

Guilherme Vitor de Gonzaga Camilo

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE:

Base teórica e o impacto de sua aplicação



Guilherme Vitor de Gonzaga Camilo

**A CORTE INTERAMERICANA DE
DIREITOS HUMANOS E O CONTROLE
DE CONVENCIONALIDADE:**

Base teórica e o impacto de sua aplicação



Fortaleza-CE

2024

© Copyright 2024 - Todos os direitos reservados.

FICHA TÉCNICA:

Editor-chefe: Vanques de Melo

Diagramação: Vanques Emanuel

Capa: Vanderson Xavier

Produção Editorial: Editora DINCE

Revisão: Autor

CONSELHO EDITORIAL:

Dr. Felipe Lima Gomes (Mestre e doutor pela UFC)

Prof. e Ma. Karine Moreira Gomes Sales (Mestra pela UECE)

Francisco Odécio Sales (Mestre pela UECE)

Ma. Roberta Araújo Formighieri

Dr. Francisco Dirceu Barro

Prof. Raimundo Carneiro Leite

Eduardo Porto Soares

Alice Maria Pinto Soares

Prof. Valdeci Cunha

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

CAMILO, Guilherme Vitor de Gonzaga

A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E O
CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: Base teórica e o impacto de sua
aplicação

Editora DINCE 2024. 250. Impresso

ISBN: 978-85-7872-713-0

1. Direitos Humanos Internacional 2. Corte Americana I. Título

Todos os direitos reservados. Nenhum excerto desta obra pode ser reproduzido ou transmitido, por quaisquer formas ou meios, ou arquivado em sistema ou banco de dados, sem a autorização de idealizadores; permitida a citação

NOTA DA EDITORA

As informações e opiniões apresentadas nesta obra são de inteira responsabilidade do(s) autor (es).

A DIN.CE se responsabiliza apenas pelos vícios do produto no que se refere à sua edição, considerando a impressão e apresentação. Vícios de atualização, opiniões, revisão, citações, referências ou textos compilados são de responsabilidade de seu(s) idealizador (es).

Impresso no Brasil

Impressão gráfica: **DIN.CE**

CENTRAL DE ATENDIMENTO:

Tel.: (85) 3231.6298 / 9.8632.4802 (WhatsApp)

Av. 2, 644, Itaperi / Parque Dois Irmãos – Fortaleza/CE

Aos meus pais,
por nunca deixarem de acreditar em mim

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais que nunca me abandonaram e sempre estiveram dispostos a me estender a mão, em cada ligação, em cada visita de socorro, cada vez que arrumaram minha casa porque eu estava ocupado demais para conseguir cuidar de mim mesmo. Agradeço principalmente por sonharem meus sonhos e nunca desistirem de mim. Espero que eu seja sempre motivo de orgulho para vocês.

Agradeço às minhas irmãs por serem sempre exemplo, serem minhas companheiras, por me ensinarem sobre a vida. Agradeço por poder contar com vocês. Posso dizer que hoje eu trilho esse caminho porque tive exemplos na minha vida e vocês são parte essencial nisso.

Agradeço às minhas avós por todas as orações e por celebrarem comigo minhas conquistas. Agradeço aos meus avôs a quem guardo sempre no peito, essa etapa também é dedicada a vocês. Agradeço ao meu avô Luiz Gonzaga por ter me despertado a vontade de escrever.

Agradeço aos meus amigos, de perto e de longe, por serem parceiros em todas as horas, escutarem minhas alegrias e dores, compartilharem o dia a dia e serem constantes incentivadores.

Agradeço a Deus por ter me sustentado, ter me ajudado e escutado sempre. Por ser meu apoio e protetor.

Por me dar a oportunidade de realizar esse trabalho. Por me dar o dom da vida. Por todas as coisas que eu nunca terei capacidade de expressar.

Agradeço ao meu orientador, Bruno Wanderley, por ter me concedido esta oportunidade, pelo apoio e por ser parte essencial na confecção deste trabalho.

To be young, gifted and black,
Oh what a lovely precious dream (...)

Young, gifted and black
We must begin to tell our young

There's a world waiting for you
This is a quest that's just begun

(Nina Simone. To be young, gifted and black)

Não se turbe o vosso coração;
credes em Deus, crede também em mim.

(João 14:1)

APRESENTAÇÃO

Este livro tem como objetivo explorar o Controle de Convencionalidade como uma ferramenta desenvolvida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos por meio de sua função criadora no Direito Internacional. Inicialmente, traça-se um panorama sobre a evolução do Direito Internacional e a soberania dos Estados, enfatizando o fortalecimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o conceito de Domínio Reservado dos Estados e o surgimento do Estado Constitucional Cooperativo, que limita a autonomia dos Estados ao reconhecer a necessidade de cooperação e integração em decisões que envolvem direitos fundamentais.

Em seguida, examina-se a construção do Controle de Convencionalidade, destacando a formação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como fonte dessa ferramenta, os casos jurisprudenciais que estabeleceram sua base, as etapas de sua elaboração e as formas de aplicação, além de explorar os principais questionamentos a seu respeito. Na sequência, a análise aborda o Controle de Convencionalidade como fruto do judicial lawmaking, confrontando a interpretação da Corte Interamericana sobre sua aplicação com as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por fim, o livro examina o impacto do Controle de Convencionalidade nos países latino-americanos, com especial atenção à análise das leis de anistia e à aplicação dessa ferramenta no Brasil, ilustrando suas implicações práticas e jurídicas na região.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CIDH – Comissão Interamericana de Direitos Humanos

CtIDH – Corte Interamericana de Direitos Humanos

CtEDH – Corte Europeia de Direitos Humanos

CIJ – Corte Internacional de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

OEA – Organização dos Estados Americanos

ONU – Organização das Nações Unidas

CVDT – Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
-------------------------	-----------

CAPÍTULO 1 - SOBERANIA ESTATAL E O DIREITO INTERNACIONAL	23
---	-----------

1.1 O Domínio Reservado dos Estados.....	31
--	----

1.2 Estado Cooperativo de Direito	30
---	----

CAPÍTULO 2 - A CONSTRUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	49
--	-----------

2.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos	50
--	----

2.2 O desenvolvimento do Controle de Convencionalidade	57
--	----

2.3 O Controle de Convencionalidade Difuso	72
--	----

2.4 O controle de normas constitucionais	88
--	----

2.5 O Controle de Convencionalidade e os questionamentos doutrinários	93
---	----

CAPÍTULO 3 - JUDICIAL LAWMAKING	109
--	------------

3.1 International Judicial Lawmaking e o Controle de Convencionalidade	127
--	-----

3.2 A legitimidade do Judicial Lawmaking.....	149
---	-----

CAPÍTULO 4 - O IMPACTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NOS PAÍSES LATINO AMERICANOS153

4.1 A Corte Interamericana e as leis de anistia.....154

CAPÍTULO 5 - APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL177

5.1 A aplicação do Controle de Convencionalidade pelo Judiciário Brasileiro185

CONCLUSÃO.....211

REFERÊNCIAS219

INTRODUÇÃO

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem se fortalecido desde seu surgimento no Continente Americano. Moldado em meio a um contexto de ditaduras em vários países latino-americanos, os órgãos que fazem parte desse Sistema desenvolveram papel essencial na concretização das instituições democráticas em nosso continente. De certa forma, pode se dizer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos exerceu papel de construtora da democracia na América Latina ao tratar sobre diversos casos envolvendo leis de anistias, influenciando diretamente na Justiça de Transição pós períodos ditatoriais.

Esse sistema regional conta com dois órgãos principais: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH). A Comissão Interamericana funciona como órgão consultivo em matéria de Direitos Humanos, podendo receber denúncias de indivíduos, Estados e ONG's a respeito de violações ocorridas nos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA). Caso a Comissão conclua pela violação de Direitos Humanos, emite resolução que deve ser seguida pelo país, sob pena de ser denunciado à Corte

Interamericana de Direitos Humanos caso este reconheça sua jurisdição.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos é o tribunal responsável pelo julgamento de violações ocorridas no âmbito do continente americano, recebendo denúncias de Estados e da Comissão Interamericana. A preciosidade de sua atuação se dá pela busca da maior efetividade da aplicação dos Direitos Humanos no contexto americano.

Instada pelo contexto em que surgiu, a Corte Interamericana se viu diante da necessidade de ser mais atuante. Neste sentido, desenvolveram-se mecanismos que garantem maior proteção dos Direitos Humanos, entre os quais se destaca o Controle de Convencionalidade, objeto principal deste trabalho.

O Controle de Convencionalidade aproxima as cortes nacionais do Direito Internacional ao permitir que os juízes estatais façam o uso direto das convenções e tratados assumidos no âmbito interamericano. Desta forma, criou-se maior ingerência do Direito Internacional nos Estados, desafiando antigas noções de soberania e de Domínio Reservado.

A aplicação do Controle de Convencionalidade passa por um questionamento acerca da soberania nacional. Em um primeiro momento, os soberanos possuíam a capacidade de realizar quaisquer atos dentro de seus Estados sem que se pudesse cogitar uma responsabilização ou mesmo uma limitação. A soberania era, literalmente, um poder ilimitado. Esta noção foi sendo modificada ao longo do tempo, com o fortalecimento do Direito Internacional e o surgimento dos Direitos

Humanos, freando a atuação do soberano que estava agora limitado pela ordem internacional e era passível de ser responsabilizado.

A evolução do Direito Internacional implicou no conceito de Domínio Reservado dos Estados, que por sua vez, limitava a atuação do Direito Internacional, garantindo que certos assuntos fossem exclusivamente decididos internamente pelos países. No entanto, a experiência da globalização acabou por diminuir cada vez mais o conteúdo deste domínio.

O Domínio Reservado dos Estados tem um conteúdo fluído e, a partir do momento em que um Estado permite que o Direito Internacional se insira na normatização de uma área, não pode mais reclamar de sua ingerência. É o caso do estabelecimento de tratados formulados cotidianamente pelos Estados.

Por outro lado, surgem também normas que formam a chamada ordem pública internacional. Estas normas são aquelas aplicáveis a todos os sujeitos de direitos internacional, inderrogáveis, que garantem um padrão mínimo a ser seguido. Neste sentido, destaca-se as normas de caráter *jus cogens*.

As normas de *jus cogens* modificam a relação dos Estados com o Direito Internacional: este não é mais puramente voluntarista, há um cerne de questões que independem da vontade do Estado e devem ser obedecidas. Este cerne constrange a atuação soberana dos países que passam a ter sua vontade vinculada à uma ordem pública internacional.

A globalização e o fortalecimento do Direito Internacional ainda geram uma dependência entre os Estados, não há mais países ilhados. Neste contexto, desenvolve-se o Estado Cooperativo, isto é, o Estado que já não mais se vê isolado, mas que possui uma gama de interligações com outros Estados, sejam econômicas, de cooperação técnica, humanitária, entre tantos outros motivos que levam os países a contribuírem entre si.

Por se tratar ainda de uma figura em desenvolvimento, que completou dez anos de efetiva aplicação em 2016, o Controle de Convencionalidade ainda desperta dúvidas a respeito de sua aplicação em sua modalidade nacional e os limites a serem respeitados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Pela forma de seu desenvolvimento, o Controle de Convencionalidade é apontado como uma construção jurisprudencial, encaixando-se no movimento de *judicial lawmaking* desenvolvido pelas cortes internacionais, isso é, a Corte Interamericana, ao desenvolver o Controle de Convencionalidade, vai além das previsões da Convenção Americana de Direitos Humanos e constrói um novo mecanismo de atuação.

Esta dissertação ainda se debruça sobre o impacto da aplicação do Controle de Convencionalidade, analisando seu papel em relação às leis de anistia promulgadas na América Latina. Por fim, verifica-se a aplicação desta ferramenta pelas cortes brasileiras, tanto a aceitação do Controle exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto sua aplicação pelos juízes nacionais.

Desta forma, o presente trabalho se destaca, e se justifica, pela atualidade do tema aqui tratado ao explorar o desenvolvimento do Controle de Convencionalidade, suas bases e impactos no continente americano, tratando do crescimento do papel do Direito Internacional e das atribuições que têm sido desenvolvidas por cortes internacionais na construção de normas.

CAPÍTULO 1

SOBERANIA ESTATAL E O DIREITO INTERNACIONAL

“O mundo mudou”. Essa é uma afirmação inquestionável diante da realidade em que nos encontramos. Milhares de invenções tecnológicas transformaram o mundo, distâncias foram diminuídas, continentes foram conectados. Desenvolveu-se todo um aparato internacional para lidar com as novas necessidades dos Estados e indivíduos. Vimos guerras, processos de paz, acordos entre Estados, prevenções contra catástrofes, e em todos estes momentos estava presente o Direito Internacional. O que se questiona é: o mundo mudou, o Direito Internacional se fortaleceu, como se compreende a soberania estatal neste processo?

A soberania é elemento fundamental para a configuração da figura do Estado, constituindo um de seus direitos essenciais no âmbito internacional. Este princípio tem tanto o condão de estabelecer o domínio do Estado sob sua unidade territorial, definindo inclusive o status político, como estabelecer a igualdade de todos os

Estados e com isso impedir que outro intervenha em seu governo.

Segundo Mazzuoli, a noção de soberania significa que “(...) nenhum Estado, ou grupo de Estados têm o direito de intervir, direta ou indiretamente, seja qual for o motivo, nos assuntos interiores ou exteriores de qualquer outro” (MAZZUOLI, 2012, p. 521). Nas palavras de Anderson Vichinkeski Teixeira, a noção de soberania representa “(...)a racionalização jurídica e a institucionalização política do poder de fato exercido sobre um determinado espaço territorial, permitindo que tal poder se transforme em um poder jurídico e diferencia aquela sociedade política das demais formas de organização e associação humanas” (TEIXEIRA, 2011, p. 69). Este princípio é ainda consagrado na Carta das Nações Unidas em seu artigo 2, *in verbis*:

A Organização e os seus membros, para a realização dos objetivos mencionados no artigo 1, agirão de acordo com os seguintes princípios: 1) A Organização é baseada no princípio da igualdade soberana de todos os seus membros; (ONU, 1945a)

Entretanto, como demonstra a doutrina, bem como a atuação dos agentes internacionais, o paradigma da soberania estatal sofreu significativas alterações quanto ao seu conteúdo e alcance pela assunção de obrigações internacionais. O processo de globalização e consequente interconexão entre os Estados e Organizações Internacionais tornou o direito interno cada vez mais

permeável pelo Direito Internacional e fez com que os órgãos internacionais tenham uma maior relevância nas decisões tomadas pelos Estados.

O princípio da soberania estatal surge conjuntamente com a ideia de Estado, após a queda do feudalismo, e era inicialmente utilizado pelos Estados Europeus para evitar a tutela do Papa e do Sacro Império Romano Germânico em seus domínios (QUOC DINH; DAILLER; PELLET, 2003). Neste momento, a soberania era centrada na figura de um monarca com poder absoluto. Esse poder então dava ao Estado uma proteção contra qualquer interferência internacional, sendo ilimitado e sem sujeição temporal ou a qualquer responsabilidade, o monarca apenas deveria prestar conta de seus atos a Deus.

Assim, este princípio foi utilizado ainda como base para os reinados absolutistas, tendo como fundamento os discursos de filósofos como Jean Bodin, e seu entendimento permaneceu limitado a uma perspectiva europeia até o movimento de descolonização.

Em momento posterior, a soberania se despreendeu da figura do monarca e passou a ser detida pelo povo, sendo fruto de teorias acerca do contrato social. Uma destas teorias, a desenvolvida por Rousseau, se baseava no poder absoluto, supremo e inaliável possuído pelo povo. Diante disso, o Estado, e não mais a figura do monarca, deveria agir conforme a vontade geral, isso é, o bem comum da população (PIZZOLO, 2014).

O conceito de soberania absoluta, no entanto, sucumbiu às mudanças no cenário internacional ainda mais ao se considerar a colisão entre as soberanias dos

demais Estados e o papel alcançado pelo Direito Internacional. Após a Segunda Guerra Mundial, com a avaliação dos efeitos que se seguiram em âmbito internacional e a criação da Organização da Nações Unidas, já não cabia falar acerca de um poder soberano detido pelo Estado que o possibilitasse tomar quaisquer decisões independente de responsabilização ou mesmo que este poder fosse absoluto. Intensificou-se assim a permeabilidade do Direito Internacional no direito nacional. Como afirma Samantha Besson (2011), após 1945 o Direito Internacional passou a ser visto como uma forma de assegurar o desenvolvimento democrático dos Estados e de garantir que estes atendessem aos parâmetros mínimos estabelecidos internacionalmente.

Os Estados então, munidos de sua soberania, comprometem-se com organizações internacionais e outros países, limitando essa característica, por meio de tratados e pelas regras de *jus cogens*. Neste contexto, limitou-se o uso da força pelos Estados.

Os trinta anos de conflito na primeira metade do século XX oportunizaram a reinauguração do Direito Internacional, dando-se especial destaque à manutenção da paz e à defesa dos Direitos Humanos. A medida que o sistema legal e judicial internacional adquire força normativa, a vontade soberana dos Estados, hígida e absoluta, começa a ser relativizada em prol da formação da comunidade interacional pensada por Kant. Bobbio lembra que a guerra, manifestação por excelência da soberania dos Estados, pela primeira vez foi atribuída a um organismo que difere da

sistemática estatal – o Conselho de Segurança da ONU – que empreenderá ‘toda a ação que seja necessária à manutenção e o restabelecimento da paz e da segurança internacional’ na forma do art. 42 da Carta das Nações Unidas. (FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene, 2012, p. 204)

Desta forma, mesmo que a norma de Direito Internacional seja conflitante com o direito interno, haja vista o princípio da *pacta sunt servanda* presente inclusive na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, devem ser seguidas as normas internacionais, coadunando com a ideia de que, para o Direito Internacional, o direito interno é mero fato.

Posteriormente, a questão dos Direitos Humanos passou a ser de grande preocupação da comunidade internacional, ocasionando o surgimento de diplomas que objetivam a proteção do indivíduo, pois cada um é merecedor de proteção em razão de sua personalidade moral (BENHABIB, 2016).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) tomou força após a Segunda Guerra Mundial, modificando as bases do Direito Internacional clássico até então aplicado. O surgimento do DIDH não permite mais que os Estados sustentem a ideia de soberanias ilimitadas e livres do controle externo e de que a defesa dos direitos dos indivíduos é uma questão de interesse puramente interno. Além disso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos surge com uma clara finalidade de limitar o poder de escolha dos Estados acerca de quais direitos dos indivíduos eles irão respeitar em seus territórios (REY,

2012). Destacam-se neste contexto a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem de 1948, que foi a primeira declaração neste sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com estes novos instrumentos, a proteção do indivíduo dentro dos Estados não era uma questão somente concernente aos Estados, mas sim também sob a chancela do Direito Internacional.

Pero así como el Estado cede frente a la integración regional, también cede en materia de control de los derechos humanos. En efecto, la soberanía en los tiempos de globalización tampoco servirá de refugio a los autoritarismos y totalitarismos que han hecho de la violación sistemática de estos derechos sus políticas de Estado. La consolidación de organismos internacionales de control como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) o bien el Comité de Derechos Humanos (O.N.U), contribuirán a la erosión de la rigidez de la soberanía imponiendo, aun contra el derecho interno y la propia constitución del Estado, el respeto de las obligaciones internacionales asumidas al ratificar los tratados sobre derechos humanos. Aún más: imponiéndose contra la voluntad misma de los Estados cuando se trata de obligaciones erga omnes como es el caso de la

prohibición absoluta de la tortura.
(PIZZOLO, 2014, p. 300)¹

A criação dos instrumentos internacionais relacionados a Direitos Humanos transformou a ordem jurídica mundial, passando de um estado de natureza ao estado civil. Iniciou-se assim a transformação de um sistema puramente contratual em uma verdadeira ordem jurídica supraestatal, com normas de cumprimento obrigatório, as chamadas normas de *jus cogens*. O Controle de Convencionalidade se insere justamente nessa mudança da soberania estatal. O relacionamento dos Estados com as organizações internacionais judiciais ou *quasi* judiciais ilustra muito bem como a noção de um Estado soberano se alterou. O Estado, por sua própria vontade, se submete à manifestação exarada por um corpo exterior.

¹ Além disso, o Estado cede frente à integração regional, também cede em matéria de controle de direitos humanos. En efecto, a soberania nos tempos de globalização, o serviço de reserva de refugiados aos autores e totalitarismos que fizeram da violação sistemática destes direitos suas políticas estatais. A consolidação de organismos internacionais de Direitos Humanos (doravante, Corte Interamericana), o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante, TEDH) e o Comité de Direitos Humanos (ONU), contribuíram para a erosão da rigidez da soberania, impondo, ainda que contra o direito interno e a própria constituição do Estado, o respeito das obrigações internacionais assumidas ao ratificar os tratados sobre direitos humanos. Ainda mais: impondo-se mesmo contra a vontade dos Estados quando se trata de obrigações erga omnes como o caso da proibição absoluta da tortura. (PIZZOLO, 2014, p. 300)

Sovereignty can no longer be understood as the supreme power of a single political authority over all that is living and dead on its territory. In the new sovereignty regime emerging since 1948, states are sovereign to the degree to which they can fulfil certain human rights obligations toward their populations. States are also bound by customary international law norms of *jus cogens*, prohibiting genocide, slavery, ethnic cleansing, mass atrocities and other crimes against humanity, even if legitimate concerns about the reach and interpretation of these norms remain. (BENHABIB, 2016, p. 113-114)²

Portanto, a soberania estatal passa a ser enxergada como uma construção utilizada para, internamente, servir à organização das regras de um país e deve ser utilizada para o benefício dos indivíduos que o compõem, e não como um fim em si mesma (KOSKENNIEMI, 2011). Internacionalmente, tem-se que esta soberania não é intrínseca ao Estado, mas concedida pelas regras da Ordem Internacional. É o Direito Internacional que concede ao Estado a soberania sobre o

² A soberania não pode mais ser entendida como o poder supremo de uma única autoridade política sobre tudo o que está vivo e morto em seu território. No novo regime de soberania emergente desde 1948, os Estados são soberanos na medida em que podem cumprir certas obrigações de direitos humanos em relação às suas populações. Os Estados também estão vinculados pelas normas consuetudinárias do direito internacional de *jus cogens* que proíbem o genocídio, a escravidão, a limpeza étnica, as atrocidades de massa e outros crimes contra a humanidade, mesmo que existam preocupações legítimas quanto ao alcance e à interpretação dessas normas. (BENHABIB, 2016, p. 113-114, tradução livre).

seu povo e território (MACKLEM, 2015). Esta soberania, portanto, não livra o Estado de cumprir seus deveres assumidos internacionalmente, respeitando o que se denomina “*Rule of International Law*”.

It is worth laboring the point that states are not themselves human individuals. In the last resort, states are not the bearers of ultimate value. They exist for the sake of human individuals. To use Kant’s terminology, they are not ends in themselves, but means for the nurture, protection, and freedom of those who *are* ends in themselves. This is acknowledged in the philosophy of municipal law, when it is said that the state exists for the sake of its citizens, not the other way around. The same is true in the international arena, where states are recognized by international law as trustees for the people committed to their care. As trustees, they are supposed to operate lawfully and in a way that is mindful that the peaceful and ordered world that is sought in international law—a world in which violence is restrained or mitigated, a world in which travel, trade, and cooperation are possible—is something sought not for the sake of national sovereigns themselves, but for the sake of the millions of men, women, communities, and businesses who are committed to their care. These millions are the ones who are likely to suffer if the international order is disrupted; they are the ones whose prosperity is secure when the international order is secure. Their well-being, not the well-being of sovereign nation-states, is the ultimate end of international law. Nowhere is this clearer

than in the role of international law in articulating a set of common standards for the protection of human rights. A pedant might see this as a departure from the intergovernmental character of international law. In reality, though, this is the consummation of the concept that the government is a trustee for its people's interests: ultimately, international law is oriented to the well-being of human individuals, rather than the freedom of states. (WALDRON, 2006, p. 24)³.

³ Vale a pena frisar que os Estados não são eles próprios indivíduos humanos. Em última instância, os Estados não são portadores do valor final. Eles existem por causa de indivíduos humanos. Para usar a terminologia de Kant, eles não são fins em si mesmos, mas meios para a educação, proteção e liberdade daqueles que são fins em si mesmos. Isso é reconhecido na filosofia do direito interno, quando se diz que o Estado existe por causa dos seus cidadãos, e não o contrário. O mesmo é verdade na arena internacional, onde os Estados são reconhecidos pelo direito internacional como curadores para as pessoas com as quais se está comprometido com seu cuidado. Como curadores, eles devem operar legalmente e de forma consciente que o mundo pacífico e ordenado que é objetivado pelo direito internacional - um mundo em que a violência é reprimida ou mitigada, um mundo em que o fluxo de pessoas, o comércio e a cooperação são possíveis - é algo buscado não por causa dos próprios soberanos nacionais, mas por causa dos milhões de homens, mulheres, comunidades e empresas que estão sob seus cuidados. Esses milhões são os que provavelmente sofrerão se a ordem internacional for interrompida; são aqueles cuja prosperidade é garantida quando a ordem internacional é garantida. O seu bem-estar, não o bem-estar dos Estados-nação soberanos, é o último fim do direito internacional. Em nenhum lugar isso é mais claro do que no papel do direito internacional para a articulação de um conjunto de padrões comuns para a proteção dos direitos humanos. Um pedante pode ver isso como uma desvantagem do caráter intergovernamental do direito internacional. Na realidade, no entanto, esta é a consumação do conceito de que o governo é um administrador dos

No contexto atual, entende-se que o Direito Internacional não apenas regula o exercício da soberania pelos Estados, tanto internacionalmente quanto em seu âmbito doméstico, mas ele é responsável por determinar quem possui esta soberania (KOSKENNIEMI, 2011).

Diante do exposto, é importante apontar as questões relativas ao Domínio Reservado dos Estados e à jurisdição interna.

1.1 O Domínio Reservado dos Estados

O Domínio Reservado do Estado é um conceito extremamente ligado à soberania nacional e pode ser compreendido como o conjunto das atividades estatais as quais a atuação do Estado não está vinculada pelo Direito Internacional, e conseqüentemente não poderia haver sua intervenção através das práticas realizadas pelas Organizações Internacionais. A extensão do Domínio Reservado depende do Direito Internacional e por isso o grupo de competências que fazem parte deste conjunto é mutável. Neste sentido se manifestou a Corte Permanente de Justiça Internacional no caso *Tunniis-Morocco Nationality* esclarecendo que uma matéria ser ou não do Domínio Reservado dos Estados é relativa e depende do desenvolvimento do Direito Internacional.

interesses de suas pessoas: em última análise, o direito internacional é orientado para o bem-estar dos indivíduos humanos e não a liberdade dos Estados. (WALDRON, 2006, p. 24, tradução livre).

Caso um Estado fixe um compromisso internacional acerca de uma matéria integrante do Domínio Reservado, não pode se utilizar deste conceito para evitar a aplicação do citado compromisso ou uma de suas interpretações. Conforme Ian Browlie:

A posição geral é de que o 'Domínio Reservado' é o domínio das actividades estatais onde a jurisdição do Estado não está vinculada pelo Direito Internacional. A extensão deste domínio depende do Direito Internacional e varia de acordo com o seu desenvolvimento. E largamente aceite que nenhuma matéria se encontra irrevogavelmente encerrada na esfera do Domínio Reservado (...) Assim, em determinados contextos, o Direito Internacional pode impor restrições à competência territorial 'interna' dos Estados em consequência de obrigações convencionais que, por exemplo, proíbem a legislação que discrimina certos grupos entre a população ou em consequência de privilégios e imunidades territoriais criados pelo costume. No caso de certos privilégios territoriais, criados quer por costume geral ou local, quer por tratado, permite-se aos outros Estados que exerçam funções governamentais, i.e., actos soberanos, no âmbito do domínio territorial (BROWLIE, 1997, p. 313)

O conteúdo do Domínio Reservado permanece uma fonte de questionamentos, mas pode ser entendido como a impossibilidade de intervenção externa em atos

que dependam da jurisdição interna dos Estados, consagração do princípio da não intervenção. O dever de não intervir nestes assuntos foi consagrado por meio da Declaração dos Princípios de Direito Internacional Referentes às Relações de Amizade e Cooperação entre os Estados adotada em 1970 pela Assembleia Geral da ONU.

A própria Carta da Organização das Nações Unidas (ONU, 1945a) faz menção à não intervenção nos assuntos domésticos dos Estados em seu artigo 2 (7) como forma de proteger o Domínio Reservado e impedir que a organização seja utilizada como forma de influenciar o estabelecimento de uma certa doutrina nos países pela atuação internacional. No entanto, este diploma não traz um rol de atividades exclusivas aos Estados ou mesmo algum critério que possa ser utilizado para a identificação dos assuntos que se enquadram nesta categoria. A inclusão do referido artigo na Carta da ONU teve sua proposta capitaneada pelos Estados Unidos, juntamente com outras potências patrocinadoras à época, tendo sido importante também o papel da Austrália que propôs uma emenda que passou a integrar o artigo. O Domínio Reservado é oponível às Nações Unidas como um todo, abarcando a atuação de todos os seus órgãos. No entanto, como previsto no próprio artigo, sua previsão não impede a aplicação das medidas coercitivas estabelecidas no capítulo VII da carta.

No momento em que foi criada a ONU, este dispositivo se justificava em grande parte pelos embates entre países capitalistas e socialistas e a vontade da organização de abarcar Estados independentemente de sua posição política, econômica e social.

In the context of the UN Charter, Article 2(7) has been regarded as embodying the principle of non-intervention. The relation between the concept of domestic jurisdiction and the non-intervention principle has been aptly described as: "Clearly, domestic jurisdiction refers to the right of each state to freely—independent of other states and international organizations—exercise its own legislative, executive and judicial jurisdiction. Its exercise is consequence of state sovereignty and the rights of the nations to self-determinations". It is believed that the principle of non-intervention had its beginnings as an abstract principle but with the advent of the League of Nations and the UN, the pressure for its precise articulation as a legal norm was felt. The practice of the League could bring one aspect of the principle into clear focus. That is, if States were obliged to refrain from non-intervention in the affairs of other states in the conduct of their foreign policies, it is equally sensible not to give international organizations the authority to intervene in the domestic affairs of member-states. The principle of non-intervention has subsequently, in the post-colonial era, become more dominant in the thinking of states. (AHMED, 2006, p. 183)⁴

⁴ No contexto da Carta das Nações Unidas, o artigo 2 (7) foi considerado como incorporador do princípio da não intervenção. A relação entre o conceito de jurisdição interna e o princípio da não-intervenção foi apropriadamente descrita como: "Claramente, a jurisdição doméstica refere-se ao direito de cada Estado de - independentemente de outros Estados e organizações internacionais - exercer seus próprios poderes legislativo, executivo e judiciário. Seu exercício é consequência da soberania do Estado e dos direitos de

A previsão acerca do respeito ao Domínio Reservados dos Estados também se encontra consolidada na Carta da Organização dos Estados Americanos: "(...) A Organização dos Estados Americanos não tem mais faculdades que aquelas expressamente conferidas por esta Carta, nenhuma de cujas disposições a autoriza a intervir em assuntos da jurisdição interna dos Estados membros" (OEA, 1948).

Baseado nos princípios apresentados tem-se que os rumos políticos de um Estado, sua estrutura de poder e normas que a embasam, sua ordem jurídica, são de competência exclusiva interna, no entanto, o que se nota é a crescente intervenção do Direito Internacional, por meio das práticas realizadas por Organizações Internacionais, neste nicho do Estado. A intervenção das Organizações Internacionais se faz presente até mesmo nas Constituições Nacionais, cerne do ordenamento jurídico estatal.

Justamente por não haver critérios precisos de distinção do que seria considerado matéria

autodeterminação das nações". Acredita-se que o princípio da não-intervenção teve seu surgimento como um princípio abstrato, mas com o advento da Liga das Nações e da ONU, a pressão para sua articulação precisa como uma norma legal foi sentida. A prática da Liga poderia clarear um dos aspectos desse princípio. Ou seja, se os Estados fossem obrigados a abster-se de não intervir nos assuntos de outros Estados na condução de suas políticas estrangeiras, é igualmente sensato não dar às organizações internacionais a autoridade para intervir nos assuntos internos dos Estados membros. O princípio da não-intervenção subsequentemente, na era pós-colonial, tornou-se mais dominante no pensamento dos Estados. (AHMED, 2006, p. 183, tradução livre).

exclusivamente nacional a Carta da ONU permitiu uma evolução consuetudinária e jurisprudencial na qual sua atuação, apesar da cláusula de jurisdição doméstica, torna-se cada vez mais ampla. Atualmente se verifica até mesmo novos tipos de intervenção na jurisdição interna dos Estados que eram inimagináveis no momento da Conferência de São Francisco, tais como, as frequentes intervenções humanitárias, as propostas de *nation-building* e a criação de jurisdições penais internacionais, além de ingerências justificadas pela contribuição ao estabelecimento de um regime democrático como ocorrem nos casos de *statebuilding*.

O entendimento acerca do que seria considerado intervenção sempre foi objeto de disputas políticas, sem que a doutrina pudesse determinar de forma clara os seus limites. Ao longo do tempo, a restrição da atuação da ONU baseada no princípio da não intervenção está sendo progressivamente reduzida.

Para se compreender esta evolução, tem-se que questões de organização estatal seriam parte do Domínio Reservado dos Estados, mas a partir do momento em que a questão se torna essencialmente internacional, não há como defender esta reserva. Assim, quanto ao Domínio Reservado dos Estados, como afirma Koskenniemi (2011), quando questões como proteção ambiental, segurança ou Direitos Humanos são encaradas como sendo de interesse essencialmente global, não há como se refutar a intervenção internacional.

Desta forma, o âmbito dos assuntos que se enquadram no Domínio Reservado dos Estados se apresenta em muito diminuído e os atos estatais são cada vez mais dependentes do Direito Internacional. Neste

sentido, a Corte Internacional de Justiça se manifestou no Caso dos Direitos de Pesca Anglo-Noruegueses em que o tribunal se posicionou no sentido de que mesmo que o ato de delimitação da área costeira do Estado seja um ato unilateral, sua validade depende do Direito Internacional (CIJ, 1951).

No caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a jurisdição interna e a alegação de soberania do Estado para resolver o conflito em questão foi objeto do julgamento das questões preliminares do caso Castillo Petruzzi vs. Perú (CtIDH, 1998), dispondo a Corte que ao se tornar signatário da CADH, o Estado não pode opor estas justificativas para deixar de cumprir com suas obrigações internacionais:

(...) la Corte debe recordar que el Perú suscribió y ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, aceptó las obligaciones convencionales consagradas en ésta en relación con todas las personas bajo su jurisdicción, sin discriminación alguna. No sobra decir que el Perú, al igual que los demás Estados Parte en la Convención, aceptó ésta precisamente en el ejercicio de su soberanía.

Al constituirse como Estado Parte en la Convención, el Perú admitió la competencia de los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y por ende se obligó, también en ejercicio de su soberanía, a participar en los procedimientos ante la Comisión y la Corte y asumir las obligaciones que derivan de

éstos y, en general, de la aplicación de la Convención. (CtIDH, 1998)⁵

No mesmo sentido aponta Rey (2012) ao afirmar que o conceito de soberania não pode ser considerado como a autoridade ilimitada do Estado, vez que isto impediria a existência de um ordenamento internacional. Assim, ao assumir uma obrigação internacional, ocorre certa diminuição da soberania estatal que se relaciona com a boa-fé e a necessidade de garantir a boa convivência internacional.

