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 E OS DIALÓGOS INTERJURISDICIONAIS COM A CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY AND INTERJURISDICIONAL DIALOGUES WITH THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Thiago Aleluia Ferreira De Oliveira
Flávio Alves Martins

Resumo

Com as transformações na arquitetura global, a intensificação da interação econômica, social cada vez mais a jurisdição enfrenta a exigência do diálogo com as demais ordens jurídicas do sistema internacional, sobretudo, no tocante aos direitos humanos. Nesse sentido, emerge o controle de convencionalidade como instrumento harmonizador entre as diversas esferas jurídicas, buscando potencializar a proteção dos direitos humanos. Objetiva-se com este trabalho analisar o controle de convencionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (1995 a 2010), com ênfase aos diálogos interjurisdicionais com a Corte Interamericana. Na oportunidade, ganha destaque o estudo da oportunidade perdida pelo STF na ADPF 153/2008.

Palavras-chave: Controle de convencionalidade, Diálogos interjurisdicionais, Direitos humanos, Supremo tribunal federal, Truque de ilusionismo

Abstract/Resumen/Résumé

With the transformations in global architecture, the intensification of economic, social interaction increasingly the jurisdiction faces the requirement of dialogue with other legal orders, especially with regard to human rights. In this sense, the control of conventionality emerges as a harmonizing instrument among the different legal spheres, to protect the human rights. The objective is to analyze the control of conventionality in the jurisprudence of Supreme Court (1995 to 2010), with emphasis on interjurisdictional dialogues with the Inter-American Court. At the opportunity, it is worth highlighting the study of the opportunity lost by the STF in ADPF 153/2008.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Conventional control, Interjurisdictional dialogues, Human rights, Supreme court, Trick of illusion.

INTRODUÇÃO

Consagrados de longa data, os Direitos Humanos, afrontados e agredidos no cotidiano dos mais diversos países de variados níveis de crescimento econômico, parecem fazer parte da ordem do dia, em tempos de intensificação de conflitos e perseguições, por suposta motivação religiosa, ideológica, cultural, racial e de orientação sexual, entre muitas outras "explicações" e "racionalizações".

Nesse passo, a interação e influxo dialético entre as ordens jurídicas internas e internacional foram intensificadas, principalmente, devido às consequências da Segunda Guerra Mundial, pela consagração dos direitos humanos como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional contemporânea e pelo consenso de que a proteção dos mencionados direitos não pode reduzir-se à esfera cada Estado.

Nesse contexto, problemas envolvendo direitos humanos ou fundamentais tornam-se concomitantemente relevantes para mais de uma ordem jurídica (estatal, regional, supranacional ou internacional), de modo que a busca por soluções unicamente em uma dessas esferas já não pode ser considerada como eficaz na resolução de dilemas de tão elevada monta.

No ambiente contemporâneo e plural, não é admissível a exclusividade do Estado como sujeito do direito internacional e a existência de fontes de direito internacional oriundas de centros diversos dos Estados – como de organizações internacionais e de fóruns multilaterais –, a relação entre direito interno e direito internacional não pode mais ser tratada com estanqueidade e compartimentalização, sob o paradigma westfaliano em que o direito internacional cuidava de relações estritamente entre Estados, os quais figuravam como únicos centros da produção jurídica.

Com as transformações na arquitetura global e a intensificação da interação econômica, social e cultural, cada vez mais a jurisdição enfrenta a exigência do diálogo com as demais ordens jurídicas do sistema internacional e mais do que isso, busca sustentação social para a proteção dos direitos de todos.

Desta forma, no presente domínio de proteção, não é mais cabível a discussão sobre a primazia do direito internacional ou do direito interno, como existia na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. Privilegia-se a porosidade de ambas as ordens, de modo a possibilitar sua interação harmônica, dialógica, através da noção de acoplamento estrutural ou de entrelaçamento transversal dos ordenamentos, buscando potencializar a proteção dos direitos dos indivíduos.

Essa relação dialógica entre as ordens jurídicas no sistema interamericano materializa-se nos diálogos entre a Corte Interamericana e os Tribunais Constitucionais, aos

quais compete contribuir para concretizar os direitos protegidos nos tratados internacionais de direitos humanos, com destaque ao Pacto de San José da Costa Rica, através da via do denominado Controle de Convencionalidade. (CANÇADO TRINDADE, 2003).

