# VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

## DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO I

**EDUARDO MANUEL VAL**

**HAIDEER MIRANDA BONILLA**

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

**Diretoria – CONPEDI**
**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente –** Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

**Conselho Fiscal:**
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

**Secretarias:**
**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597
Direitos humanos, direito internacional e direito constitucional: judicialização, processo e sistemas de proteção I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNA/UCR/IIDH/IDD/UFPB/UFG/Unilasalle/ UNHwN;
Coordenadores: Eduardo Manuel Val, Haideer Miranda Bonilla – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-390-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direitos Humanos, Constitucionalismo e Democracia no mundo contemporâneo.
1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direitos Humanos. 3. Judicial. 4. Sistema de proteção. I. Encontro Internacional do CONPEDI (6. : 2017 : San José, CRC).

CDU: 34

Universidad Nacional de Costa Rica
Heredia – Costa Rica
www.una.ac.cr

Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidad de Costa Rica San José – Costa Rica https://www.ucr.ac.cr

# VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA

## DIREITOS HUMANOS, DIREITO INTERNACIONAL E DIREITO CONSTITUCIONAL: JUDICIALIZAÇÃO, PROCESSO E SISTEMAS DE PROTEÇÃO I

---

## Apresentação

(Aguardando o envio do texto de apresentação produzido pelos coordenadores deste Grupo de Trabalho)

# O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS A PARTIR DO DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES

# THE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS FROM THE JURISDICTIONS DIALOGUE

**Leonora Roizen Albek Oliven** [1]
**Mariana de Freitas Rasga** [2]

**Resumo**

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre o controle de convencionalidade no âmbito do sistema interamericano de Direitos Humanos a partir do diálogo entre jurisdições, com foco na análise dos casos submetidos à Corte brasileira. Como método inovador, a partir da orientação jurisprudencial da Corte Interamericana, os magistrados brasileiros devem partir de um novo paradigma para efetivação dos direitos humanos, sobretudo a fim de cumprir as obrigações internacionais assumidas pelo Estado. A proposta inclui a análise acerca do status hierárquico das convenções sobre direitos humanos no ordenamento interno, bem como o entendimento do judiciário doméstico em relação ao tema.

**Palavras-chave:** Controle, Convencionalidade, Jurisdições, Direitos humanos, Sistema regional

**Abstract/Resumen/Résumé**

This article aims to reflect on conventionality control within the framework of the inter-american human rights system based on dialogue among jurisdictions. It's focus on analysis of cases submitted to the Brazilian Court. As an innovative method, based on the jurisprudential guidance of the Inter-American Court, Brazilian judges must start from a new paradigm for the human rights enforcement, especially in order to fulfill the international obligations assumed by the State. This article proposes includes the analysis of the hierarchical status of human rights conventions under brazilian jurisdiction, as well as the domestic judiciary decisions on the subject.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Control, Conventionality, Jurisdictions, Human rights, Regional system

[1] Doutora em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

[2] Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

## Introdução

O tema relativo ao controle de convencionalidade assume caráter de extrema relevância na atualidade em virtude do reconhecimento desse mecanismo pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a vinculação do Estado brasileiro ao sistema regional de proteção dos direitos humanos.

A utilização desse novo arquétipo modifica não só a teoria do direito constitucional, como altera todo o paradigma construído até então sobre o sistema de controle praticado pelo direito brasileiro, o que nos faz refletir sobre a necessidade de uma discussão mais aprofundada de bases científicas sobre a redefinição do papel desempenhado pelo judiciário. Isso porque o Estado nacional permanece como um sujeito que desempenha medidas importantes no cenário internacional na busca efetiva pela proteção de direitos humanos.

O diálogo entre jurisdições constitui um relevante desafio para a cultura jurídica, em especial para os Estados periféricos da América latina que adotam, em sua maioria, parâmetros constitucionais de proteção de direitos humanos.

Entretanto, nem sempre as decisões judiciais provenientes do Estado e da Corte regional são convergentes, como por exemplo, o vivenciado pelo Estado brasileiro que em 1979 através de lei editada pelo Congresso Nacional[1] anistiou agentes da ditadura militar e que o Supremo Tribunal Federal, no ano de 2010, na Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 153, declarou a Lei de Anistia válida, mas que após oito meses[2] foi surpreendido com decisão contrária da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determinou a revogação da norma doméstica por estar em desacordo com a Convenção Americana de Direitos Humanos.[3]

A partir disso, no presente *paper* foram adotadas premissas metodológicas de estudo que obrigam um aprofundamento de cunho bibliográfico e análise de decisões provenientes do sistema interamericano e do judiciário nacional para se dimensionar o impacto do controle de convencionalidade na jurisdição brasileira a partir do diálogo entre cortes.

[1] Lei nº 6.683/79.
[2] A prolação da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos posterior ao julgamento da ADPF nº 153 representa fato inédito e coloca o Brasil em iminente risco de sofrer nova condenação internacional por cometer ilícito por descumprimento da determinação da Corte Interamericana.
[3] Trata-se do caso *Gomes Lund e outros vs. Brasil* (Guerrilha do Araguaia).

É importante notar que o controle de convencionalidade desenhado pela Corte Interamericana reveste-se de um importante instrumento de fortalecimento dos direitos humanos. Em termos simples significa

> un mecanismo jurídico por el cual los jueces invalidan normas de rango inferior a la convención, que no hayan sido dictadas de conformidad a ella teniendo em cuenta no sólo la Convención misma, sino la interpretación que de ella efectúa la Corte Interamericana". (SCHEPIS, 2009, p. 7).

A necessidade de fomentar um novo paradigma jurídico permite avançar para o diálogo necessário entre jurisdições e o consequente desenvolvimento do controle de convencionalidade. Verifica-se que o diálogo entre a ordem internacional e a ordem interna desenvolvidas no âmbito do sistema interamericano, instituído pela Convenção Americana, propicia a revisão da jurisprudência de ambos ordenamentos jurídicos de tal maneira que amplia a proteção dos direitos humanos.