Apesar deste dever dos Estados com o cumprimento das obrigações internacionais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos ainda sofre com o cumprimento parcial das sentenças, como é o caso do Brasil em relação ao caso Gomes Lund, e mesmo com países que se recusam ao cumprimento, ou em caso extremo, denunciam a Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁵ A Corte deve recordar que o Peru assinou e ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em consequência, aceitou as obrigações convencionais consagradas em relação a todas as pessoas sob jurisdição, sem discriminação alguma. Cabe dizer que o Peru, assim como os outros Estados parte na Convenção, a aceitou mediante o exercício de sua soberania. Ao constituir-se como Estado parte da Convenção, o Peru admitiu a competência de órgãos do sistema interamericano de proteção de direitos humanos, e por isso se obrigou, também no exercício de sua soberania, a participar nos procedimentos perante a Comissão e a Corte e assumir as obrigações que derivam desse compromisso e, em geral, da aplicação da Convenção. (CtIDH, 1998, tradução livre).

Ello se pone de manifiesto en que ha habido casos de incumplimientos sin consecuencias, e incluso de denuncias de la Convención. Un caso paradigmático del primer tipo tuvo como protagonista al Perú, en el Caso Castillo Petruzzi vs. Perú (Sentencia de 30 de mayo de 1999), también el Caso Apitz Barbera vs. Venezuela, (Sentencia de 5 de agosto de 2008), la cual fue declarada inejecutable¹⁰ por la Sala Constitucional de Tribunal Superior de Venezuela. A veces, hay cumplimientos parciales; de hecho se ha sostenido que sobre más de 200 sentencias de la Corte, solo un 20% de ellas han recibido un acatamiento leal en el orden interno por parte de los Estados. Entre los casos de denuncia de la Convención resaltan los de Trinidad y Tobago en 1999 y Venezuela en 2012. (MAINO, 2016, p. 363)⁶

Há assim ainda uma série de dificuldades para a aplicação do Direito Internacional, mesmo numa

⁶ Isto é evidenciado pelo fato de que houve casos de incumprimento sem consequências, e mesmo de denúncias da Convenção. Um caso paradigmático do primeiro tipo teve o Peru como protagonista, no caso de Castillo Petruzzi vs. Peru (Julgamento de 30 de maio de 1999), também o caso Apitz Barbera contra Case Venezuela (julgamento de 5 de agosto de 2008), declarado inaplicável pela Câmara Constitucional do Tribunal Superior da Venezuela. Às vezes, há complicações parciais; Na verdade, argumenta-se que, em mais de 200 julgamentos do Tribunal, apenas 20% deles receberam um cumprimento leal na ordem interna pelos Estados. Entre os casos de denúncia da Convenção destacam-se os de Trinidad e Tobago em 1999 e a Venezuela em 2012. (MAINO, 2016, p. 363, tradução livre).

sociedade globalizada em que o Domínio Reservado dos Estados é cada vez menor.

1.2 Estado Cooperativo de Direito

Com a globalização surge uma nova forma de se entender o Estado, este não é mais um ente isolado, soberano, mas sim um sujeito de Direito Internacional que está em constante interação com os demais sujeitos. Surge assim, o Estado Cooperativo. Esse modelo representa o posicionamento do Estado de Direito na ordem global, levando em conta a existência de obrigações internacionais e a atuação dos atores desse sistema.

O Estado Cooperativo Internacional seria, portanto, aquele fruto do “desaparecimento das fronteiras dos Estados e o aumento quase que onipresente da conectividade entre sociedades, culturas, políticas, econômicas e nações mundo afora” (CANEPARO, 2016, p. 53) ocasionando sistemas jurídicos abertos à normas internacionais e tendo como um de seus objetivos a proteção da dignidade humana no interior dos Estados. Portanto, a marca do Estado Cooperativo é a sua abertura a temas resultantes da globalização.

Desta feita, o Estado Cooperativo gerou um impacto no modelo tradicional de forma que um Estado de Direito não é mais autossuficiente nem pode se manter livre da influência internacional (ZUÑIGA, 2015)

A la luz del nuevo paradigma de Estado cooperativo, el concepto de supremacía constitucional se habría relativizado y no puede comprenderse sino desde la perspectiva de un modelo estatal que se define por su apertura constitucional. Por ello, las normas constitucionales que sean contrarias a los parámetros del derecho internacional pueden ser objeto de control no solo por los poderes políticos estatales que pueden decidir la reforma de esta o por la judicatura nacional que puede reinterpretar una disposición contraria a estos a través de la incorporación de los estándares internacionales en el derecho interno, sino también por la autoridad internacional, pues ya en el contexto actual no existe un único núcleo de la autoridad última. En la medida que en el modelo de Estado cooperativo no existe un concepto de soberanía absoluta, el Estado no es el único que ostenta poder, sino que si se ubica en un contexto de globalización, comparte sus espacios de autoridad con otras entidades u organizaciones internacionales. (ZUÑIGA, 2015, p. 68-69)⁷

⁷ À luz do novo paradigma do Estado Cooperativo, o conceito de supremacia constitucional teria sido relativizado e deve ser compreendido da perspectiva de um modelo estatal que é definido pela abertura constitucional. Portanto, as normas constitucionais que são contrárias aos parâmetros do direito internacional podem ser sujeitas ao controle, não só pelos poderes políticos estatais que podem decidir a reforma deste ou pelo poder judiciário nacional que pode reinterpretar uma disposição contrária a estes através da incorporação de normas internacionais em direito interno, mas também pela autoridade internacional, já que no atual contexto não existe um núcleo único da autoridade final. Na medida em que não existe um conceito de soberania absoluta no modelo de Estado Cooperativo, o Estado não é o único que detém o poder, mas

Estima-se que só com o advento das duas grandes guerras, com o fenômeno cada vez mais intenso da globalização, com a crescente e incontornável circulação de bens, capitais, serviços e pessoas, com o fim do mundo dividido pela Guerra Fria, além da inestimável criação de organismos multinacionais (empresas transnacionais, organizações internacionais e blocos regionais) é que a cooperação entre os Estados se demonstrou imprescindível e demandou uma ação concreta desses sujeitos em prol dela.

Tal caráter também fizera com que a noção de soberania do Estado viesse a abarcar a própria cooperação internacional, não se tornando viável, ao Estado em um contexto de sociedade internacional, a adoção de medidas individualistas, a partir apenas de sua vontade, sem considerar o coletivo. É que a soberania das regras internas por ele estabelecidas ao ameaçadas caso se adote posição unilateralista. Em verdade, a noção de soberania comporta hoje a inevitabilidade da cooperação internacional. (CANEPARO, 2016, p. 50)

A posição do Estado Constitucional e Humanista de Direito não permite que a validade de uma norma seja verificada pela sua simples vigência, como entendia o positivismo de Kelsen. A validade não se confunde com vigência e, como afirma Ferrajolli (2004), a vigência se

está localizado em um contexto de globalização, compartilhando seus espaços de autoridade com outras entidades ou organizações internacionais. (ZUÑIGA, 2015, p. 68-69, tradução livre).

relaciona aos requisitos formais da norma, enquanto a validade tem seu escopo de verificação nos aspectos materiais, devendo ser aferida sua compatibilidade substancial com as demais normas do ordenamento, incluindo-se aquelas normas referentes à direitos fundamentais e direitos humanos.

Essa análise permite que existam normas vigentes sem qualquer validade, porém toda norma válida há que ser vigente, e somente a norma válida e vigente será eficaz. Neste sentido se pronunciou Mazzuoli:

Apenas havendo compatibilidade vertical material com ambas as normas - a Constituição e os tratados - é que a norma infraconstitucional em questão será vigente e válida (e, conseqüentemente, eficaz). Caso contrário, não passando a lei pelo exame da compatibilidade vertical material com os tratados (segunda análise de compatibilidade), a mesma não terá qualquer validade (e eficácia) no plano do direito interno brasileiro, devendo ser rechaçada pelo juiz no caso concreto. (MAZZUOLI, 2009, p.341)

O mesmo pensamento já havia sido exposto por Miguel Reale ao afirmar que todas as normas estão ligadas a um quadro de validade estabelecido pela Constituição nacional e os valores jurídicos transnacionais universalmente reconhecidos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (REALE, 1994).

Os diplomas internacionais funcionam assim como limites substanciais à produção normativa interna dos Estados, estabelecendo-se, para além do Controle de Constitucionalidade, também um Controle de Convencionalidade das normas. Conforme este pensamento, caso uma norma contrária ao tratado fosse anterior à sua entrada em vigor, ela seria automaticamente revogada, caso fosse posterior, ela seria vigente, mas não válida, aplicando-se o Controle de Convencionalidade.

Essa aproximação entre direito interno e Direito Internacional na perspectiva do Estado Cooperativo modifica inclusive a própria teoria acerca do relacionamento entre estas ordens jurídicas, existindo uma maior influência internacional em âmbito interno, principalmente na proteção de Direitos Humanos, e a instituição do diálogo entre as cortes. De fato, a influência é tão grande que, como se tem visto, a ordem internacional é capaz até mesmo de provocar a modificação constitucional. Ademais, há em âmbito internacional não somente uma ordem jurídica, haja vista a propagação de sistemas internacionais regionais, ocasionando a conexão entre várias ordens em um mesmo momento.

Outrossim, se reconhece hodiernamente que o Direito Interno já não convive mais só, insulado, seja academicamente ou seja na perspectiva cotidiana, até mesmo porque se vive numa sociedade internacional baseada na cooperação, relacionando-se o Estado com uma gama de outros atores internacionais. Nesse sentido, bem lembra

a doutrina que as relações entre o Direito Internacional e o Direito Interno são relações dialógicas, em que um ordenamento dialoga com o outro a fim de escolherem (juntos) qual norma (internacional ou interna) será aplicada. (GOMES; GONÇALVES, 2016, p.77)

Destarte, não há mais que se falar na dicotomia monismo e dualismo, esta se encontra superada (MAINO, 2016, p.364). O desenvolvimento do Direito Internacional e de sua influência no direito interno em meio ao modelo de Estado Cooperativo também não permite que se tenha a ordem internacional e interna como duas esferas que não se cruzam ou que em todos os casos determinará a prevalência das normas estabelecidas em uma ordem em detrimento da outra, haja vista o princípio *pro homine*, como já se manifestou o juiz Eduardo Mac-Gregor em seu voto apartado no cumprimento de sentença do caso Gelmán.

En cambio, diversa eficacia de vinculación produce la sentencia interamericana para los demás Estados Parte que no intervinieron en el proceso internacional, al sólo limitarse a la “jurisprudencia interamericana”, es decir, a la “norma convencional interpretada” y no así a la totalidad del fallo. Esta eficacia interpretativa es “relativa”, en la medida en que se produce siempre y cuando no exista una interpretación que otorgue mayor efectividad a la norma convencional en el ámbito nacional. Esto es así, ya que las autoridades nacionales pueden ampliar el

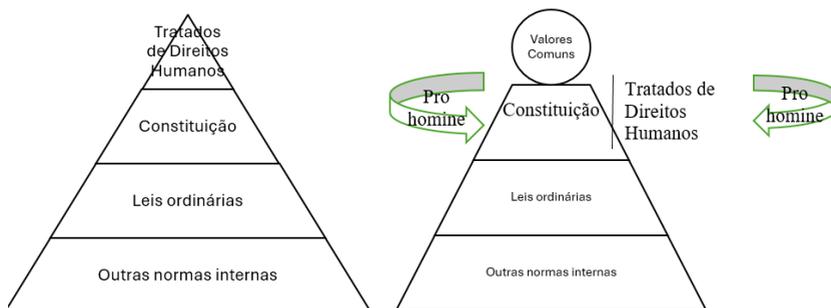
estándar interpretativo; incluso, pueden dejar de aplicar la norma convencional cuando exista otra norma nacional o internacional que amplíe la efectividad del derecho o libertad en juego, en términos del artículo 29 de la Convención Americana. Además, deben considerarse las reservas, declaraciones interpretativas y denuncias en cada caso, si bien en esos supuestos la Corte IDH puede, eventualmente, pronunciarse sobre su validez y adecuada interpretación, como lo ha realizado en algunas ocasiones. (CtIDH, 2013)⁸

Em verdade, assiste-se ao momento em que há o pluralismo de ordens jurídicas que estão a todo tempo se encontrando, sendo que tanto o Direito Internacional quanto o direito interno sofrem influências um do outro a todo momento. Cite-se neste contexto, o diálogo entre as cortes e o próprio Controle de Convencionalidade. Desta

⁸ Por outro lado, a sentença interamericana produz uma eficácia vinculativa diferente para os outros Estados Partes que não intervêm no processo internacional, limitando-se apenas à "jurisprudência interamericana", isto é, à "norma convencional interpretada" e não ao todo do processo. Essa eficácia interpretativa é "relativa", na medida em que ocorre, desde que não haja interpretação que dê maior efetividade à norma convencional em nível nacional. Isto é assim, uma vez que as autoridades nacionais podem expandir o padrão interpretativo; eles podem até deixar de aplicar a norma convencional quando existe outra norma nacional ou internacional que alarga a eficácia do direito ou liberdade em jogo, nos termos do artigo 29 da Convenção Americana. Além disso, as reservas, as declarações interpretativas e as denúncias devem ser consideradas em cada caso, embora, nesses casos, a Corte Interamericana possa, se necessário, decidir sobre sua validade e interpretação adequada, como ocorreu em algumas ocasiões. (CtIDH, 2013, tradução livre).

forma, como afirma Negishi (2016), há uma nova pirâmide normativa em vigor:

Figura 1 – Mudança de paradigma na pirâmide normativa sob a visão nacional



Fonte: Elaborado pelo autor

O aplicador do Direito nacional deve então verificar qual a norma que melhor protege o indivíduo, se a interna ou internacional, conforme o princípio *pro homine*. Caso a norma internacional ofereça maior proteção, deve ser realizado o Controle de Convencionalidade, deixando de aplicar qualquer norma contrária.

Assim, como afirma Maino (2016), no caso do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não há óbice a essa maior interação entre os Estados e as normas que dele fazem parte, inclusive quanto à aplicação do Controle de Convencionalidade. Por mais que alguns Estados violadores de Direitos Humanos ainda se coloquem contra a aplicação de normas de Direitos Humanos, a evolução do Direito Internacional e o processo de globalização acabará por forçar a

modificação deste comportamento ou a sua responsabilização em âmbito internacional (VYVER, 2013).

CAPÍTULO 2

A CONSTRUÇÃO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A doutrina do Controle de Convencionalidade completou dez anos em 2016 desde a sua primeira utilização em uma sentença da Corte Interamericana, dando início a um fortalecimento da atuação deste órgão e ao maior respeito aos Direitos Humanos no âmbito dos Estados que reconhecem a jurisdição da CtIDH.

Ao longo destes dez anos, a doutrina foi se aprimorando e o conceito de Controle de Convencionalidade foi sendo refinado, com uma grande produção acadêmica sobre o assunto e impacto em diversos casos abordados tanto diretamente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto pelas cortes nacionais dos Estados que se inserem no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em verdade, como será demonstrado posteriormente, o Controle de Convencionalidade representou verdadeira construção de paradigma no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos

ao posicionar a Convenção Americana de Direitos Humanos, e sua interpretação realizada pela CtIDH, como norma supranacional⁹ que deve ser observada em todo ato normativo nacional, mesmo que este seja de status constitucional. Portanto, o bloco de convencionalidade é, em última instância, definidor das normas válidas em um Estado e instituidor de Direitos Humanos imunes à soberania estatal, direitos estes que formam um ordenamento público comum entre os Estados partes e os quais não poderia voltar a nacionalizar. O Controle de Convencionalidade ainda coloca a CtIDH como uma corte constitucional, guardiã da CADH, com poder para determinar inclusive a ausência de efeitos legais de uma norma interna. Desta forma, a CtIDH utiliza sua jurisprudência como forma de uniformizar a aplicação de Direitos Humanos no âmbito da América Latina, haja vista que Canadá e Estados Unidos não reconhecem a sua jurisdição.

O Controle de Convencionalidade tem sido apontado como peça fundamental na continuação da proteção dos Direitos Humanos na América Latina enquanto peça chave de um celebrado *ius commune* em nosso continente e apontado como sistema de garantia coletiva (GARCÍA, 2016). Assim, é necessário que se entenda sobre o que trata tal doutrina desenvolvida pela CtIDH para então posteriormente entender a sua função no contexto dos Direitos Humanos atual.

⁹ Sobre o caráter supranacional da CADH, o juiz Roberto Caldas afirmou quando do julgamento do caso Gomes Lund que a Convenção Americana de Direitos Humanos equivale a uma constituição supranacional em matéria de Direitos Humanos para os países que a ratificaram, devendo ser observada por todos os poderes públicos e esferas nacionais (CtIDH, 2010, tradução livre)..

2.1 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A compreensão acerca da construção do Controle de Convencionalidade depende, necessariamente, do entendimento sobre o surgimento e atuação do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, haja vista que o referido controle é uma ferramenta desenvolvida no seio deste Sistema e vem se consagrando enquanto seu futuro.

O desenvolvimento do SIDH se insere no contexto do processo de fortalecimento do Direito Internacional e dos Direitos Humanos ocorrido após a 2ª Guerra Mundial, superando o interestatismo até então vigente (ALMEIDA; BARRETO, 2014). Os sistemas regionais de Direitos Humanos garantem que os Estados respeitem e protejam determinadas condições aos indivíduos sob sua jurisdição, sendo de grande relevância.

No plano universal, o marco da proteção aos Direitos Humanos é a Carta da Organização das Nações Unidas de 1945 (ONU, 1945a). Esse diploma é assim considerado por, no período pós-guerra, prever o dever de promoção dos Direitos Humanos como um de seus pilares e dos Estados signatários, conforme consta em seu preâmbulo e nos artigos 55 e 56 (RAMOS, 2012).

Por sua vez, no plano interamericano, destaca-se a Convenção Americana de Direitos Humanos como o documento de maior importância na proteção dos Direitos Humanos, mas mesmo a Carta da Organização dos Estados Americanos e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem já protegem os Direitos

Humanos na região (RAMOS, 2012). Observa-se que a Carta dispõe em seu artigo 3º que os Estados reafirmam seu compromisso de respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana (OEA, 1948). Quanto à CADH, este é o tratado criador da Corte Interamericana de Direitos Humanos e reproduz a maioria dos direitos consagrados no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 (COMPARATO, 2015).

O instrumento de maior importância no sistema interamericano é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também denominada Pacto de San José da Costa Rica. (...)

Substancialmente, ela reconhece e assegura um catálogo de direitos civis e políticos similar ao previsto pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Desse universo de direitos, destacam-se: o direito à personalidade jurídica, o direito à vida, o direito à não ser submetido à escravidão, o direito à liberdade, o direito a um julgamento justo, o direito à compensação em caso de erro judiciário, o direito à privacidade, o direito à Liberdade de pensamento e expressão, o direito à resposta, o direito à Liberdade de associação, o direito ao nome, o direito à nacionalidade, o direito à Liberdade de movimento e residência, o direito de participar do governo, o direito à igualdade perante a lei e o direito à proteção judicial. (PIOVESAN, 2011, p. 311-312)

É importante destacar que a Convenção, estrategicamente, não trata dos direitos econômicos, sociais e culturais, limitando-se a declarar em seu artigo 26 que os Estados se comprometem a adotar providências para dar efetividade aos direitos de tal natureza, deixando que tal assunto fosse posteriormente tratado pelo Protocolo adicional à Convenção que apenas entrou em vigor em 1999.

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

Conforme esclarece Comparato (2015), a CADH utiliza de sistemática semelhante à originalmente instituída pela Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950 em relação aos órgãos responsáveis por fiscalizar o seu cumprimento e realizar o julgamento de casos relativos a este instrumento. Assim, prevê uma comissão responsável por investigar possíveis violações de Direitos Humanos e um tribunal que é competente para julgar as causas ocorridas em seu âmbito.

Desta forma, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos autônomos ligados à Organização dos Estados Americanos.

É importante destacar que, como afirmam Heyns et al (2006), o papel dos sistemas regionais de Direitos Humanos se torna de grande importância tendo em vista que conseguem enxergar de forma mais próxima as particularidades enfrentadas pelos países a que eles se filiam de forma mais efetiva do que o sistema global de Direitos Humanos, complementando o trabalho desenvolvido pela Organização das Nações Unidas:

Regional systems also allow for the possibility of regional values to be taken into account when human rights norms are defined - obviously at the risk, if this goes too far, of compromising the idea of the universality of human rights. The existence of regional human rights systems allows for enforcement mechanisms which can resonate better with local conditions than a global, universal system of enforcement. A more judicial approach to enforcement may be appropriate in one region, as in Europe, for example, while an approach which also allows room for non-judicial mechanisms such as commissions and peer review may be more appropriate in a region such as Africa. The global system does not have

such flexibility. (HEYNS et al, 2006, p. 163-164)¹⁰

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos foi criada no ano de 1959 através de Resolução VIII da V Reunião de Consulta de Ministros de Relações Exteriores, sendo posteriormente integrada como órgão consultivo da OEA na matéria de Direitos Humanos. A CIDH tem como objetivo promover a observância e a defesa dos Direitos Humanos e servir como órgão consultivo da Organização dos Estados Americanos neste assunto (CIDH, 2009).

A competência da CIDH abrange todos os Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos em relação aos direitos consagrados na Declaração Americana de 1948 e ela é responsável por formular recomendações para que os Estados partes da Convenção adotem medidas protetivas de Direitos Humanos; atender às consultas realizadas pelos membros da OEA; e analisar as denúncias de violação aos Direitos Humanos que lhe forem encaminhadas,

¹⁰ Os sistemas regionais também possibilitam que os valores regionais sejam levados em consideração quando as normas de direitos humanos são definidas - obviamente com o risco, se isso for muito longe, de comprometer a ideia da universalidade dos direitos humanos. A existência de sistemas regionais de direitos humanos permite mecanismos que podem se relacionar melhor com as condições locais do que com um sistema global e universal de execução. Uma abordagem mais judicial para a execução pode ser apropriada em uma região, como na Europa, por exemplo, enquanto uma abordagem que também permite espaço para mecanismos não judiciais, como comissões e revisão pelos pares, pode ser mais apropriada em uma região como a África. O sistema global não possui tal flexibilidade. (HEYNS et al, 2006, p. 163-164, tradução livre).

apresentando-as à Corte Interamericana de Direitos Humanos caso seja necessário (MENEZES, 2013).

Por sua vez, a CtIDH foi criada em 1979 após a assinatura da Convenção Americana de Direitos Humanos, também chamada de Pacto de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 durante a Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos e sua entrada em vigor em 1978.

A CtIDH é formada por sete juízes nacionais de seus Estados membros, cada um com mandato de seis anos e escolhidos por meio de eleição pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Membros. Não é possível que haja na CtIDH dois juízes de mesma nacionalidade ao mesmo tempo. O Brasil teve como primeiro juiz na Corte Interamericana o Dr. Antônio Augusto Cançado Trindade e hoje tem como representante o Dr. Roberto F. Caldas.

Conforme disposto nos artigos 1 e 2 de seu Estatuto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos possui capacidade consultiva acerca da interpretação e aplicação dos tratados de Direitos Humanos e jurisdicional em relação à casos de violação que tenham ocorrido em países que reconhecem sua jurisdição, podendo ser acionada por um Estado ou pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Para que um caso seja levado à julgamento pela CtIDH é necessário que o país reconheça a jurisdição deste órgão. Atualmente, dos 35 Estados participantes da Organização dos Estados Americanos, 20 reconhecem a jurisdição da Corte, sendo eles Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador, El

Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname e Uruguai (CtIDH, 2016). Como visto, Estados Unidos e Canadá não fazem parte deste grupo de países, o que leva a doutrina a considerar esta como uma corte latino-americana (BINDER, 2010).

Cumprindo ainda destacar a presença do critério de subsidiariedade que é seguido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, vez que seu estatuto prevê no artigo 20 o esgotamento das vias internas para que haja a análise por este órgão. No entanto, apesar da atuação da CtIDH ser subsidiária à atuação dos Estados, dependendo assim que as violações de Direitos Humanos apresentadas perante ela tenham sido anteriormente objeto de análise pelo Estado parte, este requisito é relativizado pela própria Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 46, estabelecendo as hipóteses em que não é necessário o referido esgotamento por ser a prestação da justiça internamente falha em relação ao caso concreto. Desta forma, a CtIDH não fica impedida de atuar diante de graves violações de Direitos Humanos quando o próprio aparato jurisdicional do Estado se mostra como empecilho à proteção dos direitos do indivíduo.

2.2 O desenvolvimento do Controle de Convencionalidade

O Controle de Convencionalidade é uma ferramenta que foi desenvolvida através da jurisprudência

da Corte Interamericana de Direitos Humanos, apresentando mutações ao longo do tempo que permitiram sua expansão e maior efetividade na defesa de seu objeto. A doutrina divide o Controle de Convencionalidade em várias fases evolutivas (TORELLY, 2016. ROJAS, 2013. BURGOGUE-LARSEN, 2016). O presente trabalho apresentará o desenvolvimento do Controle de Convencionalidade baseado além do critério cronológico, em sua divisão em Concentrado e Difuso, critérios que serão desenvolvidos adiante.

O Controle de Convencionalidade é uma ferramenta singular de um órgão jurisdicional internacional, fruto do contexto latino-americano. Conforme afirma Laurence Burgogue-Larsen (2016), a Corte Europeia de Direitos Humanos nunca desenvolveu uma teoria similar que de uma forma tão clara e direta determine a competência dos juízes nacionais. Este posicionamento da CtIDH acaba funcionando como medida instituidora de um *ius commune* latino-americano.

En otras palabras, se trata de garantizar la viabilidad de un *ius commune* integrador. En América Latina, el control de convencionalidad también tiene como objective garantizar la eficacia y la viabilidad de un “*ius Commune*”. A diferencia del derecho de la UE, no está orientado a lo económico, sino a lo humanista: el derecho del Sistema Interamericano de Derechos

Humanos. (BURGORGUE-LARSEN, 2016, p. 12)¹¹

A diferença entre a atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Europeia de Direitos Humanos é apontada em razão de três motivações principais (HUNEEUS, 2011). A primeira delas é em relação aos assuntos que foram objeto inicialmente destas instituições, enquanto a Corte Europeia se insere num contexto em que os países, em sua maioria, se mostram enquanto democracias consolidadas, com o respeito ao Estado de Direito, a CtIDH surge em meio a um turbulento momento no continente americano, com países em situação ditatorial e crimes patrocinados pelos governos contra as populações, se envolvendo assim em casos de desaparecimento forçado, leis de anistia e direito à verdade. A segunda razão é o comportamento ativo da CtIDH que deixa pouco espaço de manobra para que os Estados tomem suas próprias decisões sobre a aplicação das sentenças em que são condenados ao emitir uma lista detalhada das ações que devem ser tomadas pelos países, não somente em questão econômica, mas atingindo até mesmo a alteração de sua legislação, enquanto a Corte Europeia verifica a existência da violação, sem, no entanto, detalhar como os Estados

¹¹ Em outras palavras, trata-se de garantir a viabilidade de um *ius commune* integrador. Na América Latina, o controle da convencionalidade também tem como objetivo garantir a eficácia e a viabilidade de um "ius commune". Ao contrário da legislação da UE, não é orientado para o econômico, mas para o humanista: o direito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. (BURGORGUE-LARSEN, 2016, p. 12, tradução livre).

devem realizar sua reparação. Por fim, a CtIDH atua diretamente na supervisão da implementação das sentenças por ela exaradas enquanto no caso do Sistema Europeu de Direitos Humanos este trabalho é desenvolvido pelo Comitê de Ministros, um órgão político.

Conceitualmente, o Controle de Convencionalidade pode ser entendido como uma técnica de controle normativo que consiste no exercício do contraste entre os componentes do bloco de convencionalidade, isto é, a Convenção Americana de Direitos Humanos, demais tratados do SIDH e as interpretações realizadas pela CtIDH acerca destes diplomas, frente aos dispositivos nacionais, funcionando as disposições do Sistema Interamericano de Direitos Humanos como parâmetro de controle não somente das disposições legais, mas também da aplicação que é feita das leis nacionais.

Desta forma, as normas de Direitos Humanos previstas no ordenamento internacional passam a vigorar como um novo filtro para o ordenamento jurídico nacional, de forma que o controle vertical das normas não tem como parâmetro apenas a Constituição Federal, mas deve levar em consideração estes diplomas para garantir a harmônica aplicação das normas (RAMÍREZ, 2015).

Control of conventionality is the analysis of the compatibility of national actions (acts or omissions) in light of international standards (treaties, international custom, general principles of law, unilateral acts and binding

resolutions of international organizations).
(RAMOS, 2016, p. 17)¹²

A origem do Controle de Convencionalidade remonta ao direito francês e data do início da década de 1970, tendo sido referenciada na Decisão nº 74-54DC, de janeiro de 1975 (FRANÇA, 1975). Nesta decisão, o Conselho Constitucional Francês analisava a constitucionalidade de uma lei que permitia a interrupção voluntária da gestação frente ao direito à vida consagrado pelo artigo 2º da Convenção Europeia de Direitos Humanos que havia sido anteriormente ratificada por aquele Estado. Por sua vez, a Constituição Francesa estipula que os tratados ratificados possuem status de norma supralegal, conforme seu artigo 55¹³, e diante do impasse gerado, a Corte se declarou incompetente para analisar o conflito entre normas, pois não se tratava de um confronto entre norma de status ordinário e constitucional, mas sim da análise da norma interna e um tratado, a convencionalidade preventiva das leis (MAZZUOLI, 2013).

¹² O controle da convencionalidade é a análise da compatibilidade de ações nacionais (atos ou omissões) à luz das normas internacionais (tratados, costume internacional, princípios gerais de direito, atos unilaterais e resoluções vinculativas de organizações internacionais). (RAMOS, 2016, p. 17, tradução livre).

¹³ Artigo 55º: Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, a partir da sua publicação, autoridade superior à das leis, sujeito, para cada acordo ou tratado, à sua aplicação pela outra parte. FRANÇA. **Constituição da Quinta República de 1958**. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/portugais/constitution_portugais.pdf>. Último acesso: 09 nov. 2017.

Considerando, em primeiro lugar, que nos termos do artigo 55 da Constituição: “Os tratados ou acordos regularmente ratificados ou aprovados têm, desde sua publicação, uma autoridade superior àquela das leis, sob condição, para cada acordo ou tratado, de serem aplicados pela outra parte” [...] Considerando, com efeito, que as decisões tomadas em aplicação do artigo 61 da Constituição revestem um caráter absoluto e definitivo, tal como resulta do artigo 62, que obsta a promulgação e a vigência de toda disposição declarada inconstitucional; que, ao contrário, a superioridade dos tratados sobre as leis, cujo princípio está estatuído no artigo 55 já citado, apresenta um caráter ao mesmo tempo relativo e contingente, tendo em vista, por um lado, que ela é limitada ao campo de aplicação do tratado e, por outro lado, que ela é subordinada a uma condição de reciprocidade cuja realização pode variar conforme o comportamento do ou dos Estados signatários do tratado e o momento em que deve ser apreciado o respeito dessa condição; [...] Considerando que assim o controle do respeito ao princípio enunciado no artigo 55 da Constituição não poderia ser exercido no contexto do exame previsto no artigo 61, em razão da diferença de natureza desses dois controles.(FRANÇA, 1975. TRADUÇÃO: CHAVES; SOUSA, 2016, p.91)

O Controle de Convencionalidade aplicado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos tem como

principal base argumentativas as disposições presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos, notadamente seus artigos 1 e 2. Esses artigos são responsáveis por determinar o dever de respeito e garantia dos Estados aos Direitos Humanos, tomando as medidas necessárias para que isso aconteça no âmbito legislativo e permitindo ao indivíduo que recorra ao poder judiciário em caso de violações aos seus direitos garantidos na CADH ou no ordenamento jurídico interno dos Estados. Destaca-se também o artigo 29 que prevê as normas de interpretação da CADH (MAC-GREGOR, 2015).

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos:
1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.

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

que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

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. (OEA, 1969)

Além do texto da própria Convenção Americana de Direitos Humanos, o Controle de Convencionalidade também tem por base os preceitos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, principalmente seus artigos 26 e 27 que tratam sobre a Pacta Sunt Servanda, Boa-fé e a impossibilidade de um Estado se valer de suas normas internas para deixar de aplicar as previsões de um tratado.

Article 26. "PACTA SUNT SERVANDA"
Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

Article 27. INTERNAL LAW AND OBSERVANCE OF TREATIES A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty. This rule is without prejudice to article 46. (ONU, 1969)¹⁴

Aponta-se também o efeito útil dos tratados como um princípio que embasa esta ferramenta (ALESSANDRI, 2016), conceito que foi afirmado pela CtIDH na sentença do caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (CtIDH, 2008):

(...) es importante destacar que la defensa u observancia de los derechos humanos a la luz de los compromisos internacionales en cuanto a la labor de los operadores de justicia, debe realizarse a través de lo que se denomina "control de convencionalidad", según el cual cada juzgador debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al objeto y fin del instrumento internacional o

¹⁴ Artigo 26: Pacta sunt servanda - Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé. Artigo 27: Direito Interno e Observância de Tratados - Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46. (ONU, 1969, tradução livre).

del estándar internacional de protección de los derechos humanos. (CtIDH, 2008, p. 49-50)¹⁵

O desenvolvimento da doutrina do Controle de Convencionalidade no âmbito do SIDH passou por diversas fases até que sua conceituação tomasse as formas atuais. Essa doutrina foi primeiramente apresentada no voto apartado do juiz Sergio García Ramírez no caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (CtIDH, 2003), em que se inaugurou a expressão “Controle de Convencionalidade”. Naquela ocasião, o referido juiz defendeu o papel da Corte de realizar o Controle de Convencionalidade como parte de sua jurisdição, no entanto, não detalhou em que consistiria tal ferramenta.

Posteriormente, o referido juiz apresentou a definição de Controle de Convencionalidade em seu voto apartado no caso Tibi vs. Ecuador (CtIDH, 2004a), fazendo uma comparação entre o papel das cortes nacionais e o controle de constitucionalidade e o papel a ser desempenhado pela CtIDH com o Controle de Convencionalidade.

¹⁵ (...) é importante enfatizar que a defesa ou observância dos direitos humanos à luz dos compromissos internacionais em relação ao trabalho dos operadores de justiça deve ser feita através do chamado "controle de convencionalidade", segundo o qual cada juiz deve garantir o efeito útil dos instrumentos internacionais, de modo que não seja diminuído ou anulado pela aplicação de normas ou práticas internas contrárias ao objeto e finalidade do instrumento internacional ou do padrão internacional para a proteção dos direitos humanos. (CtIDH, 2008, p. 49-50, tradução livre).

En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía. (CtIDH, 2004b)¹⁶

¹⁶ Em certo sentido, a tarefa da Corte lembra a dos tribunais constitucionais. Estes examinam os atos impugnados - disposições de alcance geral - à luz das regras, princípios e valores das leis fundamentais. A Corte Interamericana, por sua vez, analisa os atos que chegam ao seu conhecimento em relação às normas, princípios e valores dos tratados em que baseia sua jurisdição contenciosa. Em outras palavras, se os tribunais constitucionais controlam a "constitucionalidade", o tribunal internacional de direitos humanos decide sobre a "convencionalidade" desses atos. A través do controle

A conceituação do Controle de Convencionalidade pelo juiz Sergio García Ramírez foi reafirmada em seus votos nos casos López Alvarez vs. Honduras (CtIDH, 2006a) e Vargas Areco v. Paraguay (CtIDH, 2006b).

Por fim, o caso Almonacid Arellano Vs. Chile (CtIDH, 2006c) foi responsável pela utilização do termo “Controle de Convencionalidade” pela primeira vez em uma sentença da CtIDH ao estabelecer a obrigação dos juízes nacionais de aplicar as leis nacionais em conformidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Os juízes nacionais também estariam submetidos à CADH e, por isso, devem velar por sua aplicação, levando em conta a interpretação que a própria CtIDH, enquanto última intérprete daquele tratado, tem realizado.