Em face do exposto e principalmente da evidência de lacunas em estudos sistemáticos referentes ao tema, particularmente no que tange aos diálogos interjurisdicionais na proteção dos Direitos Humanos, objetiva-se, nesse estudo: analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no período 1995 a 2010, com ênfase aos diálogos interjurisdicionais com a Corte Interamericana de Direitos Humanos; evidenciar a superação da vetusta concepção conflitual hierarquizada e rígida entre as ordens jurídicas, sobretudo, no tocante aos direitos humanos, destacando o controle de convencionalidade como instrumento harmonizador e dialógico; pretende-se ainda, especificamente, avaliar, sob a ótica doutrinária brasileira e estrangeira, a recepção do controle de convencionalidade e o impacto dos parâmetros protetivos internacionais de direitos humanos no Brasil.

Do ponto de vista metodológico, trata-se de estudo de caso com pesquisa quantitativa e qualitativa, cujas fontes principais são constituídas por legislação nacional e estrangeira, da doutrina pátria e alienígena sobre os temas dominantes na investigação das possibilidades do Controle de Convencionalidade na efetividade dos Direitos Humanos, bem como análise de julgados da Suprema Corte, no que concerne ao objeto da pesquisa, até 2010.

O período pesquisado é marcado pela consolidação da doutrina do controle de convencionalidade na Corte Interamericana e nas Cortes constitucionais domésticas dos estados integrantes da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como pela ocorrência de casos emblemáticos no tocante ao tema.

Pretende-se igualmente que o estudo fomente outras pesquisas e propicie subsídios a oportunas reflexões alusivas à concretização dos Direitos Humanos na América Latina, o que certamente estimulará conquistas no plano formal e da concretização da garantia de plenitude do respeito à dignidade humana em todas as suas dimensões.

1 CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E A POROSIDADE DAS ORDENS JURÍDICAS

Segundo Albanese (2008), o controle de convencionalidade constitui garantia da aplicação harmônica do direito vigente, na seara das fontes internas, internacionais ou supranacionais. Por meio desse controle, as normas locais devem guardar compatibilidade com as normas internacionais (RAMOS, 2012), possibilitando a coesão da ordem pública internacional, sob o critério dos direitos humanos

Para Sagues (2015), se bem instrumentalizada, tal ferramenta contribui para assegurar a prevalência do ordenamento jurídico internacional de direitos humanos e edificar um *ius commune* nessa matéria.

Não obstante o notável desenvolvimento no continente americano, foi na França, especificamente na década de 1970, que ocorreu a primeira utilização da expressão *controle de convencionalidade*. Precisamente, na decisão 74-54 DC de 15 de janeiro de 1975 (MAZZUOLI, 2010), em que se questionava lei vigente, relativa à interrupção voluntária da gravidez (*Interruption Volontaire de Grossesse*), a qual estaria em desconformidade com a garantia do "direito à vida", tal como disposto no art. 2º da Convenção Européia de Direitos Humanos.

Em paralelo, não se pode ignorar que o conceito de controle de convencionalidade exercida por órgãos jurisdicionais internos foi particularmente desenvolvido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. O conflito *Almonacid Arellano* é o *leading case* em 2006 referente à temática, apesar de a terminologia ter sido anteriormente utilizada em votos singulares do Juiz Sergio García Ramírez, nos casos *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala e* Tibi Vs. Ecuador.

Nesse julgado, após a Corte afiançar que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, portanto, obrigados a aplicar as disposições vigentes do ordenamento jurídico de cada país, assentou o entendimento de que, quando um Estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana de Direitos Humanos, tais juízes, como integrantes aparato estatal, também estão a ela submetidos, obrigados a velar por todos os efeitos das disposições da Convenção.

Evidencia-se, deste modo, o papel da Convenção como estandarte hermenêutico a ser respeitado e protegido pelos órgãos jurisdicionais ordinários, convertendo-se os juízes nacionais em verdadeiros "guardiões" da convencionalidade (MAC-GREGOR, 2010), o que caracteriza o chamado controle difuso de convencionalidade (OLIVEIRA, 2016).

De mais a mais, a Corte de San José vinculou o conceito de obrigação internacional com a tarefa do Poder Judiciário de exercer uma espécie de controle de convencionalidade, estabelecendo o artigo 27 da Convenção de Viena de 1969 como fundamento maior do extrato, que impõe aos Estados o dever de cumprir com boa-fé as obrigações determinadas pelo direito internacional, sem poder invocar para o seu descumprimento o direito interno.