## 1. Diálogo entre jurisdições como pressuposto para o exercício do controle de convencionalidade

A dogmática tradicional calcada na ideia equivocada de assentamento da Constituição no cume da escala normativa interna evoca o obstáculo de concretude da dignidade humana e leva o Estado violador de direitos humanos a enfrentar decisões provenientes da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Esse paradigma até então vivenciado pelos Estados submetidos a um sistema regional de proteção entra em crise e urge notabilizar um novo modelo condutor da cultura jurídico latino-americana.

Nesse contexto são destacadas pelo menos três peculiaridades fundamentais: a primeira congrega e integra a ordem constitucional e a ordem internacional, a exemplo da Argentina, que após a reforma de 1994, estabeleceu a paridade normativa entre as normas constitucionais e os tratados de proteção dos direitos humanos.

A segunda é marcada pela paulatina abertura do direito sob o ponto de vista de interação entre jurisdições e empréstimos constitucionais, como ocorreu recentemente no Brasil a partir do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do estado de coisas inconstitucional da situação penitenciária nacional instituto originário das decisões proferidas pela Corte Constitucional Colombiana diante da constatação de violações generalizadas, contínuas e sistemáticas de direitos fundamentais.

Por fim, a terceira influenciada pelo *human rights approach* que se radica no conceito cidadania com forte tendência de elevação da dignidade humana como pressuposto ilimitado de todos os constitucionalismos (CANOTILHO, 1993).

Tais peculiaridades e a necessidade de fomentar um novo paradigma jurídico permitem na atmosfera latino-americana o avanço do diálogo entre jurisdições e o consequente desenvolvimento do controle de convencionalidade. Nesse sentido, é possível destacar três variáveis interlocutórias entre jurisdições. A *cross cutural dialogue* baseada na comunicação entre as jurisdições regionais, como por exemplo, entre as cortes europeia e a interamericana de Direitos Humanos; O diálogo entre as jurisdições constitucionais e, finalmente, o diálogo entre a jurisdição constitucional e a jurisdição regional. Para fins desse trabalho a análise centraliza-se nessas duas últimas dimensões de interação jurisdicional.

É importante destacar que na atualidade a principal missão dos Estados no âmbito dos sistemas de proteção concentra-se na preservação dos direitos fundamentais e, nesse sentido, há uma forte tendência para a centralidade dos direitos humanos, como impulso a uma nova forma de projeção do direito.

Entretanto, por conta da insuficiência do Estado em resolver todas as questões que ultrapassam suas fronteiras torna-se evidente o processo de esvaziamento da ordem constitucional e a consequente necessidade da busca de solução eficaz para um problema comum. Nesse sentido desponta o denominado transconstitucionalismo como um movimento que gravita a partir do entrelaçamento de ordens jurídicas distintas em torno dos mesmos problemas de ordem constitucional sem a sobreposição de decisões de um tribunal a outros, na busca do constante diálogo e troca de informações entra as jurisdições (NEVES, 2009).

Não se trata de reduzir o tema ao diálogo entre cortes no sentido de NEVES (2014, p. 194) pois

> (..) a conquista de direitos no âmbito do transconstitucionalismo decorre de relações altamente conflituosas entre cortes de ordens jurídicas diversas. Em segundo, os problemas transconstitucionais emergem e são enfrentados fora das instâncias jurídicas de natureza judiciária, desenvolvendo-se no plano jurídico da administração, do governo e do legislativo, assim como no campo dos organismos internacionais e supranacionais não judiciais, dos atores privados transnacionais e, inclusive, especialmente na América Latina, no domínio normativo das comunidades ditas "tribais". O transconstitucionalismo aponta para o fato de que surgem cada vez mais questões que poderão envolver instâncias estatais, internacionais, supranacionais e transnacionais (arbitrais), assim como instituições jurídicas locais nativas, na busca da solução de problemas tipicamente constitucionais.

Há vários fatores que possibilitam o maior incremento do diálogo jurisdicional, como o crescimento exponencial da troca de informações entre cortes constitucionais e interamericana, com a divulgação rápida dos expedientes forenses pela internet, o que facilita o acesso direto de qualquer interessado; o fator de legitimação democrática da atuação contramajoritária do judiciário para a consolidação e reforço da democracia e, a repetição de questões e casos jurídicos atinentes a mais de um Estado, a partir da tarefa comum em torno da proteção dos direitos humanos.

Com efeito, num caso que envolveu o conflito negativo de competência entre juízos da província de Buenos Aires, a Corte Suprema de Justiça argentina se pronunciou sobre o controle de legalidade e respeito ao devido processo legal dos direitos fundamentais das pessoas submetidas à internação psiquiátrica involuntária ou coativa a partir da interpretação da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência firmada pela Corte Interamericana[4] e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos

Por outro lado, nada impede que a corte internacional também examine um caso a partir de decisões proferidas no âmbito interno de um Estado. Como exemplos desse aspecto, referenciam-se algumas sentenças da Corte interamericana como:

a) o caso *Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku* no qual o Tribunal buscou apoio em decisão proferida pela Corte Constitucional da Colômbia ao asseverar que o Estado tem o dever de consultar preliminarmente as comunidades étnicas em um diálogo intercultural a fim de que os povos possam exercer seu direito à autonomia. Ou seja, o tribunal internacional para solucionar um caso que envolveu o Equador realizou o diálogo através da interpretação jurisprudencial de uma decisão proferida pela Colômbia;

b) o caso *Gelman vs. Uruguai* no qual a Corte interamericana no ano de 2010 condenou o estado uruguaio pelo desaparecimento forçado e, ao decidir, evocou decisão da Corte Suprema argentina no caso *Simón,* que igualmente determinou que a *Ley de Punto Final* e a *Ley de Obediencia Debida* seriam inconstitucionais. Da mesma forma, o tribunal citou o caso *Lecaros Carrasco*, proveniente da Corte Suprema de Justiça chilena[5] e decisão da Corte Constitucional colombiana;[6]

[4] Casos *Baena Ricardo y otros vs. Panamá e Ivcher Bronstein y Tribunal Constitucional*, ambos contra o Perú, assim como a Opinão Consultiva OC-9/87 sobre as garantias judiciais em estados de emergência.