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,

da constitucionalidade, os órgãos internos tentam moldar a atividade do poder público - e, eventualmente, de outros agentes sociais - à ordem que implica o Estado de Direito em uma sociedade democrática. A Corte Interamericana, por sua vez, pretende conformar esta atividade à ordem internacional acolhida na convenção fundadora da jurisdição interamericana e aceita pelos Estados Partes no exercício de sua soberania. (CtIDH, 2004b, tradução livre).

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. (CtIDH, 2006c)¹⁷

Ressalta-se que mesmo antes da Corte Interamericana denominar esta ferramenta como Controle de Convencionalidade, ela já era utilizada pelo tribunal, como exemplifica o caso “A Última Tentação de Cristo”

¹⁷ A Corte é consciente que os juízes e os tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, portanto, são obrigados a aplicar as disposições em vigor no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratificou um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho do Estado, também estão sujeitos a ela, o que os obriga a garantir que os efeitos das disposições da Convenção não sejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, e que, desde o início, carecem de efeitos legais. Em outras palavras, o Judiciário deve exercer uma espécie de "controle de convencionalidade" entre as normas legais internas que se aplicam em casos específicos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, a intérprete final da Convenção Americana, realizou. (CtIDH, 2006c, tradução livre).

(SÁGÜES, 2012). Esse caso foi proposto perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos em janeiro de 1999 em razão de suposta violação ao Direito de Liberdade de Expressão e Pensamento garantido no artigo 13 da Convenção Americana. O Chile, com base em disposições constitucionais, impedia a exibição do filme “A última tentação de Cristo” no país. A Corte Interamericana decidiu que houve violação ao direito invocado e determinou que o Chile modificasse seu ordenamento interno para permitir que o filme fosse exibido no país.

Esta Corte entiende que la responsabilidad internacional del Estado puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de éste, independientemente de su jerarquía, que violen la Convención Americana. Es decir, todo acto u omisión, imputable al Estado, en violación de las normas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, compromete la responsabilidad internacional del Estado. En el presente caso ésta se generó en virtud de que el artículo 19 número 12 de la Constitución establece la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determina los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial. (CtIDH, 2001a)¹⁸

¹⁸ Esta Corte entende que a responsabilidade internacional do Estado pode ser gerada por atos ou omissões de qualquer poder ou órgão do Estado, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana. Ou seja, qualquer ato ou omissão, atribuível ao Estado, em violação das normas do Direito Internacional de Direitos Humanos, compromete a responsabilidade internacional do Estado. No caso em apreço, isso foi gerado pelo fato de que o artigo

A CtIDH, ao realizar o Controle de Convencionalidade, não revoga a lei considerada inconveniente ou cria uma nova norma a ser seguida pelo Estado parte no processo, mas apenas determina que este adequue suas normas internas às determinações dos tratados partes do SIDH. Mesmo que a Corte Interamericana declare que uma norma carece de efeitos, como fez em diversos casos envolvendo leis de anistia nos países latino-americanos, isso não faz com que a norma deixe de ter aplicação internamente, isto porque cabe ao direito interno decidir acerca de um efeito direto decisões da CtIDH. Da mesma forma, caso a CtIDH determine a criação de uma norma pelo Estado, esta não se dará de forma automática.

Como argumenta Cassese, ao decidir sobre a validade de uma norma e determinar a responsabilidade do Estado, a Corte Interamericana age como verdadeira corte constitucional.

It is the first time that an international court determines that national laws are devoid of legal effects within the State system where they have been adopted and consequently obliges the State to act as if these laws have never been enacted. (CASSESE apud

19, número 12 da Constituição, estabelece censura prévia na produção cinematográfica e, portanto, determina os atos dos Poderes Executivos, Legislativos e Judiciais ". (CtIDH, 2001a, tradução livre).

MAC-GREGOR; DOMÍNGUEZ, 2015, p.88)¹⁹

O Controle de Convencionalidade foi invocado pela CtIDH em sentenças que declararam a responsabilidade internacional em mais de 25 casos contenciosos de 14 Estados que reconhecem sua competência: Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela (MAC-GREGOR, 2015).

2.3 O Controle de Convencionalidade Difuso

O Controle de Convencionalidade desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos se divide em duas modalidades: internacional, anteriormente exemplificado pelas decisões proferidas pela própria Corte ao confrontar as normas de um país, como o caso “A Última Tentação de Cristo”, e nacional, exercido pelos juízes estatais.

O Controle de Convencionalidade internacional, chamado concentrado ou secundário, é exercido pela CtIDH, última intérprete da CADH, em casos apresentados perante ela, evitando que os Estados

¹⁹ É a primeira vez que um tribunal internacional determina que as leis nacionais são desprovidas de efeitos legais no sistema do Estado onde foram adotadas e, conseqüentemente, obriga o Estado a agir como se essas leis nunca tenham sido promulgadas. (CASSESE apud MAC-GREGOR; DOMÍNGUEZ, 2015, p.88, tradução livre).

exercam duplo papel no processo como julgador e parte. Ressalta-se que o Controle de Convencionalidade Concentrado é exercido pela CtIDH não somente através de suas sentenças, mas também através de suas supervisões de cumprimento de sentença e mesmo em suas opiniões consultivas, em uma ação preventiva, como dispôs a Corte em sua Opinião Consultiva 22/2016 (CtIDH, 2016).

Conforme anteriormente tratado, na modalidade concentrada a Corte utiliza todo o *corpus juris* do Sistema Interamericano de Direitos Humanos para confrontar as normas nacionais e verificar se houve violações aos direitos neles positivados, determinando as reparações caso estas precisem ser realizadas e mesmo dispondo que as leis nacionais violadoras de Direitos Humanos carecem de efeitos legais.

Em sua modalidade nacional, também denominado preliminar, o Controle de Convencionalidade é exercido pelas cortes nacionais, assim como determinado no caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*, tendo em vista que os juízes nacionais estariam submetidos às disposições da CADH e obrigados a realizar sua aplicação, funcionando estes como verdadeiros juízes interamericanos. Desta forma, o entendimento que se passou a ter é que os juízes nacionais poderiam realizar o Controle de Convencionalidade, servindo como uma forma de compensar o pequeno número de casos que podem ser analisados pela CtIDH e são objeto do Controle de Convencionalidade Concentrado (BINDER, 2010).

Esse modelo de exercício do Controle de Convencionalidade atende uma necessidade fática do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que não

suporta que todas as violações de Direitos Humanos ocorridas nos países que reconhecem a jurisdição da CtIDH sejam analisadas pelo tribunal. Assim, os juízes nacionais suprem tal necessidade e há também o respeito à subsidiariedade do SIDH (MAC-GREGOR, 2015).

É importante ter em mente que o Controle de Convencionalidade exercido pelos juízes nacionais é preliminar ou provisório, tendo em vista que não vincula o juiz internacional, vez que a CtIDH é guardiã e última intérprete da CADH (RAMOS, 2012). Desta forma, mesmo que um Estado tenha exercido o Controle de Convencionalidade, a decisão pode ser reformada pela CtIDH. Essa decisão impede que o Controle de Convencionalidade seja utilizado como ferramenta contrária à proteção de Direitos Humanos pelos Estados, mas ao mesmo tempo impossibilita que um maior diálogo seja estabelecido entre a Corte Interamericana, o que poderia ocasionar uma espécie de monólogo baseado no absolutismo do poder da CtIDH que prejudicaria sua eficiência (DULITZKY, 2015).

Este controle deve ser realizado pelo juiz nacional mesmo que a parte em juízo não o alegue como questão preliminar, ou seja, o órgão julgador deve declarar de ofício a inconvenção da lei ou ato do poder público, considerando suas competências internas e as normas processuais aplicáveis, bem como os demais pressupostos formais e materiais de admissibilidade e procedência das ações, como já dispôs a CtIDH no caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Peru* (CtIDH, 2006d).

Em um segundo momento, no caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CtIDH, 2010a), a Corte

Interamericana de Direitos Humanos declarou que não somente o poder judiciário estava vinculado à aplicação do Controle de Convencionalidade Difuso, mas que este papel também deveria ser realizado de ofício por todos os juízes e órgãos vinculados à administração da justiça, em todos os seus níveis, respeitadas suas competências internas.

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. (CtIDH, 2010a)²⁰

²⁰ Os juízes e órgãos relacionados à administração da justiça em todos os níveis são obrigados a exercer de ofício um "controle de convencionalidade" entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no âmbito das respectivas competências e os regulamentos processuais aplicáveis. Nessa tarefa, os juízes e órgãos relacionados à administração da justiça devem levar em conta não só o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, a intérprete final da Convenção Americana. (CtIDH, 2010a, tradução livre).

Posteriormente, a CtIDH determinou a obrigação de todas as autoridades estatais, e não apenas os órgãos jurisdicionais, realizarem o Controle de Convencionalidade Difuso, utilizando o bloco de convencionalidade para tal (CtIDH, 2011). Este mesmo entendimento foi mantido na Opinião Consultiva 21/2014 (CtIDH, 2014), sendo que naquela oportunidade a Corte determinou que violação aos preceitos da Convenção Americana de Direitos Humanos por qualquer órgão estatal acarretaria a responsabilização internacional do país. A Corte foi mais além e estipulou que esta responsabilização pode ser realizada até mesmo se o Estado ferir o posicionamento da Corte em uma demanda consultiva da qual não participou, vez que as determinações da CtIDH constituem, em última instância, interpretação da CADH e demais tratados do SIDH, alcançando efeito *erga omnes* (DULITZKY, 2015).

Verifica-se assim que a doutrina do Controle de Convencionalidade Difuso apresentou uma verdadeira evolução acerca dos sujeitos responsáveis por sua aplicação: primeiramente apenas os juízes estavam obrigados pelo Controle de Convencionalidade, posteriormente todo o poder judiciário, todo juiz e órgão relacionado à administração da justiça e por fim todo órgão e autoridade estatal. Além disso, em sinal de evolução da doutrina, a Corte se atentou à questão de competência interna dos juízes para a aplicação da ferramenta e a necessidade de fazê-la *ex officio*.

O Controle de Convencionalidade exercido pelos Estados é denominado Difuso por permitir que os juízes nacionais o apliquem em todo caso sob sua análise, contrastando com o Controle de Convencionalidade Concentrado que é exercido somente pela Corte

Interamericana de Direitos Humanos. O entendimento acerca da aplicação do Controle de Convencionalidade Difuso parte de uma construção jurisprudencial baseada no artigo 69 da Convenção Americana de Direitos Humanos. Como aponta Ságües (2012), a fundamentação realizada pela CtIDH se baseia no princípio da Boa-fé que os Estados devem manter no cumprimento de suas obrigações; no Efeito Útil dos Tratados que não pode ser violado pelas normas internas do Estado; e na impossibilidade de um Estado se valer de suas normas para evitar a aplicação de uma norma internacional com a qual se comprometeu.

A aplicação do Controle de Convencionalidade Difuso transforma os juízes nacionais em juízes interamericanos, tornando-os guardiões do bloco de convencionalidade, isso é, a CADH, seus protocolos adicionais, outros tratados integrantes do SIDH, como o Protocolo de São Salvador, Protocolo relativo à Abolição da Pena de Morte, Convenção para Prevenir e Sancionar a Tortura, Convenção de Belém do Pará para a Erradicação da Violência contra a Mulher, Convenção sobre o Desaparecimento Forçado e a jurisprudência da CtIDH (CtIDH, 2006e).

Assim, o papel do Controle de Convencionalidade se torna ainda de maior importância ao se compreender que não somente a Convenção Americana de Direitos Humanos deve ser seguida pelos países, mas que este papel também deve ser desempenhado em relação aos demais tratados do âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos bem como os julgados realizados pela Corte, mesmo que o país não seja parte naquela demanda, formando assim o bloco de convencionalidade. Cita-se entre os documentos mais importantes do Sistema

Interamericano de Direitos Humanos, e que portanto fazem parte do referido bloco de convencionalidade, o Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“Protocolo de San Salvador), Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte, Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”) e a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

É interessante analisar que os julgados da Corte também fazem parte deste bloco por ser ela a última intérprete da CADH, assim, ao julgar, ela necessariamente interpreta este tratado e a interpretação deve ser levada em conta pelos países. Segundo MacGregor, até mesmo as interpretações da CtIDH realizadas em opiniões consultivas seriam parte do bloco de convencionalidade a ser seguido pelos países no Controle de Convencionalidade Difuso (CtIDH, 2010b). Isso ocorre porque todas as manifestações da Corte representam a interpretação da CADH, e não apenas aquelas realizadas em casos contenciosos, sendo, portanto, de caráter *erga omnes* (RAMÍREZ, 2015. CtIDH, 1982). Pode se dizer que aqui se encontra o gérmen para tornar o Controle de Convencionalidade o elemento principal de um *ius commune* latino-americano.

Because the Court has been conferred the power to interpret the Convention, which is a positive legal order for all state parties to

it, the Court possesses the capacity to define the meaning and scope of the corresponding norms. This is true not only for purposes of a concrete case, but also for all hypotheses arising from the case. The evident result is that a resolution of the tribunal has a double role: *inter partes*, with respect to the facts and their immediate and direct consequences; and *erga omnes*, with respect to the conventional norms and their interpretation in all cases. This binding character of the jurisprudence of the Court applies both to advisory opinions, which entail the interpretation of a precept by the official interpreter of the norms, and to the judgments, which implicate the same function on the part of this organ.

The Inter-American Court has emphasized the recognition by high national courts of the binding effect of its judgments (...) The states are bound by the norms of the international instruments to which they are parties, and subject to the official interpretation of them, without prejudice, of course, to other dispositions that may improve on the interpretation of the American Convention under the rule of the principle *pro persona*. (RAMÍREZ, 2015, p. 135)²¹

²¹ Uma vez que foi conferido à Corte o poder de interpretar a Convenção, que é uma ordem jurídica positiva para todas as partes, a Corte possui a capacidade de definir o significado e o alcance das normas correspondentes. Isto é verdade não só para fins de um caso específico, mas também para todas as hipóteses decorrentes do caso. O resultado evidente é que uma resolução da Corte tem um duplo papel: *inter partes*, em relação aos fatos e suas consequências imediatas e diretas; e *erga omnes*, em relação às normas convencionais e sua interpretação em todos os casos. Este caráter

Segundo Dulitzky (2015), o exercício do Controle de Convencionalidade Difuso pelos juízes nacionais apresenta várias facetas, inclusive uma interpretação expansiva e inovadora do bloco de convencionalidade. A interpretação expansiva se relaciona à aplicação dos tratados do SIDH de forma mais protetiva do que a própria CtIDH realizou em seus julgamentos, abrindo margem para um diálogo entre as cortes nacionais e internacional para a efetivação de um direito cada vez mais protetivo ao indivíduo. Por sua vez, a interpretação inovadora se relaciona aqueles casos em que os juízes nacionais, com base no bloco de convencionalidade, se pronunciam em situações ainda não enfrentadas pela CtIDH, aumentando o leque de direitos protegidos conforme o *corpus juris* latino-americano (ALCALÁ, 2013). A construção inovadora representa o ápice de Controle de Convencionalidade Difuso, demonstra que a doutrina está arraigada no judiciário nacional a ponto deste se manifestar acerca de direitos que a própria CtIDH ainda não se manifestou.

Outra divisão realizada em relação ao Controle de Convencionalidade é quanto aos seus efeitos. O Controle

vinculativo da jurisprudência do Tribunal se aplica tanto a pareceres consultivos, que implica a interpretação de um preceito pelo intérprete oficial das normas, como aos julgamentos contenciosos, o que implica a mesma função por parte deste órgão.

A Corte Interamericana enfatizou o reconhecimento pelos órgãos jurisdicionais nacionais do efeito vinculativo de seus julgamentos (...) Os Estados estão vinculados pelas normas dos instrumentos internacionais aos quais são partes e estão sujeitos à interpretação oficial deles, sem prejuízo, é claro, de outras disposições que possam melhorar a interpretação da Convenção Americana sob o princípio do princípio pro persona. (RAMÍREZ, 2015, p. 135, tradução livre).

pode ter efeito repressivo ou construtivo (SÁGÜÉS, 2012). O primeiro efeito, repressivo, é o que ocorre quando se verifica que uma norma não é compatível com a CADH. A norma é então declarada inconvencional e há o mandamento para que se deixe de aplicá-la, determina-se a adequação do ordenamento interno aos compromissos assumidos pelo Estado em matéria de Direitos Humanos. Esse efeito pode ser claramente percebido na jurisprudência da CtIDH acerca das leis de anistia.

Por sua vez, o efeito construtivo consiste na aplicação pelos juízes locais do direito interno em consonância com a CADH e os julgados da CtIDH, isto é, a harmonização da interpretação que se faz de uma norma interna com as disposições da CADH. Assim, além de conformar as normas internas com a CADH, é necessário que a aplicação e interpretação que se faz do ordenamento jurídico, tanto em manifestações jurisdicionais quanto por outros órgãos estatais, seja também conforme. Esta faceta do Controle de Convencionalidade pode ser verificada, por exemplo, nos casos Rosendo Radilla Pacheco (CtIDH, 2009) e Cabrera García y Montiel vs. México (CtIDH, 2010a).

Para este Tribunal, no sólo la supresión o expedición de las normas en el derecho interno garantizan los derechos contenidos en la Convención Americana, de conformidad a la obligación comprendida en el artículo 2 de dicho instrumento. También se requiere el desarrollo de prácticas estatales conducentes a la observancia efectiva de los derechos y libertades consagrados en la misma. En consecuencia, la existencia de una norma

no garantiza por sí misma que su aplicación sea adecuada. Es necesario que la aplicación de las normas o su interpretación, en tanto prácticas jurisdiccionales y manifestación del orden público estatal, se encuentren ajustadas al mismo fin que persigue el artículo 2 de la Convención. (CtIDH, 2009)²²

Portanto, em resumo, conforme figura apresentada abaixo, o Controle de Convencionalidade se divide em Concentrado e Difuso. O controle Difuso deve ser realizado por todos os agentes estatais e deve ter em vista não somente os casos contenciosos em que o próprio país for parte, mas também as interpretações realizadas pela CtIDH em outros casos contenciosos e mesmo em opiniões consultivas.

²² Para este Tribunal, a supressão ou a criação das normas no direito interno não garantem por si só os direitos contidos na Convenção Americana, de acordo com a obrigação incluída no artigo 2º do referido instrumento. Também exige-se o desenvolvimento de práticas estatais conducentes à efetiva observância dos direitos e liberdades consagrados no mesmo. Consequentemente, a existência de uma norma não garante por si só que sua aplicação é adequada. É necessário que a aplicação das normas ou a sua interpretação, como práticas jurisdiccionais e manifestações da ordem pública estadual, sejam ajustadas ao mesmo objetivo perseguido pelo Artigo 2 da Convenção. (CtIDH, 2009, tradução livre).

Figura 2 – Controle de Convencionalidade Difuso



Fonte: Elaborado pelo autor

O dever de aplicação do Controle de Convencionalidade em sua modalidade difusa foi reafirmado em uma série de casos julgados pela CtIDH, como e La Cantuta, Boyce vs. Barbados, Fermín Ramírez e Raxcacó Reyes, Heliodoro Portugal (12 Manuel Cepeda Vargas, Comunidad Indígena Xákmok ftásek, Gomes Lund e Cabrera Garcia-Montiel Flores, assim como os votos do juiz

Eduardo Ferrer-Mac Gregor, que incluem um estudo pormenorizado da doutrina e jurisprudência do Controle de Convencionalidade, levando ao seu aperfeiçoamento (SÁGÜES, 2012).

A questão que se aponta é que mesmo diante da evolução da doutrina do Controle de Convencionalidade Difuso, não há um consenso sobre como deve ser exercido, os métodos e os responsáveis pela sua aplicação internamente. A ausência de um consenso sobre as normas básicas de aplicação do Controle de Convencionalidade Difuso pode acabar por enfraquecer esta ferramenta, mas a questão se intensifica pelos diferentes modelos seguidos pelos Estados quanto a competência dos magistrados para realizar o controle da legislação nacional.

It is desirable to arrive soon at basic agreement in regard to questions concerning the control of conventionality, which are often fomented by “enthusiasm” and rising expectations. Basic agreements will enable control of conventionality to achieve the best possible application, to bring about reasonable uniformity in our region, and to contribute to the formation of the *ius commune*, to harmonization and consistency, to the plausible and admissible definition of the legal order and its guarantees. If this does not happen, the risk is that divergences will increase, and contradictions will arise within countries—not only between countries—and the

hemispheric protection of human rights will suffer. (RAMÍREZ, 2015, p. 140)²³

A doutrina do Controle de Convencionalidade Difuso encontra aceitação mista entre os países que reconhecem a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Argentina e México são exemplos de países que aceitaram a aplicação do Controle de Convencionalidade de forma muito satisfatória. Estes países experimentaram mudanças significativas na proteção aos Direitos Humanos através do Controle de Convencionalidade. Nesse espírito, o México realizou modificações em sua Constituição, promulgadas em 2011, como forma de abarcar o Controle de Convencionalidade Difuso de forma expressa. Assim, após as alterações, a Constituição Mexicana passou a prever o seguinte texto em seu artigo 1º:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución

²³ É desejável que se chegue a um acordo básico em relação a questões sobre o controle da convencionalidade, que muitas vezes são encorajadas pelo "entusiasmo" e pelo aumento das expectativas. Os acordos básicos permitirão que o controle de convencionalidade alcance a melhor aplicação possível, para obter uniformidade razoável em nossa região e contribuir para a formação do *ius commune*, para harmonização e consistência, para a definição plausível e admissível da ordem jurídica e suas garantias. Se isso não acontecer, o risco é que as divergências aumentem e as contradições surgirão dentro dos países - não só entre países - e a proteção regional dos direitos humanos sofrerá. (RAMÍREZ, 2015, p. 140, tradução livre).

y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (MÉXICO, 1917)²⁴

²⁴ Nos Estados Unidos Mexicanos, todas as pessoas devem gozar dos direitos humanos reconhecidos nesta Constituição e nos tratados internacionais a que o Estado mexicano é parte, bem como as garantias para sua proteção, cujo exercício não pode ser restrito ou suspenso, exceto nos casos e nas condições que esta Constituição estabelece.

As normas relativas aos direitos humanos devem ser interpretadas de acordo com esta Constituição e com tratados internacionais sobre o assunto, sempre favorecendo as pessoas com a mais ampla proteção.

Todas as autoridades, no âmbito dos seus poderes, têm a obrigação de promover, respeitar, proteger e garantir os direitos humanos de acordo com os princípios de universalidade, interdependência,

Desta forma, o Estado Mexicano se adaptou à necessidade de garantir a aplicação dos tratados de Direitos Humanos, conforme o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e, por sua vez, aplicar o Controle de Convencionalidade em sua modalidade difusa.

Em relação à Argentina, a adesão nacional ao Controle de Convencionalidade Difuso foi destacado por mais de uma vez pela Corte Suprema de Justicia, como ocorreu no Caso Mazzeo, Julio e Lilo ao citar a jurisprudência definida em *Almonacid Arellano vs. Chile* (ARGENTINA, 2007).

O Brasil tem começado a se abrir para a doutrina do Controle de Convencionalidade, como demonstram algumas decisões que serão posteriormente comentadas acerca do crime de desacato e da necessidade da audiência de custódia, no entanto, o Supremo Tribunal Federal ainda tem se mostrado resistente à aplicação desta ferramenta no que talvez seja o caso mais importante do Brasil já analisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos: a lei de anistia brasileira.

Outros países pareciam inicialmente ter abraçado o Controle de Convencionalidade, mas em momento posterior mudaram sua atitude, incluindo-se o Uruguai e seu comportamento após o caso *Gelmán* nessa lista.

indivisibilidade e progressividade. Consequentemente, o Estado deve prevenir, investigar, punir e reparar violações de direitos humanos, nos termos estabelecidos por lei. (MÉXICO, 1917, tradução livre).

2.4 O controle de normas constitucionais

Um ponto que merece ser melhor explorado acerca da doutrina do Controle de Convencionalidade é em relação à possibilidade de se atingir normas de status constitucional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos não faz diferenciação quanto ao status da norma doméstica, se constitucional ou infraconstitucional, para fins de aplicação do Controle de Convencionalidade, o que é demonstrado pelos casos anteriormente analisados por este tribunal, tais como “A Última Tentação de Cristo”, já anteriormente exposto e que trata sobre a violação ao Direito à Liberdade de Expressão previsto no artigo 13 da CADH pelo texto de sua Constituição, e *Boyce vs. Barbados*, mas as trata com os mesmos argumentos utilizados para determinar sua convencionalidade ou inconvencionalidade (ZUÑIGA, 2015).

O caso *Boyce vs. Barbados* (CtDH, 2007) trata de violação ao direito à vida e ao recurso efetivo, garantidos respectivamente pelos artigos 4 e 25 da CADH. O caso foi trazido perante a CtIDH devido à condenação dos indivíduos Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins e Michael McDonald Huggins à pena de morte com base na “Lei de Delitos contra as Pessoas” vigente naquele país. Ocorre que a lei nacional não permitia que as vítimas de tal violação tivessem um recurso efetivo, haja vista que a Constituição nacional, em seu artigo 26, impedia que os juízes analisassem a constitucionalidade de leis promulgadas em período anterior à Constituição em vigência, hipótese em que se enquadrava a lei que embasava as condenações. Assim,

como um dos efeitos do julgamento, a CtIDH determinou o dever do Estado de eliminar os efeitos do artigo 26 que impediam a análise dos recursos, conformando suas disposições à CADH.

O posicionamento acerca da ausência de diferenciação entre normas de status constitucionais e infraconstitucionais pela CtIDH também pode ser verificado através da Opinião Consultiva 04/1984 em que a CtIDH se manifestou acerca do conteúdo de leis internas a que faz menção o artigo 64 da CADH:

(...) siempre que un convenio internacional se refiera a "leyes internas" sin calificar en forma alguna esa expresión o sin que de su contexto resulte un sentido más restringido, la referencia es para toda la legislación nacional y para todas las normas jurídicas de cualquier naturaleza, incluyendo disposiciones constitucionales. (CtIDH, 1984)²⁵

A Corte assim se utiliza de sua prerrogativa enquanto tribunal de analisar sua própria competência, pelo princípio da competência-competência, conforme estabeleceu no caso *Ivcher Bronstein Vs. Perú* (CtIDH, 1999a), e realiza o Controle de Convencionalidade em

²⁵ (...) sempre que um acordo internacional se refira a "leis internas" sem qualificar de forma alguma essa expressão ou sem que seu contexto resulte em um sentido mais restrito, a referência é para toda a legislação nacional e para todas as regras legais de qualquer natureza, incluindo provisões constitucionais. (CtIDH, 1984, tradução livre).

relação à normas constitucionais com base nos artigos 2 e 62 da CADH.

La cuestión del pretendido retiro, por parte del Perú, de la declaración de reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte y de los efectos jurídicos del mismo, debe ser resuelta por este Tribunal. La Corte Interamericana, como todo órgano con competencias jurisdiccionales, tiene el poder inherente de determinar el alcance de su propia competencia (compétence de la compétence/KompetenzKompetenz). (CtIDH, 1999a)²⁶

Ademais, como se posiciona a doutrina internacional, as leis internas, mesmo que de status constitucional, não podem significar um empecilho à aplicação do Direito Internacional por serem vistas como mero fato (SHAW, 2010). A CADH se encontra acima de todo o ordenamento jurídico nacional, inclusive a constituição, possuindo, conseqüentemente, um status supraconstitucional, pressuposto do qual parte o Controle de Convencionalidade (SÁGÜES, 2010a).

²⁶ A questão da alegada retirada, pelo Peru, da declaração de reconhecimento da jurisdição contenciosa da Corte e dos seus efeitos legais deve ser resolvida por este tribunal. A Corte Interamericana, como qualquer órgão com jurisdição, tem o poder inherente de determinar o alcance de sua própria jurisdição (compétence de la compétence / KompetenzKompetenz). (CtIDH, 1999a, tradução livre).

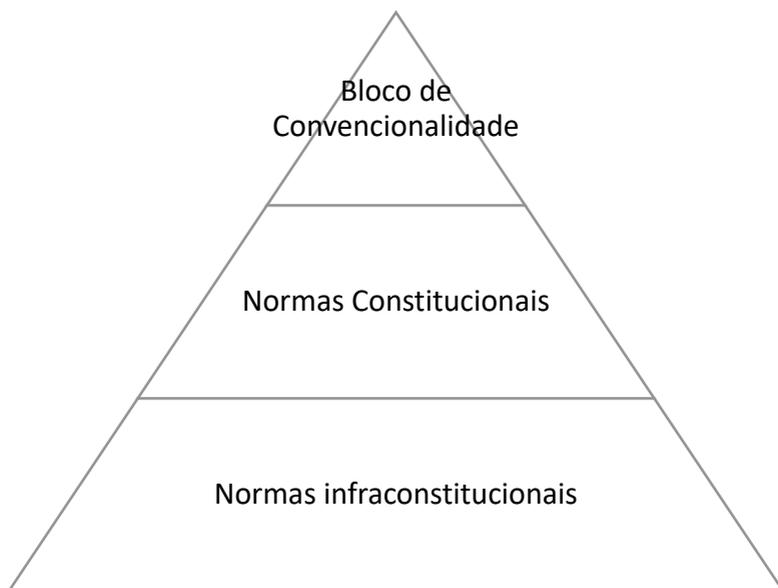
Entende-se como supraconstitucional a norma internacional que não pode ter seus efeitos limitados por qualquer disposição nacional, incluindo aquelas de status constitucional. Além da supraconstitucionalidade da Convenção Americana de Direitos Humanos quando analisada sob o aspecto internacional, a doutrina especializada utiliza como argumento para o controle convencional de normas de status constitucional o fato dos próprios Estados terem aceito a intervenção da CtIDH no momento do reconhecimento de sua competência.

En todo caso, se podría decir que la legitimidad para que la Corte IDH utilice esta herramienta tiene su origen en el momento en que los Estados reconocen la competencia contenciosa de la Corte IDH y aceptan también la facultad que tiene esta para definir su propia competencia. Así, la Corte IDH ha planteado expresamente que “los instrumentos de reconocimiento de la cláusula facultativa de la jurisdicción obligatoria (artículo 62.1 de la Convención) presuponen la admisión, por los Estados que la presentan, del derecho de la Corte a resolver cualquier controversia relativa a su jurisdicción. (ZUÑIGA, 2015, p. 45)²⁷

²⁷ Em todo caso, poderia-se dizer que a legitimidade para CtIDH usar essa ferramenta se origina no momento em que os Estados reconhecem sua jurisdição contenciosa e também aceitam o poder que tem para definir sua própria competência. Assim, a CtIDH afirmou expressamente que “os instrumentos para o reconhecimento da cláusula facultativa da jurisdição obrigatória (artigo 62.1 da Convenção) pressupõem a admissão, pelos Estados que o submetem, do direito da Corte de resolver qualquer controvérsia relativa à sua jurisdição. (ZUÑIGA, 2015, p. 45, tradução livre).

Assim, tendo em vista o bloco de Convencionalidade, estabelece-se uma nova pirâmide quanto ao status das normas, e conseqüentemente à ordem de controle normativa, que estão submetidos os Estados que reconhecem a jurisdição da CtIDH, como demonstrado na figura abaixo:

Figura 3 – Pirâmide normativa conforme o Controle de Convencionalidade



Fonte: Elaborado pelo autor

Desta forma, enxerga-se claramente a supremacia das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre os ordenamentos nacionais dos países que reconhecem sua jurisdição e o dever destes Estados de adaptarem suas normas aos diplomas participantes do SIDH, exercendo o Controle de Convencionalidade (BINDER, 2010).

2.5 O Controle de Convencionalidade e os questionamentos doutrinários

A doutrina do Controle de Convencionalidade Difuso encontra outras críticas e questionamentos que necessitam ser analisados e respondidos para que se fortaleça e seja mantida sua legitimidade.

Conforme anteriormente explicitado, o Controle de Convencionalidade se baseia em alguns artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos, assim como em artigos da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. A aplicação da modalidade difusa desta ferramenta é apontada pela doutrina como sendo uma interpretação que alarga as competências da própria CtIDH (BINDER, 2010). A doutrina vai mais além e aponta ainda que a Convenção Americana de Direitos Humanos não contém nenhuma regra que possa dar base a este tipo de revisão pelos magistrados nacionais.

Since the American Convention does itself not contain any rule requiring national

judges to carry out this type of review, the first concern raised by the doctrine is that it lacks an actual basis in law. The Inter-American Court has been deciding cases since the late 1980s. It is surprising, to say the least, that it took it more than two decades to “discover” that domestic judges have an obligation to disregard laws that conflict with the Convention. Nowhere in the text of the American Convention is there a provision that gives such power to the Inter-American Court. (...) (CONTESSE, 2016, p. 6)²⁸

Ainda que a CtIDH se apoie no Efeito Útil dos Tratados para defender a base legal do Controle de Convencionalidade, a doutrina aponta que este princípio não é capaz de determinar como os Estados devem agir para conformar seu ordenamento interno com as disposições da CADH, cabendo a cada Estado realizar esta tarefa segundo as especificidades de seu ordenamento (BINDER, 2010). Desta forma, não seria necessário que os Estados exerçam um Controle de Convencionalidade para cumprir com as determinações deste princípio.

²⁸ Uma vez que a Convenção Americana não contém nenhuma regra que exija que os juízes nacionais procedam a esse tipo de revisão, a primeira preocupação levantada pela doutrina é que essa não possui uma base efetiva na lei. A Corte Interamericana decidiu casos desde o final da década de 1980. É surpreendente, pelo menos, ter demorado mais de duas décadas para “descobrir” que os juízes domésticos têm a obrigação de ignorar esse conflito com a Convenção. Em nenhum lugar no texto da Convenção Americana existe uma disposição que dê tal poder à Corte Interamericana. (CONTESSE, 2016, p. 6, tradução livre).

Questiona-se também a fundamentação do Controle de Convencionalidade pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT). A CVDT foi firmada em 1969 e tem como escopo servir de regulamentação para os tratados firmados entre Estados (ONU, 1969).

Como se pode notar, a referida convenção tem como finalidade tratar da regulamentação de tratados firmados entre Estados, e não entre Estados e Organizações Internacionais (BINDER, 2010). Este é o primeiro problema que se enfrenta ao se pretender justificar o Controle Difuso de Convencionalidade com base nos artigos 26 e 27 da CVDT, ou seja, a obrigatoriedade de um Estado adequar suas normas internas às disposições da CADH com base na Convenção de Viena.

Desta forma, ainda que o *Pacta Sunt Servanda* e a Boa-fé na execução dos tratados sejam Princípios Gerais do Direito, não se poderia utilizar uma norma que não se relaciona ao objeto em questão, a CVDT, para produzir o efeito desejado. Não resta dúvida de que a CADH, bem como os tratados de forma geral, deve ser cumprida, apenas não se pode justificar tal cumprimento com as disposições da CVDT. Ademais, os artigos apontados implicam em responsabilidade estatal, mas não fazem com que a norma interna deixe de ser válida.

Neste mesmo sentido se posicionou Mark Villinger em seus comentários à Convenção sobre o Direito dos Tratados de 1969 ao afirmar que o artigo 27 da CVDT não se relaciona à aplicação do direito nacional de acordo com o Direito Internacional (VILLIGER, 2009). A violação do referido artigo por uma norma estatal não implicaria em sua ausência de internamente (BINDER, 2010).

No entanto, os artigos 26 e 27 da referida convenção seguem sendo citados como base para o Controle de Convencionalidade, apontando que os mesmos artigos poderiam servir como justificativa para o controle em outros ordenamentos jurídicos, como as normas provenientes da Organização Internacional do Trabalho (ZUÑIGA, 2013. FRANCO FILHO; MAZZUOLI, 2016. LEAL; ALVES, 2017).

