

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Vanessa de Campos Melo Santos

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: CRÍTICA AO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO
2016

Vanessa de Campos Melo Santos

**CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE: CRÍTICA AO
ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Marcelo de Oliveira Fausto Figueiredo Santos (Marcelo Figueiredo).

**SÃO PAULO
2016**

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Sou imensamente grata:

À Deus simplesmente por tudo, pois sem Ele nada posso fazer.

Ao Professor Marcelo Figueiredo por ter me estendido a mão desde o primeiro momento na PUC-SP; pela confiança em mim depositada, pelo total apoio; e pela competente orientação.

À Professora Flávia Piovesan por suas aulas apaixonantes e impactantes. Sinto-me privilegiada de poder aprender sobre direitos e humanidade na oportunidade que tive de ser sua aluna.

À Professora Maria Garcia pelo exemplo de pessoa e professora; pelas lições de respeito e direito que vão muito além de uma sala de aula.

Ao Professor Roberto Dias e ao Professor Luiz Guilherme Arcaro Conci que na minha banca de qualificação forneceram essenciais e cuidadosas críticas, as quais contribuíram grandemente para o aperfeiçoamento do presente trabalho.

À todos os professores os quais tive a oportunidade de conhecer e partilhar o ambiente acadêmico.

Aos meus pais por infindáveis motivos, mas, principalmente, pela paciência, pelo incentivo e pelo gigantesco amor.

Ao meu querido irmão por ser irmão no sentido mais preciso e precioso da palavra; à minha cunhada pelo apoio, à minha sobrinha, Alice, por ser tão linda.

E aos meus avós pelas orações.

RESUMO

A presente dissertação objetiva analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal à luz do instituto do controle de convencionalidade voltada à Corte Interamericana de Direitos Humanos e a interpretação que ela faz dos tratados internacionais de direitos humanos. Ressaltar a importância e a necessidade do Diálogo entre as Cortes para a formação de um *ius commune* dos direitos humanos. Para tanto, o trabalho dividiu-se em quatro partes. Inicialmente, relacionou-se a Constituição Federal do Brasil de 1988 e os tratados internacionais de direitos humanos. Seguidamente, partiu-se para um exame do controle de convencionalidade. Posteriormente, discorrer sobre a jurisprudência do STF. Por fim, a partir dos dados colhidos, analisados e comparados ponderou-se, criticamente, que o Supremo Tribunal Federal está nesta matéria aquém do que se espera da mais alta instância do poder judiciário brasileiro e guardião da Constituição Federal brasileira.

Palavras-chave: Jurisprudência; Supremo Tribunal Federal; Controle de Convencionalidade; Diálogo entre Cortes; Efetividade dos Direitos Humanos.

ABSTRACT

This dissertation aims to analyze the jurisprudence of the Supreme Court in the light of conventionality control institute focused on the Inter-American Court of Human Rights and the interpretation that it does about the international human rights treaties. To emphasize the importance and necessity of dialogue among courts for the construction of *ius commune* of human rights. In order to do so, the work was divided into four parts. Initially, related to the Federal Constitution of Brazil in 1988 and the international human rights treaties. After that, run to an examination of conventionality control. Afterwards, discuss the Supreme Court jurisprudence. Finally, from the data collected, analyzed and compared critically pondered that the Supreme Court in this matter is far short of what is expected of the highest court of the Brazilian judiciary and guardian of the Brazilian Federal Constitution .

Key-words: Jurisprudence; Supreme Federal Court; Conventionality Control; Dialogue among Courts; Effectiveness of Human Rights.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
PARTE I – A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.....	11
CAPÍTULO I - A FORMAÇÃO DOS TRATADOS E O CASO BRASILEIRO.....	18
CAPÍTULO II - A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.....	20
CAPÍTULO III - A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS.....	24
CAPÍTULO IV - A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO <i>PRO HOMINE</i>	32
PARTE II – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	42
CAPÍTULO I - ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE.....	50
1. A teoria do duplo grau de controle: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade.....	51
2. Controle de Convencionalidade segundo critério material.....	52
3. Controle de Convencionalidade e Controle de Supralegalidade.....	53
CAPÍTULO II - A DOCTRINA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE ...	54
CAPÍTULO III - DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES PARA UM <i>IUS COMMUNE</i> LATINO-AMERICANO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS.....	58
PARTE III – A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	60
CAPÍTULO I - JULGAMENTO DA ADPF 153: LEI DE ANISTIA BRASILEIRA...	61
CAPÍTULO II - O QUE O STF TEM PRODUZIDO	68
CAPÍTULO III - O QUE O STF PODERIA PRODUZIR.....	74
PARTE IV – ANÁLISE COMPARATIVA CRÍTICA.....	79
SÍNTESE CONCLUSIVA.....	85
REFERÊNCIAS.....	87

INTRODUÇÃO

Peço licença para quebrar a impessoalidade que costuma reger as produções acadêmicas, permitindo-me utilizar a primeira pessoa durante todo o trabalho.

A primeira questão que surge como meta para a construção da dissertação é a seguinte: Qual é o paradigma jurídico desenvolvido pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para afirmação e proteção dos direitos humanos?

O que pretendo nesta dissertação é analisar a relação entre a Constituição Federal e os tratados internacionais de direitos humanos através do controle de convencionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal.

Deve-se entender esta pesquisa através de uma sucessão de lentes alinhadas: volto o meu olhar para entender por qual(is) concepção(ões) os juízes do STF estão decidindo os conflitos e antinomias sobre direitos humanos. Aprecio saber se o Supremo Tribunal dialoga com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e se exerce efetivamente o controle de convencionalidade.

Com isso pretendo estudar com profundidade o instituto do controle de convencionalidade através dos estudos do Direito científico¹ nacional e internacional.

Importante adiantar uma hipótese de pesquisa central: início o percurso de investigação com a sensação de que os acórdãos e as decisões apesar de fundamentarem-se em discursos pró direitos humanos ainda deixam muito a desejar no emprego destes.

Posso dizer que o gérmen deste trabalho surgiu da ânsia de ver a efetiva incorporação dos direitos humanos no âmago dos Estados; de ver os direitos do ser humano que foram gerados em âmbito internacional serem afirmados no âmbito interno; ganharem força e aliados.

Espero com esta troca de ideias, encorajar aqueles que se dispõem a encarar o desafio de se lançar para o debate a fim de fortalecer o controle de convencionalidade em direção a um *ius comuni* e fortalecer o diálogo entre o Tribunal e a Corte Interamericana para o empoderamento do sistema regional de proteção dos direitos humanos.

Para alcançar o resultado desejado, a metodologia que utilizo no trabalho envolveu pesquisa jurisprudencial, bibliográfica e normativa. Foi necessário incursionar

¹ A doutrina, ou Direito Científico, compõe-se de estudos e teorias, desenvolvidas pelos juristas, com o objetivo de sistematizar e interpretar as normas vigentes e de conceber novos institutos jurídicos, (...); REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 176.

por esses três universos metodológicos, justamente, porque o trabalho é constituído inicialmente por três partes, as quais considereí degraus essenciais para chegar até a quarta parte comparativa crítica da atuação jurisdicional do Supremo Tribunal Federal relativo ao controle de convencionalidade dos tratados internacionais de direitos humanos.

Na primeira parte me apliquei à relação da Constituição Federal com os tratados internacionais de Direitos Humanos: a formação dos tratados e o caso brasileiro; a incorporação, a hierarquização e a interpretação dos tratados de direitos humanos; por último tratei do princípio *pro homine*.

Seguidamente, dediquei a minha atenção ao controle de convencionalidade: as espécies de controle de convencionalidade; a doutrina do controle de convencionalidade; e por fim, ao diálogo entre jurisdições para um *ius commune* latino-americano em matéria de direitos humanos.

Na terceira parte reservei para falar propriamente sobre a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: especialmente sobre o julgamento da ADPF 153 e a Lei de Anistia brasileira; depois sobre o que o STF tem produzido e finalmente sobre o que o STF poderia produzir. O intuito é de criar um panorama de como o corpo de juízes do Supremo Tribunal está aplicando a normativa internacional de proteção dos direitos humanos reconhecida pelo Brasil.

Na quarta e conclusiva parte, foi possível fazer um comparativo crítico da análise da pesquisa realizada durante o trabalho e, responder o problema de pesquisa proposto.

Para não correr o risco de que esta dissertação se perdesse no trajeto, delineeí um norte para a minha pesquisa por meio de interrogações as quais me proponho ao longo do trabalho contestá-las, quais sejam:

A Constituição Federal prioriza os direitos humanos? Ela adota os tratados internacionais de direitos humanos? Como estes tratados são incorporados no ordenamento jurídico brasileiro? Após a incorporação, como interpretá-los? Qual a importância do princípio do *pro homine*?

O que é o controle de convencionalidade sob a ótica doutrinária? E sob a ótica da Corte Interamericana de Direitos Humanos? Com quem o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos dialoga?

De que modo o Supremo considera os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte? O Tribunal tem aplicado as normas previstas nestes tratados? Qual o olhar do Supremo para o controle de convencionalidade? O Supremo Tribunal dialoga com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e com a interpretação que ela faz da Convenção Americana? E dialoga com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos?

Postas essas considerações prévias, inicio o percurso.

PARTE I

A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição Federal de 1988 marcou uma grande inovação através do processo de redemocratização do Estado brasileiro e de institucionalização dos direitos humanos no país, graças a sua inclinação internacionalista marcadamente humanizada e protetiva. Reconhece-se, ineditamente, a necessidade de se assentar na dignidade da pessoa humana². Essa "nova topografia constitucional" "reflete a mudança paradigmática da lente *ex parte principe* para a lente *ex parte populi*", "um direito inspirado pela ótica da cidadania, radicado nos direitos do cidadão", não sendo "sob a perspectiva do Estado que se afirmam os direitos", mas ao contrário, pelos direitos que se afirma o Estado, na lição de Flávia Piovesan³.

O internacionalismo, na Carta, se mostra nos princípios da prevalência dos direitos humanos, da autodeterminação dos povos (art. 4º, II, III e VIII e IX), na ampliação dos direitos sociais, na afirmação de que "a República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações" (parágrafo único do art. 4º), no fato de que "não excluem" (direitos e garantias) decorrentes "dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (Art. 5º, §2º), e de

² O conceito de dignidade da pessoa humana permanece aberto, sujeito à lente do intérprete e suas circunstâncias culturais e sociais. Luís Roberto Barroso afirma que "se assenta sobre o pressuposto de que cada ser humano possui um valor intrínseco". BARROSO, Luís Roberto. **"Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional.** in: Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e integração jurídica: Emergência de um novo Direito Público. BODDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Marieta Morales. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012). No preâmbulo da Convenção Americana De Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José da Costa Rica) reconhece-se "que os direitos essenciais da pessoa humana não derivam do fato de ser ela nacional de determinado Estado, mas sim do fato de ter como fundamento os atributos da pessoa humana(...)", e no art. 5º, 2, explicita-se que: "Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano". O Supremo Tribunal Federal fundamentou em acórdão que a dignidade da pessoa humana representa: "significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso país e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direitos constitucional positivo.(Art. 5º, LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre direito Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). Rel. Min. Celso de Mello, HC 100.574/MG, julgamento: 10/11/2009.

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 90.

que o país "propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos" (Art. 7º, da ADCT). E mais recentemente, por força da emenda constitucional 45 de 2004, inclui-se o § 3º para reafirmação da constitucionalidade dos tratados de direitos humanos e o § 4º para o país à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Cabe, ainda, considerar que "o princípio da prevalência dos direitos humanos contribuiu substantivamente para o sucesso"⁴ da ratificação de vários tratados internacionais globais e regionais protetivos dos direitos humanos, os quais serviram de inspiração e fundamentação aos novos diplomas legislativos e a criação de conselhos e delegacias e comissões⁵. Assim, a Carta de 1988 instituiu no país novos princípios jurídicos que conferem suporte axiológico a todo o sistema normativo brasileiro e que devem sempre ser levados em conta quando se trata de interpretar quaisquer normas do ordenamento jurídico pátrio.

Malgrado a Carta se voltar generosamente para o mundo, o Supremo Tribunal Federal não se deixou levar por tais influências no primeiro momento. Evidencia-se essa resistência no julgamento do *Habeas Corpus* 72.131-1/RJ de 1995⁶ - inaugurada a discussão sobre a Convenção Americana de Direito Humanos, recém incorporada (1992)⁷ -, quando afirmou-se que os diplomas normativos de caráter internacional adentrariam o ordenamento jurídico interno no patamar da legislação ordinária e eventuais conflitos normativos seriam resolvidos pela regra *lex posterior derogat legi priori*.

⁴ Ibidem. p. 98.

⁵ Discorrendo sobre a pauta das mulheres, o autor cita Eliana Carneiro: "foram criados o Conselho Estadual dos Direitos da Mulheres de São Paulo; o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (1985); as Delegacias Especializadas (a primeira em 1985). Hoje, são 97 Conselhos que, junto com o Conselho Nacional, participam dos eventos internacionais, fazem seminário, campanhas na mídia, materiais de consulta, etc. Também cada Ministério passou a contar com comissões voltadas para a mulher (por exemplo, no Ministério da Agricultura, a Comissão de Apoio à Mulher Trabalhadora Rural)". FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O devido processo legal e o controle de convencionalidade da lei da "ficha limpa"**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014. p. 62.

⁶ O julgamento tratou, especificamente, da prisão civil do devedor como depositário infiel na alienação fiduciária em garantia.

⁷ Também denominada Pacto de São José da Costa Rica, adotada por conferência interamericana especializada sobre direitos humanos, em São José, Costa Rica, em 21 de novembro de 1969, entrou em vigor internacional em 18 de julho de 1978. O Brasil aderiu em 9 de julho de 1992, ratificou em 25 de setembro de 1992 e promulgou, por meio de Decreto de n. 678, de 6 de novembro de 1992.

Adentrando no julgamento, o Ministro Moreira Alves entendeu que “não se lhes aplicando (os tratados), quando tendo eles integrado nossa ordem jurídica posteriormente à Constituição de 1988”, pois, sendo “mero dispositivo legal ordinário esse art. 7º, 7, da referida Convenção⁸ não pode restringir o alcance das exceções previstas no art. 5º, LVII⁹, da nossa atual Constituição”¹⁰.

No mesmo sentido, votou o Ministro Maurício Corrêa, ressaltando que “elevar à grandeza de ortodoxia essa hermenêutica (art. 7º, 7, da Convenção) seria minimizar o próprio conceito da soberania do Estado-povo na elaboração de sua Lei Maior”, e o Ministro Celso de Mello: “Parece-me irrecusável”, “que não cabe atribuir”, “um inexistente grau hierárquico das convenções internacionais sobre o direito positivo interno vigente no Brasil”, “sob pena de essa interpretação inviabilizar, com manifesta ofensa à supremacia da constituição”.

Em que pese o Ministro Marco Aurélio ter concedido a ordem por entender incabível a prisão do paciente em virtude da Convenção, e da mesma forma, o Ministro Francisco Rezek: “bendita Convenção que nos abre a oportunidade de rever algo que, foi um dia mal assentado. Já me era insuportável conviver em boa fé com a ideia de que o comprador fiduciário, nessas hipóteses, é de fato um depositário infiel”.

Da mesma forma, verifica-se, nos julgamentos da ADI nº 1.480-3/DF de 1997, do *Habeas Corpus* 92.257-1/SP e do *Habeas Corpus* 92.541-3/PR ambos de 2008, que o STF manteve a sua posição: “recusa a prevalência sobre a Constituição de qualquer convenção internacional”, nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence.

Portanto, vê-se que o Tribunal, ao longo de mais de uma década, teve varias oportunidades para repensar o novo paradigma constitucional e a sua nova relação com os tratados de direitos humanos, mais íntima e paritária, mas optou por não fazê-lo.

O Supremo Tribunal Federal como guardião máximo da Constituição Federal, a meu ver, deveria ter, desde o primeiro momento, se pautado na primazia da proteção dos

⁸ Art. 7º, 7. “Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

⁹ Art. 5º, LVII: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 72.131-1 Rio de Janeiro**. 29/11/1995. Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573> Acesso em: 03 fev. 2016.8685. Art. 5º, LVII, da CF: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

direitos humanos, pois, repito, a Constituição determinou que o Brasil deveria cumprir nas suas relações internacionais o princípio da "prevalência dos direitos humanos" (art. 4º, II).

O Brasil adentrou ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos sujeitando-se à estrutura normativa global do sistema da ONU¹¹ e ao sistema regional¹², o sistema interamericano de direitos humanos cujo documento essencial é a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Desta forma, a visão do STF se revelava arcaica e obsoleta diante deste novo cenário que ora se erguia. Não se podia mais falar em prevalência da Constituição em detrimento da normativa internacional, ou vice-versa, já que, o fim último de ambos diplomas passou a correr na mesma direção, lado a lado, rumo à consecução dos direitos humanos para todos.

Iniciou-se um movimento que se fortalece no tempo, verdadeiramente, um processo dialogal referente aos direitos humanos, produto de significativas mudanças no ordenamento doméstico como um fluxo contínuo e benéfico de avanços na sua construção. De acordo com Flávia Piovesan¹³, avista-se um novo paradigma cuja marca se assenta na porosidade dos sistemas local, regional e internacional de proteção aos direitos humanos com sujeições e ganhos recíprocos em contraposição à pirâmide normativa de Kelsen.

¹¹ Declaração Universal dos Direitos do Homem, Carta da ONU, tratados ratificado pelo Brasil em 1945, Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, dentre outros diplomas.

¹² Os tratados internacionais de direitos humanos se incluem em um sistema global e nos sistemas regionais de proteção aos direitos do homem fundados em critérios geopolíticos. Flávia Piovesan cita Rhona K. M. Smith ao apontar as vantagens dos sistemas regionais, "na medida em que um número menor de Estados está envolvido, o consenso político se torna facilitado", " muitas regiões são ainda relativamente homogêneas, com respeito à cultura, à língua e às tradições". "No mesmo sentido, afirmam Christof Heyns e Frans Viljoen": "os sistemas regionais têm potencialidade de exercer fortes pressões em face de Estados vizinhos, em caso de violações". "no dizer de Henry Steiner, 'há, atualmente, três sistemas regionais principais - o europeu, o interamericano e o africano. Adicionalmente, há um incipiente sistema árabe e a proposta de criação de um sistema regional asiático". PIOVESAN, Op. cit. p. 318.

¹³ Flávia Piovesan menciona um novo paradigma sob a forma de um trapézio fundado na Constituição Federal, mas também nos direitos humanos, na soberania popular, numa estatalidade aberta, dando importância aos novos atores sociais, em contraposição ao escalonamento normativo. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e diálogo entre jurisdições**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012b. p. 69. A título exemplificativo, Flávia Piovesan cita a Constituição da Argentina, após a reforma constitucional de 1994, dispõe, no artigo 75, inciso 22, que, enquanto os tratados em geral têm hierarquia infra constitucional, mas supra-legal, os tratados de proteção dos direitos humanos têm hierarquia constitucional, complementando os direitos e garantias constitucionalmente reconhecidos.

A autora chama a atenção a emergência de um novo paradigma a guiar a cultura jurídica latino-americana cuja características são três: "a) o trapézio com a Constituição e os tratados internacionais de direitos no ápice da ordem jurídica (com repúdio a um sistema jurídico endógeno e auto-referencial), ou seja, as Constituições "estabelecem cláusulas constitucionais abertas, que permitem a integração entre a ordem constitucional e a ordem internacional", "ampliando e expandindo o bloco de constitucionalidade. Ao processo de constitucionalização do Direito Internacional conjuga-se o processo de internacionalização do Direito Constitucional"; "b) a crescente abertura do Direito"¹⁴, marcado pelo diálogo do ângulo interno com o ângulo externo", portanto, "há a permeabilidade do Direito mediante o diálogo entre jurisdições, empréstimos constitucionais", e porque não, "a interdisciplinariedade, a fomentar o diálogo do Direito com outros saberes e diversos atores sociais, resignificando, assim, a experiência jurídica"; e por último, "c) o *human rights approach (human centered approach)*"¹⁵, sob um prisma que abarca como conceitos estruturais e fundantes a soberania popular e a segurança cidadã no âmbito interno", utilizando como "fonte inspiradora a '*lente ex parte populi*', radcada na cidadania e nos direitos dos cidadãos, na expressão de Norberto Bobbio".

Esta transição paradigmática, marcada pela crise do paradigma tradicional e pela emergência de um novo paradigma jurídico, surge como o contexto a fomentar o controle de convencionalidade e o diálogo entre jurisdições no espaço interamericano – o que permite avançar para o horizonte de pavimentação de um *ius commune* latino-americano¹⁶.

¹⁴ No caso brasileiro, Flávia Piovesan dá como por exemplo, a "crescente é a realização de audiências públicas pelo Supremo Tribunal Federal, contando com os mais diversos atores sociais, para enfrentar temas complexos e de elevado impacto social". Ibidem. p. 70.

¹⁵ Significa elevar o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos do homem, nas palavras de Luigi Ferrajoli: "a dignidade humana é referência estrutural para o constitucionalismo mundial, a emprestar-lhe fundamento de validade, seja qual for o ordenamento, não apenas dentro, mas também fora e contra todos os Estados". No mesmo sentido, ressalta José Joaquim Gomes Canotilho: "Os direitos humanos articulados com o relevante papel das organizações internacionais fornecem um enquadramento razoável para o constitucionalismo global. (...) O constitucionalismo global compreende a emergência de um Direito Internacional dos Direitos Humanos e a tendencial elevação da dignidade humana a pressuposto ineliminável de todos os constitucionalismos. (...) É como se o Direito Internacional fosse transformado em parâmetro de validade das próprias Constituições nacionais (cuas normas passam a ser consideradas nulas se violadoras das normas do *jus cogens* internacional)" Ibidem. p. 71.

¹⁶ Ibidem. p. 72.

André de Carvalho Ramos chama esse novo fenômeno de "pluralidade das ordens jurídicas"¹⁷, consistente na "coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes" que ambiciona "regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas"¹⁸. Portanto, o autor, também, defende a possibilidade de harmonia entre a ordem nacional e a ordem internacional com base numa nova perspectiva.

O autor atribui a esse fenômeno outros dois fenômenos: o primeiro é a "expansão quantitativa e qualitativa do Direito Internacional", sendo aquele o "aparentemente inesgotável manancial de produção de normas internacionais" capaz de criar "obrigações invasivas, aptas a reger a conduta das sociedades internas"; e este, consistente no "fortalecimento de procedimentos internacionais de interpretação e cumprimento das normas", a fim de superar, "a tradicional descentralização e fragilidade na execução das normas internacionais"¹⁹. Já o segundo, refere-se as "mudanças profundas no seio do constitucionalismo contemporâneo, em plena época do chamado neoconstitucionalismo e de abertura do Direito Constitucional ao Direito Internacional".

André de Carvalho Ramos explica que o impacto do direito nacional sobre o direito internacional "ocorre em momento pré-normativo: os Estados Nacionais são

¹⁷ RAMOS, André de Carvalho. **A relação entre o direito internacional e o direito interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas**. Anuário brasileiro de Direito Internacional. Vol. 1, N. 12, Jan. 2012. Belo Horizonte: CEDIN, 2012a. p. 103.