[5] Corte Suprema de Justicia de Chile, Caso de Claudio Abdón Lecaros Carrasco seguido por el delito de secuestro calificado, Rol No. 47.205, Recurso No. 3302/2009, Resolución 16698, Sentencia de Apelación, y Resolución 16699, Sentencia de Reemplazo, de 18 de mayo de 2010.

[6] Corte Constitucional de Colombia, Revisión de la Ley 742, de 5 de junio de 2002, Expediente No. LAT-223, Sentencia C-578/02, de 30 de Julio de 2002, apartado 4.3.2.1.7.

c) o caso *Yatama vs. Nicarágua* que por força de decisão do Conselho Supremo Eleitoral da Nicarágua, membros da comunidade indígena foram impedidos de participar do processo eleitoral em 2000. A Corte interamericana determinou que o Estado da Nicarágua procedesse a reforma da lei eleitoral porque violava a convenção Americana de Direitos Humanos e
d) o caso *Duque vs. Colômbia*, decidido em 26 de fevereiro de 2016, relacionado à exclusão de obtenção de pensão por morte de companheiro homossexual, a Corte Interamericana evocou decisão proferida pela Suprema Corte de Justiça da Nação do México[7] na qual se considerou inconstitucional lei de qualquer entidade federativa que considere que a finalidade do matrimônio é a procriação e/ou que o defina como aquele celebrado entre homem e uma mulher. Além disso, a Corte fundamentou sua decisão através de vários julgamentos similares em Estados latino-americanos, como da Corte Suprema de Justiça argentina[8], do Supremo Tribunal Federal brasileiro[9] e da própria Corte Constitucional da Colômbia,[10] bem como decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos na qual considerou que

> Del mismo modo, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos ha realizado el análisis de los principios y tradiciones que deben ser discutidos para demostrar que la protección del derecho a casarse aplica con igual fuerza para las parejas del mismo sexo. En ese sentido, la Corte Suprema ha determinado que si bien los Estados dentro del territorio estadounidense son, en general, libres de variar los beneficios que confieren a todas las parejas casadas, a lo largo de la historia se ha agregado al matrimonio una lista en expansión de derechos gubernamentales, beneficios y responsabilidades. Estos aspectos incluyen: impuestos, la herencia y los derechos de propiedad, reglas de la sucesión intestada, privilegio del cónyuge en la ley de las pruebas, acceso al hospital, autoridad para tomar decisiones médicas, derechos de adopción, los derechos y beneficios de los sobrevivientes, certificados de nacimiento y defunción, normas de ética profesional, restricciones financieras, beneficios de compensación laboral, seguro de salud y custodia de los hijos, normas de apoyo y de visita. [11]

Nessas experiências mencionadas verifica-se que o diálogo entre a ordem internacional e a ordem interna desenvolvidas no âmbito do sistema interamericano, instituído pela Convenção Americana, propicia a revisão da jurisprudência de ambos ordenamentos jurídicos de tal maneira que amplia a proteção dos direitos humanos.

Dentro dessa perspectiva a Corte Interamericana não pode ser concebida como uma última instância associada às instâncias dos Estados nacionais. Uma vez desenvolvida a

[7] México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera sala, 19 de Junio de 2015, 1a./J.43/2015.
[8] Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 28 de Junio de 2011.
[9] Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4277, 5 de maio de 2011.
[10] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-336 de 16 de abril de 2008 (expediente de prueba, folio 1398).
[11] Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, Obergefell et al. vs. Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al. No. 14–556. Argued April 28, 2015— 26 de junio de 2015.

interpretação pelo órgão judicial internacional, as instâncias nacionais deveriam aceitar como critério autorizado sobre os instrumentos normativos internacionais a força vinculante dessas decisões, que tem como propósito a consolidação da recepção nacional do direito internacional dos direitos humanos e brinda com maior extensão e firmeza o estatuto contemporâneo do ser humano, beneficiário de normas nacionais e internacionais que reconhecem sua titularidade e asseguram o pleno exercício dos direitos e liberdades.

Além disso, o diálogo institucional constante e permanente, no âmbito transnacional, influencia as decisões a serem tomadas no domínio do Estado e do próprio sistema regional de proteção dos Direitos Humanos. Esse entrecruzamento de ideias dialogais reforça o reconhecimento das decisões proferidas pela corte interamericana e desempenha um ponto de apoio para a racionalidade da decisão judicial doméstica. Enfim, o diálogo entre jurisdições nada mais funciona como pressuposto lógico para a existência do controle de convencionalidade, tema melhor desenvolvido a seguir.

## 2. Controle de Convencionalidade como alicerce do sistema interamericano

Apesar do controle de convencionalidade ter origem na decisão francesa 74-54 DC proferida em 1975,[12] SAGUES (2009, p. 438) afirma que tal modelo já foi reproduzido há algum tempo pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, como no caso *Van Gend en Loos* (1963), *Costa vs. ENEL* (1964) e em *Simmenthal* (1968).