Em relação aos artigos da CADH apontados como base do Controle de Convencionalidade, existem também questionamentos, principalmente quando se considera o Controle de Convencionalidade em sua modalidade difusa.

Mesmo ao se considerar a obrigação dos Estados em conformar suas normas internas às previsões da CADH, estabelecido no artigo 2 desse diploma, não se pode dizer que há aí uma base clara para o Controle de Convencionalidade quando a Corte Interamericana julga que as leis internas de um país carecem de efeitos legais, haja vista que o artigo determina uma obrigação que deve partir dos Estados, e não da própria CtIDH (CONTESSE, 2016). Este posicionamento foi assumido pela Corte em diferentes situações como nos casos “Barrios Altos” (CtIDH, 2001b), Almonacid Arellano (CtIDH, 2006c) e La Cantuta (CtIDH, 2006f).

Segundo Dulitzky (2015), a invalidação de uma norma é uma característica de uma corte constitucional exercendo o controle judicial das normas e não de uma corte internacional determinando a responsabilidade do Estado. Outro exemplo desta atuação típica de corte constitucional pela CtIDH é a alteração de competência para julgamento por ela determinada no caso Cabrera

García vs. México. Nesta oportunidade, a CtIDH determinou que o julgamento dos militares envolvidos no caso deveria ser realizado por uma corte civil, ainda da lei interna do país não concedesse jurisdição às cortes civis para julgar militares (CtIDH, 2010a).

Por outro lado, parte da doutrina que se debruça sobre o estudo do Controle de Convencionalidade afirma que o artigo 2, juntamente com o efeito útil dos tratados é suficiente para demonstrar a base legal desta ferramenta. Neste sentido se manifestou Manuel Quinche Ramírez:

Ahora bien, para el caso específico del control de convencionalidad, es también hermenéuticamente necesario plantear la existencia de un principio que permita entender como norma superior a la Convención Americana, y con ella, privilegiar la unificación de la interpretación que hace la Corte Interamericana por medio de sus sentencias. Este principio es derivado del contenido en el artículo 2 de la Convención (...)

De acuerdo con el juez Cançado y en una postura que se acoge aquí, “El artículo 2 de la Convención Americana, en virtud el cual los Estados Partes están obligados a armonizar su ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, abre efectivamente la posibilidad de un control de convencionalidad, con miras a determinar si los Estados Partes han efectivamente cumplido o no la obligación general del artículo 2 de la Convención Americana, así como la del artículo 1.1”,⁴¹ que establece la

obligación a los Estados Partes, de respetar los derechos contenidos en la Convención. (RAMÍREZ, 2009, p. 177-178)²⁹

A questão acerca do caráter *erga omnes* da interpretação realizada pela Corte em um caso também não encontra acolhida. A doutrina aponta os artigos 62 e 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos como responsável por esta atuação da Corte, mas a leitura dos citados artigos não permite a compreensão de tal competência (HITTERS, 2015). Em verdade, os referidos artigos apenas estipulam o reconhecimento pelos Estados da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua possibilidade de emitir pareceres acerca da interpretação da CADH e de outros tratados do SIDH. Não há no texto da CADH qualquer menção ao caráter *erga omnes* das decisões da CtIDH, o que acaba por aumentar a competência da Corte e submeter os países a

²⁹ Agora, para o caso específico do controle de convencionalidade, também é hermenêuticamente necessário afirmar a existência de um princípio que permita que a Convenção Americana seja entendida como uma norma superior e, com ela, privilegiar a unificação da interpretação que a Corte Interamericana faz através de suas sentenças. Este princípio é derivado do conteúdo do artigo 2º da Convenção (...)

De acordo com o juiz Cançado e em uma posição que é aceita aqui, "o artigo 2 da Convenção Americana, nos termos do qual os Estados Partes são obrigados a harmonizar seu sistema jurídico interno com os regulamentos de proteção da Convenção Americana, abre em efeito, a possibilidade de um controle da convencionalidade, com o objetivo de determinar se os Estados Partes têm efetivamente cumprido ou não a obrigação geral do Artigo 2 da Convenção Americana, bem como a do Artigo 1.1 ", que estabelece a obrigação para os Estados Partes de respeitar os direitos contidos na Convenção. (RAMÍREZ, 2009, p. 177-178, tradução livre).

obrigações com as quais não tiveram a intenção de se comprometer.

Outras questões que ainda são apontadas pela doutrina e que precisam ser trabalhadas acerca do Controle de Convencionalidade correspondem ao modo de efetivação deste controle em sua modalidade difusa. Desde o caso *Gelmán vs. Uruguai* a CtIDH considera-se que é função de toda autoridade estatal, e não apenas o judiciário exercer tal controle (CtIDH, 2011).

A questão é que a Corte se esquece, ao se posicionar sobre a necessidade das autoridades estatais realizarem o Controle Difuso de Convencionalidade, sobre as particularidades dos sistemas internos de um país, não apenas o judiciário, mas quem tem o poder de deixar de aplicar uma norma em razão do Controle. Apesar de determinar a realização do Controle pelas autoridades nacionais, a CtIDH não estabeleceu o modo como este mecanismo será exercido, mas somente que este deverá ser feito, e não há ainda um consenso entre os países que reconhecem a sua jurisdição sobre como este deve ser executado (RAMÍREZ, 2015).

Inicialmente, quando se determinou o dever de aplicação difusa do Controle de Convencionalidade a CtIDH não mencionou como esta deveria ser realizada, apenas que todos os juízes nacionais deveriam cumprir com esta obrigação. O posicionamento da CtIDH desconsiderou os limites de jurisdição dos juízes nacionais, ou seja, não levou em conta que dependendo do país em questão nem todos os juízes poderiam, por exemplo, deixar de aplicar uma lei com base no Controle de Convencionalidade. Posteriormente, a Corte tratou deste problema ao estabelecer no caso *Trabajadores*

Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú (CtIDH, 2006d) que os juízes nacionais deveriam exercer o Controle de Convencionalidade dentro de suas competências e seguindo as normas procedimentais aplicáveis.

Posteriormente, a CtIDH declarou no caso *Gelmán Vs. Uruguay* que a responsabilidade pela aplicação do Controle Difuso de Convencionalidade se estendia a todos os membros da administração governamental, e não somente ao judiciário, abrindo novamente uma lacuna quanto ao modo de aplicação interna do Controle de Convencionalidade.

A Corte Interamericana falhou em considerar os diferentes modelos de controle judicial, concentrado, difuso e misto, presentes nos países que reconhecem a sua jurisdição. Pode ser que diante do caso concreto a corte nacional não tenha competência para realizar o controle, mas, tendo em vista a determinação da CtIDH, o deva fazer, incorrendo dessa forma em violação das normas que estipulam a competência jurisdicional interna ou em violação ao Controle de Convencionalidade Difuso e, conseqüentemente, implicando na possibilidade de responsabilização internacional do Estado (CONTESSE, 2016).

No entanto, ainda que a forma de aplicação do Controle de Convencionalidade Difuso não tenha sido suficientemente explicitada pela Corte, o juiz Mac-Gregor manifestou os modos como se deveria dar esse Controle de Convencionalidade Difuso, conforme explicitado em seu voto no caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* (CtIDH, 2010a) republicado enquanto importante doutrina sobre o tema (MAC-GREGOR, 2011). Neste

texto, o autor mostra a evolução da doutrina do Controle de Convencionalidade e, mais do que isso, leva em consideração os diferentes aspectos presentes nos países latino-americanos acerca da competência dos juízes para realizarem controle sobre a lei estatal. Para isso, estabelece diferentes graus de intensidade de aplicação do Controle de Convencionalidade Difuso, sendo o de maior grau aquele em que todos os juízes podem deixar de aplicar uma norma por considerá-la inconvenção e de menor grau aquele em que somente as cortes superiores teriam tal competência, cabendo aos demais juízes realizar a interpretação conforme a CADH das leis nacionais.

Desta forma, todo sistema judiciário nacional de um país que reconhece a jurisdição da CtIDH teria condições de aplicar o Controle de Convencionalidade Difuso, seja por meio de todos os juízes ou apenas pelas cortes superiores, seguindo-se a legislação nacional quanto à competência dos membros deste Poder. De qualquer forma, o entendimento é que sempre haverá algum órgão jurisdicional interno capaz de aplicar o Controle Difuso de Convencionalidade (CONTESSÉ, 2016). Sobre este aspecto, Ságüés (2010b) se posiciona dizendo que caso o Estado não reconheça a competência de todos os juízes realizarem o controle das normas nacionais, podem ser adotados três caminhos: uma reforma legislativa que reconheça tal competência, possibilitando assim o exercício do Controle de Convencionalidade Difuso por todos eles; o reconhecimento jurisprudencial da competência de todos os juízes para exercerem o Controle de Convencionalidade Difuso, mesmo que não haja modificação legislativa; e a construção jurisprudencial de uma ferramenta para que o juiz, diante de uma norma possivelmente inconvenção, possa levar

o caso para ser analisado pelo órgão judicial constitucionalmente competente para realizar o controle das normas.

Outro problema apontado pela doutrina, e que realmente se verifica, é a possibilidade de o país não desejar alterar a lei considerada inconvenção e poder ser responsabilizado internacionalmente (CONTESSÉ, 2016). A possibilidade de punição na esfera internacional não retira a possibilidade de aplicação pelo país de uma lei inconvenção.

Uma lei considerada inconvenção continua sendo vigente internamente, haja vista que o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mesmo quando declara que uma norma carece de efeitos legais, não é suficiente para retirá-la do ordenamento jurídico, não há efeito direto da sentença da CtIDH neste sentido, a menos que a legislação nacional estabeleça o contrário. Assim, quando o país continua a dar aplicação à norma inconvenção, incorre em violação internacional e se sujeita à responsabilização, mas a aplicação daquela lei permanece sendo sua escolha.

A questão do exercício do Controle de Convencionalidade *ex officio* também levanta questionamentos acerca dos casos em que a matéria analisada não poderia ser objeto do Controle de Convencionalidade sem uma requisição formal da parte em juízo, o que, seguindo as determinações da Corte, poderia acarretar a responsabilização internacional do Estado.

Por fim, questiona-se a utilização de tratados que não fazem parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos pela CtIDH e a repercussão disso no dever de realizar o Controle de Convencionalidade Difuso (BINDER, 2010). Nesse sentido, cita-se o caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala (CtIDH, 1999b).

O referido caso trata de violação aos direitos das crianças, protegidos pelo artigo 19 da Convenção Americana de Direitos Humanos. A questão é que a CADH, apesar de determinar a proteção às crianças, não traz em seu texto o conceito que se aplicaria ao termo “criança”, até que idade o indivíduo se enquadraria como tal. Assim, para realizar a interpretação do termo, a CtIDH recorreu à definição de criança estabelecida na “Convenção sobre os Direitos das Crianças”, firmada pela Organização das Nações Unidas, que estabelece como criança aquele que ainda não completou 18 anos, a menos que a lei aplicável estabeleça o alcance da maioria em idade anterior. Assim, a verificação de violação foi realizada, em última instância, com base em tratado não integrante do SIDH.

Diante disso, tendo sido realizada a interpretação da CADH conforme um tratado fora do âmbito do SIDH, é necessário que a Corte determine a posição que deve ser tomada por um Estado na realização do Controle de Convencionalidade Difuso caso ele não seja parte do tratado que foi utilizado como norma de interpretação da CADH, o que ainda não foi feito (VOGELFANGER, 2016). Lixinski (2010) afirma que esta é uma forma da Corte realizar uma espécie de interpretação *pro homine*, deixando de aplicar o sentido tradicional da CADH ou outro tratado do SIDH e focando no sentido teleológico do

instrumento, isto é, a proteção do ser humano, ao aplicá-lo conforme um tratado não integrante do SIDH. Ainda assim, o questionamento apresentado não se esvazia, devendo ser posteriormente respondido pela Corte.

Apesar das críticas e dúvidas que permanecem a respeito do Controle de Convencionalidade, principalmente em sua forma difusa, há que se aplaudir o significativo impacto que esta doutrina tem tido nos países latino-americanos, não somente pela mudança direta no comportamento dos governos com relações a questões abordadas pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, como é o caso das audiências de custódia no Brasil, questão que será abordada posteriormente, mas também pelo seu poder de movimentar a discussão acerca da proteção dos Direitos Humanos na América Latina e sua relação intrínseca com o Estado de Direito (ALESSANDRI, 2016). Assim, mesmo que a mudança como se encara a mudança na América Latina seja lenta e gradual, o Controle de Convencionalidade é uma doutrina que auxilia a efetividade do próprio Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Diante do trabalho realizado pela CtIDH, resta claro que este é no mínimo uma interpretação bastante extensiva da CADH e de seus próprios poderes (QUIROGA, 2015), mas como afirma Binder (2010), o caso analisado se trata na verdade de *international judicial lawmaking*.

A questão do *judicial lawmaking* praticado pela CtIDH vai ainda além do Controle de Convencionalidade, ele se estende ao criar regras, como a proibição de leis de anistia, e utilizar direitos implícitos. Assim, não há apenas uma manifestação de *judicial lawmaking*, mas a

construção de regras uniformes para os países latino americanos através da interpretação da corte, originando um *ius commune* para a América Latina.

Pode se abordar que cortes não tem poder de criação do Direito Internacional, e este fato pode causar espanto, mas diante do caso analisado se pergunta: realmente não acontece uma construção do direito no âmbito do SIDH?

Assim, depreende-se que o Controle de Convencionalidade é uma interpretação extensiva das disposições da CADH, revelando-se na verdade como *lawmaking* (BINDER, 2010).

CAPÍTULO 3

JUDICIAL LAWMAKING

Primeiramente, destaca-se que a doutrina internacional se utiliza da expressão “*judicial lawmaking*” ao invés de um termo relativo a ativismo judicial devido ao papel exato que esta representa acerca da atuação desenvolvida pelas cortes internacionais (BINDER, 2010. BOGDANDY; VENZKE, 2011. HERNÁNDEZ, 2012). Ativismo judicial não é capaz de demonstrar em que contexto se dá a ação das cortes, enquanto *judicial lawmaking* especifica que a proatividade dos tribunais é em relação à criação de normas.

But what about the lawmaking dimension of international decisions that reaches beyond the individual case? Judicial decisions impact the legal order differently than new legal provisions that pass by the way of the sources of law. Decisions figure as arguments and influence the law through their impact in the legal discourse. The lawmaking effect of judicial decisions, in particular in their general and abstract

dimension that goes beyond the individual case, does not only depend on the voluntas, but also on its ratio. Legal scholarship, legal counsel, other courts and the same court at a later point in time must first be convinced of the quality of the decision. Whether a judicial interpretation turns out to make law depends on its reception by other actors involved. (BOGDANDY; VENZKE, 2011, p. 990-991)³⁰

A compreensão acerca do que vem a ser *judicial lawmaking* é diretamente ligada ao entendimento sobre as fontes do Direito Internacional. Aponta-se inicialmente que o Direito Internacional não reconhece, tradicionalmente, a jurisprudência dos tribunais internacionais como fonte criadora do direito. O elenco de fontes do Direito Internacional está expresso no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça e, ainda que se destine à aplicação pela CIJ, esse rol tem sido aceito como sendo de caráter geral (GINSBURG, 2005).

³⁰ Mas e quanto à dimensão legislativa das decisões internacionais que ultrapassam o caso individual? As decisões judiciais afetam a ordem jurídica de forma diferente das novas disposições legais que se formam pelo caminho das fontes de direito. As decisões figuram como argumentos e influenciam a lei através do seu impacto no discurso legal. O efeito legislativo das decisões judiciais, particularmente na sua dimensão geral e abstrata que vai além do caso individual, não depende apenas da voluntas, mas também da ratio. Estudos jurídicos, assessores jurídicos, outros tribunais e o mesmo tribunal em um momento posterior devem primeiro estar convencidos da qualidade da decisão. Uma interpretação judicial se revelar como norma depende da sua recepção por outros atores envolvidos. (BOGDANDY; VENZKE, 2011, p. 990-991, tradução livre).

Artigo 38

1. A Corte, cuja função seja decidir conforme o Direito Internacional as controvérsias que sejam submetidas, deverá aplicar;
2. as convenções internacionais, sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
3. o costume internacional como prova de uma prática geralmente aceita como direito;
4. os princípios gerais do direito reconhecidos pelas nações civilizadas;
5. as decisões judiciais e as doutrinas dos publicitários de maior competência das diversas nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito, sem prejuízo do disposto no Artigo 59.
6. A presente disposição não restringe a faculdade da Corte para decidir um litígio *ex aequo et bono*, se convier às partes. (ONU, 1945b)

Neste contexto, a jurisprudência exerce um papel secundário, não implica na criação de um novo direito ou de precedentes obrigatórios (*stare decisis*) no Direito Internacional (VOGELFANGER, 2016). Ainda que os tribunais mantenham certa consistência em seus julgamentos, não ocorre, pelo menos formalmente, a vinculação obrigatória em razão de precedentes (BROWNLIE, 1997). Segundo o rol de fontes do Estatuto

da CIJ, a jurisprudência e a doutrina não teriam papel de fontes autônomas do Direito Internacional, mas somente exercem papel auxiliar, permitindo que as cortes lancem mão deste artifício para aclarar a aplicação das fontes principais ao caso concreto.

La jurisprudencia tendría así solo una función 'especificadora [...] estos es, de establecer especies subordinadas a los géneros legales'. Ello significaría 'que la doctrina del precedente obligatorio, conocida en el common law anglosajón como stare decisis, no tiene vigencia en el derecho de gentes', por lo que 'la jurisprudencia no crea normas generales de aplicación obligatoria a otros casos, sino solo una norma individual que regula los derechos de las partes en el caso particular'. (BASCUÑAN, 2015, p. 173)³¹

Desta forma, as decisões judiciais apenas têm efeito vinculante para as partes presentes no processo em análise e em relação ao caso em comento, como dispõem os artigos 59 do Estatuto da CIJ e o artigo 68 da CADH.

³¹ A jurisprudência teria assim apenas uma "função especificadora [...], isto é, estabelecer espécies subordinadas a gêneros legais". Isso significaria que a doutrina do precedente obrigatório, conhecida no common law anglosaxão como stare decisis, não é válida no direito das gentes, de modo que a "jurisprudência não cria normas gerais de aplicação obrigatória a outros casos, mas apenas uma regra individual que regula os direitos das partes no caso particular". Isso é verdade, mesmo que a adesão da CIJ aos seus próprios precedentes seja considerável. (BASCUÑAN, 2015, p. 173, tradução livre).

Somente os acórdãos tem esta qualidade e ainda com uma oponibilidade restrita aos Estados partes no contencioso (cf. o artigo 59º do Estatuto do T.I.J.). Uma jurisdição, seja esta o Tribunal Internacional de Justiça, ‘diz o direito existente e não legisla sobre este ponto. Esta é a verdade mesmo que o Tribunal, dizendo e aplicando o direito, deva necessariamente precisar o alcance e, por vezes constatar a evolução’ (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 408).

No mesmo sentido se manifestou a Corte Internacional de Justiça na Opinião Consultiva “Licidade da ameaça ou do emprego de armas nucleares” ao afirmar que ela aplica a lei existente e não legisla (CIJ, 1996):

It is clear that the Court cannot legislate (...) Rather its task is to engage in its normal judicial function of ascertaining the existence or otherwise of legal principles and rules applicable to the threat or use of nuclear weapons. The contention that the giving of an answer to the question posed would require the Court to legislate is based on a supposition that the present corpus juris is devoid of relevant rules in this matter. The Court could not accede to this argument; it states the existing law and does not legislate. This is so even if, in stating and applying the law, the Court necessarily has

to specify its scope and sometimes note its general trend. (CIJ, 1996)³²

No entanto, como afirmam Bogdandy e Venzke (2011), atualmente não se pode mais considerar que o único papel das cortes internacionais é a resolução de disputas, seu comportamento vai além do caso concreto e é responsável pelo desenvolvimento de normas. Neste sentido, desenvolve-se a prática do *judicial lawmaking*, isto é, a criação de normas e a geração de enunciados de caráter geral formulados nos julgamentos proferidos pelas cortes internacionais, sendo que sua violação pode resultar em responsabilização.

A construção do Direito Internacional pelas cortes internacionais já havia sido apontada por Lauterpacht ao afirmar que há um processo imperceptível pelo qual uma decisão judicial deixa de ser uma aplicação do direito vigente e passa a ser uma fonte do direito (LAUTERPACHT, 1982). Afirmando também o valor de fonte do direito da jurisprudência, George Scelle dispõe que a jurisprudência:

³² É claro que a Corte não pode legislar (...) Em vez disso, sua tarefa é se envolver em sua função judicial normal de verificar a existência ou não de princípios legais e regras aplicáveis à ameaça ou ao uso de armas nucleares. A alegação de que a apresentação de uma resposta à questão colocada exigiria que a Corte legislasse baseia-se na suposição de que o corpus juris atual está desprovido de regras relevantes nesta matéria. A Corte não pode concordar com este argumento; ela declara a lei existente e não legisla. Ocorre dessa forma, mesmo se, ao declarar e aplicar a lei, a Corte tenha que especificar o seu alcance e, por vezes, observar sua tendência geral. (CIJ, 1996, tradução livre).

(...) es fuente autónoma del Derecho en tanto que interpreta, es decir, hace flexible y adapta la regla legislativa a las necesidades sociales evolucionadas [...] no se contenta, pues, siempre con decir el Derecho; lo completa y, en tanto que las soluciones jurisprudenciales se imponen con cierta permanencia, forma parte del órgano jurídico en vigor (SCELLE apud VOLGENFANGER, 2016, p. 257)³³

Malcom Shaw (2010) também apresenta uma posição mais progressista a respeito do valor das decisões judiciais, afirmando que as cortes, mesmo que não exista o sistema de *stare decisis* no Direito Internacional, se esforçam para manter a uniformidade de seus julgamentos e que os Estados tratam as decisões como dotadas de uma “autoridade jurisprudencial”. Assevera ainda o autor, que por muitas vezes a CIJ não se limita ao papel de interpretar a norma aplicável, mas tem um papel na construção do direito.

Porém, do mesmo modo que os juízes ingleses, por exemplo, criam a lei no processo de interpretá-la, assim também os juízes da Corte Internacional de Justiça às vezes não se limitam a “determinar” ou

³³ (...) é uma fonte autónoma de Direito na medida em que interpreta, isto é, torna a norma legislativa flexível e a adapta às novas necessidades sociais (...) não se contenta, então, sempre com dizer o direito; ela o complementa e, embora as soluções jurisprudenciais sejam impostas com alguma permanência, faz parte do corpo legal em vigor. (SCELLE apud VOLGENFANGER, 2016, p. 257, tradução livre).

“identificar” a lei aplicável. Um dos exemplos mais marcantes disso ocorreu no caso das Zonas da pesca anglo-norueguesas, em que a Corte declarou os critérios para o reconhecimento das linhas de base a partir das quais deveria ser medido o mar territorial, critérios posteriormente adotados pela Convenção de Genebra sobre o Mar Territorial e a Zona Contígua, de 1958.

Entre outros exemplos, podemos citar ainda o caso das Reparações, que reconheceu, sob determinadas condições, a personalidade jurídica das instituições internacionais; o caso Genocídio, que tratou das reservas a tratados; e o caso Nottebohm, que versou sobre o papel e as características da nacionalidade. (SHAW, 2010, p. 87)

Mesmo que não seja reconhecido um valor formal de fonte do direito à jurisprudência, substancialmente este papel tem sido desenvolvido. Neste sentido, afirmam Boyle e Chinking (2007) que a Corte Internacional de Justiça se utiliza por diversas vezes dos precedentes para resolver e justificar os casos apresentados perante ela e seu papel central no âmbito das Nações Unidas implica em influência direta na criação do Direito Internacional. A utilização destes precedentes cria nos Estados a expectativa de comportamento das cortes e modifica a forma como se comportam na esfera internacional.

Courts, at least those that publish their decisions and reasoning, are participants in

a general legal discourse with the very decision of the case, with the justification that carries the decision (*ratio decidendi*), and with everything said on the side (*obiter dictum*). For good reasons, actors tend to develop their normative expectations in accordance with past judgments. They will at least expect a court to rule consistently if a similar case arises. Actors in Latin America will expect the Inter-American Court of Human Rights to declare amnesties for generals who ordered torture null and void; a party requesting a provisional measure by the ICJ will expect the court to declare it as binding; and foreign investors, as well as host states, will expect any investment tribunal to consider arbitrary and discriminatory processes, or a lack of due process, as breach of fair and equitable treatment. Some domestic constitutional courts even require domestic institutions, in particular domestic courts, to heed the authority of international decisions as precedent. In addition, it seems that, as a matter of fact, many decisions not only aim at settling the case at hand, but also at influencing the general legal discourse by establishing abstract and categorical statements as authoritative reference points for later legal practice. (BOGDANDY; VENZKE, 2011, p. 987-988)³⁴

³⁴ Os tribunais, pelo menos aqueles que publicam suas decisões e fundamentações, participam de um discurso jurídico geral com a decisão do caso, com a justificativa que traz a decisão (*ratio decidendi*) e com tudo o que a acompanha (*obiter dictum*). Por boas razões, os atores tendem a desenvolver suas expectativas de acordo com os julgamentos passados. Eles, pelo menos, esperam que um tribunal se pronuncie consistentemente se ocorrer um caso semelhante. Atores na América Latina esperam que a Corte

A prática das cortes internacionais demonstra que a ação dos tribunais é extremamente criativa e tem apresentado consequências em relação à autonomia dos Estados, como se verá nos países da América Latina em relação às leis de anistia. Conforme será posteriormente explorado, a interpretação que a Corte Interamericana faz para se posicionar contrariamente às leis de anistia vai além do que se poderia interpretar normalmente das disposições da CADH. Baseado no próprio Controle de Convencionalidade a CtIDH determina a revogação destas leis, a investigação e punição dos responsáveis pelas violações de Direitos Humanos até então protegidas pelas leis de anistia.

Neste sentido, o *judicial lawmaking* pode ser verificado conforme o grau de criatividade de uma decisão em relação às fontes tradicionais do Direito Internacional

Interamericana de Direitos Humanos declare nulas as anistias concedidas para os generais que comandaram torturas; uma parte que solicita uma medida provisória pela CIJ espera que o tribunal a declare como vinculante; e os investidores estrangeiros, bem como os estados anfitriões, esperam que qualquer tribunal de investimento considere processos arbitrários e discriminatórios, ou falta de processo devido, como violação de um tratamento justo e equitativo. Alguns tribunais constitucionais nacionais exigem que as instituições nacionais, em particular os tribunais nacionais, atentem à autoridade das decisões internacionais como precedentes. Além disso, parece que, de fato, muitas decisões não apenas visam resolver o caso em questão, mas também influenciar o discurso jurídico geral, estabelecendo declarações abstratas e categóricas como pontos de referência autoritários para a prática legal posterior. (BOGDANDY; VENZKE, 2011, p. 987-988, tradução livre).

e a autoridade da decisão em relação a futuros casos a serem decididos por aquela corte.

Despite not following the doctrine of binding precedents (*stare decisis*), the ICJ looks and refers constantly to its previous decisions and opinions as a result of the common belief that these decisions and opinion are an expression of the “authoritative pronouncements upon the current state of international law”. Shahabuddeen gives various examples of the explicit reliance by the ICJ on its own previous decisions and on the decisions of its predecessor, the Permanent Court of International Justice. This reliance would result in different “degrees of crystallisation” of international rules, varying from a fixed jurisprudence to the recognition of principles applied by the Court in other cases. (RACHED, 2014, p. 89)³⁵

³⁵ Apesar de não seguir a doutrina dos precedentes vinculantes (*stare decisis*), a CIJ observa e se refere constantemente às suas decisões e opiniões anteriores como resultado da crença comum de que essas decisões e opiniões são uma expressão dos “pronunciamentos de autoridade sobre o estado atual de direito internacional”. Shahabuddeen dá vários exemplos da dependência explícita da ICJ em suas próprias decisões anteriores e nas decisões de seu antecessor, a Corte Permanente de Justiça Internacional. Esta dependência resultaria em diferentes “graus de cristalização” das regras internacionais, variando de uma jurisprudência fixa ao reconhecimento de princípios aplicados pela Corte em outros casos. (RACHED, 2014, p. 89, tradução livre).

Mesmo Kelsen já previa a impossibilidade de se separar o trabalho de interpretação e criação do direito pelas cortes internacionais. As cortes internacionais, ao aplicarem o direito, não teriam um papel meramente declaratório, mas efetivamente constitutivo, de criação do direito (BOGDANDY; VENZKE, 2011).

A questão é que a interpretação de normas pelas cortes internacionais implica, por muitas vezes, na comatação de lacunas. Exemplificando o papel jurisdicional de suprir as lacunas do Direito Internacional, Venzke (2013) exemplifica com a condição de civil e combatente instituída pelas Convenções de Genebra de 1949. Segundo o autor, apesar das Convenções fazerem menção aos termos “civil” e “combatente”, seu significado precisa ser encontrado através do exercício de interpretação das cortes internacionais. Essa interpretação é verdadeiro trabalho de construção de um conceito ao ponto que a Corte se vale não apenas da prática dos Estados, que são partes do tratado, mas também das opiniões de consultores, órgãos internacionais e organizações não governamentais e da jurisprudência nacional e internacional. Diante das evidências de atuação das cortes internacionais na construção do direito, Hernández (2012) considera que a atividade de construção do direito é um elemento intrínseco da conformação do direito ao caso em comento (adjudicação).

A modificação no papel exercido pelas Cortes internacionais pode ser em parte compreendida pela alteração nas condições do Direito Internacional. Desde a adoção do artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, houve a proliferação de cortes internacionais, com o surgimento de três cortes regionais de Direitos

Humanos, cortes penais internacionais (*ad hocs* e o Tribunal Penal Internacional) entre outras tantas que se situam nas organizações internacionais.

A proliferação destes tribunais, bem como o crescimento dos casos que são levados perante as cortes internacionais, alterou também a forma como estes se relacionam com o Direito Internacional. A questão é que, diante da necessidade do caso concreto, as cortes acabam por criar um novo direito, uma forma de legislar para atender às necessidades do caso em voga, isto é, as cortes modificam o direito para trazer uma solução ao caso em análise.

Outro ponto importante a se destacar a respeito da construção do direito pelas cortes internacionais é que este ocorre sempre de forma reativa. A produção jurisprudencial depende da apresentação de um caso concreto perante o tribunal e é somente quando as decisões são vistas como precedentes que são utilizadas para resolver disputas futuras (VENZKE, 2013). Assim, como afirma Buergenthal (2009), a construção do direito pelas cortes não é igual àquele formado por um processo legislativo comum, mas sim um acréscimo normativo. As cortes partem de uma norma posta, e acrescentam conteúdo à estas normas, expandindo o corpus do Direito Internacional, e conseqüentemente suas competências.

Destaca-se ainda que a forma como as cortes constroem o direito, por meio de diversas decisões que vão se repetindo e refinando um conceito que se forma em torno de um princípio geral permite que o direito construído seja mais elaborado que o advindo de um processo legislativo comum, justamente pelo período de

reflexão garantido em sua construção (HERNÁNDEZ, 2012).

A ação da Corte Internacional de Justiça e de outros tribunais internacionais não implica na construção formal de um direito, vez que não foi abraçada pelo Direito Internacional a doutrina do *stare decisis* e que o papel desempenhado por sua jurisprudência é em razão da sua posição de destaque e o prestígio que suas sentenças alcançaram. Diz-se construção formal no sentido de modificação de um tratado, mas há a construção material de uma norma, haja vista que há uma nova regra a ser seguida pelos sujeitos de Direito Internacional que acaba se cristalizando. É neste ponto, inclusive, que a doutrina estabelecida pelo ex juiz da Corte Internacional de Justiça se distancia do que a prática da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem demonstrado, vez que haveria a formação de precedentes obrigatórios, conforme será posteriormente explicitado.

Como afirma Buergenthal (2009), quando se trata de determinar qual a regra de direito internacional relevante ao caso, uma decisão da CIJ será, geralmente, entendida como a manifestação de maior autoridade no assunto e aceita como norma.

Note, for example, how closely the International Law Commission followed the jurisprudence of the Court in drafting its Articles on State Responsibility and how frequently this jurisprudence is invoked as law in diplomatic correspondence and in decisions of international arbitral tribunals, probably more so than the traditional

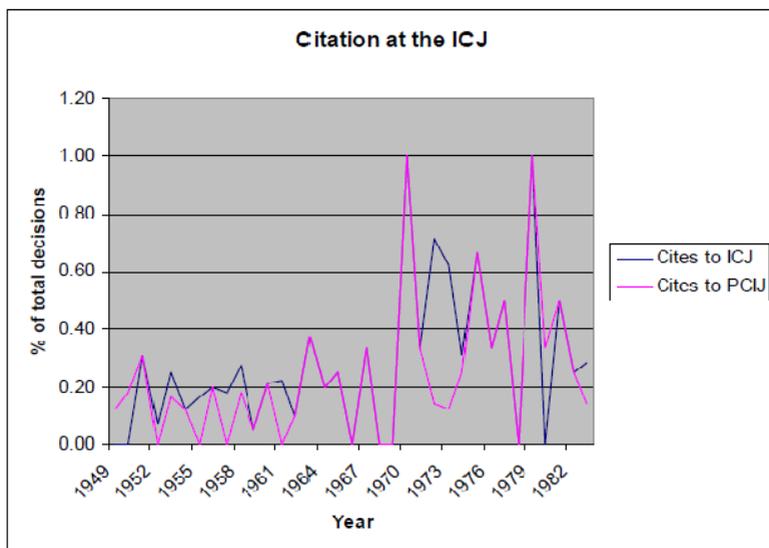
sources of international law—particularly custom and general principles—that have not been authenticated or validated by an ICJ judgment. (BUERGENTHAL, 2009, p. 404)³⁶

Assim, as decisões das cortes internacionais adquirem tal força, não somente como fonte que evidencia o direito, mas que se tornam em si mesmas um direito aplicável.

Evidência de como a jurisprudência da CIJ, apesar de não haver tradicionalmente o reconhecimento do *stare decisis* no Direito Internacional, alcançou um valor muito maior que somente um recurso de uniformização de seus julgados é a intensidade com que a própria CIJ se refere à sua jurisprudência. Neste sentido, Ginsburg (2005) afirma que a CIJ realizou citação aos seus casos prévios em 26% dos processos estabelecidos entre 1948 e 2002 e citou as decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional em 22%.

³⁶ Note, por exemplo, quão atentamente a Comissão de Direito Internacional seguiu a jurisprudência da Corte na elaboração de seus artigos sobre a responsabilidade do Estado e com que frequência essa jurisprudência é invocada como lei nas correspondências diplomáticas e em decisões de tribunais arbitrais internacionais, provavelmente mais do que as fontes tradicionais de direito internacional - particularmente costumes e princípios gerais de direito - que não foram autenticados ou validados por um julgamento da CIJ. (BUERGENTHAL, 2009, p. 404, tradução livre).

Figura 4 – Autocitação na Corte Internacional de Justiça



Fonte: GINSBURG, 2005, p. 07.

Sobre esta questão, a CIJ se manifestou no caso Croácia vs. Sérvia (CIJ, 2008) afirmando que ainda que não haja o sistema de precedentes obrigatórios, a Corte só se afasta de sua jurisprudência caso haja fortes motivos para fazê-lo.

A ausência de um legislador mundial faz com que a Corte Internacional de Justiça seja um dos veículos mais eficientes na adaptação do Direito Internacional às alterações das relações internacionais, assim, ainda que a CIJ não tenha um poder legislativo formal, possui um poder de fato para a criação de normas (PELLET, 2012).

Este poder de fato é ilustrado pela decisão da CIJ no caso da Plataforma Continental do Mar do Norte em relação à delimitação dos espaços marítimos em 1969, que teve grande impacto mesmo nos países que não eram parte da referida demanda e serviu como regra internacional por aproximadamente 40 anos, até que a mesma Corte se manifestasse em sentido contrário.

