considerar a proteção a pessoa humana. (CORTE, *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*, 2016)

Em 2010, o Estado brasileiro foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em virtude de não ter exercido o controle de convencionalidade em face da Convenção Americana de Direitos Humanos no *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, caso conhecido como “Guerrilha do Araguaia”, sendo a sentença proferida em 24 de novembro de 2010. O julgamento promoveu o debate quanto à eficácia que detém os tratados internacionais no ordenamento jurídico interno brasileiro. (CORTE, *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, 2016)

Na sentença a Corte reafirmou que o Poder Judiciário dos Estados estão obrigados a exercer um controle de convencionalidade *ex officio* entre as normas internas e a Convenção e, que a jurisprudência da Corte já estabeleceu que as autoridades internas estão obrigadas a aplicar internamente as disposições prevista na Convenção e nos julgados desta Corte.

Neste caso a Corte observou que o STF não realizou o controle de convencionalidade ao declarar válida a Lei de Anistia sem considerar as obrigações internacionais contraídas pelo Estado brasileiro, e que são regidas pelos princípios da boa-fé e da *pacta sunt servanda*. O descumprimento destas regras e princípios acarretam, segundo o direito internacional, a responsabilidade internacional dos Estados. De acordo com a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969, no artigo 27, nenhum Estado pode se escusar do cumprimento de um tratado com base no seu ordenamento jurídico interno. (CORTE, *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, 2016)

No voto em separado do juiz brasileiro Roberto de Figueiredo Caldas, que atuou como Juiz Ad Hoc no caso, mencionou que a Convenção Americana de Direitos Humanos equivale a uma Constituição supranacional referente aos Direitos Humanos para todos os Estados americanos que adotaram livremente esse tratado. Assim todos os poderes públicos, esferas nacionais, bem como as legislações federais, estaduais e municipais destes Estados Partes da Convenção estão obrigados a se adequar e respeitar-la. (CORTE, *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil*, 2016)

Na sentença de 26 de novembro de 2010, no *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* que a Corte definiu sua doutrina jurisprudencial sobre o controle de convencionalidade. A partir desse julgamento, a Corte por unanimidade fixou o entendimento de que os juízes e tribunais internos devem aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos e a interpretação que a Corte Interamericana de Direitos Humanos faz dela. (CORTE, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2016) Segundo a Corte:

*Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (CORTE, *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2016)*

Essa sentença por fim apresenta uma série de decisões das altas Cortes nacionais dos Estados Partes da Convenção que já sentem o efeito do controle de convencionalidade proposto pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Os reflexos da aplicação do controle de convencionalidade nos Estados Partes da Convenção Americana de Direitos Humanos foram evidenciados pela Corte na sentença do caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* ao demonstrar que alguns tribunais “da mais alta hierarquia da região” já estavam se referindo e aplicando o controle de convencionalidade considerando as interpretações realizadas pela Corte. Entre os tribunais citados estão: a Sala Constitucional da Suprema Corte de Justiça da Costa Rica, o Tribunal Constitucional da

Bolívia, a Suprema Corte de Justiça da República Dominicana, a Corte Constitucional da Colômbia, Tribunal Constitucional do Peru e a Suprema Corte Constitucional da Argentina.

O Tribunal Constitucional do Peru, por exemplo, vêm respeitando a jurisprudência da Corte e cumprindo com o controle de convencionalidade principalmente no que se refere as demandas relacionadas a lei de anistia. Vale lembrar que o Peru passou um período ditatorial longo com o regime do ex Presidente Alberto Fujimori que chegou a apresentar uma proposta de denúncia da competência contenciosa da Corte em 1999. Em 2003, após o colapso do governo fujimorista, o Peru depositou um documento reconhecendo a competência contenciosa da Corte. (BELAUNDE;MANCHEGO, 2013).

Conforme o Tribunal Constitucional do Peru:

La vinculatoriedad de las sentencias de la C[orte Interamericana] no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la [Cuarta Disposición Final y Transitoria (CDFT)] de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del [Código Procesal Constitucional], en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la C[orte Interamericana], reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal. (CORTE, Cabrera García y Montiel Flores vs. México, 2016, para. 227)

No Chile, segundo Alcalá, o Tribunal Constitucional “presta poca atención” a jurisprudência da Corte Interamericana nos seus julgados, porém o tribunal chileno efetua o controle para resolver os casos que impliquem o reconhecimento dos direitos fundamentais. Segundo o autor, o tribunal chileno em dois casos relevantes, julgados em 2008, sobre o direito de recurso proferiu decisões contrárias aos artigos 1.1, 2 e 8.2 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos. Nesses casos, o tribunal assumiu o risco de o Estado chileno ser demandado na Corte Interamericana bem como ser condenado pelo descumprimento do tratado. (ALCALÁ, 2013).