Como premissa básica para a existência do controle de convencionalidade há necessidade do reconhecimento do *status* diferenciado dos tratados sobre direitos humanos no ordenamento jurídico o que não diferencia muito do controle de constitucionalidade, pois

> Or ce contrôle de conventionnalité a, en pratique, la même portée et les mêmes effets qu'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Sur le plan juridique, le contrôle de conventionnalité est exactement de même nature qu'un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Le raisonnement tenu par un juge français pour écarter l'application d'une loi contraire aux stipulations d'un traité, même antérieur, est exactement le même que le raisonnement tenu par le Chief Justice Marshall en 1803 dans l'arrêt Marbury contre Madison. (LAMOTHE, 2009)

[12] (...) la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, le Conseil constitutionnel a jugé que, malgré le principe de la primauté des traités sur les lois posé par l'article 55 de la Constitution, il n'était pas compétent pour examiner la conformité des lois avec les engagements internationaux de la France et notamment la Convention européenne des droits de l'homme. « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi en 1 application de l'article 61 de la Constitution, d'examiner la conformité d'une loi aux stipulations d'un traité ou d'un accord international » (Décision n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, recueil p. 19). (LAMOTHE, 2009)

Na medida em que a maioria das Constituições latino-americanas permite a interação entre o ordenamento jurídico interno e a ordem internacional para a salvaguarda dos direitos humanos, com a expansão da jurisdição das cortes supremas e o bloco de constitucionalidade, abre-se espaço para a consolidação de normas internacionais de proteção que passam a desfrutar de um grau superior na escala normativa interna.

Nessa perspectiva sobressaem dois aspectos distintos: o primeiro, que parte da análise de casos sujeitos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no qual se permite verificar a compatibilidade de leis internas, incluindo até mesmo a Constituição do Estado, cujo parâmetro é a Convenção Americana de Direitos Humanos e, o segundo, a partir da possibilidade das cortes supremas latino-americanas examinarem casos à luz dos tratados internacionais sobre direitos humanos elaborados sob os auspícios dos sistemas regionais e global.

Com efeito, a partir da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é possível distinguir dois níveis de controle: 1) aquele realizado pela própria Corte, que reputa "inconvencional" a norma doméstica oposta à Convenção Americana de Direitos Humanos, como ocorreu nos casos *La última tentación de Cristo* e *Boyce vs. Barbados*; 2) aquele realizado pelos juízes locais, como um segundo nível de controle, por orientação da Corte Interamericana, para que os juízes nacionais possam exercer o controle de convencionalidade, como foi o caso de *Almonacid Arellano*, julgado em 2006.

Com efeito, a prática do exercício do controle de convencionalidade foi reafirmada em inúmeros casos analisados pela Corte Interamericana, como em: *La Cantuta* (2006, considerando 173), o já mencionado *Boyce vs. Barbados* (2007, considerando 78), *Fermín Ramírez y Raxcacó Reyes* (2008, considerando 63), *Heliodoro Portugal* (2008, considerandos 180/1), *Manuel Cepeda Vargas* (2010, considerando 208 e nota 307), *Comunidad Indígena Xákmok Kásek* (2010, considerando 311), *Fernández Ortega* (2010, considerando 237), *Rosendo Cantú* (2010, considerandos 219 e 220), *Ibsen Cárdenas y otro* (2010, considerando 202), *Velez Loor* (2010, considerando 287), *Gomes Lund* (2010, considerando 176), *Cabrera Garcia-Montiel Flores* (2010, considerando 225) e, mais recentemente, no caso *Duque vs. Colômbia*, decidido em 26 de fevereiro de 2016, no considerando 85.

O controle de convencionalidade resulta da criação jurisprudencial da Corte Interamericana, numa espécie de ativismo judicial, que basicamente fundamenta-se em dois argumentos: o princípio da boa-fé no cumprimento das obrigações internacionais e a regra do

artigo 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, na qual o Estado não deve alegar o direito interno para se eximir de obrigações convencionadas.

São duas as consequências básicas dos efeitos do controle de convencionalidade. A primeira de caráter negativo ocorre quando a lei interna se opõe à Convenção Americana ou à jurisprudência da Corte, devendo ser declarada inválida e expurgada do ordenamento nacional. A segunda, com nítido aspecto positivo, ocorre quando o juiz local aplica a lei doméstica à luz das normas da Convenção Americana, harmonizando os dois ordenamentos jurídicos.

De todo modo, o êxito ou o fracasso do controle de convencionalidade exercido no sistema americano dependerá do maior acolhimento dos Estados das decisões da Corte Interamericana e da vontade do cumprimento das diretrizes da Corte pelos juízes locais. Nesse sentido, faz-se mister compreender como os juízes brasileiros recepcionam as orientações e pronunciamentos da Corte Interamericana, o que será examinado na seção seguinte.

## 3 – A experiência brasileira no tratamento hierárquico das convenções sobre direitos humanos

A partir da fase de constitucionalização dos direitos humanos, cada Estado procura delimitar quais são os direitos merecedores de destaque e, com isso, surge a dificuldade de determinar quais são esses direitos, a partir de agora denominados "fundamentais". O esforço se torna mais complexo ainda porque a Constituição brasileira consagrou a cláusula de abertura dos direitos fundamentais, que possibilita a aquisição de novos direitos consagrados fora do texto constitucional.

Os tratados, considerados na atualidade a principal fonte do Direito Internacional, vinculam os Estados juridicamente e os obrigam, em homenagem ao princípio da *pacta sunt servanda*. Por tal razão e dado o crescente número de tratados celebrados ultimamente, a relação entre Direito Internacional e Direito Interno, que no passado era um mero problema teórico, nos dias de hoje passou a ser uma grave questão prática a ser observada pelos estudiosos, mormente quando o assunto abordado cuida da proteção do ser humano.

Esse problema é acentuado no Brasil principalmente porque o país encontra-se vinculado a vários tratados de direitos humanos, notadamente a Convenção Americana de Direitos Humanos e recentemente a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007 e internalizados como equiparados às normas constitucionais.

A Constituição de 1988, por ser precedida de um período marcado por forte dose de autoritarismo, consagrou um extenso rol[13] de direitos e garantias individuais e em seu segundo parágrafo estabeleceu que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluiriam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, e ou, pela primeira vez, dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil fosse parte. Esse fato casou uma celeuma doutrinária, sendo certo que, por essa redação, o catálogo do art. 5º não poderia ser considerado taxativo, havendo direitos fundamentais e garantias reconhecidos em outros dispositivos da própria constituição, como por exemplo, as vedações especificadas no art. 150 e o reconhecimento da "cláusula de abertura".