The law of the delimitation of maritime spaces is a fascinating example of the use by the Court of this de facto legislative power. For the first time, the Court has set aside the principle of equidistance (combined with special circumstances), which was the obvious candidate as the leading principle in this matter and was at the origin of the adoption of the very vague guideline according to which 'the international law of continental shelf delimitation does not involve any imperative rule and permits resort to various principles or methods, as maybe appropriate, or a combination of them, provided that, by the application of equitable principles, a reasonable result is arrived at', a solution which was endorsed in Arts. 74 and 83 of the United Nations Convention on the Law of the Sea. However, this 'rule' proved unreasonably uncertain and, progressively, the Court defined a method which now makes maritime delimitation more predictable. The solution adopted in 1969 was thus abandoned and the law of maritime delimitation was unified and specified, by 'successive strokes, without [the Court explicitly] recognizing its original mistake'.

At the end of 40 years of evolution, the method of delimitation of the continental shelf and the EEZ is now firmly settled. It has been clearly and authoritatively stated by the ICJ in the unanimous judgment it gave in 2009:

When called upon to delimit the continental shelf or exclusive economic zones, or to draw a single delimitation line, the Court proceeds in defined stages. (PELLET, 2012, p. 865)³⁷

³⁷ A norma de delimitação dos espaços marítimos é um exemplo fascinante do uso pela Corte deste poder legislativo de fato. Pela primeira vez, a Corte anulou o princípio da equidistância (combinado com circunstâncias especiais), que era o candidato óbvio como o principal princípio nesta matéria e estava na origem da adoção da diretriz muito vaga segundo a qual " O direito internacional da delimitação da plataforma continental não envolve nenhuma regra imperativa e permite recorrer a vários princípios ou métodos, conforme apropriado, ou uma combinação deles, desde que, pela aplicação de princípios equitativos, um resultado razoável seja alcançado, uma solução aprovada nos arts. 74 e 83 da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. No entanto, esta "regra" provou ser incrivelmente incerta e, progressivamente, a Corte definiu um método que agora torna a delimitação marítima mais previsível. A solução adotada em 1969 foi assim abandonada e a lei da delimitação marítima foi unificada e especificada, por "traços sucessivos", sem que [a Corte explicitamente] reconhecesse seu erro original ".

Ao fim de 40 anos de evolução, o método de delimitação da plataforma continental e da ZEE está agora firmemente resolvido. Foi declarado de forma clara e autorizada pela CIJ no julgamento unânime que deu em 2009:

Quando for chamado a delimitar a plataforma continental ou a zonas econômicas exclusivas, ou a traçar uma única linha de delimitação, a Corte age em etapas definidas. (PELLET, 2012, p. 865, tradução livre).

Nesta mesma esteira, Rached sintetiza a relação da Corte Internacional de Justiça e a formação do Direito Internacional, revelando o papel que os tribunais têm exercido enquanto verdadeiros criadores da ordem jurídica internacional, sendo esse um fato inevitável diante das necessidades apresentadas às cortes internacionais:

1) Are ICJ's decisions creative? Yes, in a specific sense: they are not and cannot be fully contained in previous sources of international law. 2) Should they be creative? Yes, to the extent that denying this fact will not avoid or forbid them developing the law, but will only conceal an inevitable fact. Thus, acknowledging it should be the starting point of critical evaluation. 3) Are ICJ's precedents "sources of international law"? Yes, to the extent that they influence future decisions and cannot be disregarded if one wants to know what the law is. The dichotomy of "binding" and "not binding" does not clearly describe the dynamics of precedents, which constrain in a singularly argumentative way and can be classified through a more flexible adjective: they are persuasive. 4) Should they be "sources of international law"? Yes, in accordance to all premises developed in this article and also to the concrete cases analyzed, it is impossible to know a great part of international law without looking carefully at judicial decisions and their reasoning. To take precedents into account in legal

reasoning is a legitimate pursuit of formal justice. (RACHED 2014, p. 98)³⁸

Ademais, com o desenvolvimento do Direito Internacional, as cortes tem citado não somente seus próprios casos, mas também casos de outras cortes internacionais, como a Corte Europeia de Direitos Humanos citando a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos *Baka vs. Hungria* (CtEDH, 2016) e *Al-Dulimi e Montana vs. Suíça* (CtEDH, 2016), assim como as cortes domésticas também tem citado as cortes internacionais quando necessitam se manifestar sobre o Direito Internacional, demonstrando a força alcançada pelos precedentes.

³⁸ 1) As decisões da CIJ são criativas? Sim, em um sentido específico: elas não são e não podem ser completamente contidos em fontes anteriores de direito internacional. 2) Deveriam ser criativas? Sim, na medida em que negar esse fato não irá evitar ou proibí-los de desenvolver a lei, mas apenas esconderá um fato inevitável. Assim, reconhecer isso deve ser o ponto de partida da avaliação crítica. 3) Os precedentes da CIJ são "fontes de direito internacional"? Sim, na medida em que influenciam as decisões futuras e não podem ser desconsideradas se alguém quiser saber qual é a lei. A dicotomia entre "vinculante" e "não vinculante" não descreve claramente a dinâmica dos precedentes, que restringe de forma singularmente argumentativa e pode ser classificada através de um adjetivo mais flexível: são persuasivos. 4) Deveriam ser "fontes de direito internacional"? Sim, de acordo com todos os desenvolvidos neste artigo e também com os casos concretos analisados, é impossível conhecer uma grande parte do direito internacional sem examinar cuidadosamente as decisões judiciais e seus raciocínios. Levar em consideração os precedentes no raciocínio jurídico é uma busca legítima da justiça formal. (RACHED 2014, p. 98, tradução livre).

Por fim, ainda que o precedente não tenha um valor obrigatório, isso não significa que este não tenha valor, não sendo esta a intenção do artigo 59 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, mas apenas a de conectar a obrigatoriedade do dispositivo de uma decisão às partes que participaram do caso em questão. Assim, a obrigatoriedade estipulada pelo artigo 59 não esvazia o efeito que as decisões possam ter como precedente internacional, pois a influência dos casos tratados pela Corte vai além do seu efeito obrigatório (SHAHABUDDEEN, 2007).

3.1 International Judicial Lawmaking e o Controle de Convencionalidade

Em relação à CtIDH, a produção do Direito está intimamente ligada ao Controle de Convencionalidade, podendo se dizer que esta própria doutrina é uma manifestação de *judicial lawmaking*. Outra evidência desta atuação da Corte Interamericana é seu posicionamento acerca da vinculação que uma sentença tem sobre os países que não participam do caso em questão. A CtIDH se reconhece como última intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos e sendo assim, os países que reconhecem sua jurisdição devem acatar os julgados mesmo que não tenham sido parte do caso, haja vista que estes constituem a correta interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Para estabelecer a conexão entre o Controle de Convencionalidade e o *judicial lawmaking* é necessário ter em mente que a Corte Interamericana de Direitos Humanos se distancia da visão clássica da jurisprudência enquanto apenas norma auxiliar do Direito Internacional ao construir a doutrina do Controle de Convencionalidade que considera que os Estados devem adequar suas normas internas ao bloco de convencionalidade, incluindo este não somente a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados firmados no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, mas também as decisões da Corte, tanto em procedimentos contenciosos quanto em opiniões consultivas. Em verdade, a posição da CtIDH se assemelha à criação do *stare decisis* no âmbito latino americano, pois, embora a própria Corte não esteja vinculada em um novo julgamento pelas suas decisões passadas, os Estados se veem vinculados ao cumprimento de precedentes jurisprudenciais de casos em que eles não foram partes (TINOCO, 2009). Neste mesmo sentido se manifestou Nestór Pedro Ságües:

En conclusión, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, merced a la doctrina del control de convencionalidad, ha afirmado como obligatoria una tesis semejante, de algún modo, al *stare decisis*, o valor del precedente estadounidense de su Corte Suprema de Justicia, doctrina creada en aquel país también sin un texto constitucional expreso que la ha ya sostenido. O si se prefiere, asume los roles de una corte de casación supranacional en derechos humanos, en aras de uniformar la interpretación de los derechos de esa índole

emergentes del Pacto de San José de Costa Rica. Y ello importa, inexorablemente, una sensible reducción de las facultades de los jueces nacionales en materia de control de constitucionalidad y de interpretación de los derechos personales. De aquí en más ya no son libres de descifrar esos derechos a su independiente leal saber y entender, si no que de ben comprenderlos con el significado que hasta ahora les ha dado, y les dará en el futuro, la Corte Interamericana. Asimismo, tendrán que "leer" los derechos constitucionales locales en consonancia con esas directrices, como puntualizamos, infra, en el parágrafo X. (SÁGÜES, 2010a, p. 459)³⁹

Assim, a atuação da CtIDH acaba por, em verdade, transformá-la em um órgão quase legislativo, que elabora

³⁹ Em conclusão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, graças à doutrina do controle de convencionalidade, afirmou como obrigatória uma tese semelhante, de alguma forma, ao *stare decisis*, ou ao valor do precedente americano da Suprema Corte de Justiça, doutrina criada em esse país também sem um texto constitucional expresso que a sustente. Ou, se assim preferir, assume os papéis de um tribunal de cassação supranacional em direitos humanos, a fim de padronizar a interpretação dos direitos dessa natureza emergentes do Pacto de San José de Costa Rica. E importa, inexoravelmente, uma redução sensível dos poderes dos juízes nacionais em matéria de controle da constitucionalidade e interpretação dos direitos pessoais. De agora em diante, eles não são mais livres para decifrar esses direitos ao seu conhecimento e entendimento independentes, mas sim para compreendê-los com o significado que até agora os deu, e lhes dará no futuro, a Corte Interamericana. Da mesma forma, eles terão que "ler" os direitos constitucionais locais de acordo com essas diretrizes, como salientamos, infra, no parágrafo X. (SÁGÜES, 2010a, p. 459, tradução livre).

normas e reconhece direitos cuja previsão na CADH é questionada (MAINO, 2016).

Segundo parte da doutrina, o desenvolvimento da doutrina do Controle de Convencionalidade pela CtIDH é uma interpretação mutativa por adição realizada em relação à CADH, onde a Corte amplia o conteúdo do tratado, sem, no entanto, modificar seu texto (SÁGÜES, 2010b). Este pensamento se coaduna com a ideia de interpretação evolutiva dos tratados apresentada pela Corte, mesmo que implicitamente, e com o “descobrimento” da obrigação de se aplicar o Controle de Convencionalidade após tanto tempo de vigência do tratado em que ele se baseia, vez que a CADH entrou em vigor em 1978 e o dever de realizar o Controle apenas foi determinado pela CtIDH em 2006 (MAINO, 2016).

Como afirma Torelly, a ausência de previsão legislativa acerca do Controle a ser realizado é contornada pela doutrina e jurisprudência através de sua apresentação não como uma nova obrigação a que se submetem os Estados, mas sim como “uma figura que vem a esclarecer uma obrigação já existente dotando-a de conteúdo e especificidade” (TORELLY, 2016, p. 240)

(...) argumenta-se que assim como a teoria da margem de apreciação desenvolveu-se na jurisprudência e doutrina para dar resposta a problemas concretos, sem jamais restar positivada, o mesmo ocorreu com o surgimento do controle de convencionalidade na Corte Interamericana, considerando o distinto contexto em que está inserida. (TORELLY, 2016, p. 240)

Esta jurisdicción, como es evidente, constituiría no solo fuente de derecho internacional, sino que tendría un carácter imperativo para todos los poderes de los Estados partes en la Convención Americana, rompiendo con la forma de entender el alcance restringido y auxiliar de las decisiones internacionales que examinamos en un principio. Esto no solo constituye una novedad en sí misma para el derecho internacional y para los ordenamientos jurídicos interamericanos, sino que podría comportar una restricción importante a los poderes locales en razón del amplio alcance que la Corte le ha dado a las cláusulas de la Convención Americana, que incidiría directamente en una reducción de la soberanía estatal. (BASCUNÁN, 2015, p. 178)⁴⁰

No entanto, como se nota com o texto da CADH e a própria atuação da CtIDH, este tribunal não possuía originalmente o papel de revisão constitucional internacional, exercido quando estabelece que uma norma carece de efeitos por violar a CADH ou os demais tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos,

⁴⁰ Esta jurisdição, como é evidente, constituirá não só uma fonte de direito internacional, mas teria um caráter imperativo para todos os poderes dos Estados partes na Convenção Americana, rompendo com o modo de entender o escopo restrito e auxiliar as decisões internacionais que examinamos no início. Isso não só constitui uma novidade em si mesmo para o direito internacional e para os ordenamentos jurídicos interamericanos, mas também pode levar a uma restrição importante aos poderes locais, devido ao vasto alcance que a Corte deu às cláusulas da Convenção Americana, que implicaria diretamente na redução da soberania do Estado. (BASCUNÁN, 2015, p. 178, tradução livre).

mas como aponta Karen Alter (2012), e como pode ser compreendido através de sua jurisprudência, surgiu como uma mutação de seu papel de aplicação do Direito Internacional. Não há assim que se questionar a existência do papel da Corte como um tribunal constitucional, apesar da ausência de definição legal clara para tal, esta é uma realidade que se apresenta no contexto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

As organizações internacionais acabam por desenvolver um poder de fato que por vezes expande sua competência estabelecida em seu tratado criador. No caso da CtIDH, essa expansão de competência é facilmente identificada, ao ponto que a Corte criou não apenas direitos, mas também uma forma de aplicação destes.

Parte dessa nova competência da CtIDH se traduz na autoridade extensiva, caracterizada por expandi-la para além das partes legalmente vinculadas ao cumprimento de suas decisões, atingindo uma audiência maior (ALTER; HELFNER; MADSEN, 2016), isto é, as decisões da CtIDH acabam por atingir não somente as partes do processo, mas todos os países que reconhecem sua jurisdição, e todos os membros do poder públicos são responsáveis por dar a correta aplicação à estas decisões. A autoridade extensiva destas organizações acaba por formar, modificar o direito existente, o que é justamente o ocorrido quando se aplica o Controle de Convencionalidade.

Outra forma de autoridade desenvolvida pela Corte Interamericana por meio do Controle de Convencionalidade é a autoridade intermediária (ALTER; HELFNER; MADSEN, 2016). Esta consiste na influência

exercida pela organização internacional quando da emissão de uma decisão a um ator específico a outros atores que se encontrem na mesma situação. Em nosso contexto, quando a Corte emite uma decisão, ela passa a ser vinculante não somente para o Estado cujo caso está sendo analisado, mas para todo o conjunto de Estados que reconhecem a sua jurisdição. É o que acontece, por exemplo, quando uma corte nacional, valendo-se da jurisprudência da CtIDH relativa a um caso em que não participou, modifica o posicionamento nacional em relação à determinada questão.

Outra evidência do *lawmaking* pela CtIDH é o dever dos Estados aplicarem diretamente a CADH. Conforme afirma Daniel Castán, a Convenção Americana de Direitos Humanos não dispõe em seu artigo 2º, como é defendido pela CtIDH, sobre o dever dos Estados de dar aplicação direta à CADH. A aplicação direta de um tratado é matéria a ser definida internamente pelos Estados, sendo independente tanto da Convenção quanto de normas gerais de Direito Internacional (TORRIJO, 2008). Assim, a obrigatoriedade de se aplicar o Controle de Convencionalidade Difuso é uma construção da Corte, uma mutação do seu texto que deixa claro seu caráter enquanto construção do direito e não apenas interpretação.

The theory of diffuse conventionality control constitutes creation of law by the IACtHR, as this theory does not derive from the Convention. (...) An interpretation of Article 2 according to its object and purpose and to the principle of effectiveness can support an obligation to recognise direct applicability to

the Convention, but the obligation to conduct the diffuse conventionality control with all its consequences reveals a new understanding of the legal status of the ACHR which does not derive from such an interpretation: it is, again, creation of law by the IACtHR. (CASTÁN, 2011, p. 71)⁴¹

Apesar de dependerem de manifestação do Estado para que seja feita a aplicação direta das disposições da CADH e da CtIDH, permitindo assim o Controle de Convencionalidade, Bascuñán (2015) afirma que uma cláusula de incorporação de seu direito seria suficiente para justificá-la, caso em que se enquadraria o artigo 5º, §2º da Constituição Federal Brasileira. Assim, a incorporação da CADH pelos Estados, embora não constitua uma autorização expressa à sua habilitação supranacional, permite à CtIDH que exerça a interpretação ampla deste tratado, conforme a margem instituída em seu artigo 29. Apesar disso, é desejável, uma consagração explícita pelas convenções acerca da força cogente das manifestações da CtIDH para que não fique sujeita às interpretações locais.

Bogdandy afirma que as normas e decisões internacionais a que se atribui efeito direto são muito

⁴¹ A teoria do controle de convencionalidade difuso constitui a criação de lei pela CtIDH, já que essa teoria não deriva da Convenção. (...) Uma interpretação do artigo 2º de acordo com seu objeto e propósito e com o princípio da eficácia pode apoiar a obrigação de reconhecer a aplicabilidade direta à Convenção, mas a obrigação de conduzir o controle de convencionalidade difuso com todas as suas consequências revela uma nova compreensão do status legal da CADH que não resulta de tal interpretação: é, novamente, a criação da lei pela CtIDH. (CASTÁN, 2011, p. 71, tradução livre).

escassas, mas entre estas se encontram a jurisprudência da CtIDH que, com o êxito de suas manifestações, passará de uma instituição internacional para supranacional (BOGDANDY apud BASCUÑÁN, 2015).

Através de sua atuação determinando que as interpretações da CADH por ela feitas através de sentenças e opiniões consultivas tem valor *erga omnes*, a CtIDH institui um *case-law* latino americano a ser seguido pelos Estados, em uma atividade quase legislativa que elabora novas normas e reconhece direitos que não estão previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos. Em verdade, mesmo o valor *erga omnes* das decisões da Corte é uma manifestação de seu *judicial lawmaking*, que, como afirma Benavides-Casal (2015) evidencia uma alteração dos efeitos da sentença previstos na CADH sem atender ao processo formal de modificação previsto em seus artigos 76 e 77.

Desta forma, compreende-se que, contrariamente ao papel normalmente exercido pelas cortes internacionais, pode-se afirmar que a CtIDH exerce um papel de construtora do Direito Internacional ao afirmar que suas disposições constituem mandamentos que devem ser seguidos pelos Estados que reconhecem sua jurisdição mesmo que não haja participação destes no caso julgado. Para além disso, pode-se dizer que a Corte tem trazido para si este mesmo papel quando se posiciona sobre certos assuntos, como as leis de anistia, criando direitos materiais, e não somente procedimentais (MALARINO, 2010).

Esta atuação da CtIDH é baseada no artigo 29 da CADH, que impede que a sua interpretação seja óbice a outros direitos não expressos neste diploma, e na ideia de

que este tratado é um instrumento vivo, a CtIDH amplia sua competência *ratione materiae*, tratando de direitos que não são expressos na convenção, como o direito à verdade e o direito comunal à propriedade indígena reconhecida no caso Comunidad Mayana (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua (FALCÓN, 2015).

Esta ampliação de direitos, no entanto, não segue o procedimento estabelecido nos artigos 76 e 77 da CADH, equivalendo a uma forma de emenda de fato realizada pela própria Corte, haja vista que mesmo que não exista a modificação do texto da Convenção, sua aplicação se modifica e se torna obrigatória conforme o Controle de Convencionalidade.

Desta mesma forma entendeu Malarino (2010) ao afirmar que a Corte Interamericana foi reescrevendo a Convenção Americana de Direitos Humanos tanto em aspectos relacionados com os direitos da pessoa humana como em assunto relativos à competência e a função do tribunal: criou novos direitos, modificou direitos existentes, ampliou sua competência em relação a fatos ocorridos anteriormente à entrada em vigor da CADH em relação ao país em análise, estendeu a eficácia de suas decisões em casos contenciosos para Estados que não haviam intervindo no caso concreto, intensificou o valor de sua jurisprudência e ampliou o campo de determinações que pode fazer aos Estados em matéria de reparação de violações.

Estes direitos reconhecidos pela CtIDH desta forma são chamados direitos implícitos, pois por mais que se aponte nas decisões da corte os artigos que dão base ao direito protegido, não há como se afirmar a proteção expressa destes pela convenção. Em verdade, a Corte se

utiliza de uma interpretação teleológica final, focando em seu objetivo, a proteção dos Direitos Humanos, e para isso aplicando o entendimento que seja mais abrangente, conforme os princípios do efeito útil dos tratados e *pro homine*.

Entre os novos direitos consagrados pela CtIDH, cite-se a proibição às leis de anistia à graves violações de Direitos Humanos, a imprescritibilidade de violações de Direitos Humanos, a restrição do *ne bis in idem* em caso de se descobrir novas provas após a sentença. Em relação às leis de anistia, a CtIDH aponta que essas seriam violadoras dos artigos 1.1, 2, 8 e 25 da CADH, apesar da interpretação literal destes artigos não permite tal entendimento. Como afirma Malarino:

Por ejemplo, la regla que prohíbe amnistiar graves violaciones de los derechos humanos (caso Barrios Altos contra Perú, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 41-44) o bien crímenes internacionales (caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 105-129 y 151); la regla que prohíbe la prescripción de violaciones de los derechos humanos (caso Bulacio contra Argentina, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18 de septiembre de 2003, § 116-117), de graves violaciones de los derechos humanos (entre otros, caso Barrios Altos contra Perú, sentencia de fondo, 14 de marzo de 2001, § 41); de muy graves violaciones de los derechos humanos (caso Albán Cornejo y otros contra Ecuador, sentencia de fondo,

reparaciones y costas, 22 de noviembre de 2007, § 111) o de crímenes internacionales (caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151-153); la regla que restringe la aplicación del *ne bis in ídem* en caso de descubrir nuevas pruebas luego de la sentencia definitiva (caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 154); la regla que limita la aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal en ciertos casos (caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 151 y caso La Cantuta contra Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 226); la regla que limita el principio del plazo razonable de duración del proceso (caso La Cantuta contra Perú, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 29 de noviembre de 2006, § 149); la regla que establece el derecho de los familiares de las víctimas a la verdad (entre muchos otros, casos Velásquez Rodríguez contra Guatemala, sentencia de fondo, 29 de julio de 1988, § 181, y Godínez Cruz contra Guatemala, sentencia de fondo, 20 de enero de 1989, § 191); la regla que establece el derecho de los familiares de las víctimas a que el derecho a la verdad sea logrado a través de procesos judiciales (caso Almonacid Arellano contra Chile, sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 26 de septiembre de 2006, § 150); la regla que prevé el derecho del detenido extranjero a obtener

información sobre la asistencia consular (opinión consultiva OC 16/99, de 1 de octubre de 1999, sobre El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, § 137); la regla de que las víctimas y sus familiares deben tener amplias facultades para actuar en el proceso interno (entre otros, caso Goiburú y otros contra Paraguay, sentencia de supervisión de cumplimiento de sentencia, 8 de agosto de 2008, § 14; caso Escué Zapata contra Colombia, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 4 de julio de 2007, § 166) (MALARINO, 2010, p. 27-28)⁴²

⁴² Por exemplo, a regra que proíbe a anistia de graves violações dos direitos humanos (caso Barrios Altos vs. Peru, sentença de mérito, 14 de março de 2001, § 41-44) ou crimes internacionais (caso Almonacid Arellano vs. Chile, sentença que analisa exceções preliminares, méritos, reparações e custas, 26 de setembro de 2006, § 105-129 e 151); a regra que proíbe a prescrição de violações de direitos humanos (processo Bulacio contra a Argentina, julgamento de mérito, reparações e custas, 18 de setembro de 2003, § 116-117), de violações graves de direitos humanos (entre outros, caso Barrios Altos vs. Peru, julgamento de mérito, 14 de março de 2001, § 41); de violações muito graves dos direitos humanos (caso Albán Cornejo e outros vs. Equador, julgamento de mérito, reparações e custas, 22 de novembro de 2007, § 111) ou crimes internacionais (caso Almonacid Arellano vs. Chile, julgamento de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, 26 de setembro de 2006, § 151-153); a regra que restringe a aplicação do ne bis in idem em caso de descoberta de novas provas após o julgamento final (processo Almonacid Arellano vs. Chile, julgamento de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, 26 de setembro de 2006, § 154); A regra que limita a aplicação do princípio da não retroatividade do direito penal em certos casos (processo Almonacid Arellano vs. Chile, julgamento de exceções preliminares, mérito, reparações e custas, 26 de setembro de 2006, § 151 e caso La Cantuta vs. Peru, julgamento de mérito, reparações e custas, 29 de novembro de 2006, § 226); a regra que limita o princípio

Em outros casos, a Corte não apenas amplia os direitos previstos na CADH, mas se utiliza do texto de outros tratados fora do âmbito do SIDH para fazê-lo, como ocorrido no caso *Gelmán* (CtIDH, 2011) em que se reconheceu que o texto da Convenção Americana não contempla expressamente o direito à identidade, mas utilizou-se da Convenção sobre o Direito das Crianças, firmada no âmbito da Organização da Nações Unidas em 1959, para reconhecer o direito à tal proteção, na esteira do artigo 19 da CADH. Ainda que, como aponta Lucas Lixinski (2010), a atuação da Corte seja útil à manutenção da unidade do Direito Internacional, este implica em clara expansão de suas competências, haja vista que o texto da CADH não contém qualquer referência que permita esta atuação. Neste sentido, aponta Malarino (2010) que o

da duração razoável do processo (caso *La Cantuta vs. Peru*, sentença de mérito, reparações e custas, 29 de novembro de 2006, § 149); a regra que estabelece o direito dos familiares das vítimas à verdade (entre muitos outros, casos *Velásquez Rodríguez vs. Guatemala*, julgamento sobre o mérito, 29 de julho de 1988, § 181, e *Godínez Cruz vs. Guatemala*, julgamento no mérito, 20 Janeiro de 1989, § 191); a regra que estabelece o direito dos familiares das vítimas ao direito à verdade seja alcançada através de processos judiciais (caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, julgamento de exceções preliminares, méritos, reparações e custas, 26 de setembro de 2006, § 150); a regra que prevê o direito do detido estrangeiro de obter informações sobre assistência consular (parecer consultivo OC 16/99, de 1 de outubro de 1999, sobre o direito à informação sobre assistência à consultas no âmbito das garantias do devido processo legal, § 137); a regra de que as vítimas e suas famílias devem ter amplos poderes para atuar no processo doméstico (entre outros, caso de *Goiburú e outros vs. Paraguai*, sentença para fiscalizar o cumprimento da sentença, 8 de agosto de 2008, § 14, caso *Escué Zapata vs. Colômbia*, julgamento de mérito, reparações e custas, 4 de julho de 2007, § 166). (MALARINO, 2010, p. 27-28, tradução livre).

Sistema Interamericano de Direitos Humanos não é geral e universal, não sendo facultado à CtIDH decidir os casos em análise com base em todo o Direito Internacional.

A interpretação viva dos tratados que baseia essa ampliação de direitos e o Controle de Convencionalidade foi expressamente defendida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em sua Opinião Consultiva 16 como instrumento para a atualização dos tratados às necessidades do momento atual. Os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos e, por isso, sua interpretação e aplicação deve acompanhar a evolução da sociedade, sob risco de não alcançarem o propósito de proteção dos indivíduos.

(...) al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (...)

Esta orientación adquiere particular relevancia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que ha avanzado mucho mediante la interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección. Tal interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. (...) los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los

tiempos y las condiciones de vida actuales.
(CtIDH, 1999b, p. 67)⁴³

Neste contexto se enquadra a ampliação da aplicação da CADH pela CtIDH juntamente com o desenvolvimento da doutrina do Controle de Convencionalidade, vez que são claras manifestações da alteração do tratado original:

Por más que sea discutible si los tribunales interpretan o extienden un tratado y si eso implica la creación de normas, en el ámbito de los derechos humanos, y sobre todo con la Corte IDH, el grado de interpretación y obligatoriedad que emana de sus decisiones hace que sea prácticamente indiscutible que genera derecho. (VOGELFANGER, 2016, p. 260)⁴⁴

⁴³ (...) quando se interpreta um tratado, não são considerados apenas os acordos e instrumentos formalmente relacionados com ele (...), mas também o sistema no qual está registrado (...)

Esta orientação adquire particular relevância no Direito Internacional dos Direitos Humanos, que avançou muito através da interpretação evolutiva dos instrumentos de proteção internacional. Essa interpretação evolutiva é consistente com as regras gerais de interpretação dos tratados consagradas na Convenção de Viena de 1969. (...) os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação deve acompanhar a evolução do tempo e das condições de vida atual. (CtIDH, 1999b, p. 67, tradução livre).

⁴⁴ Por mais que seja discutível se os tribunais interpretam ou estendem a aplicação de um tratado e se isso implica na criação de normas, no campo dos direitos humanos e, especialmente, na Corte Interamericana, o grau de interpretação e obrigatoriedade que emana

Neste sentido, Burgogue-Larsen (2014) afirma que a atuação da Corte neste processo de “descobrimiento de direitos implícitos” se trata efetivamente da criação de direito, apesar da CtIDH, astutamente, vincular estes novos direitos a fundamentos presentes na CADH.

Em relação à ampliação de competência, tem-se a utilização de tratados de fora da esfera do SIDH em suas manifestações, o desenvolvimento do Controle de Convencionalidade e o efeito vinculativo das manifestações da Corte Interamericana de Direitos Humanos mesmo em relação aos países que não participaram do caso em análise pela CtIDH.

A abordagem criativa da CtIDH foi reconhecida pelo juiz Sérgio García Ramírez quando de seu voto no caso La Cantuta ao afirmar que se desenvolveu um critério interamericano sobre as auto-anistias, tendo sido este inovador e hoje reconhecido como uma garantia de Direitos Humanos no âmbito do SIDH (CtIDH, 2006g).

Outra evidência de como o Controle de Convencionalidade é uma construção jurisprudencial é justamente o fato de que os responsáveis por sua efetivação dentro dos Estados são apontados pela CtIDH como sendo diferentes em vários momentos em que se tratou sobre o assunto. Veja-se:

de suas decisões faz com que seja praticamente indiscutível o fato de que esta gera direito. (VOGELFANGER, 2016, p. 260, tradução livre).

Figura 5 – Aplicadores do Controle Difuso

Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.	Poder Judicial
Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158.	Órganos del Poder Judicial
Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.	Poder Judicial

Caso Boyce y otros vs. Barbados. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No. 169.	Poder Judicial
Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.	Juzgadores
Caso Radilla Pacheco vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.	Poder Judicial
Caso Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213.	Poder judicial
Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214.	Poder Judicial
Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215.	Poder Judicial
Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216.	Poder Judicial
Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2010. Serie C No. 217.	Poder Judicial
Caso Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Serie C No. 218.	Órganos de cualquiera de los poderes cuyas autoridades ejerzan funciones jurisdiccionales
Caso Gomes Lund y otros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C No. 219.	Poder Judicial

<p>Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.</p>	<p>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles.</p>
<p>Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221.</p>	<p>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia Cualquier autoridad pública</p>
<p>Caso Chocrón vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2011. Serie C No. 227.</p>	<p>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia</p>
<p>Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.</p>	<p>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles</p>
<p>Caso Fontevecchia y D'Amico vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C No. 238.</p>	<p>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles</p>
<p>Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239.</p>	<p>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles</p>
<p>Caso Furlan y familiares vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C No. 246.</p>	<p>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles</p>
<p>Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.</p>	<p>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles</p>
<p>Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012. Serie C No. 252.</p>	<p>Todos los poderes y órganos estatales en su conjunto</p>
<p>Caso Gudiel Álvarez y otros ("Diario Militar") vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012. Serie C No. 253.</p>	<p>Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles</p>

Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 250.	Todas las autoridades y órganos de un Estado
Caso Gelman vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013.	Todas las autoridades estatales
Caso Mendoza y otros vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso J. vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.	Jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Liakat Ali Alibux vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.	Todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia
Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.	Autoridades judiciales
Casos Masacres de Río Negro y Gudiel Álvarez y otros vs. Guatemala. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de agosto de 2014.	Jueces nacionales
Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.	Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles Todas las autoridades y órganos de un Estado
Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21.	Los diversos órganos del Estado.

Caso Rochac Hernández y otros vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014. Serie C No. 285.	Todos los poderes y órganos estatales en su conjunto
Caso López Lone y otros vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 05 de octubre de 2015. Serie C No. 302.	Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 304.	Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles
Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 08 de octubre de 2015. Serie C No. 305.	Atributo propio de la Corte Interamericana
Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306.	Todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia
Titularidad de derechos de las personas jurídicas en el sistema interamericano de derechos humanos (Interpretación y alcance del artículo 1.2, en relación con los artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 48, y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del artículo 8.1 A y B del Protocolo de San Salvador). Opinión Consultiva OC-22/16 de 26 de febrero de 2016. Serie A No. 22.	No establece

Fonte: JUARÉZ, 2016, p. 92-96.

Assim, como afirmam Boyle e Chinkin (2007), as posições doutrinárias que negam a faceta de construtores do Direito Internacional das cortes ignoram a realidade acerca do papel que estes órgãos têm em seu desenvolvimento. Neste mesmo sentido, Vogelfanger (2016) afirma que apesar das críticas doutrinárias e da teoria tradicional acerca das fontes de Direito Internacional não reconhecerem a jurisprudência como criadora de normas jurídicas, é muito difícil se contrapor à uma prática tão clara como a que têm sido realizada pelos tribunais internacionais. Assim, segundo o autor, a CtIDH cria direito e é o caso mais óbvio entre os tribunais internacionais acerca da produção do Direito e, ainda que não se esteja de acordo com o que ocorre, os fatos falam por si só demonstrando que esta é uma prática real.

3.2 A legitimidade do Judicial Lawmaking

Conforme Bogdandy e Venzke (2011b), a autoridade das cortes internacionais que justifica o exercício do *judicial lawmaking* advém das deficiências do sistema político nacional diante do caso concreto e do caráter democrático das decisões por elas exercidas. As decisões serão tão democráticas quanto o seu conteúdo. Uma decisão democrática necessariamente tem que levar em consideração as questões concernentes aos Direitos Humanos.

(...) the deficiencies of the international political system would provide a specific justification for judicial lawmaking. (...) A

court might further be presented with a small window of historic opportunity, as in the prohibition of amnesties by the IACtHR after the fall of the dictators in Latin America. The extraordinary quality of such situations needs to be taken into account when evaluating judicial lawmaking. But necessities or opportunities cannot substitute a principled argument. The forms of legal argument are as essential for the democratic legitimation of an international court as they are for a domestic one. Any decision needs to be embedded in the relevant sources and precedents. But that will oftentimes not fully carry a decision, particularly if such a decision has a strong lawmaking dimension (BOGDANDY; VENZKE, 2011, p. 1348)⁴⁵

Esta legitimidade democrática das decisões advém também do fato das decisões da CtIDH passarem por um controle duplo dos Estados, vez que primeiramente estes decidem ratificar a CADH, que impõe em seu artigo 68 a obrigatoriedade do cumprimento das sentenças da Corte, e em um segundo momento reconhecem a jurisdição da

⁴⁵ Um tribunal poderia ainda apresentar uma pequena janela de oportunidade histórica, como na proibição de anistias pela CtIDH após a queda dos ditadores na América Latina. A extraordinária qualidade de tais situações deve ser levada em consideração na avaliação da legislação judiciária. Mas as necessidades ou oportunidades não podem substituir o argumento fundamentado. As formas de argumentos legais são tão essenciais para a legitimação democrática de um tribunal internacional quanto para uma doméstica. Qualquer decisão precisa ser incorporada nas fontes e precedentes relevantes. Mas isso muitas vezes não suportará uma decisão totalmente, particularmente se essa decisão tiver uma forte dimensão legislativa. (BOGDANDY; VENZKE, 2011, p. 1348, tradução livre).