No México o controle de convencionalidade é exercido tanto pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación* (de forma concentrada) quanto pelos juízes dentro da sua competência (de forma difusa). De acordo com Eduardo Ferrer Mac-Gregor, o México está “obrigado” a realizar o controle difuso de convencionalidade devido a cinco fatores: 1) as quatro sentenças

condenatórias contra o México proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos entre 2009 e 2010, que determinaram expressamente o dever por parte dos juízes e órgãos vinculados a administração da justiça por todos os níveis; 2) as determinações dos artigos 1º (obrigação de respeitar os direitos); 2º. (dever de adotar as disposições no direito interno) e 29 (normas de interpretação mais favorável) da Convenção Americana de Direitos Humanos – ratificada pelo México em 1981; 3) o disposto nos artigos 26 (*Pacta sunt servanda*); 27 (invocação do direito interno como descumprimento de um tratado) da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969 – ratificada em 1980; 4) a reforma constitucional em matéria de direitos humanos – artigo 1º. - vigente desde 11 de julho de 2011; e 5) a aceitação “expressa” deste controle de convencionalidade pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación* como parte importante do cumprimento da sentença do *Caso Radilla Pacheco v. México*. (MAC-GREGOR, 2013)

O controle difuso de convencionalidade mexicano é, desta forma, realizado pelos juízes locais, que tem a possibilidade de não aplicar uma norma tanto inconstitucional como inconveniente no caso concreto, permitindo realizar de ofício o controle de convencionalidade com “uma intensidade forte”. (MAC-GREGOR, 2013, p.554)

Assim, essa nova competência do juiz local exige uma intensa capacitação e atualização desses magistrados nos conteúdos de direito internacional e nos tratados ratificados pelo México em matéria de direitos humanos, além do entendimento da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A obrigação dos juízes são de harmonizar as normas internas como as normas previstas em tratados e como resultado aplicar sempre o princípio *pro homine*, o que Mac-Gregor denomina de *pro persona*. De acordo com o autor os princípios da harmonização e *pro persona* devem ser seguidos para evitar, também, uma fragmentação na aplicação do direito internacional. (MAC-GREGOR, 2013)

A Argentina é o Estado pioneiro no exercício do controle de convencionalidade. Em 1992, no caso *Ekmekdjian v. Sofovich*, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* adotou a chamada “doctrina del seguimiento”, determinando que os juízes argentinos deveria ter como guia as diretrizes determinadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em suas decisões. Já em 1994, a reforma constitucional argentina elevou os tratados de direitos humanos ao nível das normas constitucionais. (SANGÜÉS, 2013) (PIZZOLO, 2013)

Até o ano de 2009 a Corte Suprema de Justiça da Argentina já havia proferido 42 decisões conferindo aplicação interna aos tratados de direitos humanos, aplicando a jurisprudência da Corte em prol do controle de convencionalidade. Reconhecendo a Suprema

Corte argentina a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como um guia de interpretação convencional. (PIOVESAN, 2013, p. 136)

Reconhecendo a Suprema Corte argentina a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos como um guia de interpretação convencional. (PIOVESAN, 2013, p. 136)

Segundo Néstor Pedro Sangüés, pouco tempo depois já no caso *Bramajo* a Suprema Corte argentina determinou que os juízes locais deveriam também seguir os ditames da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Contudo, essa determinação gerou polêmica uma vez que as recomendações e informes originários da Comissão não são considerados coisa julgada e não se trata de um órgão jurisdicional. (SANGÜÉS, 2013)

A doutrina argentina está bem avançada na interpretação e análise da aplicação do controle de convencionalidade, apontando questões contra – abandono de soberania em ordem judicial – e questões favoráveis que consideram o respeito aos tratados firmados pelo Estado argentino. (PIZZOLO, 2013)

Pode-se afirmar que o Brasil inicia o controle de convencionalidade quando, a Emenda Constitucional n.45 de 2004, insere o parágrafo 3º no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Essa alteração trouxe novas demandas sobre o conflito entre a norma interna e os tratados ratificados pelo Brasil à análise dos ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) obrigando-os a rever a jurisprudência sobre em relação aos tratados de direitos humanos. Ressalta-se que parágrafo 3º no artigo 5 determina que os tratados de direitos humanos de que passarem pelo *quorum* diferenciado de dois terços dos votos do Congresso Nacional, em dois turnos terão equivalência às emendas constitucionais.