Neste contexto, importa perceber que os direitos fundamentais integram um sistema no bojo da Constituição e que se verifica, de plano, ser inviável a sustentação da concepção segundo a qual os direitos fundamentais formam um sistema em separado e fechado no contexto da Constituição (SARLET, 2009. p. 71).

A regra da cláusula de abertura dos direitos fundamentais foi incorporada na primeira constituição republicana por forte influência da IX Emenda da Constituição estadunidense. Na história do constitucionalismo brasileiro, as Constituições de 1891[14], a social de 1934[15], a polaca de 1937[16], a que marcou o período pós-guerra de 1946[17], a da ditadura militar de 1967[18] e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969[19] de alguma maneira previram variações dessa expansão constitucional.

A partir da afirmação de que os direitos fundamentais estão inseridos num sistema aberto e flexível, sujeitos aos influxos do mundo circundante (PÉREZ LUÑO, 1995. p.153), é possível reconhecer o conteúdo material aberto de direitos fundamentais positivados em outros

[13] No que concerne ao processo de elaboração da atual Constituição e o seu extenso rol de direitos fundamentais deve-se reconhecer que foi o resultado de amplo debate oportunizado pela redemocratização no país, após mais de vinte anos de ditadura militar, e a ele atribuído pelo menos três características: forte cunho programático, dirigente e analítico. Em relação a essa última característica fica evidente que o constituinte desconfiava do legislador infraconstitucional e, por isso, decidiu salvaguardar direitos considerados essenciais ao ser humano e impedir sua supressão pela nota da intocabilidade das cláusulas pétreas ou garantia de eternidade do art 60, §4°, da CF.

[14] Art 78 - A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

[15] Art 114 - A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota.

[16] Art 123 - A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição.

[17] Art 144 - A especificação, dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

[18] Art. 150, § 35 - A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

[19] Art. 153, § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.

dispositivos constitucionais e, até mesmo, em outros documentos e normas jurídicas escritas ou não-escritas, expressas ou implícitas que decorrem do regime e dos princípios adotados pela própria Constituição.

Muito embora a distinção entre direitos fundamentais no sentido formal e material não tenha sido objeto de muitos estudos e tenha suscitado divergências doutrinárias, para bem compreender o sistema de abertura previsto pela Constituição brasileira, faz-se necessário caracterizar os direitos a partir da noção de fundamentalidade no sentido formal e no sentido material. Sob o prisma da fundamentalidade formal, devem ser considerados aspectos constitucionais positivos do ordenamento jurídico brasileiro como: a) a de que os direitos fundamentais estejam previstos na Constituição Federal, integrantes de um rol específico e posicionamento hierárquico superior às normas infraconstitucionais; b) que em decorrência de estarem inseridos no texto constitucional, devem possuir *status* de norma constitucional e sujeitos a limites de reforma procedimentais, circunstanciais e materiais, que garantem a cláusula de eternidade e por fim; c) que os direitos fundamentais eficácia imediata que vinculam tanto o Estado como as entidades privadas, conforme dispõe o art. 5º, §1°, da Constituição Federal.

De outra banda, a fundamentalidade material sustenta-se e decorre da noção material de Constituição, ou seja, de que aquele conteúdo de direito se insere no espírito de organização de um Estado nacional por dada sociedade particularmente considerada (CAMPO, 1999. p.19). Nesse sentido, existem direitos que, por seu conteúdo, por sua relevância e substância, pertencem ao Estado, mesmo não constando no catálogo positivo expresso na Constituição.

Da mesma forma, somente pode ser construído um conceito de fundamentalidade material em se considerando valores dominantes, isto é, aceitos pela maioria, assim como as circunstâncias políticas, econômicas, sociais e culturais de uma determinada ordem constitucional vigente. Assim, a fundamentalidade do direito poderá variar no espaço e no tempo. De qualquer maneira, é preciso ter em mente que certos valores são considerados universalmente fundamentais, tais como a vida e a liberdade, embora do mesmo modo devam ser contextualizados de acordo com a realidade cultural e social. É nesse sentido que CANÇADO TRINDADE (2000) faz crítica de que

> Do ponto de vista jurídico, a teoria das gerações de direitos não tem nenhum fundamento. Vou dar dois exemplos práticos, concretos, sobre os perigos da teoria das gerações de direitos.
> Primeiro, a concepção que prevalece no mundo ocidental e sobretudo ao norte do Equador, na América do Norte, onde, para a maioria das pessoas, os direitos humanos são sinônimos de *civil rights* e os direitos econômico-sociais seriam puramente

> programáticos, o que ainda é a visão que prevalece em países como Estados Unidos e Canadá, como todos sabemos. Por outro lado, há a visão que prevalece no extremo oriente. Tive oportunidade de visitar a China duas vezes, através do Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Na segunda visita, estive com um juiz da Corte Européia. Foram dois convidados: um do sistema interamericano e um do sistema europeu.
> O Juiz Foighel, da Corte Européia, falou sobre a jurisprudência em matéria de devido processo legal na Europa, e eu falei sobre a jurisprudência incipiente interamericana.
> Os chineses nos escutavam um tanto atônitos e diziam: 'Aqui damos um *fair trail and then we hang everybody*'. Eles não têm essa mesma noção de direitos de devido processo que, na verdade, permeia os direitos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais. Essa concepção tem causado grande dano à evolução dos direitos humanos.

A partir dessa concepção é possível imaginar, desde já, duas espécies de direitos fundamentais: a) direitos formal e materialmente fundamentais, ou seja, aqueles previstos na Constituição; e b) direitos apenas materialmente fundamentais, porque concebido fora do texto constitucional. É nesse sentido que os Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (SARLET, 2009. p.77) .