Corte Interamericana em relação aos casos que compreendem a interpretação e aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, tudo isso feito de forma livre e soberana (REY, 2012). Destaca-se que os juízes que fazem parte da CtIDH são designados pelos Estados que são signatários da CADH, fazendo com que sejam representantes eleitos democraticamente também. Em última instância, sustentar que uma sentença da CtIDH fere a soberania nacional ao determinar a adaptação do direito interno é também negar a soberania manifestada quando o Estado ratificou a CADH.

Além disso, a legitimidade da ação destas cortes se dá pela aceitação dos Estados enquanto decisões democráticas e obrigatórias, com objetos que auxiliam o fortalecimento do Estado Democrático (BINDER, 2010). Conforme afirma Vogelfanger (2016), na grande maioria dos casos, os Estados aceitam, cumprem e internalizam as normas criadas pelas cortes internacionais, sendo uma exceção o caso da Venezuela que denunciou a Convenção Americana de Direitos Humanos afirmando que a CtIDH não pode pretender excluir, desconhecer ou substituir o ordenamento constitucional de um Estado, pois tem papel suplementar à proteção que os Estados dispõem internamente.

A crítica venezuelana atinge diretamente a doutrina do Controle de Convencionalidade, ainda mais quando em sua denúncia afirma que a Constituição Venezuelana não garante a prevalência de informes ou opiniões consultivas de organizações internacionais o status constitucional que garante aos tratados de Direitos Humanos, pois tal posicionamento seria como permitir a emenda constitucional por meio de organismos internacionais, sem que houvesse a atenção aos trâmites

internos para que uma modificação dessa magnitude ocorresse no ordenamento jurídico nacional.

Apesar de ser uma construção democrática, a doutrina se mostra preocupada com um possível efeito autoritário que o Controle de Convencionalidade possa acarretar ao colocar a CtIDH como última intérprete da CADH, tendo em vista o nível de detalhamento das sentenças que não deixam qualquer margem de escolha para os Estados sobre a forma como devem conduzir sua aplicação (DULITZKY, 2015).

A doutrina ainda aponta que o *judicial lawmaking* em matéria de Direitos Humanos não é exclusividade da Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Corte Europeia de Direitos Humanos desenvolveu a doutrina da “margem de apreciação” que não se encontra contemplado em um tratado, mas que desenvolve importante papel na forma como aquele tribunal se posiciona em suas sentenças. Segundo Hernández (2012), aquela corte também fez uso do *judicial lawmaking* ao estabelecer a ferramenta do julgamento piloto no caso *Broniowski vs. Polônia* como resposta à grande quantidade de processos tratando do mesmo assunto.

Assim, conclui-se que o *judicial lawmaking* tem se tornado um elemento comum nos órgãos jurisdicionais internacionais, sendo apontado como inevitável diante da incompletude das normas pré-existentes para a resolução do caso concreto (GINSBURG, 2005). A questão passa a ser então sobre a verificação em cada caso acerca da legitimidade da construção jurisprudencial realizada pela Corte em análise, e não mais sobre a sua possibilidade e ocorrência.

CAPÍTULO 4

O IMPACTO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NOS PAÍSES LATINO AMERICANOS

A doutrina do Controle de Convencionalidade apresenta diferente aceitação nos países latino americanos. Em verdade, como afirma Alexandra Huneeus (2016), pode-se dizer que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, e consequentemente a doutrina do Controle de Convencionalidade, exercem uma autoridade diferente dependendo do país em questão. Cite-se nessa esteira a posição da Venezuela, que não mais reconhece a jurisdição da CtIDH, a posição do Brasil, que aceita a jurisdição da Corte e caminha numa posição crescente de aplicação do Controle de Convencionalidade, mas ainda tem dificuldades em cumprir as determinações da Corte por completo, e Colômbia que já se encontra em um estágio mais avançado de aplicação da doutrina da Corte.

Passaremos à análise do impacto do Controle de Convencionalidade nos países latino-americanos através

do papel desempenhado pela CtIDH em relação às leis de anistia e a aplicação desta doutrina no Brasil.

4.1 A Corte Interamericana e as leis de anistia

O Controle de Convencionalidade apresenta papel indispensável para o avanço da Justiça de Transição na América Latina e, conseqüente, no tratamento das leis de anistia. Na verdade, a relação é tão próxima que o desenvolvimento do Controle de Convencionalidade está ligado à análise de leis de anistia pela CtIDH, com a utilização pela primeira vez do termo em uma sentença no caso *Almonacid Arellano Vs. Chile*.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos surgiu justamente neste contexto de ditaduras, desenvolvendo um grande papel na busca pela democracia nos Estados latino-americanos, vez que a justiça transicional e o respeito aos Direitos Humanos se encontram como elementos da democratização (DALY, 2017a).

A América Latina passou por intenso processo de justiça transicional durante a década de 1980 em razão das ditaduras que se espalharam pela região. Devido a este período de transição, alastrou-se também a utilização de leis de anistia que garantiam que os perpetradores de graves violações de Direitos Humanos cometidas durante o período ditatorial não fossem punidos pelos seus atos, vez que haviam agido em nome do governo. Portanto, anistias são vistas como instrumentos que impedem a investigação e punição de graves violações de Direitos

Humanos, utilizadas após períodos ditatoriais, e que impossibilitam as vítimas e suas famílias de ter o conhecimento acerca dos fatos que se desenrolaram.

Inicialmente, as manifestações acerca das leis de anistia eram favoráveis, haja vista sua aplicação aos prisioneiros políticos e exilados dos governos ditatoriais, no entanto, o mecanismo foi alterado para abarcar os oficiais do Estado (MALLINDER, 2016). Neste contexto, crimes como desaparecimento forçado e tortura cometidos por militares deixaram de ser investigados e punidos.

Diante da impossibilidade das cortes nacionais punirem as violações ocorridas durante o período ditatorial pela existência de leis que protegiam os criminosos, as vítimas e organizações de proteção aos Direitos Humanos iniciaram a busca pela reparação e punição dos crimes por meio dos organismos internacionais.

A análise pelo SIDH acerca das leis de anistia teve início com o Relatório Anual 1985-1986 da CIDH. Nesta oportunidade, a Comissão afirmou sua preocupação com essas normas, dispondo sobre a obrigatoriedade dos Estados investigarem as violações de Direitos Humanos ocorridas em meio aos períodos ditatoriais, mesmo que tenha havido lei posterior que garantisse anistia aos perpetradores de tais violações (CIDH, 1986). Segundo a Comissão, toda a sociedade tem o direito irrenunciável de conhecer a verdade dos fatos, assim como as razões e circunstâncias em que ocorreram os crimes cometidos durante o período ditatorial como forma de evitar que estes voltem a ocorrer no futuro, e as famílias das vítimas

possuem também o direito de conhecer o que seus entes queridos.

Posteriormente, a CIDH se manifestou sobre a utilização deste tipo de norma em diversos casos envolvendo a Argentina e Uruguai, apontando que estas leis violam os deveres assumidos internacionalmente pelos Estados acerca da proteção de Direitos Humanos (CIDH, 1992a; CIDH, 1992b). Em um terceiro momento, a análise destas leis chegou à esfera da Corte Interamericana.

Como afirmam Mac-Gregor e Dominguez (2015), a CADH não impede explicitamente a adoção de leis de anistia, sendo esta uma construção jurisprudencial. A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem jurisprudência firmada no sentido de rejeitar a validade das leis de anistia. Esta posição da Corte deriva da interpretação de que estas normas violam direitos protegidos pela CADH, haja vista que as leis de anistia impedem o direito de acesso à justiça pelas vítimas de violações de Direitos Humanos e pelos seus familiares, impossibilita o direito à verdade e a punição dos criminosos. A posição da CtIDH não se deve às leis de anistia per se, mas sim ao reflexo que estas causam, de forma que podem existir leis de anistia que não significam violações à CADH, como será visto adiante.

Destaca-se que o entendimento da CtIDH é que a validade interna de uma lei não fará com que ela seja válida internacionalmente, isto é, a sua validade interna não a tornará legítima conforme o ordenamento internacional caso acarrete a violação de Direitos Humanos e obrigações assumidas pelos Estados, como fica patente na análise do caso *Gelmán* (CtIDH, 2011).

Nas palavras do juiz Cançado Trindade (CtIDH, 2001c), nem tudo aquilo que é legal sobre o ponto de vista do direito interno, também será conforme o Direito Internacional.

A fundamentação da CtIDH acerca das leis de anistia se desenvolveu primeiramente no caso Barrios Altos (CtIDH, 2001b) e tem sido reproduzida nos julgados que se seguiram. O caso “Barrios Altos” foi julgado pela Corte em 2001, tendo como objeto agressões aos Direitos Humanos ocorridas com a aprovação e aplicação das leis nº 26.479 e nº 26.492 pelo Peru, durante o governo do presidente Fujimori, portanto, leis de auto-anistia. Estas leis garantiam a anistia aos oficiais do Estado responsáveis por graves violações de Direitos Humanos ocorridas durante a ditadura naquele país. As violações discutidas neste caso ocorreram em 1991 quando um esquadrão da morte ligado ao exército peruano invadiu um prédio localizado em *Barrios Altos*, em Lima, em que se realizava uma festa, e assassinou quinze pessoas, além de ferir outras quatro. Os assassinos fugiram da cena do crime e, devido à ligação com o exército e existência das leis de anistia, as infrações não puderam ser investigadas.

A Corte Interamericana declarou que estas normas violavam as Garantias Judiciais, Proteção Judicial e Liberdade de Pensamento e Expressão garantidos pela CADH, sendo, portanto, incompatíveis. Ao conceder seu voto, o Juiz García Ramírez se posicionou afirmando que, ainda que as leis de anistia possam servir de ferramenta para pacificação social, estas normas não podem impedir a reparação das violações de Direitos Humanos, pois isto significaria o menosprezo à dignidade humana (CtIDH, 2001d).

Ainda na análise do “Barrios Altos”, a CtIDH se posicionou acerca do caráter imprescritível de violentas transgressões contra os Direitos Humanos praticadas durante a ditadura e a impossibilidade de anistiar os responsáveis por tais crimes. Assim, violações como o desaparecimento forçado, tortura e execuções sumárias ocorridas durante este período não poderiam ser beneficiadas pela anistia, prescrição ou excludentes de responsabilidade.

A decisão proferida pela Corte produziu profundos efeitos no Peru, de forma que as leis de anistia não mais foram aplicadas e o governo passou a realizar as investigações necessárias e a punição dos criminosos que haviam sido anteriormente beneficiados por estas normas. Em razão do relacionamento instituído pela Constituição Peruana com o Direito Internacional, a sentença da CtIDH possibilitou a anulação da aplicação das leis de anistia, ainda que não tenha ocorrido um processo formal de anulação destas leis pelo governo peruano (MALLINDER, 2016). Como afirma Casesse (apud MAC-GREGOR; DOMINGUEZ, 2015), esta foi a primeira vez que uma corte internacional atuou como uma espécie de corte constitucional, vez que além de declarar a responsabilidade internacional do Estado, ela também declarou que a lei em análise carecia de efeitos legais.

A decisão da Corte foi seguida em casos subsequentes, formando um *case-law* latino-americano em relação ao assunto em comento, sendo que se estabeleceu o dever dos juízes nacionais realizarem o Controle de Convencionalidade das leis de anistia, como se verá no caso Almonacid Arellano.

Os resultados do julgamento Barrios Altos puderam ser comprovados pela Corte Interamericana quando da análise do caso “La Cantuta”. Este caso, julgado pela CtIDH em 2006, tratou do desaparecimento forçado e execução sumária de cidadãos peruanos pelas forças militares durante o período de ditadura, não tendo sido os criminosos punidos em razão da vigência de lei de anistia. Nesta análise, a Corte Interamericana concluiu que, apesar das leis de anistia permanecerem formalmente vigentes no Estado peruano, o país havia tomado as precauções necessárias para que estas não fossem mais aplicadas. Desta forma, ainda que continuassem existindo, estas normas não significavam mais empecilhos à investigação das violações de Direitos Humanos e a punição dos militares que haviam cometido tais crimes, garantindo que substancialmente estas normas estivessem anuladas (CtIDH, 2006g).

Este caso ainda se torna especialmente importante devido ao reconhecimento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos do caráter de *jus cogens* que possui a proibição ao desaparecimento forçado de pessoas e a responsabilidade do Estado em realizar a investigação e punição dos criminosos que praticarem tais atrocidades, conforme já havia se manifestado no caso Goiburú e outros vs. Paraguai (CtIDH, 2006h). O presente caso trata da detenção ilegal e arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de Agustín Goiburú Giménez, Carlos José Mancuello Bareiro, Rodolfo Feliciano e Benjamín de Jesús Ramírez Villalba, cometidas por agentes estatais entre 1974 e 1977, bem como a ausência de punição destes crimes. A CtIDH se manifestou naquela ocasião afirmando que a proibição do desaparecimento forçado e o dever de investigar e punir seus responsáveis é uma obrigação de caráter *jus cogens*, como se poderia depreender não

somente da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mas também a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.

Outro país impactado pelo posicionamento da Corte Interamericana acerca das leis de anistia foi o Chile. Em setembro de 2006, a CtIDH julgou o caso “Almonacid Arellano Vs. Chile” (CtIDH, 2006c), caso este relativo à aplicação de lei de anistia pelo governo chileno em prol dos responsáveis pelo assassinato do professor Almonacid Arellano por militares durante a ditadura daquele país.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou nesse caso que o posicionamento das cortes nacionais chilenas permitia a impunidade dos militares responsáveis por graves violações de Direitos Humanos, indo em sentido contrário aos direitos estabelecidos e protegidos pela CADH. Assim, concluiu que a lei de anistia chilena contrariava a CADH e não poderia continuar a ser um empecilho para a punição dos responsáveis pelos crimes cometidos, sendo declarada inválida.

A condenação realizada pela CtIDH não teve o poder de levar o governo chileno a anular formalmente a referida lei. Entretanto, a existência formal da lei deixou de significar um empecilho à investigação e punição dos crimes, como concluiu a Corte em caso subsequente.

No ano de 2013, a CtIDH julgou o caso “García Lucero” (CtIDH, 2013), caso este que tinha como plano de fundo novamente a Lei de Anistia Chilena. Em seu relatório, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos havia concluído que a lei de anistia aprovada naquele país impedia que as vítimas de graves violações

de Direitos Humanos, *in casu* o Sr. García Lucero e sua família, tivessem garantidos os seus direitos. Ao examinar o caso apresentado, a Corte Interamericana decidiu que a preservação da lei de anistia chilena não mais se mostrava como um obstáculo à investigação e punição dos crimes cometidos durante o período ditatorial, haja vista que as cortes nacionais começaram a aplicar uma nova interpretação a respeito desta lei que não mais permitia que a impunidade se mantivesse.

Desta forma, a permanência formal da lei de anistia chilena, não significava, por si só, a violação dos preceitos da CADH e do posicionamento da Corte Interamericana, demonstrando assim que, neste aspecto, o Chile também cumpriu com as suas obrigações, se adequando ao Controle de Convencionalidade realizado.

Ressalta-se que a CtIDH, ao julgar os referidos casos, se comporta como verdadeira corte constitucional ao afirmar que as leis de anistia carecem de efeito legal diante da CADH (BINDER, 2010). Assim, nestes casos, a Corte não apenas declara a responsabilidade dos Estados, mas também a sua nulidade perante o Direito Internacional, mesmo que estas permanecessem vigentes no âmbito interno dos países. Este posicionamento é a concretização do Controle de Convencionalidade pela CtIDH, demonstrando a supremacia da CADH e dos julgamentos da Corte sobre o ordenamento nacional.

Outro importante caso analisado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos foi o *El Mozote vs. El Salvador* (CtIDH, 2012) que se destaca pelo contexto em que a lei de anistia foi aprovada pelo país e as suas decorrências.

A lei de anistia salvadorenha abarcava crimes cometidos durante o conflito armado interno, sendo, portanto, aplicável não somente a Convenção Americana de Direitos Humanos, mas também as normas relativas ao Direito Internacional Humanitário.

O caso tinha como objeto as violações de Direitos Humanos decorrentes da ação do exército salvadorenho no massacre ocorrido na região de El Mozote entre 11 e 13 de dezembro de 1981. Nesta ocasião, o exército assassinou indiscriminadamente a população civil como parte de uma tática denominada terra arrasada.

Ao se manifestar sobre o caso, a CtIDH afirmou que o fato da Assembleia Legislativa de El Salvador ter aprovado a Lei de Anistia Geral para a Consolidação da Paz é contrário à necessidade de o Estado investigar e punir as graves violações de Direitos Humanos, como se depreende da CADH, e também contrário ao Protocolo Adicional II da Convenção de Genebra que determina que criminosos de guerra não podem ser abarcados por leis de anistia (CtIDH, 2012). Neste sentido, afirmam MacGregor e Domínguez:

What seems clear, however, is that the American Convention—through the interpretations of the Inter-American Court—establishes a clear limit to political deliberation: War crimes and crimes against humanity cannot go unpunished in any

circumstance. (MAC-GREGOR;
DOMÍNGUEZ, 2015, p. 92)⁴⁶

Outro caso de grande relevância é “Gelmán vs. Uruguay” (CtIDH, 2011). O referido caso tem destaque em meio à jurisprudência da Corte Interamericana pelo contexto interno anterior ao julgamento pela CtIDH e talvez seja aquele que demonstra a maior relevância no *case-law* sobre leis de anistia no Continente Americano, haja vista que a Corte Interamericana de Direitos Humanos não apenas se manifestou sobre a norma em análise, mas também sobre o processo democrático, limitando a manifestação popular nacional.

Desta forma, a decisão da Corte no caso Gelmán se destaca pela forma como a Lei de Caducidade, que garantia a anistia de perpetradores de violações de Direitos Humanos, foi mantida no Uruguai e como a CtIDH enfrentou a manifestação da vontade popular.

O caso Gelmán tratou da Lei de Caducidade Uruguaia que permitia a anistia de militares responsáveis por crimes ocorridos durante a ditadura no país. Em 1986, após a redemocratização uruguaia, foi aprovada naquele país a Lei nº 15.848 que tinha como objetivo garantir a caducidade da pretensão punitiva do Estado a militares

⁴⁶ O que parece claro, no entanto, é que a Convenção Americana - através das interpretações da Corte Interamericana - estabelece um limite claro para a deliberação política: crime de guerra e crimes contra a humanidade não podem ficar impunes em nenhuma circunstância. (MAC-GREGOR; DOMÍNGUEZ, 2015, p. 92, tradução livre).

que, em razão de sua posição, tivessem cometidos delitos até 1º de março de 1985.

Esta lei foi motivo de grandes discussões pela sociedade uruguaia, tendo sido objeto de análise de constitucionalidade pela Suprema Corte Uruguaia em 1988 e também objeto de referendo e plesbicito popular. O referendo acerca da lei de caducidade ocorreu em 1989, sendo que 55,44% da população votante escolheu pela manutenção desta lei. Por sua vez, o plesbicito ocorreu em outubro de 2009, na mesma data das eleições nacionais, devendo a população escolher pela reforma ou não da constituição para declarar nula a lei de caducidade. Novamente, a referida lei foi mantida vigente, haja vista que a proposta que garantia sua anulação não alcançou o apoio necessário pelo eleitorado (LARRIEUX, 2013).

Em 2010, o caso *Gelmán* foi apresentado à CtIDH e em fevereiro de 2011 houve sua decisão. O referido caso abordou a impossibilidade de investigação e punição dos militares responsáveis pelo desaparecimento forçado de *María Claudia Gelmán* e a supressão de nacionalidade e identidade à *Maria Macarena Gelmán*.

A Corte inicia seu julgamento destacando sua competência para julgar o caso, pois, apesar dos fatos terem acontecido em momento anterior à ratificação pelo Uruguai da CADH e sua aceitação da jurisdição da CtIDH, os crimes em análise são figuras cujo efeitos se estendem no tempo até que sejam devidamente solucionados, de forma que no momento em que a aceitação se deu por este país, os efeitos ainda se verificavam existentes. Este mesmo entendimento já havia sido expresso pela CtIDH quando da análise dos casos *Gomes Lund e Blake v. Guatemala* (1996).

Ao contrário, em sua jurisprudência constante, este Tribunal estabeleceu que os atos de caráter contínuo ou permanente perduram durante todo o tempo em que o fato continua, mantendo-se sua falta de conformidade com a obrigação internacional. Em concordância com o exposto, a Corte recorda que o caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado de pessoas foi reconhecido de maneira reiterada pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos, no qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanecem até quando não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e os fatos não tenham sido esclarecidos. A Corte, portanto, é competente para analisar os alegados desaparecimentos forçados das supostas vítimas a partir do reconhecimento de sua competência contenciosa efetuado pelo Brasil.” (CtIDH, 2010c)

Conforme o posicionamento que já havia sido expresso pela CtIDH em seus julgamentos anteriores acerca de leis de anistia, a Corte concluiu que o Uruguai deveria modificar suas normas internas, haja vista que a referida lei violava os ditames da CADH por representar um empecilho à investigação e punição de violações de Direitos Humanos e, portanto, carecia de efeitos.

El Estado debe garantizar que la Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado, al carecer de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana y la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, en cuanto puede impedir u obstaculizar la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos, no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos materia de autos y para la identificación y, si procede, sanción de los responsables de los mismos, de conformidad con los párrafos 253 y 254 de la Sentencia. (CtIDH, 2011, p.85)⁴⁷

Apesar de ter sido objeto de consulta popular por duas vezes, a Lei de Caducidade, como afirma a CtIDH, permanecia inválida. Sobre este fato, a CtIDH afirmou que ter sido aprovada pela população não faria com que a lei fosse legítima segundo o Direito Internacional. A legitimação democrática de certos atos, incluindo através de manifestação direta da população, é limitada às regras de proteção de Direitos Humanos elencados em diplomas internacionais, entre os quais se encontra o bloco de

⁴⁷O Estado deve garantir que a Lei de Caducidade da Pretensão Punitiva do Estado, uma vez que carece de efeitos legais devido à sua incompatibilidade com a Convenção Americana e a Convenção Interamericana sobre Desaparecimento Forçado de Pessoas, por ter o condão de impedir ou dificultar a investigação e possível sanção da responsável por violações graves dos direitos humanos, não represente um obstáculo para a investigação dos fatos contidos nos autos e a identificação e, se procedente, punição dos responsáveis por eles, nos termos dos parágrafos 253 e 254 da sentença. (CtIDH, 2011, p.85, tradução livre).

convencionalidade que abarca as interpretações feitas pela CtIDH acerca da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Em um primeiro momento, o Estado uruguaio cumpriu com a decisão da CtIDH, possibilitando a punição dos responsáveis pelas violações de Direitos Humanos ocorridas durante a ditadura. No entanto, apesar de inicialmente se mostrar conforme a determinação da Corte, o país acabou seguindo posicionamento contrário à CtIDH quando a Suprema Corte de Justiça Uruguaia declarou inconstitucional no ano de 2013 alguns artigos da lei 18.831 que permitiam a investigação e punição de crimes cometidos por militares durante o período ditatorial, influenciando no arquivamento de causas abertas desde o ano de 2011.

Como afirma Tatiana Rincón-Covelli (2012), o posicionamento da CtIDH neste caso é uma forma da CtIDH impedir que se instale uma tirania da maioria, isto é, que um grupo, por maior que seja, possa impedir que o outro goze de seus Direitos Humanos. As manifestações populares são, portanto, controladas por um ordenamento normativo superior, qual seja, as normas internacionais de Direitos Humanos.

Neste sentido, a CtIDH acaba por qualificar a democracia, uma decisão só é verdadeiramente democrática se respeita os Direitos Humanos. A vontade da maioria é apenas um dos elementos da democracia popular. O dever de respeito aos Direitos Humanos deve ser seguido não somente nas decisões tomadas pelos políticos eleitos, mas também pelo próprio povo quando manifestarem sua vontade diretamente (RINCÓN-COVELLI, 2012).

(...) La legitimación democrática de determinados hechos o actos en una sociedad está limitada por las normas y obligaciones internacionales de protección de los derechos humanos reconocidos en tratados como la Convención Americana, de modo que la existencia de un verdadero régimen democrático está determinada por sus características tanto formales como sustanciales, por lo que, particularmente en casos de graves violaciones a las normas del Derecho Internacional de los Derechos, la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo "susceptible de ser decidido" por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un "control de convencionalidad" (...), que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial. (CtIDH, 2011, p. 69-70)⁴⁸

⁴⁸ (...) A legitimação democrática de certos fatos ou atos em uma sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais para a proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático seja determinada por suas características, tanto formais como substanciais, de modo que, particularmente nos casos de graves violações das normas do Direito Internacional dos Direitos, a proteção dos direitos humanos constitui um limite insuperável ao domínio das maiorias, isto é, à esfera de "suscetível de ser decidido" pelas maiorias em instâncias democráticas, em que também deve prevalecer um "controle de convencionalidade" (...), que é a função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário. (CtIDH, 2011, p. 69-70, tradução livre).

Gargarella (2015) questiona o papel da Corte ao declarar inválidas leis de anistia que tiveram diferentes graus de democracia envolvidos em sua formação, afirmando que a CtIDH uniformiza o tratamento para situações distintas, como a Lei de Caducidade Uruguaia e a Lei de Anistia Peruana, no entanto, ele falha em reconhecer que todas estas leis, por mais que aparentem ter um manto de legitimidade democrática, não o são por um mesmo motivo: são normas que impedem a investigação e punição de violações de Direitos Humanos, indo contra os princípios defendidos pelo SIDH e pela CADH, e sendo, portanto, por si só, contrárias aos Direitos Humanos. Tendo em vista que democracia e respeito aos Direitos Humanos estão intimamente ligados, estas normas, em última instância, não são democráticas.

Acreditar que uma norma, pela vontade da maioria se torna legítima é possibilitar que qualquer lei, por mais atentadora à dignidade humana que seja, é passível de ser válida, haja vista que não haveria qualquer limite à manifestação de vontade. Há sim que se discutir uma margem de apreciação dos Estados, mas esta não pode ser feita às custas dos Direitos Humanos flagrantemente violados. Não se trata assim, no caso em análise, de um comportamento antidemocrático da CtIDH ou da desconsideração da vontade popular, mas sim da aplicação de um conceito de democracia que leve em consideração a necessidade de respeito aos Direitos Humanos.

Assim, verifica-se que a atuação da CtIDH, por meio do Controle de Convencionalidade, tem sido essencial para apoiar a consolidação democrática nos Estados, garantindo o acesso à justiça para vítimas de graves violações de Direitos Humanos e permitindo o

diálogo entre as cortes. Destarte, é dever dos Estados, por meio do Controle de Convencionalidade Difuso, também anular a aplicação deste tipo de lei. O posicionamento da CtIDH e a conseqüente ação dos Estados revela que há uma tendência de uniformizar o tratamento de leis de anistia na América Latina, anulando a sua aplicação pelos países (MAC-GREGOR; DOMÍNGUEZ, 2015).

A atuação da CtIDH acabou por refletir não somente nos países que tiveram seus casos julgados nesta Corte, mas também sobre outros que não se encontravam nesta situação, concretizando os objetivos do Controle de Convencionalidade e permitindo o diálogo entre as cortes.

Este é, por exemplo, o ocorrido no caso Julio Héctor Simón y otros, julgado pelo judiciário argentino em relação à inconstitucionalidade das leis de Punto Final e Obediencia Debida aprovadas naquele país (ARGENTINA, 2005). Para chegar à tal conclusão, a Corte Argentina se baseou na decisão da CtIDH no caso “Barrios Altos” julgado pela CtIDH.

Porém, o caso de maior destaque a ser julgado pela Corte Suprema de Justicia Argentina tendo em vista o posicionamento da CtIDH em relação às leis de anistia foi o “Mazzeo, Julio Lilo y otros”, sentenciado em julho de 2007. No referido caso, a corte argentina declarou a inconstitucionalidade do decreto 1002/89 que havia sido aprovado durante o governo Menem e concedia o perdão à militares responsáveis por graves violações de Direitos Humanos ocorridas durante a ditadura militar argentina.

Ao julgar, a Corte Argentina reproduziu parte da sentença proferida no caso Barrios Altos e fez menção

expressa à obrigação de realizar o Controle de Convencionalidade das normas e destacou que o referido decreto impedia a investigação e punição de crimes contra humanidade, sendo ainda inconstitucional por violar tratados de Direitos Humanos e a Constituição Argentina conceder status constitucional a estes diplomas (ARGENTINA, 2007).

Outro caso que se destaca e demonstra o diálogo entre as cortes e a concretização do Controle de Convencionalidade Difuso é o caso Santiago Martín Rivas julgado pela Tribunal Constitucional Peruano. A referida corte se baseou tanto no julgamento dos casos “Barrios Altos” e La Cantuta, caso este em que o próprio Estado foi parte, para declarar a incompatibilidade das leis de anistia com a CADH e a impossibilidade de aplicação destas normas. Nesta oportunidade, a corte peruana ainda determinou serem inaplicáveis os princípios da coisa julgada e do *non bis in idem* quando estes significam a impossibilidade de punir violações de Direitos Humanos que constituam violações ao Direito Internacional.

Sobre esto el Tribunal Constitucional estima pertinente hacer algunas precisiones sobre el valor jurídico para los tribunales nacionales de los hechos probados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Al respecto, como ya se dijo supra, no se puede asumir una tesis dualista de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y a la inversa, sino una solución integradora y de construcción jurisprudencial en materia de relaciones del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el Derecho

constitucional nacional. Del mismo modo, bajo este principio de integración los tribunales nacionales deben reconocer la validez jurídica de aquellos hechos que han sido propuestos, analizados y probados ante las instancias internacionales de protección de los derechos humanos, lo que no exime de la facultad y el deber de los tribunales nacionales de realizar las investigaciones judiciales correspondientes, porque de lo que se trata, finalmente, es de garantizar el respeto pleno de la persona, su dignidad y sus derechos humanos, en el marco del orden jurídico nacional e internacional del que el Perú es parte. (PERU, 2007)⁴⁹

Temos ainda como exemplo do diálogo entre as cortes promovido pela atuação da CtIDH e consequente concretização do Controle de Convencionalidade em sua

⁴⁹ Nesse sentido, o Tribunal Constitucional considera pertinente fazer alguns esclarecimentos para os tribunais nacionais sobre o valor legal dos fatos comprovados perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A este respeito, como já foi dito acima, não se pode assumir uma tese dualista de primado do direito internacional sobre o direito interno e vice-versa, mas uma solução de construção integradora e jurisprudencial nas relações entre o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e o Direito Constitucional. Do mesmo modo, de acordo com este princípio de integração, os tribunais nacionais devem reconhecer a validade legal desses fatos que foram propostos, analisados e comprovados perante órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos, que não isenta a facultade e o dever dos tribunais nacionais realizarem as investigações judiciais correspondentes, porque se trata de garantir o pleno respeito da pessoa, sua dignidade e seus direitos humanos, no âmbito da ordem jurídica nacional e internacional da qual o Peru é parte. (PERU, 2007, tradução livre).

modalidade difusa, o julgamento do caso C-875/02 pela Corte Constitucional Colombiana. No referido caso, a corte nacional, tendo em vista o posicionamento da CtIDH, modificou seu entendimento acerca do direito das vítimas de graves violações de Direitos Humanos conhecerem a verdade dos fatos, isso é, acolheu-se o direito à verdade como um direito humano. Afirmou-se também a necessidade das cortes nacionais valorizarem a jurisprudência da CtIDH em seus próprios julgamentos, auxiliando a cristalização do Controle de Convencionalidade no país (COLÔMBIA, 2002).

Desta forma, verifica-se que, como afirma Daly (2017a), a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem realizado verdadeiro papel de construtora da democracia através de sua atuação, contribuindo para a liberdade de expressão e o fim das leis de anistia. Mais do que isso, ela tem exercido um papel de uniformização do tratamento das leis de anistia na América Latina.

CAPÍTULO 5

APLICAÇÃO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO BRASIL

A compreensão acerca da aplicação do Controle de Convencionalidade em nosso país passa, necessariamente, pelo entendimento sobre o emprego dos tratados na ordem jurídica nacional, vez que a citada ferramenta se baseia na observância de obrigações assumidas em tratados no âmbito do SIDH.

A abertura da ordem jurídica brasileira pode ser verificada, inicialmente, por meio da adoção do “Princípio da Prevalência dos Direitos Humanos” previsto na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 4º. Esta norma serve como uma diretriz para o posicionamento brasileiro, ditando não somente como o país deve se portar internamente, na confecção de normas e execução de políticas públicas, mas também internacionalmente, com atenção às normas convencionais de Direitos Humanos (CALETTI, 2016).

Além do princípio consagrado no artigo 4º, o Brasil também demonstrou sua abertura ao Direito Internacional

por meio do §2º do artigo 5º da Constituição Federal (CF) de 1988 que dispõe sobre a coexistência dos direitos e garantias previstas no texto constitucional e dos tratados ratificados pelo Estado.

Desde este momento, a discussão envolvendo o ordenamento brasileiro e a ordem internacional se volta à hierarquia das normas internacionais em relação às normas internas.

Posteriormente, por meio da Emenda Constitucional (EC) 45/2004, foi adicionado o parágrafo 3º ao artigo 5º da Constituição Federal que possibilita a recepção de diplomas internacionais de Direitos Humanos com o status de Emenda Constitucional.

A mudança ocasionada pela EC provocou uma duplicidade de status dos tratados de Direitos Humanos ratificados no Brasil, alguns tratados que foram aprovados pelo Congresso Nacional conforme o rito estabelecido pelo parágrafo 3º do artigo 5º alcançaram o status de emenda constitucional, quais sejam a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e o Tratado de Marraqueche, enquanto outros permanecem com status supralegal, assim como estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

O STF manteve, durante muito tempo, a posição de que todos os tratados, independente do assunto por eles abordados, detinham o status de norma ordinária. Neste sentido, o precedente de maior destaque sobre o status dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro antes da CF de 1988 é o Recurso Extraordinário 80.004 (BRASIL, 1977), no qual se cristalizou o posicionamento

acerca do status ordinário dos diplomas internacionais. Neste processo, que tratou sobre a aplicação da Lei Uniforme de Genebra, o STF decidiu que, apesar do diploma ter aplicabilidade no Brasil, não se sobreporia às normas internas.

Desta forma, conforme o posicionamento firmado pelo STF, os conflitos entre normas infraconstitucionais internas e tratados eram resolvidos com base nos critérios cronológico e de especialidade, vez que não havia hierarquia presente entre estas normas. Neste sentido, cite-se a jurisprudência do STF acerca da prisão civil do depositário infiel. A CADH proíbe esta modalidade de prisão, no entanto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus 72131 (BRASIL, 1995), decidiu que esta era permitida no Brasil, em atenção ao artigo 5º, inciso LXVII, vez que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos seria subordinada à CF.

No caso em análise, o STF ainda utilizou como argumento a comparação da Constituição Brasileira com a Constituição Argentina, dispondo que, se fosse a intenção do constituinte estabelecer a hierarquia superior dos tratados de Direitos Humanos, teria feito expressamente (RAMOS, 2012). Posteriormente, como forma de harmonizar a posição do STF com aquela desenvolvida pela doutrina que defendia serem os tratados de Direitos Humanos detentores de status constitucional, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou, no julgamento do Recurso em Habeas Corpus 79785-RJ (BRASIL, 2000), processo que objetivava a análise do direito ao duplo grau de jurisdição previsto pela CADH em relação ao foro privilegiado garantido aos magistrados na ordem jurídica nacional, a necessidade de se reconhecer o status supralegal aos

diplomas internacionais de Direitos Humanos, como forma de dar aplicação direta às suas normas, mesmo que contrárias às leis ordinárias, sem no entanto violar as disposições constitucionais, sempre que estes complementem os direitos e garantias dela constantes.