A jurisprudência do STF ao analisar o conflito entre uma lei ordinária e um tratado se utilizava do critério cronológico (lei posterior revoga lei anterior) ou do critério da especialidade (lei especial revoga a geral no que a contrariar). Esse passou a ser o entendimento jurisprudencial desde o julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 em 1977. (NOSCHANG, 2009)

A efetivação do controle de convencionalidade no direito brasileiro foi amplamente discutida no julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) que analisou a compatibilidade da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) com a Constituição Federal/88 no que diz respeito a prisão do depositário fiel, em 2008. Neste caso (RE 466.343), o STF determinou que os tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil anteriores a EC 45/04 teriam *status* supralegal,. Já os tratados ratificados pelo quórum determinado pelo parágrafo 3º seriam, conforme dispõe a constituição, equivalentes a emendas constitucionais. (BRASIL, STF, 2016)

Na decisão referida apenas o Ministro Celso de Mello se refere ao termo “controle de convencionalidade”, ao responder a pergunta do Ministro Cezar Peluso: “se tivermos um tratado que tutele determinado direito tido por “humano” e ao qual o Brasil adere, o que devemos fazer?”. Responde o Ministro Celso de Mello que dever-se-á interpretar a convenção e, “[...] promover, se for o caso, o *controle de convencionalidade* dos atos estatais internos [...], em ordem a impedir que a legislação nacional transgrida as cláusulas inscritas em tratados internacionais de direitos humanos.”. (BRASIL, STF, 2016).

Nota-se que o controle de convencionalidade vem ocorrendo nos sistemas jurídicos nos Estados da América Latina, em alguns com mais profundidade em outros ainda timidamente. No caso do Brasil a aplicação e a observância dos tratados pelo judiciário brasileiro sempre foi em passos lentos e realizada em movimentos, basta citar a prisão do depositário fiel não prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos ratificada pelo Brasil em 1992 e resolvida a questão quase vinte anos após pelo Supremo Tribunal Federal. Há muitos obstáculos a serem enfrentados pelo caminho.

Considerações finais

o controle de convencionalidade mostra-se como um efetivo instrumento de proteção aos direitos humanos que são reconhecidos na esfera internacional por todos os Estados. Em um cenário de constantes transgressões aos direitos dos seres humanos é de suma importância que os Estados se unam para assegurar os direitos essenciais aos indivíduos, dessa forma, ao controlar a convencionalidade das leis os Estados buscam fortalecer seus compromissos com os seres humanos os colocando como centro dos ordenamentos jurídicos.

É notável que as decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos influenciaram na reforma de alguns ordenamentos jurídicos bem como nas decisões de muitas cortes supremas dos países da América Latina que reconhecem a competência contenciosa da Corte.

Quanto ao estudo do controle de convencionalidade pode-se afirmar que a doutrina argentina e mexicana são as mais avançadas no estudo dos efeitos positivos e negativos do controle que o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos vem exercendo na jurisdição interna e no ordenamento jurídico dos seus Estados Partes.

No que se refere ao Brasil, ainda há muito para debater, refletir e escrever sobre o controle de convencionalidade.

Referências

ALCALÁ, Humberto Nogueira. Los Desafíos del Controle de Convencionalidade del Corpus Iuris Interamericano para los Tribunales Nacionales, y su Diferenciación con el Control de Constitucionalidad. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.465-545.

ALVES, Waldir. Controle de Convencionalidade da normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.309-341.

BELAUNDE, Domingos García ; MANCHEGO, José Felix Palomino. El Controle de Convencionalidad en el Perú. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.659-685.

BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Dec. 678 de 06/11/1992. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 12 dez 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 6 fev. 2015

_____. RE 466343. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Acesso em: 14 set 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=192&lang=es>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=343&lang=es>. Acesso em: 10 mai. 2016

_____. *Caso Almicinad Arellano e outros Vs. Chile*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2016.

_____. *Caso Gomes Lund (“Guerrilha do Araguaia”) e outros Vs. Brasil*. 2010. Disponível em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_pro.pdf>. Acesso em: 21 de novembro de 2016.

_____. Parecer Consultivo OC – 21/14. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Acesso em: 07 set 2016.

GUERRA, Sidney. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Controle de Convencionalidade*. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Interpretación Conforme y Control Difuso de Convencionalidad el Nuevo Paradigma para el Juez Mexicano. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.547-657.

MARX, Ivan Cláudio. *Justiça de Transição Necessidade e Factibilidade da Punição aos Crimes da Ditadura*. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2014.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis*. 1ª Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro*. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. *Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p.744-778.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. A TEORIA DE TRIEPEL E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 80.004. *Ius Gentium* (Florianópolis), v. 2, p. 97-114, 2009.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. Os Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos e o Brasil: da participação no sistema global ao (des)cumprimento na esfera regional. *Revista Direitos Humanos e Democracia*, v. 1, p. 250-280, 2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Carta de Bogotá*. Disponível em: <<http://www.oas.org>>. Acesso em: 29 abr. 2016.

PIOVESAN, Flávia. Controle de Convencionalidade Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.117-145.

PIZZOLO, Calogero. Control de Convencionalidad y su Recepción por la Corte Suprema de Justicia en Argentina. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.427-449.

RAMOS, André de Carvalho. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: levando a sério os tratados de Direitos Humanos. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 104. jan./dez. 2009. p. 241 – 286.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. El Control de Convencionalidad en Argentina. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.343-357.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. *Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano*: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p.87-114.

WOLKMER, Antônio C. *Pluralismo Jurídico*: Fundamentos de uma nova cultura do direito. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.