Entretanto, o principal desafio dos direitos fundamentais encontra-se no terreno de sua eficácia, não é do campo filosófico, não é tanto o problema de justificá-lo, mas do político e jurídico (BOBBIO, 1992. p. 24-25). Não importa saber quais são esses direitos e que natureza possuem, se relativos ou absolutos, se originários ou derivados, mas como podem ser efetivamente garantidos e impedidos de serem violados.

No Brasil, antes da Emenda Constitucional 45 de 2004, todos os tratados seguiam basicamente o rito interno comum destinados aos tratados genéricos, que consistia na aprovação pelo Congresso Nacional, por meio de Decreto Legislativo, cujo quórum exigido era de maioria relativa. Entretanto, a partir da edição da Emenda Constitucional 45 de 2004 surgiram diversas indagações que consistiam em responder as seguintes questões: como os tratados internacionais de direitos humanos celebrados anteriormente à publicação da referida emenda à Constituição passam a vigorar no Direito brasileiro? Há obrigatoriedade na observância do rito previsto pelo artigo 5º, §3º, da Constituição Federal? Prevalecerá a mesma sistemática anterior quanto à promulgação e a ratificação para os tratados aprovados de acordo com o disposto no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal?

De antemão, é preciso compreender que a escolha por parte do governo brasileiro do rito a ser seguido para a internalização do tratado sobre direitos humanos pode alçar o instrumento internacional a diferentes posições gradativas no ordenamento jurídico. É inevitável a associação entre o procedimento escolhido e a ocupação do tratado entre as normas do direito e a possibilidade ou não do exercício do controle de convencionalidade.

Por seu turno, mostra-se também relevante conhecer antecipadamente como se colocavam os tribunais e a doutrina especializada sobre o tema.

Antes da edição da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 que acrescentou ao artigo 5º, o parágrafo terceiro, que expressamente dispõe 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.", o rito observado era o comum, até então a única sistemática existente no Brasil.

Nesse sentido, parte da doutrina, de forma quase que isolada, afirmava que os tratados de direitos humanos, por força do disposto no artigo 5º, §1º, desfrutava da incorporação automática e imediata no ordenamento jurídico interno. E isso traduziria consequências significativas para o particular, pois permitiria a invocação direta dos direitos consagrados internacionalmente. Bastava o ato de ratificação e a entrada em vigor, no plano internacional, para que o tratado fosse considerado válido no Brasil, vez que segundo PIOVESAN (2010. p.86)

> (...) não será mais possível a sustentação da tese segundo a qual, com a ratificação, os tratados obrigam diretamente aos Estados, mas não geram direitos subjetivos para os particulares, enquanto não advém a referida intermediação legislativa. Vale dizer, torna-se possível a invocação imediata de tratados e convenções de direitos humanos, dos quais o Brasil seja signatário, sem a necessidade de edição de ato com força de lei, voltado à outorga de vigência interna aos acordos internacionais.

Sobre o escalonamento dos tratados de direitos humanos e não, frise-se, quanto à sistemática de incorporação, já que existia tão-somente aquela destinada aos tratados, independente do seu conteúdo, a doutrina e a jurisprudência, até a edição da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, estabeleciam basicamente duas posições[20]: a primeira defendida por Celso Duvivier de Albuquerque Mello[21], Flávia Piovesan e pelo juiz da Corte

[20] Há que se ressaltar o posicionamento de Gilmar Ferreira Mendes que atribuía o caráter *supralegal* aos tratados e convenções sobre direitos humanos. MENDES, Gilmar Ferreira *et alli, Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 739.

[21] Em verdade, Celso de Albuquerque Mello e no direito comparado Bidart Campos reconhecem a natureza *supraconstitucional* dos tratados e convenções em matéria de direitos humanos.

Interamericana de Direitos Humanos, Antonio Augusto Cançado Trindade[22], os quais entendiam que os tratados sobre direitos humanos ao serem internalizados no direito brasileiro, deveriam revestir-se de estatura de normas constitucionais. Desta forma, segundo esse entendimento, a edição da Emenda Constitucional nº 45 só veio a reforçar a tese de que o conteúdo de um tratado de direitos humanos possuía *status* elevado no ordenamento jurídico pátrio porque de acordo com PIOVESAN (2009, p. 145)

> (...) novo dispositivo do art. 5º, §3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial.

É que,

> Ao efetuar a incorporação, a Carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do Texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. (PIOVESAN, 2010 p. 52)

Toda essa construção teórica se baseou na interpretação do artigo 5º, §2º, da Constituição Federal, ou seja, a permissão da cláusula de abertura, já destacada acima, e não, evidentemente, na dicção do artigo 5º, §3º, que inexistia à época.

De outra banda, oposta ao entendimento anterior, o Supremo Tribunal Federal[23] e Celso Ribeiro Bastos afirmavam que os tratados sobre direitos humanos teriam a mesma natureza jurídica de qualquer tratado depois de incorporado ao direito brasileiro, isto é, norma infraconstitucional. Concluíram que o tratado, qualquer que fosse a matéria ali prevista, possuía o *status* equivalente à lei ordinária. Consequentemente, extraia-se dessa posição que não havendo primazia dos tratados internacionais sobre direitos humanos em face da lei ordinária, eventual conflito existente entre as fontes deveria ser resolvido pela aplicação do critério cronológico ou pela aplicação do critério da especialidade.

[22] Estes dois últimos interpretavam os parágrafos primeiro e segundo do art. 5º, da CRFB, como garantidores da aplicabilidade direta e do *status* constitucional dos tratados sobre direitos humanos.

[23] Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1480 – DF, Tribunal Pleno, Relator: Min. Celso Mello "PARIDADE NORMATIVA ENTRE ATOS INTERNACIONAIS E NORMAS INFRACONSTITUCIONAIS DE DIREITO INTERNO. - Os tratados ou convenções internacionais, uma vez regularmente incorporados ao direito interno, situam-se, no sistema jurídico brasileiro, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade em que se posicionam as leis ordinárias, havendo, em consequência, entre estas e os atos de direito internacional público, mera relação de paridade normativa."