¹⁸ "Com efeito, o pilar dos ordenamentos dos Estados de Direito é o princípio da supremacia da Constituição. Por sua vez, o Direito Internacional adota um "unilateralismo internacionalista": não admite que suas normas sejam descumpridas sob a escusa de óbices internos, como se vê da leitura do artigo 27 da convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados (1969). Essa supremacia internacionalista é garantida pela interpretação ofertada pelos órgãos internacionais judiciais e quase-judiciais". O autor alerta que "se não avançarmos na análise do fenômeno da pluralidade das ordens jurídicas surge o risco do 'choque das placas tectônicas', com danos a todos os ordenamentos envolvidos". " Em resumo, os ordenamentos podem se chocar, tal qual as placas tectônicas, com decisões contraditórias oriundas do plano doméstico e do plano internacional". Ibidem. p. 104.

¹⁹ " De acordo com a visão tradicional do Direito Internacional, a sociedade internacional era uma sociedade paritária e descentralizada, na qual o Estado era o produtor, destinatário e intérprete das normas. Assim, o Estado poderia violar as normas internacionais, ao mesmo tempo em que alegava estar cumprindo-as, em um verdadeiro "truque de ilusionista". Isso era possível por ser o Estado o 'senhor dos tratados', apto a interpretar seu real alcance e sentido". "Ao aceitar tais obrigações, os Estados - ao mesmo tempo - exigiram um sistema que assegurasse que os demais Estados parceiros não iriam adotar o "truque de ilusionista". Assim, a desconfiança entre os Estados fez nascer uma aceitação galopante de sistemas de solução de controvérsias, nos quais se obtém uma interpretação internacionalista de normas". "Consequentemente, a expansão 'quantitativa' do Direito internacional engendrou uma expansão 'qualitativa', com a criação de inúmeros tribunais internacionais e órgãos quase-judiciais que fornecem uma interpretação imparcial e concretizam o dever de cumprimento das normas internacionais. Há, na atualidade, uma proliferação dos próprios mecanismos de solução de controvérsia, gerando a "constitucionalização do Direito Internacional". Ibidem. p.104.

sujeitos primários do direito internacional, atuando decisivamente na redação das normas internacionais". Após a formação dessas normas e criação dos tribunais internacionais, "o direito internacional passa a irradiar sua influência ao direito nacional e expor sua regência da vida social interna". É por essa razão que, "a melhor percepção do desenho da pluralidade de ordens jurídicas não é o de uma relação horizontal clássica, com influência recíproca e interdependência", mas a de "círculos concêntricos, com a ordem de maior amplitude (Direito Internacional) sendo formada pelos Estados para irradiar normas e decisões para as ordens de menor amplitude (Direito Nacional)"²⁰.

Vê-se, portanto, que "rompe-se com a concepção tradicional de soberania"²¹ estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos", "à luz de princípios inovadores da ordem constitucional"²².

Corroboram as palavras de José Joaquim Gomes Canotilho: "o Poder Constituinte soberano criador de constituições está, hoje, longe de ser um sistema autônomo que gravita em torno da soberania do Estado", assim, "a abertura à normativa internacional passa ser elemento caracterizador da ordem constitucional contemporânea"²³.

Na visão de Sylvia Steiner, ocorre um "processo de estreitamento dos limites das soberanias dos Estados". Assim, o conceito de soberania que antes era considerado "obstáculo à consecução da proteção efetiva aos direitos fundamentais", agora, é "vista como parte de um concerto entre Estados, os quais dependem da cooperação internacional para alcançar determinados objetivos"²⁴.

²⁰ "Consequentemente, surge uma primeira possibilidade de estímulo da convergência das ordens plurais, que denomino 'Diálogo das Cortes'." O tema será estudado na segunda parte do trabalho. Ibidem. p. 121.

²¹ "A pesar de que cada Estado sea soberano y único, pudiendo decidir lo que hacer en su territorio y jurisdicción, eso no debe servir de argumento para no comprometerse con los tratados de derechos humanos e internacionales aceptando la normativa internacional y los principios del *jus cogens*. (...) el concepto de soberanía hoy debe ser entendido y manejado como un concepto relativo de modo que los órganos supranacionales puedan actuar en la protección de los derechos humanos, posibilitando que, en caso de violación a estos derechos, el sistema pueda reaccionar y prevalezca el derecho internacional de los derechos sobre el derecho interno, siempre en defensa de la persona humana haciendo con que la norma más favorable pueda prevalecer". FIGUEIREDO, Marcelo. **La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional**. in: Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e integração jurídica: Emergência de um novo Direito Público. BODDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Marieta Morales. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p.152.

²² PIOVESAN, 2012b. p. 97.

²³ Ibidem. p. 108.

²⁴ STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2000. p. 28.

Feitas tais considerações, estabeleço o panorama geral de onde parti, acerca da Constituição Federal e sua relação com os tratados internacionais de direitos humanos e, desde já, seguindo os primeiros passos do Supremo Tribunal Federal em direção a efetivação dos direitos humanos diante das novas diretrizes. Daqui vou, primeiro, aprofundar-me nesse panorama, num estudo mais detalhado sobre a formação, a incorporação, a hierarquia dos tratados de direitos humanos e o princípio *pro homine*.

CAPÍTULO I - A FORMAÇÃO DOS TRATADOS E O CASO BRASILEIRO

Os tratados internacionais²⁵, principal fonte de obrigação do Direito Internacional, se estabelecem sobre o consenso dos Estados-signatários, obrigam e geram vinculações às partes²⁶, de acordo com o artigo 11 da Convenção de Viena de 1969²⁷, por várias formas.

Em geral, há três fases que levam a formação da vontade do Estado em celebrar um tratado: 1) a fase da assinatura; 2) a fase da aprovação congressional (ou fase do

²⁵ A Convenção de Viena de 1969, diploma fundamental sobre a matéria, que define tratado como "um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica". Art. 11. "O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado". A Constituição brasileira possui alguns dispositivos que mencionam tratados, utilizando uma terminologia variada: *tratados internacionais* (arts. 5º, §§2º e 3º; 49, I; 84, VIII; 109, V e §5º), *convenção internacional* (arts. 5º, §3º; 84, VIII; 109, V), *atos internacionais* (arts. 49, I; 84, VIII), *acordos internacionais* (arts. 49, I; 178; e 52, X, do ADCT), e até mesmo "*compromissos internacionais*" (arts. 143, X). A Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados cristalizou a prática dos Estados em considerar esses termos como sinônimos. RAMOS, 2015. p. 379.

²⁶ Como dispõe a Convenção de Viena: "Art. 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé. Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46."

²⁷ "Segundo Mazzuoli 'chamada Lei dos Tratados, Código dos Tratados ou ainda Tratado dos Tratados a Convenção de Viena de 1969 é um dos mais importantes documentos já concluídos na história do Direito Internacional Público. Ela não se limitou apenas à codificação do conjunto de regras gerais referentes aos tratados concluídos entre os Estados, mas também se preocupou em regular todo o tipo de desenvolvimento progressivo daquelas matérias ainda não consolidadas na rena internacional. A Convenção regulou desde questões pré-negociais (capacidade para concluir tratados e plenos poderes), até processo de formação dos tratados adoção assinatura, ratificação, adesão reservas, etc.), sua entrada em vigor, aplicação provisória, observância e interpretação, bem assim a nulidade, extinção e suspensão de sua execução". "No Brasil, a Convenção foi objeto do Decreto n. 7.030 de 2009: Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reservas aos artigos 25 e 66". FERREIRA, Op. cit. p. 70.

Decreto Legislativo); e 3) a fase da ratificação. Há ainda, no Brasil, uma quarta fase, que é a fase de incorporação do tratado já celebrado, denominada fase do Decreto Presidencial (ou Decreto de promulgação)²⁸.

Visto que a fase da assinatura é iniciada com as negociações atribuídos ao Chefe de Estado por decorrência do disposto no art. 84, VIII, da CF²⁹, nada impede de se aderir "a textos de tratados cujas negociações o Brasil não participou. Após as negociações, o Estado realiza a assinatura, que em geral não vincula o Estado"³⁰.

O próximo passo cabe ao Congresso Nacional "resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional" (art. 49,I). Observa-se, que "não há prazo para o término do rito de aprovação congressional, mesmo quanto aos tratados de direitos humanos. Tudo depende da conveniência política"³¹.

Após aprovado o Decreto Legislativo, o Presidente, querendo, pode, em nome do Estado, celebrar em definitivo o tratado, o que é feito, em geral, pela ratificação. O Presidente pode, também, formular reservas, além daquelas que, obrigatoriamente, lhe foram impostas pelo Congresso (se assim o quis). "Não há necessidade de submeter essas novas reservas ao Congresso, uma vez que se trata de desejo de não submissão do Brasil à norma internacional". "Não há prazo no qual o Presidente da República deve celebrar em definitivo o tratado, em face do próprio dinamismo da vida internacional"³².

²⁸ RAMOS, 2015. p. 380.

²⁹ Constituição Federal: "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: VIII - celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional".

³⁰ Ibidem. p. 380.

³¹ Ibidem. p. 382. Sobre os dois dispositivos supracitados, Flávia Piovesan comenta que a Constituição "traz uma sistemática lacunosa, falha e imperfeita" pela ausência de previsão de prazos: "para que o Presidente da República encaminhe ao Congresso Nacional o tratado por ele assinado", para "que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado", e "para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso". Manter essa "sistemática constitucional", de "ampla discricionariedade aos Poderes", "acaba por contribuir para a afronta ao princípio da boa-fé vigente no Direito Internacional". Podemos mencionar, a exemplo, o "emblemático caso da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados" de 1969 que somente foi encaminhada à apreciação do Congresso Nacional em 1992, aprovada pelo Decreto Legislativo n.496, em 17 de julho de 2009, ou seja, corridos dezessete anos para apreciação. "Em 25 de setembro de 2009, o Estado brasileiro finalmente efetuou o depósito do instrumento de ratificação". PIOVESAN, 2012a. p. 106.

³² RAMOS, 2015. p. 382.

Vê-se, então, que "a celebração de um tratado é um ato complexo: não basta a vontade isolada de um Poder, é necessária a junção da vontade dos Poderes Legislativo e Executivo"³³.

CAPÍTULO II - A INCORPORAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

A incorporação dos tratados internacionais no direito interno se entende como um processo histórico pelo qual uma comunidade aceita livremente um sistema jurídico estranho (isto é, antigo ou estrangeiro) uma comunidade assimila o direito estranho na medida em que permite o direito preexistente, de sorte que com tal situação, o direito nacional entra em um processo de transformação³⁴.

Superadas as três primeiras fases, resta, ainda, a última que tornará o tratado válido, não só internacionalmente, mas também, internamente. Segundo o STF, é, somente, através do Decreto de Promulgação (também chamado de Decreto Executivo ou Decreto Presidencial) assinado pelo Presidente da República e referendado pelo Ministro das Relações Exteriores (art. 87, I, da CF)³⁵, que se incorpora internamente um tratado internacional no Brasil, inclusive os de direitos humanos.

O Supremo Tribunal Federal decidiu-se, na ADIn n. 1480-3/DF, favorável a necessidade de um processo de integração normativa, de um ato formal de recepção, vale dizer, entendeu o Tribunal necessária a edição do Decreto "para trazer, ao bojo do

³³ RAMOS, 2015. p. 383. A notícia "Brasil tem mais de 300 acordos sem ratificação" do jornal 'Estado' de 22 de abril de 2014 mostra como o sistema brasileiro é travancado e lento (Lisandra Paraguassu).

³⁴ "La incorporación de los tratados internacionales al derecho interno se entiende como 'un proceso histórico por el cual una comunidad acepta libremente un sistema jurídico extraño (esto es, antiguo o extranjero) una comunidad assimila el derecho extraño en la medida que lo permite el derecho preexistente, de suerte que con tal situación, el derecho nacional entre en un proceso de transformación". GONZÁLEZ, Ismael Camargo. **Derechos Humanos y Control de Convencionalidad**. in: CARBONELL, Miguel. FIX-FIERRO, Héctor. PÉREZ, Luis Raúl González. VALADÉS, Diego. (Coords.) Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y vida universitaria – estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo V. Vol. 1. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2015.p. 22

³⁵ Constituição Federal: "Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos. I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República".

ordenamento nacional, o conteúdo normativo do documento"³⁶. Colhe-se da ementa do acórdão³⁷:

O iter procedimental de incorporação dos tratados internacionais - superadas as fases prévias da celebração da convenção internacional, de sua aprovação congressional e da ratificação pelo Chefe de Estado - conclui-se com a expedição, pelo Presidente da República, de decreto, de cuja edição derivam três efeitos básicos que lhe são inerentes: a) a promulgação do tratado internacional; b) a publicação oficial de seu texto; e c) a executoriedade do ato internacional, que passa, então, e somente então, a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Precedentes.

Entretanto, aqui defendo a inadequação da prática do Decreto de Promulgação, por conter os efeitos de uma obrigação internacional já assumida pelo Estado, "seria olvidar a promulgação de um decreto legislativo pelo parlamento, a ratificação do Chefe do Executivo, o aceite definitivo e a palavra própria do país dada, solenemente, no cenário dos organismos internacionais"³⁸.

Penso que a faculdade regulamentar, no caso, deve ser repudiada, também, em razão da "dissintonia entre os momentos em que os tratados promovem seus efeitos"³⁹. Nesse lapso temporal, pode o Estado estar inadimplente, evidenciando verdadeira afronta a boa-fé vigente no Direito Internacional.

De fato "há casos de edição de decreto executivo quase um ano após a entrada em vigor internacional do tratado", verdadeiro embaraço afrontoso ao Direito. No entanto, o STF defende, reiteradamente, a indispensabilidade do decreto de promulgação "em nome da publicidade e segurança jurídica a todos"⁴⁰.

³⁶ FERREIRA, Op. cit.p. 73.

³⁷ Rel. Min. Celso de Mello, ADIn n. 1.480-3/DF, julgamento 04/09/1997, Tribunal Pleno. Proposta pela Confederação Nacional dos Transportes concernente à Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. A matéria repousava sobre a limitação da dispensa do funcionário, proibindo a demissão imotivada, estabelecendo vários requisitos mesmo para os casos de demissão por "justa causa", todas as questões encontradas nos art. 4º a 10 da Convenção. A exordial apontou a incompatibilidade desses dispositivos com os art. 7º, I e 10, I do ADCT da CF. Foram objeto da ação direta de inconstitucionalidade o Decreto Legislativo n. 68, de 16.09.92, e o Decreto n. 1.855, de 10.04.96 (Promulga a Convenção 158 sobre o término da relação de trabalho por iniciativa do empregador, de 22 de junho de 1982).

³⁸ Ibidem.p. 77.

³⁹ Ibidem.p. 78.

⁴⁰ (CR 8.279- AgR, Rel. Min. Presidente Celso de Mello, julgamento em 17-6-1998, Plenário, DJ de 10-8-2000). RAMOS, 2015. p. 384.

Por essa razão, do risco de tratar-se de um Estado desidioso, a Convenção de Viena e a Corte Interamericana⁴¹ condenam o inadimplemento do tratado em virtude de dispositivo do direito interno e exigem o cumprimento dos "Estados signatários em seus artigos 26 e 27"⁴², afastando-se, inclusive, de elementos estranhos para a determinação de validade e vigência⁴³ dos tratados internacionais"⁴⁴. A jurisprudência brasileira não se pode descuidar do império, no direito internacional público, do *pacta sunt servanda* e da *boa-fé*, pois, o que está em jogo é a credibilidade do Estado brasileiro.

Conforme a própria Corte Interamericana esclareceu no *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*: "[s]egún el derecho internacional las obligaciones que éste impone deben ser cumplidas de *buena fe* y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno"⁴⁵.

Sendo que a Convenção de Viena prevê algumas formas de manifestação de consenso e incorporação dos documentos como vimos anteriormente ou por quaisquer

⁴¹ Veja a posição da Corte Interamericana na seguinte Opinião Consultiva: 35. Uma coisa diferente ocorre quanto às obrigações internacionais e às responsabilidades que derivam do seu não-cumprimento. Conforme o direito internacional, as obrigações impostas por este devem ser cumpridas de boa-fé e não se pode invocar para o seu não-cumprimento o direito interno. Estas regras podem ser consideradas como princípios gerais do direito e foram aplicadas, mesmo tratando-se de disposições de caráter constitucional, pela Corte Permanente de Justiça Internacional e pela Corte Internacional de Justiça (Caso das Comunidades Greco-Búlgaras (1930), Série B, n. 17, p. 32; Caso de Nacionais Poloneses de Danzig (1931), Séries A/B, n. 44, p. 24; Caso das Zonas Livres (1932), Séries A/B, n. 46, p. 167; Aplicabilidade da obrigação de arbitrar sob o Convênio de Sede das Nações Unidas (Caso da Missão do PLO (1988), p. 12 a 31-2, parágrafo 47). Deste modo, estas regras foram codificadas nos artigos 26 e 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969. (Opinião Consultiva OC N. 14/94, de 9 de dezembro de 1994. Responsabilidade Internacional por Expedição e Aplicação de Leis de Violação da Convenção).

⁴² "Art. 26. Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé". "Art. 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46".

⁴³ "Artigo 42. 1. A validade de um tratado ou do consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado só pode ser contestada mediante a aplicação da presente Convenção".

⁴⁴ FERREIRA, Op. cit. p. 78.

⁴⁵ Opinião Consultiva OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994, Serie A N. 14, parágrafo 35. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016. O juiz García Ramírez no seu voto expressou que o Estado é responsável pelo descumprimento dos instrumentos que tem assumido. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016. Voto concorrente de Sérgio García Ramírez. Parágrafo 27. p. 10.

outros meios, se acordado⁴⁶, rechaçando, rigorosamente a solução do Supremo Tribunal Federal.

Além disso, "a Constituição não prevê tal função para o decreto, sendo a construção pretoriana, mesmo fundada na tradição, sem correlação com o texto constitucional"⁴⁷.

O depósito do tratado nos organismos internacionais respectivos, supre a "ausência de publicidade" sustentada pelo STF, e mais, no artigo 4º da Convenção de Havana sobre tratados estabelece que a obrigação de publicidade "não prejudicará a vigência dos tratados".

Mormente sobre os tratados de direitos humanos "criou-se no contemporâneo Direito Internacional dos Direitos Humanos o chamado regime objetivo (não sinalagmático) dos tratados multilaterais de direitos humanos", ou seja, um "Estado assume obrigações internacionais para com os indivíduos sob sua jurisdição e não para os demais Estados". Em outras palavras, fala-se de sua natureza objetiva, isto é, "possuem obrigações cujo objeto e fim são a proteção de direitos e da dignidade da pessoa humana". A propósito, a Opinião Consultiva 2/82⁴⁸ da Corte Interamericana definiu:

A Corte deve enfatizar, sem embargo, que os tratados modernos sobre direitos humanos em geral e no particular a Convenção Americana, não são tratados multilaterais do tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objetivo e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos, independentemente de sua nacionalidade, tanto frente ao

⁴⁶ Convenção de Viena: "Art. 11. O consentimento de um Estado em obrigar-se por um tratado pode manifestar-se pela assinatura, troca dos instrumentos constitutivos do tratado, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, ou por quaisquer outros meios, se assim acordado".

⁴⁷ FERREIRA, Op. cit.p. 79.

⁴⁸ Trecho original: "29. La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mútuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. El carácter especial de estos tratados ha sido reconocido, entre otros, por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando declaró que las obligaciones asumidas por las Altas Partes Contratantes en la Convención (Europea) son esencialmente de carácter objetivo, diseñadas para proteger los derechos fundamentales de los seres humanos de violaciones de parte de las Altas Partes Contratantes en vez de crear derechos subjetivos y recíprocos entre las Altas Partes Contratantes ("Austria vs. Italy", Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 140)". Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_02_esp.pdf

próprio Estado como em face dos outros estados contratantes. Ao aprovar esses tratados de direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação com outros estados, mas sim com os indivíduos submetidos à sua jurisdição. O caráter especial desses tratados tem sido reconhecido, dentre outros, pela Comissão Europeia de Direitos Humanos quando declarou que as obrigações assumidas pelas Altas Partes contraentes da Convenção Europeia são essencialmente de caráter objetivo, desenhadas para proteger os direitos fundamentais dos seres humanos em vez de criar direitos subjetivos e recíprocos entre as Altas Partes contraentes ("Austria vs. Italia", Application No. 788/60, European Yearbook of Human Rights, (1961), vol. 4, pág. 140).(tradução nossa)

Nesse sentido, e por maior razão, aqui defende-se que os tratados internacionais de direitos humanos, certamente, devem ser incorporados no direito interno de forma automática, direta e imediata. Lembrando, ainda, que "as normas definidoras dos direitos fundamentais demandam aplicação imediata"⁴⁹. Conforme Flávia Piovesan, e sobretudo, porque a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, § 1º, estabelece claramente que "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Acrescentar um ato legislativo, não previsto pela Constituição Federal, para compor o trâmite de incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, gerando na prática mais um obstáculo que delonga a disposição desses direitos aos indivíduos, na minha opinião, ofende a própria Constituição Federal.

Por essas razões, a proposta mais consentânea com a natureza dos tratados internacionais, com a Convenção de Viena e com a Constituição Federal, especialmente, daqueles concernentes aos direitos humanos, é a aplicação imediata, logo que ratificado o tratado, verdadeiro aceite definitivo e fonte de direito obrigacional dos tratados internacionais de direitos humanos.

CAPÍTULO III - A HIERARQUIA DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS

Prosperada a fase de incorporação dos tratados, salta-se a questão da hierarquia desses tratados, agora, integrantes da pluralidade de normas existentes num sistema uno ordenado e coerente. A hierarquia desses diplomas tem se mostrado proveitoso "para a

⁴⁹ PIOVESAN, 2012a. p. 145.

avaliação da vigência de determinada norma", sendo um dos "critérios mais básicos para a solução das indesejadas antinomias"⁵⁰.

Eduardo Mac-Gregor, por outro lado, fala que, também que se adverte a constitucionalização do Direito Internacional dos direitos humanos através de princípios ou critérios hermenêuticos a saber o Princípio *pro homine*⁵¹.

Luiz Guilherme Arcaro Conci⁵² aponta para esse viés. Segundo o autor, nacionalmente falando, "há mecanismos judiciais aptos a tornar mais homogênea e organizada a aplicação das normas jurídicas, sempre a partir da Constituição". No entanto, o "inter-relacionamento" entre as normas nacionais e as internacionais de proteção dos direitos humanos "se dá mediante uma análise prevalentemente substancial", ou seja, "a norma de direitos humanos mais favorável ao indivíduo deve prevalecer, de modo que se dê primazia à dignidade da pessoa humana". Nesta análise, "não importa o modo ou o *status* hierárquico que um tratado internacional de direitos humanos adquire no âmbito interno. Importam, sim, seu conteúdo e a verificação de que materialmente, é mais protetivo que as normas nacionais", dependente de um exame acurado caso a caso⁵³.

Significa dizer que tratados internacionais e a legislação nacional podem ser "aplicados a partir de uma concepção humanista de modo a se aplicar, em casos de conflitos normativos, não a norma mais importante ou superior, mas a mais protetiva ou menos restritiva aos direitos humanos envolvidos, conquanto mais favoráveis"⁵⁴.