A posição defendida por Sepúlveda Pertence apenas obteve aceitação com a alteração de entendimento do Supremo após a edição da EC 45/2004. Essa mudança ocorreu no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343 (BRASIL, 2008), no qual o judiciário tornou a discutir a legitimidade da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e da CADH.

Nesta oportunidade, foram expostas duas posições que alavancam as normas de Direito Internacional à status superior, permitindo que seja exercido o controle das normas internas de status ordinário. A primeira destas posições, defendida pelo Ministro Celso de Mello, reconhecia o status constitucional aos tratados de Direitos Humanos, enquanto a segunda, defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, e sendo adotada pelos demais ministros presentes, concedia o status de norma supralegal aos tratados de Direitos Humanos.

Conforme entendeu o Ministro Gilmar Mendes no referido julgamento, a Constituição Federal já demonstrava sua escolha pela superioridade dos tratados de Direitos Humanos mesmo antes da EC 45/2004 através de seu artigo 5º, § 2º, predileção esta que se confirmou com a inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º por meio da EC 45.

Ressalte-se, nesse sentido, que há disposições da Constituição de 1988 que remetem o intérprete para realidades normativas relativamente diferenciadas em face da concepção tradicional do Direito Internacional público. (...) A segunda cláusula é aquela constante do § 2º do art. 5º, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira “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”.

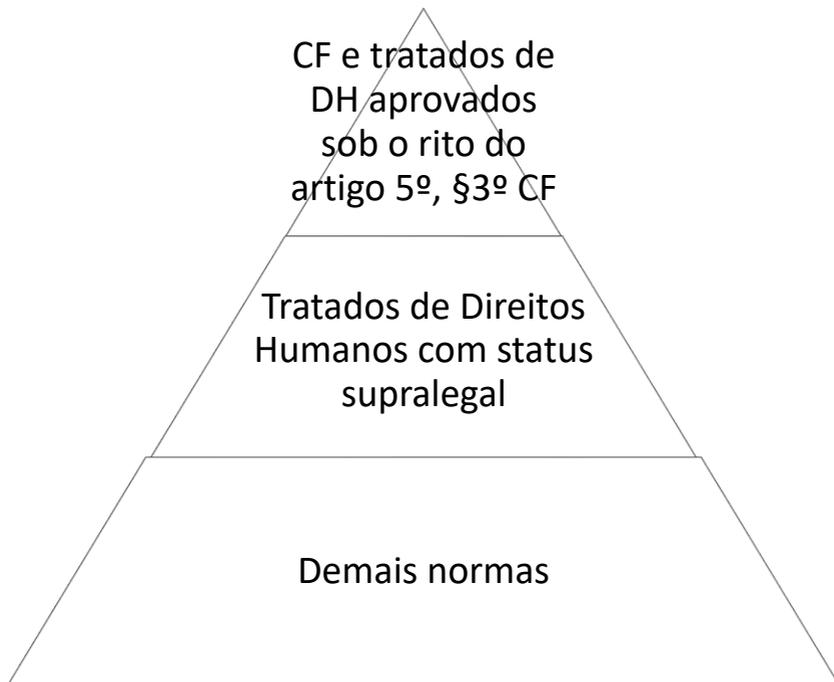
A terceira e quarta cláusulas foram acrescentadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, constantes dos §§ 3º e 4º do art. 5º, que rezam, respectivamente, que “os tratados e convenções internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”, e “o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão. (BRASIL, 2008)

A preferência do constituinte pelos Direitos Humanos se insere em uma tendência mundial de conceder maior efetividade aos Direitos Humanos e de abertura do Direito Constitucional do Direito Internacional, sendo, já, àquele tempo, verificada também em outros países do continente americano como o Paraguai, Argentina e Uruguai.

Portanto, a posição adotada pelo STF foi conforme o voto do Ministro Gilmar Mendes, concedendo o status supralegal aos tratados de Direitos Humanos aprovados sem a observância das regras estabelecidas pelo §3º do artigo 5º, CF, haja vista que o legislador constituinte não teria concedido o status de emenda constitucional a estes tratados ao prever as disposições do §2º, mas ao mesmo tempo teria garantido tratamento especial em relação às normas ordinárias.

Desta forma, o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal permite que existam tratados ratificados pelo Brasil com três status diferentes: tratados com status de Emenda Constitucional, sendo estes aqueles que tratam de temas ligados aos Direitos Humanos e seguiram o rito estabelecido pelo artigo 5º, §3º da Constituição Federal; tratados com status supralegal, aqueles que se ligam à matéria de Direitos Humanos, mas que não seguiram o rito de aprovação pelo Congresso Nacional estabelecido no artigo 5º, §3º; e tratados com status de lei ordinária, sendo estes aqueles que não tratam de Direitos Humanos.

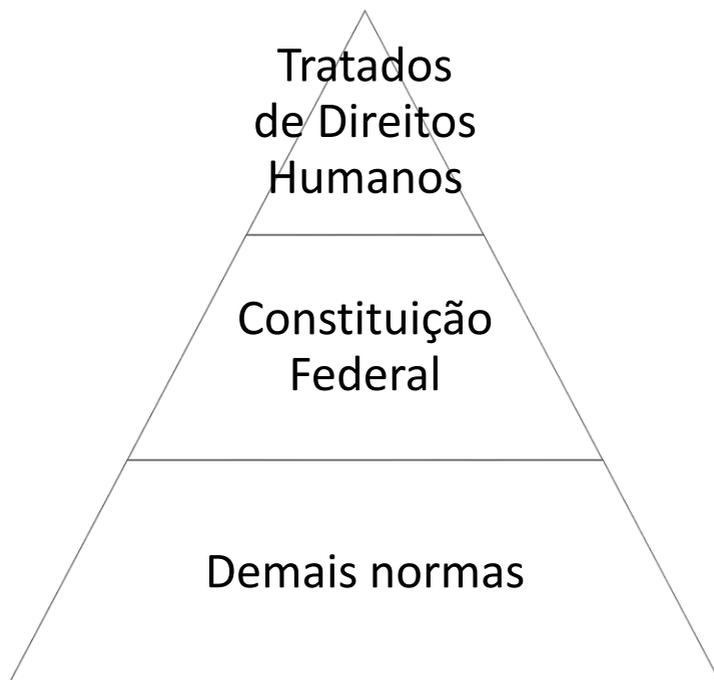
Figura 6 – Pirâmide normativa conforme STF



Fonte: Elaborado pelo autor

A pirâmide normativa construída pelo STF desconsidera a doutrina do Controle de Convencionalidade, que já era aplicada pela CtIDH anteriormente ao julgamento do Recurso Extraordinário 466.343. Além de desenvolver um novo status para as normas de Direitos Humanos, esta foi uma oportunidade perdida de conformar o ordenamento interno às obrigações assumidas internacionalmente pelo Brasil.

Figura 7 – Pirâmide normativa conforme o Controle de Convencionalidade



Fonte: Elaborado pelo autor

Esclarece-se que nesta pirâmide não foram representados os demais tratados e a hierarquia de normas internas por não ser o objetivo deste trabalho, mas sim focar nas normas concernentes a Direitos Humanos.

A doutrina brasileira desenvolveu teoria que considera todos os tratados de Direitos Humanos como sendo materialmente constitucionais. Assim, os diplomas ratificados em momento anterior à EC 45, assim como

aqueles que foram ratificados em momento posterior, mas sem seguir o rito estabelecido pelo §3º, artigo 5º da Constituição Federal, teriam também o status constitucional, sendo que aqueles que seguiram o rito estabelecido pelo parágrafo 3º seriam não somente materialmente, como também formalmente constitucionais.

Seguindo este pensamento, apenas os tratados formalmente constitucionais seriam cláusulas pétreas, encaixando-se no artigo 60, §4º, IV, e impossibilitados de serem denunciados (RAMOS, 2012). Considerar que um tratado tem status constitucional permite que o Controle de Convencionalidade Difuso tenha por base as próprias definições do ordenamento jurídico nacional, fortalecendo sua aplicação (NEGISHI, 2016). Atualmente, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, seu Protocolo Facultativo e o Tratado de Marraqueche possuem status de Emenda Constitucional.

Apesar do desenvolvimento da teoria que considera o status de norma supralegal aos tratados de Direitos Humanos, ainda hoje o STF se mostra resistente na sua interação com as normas e jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Como afirma Daly (2017b), o Supremo Tribunal Federal não possui problemas em citar jurisprudência internacional para justificar seu posicionamento, como o faz ao citar a Corte Europeia de Direitos Humanos, mas as referências à Corte Interamericana de Direitos Humanos são menos frequentes, como revela a pesquisa jurisprudencial desta corte.

A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT) também funciona como fundamento para a aplicação do Controle de Convencionalidade em sua modalidade difusa no Brasil. Isto porque a referida convenção, em seu artigo 27, estipula a garantia de aplicação do Direito Internacional na ordem jurídica nacional. Neste sentido já se manifestou a CtIDH dispondo que, conforme o artigo 27 da referida Convenção, os Estados não podem descumprir obrigações internacionais com base em sua lei interna, devendo todos os órgãos e poderes do Estado garantirem o cumprimento das disposições convencionais e sua efetividade no direito interno (CtIDH, 2010c).

O novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/15) também surgiu como uma nova base para a aplicação do Direito Internacional pelo ordenamento jurídico interno. Este diploma estabelece em seu artigo 13 sobre a possibilidade de regulamentação da jurisdição civil pelos tratados, convenções e acordos internacionais que o Brasil seja parte: “Art. 13. A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte” (BRASIL, 2015a). Assim, o referido artigo se mostra como mais um elemento que justifica a aplicação do Controle de Convencionalidade Difuso no ordenamento jurídico nacional, vez que reconhece a submissão do Direito Processual Civil à normas internacionais (MARINONI, 2015).

A posição adotada pelo CPC/15 se adequa às previsões dos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena de 1969, garantindo que o Estado respeite as obrigações contraídas na ordem internacional conforme os preceitos

da Boa-fé e da *Pacta Sunt Servanda* que devem ser observados.

5.1 A aplicação do Controle de Convencionalidade pelo Judiciário Brasileiro

A Convenção Americana de Direitos Humanos foi promulgada pelo Brasil em novembro de 1992 e o reconhecimento da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos foi realizada através do Decreto Legislativo 89/1998, se tornando o penúltimo país a aderir a esta convenção e o antepenúltimo a reconhecer a jurisdição da CtIDH entre os Estados que o fazem atualmente. Apesar de se integrar ao SIDH, o Brasil apresentou pouca interação com a CtIDH e a CIDH nos primeiros anos, sendo que a CIDH apenas emitiu a primeira decisão de mérito em relação ao Brasil em 1998 (DALY, 2017b).

A primeira manifestação da CtIDH em relação ao Brasil foi no Caso da Penitenciária Urso Branco, no ano de 2002, em que a CtIDH determinou que o Estado tomasse todas as medidas necessárias para garantir a vida e segurança dos detentos, a investigação e punição dos responsáveis pelo massacre ocorrido naquele local e que em 15 dias o Estado fornecesse informações acerca das medidas que haviam sido tomadas (CtIDH, 2002).

O referido caso se estendeu até o ano de 2011 porque, apesar das diversas manifestações da Corte a respeito das medidas que deveriam ser cumpridas pelo

Estado, este permaneceu inadimplente em suas obrigações. O caso foi arquivado diante do pronunciamento do Brasil de que haveria firmado um acordo com os representantes dos beneficiários do presente caso para melhorar o sistema penitenciário do estado de Rondônia e suspender as medidas provisionais emitidas pela CtIDH.

Após este caso, diversos outros se seguiram em relação ao Brasil, entre medidas provisórias e sentenças, conforme demonstra a tabela abaixo:

Figura 8 - Lista de Casos do Brasil na CtIDH

CASO	ANO DE APRESENTAÇÃO PERANTE A CORTE
Caso da Penitenciária Urso Branco	2002
Caso das Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no “Complexo do Tatuapé” da Febem	2005
Caso Ximenes Lopes	2005
Caso “A Favor das pessoas privadas de liberdade na	2006

Penitenciária 'Dr. Sebastião Martins Silveira' em Araraquara, São Paulo, Brasil"	
Caso Nogueira de Carvalho e outro	2006
Caso Escher e outros	2008
Caso Sétimo Garibaldi	2008
Caso Gomes Lund e outros	2009
Assunto da Unidade de Internação Socioeducativa	2011
Assunto do Complexo Penitenciário de Curado com respeito ao Brasil	2014
Assunto do Complexo Penitenciário de Pedrinhas com respeito ao Brasil	2014
Caso Genoveva e outros (Favela Nova Brasília)	2015
Caso dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde	2015

Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros	2017
Assunto do Instituto Plácido de Sá com respeito ao Brasil	2017
Assuntos da Unidade de Internação Socioeducativa, do Complexo Penitenciário de Curado, do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, e do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho	2017
Caso Herzog e outros	2017

Fonte: Elaborado pelo Autor com base no site da CtIDH

Apesar do Controle de Convencionalidade ainda se encontrar em estágio inicial, mesmo após dez anos de existência, em relação à aplicação pelos juízes nacionais, as decisões que se baseiam neste mecanismo têm se multiplicado. Neste sentido, temos como exemplo as sentenças acerca da necessidade de instituir a audiência de custódia no processo criminal, entre as quais se destaca o Habeas Corpus Nº 1.358.323-2 julgado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – DENÚNCIA PELO ARTIGO 33, CAPUT DA LEI Nº 11.343/06 – PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA – AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – PREVISÃO EM PACTOS E TRATADOS INTERNACIONAIS RATIFICADOS PELO BRASIL – CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE – EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PREVISTOS NA ORDEM INTERNACIONAL – REQUISITOS DA PRISÃO – FUNDAMENTAÇÃO COM BASE NA QUANTIA CONSIDERÁVEL DE DROGAS - AUSÊNCIA DE MELHOR TÉCNICA – FALTA DE CONEXÃO LÓGICA – QUANTIDADE CONCRETAMENTE APREENDIDA QUE NÃO SE REVELA EXPRESSIVA – AUSÊNCIA DE PERIGO CONCRETO - MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS – CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE INDICAM A NECESSIDADE E ADEQUAÇÃO DE SUA APLICAÇÃO – ARTIGO 282 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA POR UNANIMIDADE. 1. Dispõe o artigo 7º, item 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos que “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais (...)”. No mesmo sentido assegura o artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos que “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais (...)”. 2. “Isto porque os Direitos Humanos são extraídos dos tratados de Direitos

Humanos ratificados pelo Brasil, e, por isso, não se exige da jurisdição apenas um controle de constitucionalidade, com vistas a efetivar os direitos previstos na Constituição, mas também um controle de convencionalidade, com o objetivo de efetivar os Direitos Humanos previstos na ordem internacional”. 3. “Nesse contexto, o controle de convencionalidade das leis pela jurisdição contribui para que os Direitos Humanos previstos nos tratados internacionais sejam incorporados às decisões judiciais, permitindo a interiorização deste consenso por meio das decisões judiciais. Deste modo, a jurisdição constitucional funciona como instrumento potencializador da efetividade dos Direitos Humanos, na medida em que, a partir da compreensão crítica da realidade, sob o prisma Direitos Humanos, aplica este consenso no âmbito interno, operando, assim, como ferramenta de transformação social”. (...) (BRASIL, 2015b)

Com base na CADH e no Controle de Convencionalidade, entendeu o poder judiciário naquela oportunidade pela existência do dever de instituição das audiências de custódia. O referido entendimento foi seguido pelo STF no julgamento da ADPF 347 ao determinar que todos juízes e tribunais devem, em observância dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizar, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão (BRASIL, 2015c). Neste intuito, as audiências de custódia foram ainda

regulamentadas pelo Conselho Nacional de Justiça, através de sua resolução nº 213 que citou expressamente as disposições da CADH (BRASIL, 2015d). Desta forma, verifica-se a manifestação de um Controle de Convencionalidade Construtivo pelas cortes nacionais.

Ainda no ano de 2016, ganhou repercussão na mídia nacional a utilização do Controle de Convencionalidade por um magistrado da Comarca de Belford Roxo (BRASIL, 2016a) diante de um caso de desacato. Naquela oportunidade, o magistrado declarou que a tipificação do crime de desacato se mostra incompatível com as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, especialmente seu artigo 13, e a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, também integrante dos diplomas parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que estipula em seu artigo 11 que as leis de desacato atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação, deixando assim de reconhecer o referido crime no caso em comento. Nesta mesma oportunidade, o magistrado afirmou que o Brasil não pode aplicar suas normas internas em detrimento dos tratados ratificados, em consonância com as disposições do artigo 27 da Convenção de Viena de 1969.

Da mesma forma entendeu o juiz responsável pela ação penal nº 0067370-64.2012.8.24.0023 da Comarca de Florianópolis, TJSC (BRASIL, 2015e). O magistrado, também fazendo uso das disposições da CADH e da Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, exerceu o Controle de Convencionalidade Difuso e deixou de aplicar o crime de desacato.

Em dezembro de 2016, o Superior Tribunal de Justiça se posicionou, por meio de sua Quinta Turma, a respeito do crime de Desacato. Naquela ocasião, o STJ se manifestou afirmando sua competência para realizar o Controle de Convencionalidade e declarou a incompatibilidade da criminalização do desacato com a Convenção Americana de Direitos Humanos em seu artigo 13, com a posição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o humanismo (BRASIL, 2016b).

Ademais, a referida decisão destacou o status supralegal da Convenção Americana que a coloca em patamar superior ao Código Penal que prevê o crime de desacato.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL.
RECURSO ESPECIAL. ROUBO,
DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO
CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO
AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.
NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO
DA INSIGNIFICÂNCIA.

INAPLICABILIDADE.
DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE
ROUBO PARA O DE
CONSTRANGIMENTO ILEGAL.
AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO.
SÚMULA 284/STF.

TEMA NÃO PREQUESTIONADO.
SÚMULAS 282 E 356 DO STF.
DESACATO.

INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL
COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE

DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.

1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal). (...)

4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais. (...)

7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial.

8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso *Almonacid Arellano y otros v. Chile*, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle

de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos.

9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolitio criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão.

10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário.

11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos Direitos Humanos.

12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta

a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo.

13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito.

14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato.

15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público.

16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP). (BRASIL, 2016b)

A mudança de posicionamento do Brasil em relação ao crime de desacato havia sido celebrada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, inclusive com a publicação dos resumos dos casos paradigmáticos da

justiça brasileira no *Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión de 2016* (CIDH, 2017). Nesta ocasião, a CIDH declarou que o crime de desacato contraria o princípio 11 da Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão que dispõe que os funcionários públicos estão submetidos a maior escrutínio por parte da sociedade e que o crime de desacato atenta contra a liberdade de expressão e o direito à informação, ferindo assim o artigo 13 da CADH.

O crime de desacato é contrário à uma sociedade democrática por impedir manifestações contrárias às ideias do governo. Ademais, o crime de desacato propõe uma proteção à honra dos funcionários públicos que não é estendida ao restante da sociedade, invertendo o princípio democrático que se baseia no controle do governo pela sociedade para controlar seus abusos, tendo ainda em conta que os funcionários públicos são, em última instância, o próprio governo (CIDH, 2017). O posicionamento da CIDH já surtiu efeitos para a derrogação do crime de desacato no México, Panamá, Uruguai, Costa Rica, Argentina e El Salvador (CIDH, 2013).

A presença do crime de Desacato no ordenamento jurídico brasileiro é fruto da visão do legislador da década de 1940 e não se coaduna com os valores atuais da sociedade em que não se pode encarar o funcionário público como mais importante que qualquer outro cidadão e onde uma figura penal desta estirpe pode ser utilizada como abuso de autoridade. O perigo é justamente que sendo uma figura tão aberta, o tipo do desacato pode abarcar qualquer manifestação que o servidor público desgoste e inclusive impede a liberdade de manifestação pela população.

Por ser o artigo 331 do Código Penal um artigo de tessitura aberta, pode ele abarcar uma gama de condutas sem diferenciar se seria uma simples insatisfação ou não, sendo que já reconheceu o próprio Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Gilson Dipp, que “da maneira como está hoje, nunca se sabe bem se é crime de desacato ou manifestação de insatisfação”. (GOMES; GONÇALVES, 2016, p. 82)

O desacato é entendido pela CIDH como expressão que ofende, insulta ou ameaça um funcionário público no desempenho de suas funções especiais (CIDH, 1995). As leis que criminalizam o desacato têm origem no Direito Romano como forma de proteger a honra do imperador, passando posteriormente a ser uma qualificadora de injúria provocada contra certos agentes públicos, e não como um crime autônomo, influenciando em uma proteção maior do que teriam estas pessoas (OLIVEIRA; OLIVEIRA, 2010).

Atualmente, o desacato se apresenta como crime autônomo e se justifica como forma de proteger a administração pública. No entanto, como se verá adiante, esta justificativa não encontra acolhida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Em maio de 2017, o Superior Tribunal de Justiça voltou a analisar o crime de desacato no julgamento do Habeas Corpus 379269 e decidiu pela sua validade, arguindo que não havia violação aos preceitos da CADH pela sua manutenção no ordenamento jurídico brasileiro. Nesta ocasião, assim se manifestou a corte:

HABEAS CORPUS. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO E DOS ARTS. 330 E 331 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DA TIPIFICAÇÃO DO CRIME DE DESACATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. DIREITOS HUMANOS. PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA (PSJCR). DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SE REVELA ABSOLUTO. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO PROFERIDA PELA CORTE (IDH). ATOS EXPEDIDOS PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). AUSÊNCIA DE FORÇA VINCULANTE. TESTE TRIPARTITE. VETORES DE HERMENÊUTICA DOS DIREITOS TUTELADOS NA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSSIBILIDADE DE RESTRIÇÃO. PREENCHIMENTO DAS CONDIÇÕES ANTEVISTAS NO ART. 13.2. DO PSJCR. SOBERANIA DO ESTADO. TEORIA DA MARGEM DE APRECIACÃO NACIONAL (MARGIN OF APPRECIATION). INCOLUMIDADE DO CRIME DE DESACATO PELO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO, NOS TERMOS EM QUE ENTALHADO NO ART. 331 DO CÓDIGO PENAL. INAPLICABILIDADE, IN CASU, DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO TÃO LOGO QUANDO DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. WRIT NÃO CONHECIDO.

1. O Brasil é signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), denominada Pacto de São José da Costa Rica, sendo promulgada por intermédio do Decreto n. 678/1992, passando, desde

então, a figurar com observância obrigatória e integral do Estado. 2. Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de Direitos Humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes. (...) 6. Com efeito, as recomendações expedidas pela CIDH não possuem força vinculante, mas tão somente "poder de embaraço" ou "mobilização da vergonha". 7. Embora a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já tenha se pronunciado sobre o tema "leis de desacato", não há precedente da Corte relacionada ao crime de desacato atrelado ao Brasil. 8. Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos se posicionou acerca da liberdade de expressão, rechaçando tratar-se de direito absoluto, como demonstrado no Marco Jurídico Interamericano sobre o Direito à Liberdade de Expressão. 9. Teste tripartite. Exige-se o preenchimento cumulativo de específicas condições emanadas do art. 13.2. da CADH, para que se admita eventual restrição do direito à liberdade de expressão. Em se tratando de limitação oriunda da norma penal, soma-se a este rol a estrita observância do princípio da legalidade. 10. Os vetores de hermenêutica dos Direitos tutelados na CADH encontram assento no art. 29 do Pacto de São José da Costa Rica, ao passo que o alcance das restrições se situa no dispositivo subsequente. Sob o prisma de

ambos instrumentos de interpretação, não se vislumbra qualquer transgressão do Direito à Liberdade de Expressão pelo teor do art. 331 do Código Penal. 11. Norma que incorpora o preenchimento de todos os requisitos exigidos para que se admita a restrição ao direito de liberdade de expressão, tendo em vista que, além ser objeto de previsão legal com acepção precisa e clara, revela-se essencial, proporcional e idônea a resguardar a moral pública e, por conseguinte, a própria ordem pública. 12. A CIDH e a Corte Interamericana têm perfilhado o entendimento de que o exercício dos Direitos Humanos deve ser feito em respeito aos demais direitos, de modo que, no processo de harmonização, o Estado desempenha um papel crucial mediante o estabelecimento das responsabilidades ulteriores necessárias para alcançar tal equilíbrio exercendo o juízo de entre a liberdade de expressão manifestada e o direito eventualmente em conflito. 13. Controle de convencionalidade, que, na espécie, revela-se Difuso, tendo por finalidade, de acordo com a doutrina, "compatibilizar verticalmente as normas domésticas (as espécies de leis, lato sensu, vigentes no país) com os tratados internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Estado e em vigor no território nacional." 14. Para que a produção normativa doméstica possa ter validade e, por conseguinte, eficácia, exige-se uma dupla compatibilidade vertical material. 15. Ainda que existisse decisão da Corte (IDH) sobre a preservação dos Direitos Humanos, essa circunstância, por si só, não seria suficiente a elidir a deliberação do Brasil acerca da aplicação de eventual julgado no

seu âmbito doméstico, tudo isso por força da soberania que é inerente ao Estado. Aplicação da Teoria da Margem de Apreciação Nacional (margin of appreciation). 16. O desacato é especial forma de injúria, caracterizado como uma ofensa à honra e ao prestígio dos órgãos que integram a Administração Pública. Apontamentos da doutrina alienígena. 17. O processo de circunspeção evolutiva da norma penal teve por fim seu efetivo e concreto ajuste à proteção da condição de funcionário público e, por via reflexa, em seu maior espectro, a honra lato sensu da Administração Pública. 18. Preenchimento das condições antevistas no art. 13.2. do Pacto de São José da Costa Rica, de modo a acolher, de forma patente e em sua plenitude, a incolumidade do crime de desacato pelo ordenamento jurídico pátrio, nos termos em que entalhado no art. 331 do Código Penal. 19. Voltando-se às nuances que deram ensejo à impetração, deve ser mantido o acórdão vergastado em sua integralidade, visto que inaplicável o princípio da consunção tão logo quando do recebimento da denúncia, considerando que os delitos apontados foram, primo ictu oculi, violadores de tipos penais distintos e originários de condutas autônomas. 20. Habeas Corpus não conhecido. (BRASIL, 2017)

Como se percebe da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o judiciário brasileiro não se atentou à necessidade de adequar seu posicionamento ao já cristalizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, falhando na aplicação do Controle de

Convencionalidade. O argumento acerca da ausência de manifestação da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as leis de desacato não serve como justificativa para que a posição atual da corte nacional seja mantido, vez que a CIDH, por diversas vezes, se manifestou sobre o tema, realizando a interpretação da CADH, e as cortes deveriam, com base neste posicionamento, realizar o Controle de Convencionalidade Difuso, mesmo que tal fosse além das manifestações pela CtIDH.

O posicionamento atual do STJ acaba por possibilitar a responsabilização internacional do Brasil devido às violações de Direitos Humanos que podem decorrer da aplicação de leis de desacato.

Anteriormente à esta posição da corte, foram várias as decisões dos Tribunais de Justiça que aplicavam a desconsideração do desacato como crime, seguindo o entendimento anteriormente firmado.

O descumprimento dos preceitos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como este ocorrido no caso do julgamento do Desacato pelo Superior Tribunal de Justiça, pode acarretar a responsabilização internacional do Estado. O tribunal, sobre o pretexto de que o crime em análise não fere a Convenção Americana de Direitos Humanos e que o posicionamento do SIDH comprovaria tal prática, realiza um julgamento contrário ao Controle de Convencionalidade que deveria ser por ela exercida, ainda mais tendo em vista que já houve a análise no caso Palamara Iribarne (CtIDH, 2005). A esse respeito se manifestou André de Carvalho Ramos:

It is indispensable to reconcile the results of national control of conventionality with international control of conventionality. It would be unreasonable, for example, that, examining an article of the American Convention on Human Rights, the Brazilian Supreme Court chooses an interpretation that is not accepted by the I/A Court. Such conflicting interpretation would, moreover, allow for the possibility of Brazilian international responsibility. (RAMOS, 2016, p.23)⁵⁰

Tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se manifestaram acerca da incompatibilidade do crime de desacato com os preceitos do Pacto de San José da Costa Rica.

Em 1992, a Comissão Interamericana recebeu denúncia do que viria a ser conhecido como caso 11.012 (CIDH, 1994). O referido caso tratou sobre condenação por desacato a que foi submetido o jornalista Horacio Verbitsky após ter supostamente injuriado um Ministro da Corte Suprema Argentina por chama-lo de asqueroso em uma de suas publicações.

⁵⁰ É indispensável conciliar os resultados do controle nacional da convencionalidade com o controle internacional da convencionalidade. Não seria razoável, por exemplo, que, ao examinar um artigo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Supremo Tribunal Brasileiro escolha uma interpretação que não seja aceita pelo Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa interpretação contraditória permitiria, além disso, a possibilidade de responsabilidade internacional brasileira. (RAMOS, 2016, p.23, tradução livre).

O caso foi resolvido por meio de uma solução amistosa em que a Argentina se comprometeu a excluir a figura do desacato de seu ordenamento jurídico e anular a sentença que condenou o sr. Horacio. Segundo a Comissão, a derrogação do crime de desacato resulta em conformidade do direito argentino com a CADH, vez que elimina uma base legal para restrição por parte do governo ao direito de livre expressão consagrado nessa Convenção.

Posteriormente, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos se manifestou em diversas ocasiões a respeito do crime de desacato em seus relatórios.

O primeiro relatório que abordou o crime de desacato foi o Informe Anual de 1994 (CIDH, 1995), que dedicou todo seu capítulo V à análise do tema. Nesta ocasião, a Comissão já se posicionou sobre a incompatibilidade do referido crime com o direito à liberdade de expressão previsto no artigo 13 da CADH, sendo este prejudicial ao funcionamento de uma sociedade democrática, vez que impede o escrutínio da sociedade sob o manto do medo da penalização. Qualquer excesso ou ataque injustificado à funcionário público deveria ser resolvido da mesma forma que a qualquer outro particular ofendido, por meio de ação civil por calúnia e difamação

A CIDH se manifestou posteriormente no *Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión de 1998* (CIDH, 1999) apontando dispositivos presentes em 17 países que se identificavam com a criminalização do desacato e que deveriam ser derogados. Entre estes países, encontra-se o Brasil. Encontram-se também presentes a Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, Equador, El

Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Peru, República Dominicana, Uruguai e Venezuela.

Interessante notar que após a publicação do referido relatório, alguns destes países já modificaram seu ordenamento interno para excluir esta figura da lista de seus crimes. Cabe também aqui ressaltar que, apesar da menção expressa ao Brasil, com a indicação exata do artigo correspondente ao desacato em nosso ordenamento penal, este relatório não foi levado em conta na mais recente decisão do Superior Tribunal de Justiça a respeito deste crime.

Caso paradigmático a respeito da inconveniência do crime de desacato é o “Palamara Iribarne vs. Chile” (CtIDH, 2005). Neste caso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou possível violação ao direito à liberdade de expressão garantida no artigo 13 da CADH.

No caso em análise, o senhor Humberto Palamara Iribarne havia sido proibido de publicar obra literária a respeito das forças militares chilenas e posteriormente condenado pelo Estado Chileno pelo crime de desacato em razão da convocação de conferência de imprensa em sua casa para criticar a atuação do Estado no presente caso.

A Corte julgou que os atos do Estado Chileno configuravam censura prévia, que não é compatível com os ditames da CADH. Ademais, a CtIDH entendeu que o crime de desacato era incabível, haja vista que os debates acerca dos funcionários públicos devem ser mais amplos, justamente pela função que exercem, e que este

posicionamento é essencial para a manutenção de uma sociedade democrática e mais transparente.

Além do caso Palamara Iribarne, outros casos importantes analisados pela CtIDH e que servem de base contra a criminalização do desacato são Herrera Ulloa vs. Costa Rica (CtIDH, 2004c) e Ricardo Canese vs. Paraguai (CtIDH, 2004d).

O posicionamento atual do STJ nos rememora justamente o posicionamento da CtIDH após o julgamento pelo STF da ADPF acerca da Lei de Anistia. Naquela ocasião, a Corte, a despeito do julgamento realizado pelo Brasil, julgou que a lei de anistia nacional não se mostrava conforme a CADH e, por isso, carecia de efeitos. O Brasil continua a manter a vigência da lei de anistia e assim está sujeito à penalização internacional.

Releva chamar a atenção, no ponto, para uma conclusão advinda com o controle de convencionalidade: a compatibilidade da lei com o texto constitucional não lhe garante mais o atributo da validade no âmbito do ordenamento interno. Essa garantia só lhe é conferida depois do seu cotejo com o corpo de tratados ratificados pelo país (controle de convencionalidade e de suprallegalidade).²¹ A negativa de vigência das normas de Direitos Humanos de matriz internacional ratificadas e justapostas à produção normativa interna – não realização do controle da convencionalidade – não apenas depõe a favor da inocuidade dos Direitos Humanos, como também assinala um pernicioso proceder da República na direção do

cometimento de ilícitos internacionais.
(CALETTI, 2016, p. 199-200)

Assim, vê-se que o Brasil não tem dado cumprimento integral às decisões prolatadas pela CtIDH baseadas no Controle de Convencionalidade Concentrado nos casos em que ele próprio é parte. É interessante destacar que a decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à lei de anistia brasileira não combate os fundamentos utilizados pela CtIDH para declarar este tipo de norma como inconvenção, a decisão simplesmente ignora a jurisprudência da CtIDH.

No julgamento pela CtIDH do caso Gomes Lund (CtIDH, 2010c), determinou-se que o Estado Brasileiro deveria investigar e punir as violações de Direitos Humanos ocorridas durante o período ditatorial, aplicando as sanções penais aos responsáveis por tais crimes, mesmo que isso significasse a adequação do ordenamento jurídico brasileiro. Na prática, a determinação da Corte Interamericana de Direitos Humanos significava a anulação da Lei de Anistia Brasileira (Lei nº 6.683/79), o que coaduna com a posição desta Corte de que a referida norma carece de efeitos legais. Em resposta às determinações da Corte Interamericana, o Governo Brasileiro instaurou a Comissão da Verdade, mas esta não possuía caráter jurisdicional ou persecutório, conforme dispõe sua lei instituidora (Lei nº 12528/11) em seu artigo 4º, § 4º.

O julgamento da ADPF 153 foi uma oportunidade perdida para que o STF se alinhasse ao entendimento

jurisprudencial do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a respeito das leis de anistia.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos dispôs na resolução de cumprimento de sentença do caso Gomes Lund que o Estado Brasileiro não havia cumprido com a obrigação firmada na sentença do mesmo caso de investigar e punir as violações de Direitos Humanos ocorridas durante a ditadura militar e que a Lei de Anistia Brasileira continuava a ser um empecilho à proteção dos Direitos Humanos (CtIDH, 2014).

O que se percebe, como demonstra o caso Gomes Lund, é que o Brasil tem uma tendência a cumprir com as ordens da CtIDH em relação à indenização, mas se nega a cumprir ordens para investigar e punir crimes ou modificar sua ordem jurídica interna.

(...) while generally complying with orders for pecuniary or symbolic compensation, the state's compliance with orders to investigate, prosecute and punish crimes is impeded by a serious lack of familiarity with the Inter-American System among key state actors charged with compliance, such as the judiciary and the police force (DALY, 2017b, p. 09)⁵¹

⁵¹ (...) ao mesmo tempo em que geralmente cumpre as ordens de compensação pecuniária ou simbólica, a conformidade do Estado com ordens para investigar, perseguir e punir crimes é impedida por uma séria falta de familiaridade com o Sistema Interamericano entre os principais atores estatais acusados de conformidade, como o judiciário e a força policial. (DALY, 2017b, p. 09, tradução livre).

Agir desta forma significa que o Brasil apenas reconhece a jurisprudência da CtIDH nos assuntos que não se contrapõem à sua posição interna (RAMOS, 2016). Esta atitude contraria toda a ideia de Controle de Convencionalidade desenvolvida pela CtIDH para harmonizar o tratamento dos Direitos Humanos no continente americano, haja vista a ideia de bloco de convencionalidade.