O Supremo Tribunal Federal, embora sofresse inúmeras críticas, sustentava esta tese ao comparar a Constituição brasileira com a Constituição argentina que de forma expressa consagrava a hierarquia constitucional dos tratados de direitos humanos. Assim, a diferença entre as duas constituições demonstrava que, quando o constituinte deseja alçar o tratado sobre direitos humanos a uma categoria superior, o faz de maneira expressa.[24]

Ao procurar responder a primeira indagação proposta acima, isto é, como os tratados internacionais de direitos humanos celebrados anteriormente à publicação da Emenda Constitucional 45, de 2004, passavam a vigorar no Direito brasileiro, depara-se com uma evolução jurisprudencial e ao mesmo tempo com divergência jurisprudencial.

A doutrina diverge sobre este aspecto, pois segundo uma linha de pensamento não seria possível emprestar àqueles tratados a mesma natureza jurídica dos que tramitaram em conformidade com a EC 45/04 (ARAÚJO, 2007. p. 168). Porém, em sentido contrário, advoga-se a tese de que nada impediria o legislador pátrio submeter aquele tratado já incorporado ao novo rito estabelecido pela citada emenda (PIOVESAN, 2005. p.72).

Por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, em 03 de dezembro de 2008, no qual se discutia a possibilidade da prisão civil do depositário infiel em cotejo com regras estabelecidas na Constituição Federal, leis infraconstitucionais e o Pacto de São José da Costa Rica, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal, asseverou que a mutação constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados sobre direitos humanos já ratificados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional nº 45.

No contexto atual, em que se verifica cada vez mais a abertura do Estado constitucional brasileiro a ordens jurídicas supranacionais de proteção dos direitos, não faz mais sentido consagrar a tese da legalidade ordinária aos tratados firmados pelo Brasil anteriormente à alteração constitucional. Qualquer tese em sentido contrário estaria predestinada ao retrocesso e a defasagem.

Verifica-se de plano que os tratados sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil antes da referida emenda, não se equipararam às leis ordinárias, mas também não se revestiram de *status* de emendas constitucionais justamente por não terem passado pelo procedimento especial previsto somente a partir de 2004.

[24] No RE 249.970/RS, de 04/08/99 o Supremo Tribunal Federal deixa transparecer o seu entendimento, da seguinte forma: "Diversa seria a situação, se a Constituição do Brasil à semelhança do que hoje estabelece a Constituição argentina de 1853, no texto emendado pela Reforma Constitucional de 1994 (art. 75, n. 22) - houvesse outorgado hierarquia constitucional aos tratados celebrados em matéria de direitos humanos. Tal, porém, como já enfatizado, não ocorre no sistema de direito positivo vigente no Brasil. A indiscutível supremacia da ordem constitucional."

A segunda indagação proposta acima refere-se a obrigatoriedade ou não na observância do rito previsto pelo artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal. Tem-se que a emenda constitucional possibilitou a escolha do governo, por motivos de conveniência. Parece que pela redação do dispositivo, porque o constituinte reformador utilizou a expressão "que forem aprovados", não se pode exigir do Congresso Nacional que adote o rito especial do quórum de três quintos. Abre-se a partir dessa conclusão espaço para que o Presidente da República, ao encaminhar sua Mensagem ao Congresso Nacional, sugira que este adote o procedimento especial, sem que isso vincule esse órgão à decisão do chefe do Executivo. Nessa esteira

> Em face dessa redação, concluímos que o rito especial pode ser pedido pelo Presidente da República, em sua mensagem de encaminhamento do texto do tratado ao Congresso ou ainda pode ser o rito adotado pelo próprio Congresso sponte sua. Nem se diga que a vontade presidencial de adoção do rito simples vincularia o Congresso. É que, nesse caso, o Presidente é o senhor da oportunidade de envio da mensagem, mas a adoção do rito especial é tema que envolve matéria eminentemente congressual, de acordo com o art. 49, I. Logo, cabe ao Congresso decidir sobre o quorum de aprovação e os dois turnos de votação. O Congresso pode ser provocado, mas pode também adotar o rito *ex officio*, pois não podemos concluir que esse tema dependa da iniciativa privativa do Presidente. (RAMOS, 2011. p. 13)

Desta maneira o Congresso pode inclusive rejeitar o pedido do Presidente da República e adotar o rito geral, imposto para os tratados que não cuidam de direitos humanos. Trata-se de mera escolha do Poder Legislativo para adotar o rito especial ou o comum.

A questão sobre a obrigatoriedade ou não da adoção do rito mais severo para incorporar o tratado sobre direitos humanos no direito interno, daqui para frente, parece ser irrelevante para a doutrina. Para alguns, no entanto, conjugando a interpretação dos artigos 4º, inciso II, e 5º, parágrafo 2º, ambos da Constituição Federal não mais vigoram, em face do novo regramento. Logo, afigura-se manifesto o teor imperativo da nova regra. Para outros a observância do dispositivo constitucional configura mera faculdade. Nesta esteira, nos ensina Wellington Cláudio Pinho de Castro, *in verbis:*

> Não é condição indispensável a aprovação pelo *quorum* qualificado, mas requisito para que esses tratados ou convenções possam ingressar no ordenamento jurídico em posição hierárquica semelhante à das emendas constitucionais. Assim, caso não seja obtida a votação em dois turnos, em cada casa, por três quintos de seus membros, o tratado poderá ser aprovado, porém, sem a prerrogativa da natureza constitucional de suas disposições. Já os demais tratados que não versarem sobre direitos humanos sempre serão incorporados como norma infraconstitucional, ainda que eventualmente aprovados pelo procedimento das emendas. Aliás, não existindo a possibilidade de serem elevados ao patamar da Constituição sob o aspecto material, não há necessidade de subsunção ao procedimento legislativo especial, devendo ser submetidos à apreciação em sessão conjunta do Congresso com aprovação por maioria simples. (CASTRO, 2005)

Portanto, somente os tratados sobre direitos humanos que vierem a ser incorporados no direito brasileiro e seguirem estritamente o § 3º do art. 5º, da CRFB, isto é, forem aprovados em cada Casa congressual, em dois turnos, por três quintos dos votos, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Nesse ponto reside a importância de estabelecer parâmetros seguros do posicionamento assumido pelas convenções sobre direitos humanos no Brasil a fim de permitir o exame de compatibilidade com as leis internas.