Soma-se que a questão da hierarquia dos tratados "é matéria de relevância interna", tão somente. "No plano internacional, relevante é a adesão do Estado, sendo qualquer descumprimento do tratado visto como violação ao Direito Internacional. A

⁵⁰ FERREIRA, Op. cit. p. 62.

⁵¹ POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. **Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 697.

⁵² CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de Convencionalidade e Constitucionalismo Latino-Americano**. Tese de doutorado. Orientador Professor Marcelo Figueiredo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. São Paulo, 2012a. p. 45.

⁵³ O pensamento crítico de Luiz Guilherme, propõe "diferentemente do que ocorre com a jurisdição constitucional nacional, que tem a Constituição e o critério hierárquico como paradigmas, o controle de convencionalidade se constrói a partir de três pressupostos: a. efeito útil; b. pro homine; c. boa fé ou *pacta sunt servanda*", como veremos cuidadosamente no capítulo seguinte do trabalho. Ibidem. p. 58.

⁵⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **A melhor proteção aos direitos da pessoa humana exige a aplicação do princípio pro homine**. Revista Justificando. São Paulo, 20 de fevereiro de 2016b. Disponível em: <http://justificando.com/2016/02/20/a-melhor-protecao-aos-direitos-da-pessoa-humana-exige-a-aplicacao-do-principio-pro-homine/>. Acesso em: 31 março 2016.

legislação local, assim, se torna um "mero fato" diante do "unilateralismo internacional"⁵⁵.

Esse entendimento, portanto, me parece, realmente mais adequado do que debruçar-se sobre a discussão da hierarquia, conforme a lição de Ingo Sarlet⁵⁶, "a pessoal concordância com a tese de que o correto seria abandonar o esquema hierarquizado e adotar os critérios do *pro homine* ou *pro persona*".

Agora, tratando-se de hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, penso que o critério da hierarquia constitucional se mostra mais acertada, em que pese as demais correntes⁵⁷.

Eduardo Mac-Gregor fala que a outorga hierárquica constitucional aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, é uma das manifestações mais claras sobre a constitucionalização do Direito Internacional. A consequência é a construção de um "bloco de constitucionalidade"⁵⁸.

Flávia Piovesan ressalta a noção de que esses direitos integram "um universo de princípios que apresentam força obrigatória, denominados *jus cogens*", cuja previsão encontra sustento nos art. 53 e 64 da Convenção de Viena⁵⁹.

Além disso, segundo as contribuições de Valerio Mazzuoli⁶⁰ e da própria Flávia Piovesan⁶¹ conclui que o §2º do art. 5º, ao prescrever: "*os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais*", "a

⁵⁵ Nesse sentido é a Opinião Consultiva de 4 de fevereiro de 1932 (Caso relativo ao tratamento de Nacionais Poloneses e Outras Pessoas de Origem Polonesa no Território de Danzig) e o julgamento "*Certain German interest in Polish Upper Silesia*", de 25 de maio de 1926, ambos da Corte Permanente de Justiça Internacional, antecessora da corte internacional de Justiça (ONU). FERREIRA, Op. cit. p. 61.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Controle de convencionalidade dos tratados internacionais**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>. Acesso em: 22 março 2016.

⁵⁷ Em síntese, há quatro correntes acerca da hierarquia dos tratados de proteção dos direitos humanos, que sustentam: a) a hierarquia supraconstitucional; b) a constitucional; infra-constitucional, mas supralegal; e d) a paridade hierárquica entre tratado e lei federal.

⁵⁸ POISOT, Op. cit. p. 696.

⁵⁹ Convenção de Viena: Art. 53. É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza. Art. 64. Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se.

⁶⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. In: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. (Coords.) *Direito e Ciências Afins*. Vol. 4. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 30.

⁶¹ PIOVESAN, 2012a. p. 108.

contrario sensu", "está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte". Sem contar com a "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"⁶².

A Constituição assume expressamente o conteúdo constitucional dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte. Ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de normas constitucionais, a Carta lhes confere o valor jurídico de norma constitucional, já que preenchem e completam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional. Nesse sentido, afirma Canotilho: 'O programa normativo-constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao 'texto' da Constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o 'bloco de constitucionalidade' a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas. Os direitos internacionais integrariam, assim, o chamado 'bloco de constitucionalidade', densificando a regra constitucional positivada no §2º do art. 5º, caracterizada como cláusula constitucional aberta.'⁶³

Flávia Piovesan relembra o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, vale dizer, "a nenhuma norma constitucional se pode dar interpretação que lhe retire ou diminua" sua força normativa, "à norma constitucional, deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, especialmente quando se trata de norma instituidora de direitos e garantias fundamentais"⁶⁴.

No entanto, o §2º do art. 5º da Constituição, se mostrou insuficiente para resolver a "polêmica doutrinária e jurisprudencial concernente à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos". Assim, o §3º introduzido pela Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, veio com esse propósito, de certa forma, a meu ver, malogrado.

⁶² Ibidem. p. 108.

⁶³ Ibidem. p. 111. Assim, Flávia Piovesan propõe uma nova classificação, na qual os direitos seriam organizados em três grupos distintos: "a) o dos direitos expressos na Constituição"; "b) o dos direitos expressos em tratados internacionais de que o Brasil seja parte; e finalmente, c) o dos direitos implícitos (direitos que estão subentendidos nas regras de garantias, bem como os decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição)". Ibidem. p. 114.

⁶⁴ Ibidem.

Autores, como Flávia Piovesan⁶⁵, procuraram uma alternativa, cujo resultado demonstrou que "o *quorum* qualificado está tão somente a reforçar tal natureza", ao propiciar a "constitucionalização formal" dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno.

(...) na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas, e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar à forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.

Não seria razoável sustentar que os tratados de direitos humanos já ratificados fossem recepcionados como lei federal, enquanto os demais adquirissem hierarquia constitucional exclusivamente em virtude de seu *quorum* de aprovação⁶⁶.

Desta feita, Valerio Mazzuoli resume a situação dos tratados internacionais de direitos humanos depois da Emenda n. 45: a) "materialmente constitucionais os tratados de direitos humanos (sejam eles anteriores ou posteriores à Emenda)"; b) "formalmente constitucionais" para aqueles aprovados pelo *quorum* especial "(caso em que serão material e formalmente constitucionais), quando, então, tornar-se-ão, de *facto* e de *jure*, insuscetíveis de denúncia pelo Presidente da República"⁶⁷.

Portanto, o novo parágrafo não me parece adequado, sobretudo, trouxe problemas desnecessários e complicadores à própria aplicação dos instrumentos de proteção de direitos humanos.

⁶⁵ Ibidem. p. 130. "A respeito do impacto do art. 5º, §3º, destaca-se decisão do Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do RHC 18.799, tendo como relator o Ministro José Delgado, em maio de 2006: "(...) o §3º do art. 5º da CF/88, acrescido pela EC n. 45, (...). Ora, apesar de à época o referido Pacto ter sido aprovado com quórum de lei ordinária, é de se ressaltar que ele nunca foi revogado ou retirado do mundo jurídico, não obstante a sua rejeição decantada por decisões judiciais. De acordo com o citado §3º, a Convenção continua em vigor, desta feita com força de emenda constitucional. A regra emanada pelo dispositivo em apreço é claro no sentido de que os tratados internacionais concernentes a direitos humanos nos quais o Brasil seja parte devem ser assimilados pela ordem jurídica do país como normas de hierarquia constitucional. Não se pode escanteiar que o §1º supradetermina, peremptoriamente, que 'as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata'. Na espécie, devem ser aplicados, imediatamente, os tratados internacionais em que o Brasil seja parte. O Pacto de São José da Costa Rica foi resgatado pela nova disposição §3º (do art. 5º), a qual possui eficácia retroativa. A tramitação de lei ordinária conferida à aprovação da mencionada Convenção (...) não constituirá óbice formal de relevância superior ao conteúdo material do novo direito aclamado, não impedindo a sua retroatividade, por se tratar de acordo internacional pertinente a direitos humanos".

Ibidem. p. 130.

⁶⁶ Ibidem. p. 121.

⁶⁷ MAZZUOLI, Op. cit. p. 68.

Trago a crítica pertinente de Cançado Trindade⁶⁸, sobre o dispositivo da Constituição Federal brasileira sob a perspectiva da Convenção Americana: “Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo §2º do artigo 5 da Constituição Federal de 1988”. “No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbróglio tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano”; e, “em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados, - assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, - com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

Enfim, “este retrocesso provinciano põe em risco a inter-relação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo”. E acima de tudo, “mostra-se manifestamente incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1(1), 2 e 29)”, “na medida em que o novo parágrafo” “abre a possibilidade de restrições indevidas na aplicabilidade direta da normativa de proteção de determinados tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (podendo inclusive inviabilizá-la)”⁶⁹. E por esta mesma razão, Cançado Trindade, sem pormenores, provoca ao dizer que “não está sequer demonstrada a constitucionalidade do lamentável §3º do artigo 5”.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem assinalado que “é dever geral do Estado”, conforme artigo 2 da Convenção Americana⁷⁰, adotar medidas para suprimir as normas e práticas de qualquer natureza que impliquem uma violação às garantias

⁶⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Damião Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/02/IACtHR-2006-Ximenes-Lopes-v.-Brazil-Portuguese.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2016. Parágrafos 30 e 31. p. 10.

⁶⁹ Ibidem. Parágrafos 30 e 31. p. 10.

⁷⁰ Art. 2. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

previstas na Convenção, assim como a expedição de normas e de práticas conducentes à observância efetiva destas garantias⁷¹.

A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado parte de adequar seu direito interno às disposições da Convenção, para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado-parte implica que as medidas de direito interno tem de ser efetivas (*principio del effet utile*)⁷².

A Corte Interamericana valorou e destacou a importância da iniciativa do Governo (Chileno) ao propor a mencionada reforma constitucional, para adequar o ordenamento jurídico interno ao conteúdo da Convenção Americana em matéria de liberdade de pensamento e de expressão⁷³, objeto do *Caso "A última tentação de Cristo"*.

O embate da inovação introduzida pelo §3º do art. 5º e a necessária atualização jurisprudencial⁷⁴ foram enfrentadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343/SP⁷⁵ e no *Habeas Corpus* 87.585-8/TO de 2006.

O Ministro Gilmar Mendes conduziu nova posição e, muito embora, tenha reconhecido a "premente necessidade de se dar efetividade à proteção dos direitos humanos nos planos interno", a imperiosa "mudança de posição quanto ao papel dos tratados internacionais sobre direitos na ordem jurídica nacional", e a necessidade de "assumir uma postura jurisdicional mais adequada às realidades emergentes em âmbitos supranacionais, voltadas primordialmente à proteção do ser humano, defendeu a

⁷¹ Trecho original: *La Corte ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso "A última tentação de Cristo" (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile**. Sentença de 05 de fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf. Acesso em: 20 fev. 2016. Parágrafo 85. p. 35.

⁷² *La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile).* Ibidem. Parágrafo 87. p. 35.

⁷³ *La Corte valora y destaca la importancia de la iniciativa del Gobierno de proponer la mencionada reforma constitucional, porque puede conducir a adecuar el ordenamiento jurídico interno al contenido de la Convención Americana en materia de libertad de pensamiento y de expresión.* Ibidem. Parágrafo 89. p. 35.

⁷⁴ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre os tratados internacionais de direitos humanos, até então, os posicionava equivalentes à lei ordinária federal.

⁷⁵ O Recurso Extraordinário n. 466.343/SP tratou de recurso interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, no julgamento de apelação, confirmou sentença de procedência de ação de depósito, fundada em alienação fiduciária em garantia, deixando de impor cominação de prisão civil ao devedor fiduciante, por descumprimento da obrigação de entrega do bem.

supralegalidade⁷⁶ aos tratados e convenções de direitos humanos. Não obstante, o Ministro Celso de Mello⁷⁷ ter se inclinado a acolher a natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos.

Valerio Mazzuoli reprovava a decisão, pois "peca por desigualar tais instrumentos em detrimento daqueles internalizados pela dita maioria, criando uma 'duplicidade de regimes jurídicos' imprópria para o atual sistema (interno e internacional) de proteção de direitos, uma vez que estabelece 'categorias' de tratados que têm o mesmo fundamento ético"⁷⁸.

O Ministro Gilmar Mendes afirmou no seu voto que "os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico"⁷⁹.

Ora, não há mais como tolerar esse apego absoluto à Constituição quando se trata de proteger direitos humanos. Logo, "o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal é de certa forma conservador e desatende às expectativas do constitucionalismo moderno".

Sendo assim, reputo verdadeira frustração, porque não me parece acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal, pois não dá o devido *status* aos tratados de direitos humanos, colocando-os num patamar de incompletude, menosprezando o seu valor e a sua importância, e conseqüentemente, desconsiderou a Constituição Federal ao inutilizar o §2º do art. 5º para o direito positivo brasileiro. Tampouco, na sua decisão,

⁷⁶ "Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade". Voto Min. Gilmar Mendes. Supremo Tribunal Federal profere sua decisão: formaram a maioria os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito; Foram votos parcialmente vencidos, no tocante ao estatuto normativo dos tratados de direitos humanos, os ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie.

⁷⁷ "Tenho por irrecusável, de outro lado, a supremacia da Constituição sobre todos os tratados internacionais celebrados pelo Estado brasileiro, inclusive aqueles que versarem o tema dos direitos humanos, desde que, neste último caso, as convenções internacionais que o Brasil tenha celebrado (ou a que tenha aderido) importem em supressão, modificação gravosa ou restrição a prerrogativas essenciais ou a liberdades fundamentais reconhecidas e asseguradas pelo próprio texto constitucional, eis que os direitos e garantias individuais qualificam-se, como sabemos, como limitações materiais ao poder reformador do Congresso Nacional". BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da RE 466.343/SP**. 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 04 fev. 2016. p. 1255.

⁷⁸ MAZZUOLI, Op. cit. p. 113.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da RE 466.343/SP**. 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 04 fev. 2016. p. 1154.

adotou, o Tribunal, o princípio hermenêutico *pro homine* como alternativa para encerrar a discussão em prol da proteção dos direitos humanos.

CAPÍTULO IV- A INTERPRETAÇÃO DOS TRATADOS DE DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO *PRO HOMINE*

A doutrina, repito, expõe um modo próprio de definição da norma aplicável ao caso concreto quando se trata de proteger os direitos da pessoa humana, o que pode inclusive esvaziar a discussão ou reduzir a importância da hierarquia na discussão da norma aplicável ao caso concreto.

Estou a falar do "princípio *pro homine*" e do "princípio da norma mais favorável ao indivíduo", já que, como explica Humberto Henderson⁸⁰, a regra interpretativa *pro homine* pode se manifestar de três maneiras diferentes: aplicação da norma mais protetora, a conservação da norma mais favorável e a interpretação com sentido tutelar.

Para André de Carvalho Ramos⁸¹ o princípio *pro homine*, é "princípio vetor da interpretação dos textos internacionais relativos à proteção de direitos humanos", que "impõe que a interpretação normativa seja feita *sempre* em prol da proteção dada aos indivíduos"⁸².

Já o "princípio da norma mais favorável ao indivíduo" "possibilita a harmonização das diversas normas internacionais e internas de proteção aos direitos humanos"⁸³, pois "consiste na impossibilidade de se invocar uma norma para reduzir direitos já garantidos"⁸⁴ em tratados.

O autor desdobra o princípio *pro homine* em: a) interpretação sistemática do conjunto de normas de direitos humanos; b) interpretação *restritiva* das eventuais

⁸⁰ HENDERSON, Humberto. **Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine***. Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), N. 39. San José Costa Rica, 2004.

⁸¹ RAMOS, **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 136.

⁸² Ibidem. p. 136.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ RAMOS, André de Carvalho. **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**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009a. p. 820.

limitações permitidas de direitos; e c) uso da interpretação *pro homine* na análise das omissões e lacunas.

Consinto com o entendimento de Mónica Pinto⁸⁵ ao afirmar que:

O princípio *pro homine*⁸⁶ é um critério hermenêutico que informa todo o direito dos direitos humanos, em virtude do qual se deve dispor da norma mais ampla, ou a interpretação mais extensa, quando se trata de reconhecer direitos protegidos e, inversamente, a norma ou a interpretação mais restringida quando "se trata de estabelecer restrições permanentes ao exercício dos direitos ou sua suspensão extraordinária. Este princípio coincide com a característica fundamental do direito dos direitos humanos, isto é, estar sempre a favor do homem.

Entretanto, André de Carvalho Ramos aponta a insuficiência do princípio da primazia da norma mais favorável diante dos chamados *hard cases*⁸⁷, nos quais "dois direitos pertencentes a indivíduos distintos entram em colisão", pois, surge a seguinte indagação: "qual deve prevalecer?", porém "o princípio da primazia da norma mais favorável emudece"⁸⁸.

Não devemos considerar, contudo, tal conflito aparente como *insuperável*. Face à insuficiência do princípio da norma mais favorável ao indivíduo, entra em cena o princípio da ponderação de interesses, sabendo que a certeza da relatividade dos direitos fundamentais diante da necessária coexistência entre os mesmos devem servir de guia para o intérprete no momento da estipulação dos limites da proteção estipulada pelos direitos em concreto⁸⁹.

⁸⁵ El principio *pro homine* es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación mas extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación mas restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre. PINTO, Mónica. **El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>. Acesso em: 20 março 2016. p. 163.

⁸⁶ Mónica fala que "el principio *pro homine* impone que, por ejemplo, una norma específica sobre tortura - que enuncia detalladamente los derechos de la víctima y las obligaciones asumidas por el Estado - supere y prevalezca sobre las disposiciones genéricas sobre el tema contenidas, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o en la Convención Americana sobre Derechos Humanos". Ibidem. p. 165.

⁸⁷ Para exemplificar o autor menciona alguns casos como o choque entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade e à intimidade, a realização forçada de DNA para a definição da paternidade colocando em conflito o direito à integridade física do pai e o direito da criança de conhecer sua ascendência. O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o caso no HC 71.373/RS, decidiu pela prevalência do direito à integridade física. Assim, não foi invocado o princípio da '*primazia da norma mais favorável ao indivíduo*' pela impossibilidade de seu uso. RAMOS, 2015b. p. 145.

⁸⁸ RAMOS, 2009a. p. 822.

⁸⁹ RAMOS, André de Carvalho. **Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a sério os Tratados de Direitos Humanos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 104 p. 241 - 286 jan./dez. 2009b. p. 257.

Por outro lado, pode-se afirmar que a preponderância da regra mais benéfica é, na verdade, a obediência estrita aos *standards* mínimos preconizados pelos tratados internacionais. O direito internacional dos direitos humanos é o “piso” dos direitos, não o “teto”⁹⁰.

A vitória da norma mais benéfica enuncia, como já dito, o paradigma caracterizado por um *human rights approach*, conforme propõe Flávia Piovesan⁹¹, concedendo maior proteção ao ser humano, pois, por vezes, a regra mais protetiva está na ordem interna.

Por essa razão, deve-se prevalecer o caráter dialógico, sem a derrogação da norma colidente, permanecendo ambos os dispositivos, na harmonização coordenada dessas fontes⁹².

Néstor Sagués fala que na hipótese de colisão entre bens, direitos e valores das constituições nacionais e os tratados internacionais, deve-se aplicar o melhor direito e de melhor interpretação de acordo com o princípio *pro homine*, ou no caso de incompatibilidade radical, a norma constitucional não deve ser aplicada, e deve haver a “reciclagem constitucional” para permitir uma aplicação adequada à jurisprudência da Corte Interamericana⁹³.

Trata-se da “cláusula de interpretação conforme”, Juan Carlos Hitters explica que esta cláusula, consiste numa técnica hermenêutica por meio da qual as regras contidas nas Constituições locais são “harmonizadas” com os postulados e princípios que surgem

⁹⁰ RAMÍREZ, Sergio García. **El Control judicial interno de convencionalidad**. Revista Del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, ano 5, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011. p. 139. "Cabe lembrar que tal princípio é verdadeiro dispositivo convencional *internacional*, ou seja, é cláusula prevista em tratado internacional. Com efeito, o princípio da norma mais favorável é regra tradicional insculpida nos tratados internacionais de Direitos Humanos e consiste na impossibilidade de se invocar uma norma internacional para reduzir direitos já garantidos em outros tratados ou mesmo na legislação interna". "É o próprio Direito Internacional, por meio de cláusulas previstas em tratados internacionais, que possibilita a aplicação de norma interna, desde que mais favorável ao indivíduo. De fato, essa cláusula de “primazia da norma mais favorável” é assaz comum em tratados de Direitos Humanos, nos quais firma-se, em geral, que as disposições da referida convenção não poderão ser utilizadas como justificativa para a diminuição ou eliminação de maior proteção oferecida por outro tratado". RAMOS, 2009b. p. 255.

⁹¹ PIOVESAN, 2012b. p. 71.

⁹² Inclusive, a legislação nacional tem como exemplo dessa integração e da necessidade de harmonização dos vários diplomas concernentes ao tema dos direitos humanos, na Lei n. 9.474/97, no art. 48: "Os preceitos desta Lei deverão ser interpretados em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, com o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o Governo brasileiro estiver comprometido".

⁹³ Como se deu nos *Casos Cabrera Garcia e Montiel Flores vs. México* (parágrafo 223); e *Gelman vs. Uruguai* (parágrafo 69), 2013.

dos tratados sobre os direitos humanos assim como da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para alcançar uma maior eficácia⁹⁴. Desta maneira, se pode lograr uma maior utilidade sem ‘romper’ um dispositivo legal doméstico, isto quando se ‘interpreta’ usando o critério mais favorável. Deixa-se de lado, assim, uma imposição coativa das normas internacionais⁹⁵.

Nas palavras Eduardo Mac-Gregor uma das fórmulas constitucionais mais efetivas para lograr a harmonização entre o direito interno e o direito internacional, é através “cláusula de interpretação conforme”. Em termos gerais, é técnica hermenêutica por meio da qual os direitos e liberdades constitucionais são harmonizados com os valores, princípios e normas contidas nos tratados internacionais sobre direitos humanos, assim como a jurisprudência dos tribunais internacionais, para lograr sua maior eficácia e proteção⁹⁶.

Entendo, portanto que, não se pode confundir o método de "interpretação conforme" com o próprio "controle de convencionalidade". Visto que, o primeiro restringe-se a uma técnica de interpretação, na medida em que extrai, ou melhor, atribui sentidos a norma de maneira que dentre as possibilidades interpretativas reconhece a validade da norma com a exclusão da interpretação considerada inconveniente⁹⁷. Ao

⁹⁴ HITTERS, Juan Carlos. **Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)**. Revista Peruana de Derecho Público. Ano 15, n. 29. Jul./dez. 2014. p. 48.

⁹⁵ Ibidem. p. 50.