Na operacionalização desse controle, ao contrário da concepção conflitual de severo embate entre ordem interna e internacional, privilegia-se a porosidade de ambas as ordens, de modo a possibilitar sua interação harmônica, dialógica, através da noção de acoplamento

estrutural ou de entrelaçamento transversal dos ordenamentos, almejando incrementar a proteção dos direitos dos indivíduos (NEVES, 2009).

Assim concebida, a superada noção de disputa entre ordem jurídica nacional e a internacional cede lugar à relação de reciprocidade, de modo a conferir prioridade à harmonia e à garantia da máxima proteção aos direitos dos indivíduos.

No cenário do direito interno, em virtude de nova fase do constitucionalismo, centrada na pessoa humana, é impositiva a permeabilidade constitucional às normas internacionais para sublinhar a promoção cooperativa dos direitos humanos. Sob o enfoque do direito internacional, tal abertura ao diálogo é imanente ao sistema de proteção, cuja essência tem suas raízes calcadas no fortalecimento da tutela dos direitos humanos e não em na mera mitigação das ofensas em prol de suposta supremacia da ordem internacional sobre a interna. Aliás, a necessidade de interação harmônica e de compatibilidade dialógica entre as ordens jurídicas interna e internacional é expressamente enunciada pelas "cláusulas de diálogo" (PIOVESAN, 2014) previstas na Constituição (art. 5º, § 2º) e na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 29, *b*).

A partir dessas premissas, sem sombra de dúvidas, a busca de harmonização dos ordenamentos jurídicos, notadamente, na seara dos direitos humanos, é contrária às noções de hierarquia: não há sobreposição de normas constitucionais e convencionais; tampouco revogação de uma pela outra, eis que se privilegia alternativa harmonizadora, em que as normas jurídicas dialogam, por força do direito internacional e de importantes segmentos da sociedade, com respaldo em comandos constitucionais dos respectivos países, os quais impõem verdadeira mudança de paradigma que confere ênfase à primazia da que for mais favorável à tutela dos direitos, em razão do princípio *pro homine*, previsto no art. 29, alínea b, da Convenção Americana de Direitos Humanos. O conteúdo do princípio (geral) do direito internacional *pro homine* confere prevalência à norma que casuisticamente tutele melhor os interesses da pessoa em demanda: a decisão emergirá do diálogo entre as fontes "em conflito"

Macedo (2014) caminha por vereda semelhante, ao sustentar o diálogo entre as cortes e uma fertilização cruzada entre o direito interno e o direito internacional, onde se encontraria solução racional para eventual e aparente conflito de normas

Sobre esse ponto, destaque-se que o ex-presidente da Corte Interamericana e internacionalista Cançado Trindade (2003) dá voz ao pensamento coerente com novo paradigma dos Direitos Humanos, quando afiança que, no presente domínio de proteção, não é cabível a discussão sobre a primazia do direito internacional ou do direito interno, como

existia na polêmica clássica e superada entre monistas e dualistas. O que deve prevalecer é a norma mais favorável às vítimas, seja ela norma de direito internacional ou de direito interno.

O controle de convencionalidade, como instrumento importante desta interação em tema de direitos humanos, deve assumir função harmonizadora, de diálogo entre as distintas fontes de direito e ordens jurídicas, norteada pelo princípio *pro homine.*

Nessa seara, importa mais o *como* se protege, a intensidade da proteção, do que o *locus* ou a fonte de onde se origina a tutela.

2 O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A OPORTUNIDADE PERDIDA

Nessa etapa da investigação, a referência para coleta de dados ateve-se às expressões *Controle de convencionalidade e Corte Interamericana de Direitos Humanos*, no sistema de pesquisa do banco de jurisprudência do site do Supremo Tribunal Federal (http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp), com recorte até 2010. O período de levantamento foi de julho/2015 a janeiro/2016.

Segundo pesquisa similar, empreendida por Flávia Piovesan (2012), até 2009, havia duas decisões do Supremo Tribunal Federal que guardaram coerência com a jurisprudência da Corte Interamericana: a) relativa ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processual legal; b) quanto ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista; não obstante o Brasil ter ratificado a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992 e ter reconhecido a jurisdição da Corte IDH em 1998.

No entanto, parece interessante mencionar o RE 466.343/2005, apontado pela doutrina (ALVES, 2013) como a semente do controle de convencionalidade no Brasil. Em prosseguimento à análise desses julgados, passa-se também ao debate em torno de outro julgamento que revela uma oportunidade perdida pelo STF, na proteção dos direitos humanos (ADPF 153/08).