Ademais, no caso Gomes Lund, em que a sentença tinha como sujeito direto o Estado Brasileiro e não foi inteiramente cumprida, há a desobediência nacional ao reconhecimento da própria jurisdição da CtIDH e da obrigatoriedade de suas sentenças estabelecida pelo artigo 68 da CADH.

Desta forma, conclui-se que há ainda uma resistência das cortes superiores à aplicação do Controle de Convencionalidade no Brasil, no entanto, como mostra o crescente número de casos que se utiliza desta doutrina, sua utilização tem ganhado maior destaque e apresentado evolução com a manifestação das cortes de 1ª instância.

CONCLUSÃO

O fortalecimento do Direito Internacional modificou profundamente o relacionamento entre os Estados e desses com a Ordem Internacional. A soberania estatal passou a abarcar as restrições trazidas pelo Direito Internacional, deixando de ser um conceito que garantia poderes ilimitados do soberano para transforma-se no exercício de poderes constrictos pelas normas de Direito Internacional e Direitos Humanos.

Assim, as normas de Direito Interno começaram a ceder lugar para as normas de Direito Internacional, não podendo contrariá-las conforme o *Pacta Sunt Servanda* e a Boa-fé. Com essas mudanças, desenvolveu-se também o Domínio Reservado dos Estados, estabelecendo limites de atuação do Direito Internacional.

A atuação da Corte Interamericana de Direitos Humanos significou uma nova revolução no relacionamento entre o Direito Internacional e o Direito Interno ao desenvolver a doutrina do Controle de Convencionalidade. Essa ferramenta não encontra semelhante em outros sistemas internacionais de direitos humanos, sendo uma figura que torna o Sistema Interamericano de Direitos Humanos único e revolucionário.

O Controle de Convencionalidade é manifesta construção jurisprudencial caracterizada como *judicial lawmaking*. Apesar da CtIDH justificar esse mecanismo com base em artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, a análise detida desses instrumentos revela que não há base legal para que se aponte o Controle de Convencionalidade como diretamente deles advindo.

Na realidade, o que a Corte Interamericana faz é se basear nos conceitos de *Pacta Sunt Servanda* e Boa-fé na aplicação dos tratados previsto na CVDT, assim como a disposição acerca da impossibilidade de se valer da norma interna para deixar de aplicar os tratados com os quais se comprometeu, e desenvolver uma ferramenta que possibilite a defesa dos direitos previstos na CADH e demais diplomas parte do SIDH.

Ocorre que as cortes internacionais não possuem, tradicionalmente, competência para criar direito. Assim, a CtIDH demonstra seu caráter inovador ao se distanciar das premissas do Direito Internacional clássico.

O Controle de Convencionalidade garante ainda a aplicação direta da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ainda que a aplicação direta dos tratados seja compreendida como matéria afeta ao Domínio Reservado dos Estados, o Controle de Convencionalidade desafia este limite e determina que os juízes nacionais apliquem os tratados partes do SIDH, mesmo que isso signifique tornar a própria lei nacional sem efeito.

Apesar de completado dez anos de aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, a doutrina do

Controle de Convencionalidade ainda é uma ferramenta em construção, como demonstram a jurisprudência da CtIDH, e sua adoção pelos Estados americanos ainda tem sido realizada de forma lenta. Pode se dizer que há ainda certa resistência por parte dos países americanos em razão da forma “autoritária” que se faz presente na aplicação do Controle de Convencionalidade, vide caso *Gelmán* e a denúncia da Venezuela à Convenção Americana de Direitos Humanos. No entanto, a atuação da CtIDH por meio do Controle de Convencionalidade tem sido indispensável para a democratização dos países latino-americanos.

A forma como foi desenvolvido o Controle de Convencionalidade coloca essa ferramenta como ponto central da construção de um *ius commune* latino-americano. Primeiro, há que se esclarecer a razão pela qual esta posição foi alcançada pelo Controle de Convencionalidade.

O Controle de Convencionalidade se baseia em um bloco de tratados e decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, considerada a guardiã da Convenção Americana de Direitos Humanos. Ocorre que, segundo o entendimento da própria Corte, seus julgados constituem interpretação dos tratados integrantes do SIDH, assumindo, por isso, um caráter *erga omnes*.

A defesa do status *erga omnes* de suas decisões talvez seja a maior evidência de que o Controle de Convencionalidade se trata, na realidade, de *judicial lawmaking*, vez que não há qualquer evidência na Convenção Americana que poderia oferecer um embasamento razoável a esse entendimento. A questão

é que essa posição da CtIDH acaba submetendo os Estados a compromissos internacionais com os quais não concordaram em se comprometer.

Apesar das críticas que se faz a tal posicionamento, como já se viu anteriormente ao posicionar esta medida como parte de um *judicial lawmaking* exercido pela Corte Interamericana, desenvolvendo direitos com os quais os Estados não se comprometeram, o gérmen da formação do *ius commune* parece persistir no ambiente latino-americano.

Ao uniformizar o entendimento acerca da aplicação de Direitos Humanos na América Latina, acaba se desenvolvendo um direito único com relação a este tópico. Destaca-se que o Controle de Convencionalidade age tanto em uma faceta destrutiva, determinando que os Estados não apliquem certas normas, como construtiva, determinando que sejam formuladas normas, como a tipificação do crime de desaparecimento forçado.

É esse o papel desenvolvido pela Corte Interamericana em relação às leis de anistia. A CtIDH desenvolveu posição contrária à aplicação das referidas normas por serem opostas à preservação de direitos protegidos no *corpus juris* interamericano e permitir que os responsáveis por graves violações de direitos humanos permanecessem impunes. A jurisprudência da Corte acerca das leis de anistia atingiu não somente os países que tiveram casos com esse objeto analisados, mas teve impacto em outros Estados pela aplicação do Controle de Convencionalidade, inclusive com mudanças legislativas.

No Brasil, a aplicação do Controle de Convencionalidade ainda se mostra tímida. Apesar das

cortes de primeira instância se mostrarem mais abertas à doutrina, iniciando a discussão em casos como o crime de desacato e a necessidade de se realizar audiências de custódia, as cortes superiores demonstram que ainda carregam uma resistência à aplicação do Direito Internacional.

O Supremo Tribunal Federal, ainda não se mostrou favorável ao reconhecimento do real valor do Controle de Convencionalidade e, apesar da Corte Interamericana ter determinado que a lei de anistia brasileira se tornou sem efeitos diante das disposições da CADH, não houve modificação em seu posicionamento acerca dessas normas. Uma nova oportunidade para que o STF se alinhe ao posicionamento internacional se apresenta com o julgamento da ADPF 320 que tem como objeto novamente a lei de anistia nacional.

Ainda que o Controle de Convencionalidade padeça de diversas críticas, essa ferramenta se mostra como o futuro da atuação da CtIDH, possibilitando uma maior integração entre Direito Internacional e Direito Interno, garantindo a efetividade das normas de direitos humanos e possibilitando a uniformização acerca da aplicação de direitos humanos na América Latina, isto é, a formação de um *ius commune* que surge como uma forma de enfrentar questões sociais comumente encontradas nos países latino-americanos e modificar a realidade do continente.

REFERÊNCIAS

AHMED, Kawser. **The Domestic Jurisdiction clause in the United Nations charter: a historical view.** Singapore Year Book of International Law and Contributors, vol. 10, 2006, p. 175-197. Disponível em: <
<http://www.commonlii.org/sg/journals/SGYrBkIntLaw/2006/10.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

ALCALÁ, Humberto Nogueira. **Diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad entre los tribunales nacionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Chile.** Anuario de Derecho Internacional Latinoamericano, ano XIX, 2013, p. 511-553. Disponível em:<
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32200.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

ALESSANDRI, Pablo Saavedra. **Algunas reflexiones em cuanto al impacto estructural de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** In BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, vol. 3, 2016, p. 11-48.

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; BARRETO, Rafael Zelesco. **Direito das Organizações Internacionais: casos e problemas.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.

ALTER, Karen J. HELFER, Laurence R. MADSEN, Mikael Rask. **How context shapes the authority of international courts.** Law and Contemporary Problems, vol. 79, 2016, p. 1-36. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4765&context=lcp>>. Última visita em: 20 out. 2024.

ALTER, Karen J. **The Multiple Roles of International Courts and Tribunals: Enforcement, Dispute Settlement, Constitutional and Administrative Review.** Buffett Center for International and Comparative Studies Working Paper Series, nº 12, 2012, p. 1-26. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2114310>>. Última visita em: 20 out. 2024.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia. **Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad.** Sentença de 13 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=moststrarDocumento&fallold=1951>>. Última visita em: 20 out. 2024.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia. **Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. (Poblete) -causa N° 17.768.** Sentença de 14 de junho de 2005. Disponível em: <<http://www.saij.gov.ar/corte-suprema-justicia-nacion->

federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-simon-julio-hector-otros-privacion-ilegitima-libertad-etc-poblete-causa-17768-fa05000115-2005-06-14/123456789-511-0005-0ots-eupmocsollaf>. Última visita em: 20 out. 2024.

BASCUÑAN, Sergio Fuenzalida. **La jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como fuente de derecho. Una revisión de la doctrina del “examen de convencionalidad”**. Revista de Derecho, vol. 28, nº 1, 2015, p. 171-192. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v28n1/art08.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

BENAVIDES-CASALS, María Angélica. **El efecto erga omnes de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Revista Colombiana de Derecho Internacional, nº 27, 2015, p. 141-166. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/ilrldi/n27/n27a05.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

BENHABIB, Seyla. **The new sovereigntism and transnational law: Legal utopianism, democratic skepticism and statist realism**. Global Constitutionalism, vol. 5, nº 1, 2016. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/A88C25641071739A3FBD59E6BACE7612/S2045381716000010a.pdf/new_sovereigntism_and_transnational_law_legal_utopianism_democratic_scepticism_and_statist_realism.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

BESSON, Samantha. **Sovereignty, International Law and Democracy**. The European Journal of International Law, vol. 22, nº. 2, 2011, p. 373-387.. Disponível em: <<http://www.ejil.org/pdfs/22/2/2158.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

BINDER, Christina. **The prohibition of amnesties by the inter-american court of human rights**. German Law Journal, v 12, n. 5, 2010, p. 1203-1230. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26381.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

BOGDANDY, Armin Von; VENZKE, Ingo. **Beyond Dispute: International Judicial Institutions as Lawmakers**. German Law Journal, v. 12, n. 05, 2011a, p.979-1004. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/57638ae503596e8dcd9aa011/1466141414738/GLJ_Vol_12_No_05_von+Bogdandy.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

BOGDANDY, Armin Von; VENZKE, Ingo. **On the Democratic Legitimation of International Judicial Lawmaking**. German Law Journal, v. 12, n. 05, 2011b, p.1341-1370. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/56330ad3e4b0733dcc0c8495/t/57638ae503596e8dcd9aa011/1466141414738/GLJ_Vol_12_No_05_von+Bogdandy.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

BOYLE, Alan; CHINKING, Christine. **The making of International Law**. Nova Iorque: Oxford Press, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Brasília, DF, 2015a.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 213**. 2015d. Disponível em: <
<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Última visita em: 20 out. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 379269**. Terceira Seção. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Brasília, DF, DJ 24 maio 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1640084**. Quinta Turma. Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Brasília, DF, DJ 15 dez. 2016b.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **ADPF 347 (Decisão Liminar)**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Brasília, DF, DJ 09 set. 2015c.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Habeas Corpus 72131-RJ**. Relator: Ministro Marco Aurélio, Plenário, Brasília, DF, DJ 23 nov. 1995.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário 466343-1 SP**. Relator: Ministro César Peluso, Plenário, Brasília, DF, DJ 03 dez. 2008. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>>. Última visita em: 20 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal de Federal. **Recurso Extraordinário 466343-1 SP**, Relator César Peluso, Voto do Min. Gilmar Mendes, DJ 05 jun. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Habeas Corpus 79785-RJ**. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Plenário, Brasília, DF, DJ 29 mar. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 80.004-SE**. Relator: Ministro Xavier de Albuquerque, Plenário, Brasília, DF, DJ, 1 de jun. de 1977. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365>>. Última visita em: 20 out. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Ação Penal nº 0067370-64.2012.8.24.0023**, 4ª Vara Criminal da Comarca de Florianópolis, Florianópolis, SC, DJ 17 mar. 2015e.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Habeas Corpus Nº 1.358.323-2**, 3ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Curitiba, SC, DJ 23 abril 2015b. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/5218101/Processo_N%C2%BA_1358323-2_-_HC_Crime.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Processo nº 0013156-07.2015.8.19.0008**. 2ª Vara Criminal da Comarca de Beldford Roxo, Beldford Roxo, RJ, DJ 04 jul. 2016a. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/juiz-do-tjrj-faz-controle-de-convencionalidade-do-crime-de-desacato/>>. Última visita em: 20 out. 2024.

BROWNLIE, Ian. **Princípios de Direito Internacional Público**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

BUERGENTHAL, Thomas. **Lawmaking by the ICJ and other international courts**. ASIL Proceedings, 2009. Disponível em: <doi:10.1017/S0272503700034686>. Última visita em: 20 out. 2024.

BURGOGUE-LARSEN, Laurence. **Crónica de una Teoría de Moda en América Latina – Descifrando el Discurso sobre el Control de Convencionalidad**. In BOGDANDY, Armin von; ANTONIAZZI, Mariela Morales; PIOVESAN, Flávia. *Ius Constitutionale Commune na América Latina*, vol. 3, 2016, p. 11-48.

BURGORGUE-LARSEN, Burgorgue. **El contexto, las técnicas y las consecuencias de la interpretación de la Convención Americana de los Derechos Humanos**. *Estudios Constitucionales*, ano 12, nº 1, 2014, p. 105-161. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v12n1/art04.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CALETTI, Leandro. **O Controle Difuso da convencionalidade e os Direitos Humanos no Brasil**. *Revista IIDH*, vol. 64, 2016, p. 189-214.

CANEPARO, Priscila. **A importância do Estado Constitucional Cooperativo – delimitações a partir da cooperação, direito constitucional e Direito Internacional**. *Revista de Direito Brasileira*, vol. 15, nº. 6, 2016, p. 47-60. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/413/286>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. **Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito**

das relações privadas. Revista de Direito Internacional, v. 12, n. 2, 2015, p. 342-354. Disponível em: <
<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/3756/pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CASTAN, Daniel Toda. **The transformantion of the Inter-American system for the protection of Human Rights: the structural impact of the Inter-American Court's case law on amnesties.** European Inter-University Centre for Human Rights and Democratization, 2013. Disponível em: <
https://eiuc.org/tl_files/EIUC%20MEDIA/Publications/GC%20Awarded%20Thesis_Daniel_Toda_Castan.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CHAVES, Denisson Gonçalves; SOUSA, Mônica Teresa Costa. **O Controle de Convencionalidade e a autoanálise do Poder Judiciário Brasileiro.** Revista da Faculdade de Direito – UFPR, vol. 61, nº. 1, 2016, p. 87-113. Disponível em: <
<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/43787/27888>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CIDH. **Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1985-1986.** 1986. Disponível em: <
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/85.86span/Indice.htm>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CIDH. **Caso 11.012.** Informe nº 22/94. Disponível em: <
<https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.argentina11.012.htm>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CIDH. Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1994. 1995. Disponível em: < <https://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/indice.htm> >. Última visita em: 20 out. 2024.

CIDH. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión de 1998. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=134&IID=2>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CIDH. Informe Especial del Relator sobre la Libertad de Expresión de 2016, vol 2. Disponível em: < <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=134&IID=2>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CIDH. Jurisprudencia Nacional sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información. 2013. Disponível em: < <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/publicaciones/2013%2005%2020%20jurisprudencia%20domestica%20sobre%20libertad%20de%20expresion%20y%20ai.pdf> >. Última visita em: 20 out. 2024.

CIDH. Report nº 28/92: Cases 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309 and 10.311. 1992a. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/annualrep/92eng/Argentina10.147.htm>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CIDH. Report nº 29/92: Cases 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374 and 10.375. 1992b. Disponível em:

<<http://www.cidh.oas.org/annualrep/92eng/Uruguay10.029.htm>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CIJ. Case concerning application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia). Preliminary Objections, Judgment of 18 November 2008. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/118/118-20081118-JUD-01-00-EN.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CIJ. Fisheries Case (United Kingdom v. Norway). Judgment of December 18th, 1951. Disponível em: <<http://www.icj-cij.org/files/case-related/5/005-19511218-JUD-01-00-EN.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

COLÔMBIA. Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-875/02. Disponível em: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-875-02.htm#_ftn17>. Última visita em: 20 out. 2024.

COMPARATO, Fábio Konder. Afirmação Histórica dos Direitos Humanos, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONTESSÉ, Jorge. The final word? Constitutional dialogue and the Inter-American Court of Human Rights. International Journal of Constitutional Law, vol. 14, 2016, p. 01-29. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2795312>. Última visita em: 20 out. 2024.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Opinião Consultiva “Licitude da ameaça ou do emprego de armas nucleares”. 1996. Disponível

em:<<https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/Advisory%20Opinion,%201996%20I.C.J.%20226.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtEDH. **Case of Baka v. Hungary**. Judgment. 23 June 2016. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF BAKA v. HUNGARY"\],"sort":\["kpdate Descending"\],"documentcollectionid":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-163113"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtEDH. **Case of Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland**. Judgment. 21 June 2016. Disponível em: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE OF AL-DULIMI AND MONTANA MANAGEMENT INC. v. SWITZERLAND"\],"sort":\["kpdate Descending"\],"documentcollectionid":\["JUDGMENTS"\],"itemid":\["001-164515"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **ABC de La Corte Interamericana de Derechos Humanos: El qué, cómo, cuándo, dónde y por qué de la Corte Interamericana. Preguntas frecuentes**. São José, CR: Corte IDH, 2016. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/abccorte/abc/index.html#8/z>>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Asunto de la Cárcel de Urso Branco respecto Brasil. Medidas Provisionales. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 18 de junio de 2002**. 2002. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_01.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de fevereiro de 2001, série c, nº 73. 2001a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 de setembro de 2006, série c, nº 154. 2006c. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú.** Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001, serie C No. 75. 2001b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú.** Voto Concurrente del Juez A. A. Cançado Trindade. 2001c. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Barrios Altos Vs. Perú.** Voto Concurrente del Juez Sergio García Ramírez. 2001d. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Boyce vs. Barbados**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2007, serie C No. 169. 2007. Disponível em:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 26 de novembro de 2010. 2010a. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Voto razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. 2010b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Castillo Petruzzi vs. Perú**. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de septiembre de 1998, serie C No. 41. 1998. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_41_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Goiburú y otros Vs. Paraguay**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153. 2006h. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_153_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. 2010c. Disponível em: <

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C No. 186. Disponible em: <
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_186_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004, serie C No. 107. 2004c. Disponible em: <
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú. Competencia. Sentencia de 24 de septiembre de 1999, serie C No. 54. 1999a. Disponible em: <
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_54_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. 2006f. Disponible em: <
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Caso La Cantuta Vs. Perú. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. 2006g. Disponible em: <
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso López Alvarez vs. Honduras.** Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006, serie C No. 141. 2006a. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Masacres de el Mozote y Lugares Aledaños Vs. El Salvador.** Sentencia de 25 de Octubre de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas). 2012. Disponible em: <http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_252_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala.** Sentencia de 25 de noviembre de 2003, série c, nº 101. 2003. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala.** Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63. 1999b. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Palamara Iribarne vs. Chile.** Fondo Reparaciones y Costas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos.** Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 nov. 2009.

2009. Disponível em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Ricardo Canese vs. Paraguai**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004, serie C No. 111. 2004d. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, serie C No. 114. 2004a. Disponível em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Tibi Vs. Ecuador**. Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio Garcia Ramirez. 2004b. Disponível em:
<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentença de 24 de novembro de 2006, série c, nº 158. 2006d. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Voto Razonado del Juez Sergio García Ramírez. 2006e. <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Caso Vargas Areco v. Paraguay. Sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C No. 155. 2006b.

Disponível em: <
http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Opinião Consultiva 04/1984. 1984. Disponível em:<

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Opinião Consultiva 21/2014. 2014. Disponível em:<

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_21_por.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Opinião Consultiva 22/2016. 2016. Disponível em:<

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_22_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Opinión Consultiva OC-2/82. 1982. Disponível em:<

http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

CtIDH. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia.

Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 20 de marzo de 2013. 2013. Disponível em:<

http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/Gelmán_20_03_13.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

DALY, Tom Gerald. Brazilian “Supremocracy” and the Inter-American Court of Human Rights: Unpicking

an unclear relationship. In FORTES, Pedro et al. *Law and Policy in Latin America: Transforming Courts, Institutions and Rights*. Londres: Palgrave Macmillan, 2017b, p. 3-20.

DALY, Tom Gerald. **The alchemists: Courts as democracy-builders in contemporary thought.** *Global Constitutionalism*, vol. 6, nº 1, 2017a, p. 101-130. Disponível em: <doi:10.1017/S204538171600023X>. Última visita em: 20 out. 2024.

DULITZKY, Ariel E. **An Inter-American Constitutional Court? The invention of the Conventionality Control by the Inter-American Court of Human Rights.** *Texas International Law Journal*, vol. 50, 2015, p. 45-93. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/7454DCa7454dc.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

FACHIN, Zulmar. SAMPAR, Rene. **Soberania e ordenamento jurídico – um diálogo contemporâneo.** In PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; DIMOULIS, Dimitri. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 193-211.

FALCÓN, Gonzalo Candia. **Derechos Implícitos y Corte Interamericana de Derechos Humanos.** *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42 Nº 3, p. 873-902. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v42n3/art06.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**, 6 ed. Salvador: Juspodium, 2014.

FERRAJOLLI, Luigi. **Derechos y garantías: La ley del más débil**, 4ª ed. Madrid: Trotta, 2004.

FRANÇA. Conselho Constitucional Francês. **Decision 74-54 DC, Voluntary Interruption of Pregnancy Act**. Decisão de 15 jan. 1975. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/7454DCa7454dc.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Incorporação e aplicação das Convenções Internacionais da OIT no Brasil**. In FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Internacional do Trabalho*. Contagem: LTR Editora, 2016, p. 15-23.

GARCÍA, Hernán Alejandro Olano. **Teoría del Control de Convencionalidad**. *Estudios Constitucionales*, ano 14, nº. 1, 2016, p. 61-94. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002016000100003>. Última visita em: 20 out. 2024.

GARGARELLA, Roberto. **Democracy and rights in Germán V. Uruguay**. *AJIL Unbound*, 2015, p. 115-119. Disponível em: <<https://www.asil.org/blogs/symposium-constitutionalization-international-law-latin-america-democracy-and-rights-Germán-v>>. Última visita em: 20 out. 2024.

GINSBURG, Tom. **International Judicial Lawmaking.**

Virginia Journal of International Law, vol. 45, 2005, p. 1-55. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=693861>. Última visita em: 20 out. 2024.

GOMES, Eduardo Biacchi; GONÇALVES, Ane Elise Brandalise. **O controle de convencionalidade, a Convenção Americana de Direitos Humanos e o crime de desacato.** Revista Jurídica da Presidência, v. 18, nº. 114, 2016, p. 73-96. Disponível em: <<https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/download/1207/1142>>. Última visita em: 20 out. 2024.

HERNÁNDEZ, Gleider. 2012, p. 1-30. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2637998>. Última visita em: 20 out. 2024.

HEYNS, Christof et al. **A schematic comparison of regional human rights systems: an update.** SUR - International Journal on Human Rights, nº.4, ano 3, 2006, p. 163-171. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sur/v3n4/en_09.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

HITTERS, Juan Carlos. **Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos).** Estudios Constitucionales, ano 13, nº. 1, 2015, p. 123-162. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002015000100005>. Última visita em: 20 out. 2024.

HUNEEUS, Alexandra. **Constitutional lawyers and the Inter-American Court varied authority.** Law and

contemporary problems, vol. 79, nº. 179, 2016, p. 179-207. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss1/7/>>. Última visita em: 20 out. 2024.

HUNEEUS, Alexandra. **Courts Resisting Courts: Lessons from the Inter-American Court's Struggle to Enforce Human Rights**. Cornell International Law Journal, vol. 44, 2011, p. 494-533. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1777&context=cilj>>. Última visita em: 20 out. 2024.

JUÁREZ, Karlos A. Castilla. **Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre**. Revista IIDH, vol. 64, 2016, p.86-125.

KOSKENNIEMI, Martti. **What use for sovereignty today?** Asian Journal of International Law, vol. 1, 2011, p. 61-70. Disponível em: <<https://doi.org/10.1017/S2044251310000044>>. Última visita em: 20 out. 2024.

LARRIEUX, Jorge T. **Caso Gelmán vs. Uruguay. Justicia transicional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y el control de convencionalidad**. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, ano XIX, 2013, p. 589-606. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2013/pr/pr33.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

LAUTERPACHT, Hersch. **The development of international law by the International Court.** Nova Iorque:Cambridge University Press, 1982.

LEAL, Mônia Clarissa Henning; ALVES, Felipe Dalenogare. **O controle de convencionalidade e o Judiciário brasileiro: a sua aplicação pelo Tribunal Superior do Trabalho como forma de proteger a dignidade da mão-de-obra (vedação de terceirização de atividade-fim) no case Carneiro Távora v. Telemar Norte Leste e Contax.** Revista de Investigações Constitucionais, vol. 4, n. 1, 2017, p. 109-128. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/48212/31677>>. Última visita em: 20 out. 2024.

LIXINSKI, Lucas. **Treaty interpretation by the Inter-American Court of Human Rights? Expansionism at the service of the unity of international law.** The European Journal of International Law, vol. 21, nº 3, 2010, p. 585-604. Disponível em: <<http://www.ejil.org/article.php?article=2071&issue=103>>. Última visita em: 20 out. 2024.

MAC-GREGOR ,Eduardo Ferrer. **Reflexiones sobre el Control Difuso de Convencionalidad a la luz del Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México.** Boletín Mexicano de Derecho Comparado, n. 131, 2011, p. 917-967. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v44n131/v44n131a20.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **Conventionality Control: The new doctrine of the Inter-American Court of Human Rights.** AJIL Unbound, 2015.

Disponível em:
<<https://www.cambridge.org/core/journals/american-journal-of-international-law/article/div-classtileconventionality-control-the-new-doctrine-of-the-inter-american-court-of-human-rightsdiv/CC71A5517CAF78AA4F73FECEC1A041EC>>. Última visita em: 20 out. 2024.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. DOMÍNGUEZ, Pablo González. **Death Penalty, Amnesty Laws, and Forced Disappearances: Three Main Topics of the InterAmerican Corpus Juris in Criminal Law**. Notre Dame Journal of International & Comparative Law: Vol. 5: Iss. 1, Article 4, 2015, p.63-113. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=ndjicl>>. Última visita em: 20 out. 2024.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. DOMÍNGUEZ, Pablo González. **Death Penalty, Amnesty Laws, and Forced Disappearances: Three Main Topics of the InterAmerican Corpus Juris in Criminal Law**. Notre Dame Journal of International & Comparative Law: Vol. 5: Iss. 1, Article 4, 2015, p.63-113. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1029&context=ndjicl>>. Última visita em: 20 out. 2024.

MACKLEM, Patrick. **The sovereignty of human rights**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2015.

MAINO, Carlos Alberto Gabriel. **Los derechos humanos: baluarte y socavo de las instituciones. Hacia un adecuado equilibrio entre el control judicial de convencionalidad y la representación política de**

los procesos democráticos. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, ano 21, 2016, p. 357-380.

MALARINO, Ezequiel. **Activismo judicial, punitivización y nacionalización. tendencias antidemocráticas y antiliberales de la corte interamericana de derechos humanos.** In GRUPO LATINOAMERICANO DE ESTUDIOS SOBRE DERECHO PENAL INTERNACIONAL. Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2010, p.25-61.

MALLINDER, Louise. **The end of amnesty or regional overreach? Interpreting the erosion of South America's amnesty laws.** International and Comparative Law Quarterly, 2016, p. 1-36. Disponível em: <http://journals.cambridge.org/action/displayFulltext?type=1&fid=10301301&jid=ILQ&volumeld=-1&issueld=-1&aid=10301296>>. Última visita em: 20 out. 2024.

MARINONI, Luiz Guilherme et al. **Novo Código de Processo Civil Comentado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público,** 6ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro.** Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, ano XXXVI, nº 113, 2009, p. 333-370.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no Direito Brasileiro.** In MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013, p.3-56.

MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais: Jurisdição e Competência.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.** Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

NEGISHI, Yota. **The Pro Homine Principle's role in regulating the relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control.** Max Plank Institute for Comparative Public Law and International Law (MPIL) Research Paper Series, n.13, 2016, p. 1-27. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2791008>. Última visita em: 20 out. 2024.

OEA. **Carta da Organização dos Estados Americanos.** 1948. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_carta_oea_1948.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

OEA. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** 1969.

OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu Soares de. **Abolitio Criminis do Desacato: um olhar**

sobre a relação entre a autoridade pública e o particular na América Latina. Revista do CAAP, Número Especial: I Jornada de Estudos Jurídicos da UFMG, jul./dez. 2010, p15-35. Disponível em: <<https://www2.direito.ufmg.br/revistadocaap/index.php/revista/article/view/316/305>>. Última visita em: 20 out. 2024.

ONU. **Carta das Nações Unidas.** 1945. Disponível em: <http://unicrio.org.br/img/CartadaONU_VersolInternet.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

ONU. **Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.** 1969. Disponível em: <<https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%201155/volume-1155-i-18232-english.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

ONU. **Estatuto da Corte Internacional de Justiça.** 1945b. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Corte-Internacional-de-Justi%C3%A7a/estatuto-da-corte-internacional-de-justica.html>>. Última visita em: 20 out. 2024.

PELLET, Alain. **Article 38.** In ZIMMERMAN, Andreas et al. *The Statute of The International Court of Justice*, 2^a. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2012.

PERU. Tribunal Constitucional Peruano. **Exp. Nº. 679-2005-PA/TC.** 2007. Disponível em: <<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00679-2005-AA.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIZZOLO, Calogero. **Soberania, Estado y Globalización**. In BOGDANDY, Armin Von; SERNA DE LA GARZA, José María. *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*. Ciudad Universitaria: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 283-309.

QUIROGA, Cecilia Medina. **The Inter-American Court of Human Rights: 35 years**. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 33/2, p. 118-122, 2015. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/016934411503300202>>. Última visita em: 20 out. 2024.

QUOC DINH, Nguyen; DAILLER, Patrick; PELLET. **Direito Internacional Público**, 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

RACHED, Danielle Hanna. **Does the International Court of Justice make international law? Should it do so?** *Revista Direito e Práxis*, vol. 5, n. 9, 2014, p. 84-100. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/10307/10641>>. Última visita em: 20 out. 2024.

RAMÍREZ, Manuel Fernando Quinche. **El control de convencionalidad y el sistema colombiano**. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, n. 12, jul./dez. 2009, p. 163-190. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25586.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

RAMÍREZ, Sergio Garcia. **The relationship between Inter-American Jurisdiction and States (National Systems): some pertinente questions.** Notre Dame Journal of International and Comparative Law, vol. 05, n. 01, 2015, p. 115-152. Disponível em: <<http://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1030&context=ndjicl>>. Última visita em: 20 out. 2024.

RAMOS, André de Carvalho. **Control of Conventionality and the struggle to achieve a definitive interpretation of human rights: the Brazilian experience.** Revista IIDH, vol. 64, 2016, p. 11-32.

RAMOS, André de Carvalho. **Pluralidade das ordens jurídicas: a relação do direito brasileiro com o Direito Internacional.** Curitiba: Juruá, 2012.

REALE, Miguel. **Fontes e modelos do direito: para um novo paradigma hermenêutico.** São Paulo: Saraiva, 1994.

REY, Sebastián A. **Derechos humanos, soberanía estatal y legitimidade democrática de los tribunales internacionales. ¿Tres conceptos incompatibles?** Revista Derechos Humanos, ano 1, vol. 1, 2012, p. 73-100. Disponível em: <http://www.saij.gob.ar/doctrina/dacf120197-rey-derechos_humanos_soberania_estatal.htm>. Última visita em: 20 out. 2024.

RINCÓN-COVELLI, Tatiana. **El derecho internacional de los derechos humanos: ¿límite o elemento constitutivo de la democracia? A propósito de la transición uruguaya a la democracia.** Revista

Estudios Socio-Jurídicos, vol. 14, nº. 2, 2012, p. 71-106.
Disponível em:
<<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=73329123004>>.
Última visita em: 20 out. 2024.

ROJAS, Claudio Nash. **Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Anuario De Derecho Constitucional Latinoamericano, ano 19, 2013, p. 489-509.

SÁGÜES, Néstor Pedro. **El “Control de Convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano.** Instituto de Investigações Jurídicas de la UNAM, 2010a, p. 449-468. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2895/15.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

SÁGÜES, Nestor Pedro. **El “control de convencionalidad” em el sistema interamericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos econômico-sociales. Concordancias y diferencias com el sistema europeo.** Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p.381-417. Disponível em: <<http://www.ijf.cjf.gob.mx/cursosesp/2012/derhumancoontrolconvencionalidad/Nestor%20Sagues.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

SÁGÜES, Néstor Pedro. **Obligaciones internacionales y Control de Convencionalidad.** Estudios Constitucionales, ano 8, nº 1, 2010b, p. 117-136.
Disponível em:

<<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v8n1/art05.pdf>>.

Última visita em: 20 out. 2024.

SHAHABUDEEN, Mohamed. **Precedent in the World Court**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2007. 1996

SHANY, Yuval. **Assessing the effectiveness of International Courts**. Nova Iorque: Oxford Press, 2014.

SHAW, Malcom Nathan. **Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

TEIXEIRA, Anderson Vichikenski. **Teoria Pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

TINOCO, Jorge Ulisses Carmona. **La recepción de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el ámbito interno: El caso de México**. In RAMÍREZ, Sergio García; HERNÁNDEZ, Mireya Castañeda (coords.), *Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. México: UNAM, 2009, p. 245-290.

TORELLY, Marcelo. **Governança Transversal dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

TORRIJO, Ximena Fuentes. **International and Domestic Law: Definitely an Odd Couple**. *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 77, nº 2, 2008.

VENZKE, Ingo. **Contemporary Theories and International Law-Making**. In BRÖLMANN, Catherine; RADI, Yannick. Research Handbook on the Theory and Practice of International Lawmaking. Northampton: Edward Elgar, 2013, p. 66-84.

VILLIGER, Mark E. **Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties**. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2009.

VOGELFANGER, Alan Diego. **La creación de derecho por parte de los tribunales internacionales. El caso específico de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. Pensar en Derecho, ano 4, nº 7, 2015, p. 251-284. Disponível em: <<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/7/la-creacion-de-derecho-por-parte-de-los-tribunales-internacionales-el-caso-especifico-de-la-corte-interamericana-de-derechos-humanos.pdf>>. Última visita em: 20 out. 2024.

VYVER, Johan D. van der. **Sovereignty**. In SHELTON, Dinah. The Oxford Handbook of International Human Rights Law. Nova Iorque: Oxford University Press, 2013, p. 379-400.

WALDRON, Jeremy. **The rule of International Law**. Harvard Journal of Law and Public Policy, vol. 30, nº. 1, 2006, p. 15-30. Disponível em: <http://www.rexsresources.com/uploads/6/5/2/1/6521405/vol30_no1_waldronline.pdf>. Última visita em: 20 out. 2024.

ZUÑIGA, Natalia Torres. **El Control de Convencionalidad de las normas constitucionales.** Berlim: Editorial Académica Española, 2015

ZUÑIGA, Natalia Torres. **El Control de Convencionalidad.** Berlim: Editorial Académica Española, 2013.