⁹⁶ POISOT, Op. cit. p. 698. *"En realidad la interpretación del Derecho interno conforme a la normativa internacional, implica la interpretación del mismo Derecho interno en la medida en que los tratados internacionales son Derecho nacional (de fuente internacional) una vez que son debidamente incorporados, como lo ha enseñado Fix-Zamudio desde hace décadas. Esto implica, como ha sucedido en España, construir el contenido esencial de los derechos fundamentales a través de catálogos mínimos que deben armonizar sus propias previsiones, y que va conformando implícitamente un 'bloque de constitucionalidad' (...) de tal manera que a través de la interpretación constitucional se ha venido ampliando y reforzando el contenido y alcance de los derechos y libertades fundamentales por la vía de la interpretación conforme". (...) "significa que no es suficiente, por sí misma, que se tenga a nivel constitucional una cláusula de interpretación conforme a los tratados internacionales para que los intérpretes la apliquen de manera sistemática y adecuada; se requiere, sobretudo, que los jueces nacionales la conviertan en una práctica cotidiana de la hermenéutica en materia de derechos humanos". Ibidem. p. 700.*

⁹⁷ José J. G. Canotilho: "Pode ser tomada como regra determinante para se decidir entre vários resultados possíveis de interpretação; como meio de limitação do controle da constitucionalidade das leis; ou, ainda, como instrumento hermenêutico de conhecimento das normas constitucionais". Nas palavras de Roberto Dias, "Assim é que esse método impõe — entre algumas interpretações possíveis da norma infraconstitucional — a exegese compatível com os preceitos constitucionais". CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**, p. 406 *apud* DIAS, Roberto. **Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição**. In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina [Coords.]. Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global. Curitiba: Juruá, 2010, v.4. p. 24. Néstor Sagués

passo que o controle não se limita à pura interpretação, vai além, declara a convencionalidade ou inconvencionalidade da norma, porque o que se pretende é "velar pelo efeito útil da convenção" e aplicação das suas normas⁹⁸.

Além disso, entendo que a "interpretação conforme" exige hierarquia entre a norma parâmetro e a norma a ser interpretada, pois é "princípio de prevalência normativo vertical"⁹⁹, já o controle não (necessariamente). Sendo assim, ousar falar que o "interpretação conforme" é possível na medida em que considera as normas internacionais previstas nos tratados internacionais de proteção aos seres humanos hierarquicamente superior a normas internas inclusive a Constituição Federal, caso contrário, não seria possível uma "interpretação conforme".

A respeito Néstor Sagués explica que qualquer regra jurídica doméstica está submetida ao controle de convencionalidade, inclusive a constituição nacional, esta ideia se parte, tacitamente, do suposição de que o Pacto de San José da Costa Rica se encontra por cima de *todo* o ordenamento jurídico do Estado, sem omitir a própria Constituição. *"El Pacto asume así, agrade o no esta conclusión, y por más que por algunos se la quiera edulcorar, condición de supraconstitucionalidad"*¹⁰⁰.

explica que: *"Ello es así por analogía con la doctrina de la interpretación de las normas subconstitucionales, "conforme" a la Constitución. También deberían, en todo lo posible ser interpretadas las normas domésticas en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Consecuentemente, si una cláusula de una Constitución nacional (o una norma suconstitucional) permite por ejemplo dos o tres interpretaciones, el operador deberá preferir la que coincida, y no la que se oponga, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A contrario sensu, ello significa que deberá desechar las interpretaciones con la Convención Americana, o con la interpretación dada a esta última por la Corte Interamericana de Derechos Humanos". "Mediante el uso de la interpretación "conforme", el operador puede a menudo evitar la declaración de invalidez, por "inconvencionalidad", de normas constitucionales o subconstitucionales prima facie colisionantes con el Pacto de San José de Costa Rica. Se trata de un dispositivo práctico de rescate de esas normas, que podrán permanecer como válidas, en tanto y en cuanto se seleccione, para aplicarlas, sus interpretaciones posibles "conformes" con la Convención Americana, y se descarten las interpretaciones conflictivas con la misma Convención, o con la jurisprudencia de la Corte". SAGUÉS, Nestor Pedro. **El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano**. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf>. Acesso em: 02 abril 2016. p. 16.*

⁹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016. p. 53. Parágrafo 124.

⁹⁹ "A interpretação conforme a Constituição, então, deve ser entendida como um método hermenêutico tanto da Constituição quanto das leis, com vistas a buscar a *prevalência normativo-vertica*l e a *integração hierárquico-normativa*". DIAS, Op. cit. p. 24.

¹⁰⁰ SAGUÉS, Op. cit. p. 09. *"Desde luego, esta afirmación no será fácil de digerir por Estados para cuales los tratados internacionales son leyes comunes, o aquellos otros en los que, en el mejor de los casos, resultan superiores a las leyes ordinarias, pero siempre inferiores a la Constitución. Quizá es más*

De qualquer forma, tratando-se dos direitos humanos, vigora, como regra de maior valor hermenêutico, a preponderância da máxima proteção ao ser humano, do princípio *pro homine* ou *pro persona*.

Conclui-se, com tudo, que a interpretação dos tratados de direitos humanos deve partir do princípio *pro homine* e seus desdobramentos para reafirmar, ainda mais, a prevalência da dignidade da pessoa humana na solução de conflitos, sendo que somente no caso concreto poderá se afirmar qual direito deve-se priorizar, "o que aliás, parece ser uma característica dos direitos fundamentais: a inexistência de um conteúdo essencial definido *a priori* e absoluto"¹⁰¹.

No âmbito do direito internacional¹⁰², a Convenção Americana sobre Direitos Humanos¹⁰³ e a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados de 1969¹⁰⁴, estabelecem a regra de interpretação dos tratados.

potable para nacionales donde el Pacto de San José de Costa Rica cuenta con rango constitucional, pero aun así el problema subsiste, porque el control de convencionalidad está partiendo del supuesto de que el Pacto predomina sobre la Constitución, y no que es igual a ella. (...) A nuestro entender, el conflicto debe dilucidarse partiendo del supuesto de que, axiológicamente, el bien común internacional (en este caso, el bien común regional) se erige como un valor superior al bien común nacional, y que tal cotización, planteada en la esfera de la estimativa jurídica, obliga en la dimensión normativa del derecho a preferir al pacto sobre la Constitución". Ibidem. p. 09.

¹⁰¹ FERREIRA, Op. cit. p. 94.

¹⁰² Vários são os instrumentos internacionais de direitos humanos que consagram expressamente a regra da interpretação *pro homine*, como exemplo: Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, art. 5; Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, art. 23; Convenção sobre os Direitos da Criança, art. 41; Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis Desumanos ou Degradantes, art. 1.2; Convenção Interamericana para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, art. VII. "Interessante notar que as convenções de direitos humanos impendem em mutilação de sua própria extensão para preservação do bem a ser protegido para que não haja qualquer dúvida da impossibilidade desses acordos internacionais se prestarem para objetivo contrário à proteção, respeito e implementação dos direitos humanos. Dizem os acordos, numa autoconcentração incomum (para não dizer inexistente) na legislação ordinária e contrária à sua vigência plena: Não valho se for para fim outro senão o de proteção". FERREIRA, Op. cit. p. 61.

¹⁰³ Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

¹⁰⁴ Artigo 31. Regra Geral de Interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade. RAMOS, 2015b. p. 136.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos no seu terceiro informe sobre a situação dos direitos humanos no Paraguai, reconheceu a importância do princípio *pro homine* ao proibir o recrutamento de menores de 18 anos nas forças armadas¹⁰⁵.

Da mesma maneira, a Relatoria sobre *trabajadores migratorios y miembros de sus familias* referiu-se a Opinião Consultiva n. 18 da Corte reafirmando a aplicação do princípio hermenêutico¹⁰⁶.

A Corte Interamericana¹⁰⁷ no *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú* reconheceu o princípio *pro homine*, ainda que não tenha se utilizado desta terminologia, com base no art. 29, a, da Convenção Americana, e determinou que "nenhuma disposição da Convenção pode ser interpretada no sentido de suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos nela ou limitá-los em maior medida do que o esperado".

¹⁰⁵ Parágrafo 44. *Se observa en la Convención no sólo la fijación de la edad mínima en 15 años, sino una tendencia a no reclutar menores de 18 años de edad. Por otro lado, la legislación paraguaya establece los 18 años como edad mínima para cumplir con el servicio militar. Tanto la Convención Americana como la Convención Internacional, contienen normas que establecen la prevalencia de cualquier otro instrumento normativo, ya sea nacional o internacional que vincule al Estado, que contenga normas que impliquen un mayor reconocimiento de derechos, o una menor restricción de ellos. Este principio, conocido como pro homine, obliga al Estado a aplicar la norma que sea más favorable al reconocimiento de los derechos del individuo. En virtud de ello, la Comisión recuerda a Paraguay que dentro de su sistema normativo no es posible reclutar a menores de 18 años. Por lo demás, teniendo en cuenta que los instrumentos internacionales no hacen en el punto ninguna distinción y por aplicación del mismo principio, este requisito no puede ser subsanado con el consentimiento de los padres del joven.* OAE, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.cidh.org/countryrep/paraguay01sp/cap.7.htm>

¹⁰⁶ Parágrafo 94. *La Corte explica posteriormente que los derechos laborales son aquellos reconocidos por el sistema jurídico nacional e internacional. Dada la pluralidad de normas nacionales e internacionales en esta materia, su interpretación debe hacerse aplicando el principio pro homine; es decir, aplicando la norma que mejor proteja a la persona humana -- en este caso al trabajador.* OAE, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/cap.5.htm>. Acesso em: 31 março 2016

¹⁰⁷ Parágrafo 41. *El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado Parte pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal, como pretende hacerse en el presente caso, implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional.* 42. *La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspiran en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), están dotados de mecanismos específicos de supervisión, se aplican de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagran obligaciones de carácter esencialmente objetivo, y tienen una naturaleza especial, que los diferencian de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados Partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno.* CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú**. Sentença de 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

De igual forma, no *Caso Andrés Aylwin Azócar y otros Vs. Chile*¹⁰⁸; no *Caso Bámaca Velásquez vs. Guatemala*¹⁰⁹; e no *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*¹¹⁰.

Ou seja, o princípio *pro homine* como recurso interpretativo dos diplomas internacionais, tem sido invocado por diferentes vias no âmbito do Sistema Interamericano, "por uma parte tem sido chamado como princípio geral de direito"; por outra, "tem se vinculado às normas interpretativas que os mesmos tratados de direitos humanos contem", e por último, se tem incluído através da interpretação da 'boa-fé', segundo o objeto e fim do tratado"¹¹¹.

O Supremo Tribunal Federal, também tem se utilizado¹¹² do princípio hermenêutico como diretriz de interpretação jurisprudencial, muito embora, não tenha se

¹⁰⁸ Parágrafo 146. (...) *En primer lugar, la expresión "límitrofe" utilizada por el Estado debe llevar a que en caso de duda, sea interpretada a favor de los derechos de las víctimas. Este principio pro-homine, como lo ha expresado la Corte Interamericana, rige como pauta interpretativa de la Convención, y en general en el Derecho de los derechos humanos.* OAE, Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Informe n. 137/99, caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y otros vs. Chile, 27 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.cidh.org/annualrep/99span/de%20fondo/chile11.863.htm>. Acesso em 31 março 2016.

¹⁰⁹ Parágrafo 3. *Es bien sabida la evolución del concepto de víctima, a partir de la noción nuclear, concentrada en lo que se llamaría la víctima directa, hasta arribar, en su caso, a las nociones ampliadas que se expresan bajo los conceptos de víctima indirecta y víctima potencial, temas largamente explorados y controvertidos1 . Este desarrollo revela claramente el impulso tutelar del Derecho internacional de los derechos humanos, que pretende llevar cada vez más lejos - en una tendencia que estimo pertinente y alentadora - la protección real de los derechos humanos. El principio favorecedor de la persona humana, que se cifra en la versión amplia de la regla pro homine - fuente de interpretación e integración progresiva -, tiene aquí una de sus más notables expresiones.* CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala.** Sentença de 25 de novembro de 2000. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_70_esp.pdf. Acesso em: 20 fev. 2016.

¹¹⁰ Parágrafo 2. *En el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, la Corte Interamericana está obligada a observar las disposiciones de la Convención Americana, interpretándolas conforme a las reglas que ese mismo instrumento previene y a las demás que pudieran ser invocadas conforme al régimen jurídico de los tratados internacionales, que figuran en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969. Igualmente, ha de tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena), al que infra se hace referencia, y la regla pro homine, inherente al Derecho internacional de los derechos humanos - frecuentemente invocado en la jurisprudencia de la Corte-, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos.* CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.** Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf. Acesso em: 20 fev. 2016.

¹¹¹ VILLARREAL, Alvaro Francisco Amaya. **El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado.** Revista Colombiana de derecho Internacional. n. 5, 2005. p. 374.

¹¹² Outros julgados como *Habeas Corpus* n. 96.772/SP de 23.09.2008; *Habeas Corpus* n. 90.450-5/MG de 23.09.2008. Segunda Turma; *Habeas Corpus* n. 94.695-0/RS de 23.09.2008. Segunda Turma; *Habeas Corpus* n. 91.361-0/SP de 23.09.2008. Segunda Turma;

questionado a respeito da jurisprudência interamericana ou internacional sobre a matéria. Trago, como exemplo, o julgamento do Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 32.732/DF¹¹³:

O Poder Judiciário, no exercício de sua atividade interpretativa, deve prestigiar, nesse processo hermenêutico, o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional de direitos humanos como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), extraindo, em função desse postulado básico, a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana. Precedentes: HC 93.280/SC, Rel. Min. Celso de Mello.

Com efeito, são raras as vezes que o STF examina o alcance e sentido de determinada garantia da Convenção Americana de Direitos Humanos, segundo a interpretação "de seu intérprete, a saber, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição obrigatória o Brasil já reconheceu desde 10 de dezembro de 1998"¹¹⁴.

O ministro Gilmar Mendes, excepcionalmente, citou a Opinião Consultiva n.5/85, da Corte Interamericana sobre a interpretação da liberdade de expressão e informação¹¹⁵, no julgamento do Recurso Extraordinário 511.961¹¹⁶.

Entretanto, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.959¹¹⁷ no qual se discutia a progressão de regime de cumprimento de pena de crime hediondo, citou várias decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e da Corte Européia. Contudo, em que pese a Corte Interamericana de Direitos Humanos já possuir repertório sobre o devido processo legal e os cânones de interpretação *pro homine*" seus casos não foram mencionados.

¹¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da Ag. Reg. no Recurso Ord. em Mandado de Segurança n. 32.732/DF**. 03/06/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6400316>. Acesso em: 01 abr 2016.

¹¹⁴ RAMOS, 2015b. p. 337. "A Corte interamericana de Derechos Humanos es la intérprete final de la Convención americana sobre derechos humanos". SAGUÉS, Op. cit. p. 347.

¹¹⁵ Ibidem. p. 340.

¹¹⁶ A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "*La colegiación obligatoria de periodistas*" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 511.961 São Paulo**. Ministro Relator Gilmar Mendes. 17/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 20 fev. 2016.

¹¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 82.959-7 São Paulo**. 23/02/2006. Ministro Relator Marco. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79206>. Acesso em: 20 fev. 2016.

Sergio García Ramírez lembra que os critérios estabelecidos pela Corte Interamericana ao interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos – e outros instrumentos com respeito aos quais dispõe de competência material – são vinculantes¹¹⁸ para os Estados partes na Convenção Americana, e com maior razão para aqueles que são sujeitos da jurisdição contenciosa da Corte¹¹⁹.

Ora, ratificar e incorporar os tratados de direitos humanos e aplicar o princípio interpretativo *pro homine* não é suficiente, sobretudo é necessário "compatibilizar a jurisprudência do STF" com a posição hermenêutica dos órgãos internacionais. Propugna-se pelo "Diálogo das Cortes"¹²⁰.

Nesse sentido, Néstor Sagués¹²¹ afirma que:

Já não é factível um autismo constitucional, ou uma interpretação somente "nacionalista" da constituição. O intérprete operador deve reciclar toda a constituição segundo o Pacto de San José da Costa Rica e a jurisprudência da

¹¹⁸ Adiante tratarei com maior rigor a questão da *vinculação* das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

¹¹⁹ RAMÍREZ, Sergio García. Op. cit. p. 138.

¹²⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos. Análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012b. p. 347. Flávia Piovesan também fala em Diálogo (PIOVESAN, 2012b. p. 72), A esse respeito, Luiz Guilherme Arcaro Conci explica que: "temos em mente é que o diálogo entre juízes é um instrumento importante para a interação entre ordens jurídicas. Com isso, queremos dizer que o juiz tem uma função de "conectar" ordens jurídicas nacionais, internacionais e o recurso a ordens jurídicas "terceiras", baseadas no direito comparado. O recurso ao direito comparado é uma necessidade, também, tendo em vista que os problemas resolvidos pelas cortes, mundialmente, são muito parecidos e merecem que os juízes conheçam, ao menos, como essas outras cortes decidiram. Agregue-se a isso, ainda, o quanto de influência utilizamos para a elaboração de leis de outros países que já trataram dos mesmos temas. Significa que o juiz afeto, unicamente, à pirâmide ou aos códigos como reprodução de textos se encontra fora de um ambiente de circulação de ideias que transcende os territórios dos estados nacionais. Significa que argumentos pobres são um grande risco para decisões que se baseiam em ideias isoladas na cabeça de um único magistrado, uma única corte ou, ainda, cortes de um único país. No campo da proteção da pessoa humana, ou dos direitos humanos, essa questão é ainda mais premente, pois é a centralidade dessa proteção que faz com que os juízes encontrem, em um emaranhado de fundamentos, aqueles que devem ocupar o centro de suas preocupações: proteger de forma íntegra a pessoa humana, ou seja, escolher as normas mais protetivas ou menos restritivas dos direitos fundamentais das pessoas humanas envolvidas". CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Por que os juízes devem dialogar com outros juízes estrangeiros ou internacionais?** Revista Justificando. São Paulo, 27 de janeiro de 2016d. Disponível em: <http://justificando.com/2016/01/27/por-que-os-juizes-devem-dialogar-com-outros-juizes-estrangeiros-ou-internacionais/>. Acesso em: 31 março 2016.

¹²¹ "Ya no es factible un autismo constitucional, o una interpretación solamente "nacionalista" de la constitución según el Pacto de San José de Costa Rica y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: tiene que repensar y modelar las cláusulas constitucionales de acuerdo a estos lineamientos; (...) En definitiva, el intérprete constitucional debe manejarse con una nueva versión de la constitución nacional: la constitución convencionalizada". SAGUÉS, Nestor Pedro. **La interpretación judicial de la constitución: de la constitución nacional a la constitución convencionalizada**. México: Porrúa, 2013. p. 356.

Corte Interamericana de Direitos Humanos: tem que repensar e modelar as cláusulas constitucionais de acordo a estes lineamentos (...) Em resumo, o intérprete constitucional deve manusear-se com uma nova versão da constituição nacional: a *constitución convencionalizada*. (tradução minha)

Até mesmo para impedir interpretações nacionais equivocadas dos tratados, para que não resulte em textos internacionais, mas de interpretação nacional¹²², correndo o risco da interpretação divergente implicar violação de direitos protegidos, sob a ótica internacional, e consequência condenação internacional do Estado brasileiro.

É preciso superar a "tradicional fase da ambiguidade" que se encontra o STF, "na qual o Brasil ratifica os tratados de direitos humanos, mas não consegue cumprir seus comandos normativos interpretados pelos órgãos internacionais"¹²³. Só assim, "a postura do STF será condizente com os compromissos internacionais de adesão à jurisdição internacional de direitos humanos assumidos pelo Brasil"¹²⁴.

É dizer, da mesma forma que ao aplicar-se a Constituição Federal faz-se menção aos precedentes do Supremo Tribunal Federal, assim se espera que se faça ao invocar a Convenção Americana de Direitos Humanos recorrendo aos precedentes de interpretação da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

PARTE II

O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Firmou-se até aqui, os passos em direção à formação, incorporação, hierarquização, interpretação dos tratados internacionais de direitos humanos perante a Constituição Federal e o ordenamento doméstico. Cumpre, agora, examinar a forma de efetivação desse esqueleto normativo, em especial, a contribuição da Corte

¹²² "Esse caminho 'nacionalista' nega a universalidade dos direitos humanos e transforma os tratados e a Declaração Universal de Direitos Humanos em peças de retórica, pois permite que cada país interprete o que é 'tortura', 'intimidação', 'devido processo legal' e outros comandos abertos dos textos de direitos humanos, gerando riscos de abuso e relativismo puro e simples". RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos. Análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012b. p. 347.

¹²³ RAMOS, 2015b. p. 340.

¹²⁴ RAMOS, André de Carvalho. **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. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009a. p. 850.

Interamericana de Direitos Humanos pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Chegou o momento de falar sobre o controle de convencionalidade.

Antes, é preciso ter em mente a relevância do "princípio da subsidiariedade" da justiça internacional, já que não se outorga competência absoluta a Corte Interamericana para revisar qualquer caso e atuação dos juízes nacionais à luz da própria legislação interna.

A respeito, Marcelo Figueiredo afirma que a "tutela essencial dos direitos humanos corresponde aos Estados em seu âmbito interno, já que é indubitável que os organismos internacionais somente desenvolvem uma função de grande importância, mas exclusivamente subsidiária e complementar aos Estados"¹²⁵.

Cumprir registrar, também, que a Corte Interamericana pode efetuar o controle de convencionalidade tanto no âmbito da sua função consultiva quanto no da contenciosa, superada a discrepância de entendimentos sobre o tema, graças ao voto dissidente de Cançado Trindade no *Caso El Amparo vs Venezuela*.

Em seu voto, Cançado Trindade observou que a determinação da incompatibilidade de uma lei interna com o Pacto de San José não é prerrogativa exclusiva do exercício da competência consultiva da Corte Interamericana, assim, no exercício da competência consultiva a Corte pode emitir opiniões sobre a incompatibilidade ou não de uma lei interna com a Convenção *in abstracto*, ao passo que, no exercício da competência contenciosa, nas 'circunstâncias do caso concreto'¹²⁶.

¹²⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. **O direito constitucional transnacional e algumas de suas dimensões**. Tese apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012. No prelo. Todavia, a regra de prévio esgotamento dos recursos internos comporta, modernamente, mitigações em certos casos, como na denegação de justiça ou quando os recursos internos desvelarem-se inoperantes, falhos ou inacessíveis à vítima. Nestes casos, admite-se que a instância internacional seja diretamente acionada.

¹²⁶ Parágrafo 11. *Por consiguiente, la determinación de la incompatibilidad de una ley interna con la Convención no es prerrogativa exclusiva del ejercicio de la competencia consultiva de la Corte. La diferencia reside en que, en el ejercicio de la competencia consultiva (artículo 64(2) de la Convención), la Corte puede emitir opiniones sobre la incompatibilidad o no de una ley interna (e inclusive de un proyecto de ley) con la Convención in abstracto, mientras que, en el ejercicio de la competencia contenciosa, la Corte puede determinar, a solicitud de una parte, la incompatibilidad o no de una ley interna con la Convención en las circunstancias del caso concreto. La Convención Americana efectivamente autoriza la Corte, en el ejercicio de su competencia contenciosa, a determinar si una ley, impugnada por la parte demandante, y que por su propia existencia afecta los derechos protegidos, es o no contraria a la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte tiene la competencia ratione materiae, y debía, pues, haber procedido a esta determinación y a la fijación de sus consecuencias jurídicas.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso El Amparo vs Venezuela**. Sentença de 14 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_28_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016. Voto dissidente do juiz A. A. Cançado Trindade.