Como será demonstrado, nesses dois julgados (RE 466.343/2005 e ADPF 153/08) o Tribunal passa ao largo dos compromissos internacionais, em especial, da realização de um controle de convencionalidade como preconizado pela Corte Interamericana, possuindo uma justificando a metáfora de atuar com o ilusionismo típico de um competente mágico.

2.1 LENDO CRITICAMENTE O RECURSO EXTRAORDINÁRIO (RE) 566.343/2005

Desde 1984, o Supremo Tribunal Federal havia firmado o entendimento no sentido da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel. A Súmula 619 previa: “a prisão

do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de bação de depósito" (STF, 1984). Em 1988, a Constituição brasileira, em reforço, dispôs, no artigo 5º, inciso LXVII, que "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel".

De forma inédita, em 23 de novembro de 2015, instaurou-se cizânia em torno da compatibilidade da prisão civil do depositário com a Convenção Americana de Direitos Humanos, no julgamento do HC 72.131. Na oportunidade, manteve-se entendimento defendido até então, principalmente a partir do RE n. 80.004/SE, de que os diplomas normativos de caráter internacional ingressavam no ordenamento jurídico interno, com *status* de legislação ordinária. Dessa forma, a disposição de prisão civil, por estar inserta na Constituição, teria primazia, internamente, em relação ao Pacto de São José.

Em suma, as principais argumentações levadas à Suprema Corte foram as seguintes: (i) a natureza constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos geraria menoscabo à soberania brasileira; (ii) a natureza legal desses tratados permitiria serem objeto de controle de constitucionalidade; (iii) os tratados internacionais não poderiam obrigar o Congresso Nacional a legislar e não implicariam emendas constitucionais.

Essas alegações sugerem que a Suprema Corte compreendia o ordenamento internacional sob perspectiva interna, submetendo as Convenções de direito internacional à força normativa da Carta Política brasileira.

O tema, mais uma vez, chegou ao STF, no RE 206.482, julgado em 27/05/1998, que, aperfeiçoando entendimento anterior, aduziu que a Convenção Americana de Direitos Humanos que proibia o encarceramento do depositário infiel seria lei geral, não revogando leis especiais sobre prisão civil por dívida. Acrescenta que o parágrafo 2º da Constituição que prevê a aplicação imediata dos direitos humanos previstos em tratados, não se aplicaria àqueles posteriores à Lei Fundamental de 1988, uma vez que não pode operar como uma emenda constitucional.

Todavia, o STF modificou a jurisprudência em relação ao tema no RE 466.343, julgado em 3 de dezembro de 2008. Em decisão histórica, liderada pelo Ministro Gilmar Mendes, asseverou que a prisão civil não se coadunava com os valores assegurados pelo Estado Constitucional, que compartilha com as demais entidades soberanas, em contextos internacionais e supranacionais, o dever de efetiva proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, reconheceu o status supralegal aos tratados de direitos humanos, no caso, a

Convenção Americana de Direitos Humanos, afastando o art. 652 do Código Civil de 2002, que possibilitava a prisão civil do depositário infiel.

A Ministra Carmen Lúcia e os Ministros Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto e Marco Aurélio acompanharam o voto do ministro Gilmar Mendes.

Há que se destacar o voto vencido do Ministro Celso Mello por trazer novo debate ao plenário, indicando que a normativa prevista nos tratados internacionais de direitos humanos teria muito maior razão, caso lhe fosse atribuída hierarquia constitucional, como defendem alguns autores.

O Ministro sustenta um sistema misto no tocante à disciplina dos tratados de direitos humanos, categorizando-os em: (a) os tratados internacionais de conteúdo estranho à proteção de direitos humanos possuem status de lei; (b) em relação aos tratados que cuidam do tema, há duas situações: (b.1) aqueles celebrados ou aderidos pelo Brasil anteriormente à promulgação da EC n.º 45/2004, possuem caráter materialmente constitucional e integram o bloco de constitucionalidade brasileiro; e, (b.2) os que venham a ser incorporados posteriormente à promulgação da EC n.º 45/2004, se observarem o rito qualificado do § 3º do art. 5º da Carta, possuirão caráter material e formalmente constitucional.

Contudo, como exposto, prevaleceu, na Corte Constitucional, por apertada maioria de cinco votos contra quatro, a orientação do Ministro Gilmar Mendes pela supralegalidade dos tratados de direitos humanos, não incorporados no direito interno na forma do art. 5º, §3º.

A despeito da posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Min. Gilmar Mendes, tal entendimento ainda parece tímido, quando se leva em conta a tendência dos países latino americanos, como, por exemplo, a Argentina e Chile, na concessão o status normativo constitucional aos tratados de proteção dos direitos humanos.