## Considerações Finais

Este artigo procurou traçar linhas gerais o diálogo entre jurisdições como pressuposto lógico e inafastável da existência do controle de convencionalidade. O tema conduziu a necessidade de apuração de casos decididos pela Corte Interamericana de Diretos Humanos.

Em essência, o controle de convencionalidade está relacionado aos casos de compatibilidade das normas com os tratados de direitos humanos. Nesse prisma, o controle pode significar inclusive uma técnica legislativa de compatibilização, no qual o poder legislativo tem o dever de alterar ou criar normas e realizar o controle prévio e político, utilizando como parâmetro a Convenção Americana sobre Direitos Humanos; mas também pode representar um controle judicial de convencionalidade, no qual há se declara a invalidade de leis internas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, seja pela via difusa, seja pelo controle concentrado.

Dentro deste espírito científico, como foi visto, a missão de verificação de conformidade exercida pelo juiz brasileiro reveste-se de garantia na aplicação doméstica das convenções sobre direitos humanos e preserva o compromisso internacional assumido pelo Brasil, evitando assim eventual responsabilidade do Estado por transgressão ao sistema regional de proteção dos direitos humanos.

Nessa linha argumentativa há de se ter mente que, mais do que uma orientação, o controle de convencionalidade é uma imposição, não só para os magistrados brasileiros, mas uma tarefa a ser desempenhada por todas as esferas de governo.

**Referências**


ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira.* 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPO, Javier Jiménez. *Derechos Fundamentales. Concepto y Garantías*. Madrid: Trotta, 1999.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Tese de "Gerações de Direitos Humanos" de Norberto Bobbio. Seminário Direitos Humanos das Mulheres: A Proteção Internacional* Evento Associado à V Conferência Nacional de Direitos Humanos 25 de maio de 2000 Câmara dos Deputados, Brasília, DF. Disponível em http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm. Acesso em 06 de mar 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO RAMOS, André de. *O Diálogo das Cortes: O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos*. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do; JUBILUT, Liliana Lyra (Org.). O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. 1. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009. v. 1.

CASTRO, Wellington Cláudio Pinho de. *Regime jurídico dos tratados e convenções internacionais após a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004*. Teresina, ano 9, n. 830, 11 out. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7405>. Acesso em: 11 fev. 2017.

CUÉLLAR, Roberto; ALESSANDRI, Pablo Saavedra. *Diálogo jurisprudencial: derecho internacional de los derechos humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n. 1. jul./dic. 2006.

_____. Diálogo jurisprudencial: derecho internacional de los derechos humanos, Tribunales Nacionales, Corte Interamericana de Derechos Humanos, n. 5, jul./dic. 2009.

LAMOTHE, Olivier Dutheillet de. *Contrôle de conventionnalité et contrôle de constitutionnalité en France*. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf> acesso em 04 mar de 2017.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

_____. *Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. Doxa cuadernos de filosofia de derecho,* Alicante, n. 24, p. 349-377, 2001.

_____. *A força simbólica dos direitos humanos*. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, n. 4, out./nov./dez. 2005.

_____. *Do diálogo entre as cortes supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina*. Revista de informação legislativa, v. 51, n. 201, p. 193-214, jan./mar. 2014.

PECZENIK, Aleksander. *On law and reasons*. The Netherlands: Kluwer academic publishers, 1989.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 6 ed. Madrid: Tecnos, 1995.

PIOVESAN, Flávia. *Diálogo no sistema interamericano de direitos humanos: desafios da reforma.* Revista Campo Jurídico, n. 1, p. 163-186, mar. 2013.

_____. *Direitos humanos e diálogo entre jurisdições*. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC, n. 19, p. 67-93, jan./jun. 2012.

_____. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*. In: AMARAL JUNIOR, A.; JUBILUT, L. *O STF e o Direito Internacional dos Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. *Reforma do Judiciário e Direitos Humanos*. In: TAVARES, André Ramos *et al. Reforma do Judiciário, analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005.

RAMOS, André de Carvalho. *O Supremo Tribunal Federal dos Direitos Humanos*. In: SARMENTO, D.; SARLET, I. W. (Org.) *Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* – Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SAGUES, Nestor Pedro. *El control de convencionalidad em el sistemainteramericano, y sus anticipos em el ámbito de los derechos económicosociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo.* 2009. Disponível em: <http://www.pj.gov.py/ebook/monografias/extranjero/derechos-humanos/N%C3%A9stor-Pedro-Sagu%C3%A9s-El-Control-de-Convencionalidad.pdf>. Acesso em 15 de fevereiro de 2017.

SCHEPIS, Marcelo. *La influencia de los tratados internacionales en el derecho interno. El control de convencionalidad*. XXV Congreso Nacional de Derecho Procesal. Buenos Aires, 11-13 nov. 2009. Disponível em: <http://www.procesal2009bsas.com.ar/ponencias-constiproceso.html>. Acesso em 5 mar. 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. "Fundamentação e normatividade dos direitos fundamentais: uma reconstrução teórica à luz do princípio democrático". *In:* MELLO, Celso D. de Albuquerque e TORRES, Ricardo Lobo (organizadores). *Arquivos de direitos humanos*, vol. 4. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *Teoria constitucional e democracia deliberativa. Um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STRECK. Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica. Uma nova crítica do direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Tradução de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

VALADÉS, Diego. *Reflexiones sobre la cooperación jurídica internacional.* In: FIX-ZAMUDIO. Héctor. Liber Amicorum. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, Unión Europea, 1998.