Desde então, na Corte, tem prevalecido o entendimento capitaneado por Cançado Trindade, no sentido de que uma lei pode violar os direitos humanos mesmo sem ter causado prejuízos concretos em razão da sua própria existência, e na ausência de uma medida de aplicação ou execução pela ameaça real à pessoa, representada pela situação criada pela referida lei¹²⁷.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem desenvolvido, através da sua jurisprudência, a doutrina acerca da aplicação e interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e de outros tratados concernentes ao mesmo assunto, de maneira que se fundou verdadeiro "bloco de convencionalidade" para estabelecer *standards* no continente ou, quando menos, nos países que tem aceitado a jurisdição do dito tribunal internacional.

Para efeitos de parâmetro de controle de convencionalidade, por "jurisprudência" deve compreender toda a interpretação que a Corte realize sobre a Convenção Americana, a seus protocolos, e a outros instrumentos internacionais da mesma natureza que "integrem ao *corpus iuris* interamericano"¹²⁸.

Muito embora não haja disposição normativa - nem na Convenção Americana, nem no Estatuto ou regulamento da Corte - que se refira, expressamente, a competência da Corte para efetivar o controle de convencionalidade, entendo que a conclusão de incompetência é equivocada.

Pois não só a interpretação e a aplicação do Pacto compete a Corte¹²⁹, como também a função de justamente assegurar a eficácia do objeto e da finalidade da Convenção.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ POISOT, Op. cit. p. 725. Há quatro diplomas normativos principais que compõem o chamado "sistema interamericano de Direitos Humanos": a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* (1948), a *Carta da Organização dos Estados Americanos* (1948), a *Convenção Americana de Direitos Humanos* (1969) e também o *Protocolo de San Salvador*, assinado em 1988, relativo aos direitos sociais e econômicos. RAMOS, André de Carvalho. **Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a sério os Tratados de Direitos Humanos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 104 p. 241 - 286 jan./dez. 2009b. O sistema regional interamericano simboliza a consolidação de um "constitucionalismo regional", que objetiva salvaguardar direitos humanos fundamentais no plano interamericano. A Convenção Americana, como um verdadeiro "código interamericano de direitos humanos", foi acolhida por 25 Estados, traduzindo a força de um consenso a respeito do piso protetivo mínimo e não do teto máximo de proteção. Serve a um duplo propósito: a) promover e encorajar avanços no plano interno dos Estados; e b) prevenir recuos e retrocessos no regime de proteção de direitos. PIOVESAN, 2012b.

¹²⁹ Artigo 62. 1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória,

Ora, se um Estado descumpre os compromissos internacionais expedindo leis incompatíveis com a Convenção e violando os direitos humanos reconhecidos neste tratado, corresponde a Corte verificar este descumprimento, fazendo um controle para assegurar e fazer efetiva a supremacia da Convenção.

No primeiro plano, a Corte realiza o controle de convencionalidade em sede internacional e, certificando a incompatibilidade das normas internas com a Convenção, declara a responsabilidade internacional do Estado e determina o dever de adequação de sua ordem interna à Convenção Americana.

No segundo plano, para além de resolver o caso, a sentença da Corte Interamericana produz critérios gerais de interpretação da Convenção aplicáveis por todos os Estados partes, uma vez que se trata da interpretação levada a cabo pelo intérprete autorizada e suprema do Pacto.

Em verdade, a Corte Interamericana não se constitui em um órgão de cassação ou instância revisora das decisões locais, tampouco se ocupa da análise da legislação doméstica, mas tão somente de sua compatibilidade com o Pacto de San José e com a exegese dada por si, a fim de evitar que o Estado incorra em responsabilidade internacional. Pela sua eficiência, não pode a Corte se dedicar caso a caso, senão que uma vez estabelecida determinada diretriz no julgamento de um caso, todos os Estados sujeitos a sua jurisdição devem segui-la¹³⁰.

Não se deve perder de vista que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar "*la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales*"¹³¹, conforme a Opinião Consultiva OC-1699¹³².

de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.

¹³⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Vargas Areco Vs. Paraguay**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016. parágrafo 6 e 7.

¹³¹ POISOT, Op. cit. p. 725.

¹³² OC- 1699, de 1 de outubro de 1999, parágrafo 115. O *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos é formado por um conjunto de instrumentos internacionais de conteúdo e efeitos jurídicos variados (tratados, convênios, resoluções e declarações). A sua evolução dinâmica tem exercido um impacto positivo no Direito Internacional, no sentido de afirmar e desenvolver a aptidão deste último, para regular as relações entre os Estados e os seres humanos, sob as suas respectivas jurisdições. Portanto, esta Corte deve adotar um critério adequado para considerar a questão sujeita a exame, no âmbito da evolução dos direitos fundamentais da pessoa humana, no Direito Internacional contemporâneo.

Reforço que, se estabelece desta maneira um autentico "bloco de convencionalidade" como parâmetro para exercer o controle de convencionalidade. Os juízes nacionais devem atender a este "bloco" como patamar mínimo, o que implica, uma permanente atualização entre as jurisdições nacionais e a interamericana, com a finalidade última de estabelecer *standards* latino-americanos a maneira de um *ius commune* para a proteção efetiva dos direitos humanos¹³³.

A doutrina do controle de convencionalidade vem sendo estabelecida e adotada pela Corte Interamericana em um processo evolutivo de "internacionalização" das práticas das altas jurisdições nacionais.

A Corte manifestou, no *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, o dever dos Estados partes organizar todo o aparato governamental e, a obrigação de garantia ao exercício dos direitos humanos¹³⁴.

Sergio García Ramírez enfatizou no seu voto no *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala* de 2003, a questão da responsabilidade do Estado ser global, pois perante a Corte, o Estado é uno, e não pode estar sujeita à divisão de atribuições que apontem ao direito interno, deixando as suas atuações fora do controle de convencionalidade que traz consigo a jurisdição da Corte Interamericana¹³⁵.

Em 2004, no *Caso Tibi Vs. Equador*, Sergio García Ramírez reafirmou a competência da Corte Interamericana para realizar o controle de convencionalidade, pois

¹³³ POISOT, Op. cit. p. 725.

¹³⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

¹³⁵ Foi quando o juiz utilizou pela primeira vez, a expressão "controle de convencionalidade": “*Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio - sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto - y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional*”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016. Voto concorrente de Sérgio García Ramírez. Parágrafo 27. p. 10.

se os tribunais constitucionais controlam a 'constitucionalidade', o tribunal internacional de direitos humanos resolve acerca da convencionalidade desses atos¹³⁶.

Anos depois, volta o mesmo juiz a utilizar a expressão "controle de convencionalidade", fundado na confrontação entre o fato consumado e as normas da Convenção Americana no *Caso Vargas Areco vs. Paraguay* de 26 de setembro de 2006, no mesmo dia em que decidiu o *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, quando o pleno da Corte utiliza pela primeira vez a expressão "controle de convencionalidade" desta vez, com uma dimensão distinta, com caráter difuso¹³⁷.

Meses depois, no *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Peru*¹³⁸, a Corte reitera sua doutrina do controle difuso de convencionalidade e

¹³⁶ Parágrafo 3. *En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados -disposiciones de alcance general- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la "constitucionalidad", el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la "convencionalidad" de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público - y, eventualmente, de otros agentes sociales - al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía.* CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Sentença de 07 de setembro de 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

¹³⁷ Posteriormente, a Corte reproduziu seu entendimento sobre o controle de convencionalidade, invocando o trecho citado do *Caso Almonacid Arellano y otros* na sentença de julgamento do *Caso La Cantuta vs. Peru*, sentença de 29 de novembro de 2006, no parágrafo 173: *Además, en cuanto a los alcances de la responsabilidad internacional del Estado al respecto, la Corte ha precisado recientemente que: [...] El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana. [...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.* CORTE INTERAMERICANA DE DEREITOS HUMANOS. **Caso La Cantuta Vs. Perú**. Sentença de 29 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

¹³⁸ Sergio García Ramírez ressaltou que "Puesto que la CADH y el Estatuto de la Corte Interamericana -- ambos, producto de la voluntad normativa de los Estados Americanos que las emitieron-- confieren a la

acrescenta dois aspectos: a) procede de *ofício* sem necessidade de que as partes o solicitem; b) deve exercer-se dentro de suas respectivas competências e das regulamentos processuais correspondentes.

A doutrina sobre o controle difuso de convencionalidade, por parte da Corte Interamericana, seguiu consolidando-se, e reiterando de maneira firme em diversos casos¹³⁹, como: *Caso Cantuta vs. Perú (2006)*, *Caso Boyce y otros vs. Barbados (2007)*, *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá (2008)*, *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos (2009)*¹⁴⁰.

*Corte la función de interpretar y aplicar la Convención Americana (y, en su caso y espacio, otros tratados: protocolos y convenciones que prevén, con múltiples fórmulas, la misma atribución dentro del corpus juris de derechos humanos), incumbe a ese tribunal fijar el sentido y alcance de las normas contenidas en esos ordenamientos internacionales. No seu voto, o Juiz Cançado Trindade, agregou que: "Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también de 'convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. (...)". CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.*

¹³⁹ "Esta multiplicidad de sentencias permite detectar ya la existencia de un derecho procesal transnacional consuetudinario, afirmativo del control de convencionalidad en el sistema interamericano". SAGÜÉS, Nestor Pedro. **El "control de convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27778.pdf>. Acesso em 18 fev. 2016. p. 3.

¹⁴⁰ Nos estudos desenvolvidos por Eduardo Ferrer Mac-Gregor entre os anos 2006 e 2010 sobre a jurisprudência convencional do controle de convencionalidade se depreende certas considerações: *Principio de legalidad*: Os juízes e tribunais nacionais estão sujeitos ao império da lei, que os obriga a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No Estado constitucional de Direito, as leis devem também estar sob a Constituição. *Principio de convencionalidad*: O princípio da legalidade coexiste com o da convencionalidade, desde que os Estados se comprometeram a respeitar os direitos humanos previstos nos instrumentos internacionais que voluntariamente se submeteram. Por uma parte, os Estados se comprometem a respeitar os direitos e liberdades que estabelecem a CADH, e a garantir o livre e pleno exercício; ademais, adotar as medidas legislativas ou outras que forem necessárias para fazer valer esses direitos e liberdades; e outra, reconhecem a competência da Corte, o que implica aceitar e cumprir as suas decisões; *Supremacía Convencional*: Os Estados se comprometem a respeitar os direitos humanos previstos nos instrumentos internacionais, criando órgãos de promoção, supervisão e controle, no qual os tribunais regionais na proteção destes direitos tem uma especial incidência nas ordens jurídicas nacionais; *Buena fe y principio del efecto útil*: Sustentam que a obrigação de ditar as medidas que forem necessárias para efetivar os direitos e liberdades reconhecidos na CADH compreende a de não ditá-las quando elas conduzam a violá-los, fundamentando no princípio geral do Direito Internacional, relativo às obrigações que devem ser cumpridas de boa-fé. Precisamente a Corte fundamenta o controle de convencionalidade na boa-fé, pois que estabelece que os juízes devem velar pelo efeito útil dos instrumentos internacionais para que não seja reduzido ou anulado por aplicação de normas ou práticas internas contrárias ao objeto e fim do instrumento convencional ou do *standards* internacional de proteção; *Control de Convencionalidad*: Derivado do anterior, os juízes nacionais não só estão obrigados a realizar o controle de constitucionalidade dentro de suas respectivas competências e

Em 2010, no *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*, já bem amadurecida a doutrina do controle difuso, Eduardo Mac-Gregor, fortaleceu, o cânon da Corte, "o controle difuso de convencionalidade que deve ser exercido por todos os juízes nacionais".

E ainda advertiu sobre uma 'internacionalização do Direito Constitucional', particularmente ao trasladar as 'garantias constitucionais' como instrumentos processuais para a tutela dos direitos fundamentais e salvaguarda da 'supremacia constitucional', às 'garantias convencionais' como mecanismos jurisdicionais e quase jurisdicionais para a tutela dos direitos humanos previstos nos pactos internacionais quando aqueles não têm sido suficientes, pelo que de alguma maneira se configura também uma "supremacia convencional"¹⁴¹. (tradução minha)

O rico acervo jurisprudencial da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a temática do controle de convencionalidade, antes e depois do uso desta nomenclatura, não se esgota nos últimos casos estudados. Em pelo menos 17 casos contenciosos a Corte citou o controle de convencionalidade entre 2006 e 2013, jurisprudência que servirá como orientação para elaborar uma estrutura procedimental do controle aplicado pela Corte e pelos Estados nacionais.

Forçoso é concluir que o controle de convencionalidade em sede internacional é realizado, na realidade, desde as primeiras decisões da Corte Interamericana, não tendo origem apenas nos casos no qual firmou-se a terminologia. Tal controle é, e sempre foi, a função essencial dos órgãos internacionais competentes, tais como a Corte Interamericana.

atribuições, senão também um controle de convencionalidade, na medida em que, não fazê-lo poderia gerar uma responsabilidade internacional do Estado. O controle tem as seguintes características básicas: *El juez nacional como juez interamericano; Carácter difuso; Ex officio; Bloque de convencionalidad; Efectos*. POISOT, Op. cit. p. 679.

¹⁴¹ Parágrafo 21. *Se trata, en realidad, de un "control difuso de convencionalidad", debido a que debe ejercerse por todos los jueces nacionales. Existe, por consiguiente, una asimilación de conceptos del Derecho Constitucional, lo cual está presente desde el origen y desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente al crearse las "garantías" y "órganos" internacionales de protección de los derechos humanos. Se advierte claramente una "internacionalización del Derecho Constitucional", particularmente al trasladar las "garantías constitucionales" como instrumentos procesales para la tutela de los derechos fundamentales y salvaguarda de la "supremacia constitucional", a las "garantías convencionales" como mecanismos jurisdiccionales y cuasi jurisdiccionales para la tutela de los derechos humanos previstos en los pactos internacionales cuando aquéllos no han sido suficientes, por lo que de alguna manera se configura también una "supremacia convencional".* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016. p. 8.

CAPÍTULO I – ESPÉCIES DE CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

É oportuno destacar, desde logo, que a noção do instituto desenvolvido pela Corte Interamericana difere daquela defendida pela doutrina. Em que pese ambas as óticas tratem-no como técnica judicial de confrontação de normas internas frente às normas internacionais, partem de perspectivas distintas.

A doutrina aborda o controle de convencionalidade na perspectiva de "como o direito interno vê o direito internacional", ao passo que a Corte Interamericana aborda-o de "como o direito internacional vê o direito interno", resultando, assim, em conclusões dissonantes.

De qualquer forma, em ambas as óticas, pode-se entender, que o controle de convencionalidade consiste "na análise de compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais"¹⁴². Dividido em duas subcategorias: o de "matriz internacional" - controle concentrado de convencionalidade, conforme Eduardo Mac-Gregor - cuja atribuição pertence aos órgãos internacionais, e de "matriz nacional"¹⁴³ - Controle difuso de convencionalidade, segundo Eduardo Mac-Gregor - "que vem a ser o exame de compatibilidade do ordenamento interno às normas internacionais feito pelos Tribunais internos"¹⁴⁴.

¹⁴² Normas internacionais: tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais. RAMOS, 2015b. p. 321.

¹⁴³ Néstor Pedro Sagués, representando a doutrina internacional, aponta o controle de convencionalidade, gerado jurisprudencialmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que se distingue em dois níveis diferentes: aquele realizado pela própria Corte, que reputava inválidas as normas do direito local opostas ao Pacto de San José da Costa Rica ou a Convenção Americana. E outro, a partir de 2006, no *Caso Almonacid Arellano* a Corte reclamou aos juízes nacionais que inaplicassem, eles mesmos, as normas locais opostas ao Pacto e a sua própria jurisprudência, este segundo nível de controle chamado de "nacional" ou "interno" de convencionalidade. SAGUÉS, Nestor Pedro. **La interpretación judicial de la constitución: de la constitución nacional a la constitución convencionalizada**. México: Porrúa, 2013. p. 346.

¹⁴⁴ RAMOS, 2015b. p. 321. O autor explica que existem diferenças entre um controle e outro. A primeira delas é sobre o parâmetro de confronto do controle de convencionalidade internacional caracterizado pela norma internacional, e o seu objeto é toda a norma interna, não importando a sua hierarquia nacional. Portanto, uma norma oriunda do Poder Constituinte Originário é passível de controle de convencionalidade pelos órgãos internacionais, em contrapartida, não pode o Supremo Tribunal fiscalizar a validade das normas aprovadas pelo mesmo Poder. A segunda diferença é com relação à hierarquia do tratado-parâmetro que no caso do controle nacional depende do próprio Direito Nacional que estabelece o estatuto dos tratados internacionais. Já para o controle internacional, "o tratado é sempre a norma paramétrica superior. Todo o ordenamento nacional lhe deve obediência, inclusive as normas constitucionais originárias". A terceira diferença é quanto a interpretação pois, há tribunais internos que se socorrem de normas previstas em tratados sem sequer mencionar a interpretação

Feito tais considerações, passo a analisar o controle de convencionalidade desenvolvido sob a ótica do direito interno.

1. A teoria do duplo grau de controle: o controle de constitucionalidade e o controle de convencionalidade

André de Carvalho Ramos defende a interação entre os controles nacionais e o controle de convencionalidade internacional, "permitindo o diálogo e a fertilização cruzada entre o Direito Interno e o Direito Internacional", especialmente "quanto às interpretações fornecidas pelos órgãos internacionais cuja jurisdição o Brasil reconheceu"¹⁴⁵.

Porém, ele lembra que não é possível obrigar os juízes nacionais ao "Diálogo das Cortes". Assim, no caso de inexistir um diálogo ou ser insuficiente, André Ramos propõe a adoção da "teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos".

A "teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos", são dois controles que não se confundem entre si, pois atuam separadamente, de um lado o STF, guardião da Constituição, exerce o controle de constitucionalidade, de outro lado, a Corte de San José da Costa Rica, guardiã da Convenção Americana de Direito Humanos e dos tratados de direitos humanos, exerce o controle de convencionalidade. Os direitos humanos, então, no Brasil adquiriram uma dupla garantia: "controle de constitucionalidade nacional" e o "controle de convencionalidade internacional"¹⁴⁶.

Portanto, André de Carvalho Ramos apresenta, na minha opinião, uma visão sobre o controle de convencionalidade de uma forma simplificada e prática.

E não se pode dizer que esse "duplo controle" apresenta algum "conflito real entre as decisões, pois "cada tribunal age em esferas distintas e com fundamentos diversos"¹⁴⁷.

realizada pelos órgãos internacionais, levando a conclusões divergentes, como já dito antes. Ibidem. p. 323.

¹⁴⁵ Ibidem. p. 324.

¹⁴⁶ André de Carvalho Ramos exemplifica a teoria do duplo controle no caso da ADPF 153 em que houve o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, e no *Caso Gomes Lund* houve o controle de convencionalidade, exercido pela Corte Interamericana. RAMOS, 2012b. p. 374.

¹⁴⁷ RAMOS, 2015a. p. 412.

Desta forma, "deveremos nos acostumara exigir que todo ato interno se conforme" ao "crivo de constitucionalidade do STF", bem como ao "crivo de convencionalidade da Corte Interamericana de Direitos Humanos"¹⁴⁸.

Somente seguindo tais parâmetros, é que se evitará "o antagonismo entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos internacionais de direitos humanos, evitando a ruptura e estimulando a convergência em prol dos direitos humanos"¹⁴⁹. E no caso em que não se supere, "deve o Estado envidar todos os esforços para cessar a conduta ilícita e reparar os danos causados"¹⁵⁰.

2. Controle de Convencionalidade segundo critério material

Luiz Guilherme Arcaro Conci não inova quanto ao controle de convencionalidade, mas ele traz uma visão interessante. Para o autor, o controle de convencionalidade continua sendo instrumento hábil para estabelecer o contato entre o direito interno dos estados nacionais partes do Sistema Interamericano de Direitos Humanos com o direito regional"¹⁵¹.

Sob sua ótica, e sem pretender primar o direito internacional dos direitos humanos nem do direito interno dos estados nacionais, o autor propõe o controle de convencionalidade, numa relação de validade estabelecida a partir de um critério material, de maior proteção, "sendo a declaração de convencionalidade possível somente quando essa proteção derivada do direito internacional dos direitos humanos seja mais efetiva ou estabeleça restrições menos profundas aos direitos humanos atingidos"¹⁵².

E depois, o próprio Estado nacional é que "faz a sua opção quanto ao modo de como se procederá" essa conformação entre o ordenamento interno e o sistema

¹⁴⁸ RAMOS, 2012b. p. 375.

¹⁴⁹ RAMOS, 2015a. p. 413.

¹⁵⁰ RAMOS, 2012b. p. 375.

¹⁵¹ CONCI, 2012a. p. 45.

¹⁵² Ibidem. p. 47. Para compreender melhor, Luiz Guilherme aponta a diferença do controle de convencionalidade para o controle de constitucionalidade, no controle de constitucionalidade, de legalidade, ou outro, "impera o critério estrutural hierárquico ou, ainda, temporal ou especial", de modo que esses critérios "não se adéquam ao controle de convencionalidade, que exige critérios materiais para resolução de eventuais conflitos entre direitos humanos previstos em ordens jurídicas que se entrelaçam". Completa o autor que o que difere o controle de convencionalidade do controle constitucional é exatamente o paradigma do controle. "Se a partir da Constituição ou de outra norma nacional, incluindo os tratados internacionais de direitos humanos em sede nacional, não se está a falar em controle de convencionalidade", já que "se parte do critério hierárquico, baseado no pressuposto de supra-infra ordenação do ordenamento jurídico nacional". Ibidem. p. 52.

interamericano, “que pode ocorrer de modos distintos, é dizer, com revogação de lei ou outro ato normativo, alteração de decisões judiciais, aprovação de nova lei ou ato normativo outro e, eventualmente até a reforma da Constituição”¹⁵³.

Esta proposição, também respeita a concepção de que “inexiste relação vertical entre tribunais internacionais ou órgãos quase judiciais e os tribunais nacionais”, pois “não existe supremacia hierárquica automática das decisões tomadas em detrimento daquelas nacionais”¹⁵⁴.

3. Controle de Convencionalidade e Controle de Supralegalidade

Valerio Mazzuoli, por sua vez, defende um controle de convencionalidade próprio, que me parece confuso, não tão prático, mas que convém citá-lo. A proposta resume-se em “meio judicial de declaração de invalidade de leis incompatíveis com tais tratados, tanto por via de exceção (controle difuso ou concreto) como por meio de ação direta (controle concentrado ou abstrato)”¹⁵⁵.

O autor diferencia o “controle de convencionalidade” com o “controle de supralegalidade”, por meio daquele faz-se a análise da “compatibilidade do direito doméstico com os tratados internacionais de direitos humanos em vigor no país verticalmente”, por meio deste “é a compatibilização das leis com os tratados internacionais comuns que se situam acima delas, por deterem status supralegal”¹⁵⁶.