2.2 LENDO CRITICAMENTE A AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF)153/2008

No contexto da discussão política alusiva à ditadura militar brasileira, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) propôs, em 21 de outubro de 2008 ao Supremo Tribunal Federal (STF), a ADPF 153, em face da lei de Anistia de 1979 (Lei 6.683/79).

Em abril de 2010, o STF finalizou a apreciação da ação, julgando o pleito improcedente, passando à margem do corpo normativo internacional dos direitos humanos tampouco a jurisprudência internacional. No tema em tela, são elucidativos os precedentes dos casos *Barrios Altos vs. Peru* (2001), *La Cantuta vs. Peru,* L*a Cantuta vs. Peru* (2006),

Goiburú y otros vs. Paraguay (2006), *Almonacid Arellano y otors vs. Chile* (2006), em que a Corte Interamericana reconheceu incompatibilidade das leis de anistia com as obrigações convencionais dos Estados.

Na transição para o regime democrático no Brasil e em diversos Estados latino-americanos, os governos militares tentaram camuflar as violações de direitos humanos ocorridas naquele período, com a adoção de instrumentos como a anistia e as cláusulas de exclusão da apreciação judicial. Essas alegações chegaram ao conhecimento do Tribunal Interamericano e sofreram o devido reproche, com a consequente invalidade dos atos anistiados.

De certo modo, o Direito Internacional dos Direitos Humanos reconheceu a existência de obrigação da identificação dos agentes responsáveis pela violação dos direitos protegidos, com a devida persecução criminal e o consequente afastamento da função pública que porventura ocupem. Essas obrigações buscaram o combate à impunidade e o desestímulo a novas condutas atrozes.

Voltando ao Brasil, a Lei de Anistia nacional é ambivalente, abrangendo os crimes políticos praticados por cidadãos e as violações de direitos humanos praticadas por funcionários do Estado contra seus cidadãos, considerados, à época, subversivos. A obrigação internacional de punir e investigar foi deixada de lado pelas leis de reconciliação nacional (RAMOS, 2009).

Diante dessas considerações, em julgamento da ADPF 153, de relatoria do Ministro Eros Grau, a Suprema Corte, inicialmente, entendeu que a Lei de Anistia brasileira não violava o artigo 5º, caput, III e XXXIII, da Constituição da República, relativos à proibição de tortura e do acesso a informações de órgãos públicos, de interesse particular, coletivo ou geral, além dos princípios democrático e republicano.

Por outro lado, esclarece que o caráter bilateral da anistia ampla e geral deve ser interpretado segundo as circunstâncias históricas em que foi elaborada. Sob esse enfoque, o Tribunal rechaça a utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, para invalidar a conexão criminal que aproveitaria aos agentes políticos que perpetraram crimes comuns contra os opositores do regime militar.

Em outra passagem, apesar de reconhecer a existência de diversos julgados da Corte Interamericana, a Corte excelsa, através do voto do Ministro Celso de Melo, elucida que esses precedentes não podem ser aplicados à anistia brasileira, devido ao seu caráter bilateral, que estendeu os seus efeitos tanto aos agentes estatais quanto aos opositores do regime militar.

Argumentou ainda que a Convenção da ONU contra a tortura e a Lei 9.455/97 não podem ser aplicados aos crimes cometidos naquele período.

No caso em análise, parece evidente o uso doméstico deturpado de tratados e demais normas internacionais, sem qualquer conexão com a interpretação internacional.

Em que pese o avanço no aparato internacional pelo Brasil, com a ratificação de tratados e reconhecimento da jurisdição de órgãos internacionais, no caso em exame, a prática contradiz com a retórica. Parece claro exemplo de recurso ao chamado truque do ilusionista, expressão cunhada por André Ramos (2012), em que o Estado descumpre obrigação internacional, alegando sua interpretação com base na concepção nacional, o que inaugura os chamados "tratados internacionais nacionais".

Essa conduta do STF traduz bem a política adotada pelos Estados a fim de se eximir da responsabilidade pela infringência aos direitos humanos, sem as alterações e providências necessárias à promoção desses direitos.

Em síntese, a lógica do referido truque é de que o Estado reconhece a importância dos tratados sobre direitos universalmente reconhecidos; contudo, temendo sua responsabilização pela inaceitável atuação, alega que não há que se falar em violação dos direitos dispostos nesses documentos, uma vez que não foram descumpridos, somente lhes foi conferida interpretação lastreada na concepção nacional, consolidando a dicotomia: universalismo no texto versus localismo na interpretação.