Tais controles passam, “doravante, a ter também caráter difuso, em que qualquer juiz ou tribunal pode (e deve) se manifestar a respeito” das “leis pela via incidente”¹⁵⁷.

¹⁵³ Ibidem. p. 58.

¹⁵⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Autoridades públicas têm o dever de realizar controle de convencionalidade**. Revista Justificando. São Paulo, 03 de fevereiro de 2016c. Disponível em: <http://justificando.com/2016/02/03/autoridades-publicas-tem-o-dever-de-realizar-controle-de-convencionalidade/>. Acesso em: 31 março 2016.

¹⁵⁵ MAZZUOLI, Op. cit. p. 82. O autor entende que com o acréscimo constitucional, do parágrafo 3º ao art. 5º, o direito brasileiro adquiriu um novo tipo de controle à produção normativa doméstica: o controle de convencionalidade. “Ora, à medida que os tratados de direitos humanos ou são materialmente constitucionais (art. 5º, § 2º) ou material e formalmente constitucionais (art. 5º, § 3º), é lícito entender que, para além do clássico “controle de constitucionalidade”, deve ainda existir (doravante) um “controle de convencionalidade” das leis, que é a compatibilização das normas de direito interno com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país”. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009. p. 114.

¹⁵⁶ MAZZUOLI, 2011. p. 145.

¹⁵⁷ Ibidem. p. 146.

À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio, "passam a ter eficácia paralisante (para além de derogatória) das demais espécies normativas domésticas, cabendo ao juiz coordenar essas fontes (internacionais e internas) e escutar o que elas dizem". Mas, também, pode existir "o controle de convencionalidade concentrado no Supremo Tribunal Federal (...) na hipótese dos tratados de direitos humanos (e somente destes) aprovados pelo rito do art. 5.º, §3.º, da Constituição (uma vez ratificados pelo Presidente, após essa aprovação qualificada)"¹⁵⁸.

Feita análise das três óticas internas sobre o controle de convencionalidade, que julguei relevante para o trabalho, passo a tecer considerações a respeito da doutrina do controle.

CAPÍTULO II - A DOUTRINA DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

O controle de convencionalidade tem se mostrado uma ferramenta formidável e eficaz para fazer efetivos os direitos humanos, como afirma Ismael González¹⁵⁹, pois através de uma excelente articulação de normas e regras provenientes de tribunais internacionais, *obriga-se* os juízes nacionais a ter em vista a Convenção Americana e também, o conhecimento pormenorizado da jurisprudência da Corte Interamericana e a projeção desta em suas decisões.

Portanto, ressalta-se a importância do *dever* dos magistrados de realizar o controle de convencionalidade, nas palavras de Marcelo Figueiredo:

“Nessa ordem de ideias sabemos que os juízes dos Estados já não é suficiente que conheçam a ordem jurídica doméstica, mas devem inclusive ser guardiões da jurisprudência das cortes e Tribunais Internacionais. É o chamado controle de “convencionalidade”. Por seu intermédio, obriga-se ao juiz estatal do Estado parte da Convenção Americana dos Direitos Humanos (pacto de São José da Costa Rica), a exercer o controle de suas normas, assim como a jurisprudência daquele Tribunal”¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 147.

¹⁵⁹ GONZÁLEZ, Op. cit.p. 232.

¹⁶⁰ FIGUEIREDO, 2012. No prelo.

Sobre a "eficácia vinculante" das decisões da Corte Interamericana, tenho por mim que trata-se de uma questão delicada, e que merece maior atenção. Para posicionar-me a respeito, debruçei-me sobre as considerações de Virgílio Afonso da Silva.

Virgílio Afonso da Silva trata de conflitos de direitos fundamentais entre ordem nacional e transnacional fazendo menção a formas distintas de se solucionar uma mesma colisão entre direitos¹⁶¹. O autor traz o exemplo do *Caso Caroline de Mônaco II*¹⁶², no qual o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que decisões da Corte Européia de Direitos Humanos *não vinculam* os tribunais nacionais.

Segundo o Tribunal Constitucional, "embora não haja uma vinculação propriamente dita, desconsiderar as decisões da CEDH não seria compatível com a proteção aos direitos fundamentais e ao princípio do Estado de Direito". Desta forma, "não levar em consideração as decisões da CEDH seria tão equivocado quanto tentar executá-las diretamente como se houvesse uma pura e simples supremacia de suas decisões em relação às decisões dos tribunais nacionais". Vale mais a transcrição de sua lição¹⁶³:

O valor das decisões de tribunais como a Corte Européia de Direitos Humanos, portanto é sobretudo um *valor argumentativo*. É claro que, enquanto decisão judicial, ela vincula as partes envolvidas em cada caso concreto, mas apenas no caso concreto. Para além disso, o dever dos tribunais nacionais é o de levar em consideração, na medida do metodologicamente sustentável, as normas da Convenção Européia de Direitos Humanos, na interpretação que a Corte Européia delas faz. Nesse sentido, é possível se afirmar que as decisões da CEDH criam sobretudo *ônus argumentativos*.

Isso é perceptível na seguinte passagem da decisão: se, em um processo concreto do qual a República Federal da Alemanha é parte, a Corte Européia aponta uma violação da convenção, essa decisão deve ser *levada em*

¹⁶¹ O conflito envolve a *colisão entre soluções jurisdicionais de colisões*. De um lado, tem-se a decisão de um tribunal nacional acerca de uma colisão entre dois direitos fundamentais; de outro, a solução de um tribunal supranacional para a colisão entre os mesmos direitos fundamentais (ainda que previstos em documento distinto). A questão aqui diz respeito, portanto, a esse choque entre jurisdições. SILVA, Virgílio Afonso da. **Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional**. in: NEVES, Marcelo. Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 101-112.

¹⁶² Algumas revistas alemãs publicaram, em diversas edições, fotos da princesa Caroline de Mônaco em diversas situações do dia-a-dia. Diante disso, Caroline ajuizou ação em Hamburgo, Alemanha, com o intuito de que fossem proibidas novas publicações dessas fotos que, segundo ela, violavam a sua vida privada. Diante do insucesso em algumas instâncias, o caso chegou ao Tribunal Constitucional alemão. Insatisfeita parcialmente com o resultado do julgamento do Tribunal Constitucional - e diante de mais outras duas tentativas infrutíferas diante do mesmo tribunal -, Caroline de Mônaco ajuizou ação perante a Corte Européia de Direitos Humanos, sob alegação de que seu direito à privacidade, previsto no art. 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos. *Caso Caroline von Hannover v. Germany*, no 59320/2000.

¹⁶³ SILVA, Op. cit. p. 101-112.

consideração em âmbito nacional, ou seja, as autoridades competentes e os tribunais têm que dela se ocupar de forma explícita e, se for o caso, fundamentar de forma consistente por que não seguem a interpretação supranacional. Nesse sentido, decisão incorreta não aquela que se desvia das decisões de tribunais supranacionais, mas aquelas que, quando o fazem, não enfrentam o ônus argumentativo de superá-las.

Portanto, penso que as decisões da Corte Interamericana vinculam somente aos Estados condenados na própria decisão, porque o juiz nacional não pode praticar "atos que configurem ilícitos internacionais, como o desrespeito às decisões da Corte, sob pena de responsabilidade"¹⁶⁴.

Se não se entender que a sentença vincula os Estados condenados, "se reconhecerá, aos agentes estatais, e aos ministros do STF, especificamente, um poder de descumprir o direito internacional dos direitos humanos"¹⁶⁵.

Mais do que isso, o que aqui defendo, é a vinculação à todos os Estados partes da Convenção Americana no que diz respeito a 'interpretação' realizada pela Corte sobre esta Convenção, e sobretudo, a observação desse "valor argumentativo", sustentado por Virgílio, na medida em que leva ao verdadeiro diálogo de jurisdições, a um real câmbio de argumentos e de ideias.

Ademais, os tratados internacionais carecem de origem democrática e seu efeito vinculante não repousa no "princípio democrático", mas no *pacta sunt servanda*. Portanto, como já dito antes, espera-se dos Estados partes que possam cumpri-lo de *boa fé*, de acordo com o artigo 27 da Convenção de Viena¹⁶⁶. Lembrando, ainda, que os tribunais encarregados de fazer valer suas opiniões carecem de meios coercitivos para impô-lo.

E, como examina Néstor Sagués¹⁶⁷, a Corte Interamericana fundamenta tal controle basicamente em três argumentos: o "princípio da *boa fé*" no cumprimento das obrigações internacionais, por parte dos Estados, combinado com o "princípio do *efeito útil*" das convenções, cuja eficácia não pode ser diminuída por normas ou práticas dos

¹⁶⁴ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Decisões conflitantes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: vinculação ou desprezo.** In: Marcelo Rebelo de Sousa e outros. (Org.). Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. 1ed.Coimbra: Coimbra, 2012, v. 5, p. 301-326.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ Art. 27: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado".

¹⁶⁷ SAGUÉS, Nestor Pedro. **La interpretación judicial de la constitución: de la constitución nacional a la constitución convencionalizada.** México: Porrúa, 2013. p. 347.

Estados; e por último, o "princípio internacionalista" que previne alegar o direito interno para abster-se daqueles deveres.

Não custa repetir que o controle de convencionalidade "acarreta a aplicação de ordem supranacional, nacionalmente aceito e coletivamente formulado". "O controle pode ser o fruto de um ativismo bem compreendido, mas não poderia (não deveria) comprometer-se com um ativismo desbocado". Assim, o controle "não dispersa nem atomiza, mas reúne e sistematiza"¹⁶⁸.

Em sua própria vertente, o controle que hora examino se encontra a serviço da justiça e da segurança jurídica. Parece desnecessário dizê-lo mas é conveniente insistir nele: não deve culminar em sementeira de injustiça nem de insegurança geral ou particular. Existe o risco de que assim ocorra quando se carece de encaminhamento razoável, preciso, sistemático, e manifesta, sem concerto, ensaios de controle que não obedecem a um conhecimento profundo e uma condução harmoniosa da interpretação jurisdicional nesta matéria¹⁶⁹.

É relevantíssimo o "controle de convencionalidade esclarecido com seriedade, competência e acerto, favorece e fertiliza o diálogo jurisprudencial (ou jurisdicional) interno e internacional". E "contribui a exigir, detalhar, enriquecer e impulsionar a cultura jurídica comum, conforme ao projeto favorecedor do ser humano e condutor do poder público"¹⁷⁰.

Assim, "não é conveniente nem realista pretender que toda a ordem jurídica seja produto de uma só fonte internacional, com operação puramente "endogâmica", cega e surda às incitações que surgem de fontes nacionais de reflexão e decisão". Conta-se com

¹⁶⁸ "El control de convencionalidad entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado" (...) El control se acoge a lineamientos que le confieren congruencia en el examen de todas esas cuestiones. Además, representa esto mismo: congruencia, no ocurrencia con propósito puramente innovador o protagónico; puede ser el fruto de un activismo bien entendido, pro no podría (no debería) comprometerse con un activismo desbocado. Así las cosas, el control de constitucionalidad no dispersa ni atomiza, sino reúne y sistematiza". RAMIREZ, Op. cit. p. 128.

¹⁶⁹ "En su propia vertiente, el control que ahora examino se halla al servicio de la justicia y la seguridad jurídica. Parece innecesario decirlo, pero es conveniente insistir en ello: no debe culminar en siembra de injusticia ni de inseguridad general o particular. Existe el riesgo de que así ocurra cuando se carece de encaminhamiento razonable, preciso, sistemático, y aparecen, sin concierto, ensayos de control que no obedecen a un conocimiento profundo y una conducción armoniosa de la interpretación jurisdiccional en esta materia". Ibidem. p. 128.

¹⁷⁰ "Diré, finalmente, que el control de convencionalidad, desplegado, con seriedad, competencia y acierto, favorece y fertiliza el diálogo jurisprudencial (o bien, jurisdiccional) interno e internacional". "Contribuye a erigir, detallar, enriquecer e impulsar la cultura jurídica común, conforme al proyecto favorecedor del ser humano y conductor del poder público". Ibidem. p. 129.

exemplos cada vez numerosos, no sistema interamericano, sobre "racionalidade e benefícios do diálogo jurisprudencial"¹⁷¹.

Verdadeiramente o desenvolvimento da doutrina do "controle de convencionalidade apresenta novos e demandantes desafios às jurisdições internas latino-americanas". "A estimulação de relações sinérgicas entre estas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a paulatina construção de diálogos críticos entre ambas as ordens jurisdicionais, podem facilitar o descobrimento de caminhos idôneos para otimizar a proteção de tais direitos, que são expressão direta da dignidade humana"¹⁷².

Por todo o exposto, como Víctor Bazán, propugno por um diálogo jurisdicional constituído num desafio que "se vê impregnado por uma ideia básica: a coexistência coordenada de um sólido filtro de controle de constitucionalidade e de um depurado filtro de controle de convencionalidade, que pode e deve contribuir a paliar ou, quando menos, diminuir as disfunções" ocorrentes no ordenamento jurídico que debilitam os princípios essenciais do Estado Social e democrático do Direito¹⁷³.

CAPÍTULO II - DIÁLOGO ENTRE JURISDIÇÕES PARA UM IUS COMMUNE LATINO-AMERICANO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS

A interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno se mostra inevitável e seus vasos comunicantes se estreitam. A internacionalização se evidencia, especialmente com os pactos internacionais em matéria de direitos humanos e com a

¹⁷¹ "No es conveniente ni realista pretender que *todo* el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión. En el mismo sistema interamericano se cuenta con ejemplos - cada vez más numerosos y aleccionadores - sobre la racionalidad y los beneficios del diálogo jurisprudencial". Ibidem. p. 129.

¹⁷² "el desarrollo del *control de convencionalidad* plantea nuevos y demandantes desafíos a las jurisdicciones internas latinoamericanas. La estimulación de relaciones sinérgicas entre éstas y la Corte IDH y la paulatina construcción de diálogos críticos entre ambos órdenes jurisdiccionales, pueden facilitar el descubrimiento de caminos idôneos para optimizar la protección de tales derechos, que son *expresión directa de la dignidad humana*". BAZÁN, Víctor. **¿De qué hablamos cuando hablamos de control de convencionalidad y diálogo jurisdiccional?** Revista Peruana de Derecho Público. Año 15, n. 29. Jul./dez. 2014. p.75.

¹⁷³ "(...) *se ve impregnado por una idea básica: la coexistencia coordinada de un sólido filtro de control de constitucionalidad y de de un depurado filtro de control de convencionalidad, (que) puede y debe contribuir a paliar o, cuando menos, aminorar, las disfunciones (...)*". Ibidem. p.96.

criação de sistemas de proteção destes. Se transita das tradicionais "garantias constitucionais" para as "garantias convencionais" avançando nessa relação.

A própria Corte Interamericana reconhece a utilidade e o benefício da jurisprudência nacional que formam parte da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Assim, o diálogo jurisprudencial se converte em uma ferramenta de "dupla via" de interação, como tem reconhecido o Tribunal¹⁷⁴.

É preciso ter em mente que "além da ratificação de tratados de direitos humanos, a serem recepcionados de forma privilegiada pela ordem jurídica local", é fundamental "transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade"¹⁷⁵, conforme Flávia Piovesan.

Compactua-se com a proposição da autora em "aprimorar os mecanismos de implementação das decisões internacionais no âmbito doméstico, seja assegurando-lhes eficácia direta e imediata no plano interno, seja reforçando a capacidade fiscalizadora e sancionatória dos sistemas regionais"¹⁷⁶.

Assim como Flávia Piovesan, defendo que "a abertura da ordem local ao diálogo horizontal com outras jurisdições e ao diálogo vertical com jurisdições supranacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais".

De um lado, é essencial que os sistemas latino-americanos possam enriquecer-se mutuamente, por meio de empréstimos constitucionais e intercâmbio de experiências, argumentos, conceitos e princípios vocacionados à proteção dos direitos humanos. Por outro lado, a abertura das ordens locais aos parâmetros protetivos mínimos fixados pela ordem global e regional, mediante a incorporação de princípios, jurisprudência e standards protetivos internacionais, é fator a dinamizar a pavimentação de um *ius commune* em direitos humanos na região.

¹⁷⁴ *Síntesis del Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos correspondiente al ejercicio de 2010, (Washington, D. C., 18 de marzo de 2011). 4. Durante 2010 el "diálogo jurisprudencial" entre la Corte Interamericana, órganos judiciales superiores a nivel interno. Este diálogo ha tenido dos efectos concretos y palpables en los últimos años. Por un lado, a nivel interno se puede verificar un creciente número de países que incorporan los estándares interamericanos de derechos humanos fijados por la Corte. Por el otro, la Corte se ve enormemente beneficiada de la jurisprudencia producida a nivel local, lo que ayuda además al desarrollo de su propia jurisprudencia. Esto genera una dinámica que enriquece la jurisprudencia del Tribunal y fortalece la vigencia de los derechos humanos en todos los Estados del hemisferio, ya que la protección internacional de los derechos humanos encuentra aplicación directa en el ámbito interno por parte de los tribunales locales o de cualquier órgano estatal encargado de impartir justicia.*

¹⁷⁵ PIOVESAN. 2012b. p.23.

¹⁷⁶ Ibidem. p.23.

Sem contar que, para a criação de um *ius commune* essencial "é avançar na interação entre as esferas global, regional e local, potencializando o impacto entre elas, mediante o fortalecimento do controle da convencionalidade e do diálogo entre jurisdições, sob a perspectiva emancipatória dos direitos humanos"¹⁷⁷.

*"Aun así, con esos defectos, la doctrina del "control de convencionalidad" se presenta como una de las herramientas más prácticas e inmediatas para elaborar un ius commune en la región, en particular en cuanto una visión homogénea en materia de derechos humanos fundamentales, como lo anticipara Pablo Pérez Tremps"*¹⁷⁸.

Deveras, a transcendência da doutrina do controle de convencionalidade é de tal magnitude, que provavelmente nela se descansa o futuro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e, por sua vez, contribuirá ao avanço constitucional e democrático dos Estados nacionais latino-americanos. A construção de um autêntico "diálogo jurisprudencial" seguramente se converterá em um novo arcabouço jurisprudencial para efetividade dos direitos humanos onde repousará um autêntico *ius commune*¹⁷⁹.

PARTE III

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Há certos momentos durante a trajetória percorrida pelo Supremo Tribunal Federal que demonstram reflexões sobre a interação entre o Direito Interno e o Direito Internacional. A jurisprudência do Tribunal traz consigo alguns debates acerca do tema que no enfrentamento de antinomias tentou-se deliberar por meio da superposição de uma norma de Direito Interno ao Direito Internacional e vice-versa.

Tem-se desenvolvido pelo STF um paradigma jurídico que empresta à todos determinado entendimento sobre a afirmação dos direitos humanos. Lembrando que com a redemocratização do país e a promulgação da Constituição de 1988, o STF teve o seu

¹⁷⁷ Ibidem. p.23.

¹⁷⁸ SAGUÉS, Néstor Pedro. **El "control de convencionalidad" como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano.** Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf>. Acesso em: 02 abril 2016. p. 3

¹⁷⁹ POISOT, Op. cit. p. 754.

papel institucional ampliado como nunca antes em sua história. Com isso, aumentou, também, o seu comprometimento e a sua responsabilidade para com a realização constitucional. Cumpre ao Supremo a efetividade dos direitos fundamentais e impedir a violação dos preceitos constitucionais, seja por ação ou omissão.

Nesse sentido, julguei fundamental investigar se o STF dialoga com a Corte Interamericana de Direitos Humanos e se exerce o controle de convencionalidade, embora inicie o percurso de investigação já prevendo o resultado, qual seja, de que o Tribunal não dialoga com a Corte nem realiza o controle como deveria, e apesar de fundamentar os discursos a favor dos direitos humanos está muito longe de aplicá-los efetivamente.

Procuo nesta parte do trabalho analisar a construção da jurisprudência fazendo uma análise crítica dos principais julgamentos e dos mais recentes em que está presente claramente este embaraço jurídico.

Reservei o primeiro capítulo para falar sobre a Lei de Anistia dada a particularidade do tema e a relevância do julgamento da ADPF 153, e como não poderia deixar de falar da consequente condenação no *Caso Gomes Lund*.

O segundo capítulo evidencia a produção jurisprudencial do STF nos últimos anos e aproveito para tecer comentários a respeito do não exercício do "controle de convencionalidade", e da não referência as normas internacionais do sistema interamericano de direitos humanos.

Por fim, o terceiro capítulo deixa claro que é possível exercer o controle de convencionalidade das normas e também dialogar com a corte interamericana de direitos humanos, com a convenção americana sobre direitos humanos e demais normas internacionais, assim como tem feito, mormente, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Superior do Trabalho.

CAPÍTULO I - JULGAMENTO DA ADPF 153: LEI DE ANISTIA BRASILEIRA

No julgamento da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153* o Supremo entendeu que a Lei de Anistia brasileira¹⁸⁰ teria sido recepcionada pela

¹⁸⁰ A Lei n. 6.683/79, também, conhecida como Lei da Anistia Política, foi promulgada em 1979, no governo do presidente João Baptista Figueiredo, para reverter punições aos cidadãos brasileiros que,

Constituição de 1988, e teria validado a extensão da anistia aos perpetradores de crimes de lesa humanidade.

Da análise dos votos, evidencia-se o predomínio de uma postura hostil irrefletida. Muito embora, se tenha reconhecido a especificidade dos direitos humanos, presenciou-se "acentuado positivismo aliado a uma ideia arcaica da supraposição do princípio da legalidade em detrimento de outros princípios e fontes do direito"¹⁸¹. Entretanto, não é "uma posição positivista coerente, mas sim um positivismo à la carte".

Foi possível constatar que o Supremo Tribunal Federal não absorveu o fato de que o 'Brasil' está submetido ao direito internacional dos direitos humanos em razão dos tratados internacionais devidamente ratificados pelo país e internalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

Ademais, o STF não pareceu assimilar a responsabilização¹⁸² perante a ordem internacional devida por ele próprio, representante do Poder Judiciário brasileiro. Muito

entre os anos de 1961 e 1979, foram considerados criminosos políticos pelo regime militar. A lei garantia, entre outros direitos, o retorno dos exilados ao País, o restabelecimento dos direitos políticos e a volta ao serviço de militares e funcionários da administração pública, excluídos de suas funções durante a ditadura. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, nas vinte e nove páginas da petição inicial, não cita a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nem a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, muito menos à necessidade do Estado brasileiro realizar o controle de convencionalidade, objetivou a declaração de não recebimento pela Constituição Federal do disposto no parágrafo 1º da Lei 6.683 de 1979, que estende a concessão da anistia a todos que, em determinado período, cometeram crimes políticos bem como aos *crimes conexos* – crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política. Art. 1º: “É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”.

¹⁸¹ FEILKE, Pedro Ribeiro Agustoni. **O controle de convencionalidade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Revista Direito em debate. Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da Unijuí. Ano XXIII n. 41, jan.-jun. 2014. p. 147-186.

¹⁸² “Este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. No entanto, quando um Estado é Parte de um tratado internacional, como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, também estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e finalidade, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. O Poder Judiciário, nesse sentido, está internacionalmente obrigado a exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nessa tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que a ele conferiu a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o controle de convencionalidade pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da

menos, reconhecer a obrigatoriedade de observância aos julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e da mesma maneira, da vinculação da interpretação realizada por esta sobre as normas previstas nos tratados internacionais de direitos humanos.

Acima de tudo, os ministros, com exceção de uma breve referência no voto do Ministro Celso de Mello, ignoraram completamente a jurisprudência pacífica da Corte Interamericana, o que significa dizer que STF não adotou o controle de convencionalidade.

Alguns meses depois, a Corte Interamericana de Direitos Humanos mantendo a sua jurisprudência¹⁸³ sobre o tema das leis de anistia em Estados signatários da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, veio a condenar o Brasil¹⁸⁴, no *Caso Gomes Lund*. A própria decisão da Corte interamericana reconheceu que o Estado não exerceu o controle de convencionalidade ao dizer que a lei de anistia brasileira não está

interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais voluntariamente contraídas corresponde a um princípio básico do direito sobre a responsabilidade internacional dos Estados, respaldado pela jurisprudência internacional e nacional, segundo o qual aqueles devem acatar suas obrigações convencionais internacionais de boa-fé (*pacta sunt servanda*). CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha do Araguaia”) Vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 06 out. 2015. p. 65.

¹⁸³ “em matéria de aplicação de leis de anistia, estabelecendo que essas leis violam diversas disposições, tanto da Declaração Americana como da Convenção. Essas decisões, coincidentes com o critério de outros órgãos internacionais de direitos humanos a respeito das anistias, declararam, de maneira uniforme, que tanto as leis de anistia como as medidas legislativas comparáveis, que impedem ou dão por concluída a investigação e o julgamento de agentes de [um] Estado, que possam ser responsáveis por sérias violações da Convenção ou da Declaração Americana, violam múltiplas disposições desses instrumentos”. Ibidem. p. 55.

¹⁸⁴ “A CORTE DECIDE, por unanimidade: As disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. O Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do presente caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada, indicados nos parágrafos 180 e 181 da presente Sentença, nos termos dos parágrafos 137 a 182 da mesma”. Ibid. p. 113.

de acordo com o Direito Internacional dos direitos humanos, menos ainda com a jurisprudência da Corte:

No presente caso, o Tribunal observa que não foi exercido o *controle de convencionalidade* pelas autoridades jurisdicionais do Estado e que, pelo contrário, a decisão do Supremo Tribunal Federal confirmou a validade da interpretação da Lei de Anistia, sem considerar as obrigações internacionais do Brasil derivadas do Direito Internacional, particularmente aquelas estabelecidas nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento. O Tribunal estima oportuno recordar que a obrigação de cumprir as obrigações internacionais¹⁸⁵

A decisão da Corte Interamericana¹⁸⁶ ressaltou que configurava-se grave violação de direitos humanos, dada a "relevância das transgressões que implica" e a "natureza dos direitos lesionados". "A prática de desaparecimentos forçados implica um crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e sua proibição alcançou o caráter de *jus cogens*".

E "que o dever de prevenção do Estado abrange todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a salvaguarda dos direitos humanos"¹⁸⁷.

Diante desse quadro, houve manifestações contrárias a decisão do Supremo Tribunal assim que publicada na mídia, mas "o ministro Cezar Peluso sustentou que a decisão da Corte só gera efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos (...) caso as pessoas anistiadas sejam processadas, é só recorrer ao STF. O Supremo vai conceder *habeas Corpus* na hora"¹⁸⁸.

O ministro Marco Aurélio debateu da mesma forma:

O governo está submetido ao julgamento do STF e não pode afrontá-lo para seguir a Corte da OEA. É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF. Quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal. É uma decisão tomada no âmbito internacional, não no interno. Na prática não terá efeito nenhum.

¹⁸⁵ Ibidem. parágrafo 177. p. 65.

¹⁸⁶ Ibidem. parágrafo 105. p. 39.

¹⁸⁷ Ibidem. parágrafo 106. p. 40.

¹⁸⁸ FEILKE, Op. cit. p. 147-186.

A despeito de tais falas, o Brasil assumiu obrigações internacionais e, ao aceitar voluntariamente a jurisdição da Corte em 1998, tem que prestar respeito à decisão proferida por ela¹⁸⁹.

O Estado brasileiro é faltoso perante a ordem jurídica internacional por contrariar frontalmente as normas às quais aderiu. "A Corte Interamericana observa que, o Estado não contestou nem reconheceu expressamente sua responsabilidade internacional pelo alegado desaparecimento forçado dos integrantes da Guerrilha do Araguaia"¹⁹⁰.

Esta insistência do Supremo Federal em rejeitar a aplicação de jurisprudências de Cortes internacionais e da própria legislação internacional, não obstante o Tribunal "sinalize um posicionamento cada vez menos conservador, aberto à aplicação de princípios constitucionais"¹⁹¹, demonstra a falta de uma perspectiva dialógica dos seus membros.

Cobra-se da Corte brasileira o mesmo posicionamento observado em "diversos Estados membros da Organização dos Estados Americanos, por meio de seus mais altos tribunais de justiça, que incorporaram os parâmetros mencionados, observando de *boa-fé* suas obrigações internacionais"¹⁹².

¹⁸⁹ Parágrafo 172. A Corte Interamericana considera que a forma na qual foi interpretada e aplicada a Lei de Anistia aprovada pelo Brasil (pars. 87, 135 e 136 *supra*) afetou o dever internacional do Estado de investigar e punir as graves violações de direitos humanos, ao impedir que os familiares das vítimas no presente caso fossem ouvidos por um juiz, conforme estabelece o artigo 8.1 da Convenção Americana, e violou o direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 do mesmo instrumento, precisamente pela falta de investigação, persecução, captura, julgamento e punição dos responsáveis pelos fatos, descumprindo também o artigo 1.1 da Convenção. Adicionalmente, ao aplicar a Lei de Anistia impedindo a investigação dos fatos e a identificação, julgamento e eventual sanção dos possíveis responsáveis por violações continuadas e permanentes, como os desaparecimentos forçados, o Estado descumpriu sua obrigação de adequar seu direito interno, consagrada no artigo 2 da Convenção Americana. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 173.(...) Em um caso como o presente, uma vez ratificada a Convenção Americana, corresponde ao Estado, em conformidade com o artigo 2 desse instrumento, adotar todas as medidas para deixar sem efeito as disposições legais que poderiam contrariá-lo, como são as que impedem a investigação de graves violações de direitos humanos, uma vez que conduzem à falta de proteção das vítimas e à perpetuação da impunidade, além de impedir que as vítimas e seus familiares conheçam a verdade dos fatos. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 06 out. 2015.

¹⁹⁰ Ibidem. parágrafo 112. p. 41.

¹⁹¹ Como no caso do julgamento do Habeas Corpus 91.657/SP. de 13/09/2007. Relator Min. Gilmar Mendes.

¹⁹² CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 06 out. 2015. parágrafo 163. p. 54.

A Corte Suprema de Justiça da Argentina resolveu, no *Caso Simón*, por exemplo, "declarar sem efeitos as leis de anistia que constituíam neste país um obstáculo normativo para a investigação, julgamento e eventual condenação de fatos que implicavam violações dos direitos humanos"¹⁹³.

Outro exemplo, é o da "Corte Suprema de Justiça do Chile, no *Caso Lecaros Carrasco* que anulou a sentença absolutória anterior e invalidou a aplicação da anistia chilena prevista no Decreto-Lei nº 2.191, de 1978, por meio de uma sentença de substituição"¹⁹⁴.

De tal maneira, para efeitos do presente caso, o Tribunal reitera que são inadmissíveis as disposições de anistia, as disposições de prescrição e o estabelecimento de excludentes de responsabilidade, que pretendam impedir a investigação e punição dos responsáveis por graves violações dos direitos humanos, como a tortura, as execuções sumárias, extrajudiciais ou arbitrárias, e os desaparecimentos forçados, todas elas proibidas, por violar direitos inderrogáveis reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos¹⁹⁵.

Igualmente, a Corte Suprema de Justiça da Colômbia salientou que "as normas relativas aos direitos humanos fazem parte do grande grupo de disposições de Direito Internacional Geral, reconhecidas como normas de *jus cogens*, razão pela qual aquelas são inderrogáveis, imperativas" e "indisponíveis". A Corte Suprema da Colômbia evocou "a jurisprudência e as recomendações dos organismos internacionais sobre direitos humanos" como "critério preferencial de interpretação, tanto na justiça constitucional como na ordinária" e citando a jurisprudência da Corte Interamericana "a respeito da não aceitabilidade das disposições de anistia para casos de violações graves de direitos humanos"¹⁹⁶.

Como se desprende do conteúdo dos parágrafos precedentes, todos os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos, e diversas altas cortes nacionais da região, que tiveram a oportunidade de pronunciar-se a respeito do alcance das leis de anistia sobre graves violações de direitos humanos e sua incompatibilidade com as obrigações internacionais dos Estados que as emitem, concluíram que essas leis violam o dever internacional do Estado de investigar e sancionar tais violações¹⁹⁷.

Não se esperava, necessariamente, que o Supremo Tribunal executasse, pura e simplesmente, de forma mecânica, a decisão da Corte diretamente, mas sobretudo, que

¹⁹³ Ibidem. parágrafo 163. p. 54.

¹⁹⁴ Ibidem. parágrafo 165. p. 55.

¹⁹⁵ Ibidem. parágrafo 171. p. 64.

¹⁹⁶ Ibidem. parágrafo 169. p. 63.

¹⁹⁷ Ibidem. parágrafo 170. p. 64.

dialoga-se com Corte Interamericana fundando a sua decisão em argumentos sólidos, fundamentando de forma consistente por que não seguem a interpretação supranacional. "Pretende-se, apenas, que o STF retome a senda de julgamentos nos quais os direitos humanos se colocaram em um elevado plano"¹⁹⁸.

Pois o exercício do controle de convencionalidade "não pode se limitar a meramente citar o texto da convenção ou tratado de Direitos Humanos: urge que o Brasil, por meio do seu tribunal maior – o Supremo Tribunal Federal, exercite um *controle de convencionalidade aplicado*"¹⁹⁹, utilizando a interpretação da Corte.

Se caso o Supremo realizasse esse diálogo chegaria a conclusão de a lei de anistia é incompatível com os sistemas de proteção dos direitos humanos, e desta forma, adotaria medidas para não mais aplicá-la.

Desta feita, pergunta-se: podem os órgãos do sistema interamericano de direitos humanos determinar a rescisão de decisão judicial transitada em julgado, pelo fato da decisão judicial contrariar obrigações internacionais assumidas pelo Estado?²⁰⁰

Em outras palavras, pode a Corte Interamericana compelir o Estado, em sede de controle de convencionalidade, a adequar o ordenamento interno aos preceitos internacionais consagrados no sistema interamericano de direitos humanos?²⁰¹

É certo que, o que pode parecer "inaceitável absurdo aos olhos dos desavisados que, anacronicamente, ainda creem" "no dogma da soberania absoluta, constitui verdadeiro costume internacional, de natureza de *jus cogens* já consolidado, inclusive, na jurisprudência e doutrina internacionais"²⁰².

Como já dito, "o termo *lei* se refere a qualquer ato normativo". Assim, "as decisões judiciais podem também sofrer o controle de convencionalidade por parte do Tribunal da Costa Rica, em nada importando para tanto de onde haja partido a decisão"²⁰³.

Lembrando que as obrigações assumidas pelos Estados na Convenção são essencialmente de caráter objetivo, concebidas para proteger direitos do ser humano. E o

¹⁹⁸ FEILKE, Op. cit. p. 147-186.

¹⁹⁹ RAMOS, 2009a. p.

²⁰⁰ MENEZES, André Felipe Barbosa de. Controle de Convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos. Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2009. p. 190.

²⁰¹ Ibidem.

²⁰² Ibidem.

²⁰³ Ibidem. p. 193.

Estado responde como um todo pelos atos de seus órgãos porque é uno e indivisível diante da comunidade internacional.

Está-se diante de "legítimo controle de convencionalidade, mecanismo que constitui um juízo de adequação dirigido às normas de direito interno do Estados partes da Convenção Americana" de acordo com as disposições desta mesma Convenção²⁰⁴.

Após analisar as decisões, restou claro que, não basta a simples iniciativa dos Estados de apadrinhar as normas internacionais de proteção dos direitos humanos, mas é preciso adequá-las ao ordenamento jurídico interno de forma a fazer um juízo de convencionalidade das leis verificando a compatibilidade destas com aquele, de modo a garantir o pleno exercício de seu fim. Ainda que a devida interpretação das normas de direitos humanos estão condicionadas à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e que não há argumentos suficientemente aptos a afastar a aplicação da jurisprudência da Corte, salvo, àquele que atribui maior proteção aos direitos humanos.

CAPÍTULO II - O QUE O STF TEM PRODUZIDO

De fato seria favorável se houvesse numerosas decisões do STF para discorrer a análise crítica aqui proposta. No entanto, sinto em dizer que são poucas as decisões em que os membros do Tribunal brasileiro citam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pouquíssimas as que citam as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos²⁰⁵ e, menos ainda, aquelas que exercem o controle de convencionalidade.

²⁰⁴ Ibidem. p. 200.

²⁰⁵ "Escassa ainda é a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que implementa a jurisprudência da Corte Interamericana, destacando-se, até novembro de 2009, apenas e tão somente dois casos: a) um relativo ao direito do estrangeiro detido de ser informado sobre a assistência consular como parte do devido processo legal criminal, com base na Opinião Consultiva da Corte Interamericana n. 16 de 1999; e b) outro caso relativo ao fim da exigência de diploma para a profissão de jornalista, com fundamento no direito à informação e na liberdade de expressão, à luz da Opinião Consultiva da Corte Interamericana n. 5 de 1985. Levantamento realizado acerca das decisões do Supremo Tribunal Federal baseadas em precedentes judiciais de órgãos internacionais e estrangeiros, aponta que 80 casos aludem à jurisprudência da Suprema Corte dos EUA, ao passo que 58 casos aludem à jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha – enquanto que, reitera-se, apenas 2 casos remetam à jurisprudência da Corte Interamericana. Apenas são localizados julgados que remetem à incidência de dispositivos da Convenção Americana – neste sentido, foram localizados 79 acórdãos versando sobre: prisão do depositário infiel; duplo grau de jurisdição; uso de algemas; individualização da pena; presunção de inocência; direito de recorrer em liberdade; razoável duração do processo; dentre outros temas especialmente afetos ao garantismo penal. Como analisa Virgílio Afonso da Silva: “a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é altamente permeável a argumentos utilizados em alguns Tribunais de outros

Mas também é verdade que o Supremo Tribunal Federal, de forma bastante tímida, vem admitindo em seus julgados pequenas reflexões sobre o sistema regional americano de proteção dos direitos humanos, e até ensaiando o controle de convencionalidade.

Para começar, é possível ver essa abertura no *Habeas Corpus* 91.657²⁰⁶ os ministros do STF interpretaram²⁰⁷ o art. 7º, n. 5, da Convenção Interamericana conjugada com o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, permitindo dizer que houve "o controle de convencionalidade concomitante à interpretação constitucional"²⁰⁸.

O pacto de San José da Costa Rica, celebrado com a finalidade de evitar a perpetuação da cultura da impunidade quanto à violação de direitos e garantias fundamentais nos âmbitos nacionais, e ratificado pelo Governo Brasileiro, proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana, e, como tal, tem caráter de universalidade e transnacionalidade.

Da mesma forma, no julgamento do Recurso Extraordinário 511.961²⁰⁹ no qual se discutia a exigência de diploma específico de jornalista para o exercício da profissão. O Ministro Relator Gilmar Mendes dedicou várias páginas à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e fundamentou o seu voto na Opinião Consultiva n. 5 da Corte, o que demonstrou o exercício do controle de convencionalidade pelo STF.

países, mas ignora por completo a jurisprudência dos Tribunais vizinhos”, tendo a jurisprudência da Corte Interamericana ainda reduzida ressonância no âmbito interno”. PIOVESAN, 2012b.

²⁰⁶ O caso envolve o direito à liberdade provisória com revogação de prisão preventiva para extradição. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 91.657-1** São Paulo. 13/09/2007. Ministro Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515145>. Acesso em: 04 fev. 2016.

²⁰⁷ “Em nosso Estado de Direito, a prisão é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos. E não vejo razão, tanto com base em nossa Carta Magna, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana de que somos signatários, para que não apliquemos tal entendimento no que concerne àquelas prisões preventivas para fins de extradição”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 91.657-1** São Paulo. 13/09/2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515145>. Acesso em: 04 fev. 2016.

²⁰⁸ CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **O STF pode lançar mão de normas internacionais para julgar os crimes da ditadura. Revista Justificando.** São Paulo, 18 de abril de 2016e. Disponível em: <http://justificando.com/2016/04/18/o-stf-pode-lancar-mao-de-normas-internacionais-para-julgar-os-crimes-da-ditadura/>. Acesso em: 31 março 2016.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 511.961** São Paulo. 17/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 20 fev. 2016.

Já nos julgamentos dos *Habeas Corpus* 110.237/PA²¹⁰, 112.936/RJ²¹¹ e 110.185/SP, o ministro Celso de Mello reserva apenas um parágrafo para mencionar a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*²¹²: "a Corte Interamericana determinou que a República do Chile estabelecesse, em sua legislação interna, limites à competência material e pessoal dos Tribunais militares em ordem a que , “*en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares (...)*”.

E mais recentemente, a Ação direta de Inconstitucionalidade 5.240/SP que tratou sobre a audiência de custódia²¹³. A atuação do STF, pode-se dizer que, resultou no exercício do controle de convencionalidade já que analisaram com cautela o artigo 7º, 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, presente na fala do ministro relator Luiz Fux²¹⁴: "Destarte, há que se prescrutar no que a vetusta disciplina legal do *habeas*

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 110.237 Pará.** 19/02/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3456276>. Acesso em: 04 fev. 2016.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 112.936 Rio de Janeiro.** 05/02/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3805159>. Acesso em: 04 fev. 2016.

²¹² Os casos mencionados tratam da incompetência da justiça militar. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 110.185 São Paulo.** 14/05/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046328>. Acesso em: 04 fev. 2016. p. 11. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 110.237 Pará.** 19/02/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3456276>. Acesso em: 04 fev. 2016. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 112.936 Rio de Janeiro.** 05/02/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3805159>. Acesso em: 04 fev. 2016.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da ADI 5.240 São Paulo.** 20/08/2015. Ministro Relator Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 30 março 2016.

²¹⁴ Voto Ministro Luiz Fux: "É justamente o que ocorre na hipótese em tela. Os artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP apenas explicitam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento. Ademais, inexistente a apontada violação ao princípio da separação dos poderes (artigo 2º da CRFB). De fato, não é o ato normativo emanado do Tribunal de Justiça que cria obrigações para os Delegados de Polícia (civis e federais), mas sim a Convenção Americana sobre Direitos do Homem e o Código de Processo Penal, os quais, por força dos artigos 3º e 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro³⁴, têm efeito imediato e geral, ninguém se escusando de cumpri-los. Repita-se: o Provimento hostilizado nada criou de novo no ordenamento jurídico nacional, apenas explicitando o sentido e o alcance de normas cogentes e em pleno vigor". Voto do Ministro Teori Zavascki: "De modo que não vejo nenhuma dificuldade em exercer esse controle de convencionalidade no caso concreto". "Se esse é um direito do preso, que decorre da

corpus precisa ser reinterpretada após a internalização na ordem jurídica brasileira da Convenção Americana de Direitos Humanos". "Em outras palavras, o *direito convencional a uma audiência de custódia* deflagra o procedimento legal de *habeas corpus* perante a Autoridade Judicial". "(...) consigno a plena legalidade daquele ato normativo, que está em *total harmonia com as normas convencionais* e a legislação processual vigentes".

Também no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF o ministro relator Marco Aurélio citou no relatório as "intervenções da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a condenação do Brasil a tomar medidas que erradiquem 'situações de risco e a proteção à vida e à integridade pessoal, psíquica e moral de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país'". Além disso, o mesmo ministro ressaltou que a situação carcerária brasileira "implica a violação de diversos preceitos fundamentais da Constituição de 1988", bem como "articula com a inobservância de tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo país – Pacto dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos"²¹⁵.

Igualmente, o ministro Edson Fachin, no mesmo julgamento, afirmou que "a cultura jurídica precisa dar efetividade aos compromissos firmados pela República Federativa do Brasil e às normas positivadas democraticamente debatidas no âmbito do Poder Legislativo e sancionadas pelo Poder Executivo".

O ministro Luis Roberto Barroso, no seu voto respeitável e muito bem articulado decorrido das lições de Ana Paula de Barcellos, destacou "essa visão equivocada de que as pessoas perdem a sua dignidade pelo que elas fazem", mas, na verdade "as pessoas têm dignidade pelo que elas são, pela sua condição humana. E, assim, esse desprezo de

Convenção Americana dos Direitos Humanos - e é isso que estamos dizendo -, é importante que a implementação desse direito se faça imediatamente". BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da ADI 5.240 São Paulo**. 20/08/2015. Ministro Relator Luiz Fux. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 30 março 2016.

²¹⁵ Outras normas são afrontadas, igualmente reconhecedoras dos direitos dos presos: o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos. BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da ADPF 347 MC Distrito Federal**. 09/09/2015. Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 30 março 2016.

tratar essas pessoas como se fossem lixo humano é uma forma de negar a elas dignidade".

O ministro Luis Roberto Barroso, ou os demais ministros, poderiam ter mencionado o *Caso Urso Branco*²¹⁶ contra do Estado brasileiro em que a Corte Interamericana determinou medidas provisórias por meio de resolução, diante da não cessação das violações dos direitos humanos dos detentos na Casa de Detenção José Mário Alves, conhecida como Presídio Urso Branco, a fim de fortalecer ainda mais o seu discurso a favor da dignidade dos presos e da proteção dos direitos humanos. Como também reforçar a importância do respeito às normas internacionais, e para não correr o risco de uma nova condenação internacional.

Também não falaram sobre a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú*²¹⁷ que: "*en los términos del artículo 5.2 de la Convención toda persona privada de libertad tiene derecho a vivir en condiciones de detención compatibles con su dignidad personal y el Estado debe garantizarle el derecho a la vida y a la integridad personal*".

Ou, ainda, os ministros poderiam ter se referido a interpretação dada pela Corte Interamericana sobre a Convenção, no artigo 8, no *Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú*²¹⁸: "*al tener como objeto el respeto debido a la dignidad humana, tiende a*

²¹⁶ RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias a Respeito da República Federativa do Brasil**. De 21 de setembro de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_05_portugues.pdf. Acesso em: 30 março 2016. Em 05 de março de 2002, com adendo encaminhado em 12 de março, os peticionários requisitaram que a CIDH solicitasse ao governo brasileiro a adoção de medidas cautelares para proteger a vida e a integridade física das pessoas privadas de liberdade no Presídio "Urso Branco". A Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "a Corte", "a Corte Interamericana" ou "Tribunal") de 18 de junho de 2002, mediante a qual requereu à República Federativa do Brasil (doravante denominada "Brasil" ou "Estado") que: adoptasse todas as medidas que sejam necessárias para proteger a vida e integridade pessoal de todas as pessoas detidas na Casa de Detenção José Mario Alves -conhecida como "Penitenciária Urso Branco"- (doravante denominada "Penitenciária Urso Branco" ou "penitenciária"); investigasse os acontecimentos que motivaram a adoção destas medidas provisórias; informasse à Corte sobre as medidas adotadas e que apresentasse listas atualizadas de todas as pessoas que se encontram detidas na penitenciária. Igualmente solicitou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "Comissão Interamericana" ou "Comissão") que apresentasse suas observações a ditos relatórios.