Frise-se que, nenhum dos Ministros do STF, inclusive os autores dos votos dissidentes[1], se ateve à necessidade de realização de controle de convencionalidade, eis que, mesmo nesses casos, os argumentos se afastam de direito internacional para conduzir à procedência da ADPF. No caso, pode-se inferir que a mais alta corte brasileira desconsiderou as obrigações internacionais impostas ao Estado brasileiro.

Olvidou nossa Corte, das obrigações internacionais que nos obrigam a prover instrumento de salvaguarda aos direitos humanos. Sem mencionar a contraposição exercida pelos direitos e garantias fundamentais assegurados pela Carta Magna.

É oportuno sublinhar que, posteriormente a esse julgamento, em 24 de novembro de 2010, o Brasil foi condenado no caso *Julia Gomes Lund e outros*, em decisão proferida pela

[1] O Ministro Ricardo Lewandowski inaugurou a divergência, julgando procedente em parte o pedido, conferindo interpretação conforme ao art. 1º da Lei 6.683/79, de maneira a não considerar que os agentes estatais estão automaticamente englobados pela Lei de Anistia, uma vez que há certos crimes que são, pelo seu caráter, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão. O Ministro Ayres Brito seguiu o seu voto.

Corte Interamericana também sobre a aplicabilidade da Lei da Anistia, no caso, em relação aos participantes da *Guerrilha do Araguaia*.

Para a Corte IDH, não importa se a Lei de Anistia brasileira foi bilateral ou geral, não configurando "auto-anistia", uma vez que a incompatibilidade dessas leis com a Convenção Americana, nos casos de graves violações de direitos humanos, deriva do aspecto material na medida em que vilipendiam direitos consagrados nos artigos 8 e 25, além do dever de adotar disposições internas, e não de uma questão formal (parágrafo 175).

Pelo julgamento da ADPF, é bem de ver que o STF incorpora o papel do mágico, em que pese ter como única plateia seus próprios coadjuvantes (SANTOS, 2014), perdendo a oportunidade de se efetivar o Controle de Convencionalidade, como preconizado pela Corte Interamericana (SANTOS, 2014).

Por outro lado, em outros países da América Latina como Argentina e Chile, é possível vislumbrar de forma clara a abertura e permeabilidade de sua jurisprudência aos parâmetros e interpretações de organismos internacionais, como é o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos, operacionalizando-se, de forma efetiva, o Controle de Convencionalidade (OLIVEIRA e VAL, 2016).

Nesse sentido, no tocante à Corte Argentina, destaca-se os casos: *Ekmekdjian c/ Sofovich* (1992); *Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidade* (2009). Por sua vez, em relação ao Tribunal Constitucional do Chile, ganha relevo os *roles* 1130, 1361 de 2009 e *rol* 567 de 2010. Como expedido, tais julgados contribuíram para a efetiva incorporação do controle de convencionalidade nesses países, tal como preconizado pela Corte Interamericana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como decorrência de atrocidades cometidas em conflitos bélicos do Século passado, mormente durante a II Guerra mundial, os direitos humanos foram formalmente reconhecidos para todas as pessoas, independentemente de qualquer critério.

Como corolário dessa importante iniciativa, decorreram outros instrumentos legais, com destaque a tratados celebrados entre países, os quais se comprometeram a dar efetividade aos direitos, sempre na senda da dignidade da pessoa humana.

Por outro lado, como estudado, em países como os da América do Sul, em que se convive com crônicas e inaceitáveis disparidades sociais, subsistem graves afrontas à garantia dos direitos humanos.

No cenário mencionado, a consolidação democrática favoreceu, ao mesmo formalmente, a ratificação de tratados internacionais de direitos humanos, no mesmo momento em que a Constituição e legislações incorporam o debate internacional. Contudo, perduram no Brasil constantes violações.

Nesse ambiente adquire particular relevo o controle judicial de convencionalidade, como instrumento eficaz para o respeito, a garantia e efetivação dos direitos descritos nos tratados internacionais de direitos humanos, com destaque ao Pacto de San José da Costa Rica, segundo o qual as normas locais devem guardar compatibilidade com a ordem humanitária internacional.

Como aludido reiteradamente, a implementação desse controle pelos Estados jurisdicionados tende a variar, conforme o grau de incorporação dos valores da internacionalização dos Direitos Humanos e com o regime atribuído aos Tratados nessa seara.

Em que pese a abertura promovida pelo constituinte de 1988, o Brasil, através de seu órgão máximo de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, nem sempre foi permeável à recepção dos tratados internacionais de direitos humanos como normas constitucionais. Os resultados desta investigação permitem identificar casos em que eles foram avaliados como "atos supralegais", o que afasta o Tribunal da tendência desejada de operacionalização do controle de convencionalidade.

Nesse contexto, procedeu-se à pesquisa na jurisprudência da Suprema Corte brasileira, notadamente sobre o cumprimento das obrigações internacionais e o efetivo controle de convencionalidade nesse país.

O Brasil apresenta aparente resiliência a firmar diálogos com a Corte Interamericana de Direitos Humanos –muito embora, por vezes, haja implementado de alguma forma os seus mandamentos, como no RE 566.343/2005. A despeito da posição de vanguarda do STF, expressa no voto-vista do Min. Gilmar Mendes, trazendo os primeiros delineamentos da de um controle de convencionalidade no Brasil, não atende plenamente às expectativas humanistas e à evolução constatada na jurisprudência da Corte Interamericana.

Como vista ao longo do estudo, também não se pode ignorar a oportunidade perdida pelo STF, na ADPF 153/2008, na proteção dos direitos humanos. Embora tivesse conhecimento dos inúmeros precedentes *Barrios Altos vs. Peru* (2001), L*a Cantuta vs. Peru* (2006), *Goiburú y otros vs. Paraguay* (2006), em que Corte Interamericana reconheceu a incompatibilidade de atos anistiadores com as obrigações convencionais dos Estados, o STF, evidenciando interpretação conservadora, passou ao largo do controle de convencionalidade, confirmando a validade e o caráter amplo e geral da Lei da Anistia brasileira. Na hipótese,

revela-se o uso doméstico deturpado de tratados, sem qualquer conexão com a interpretação internacional, praticando o denominado *truque de ilusionismo*.

Por outro lado, evidencia-se que a jurisprudência dos países vizinhos mostra-se mais inclinada à preservação dos direitos humanos que a brasileira, por incorporar expressamente, na seara jurisprudencial, a obrigação de o Estado implementar o controle de convencionalidade, tal como preconizado pela Corte Interamericana.

Portanto, revela-se imprescindível uma mudança de paradigma no Judiciário nacional, no sentido de privilegiar uma interação harmônica, dialógica entre as ordens jurídicas, através do Controle de Convencionalidade, buscando potencializar a proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ALBANESE, Susana. **La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional**. In: ALBANESE, Susana (coord.). El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediar, 2008. p. 15.

ALVES, Waldir. Controle de convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às emendas constitucionais. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira (coords.). **Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil, Argentina, Chile, México, Peru, Uruguai.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 320

AGUILAR CAVALLO, Gonzalo. El control de convencionalidad: análisis en derecho comparado. **Rev.** *direito GV*, São Paulo, v. 9, n. 2, p. 721-754, Dec. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000200015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 mar. 2016.

ALCALÁ, Humberto Nogueira**. Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos**. Santiago: Librotecnia, 2006, p. 244-245.

_____ **Los desafios del Control de Convencionalidad del corpus iuris interamericano para las jurisdicciones nacionales**. In: MARINONI, Luis Guilherme (Coord). Controle de Convencionalidade – Um panorama latino-americano – Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013.

ARGENTINA. CSJN. **Mazzeo, Julio Lilo s/ recurso de casación e inconstitucionalidad,** sentença de 13 de julho de 2007, Fallos 330:3248. Disponível em: < http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/fallos.do?usecase=mostrarDocumento&falloId=1951>. Acesso em: 02 jan. 2016.

_____.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo, Saraiva, 2013.p.285.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A personalidade e capacidade jurídicas do indivíduo como sujeito do direito internacional. In: ANNONI, Daniele. (Coord.). **Os novos conceitos do novo direito internacional: cidadania, democracia e direitos humanos.** Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 8.

_____. Desafios e Conquistas do Direito internacional dos Direitos Humanos no Início do Século XXI. In CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antonio Paulo (org.). **Desafios do Direito internacional Contemporâneo**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 209.

_____. Direito Internacional e direito interno: sua interação na proteção dos direitos humanos. **Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos**. São Paulo: Procuradoria Geral do Estado, 1996.

_____. **Tratado de Direito internacional de Direitos Humanos**. Vol I, 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003.

_____. **Tratado de Direito internacional dos direitos humanos**, *vol. III*. Porto Alegre: Fabris, 2003.

_____; ROBLES, Manuel E. Ventura. **El futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos**. 2. ed. atual. e ampl., San José, Costa Rica, Corte Interamericana de Direitos Humanos/ACNUR, 2004, p.91.

CORTE IDH. ***Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile***. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 15 de junho de 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, **Direito constitucional e teoria da Constituição**, 5. ed. – Coimbra: Almedina, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. **La Justicia Constitucional (Estudios de Derecho Comparado),** México, UNAM, 1987.

CARPENTIER, Elise. La utilización de la jurisprudencia constitucional extranjera por el consejo constitucional francés . In*:* **Memoria del X congreso iberoamericano de Derecho Constitucional.** Lima, 16-19 de Septiembre 2009. p. 623-636.

COELHO, Bernardo Leôncio Moura. O bloco de constitucionalidade e a proteção à criança. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília, v. 31, n. 123, p. 263, jul./set. 1994.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. Diálogo entre Cortes e o controle de convencionalidade - algumas reflexões sobre a relação entre o Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. In: CAVALLO, Gonzalo Aguilar et al (Org.). **Diálogo entre Jurisdicciones:** El desarrollo del derecho público y una nueva forma de razonar. Santiago, Chile: Librotecnia, 2014.

CUNHA, José Ricardo. **Direitos Humanos e Justiciabilidade:** pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos, Número 3, Ano 2, página 138, 2005 – São Paulo, Brasil

CORTE IDH. **Caso Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil**. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2010. Serie C.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 303.

MACEDO, Paulo. Emílio V. B.; ARAÚJO, Luis Cláudio . O Diálogo Institucional entre Cortes Constitucionais: a jurisdição constitucional justificada pelos diálogos transnacionais. In: Martonio Mont'Alverne Barreto Lima; Paulo Roberto Barbosa Ramos. (Org.). **Teoria Constitucional**. 1ed.Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. , p. 1-28.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. **El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional, en Fix-Zamudio, Héctor y Valadés, Diego (coords.), Formación y perspectiva del Estado Mexicano**, México, El Colegio Nacional-UNAM, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. São Paulo: RT, 2010.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público.** 15.ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.70

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

PERES LUÑO, Antônio. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución**. 5. ed. Madrid: Tecnos, 1995.

OLIVEIRA, Thiago Aleluia Ferreira de; VAL, Eduardo Manuel. O controle jurisdicional de convencionalidade: a práxis dos Tribunais Constitucionais do Chile e Brasil. **Justiça e Cidadania na América Latina: debates no século XXI.** 1ed.Capivari de Baixo: Fucap, 2016, v. 1, p. 121-139.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 14ª ed., 2013, p. 185.

_____. Direitos Humanos e Diálogo entre Jurisdições. **Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC.** Jan./jun., 2012. p. 87. Disponível em:< http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-067-Artigo_Flavia_Piovesan_(Direitos_Humanos_e_Dialogo_entre_Jurisdicoes).pdf>. Acesso: 10 jan. 2016.

RAMOS, André de Carvalho. Pluralidade das ordens jurídicas: uma nova perspectiva na relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional**.** ***Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,*** [S.l.], p. 513, jan. 2012. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67955>. Acesso em: 10. jan. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal brasileiro e o controle de convencionalidade: levando a sério os tratados de direitos humanos. ***Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo,*** [S.l.], v. 104, p. 269, jan. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67857>. Acesso em: 15 jan. 2016.

_____. Responsabilidade Internacional do Estado por Violação de Direitos Humanos. **Revista CEJ (Brasília)**, Brasília, v. 29, 2005, p. 53-63.

SAGUÉS, Pedro. El control de convencionalidad en Argentina. Constituição e tratados internacionais: alguns aspectos da relação entre Direito Internacional e Direito Interno. In: MARINONI, Luis Guilherme (Coord). **Controle de Convencionalidade – Um panorama latino-americano – Brasil, Argentina, Chile, México, Peru e Uruguai**. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013, p. 348.

_____. **El control de convencionalidad en el sistemainteramericano, y sus anticipos em elámbito de los derechos económico-sociales: concordâncias e diferencias com el sistema europeo**. Disponível em: <http://www.juridicas.unam.mx>. Acesso em 15 de junho de 2015.

SANTOS. Alessia Pamela Bertuleza. O Brasil perante a Corte Interamericana De Direitos Humanos no Caso "Guerrilha Do Araguaia": Um Mágico Sem Plateia?. **Interfaces Científicas – Direito**, Aracaju , V.2, N.2 p. 65, Fev. 2014.