²¹⁷ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú**. Sentença de 09 de janeiro de 1995. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016. parágrafo 60.

²¹⁸ CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú**. Sentença de 30 de maio de 1999. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf. Acesso em: 30 março 2016. parágrafo 190.b.

inclinarse por la aplicación de la pena-rehabilitación y no por la pena-castigo", o que caberia perfeitamente incluir na discussão objeto da ADPF.

Esperava que citasse a Corte Interamericana da mesma forma que citaram, ainda que brevemente, o entendimento da Corte Européia dos Direitos do Homem: "reconhece direito à revisão periódica das prisões processuais, incorporado nas legislações dos países daquele continente".

Relevante era, ainda, mencionar o artigo 1.1. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos quando estabelece que os Estados partes "*se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción*". E a partir daí, poderia corroborar o compromisso que o Estado brasileiro firmou e o dever de cumpri-lo.

Semelhantemente vi no julgamento do *Habeas Corpus* 108.929²¹⁹ que tratou da caracterização de excesso de prazo da prisão preventiva, situação incompatível com o princípio da razoável duração do processo, que em nenhum momento, o STF dialogou com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos como deveria.

Percebe-se que o STF ainda não aprendeu a lidar corretamente com as questões referentes à promoção, proteção e concretização dos direitos humanos.

Nas palavras de Antônio Augusto Cançado Trindade:

A despeito dos sensíveis avanços nos últimos anos, ainda resta um longo caminho a percorrer. No Brasil, assim como na maioria dos países que têm ratificado os tratados de direitos humanos, até o presente lamentavelmente ainda não parece haver se formado uma consciência da natureza e do amplo alcance das obrigações convencionais contraídas em matéria de proteção dos direitos humanos. Urge que um claro entendimento destas últimas se difunda, a começar pelas autoridades públicas²²⁰.

Por todo o exposto, se aperfeiçoa o resultado de que o Supremo não desenvolve a produção sobre os direitos humanos conquistada pela Corte Interamericana, e de que para o STF não existe doutrina de aplicação do controle de convencionalidade. Concluo dizendo, mais uma vez que, o Supremo Tribunal Federal está muito aquém do que se pode esperar de uma alta corte, guardiã de uma Constituição Federal, repito, cujo fundamento se assenta na dignidade da pessoa humana, cuja inclinação é

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 108.929 Pernambuco**. 17/12/2013. Ministro Relator Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5270929>. Acesso em: 30 março 2016.

²²⁰ MENEZES, Op. cit. p. 130.

internacionalista marcadamente humanizada e protetiva, inspirada pela ótica do ser como humano.

CAPÍTULO III- O QUE O STF PODERIA PRODUZIR

A fim de explorar ainda mais a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal achei por bem, aqui, analisá-lo comparativamente com a jurisprudência de outros Tribunais Superiores. Não pretendo fazer uma comparação com outros tribunais nacionais, mas somente com Tribunais de instâncias Superiores. O resultado da pesquisa foi o seguinte.

Pude constatar que o Superior Tribunal de Justiça²²¹ com muita frequência tem interagido com o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Nos julgamentos dos *Habeas Corpus* 309.623²²², 302.227²²³, 338.486²²⁴, 332.827²²⁵ que trataram do excesso de prazo da prisão preventiva, o ministro relator Rogerio Schietti Cruz além de citar a Convenção Americana, dialogou com a jurisprudência da Corte:

O tema, a propósito, tem sido objeto de inúmeros julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), inclusive de processos em que se aponta o Brasil como responsável pelo constrangimento ilegal decorrente do descumprimento do direito à razoável duração do processo. A Corte, para aferir a razoabilidade ou a irrazoabilidade do prazo excedido pelo Estado reclamado, considera a ocorrência de fatores como: (a) as circunstâncias particulares de cada caso e a complexidade do litígio; (b) a conduta processual das partes ou, mais proximamente, do acusado; (c) a conduta das autoridades responsáveis pela condução do processo, sejam elas

²²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do HC 309.623 Pernambuco**. 18/06/2015. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1419650&n_um_registro=201403044082&data=20150701&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

²²² Deveras, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), vigente entre nós por força do Decreto n. 678, de 6/11/92, confere à pessoa acusada em processo criminal o "[...] direito a ser julgada dentro de um prazo razoável [...]" (art. 7º, item 5).

²²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do HC 302.227 Rio Grande do Sul**. 01/12/2015. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1472090&n_um_registro=201402124837&data=20151211&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

²²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do HC 338.486 Pernambuco**. 24/11/2015. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1469235&n_um_registro=201502569671&data=20151207&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

²²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do HC 332.827 Pará**. 19/11/2015. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1467801&n_um_registro=201501973102&data=20160201&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

administrativas ou judiciais. Caso Ximenes Lopes versus Brasil, sentença de 4/7/2006; Caso Nogueira de Carvalho e outro versus Brasil, sentença de 28/11/2006; Caso “La última tentacion de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), sentença de 5/2/2001; Caso do Massacre de Puerto Bello versus Colômbia, sentença de 31/1/2006; Caso López Alvarez versus Honduras, sentença de 1º/2/2006. No mesmo sentido, coloca-se a homóloga Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), como, v.g., no Caso Gaglione, sentença de 7/12/2010; no Caso Imbrioscia, sentença de 24/11/1993, e no Caso Delcourt, sentença de 17/1/1970.

Da mesma forma, no julgamento do *Habeas Corpus* 229.650 quando não deixou de observar o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e a Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior²²⁶.

Mais acertada ainda é a postura apresentada pelo ministro relator Rogerio Schietti Cruz no julgamento do Incidente de Deslocamento de Competência nº 5²²⁷ que, em mais

²²⁶ Com efeito, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em vigor, no Brasil, desde 24/4/1992 (Decreto n. 592/1992), dispõe, em seu art. 14, item 7, que "ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país" (destaquei). A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em vigor desde 25/9/1992 (Decreto n. 678/1992), ao tratar das garantias judiciais, prevê, no art. 8º, item 4, o seguinte: 4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos. O art. 7º da Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Sentenças Penais no Exterior – concluída em Manágua, em 9/6/1993 (aprovada por meio do Decreto Legislativo n. 293, de 12/6/2006) – também prevê o princípio do *ne bis in idem*, ao estatuir que "A pessoa sentenciada que for transferida conforme previsto nesta Convenção não poderá ser detida, processada ou condenada novamente no Estado receptor pelo mesmo delito que motivou a sentença imposta pelo Estado sentenciador". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do HC 229.650 São Paulo**. 08/03/2016. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494907&num_registro=201103118712&data=20160315&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

²²⁷ Enfatizo, ademais, que o artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica) – da qual o Brasil é signatário e que integra o ordenamento positivo pátrio por força do Decreto n. 678/1992 – estabelece que "os Estados partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na lei e garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra índole, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social". A Corte Interamericana assinalou que esse artigo (...) *impõe aos Estados Partes os deveres fundamentais de respeito e de garantia, de tal modo que todo desprezo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuído, segundo as regras do Direito internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos previstos pela mesma Convenção.* (Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Caso dos Hermanos Gómez Paquiyauri*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C No. 110, par. 72 e Corte I.D.H., *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº. 4, par. 164). A Corte assinalou, igualmente, que a primeira obrigação assumida pelos Estados-membro da Convenção Americana, conforme a disposição anteriormente mencionada, é a de respeitar os direitos e liberdades nela consagrados, o que implica não violar, por meio de seus agentes, os direitos ali garantidos. Asseverou, outrossim, que a segunda obrigação dos Estados é a de garantir o livre

de cinco páginas, dialogou com a Convenção Americana, com a jurisprudência da Corte interamericana de Direitos Humanos e, ainda, com a interpretação que a Corte faz da Convenção.

No seu voto o ministro expôs a importância do respeito ao sistema regional de proteção, a responsabilização do Estado brasileiro perante a ordem internacional, o dever do Estado de respeitar o direito à vida e garantir o direito humano, e o dever de adotar medidas necessárias, efetuar uma investigação séria e punir os responsáveis, de acordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Isto posto, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado dentro de uma perspectiva dialógica muito mais aberta do que o Supremo Tribunal

e pleno exercício dos direitos reconhecidos na Convenção a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, o que implica (...) o *dever dos Estados Partes de organizar toda a máquina governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos. Como consequência desta obrigação, os Estados devem prevenir, investigar e punir toda violação dos direitos reconhecidos pela Convenção e procurar, também, o restabelecimento, se possível, do direito violado e, se for o caso, a reparação dos danos produzidos pela violação dos direitos humanos. A obrigação de garantir o livre e pleno exercício dos direitos humanos não é esgotada com a existência de um ordem normativa destinada a possibilitar o cumprimento desta obrigação, mas sim comporta a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos.* Merece registrar, outrossim, que o artigo 4º, n. 1, da Convenção Americana preconiza que "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente." A propósito, a Corte Interamericana entende que o gozo do direito à vida *é um pré-requisito para o gozo de todos os demais direitos humanos. Caso não seja respeitado, todos os direitos perdem o sentido. Devido ao caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos do mesmo. Em essência, o direito fundamental à vida compreende, não somente o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o direito a que não seja impedido seu acesso às condições que lhe garantam uma existência digna. Os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não ocorram violações desse direito básico e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele.* (Corte I.D.H., Caso dos "Niños da Calle" (Villagrán Morais e outros). Sentença de 19 de novembro de 1999. Serie C Nº. 63, par. 144). Quando do julgamento do caso Ximenes Lopes versus Brasil, (sentença de 4 de julho de 2006), a Corte asseverou que "No que se refere ao direito à vida, a obrigação do Estado de 'respeitar' tal direito implica, entre outros aspectos, que o Estado deve abster-se de privar da vida as pessoas através de seus agentes". Assim, salientou que "a obrigação do Estado de 'garantir' o direito humano à vida implica em prevenir violações a tal direito, investigar as violações ao direito à vida, punir os responsáveis, e reparar aos familiares da vítima, quando os responsáveis tenham sido agentes do Estado" (p. 40). Nesse contexto, concluiu: "O Estado não somente incorre em responsabilidade internacional por violação ao direito à vida quando seus agentes privam alguém de tal direito, mas também quando, apesar de não ter violado diretamente tal direito, não adota as medidas de prevenção necessária e/ou não efetua uma investigação séria, por um órgão independente, autônomo e imparcial, de privações do direito à vida cometidas seja por seus agentes ou por particulares." (p. 40 – grifei). BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do Incidente de Deslocamento de Competência nº 5 Pernambuco**. 13/08/2014. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338428&n_um_registro=201401014017&data=20140901&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

Federal, não rejeitando o diálogo com a jurisprudência da Corte internacional, muito pelo contrário, tem dialogado com constância e favoravelmente.

No que lhe diz respeito, o ministro Cláudio Brandão do Tribunal Superior do Trabalho mencionou, em alguns julgados²²⁸, a questão da hierarquia dos tratados internacionais em face da decisão do STF, "se a Convenção mencionada situa-se acima da legislação consolidada, as suas disposições não de prevalecer".

Além disso, falou sobre o dever do Estado de exercer o controle de convencionalidade²²⁹:

o sistema jurídico inaugurou nova forma de verificação da compatibilidade das normas dele integrantes, pois, além de vigentes e eficazes, devem estar em conformidade com os tratados ratificados pelo Brasil, cabendo ao Judiciário, quando provocado, promover o denominado "controle de convencionalidade".

E mais, utilizou o "princípio da norma mais favorável ao indivíduo": "ademais, por se tratar de norma posterior, situada em patamar mais elevado do que a CLT e, ainda, mais benéfica ao trabalhador, deve prevalecer sobre a disposição contida no parágrafo único do artigo 146 da CLT"²³⁰.

²²⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Jurisprudência. **Acórdão do Recurso de Revista** PROCESSO Nº TST-RR-28300-61.2009.5.15.0018. Ministro Relator Cláudio Brandão. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10011B7D68D2AB1474. Acesso em: 30 março 2016.
BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Jurisprudência. **Acórdão do Recurso de Revista** PROCESSO Nº TST-RR-1871-87.2013.5.12.0022. Ministro Relator Cláudio Brandão. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000F8D8D4FD412D79. Acesso em: 30 março 2016.
BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Jurisprudência. **Acórdão do Recurso de Revista** PROCESSO Nº TST-RR-1072-72.2011.5.02.0384. Ministro Relator Cláudio Brandão. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000BFAA31D44DD81B. Acesso em: 30 março 2016.
BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Jurisprudência. **Acórdão do Recurso de Revista** PROCESSO Nº TST-RR-773-47.2012.5.04.0015. Ministro Relator Cláudio Brandão. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000E68E2350D6134C.. Acesso em: 30 março 2016.

²²⁹ "Embora afirme ser, tal modalidade, nova no Brasil, aponta haver sido inaugurada no Continente Americano em 2006 em julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos do qual extraio expressiva transcrição que, embora se refira à Convenção Americana, se aplica a todo e qualquer tratado de direitos humanos". BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Jurisprudência. **Acórdão do Recurso de Revista** PROCESSO Nº TST-RR-28300-61.2009.5.15.0018. Ministro Relator Cláudio Brandão. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10011B7D68D2AB1474. Acesso em: 30 março 2016.

²³⁰ "Exceção haveria se a convenção mencionada consagrasse normas menos favoráveis ao trabalhador, o que autorizaria o seu afastamento, diante da regra contida no § 8º do art. 19 da Constituição da OIT: 8. Em caso algum, a adoção, pela Conferência, de uma convenção ou recomendação, ou a ratificação, por um Estado-Membro, de uma convenção, deverão ser consideradas como afetando qualquer lei, sentença, costumes ou acordos que assegurem aos trabalhadores interessados condições mais favoráveis que as previstas pela convenção ou recomendação". BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Jurisprudência. **Acórdão do Recurso de Revista** PROCESSO Nº TST-RR-28300-61.2009.5.15.0018.

E por fim, reconheceu o dever dos membros do judiciário de respeitar as normas internacionais: "incumbe salientar a imposição ao Judiciário para, em sua atuação, tornar efetivas as aludidas normas, mais do que apenas reconhecer a sua existência e efetividade, diante da obrigatoriedade também a ele imposta, em face da vinculação de todo Estado brasileiro, e não apenas do Poder Executivo que a subscreveu". Concluindo que: "Cabe, portanto, a este Tribunal proclamar a superação da norma interna em face de outra, de origem internacional, mais benéfica, papel, aliás, próprio do Judiciário".

O cumprimento das obrigações internacionais de proteção requer o concurso dos órgãos internos dos Estados, e estes são chamados a aplicar as normas internacionais. É este o traço distintivo e um dos mais marcantes dos tratados de direitos humanos, dotados de especificidade própria. Com a interação entre o direito internacional e o direito interno no presente contexto, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas²³¹.

Assim, o TST mostra-se bem à frente do STF com relação à aplicação do controle de convencionalidade e o desenvolvimento do diálogo com sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

Diante da jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral observei apenas o julgamento da Reclamação 318 que, somente, fez menção a normativa internacional de proteção dos direitos humanos, ao tratar de prova de alfabetização para comprovar condição necessária para obter registro como candidato. O Tribunal entendeu que o exame que expunha o pré-candidato à situação degradante, constrangedora e vexatória, é "uma afronta a dignidade dos pretendentes, o que não coaduna com um dos fundamentos da República"²³², "sem falar no art. 52 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, e no art. 11 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, 1969".

Ministro Relator Cláudio Brandão. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10011B7D68D2AB1474. Acesso em: 30 março 2016.

²³¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. v. I. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2003. p. 547-548 *apud* voto do Ministro Claudio Brandão. BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Jurisprudência. **Acórdão do Recurso de Revista PROCESSO Nº TST-RR-28300-61.2009.5.15.0018**. Ministro Relator Cláudio Brandão. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10011B7D68D2AB1474. Acesso em: 30 março 2016.

²³² "previsto no inciso III do art. 12 da Constituição Federal 2, com violação ao inciso III do seu art. 52". BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral (TSE). Jurisprudência. **Acórdão da Reclamação n. 318. Classe 20. Ceará (10ª Zona - Jaguaribe)**. Ministro Relator Luiz Carlos Madeira. Disponível em: <http://inter03.tse.jus.br/InteiroTeor/pesquisa/actionGetBinary.do?tribunal=TSE&processoNumero=318&processoClasse=RCL&decisaoData=20040817&decisaoNumero=318&noCache=0.8592775977221712>. Acesso em: 30 março 2016.

Perante a jurisprudência do Superior Tribunal Militar não pude valer-me de nenhum caso que pudesse enriquecer o nosso objeto de pesquisa.

Com isso findo a terceira parte do trabalho me permitindo dizer que o Supremo, embora tem avançado no efetivo exercício do controle de convencionalidade, poderia avançar muito mais, fortalecendo o combate às violações e a proteção de direitos humanos, assim chegaria muito mais longe de onde está, contudo não chegou.

PARTE IV

ANÁLISE COMPARATIVA CRÍTICA

Percorri, na construção desta dissertação, três universos de fundamentação do controle de convencionalidade e da internalização dos tratados internacionais de direitos humanos: o da normativa nacional e internacional; o da doutrina jurídica; e o da jurisprudência, especialmente da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. Para completar o meu percurso, pretendo fazer esses três mundos analisados dialogarem entre si, isto é, realizar uma análise comparativa crítica do entendimento do Supremo contrapondo o entendimento da Corte Interamericana e da doutrina jurídica sobre o controle de convencionalidade utilizando a Constituição Federal e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos como a base dessa construção. Temos, afinal, uma pergunta central lançada na introdução para responder. É hora de fazê-lo.

Primeiramente, pude constatar que, apesar da Constituição Federal se voltar generosamente para o indivíduo, não mais como sujeito de direito apenas nacional, mas agora sujeito de direito internacional, o Supremo Tribunal, no primeiro momento, não se deixou levar por tais influências, e se mostrou resistente e conservador perante o novo paradigma que ora se erguia.

Desde os primeiros apontamentos o Tribunal mostrou-se irreduzível, pois continuava a defender a prevalência da Constituição Federal sobre a normativa internacional, embora, não fosse mais possível manter essa visão arcaica e obsoleta. Já era tempo de reconhecer que o tanto a Constituição como a normativa internacional

buscam alcançar o mesmo objetivo, correm na mesma direção, lado a lado, rumo à conquista dos direitos humanos para todos.

Afinal rompeu-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de flexibilização e relativização, direcionado a salvaguarda dos direitos humanos, à luz de princípios inovadores da ordem constitucional.

Urge eliminar etapas, procedimentos e práticas costumeiras que obstaculizam a efetiva aplicação das normas de proteção dos direitos humanos de forma imediata e automática em respeito a própria Constituição Federal e ao *corpus iuris* internacional dos direitos humanos.

Clama-se pela primazia dos direitos humanos buscando sempre harmonizar o direito interno à luz dos parâmetros protetivos mínimos assegurados no direito internacional a guiar a conduta dos Estados.

Através dessa primazia, o debate sobre a constitucionalização do Direito Internacional dos direitos humanos poderia já estar encerrado, elevando a grandeza do princípio ou critério hermenêutico a saber *pro homine*, em que pese não ser o remédio absoluto para todas as doenças.

Ora, a Constituição Federal claramente admite o ingresso dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos no mesmo grau hierárquico das normas constitucionais, e não em outro grau de hierarquia normativa, conforme §2º do art. 5º.

Desnecessário era, a meu ver, um novo parágrafo que reforçasse o que já esclarecia o parágrafo anterior. Contudo, o §3º do mesmo artigo, trouxe problemas desnecessários e complicadores à própria aplicação dos instrumentos de proteção de direitos humanos. Foi “mal concebido, mal redigido e mal formulado” “em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos eivados de obscurantismo”. E acima de tudo, “mostra-se manifestamente incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos”.

O Pacto de San José da Costa Rica é um tratado internacional de profunda relevância para o direito pátrio, está inserido na estrutura normativa da OEA, organização internacional da qual o Brasil é membro fundador. Entretanto, apesar da importância do Pacto, o direito brasileiro ainda lhe dispensa tratamento generalista.

Logo, o entendimento do Supremo Tribunal Federal de que os tratados internacionais sobre direitos humanos seriam supralegais se mostra irrazoável,

verdadeiro apego absoluto à Constituição pelo que desatende totalmente às expectativas do constitucionalismo moderno voltado a proteção dos direitos humanos.

Sendo assim, reputo, a solução a qual chegou o STF no RE 466.343, verdadeira frustração porque não me pareceu acertada, ainda mais por não dar o devido *status* aos tratados de direitos humanos, colocando-os num patamar de incompletude, menosprezando o seu valor e a sua importância. E por consequência, desconsiderou a Constituição Federal ao inutilizar o § 2º do art. 5º para o direito positivo brasileiro. Tampouco, o Tribunal na sua decisão, adotou o princípio hermenêutico *pro homine* como alternativa para encerrar a discussão, o que, na minha opinião, seria plausível uma vez que promoveria a força emancipatória dos direitos humanos.

E não se confunde o método de "interpretação conforme" com o próprio "controle de convencionalidade". Visto que, a "interpretação conforme" restringe-se a uma técnica de interpretação, na medida em que atribui sentidos a norma. Dentre as possibilidades interpretativas reconhece-se a validade da norma, excluindo a interpretação considerada inconvençional.

Além disso, entendo que a "interpretação conforme" exige hierarquia entre a norma parâmetro e a norma a ser interpretada, pois é princípio de prevalência normativo vertical. Sendo assim, ousar falar que o "interpretação conforme" é possível na medida em que considera as normas internacionais previstas nos tratados internacionais de proteção aos seres humanos hierarquicamente superior a normas internas inclusive a Constituição Federal, caso contrário não seria possível uma *interpretação conforme*.

Conclui-se, por essa razão, que a interpretação dos tratados de direitos humanos deve partir do princípio *pro homine* e seus desdobramentos para reafirmar, ainda mais, a prevalência da dignidade da pessoa humana na solução de conflitos, sendo que somente no caso concreto poderá se afirmar qual direito deve-se prevalecer.

Lembrando que, ratificar e incorporar os tratados de direitos humanos e aplicar o princípio interpretativo *pro homine* não é suficiente, sobretudo, é necessário compatibilizar a jurisprudência do STF com a posição hermenêutica dos órgãos internacionais. Propugna-se pelo Diálogo das Cortes.

André de Carvalho Ramos apresenta uma visão sobre o controle de convencionalidade de uma forma simplificada e prática. Defende, antes de tudo, a interação entre os controles nacionais e o controle de convencionalidade internacional,

"permitindo o diálogo e a fertilização cruzada entre o Direito Interno e o Direito Internacional".

Porém, não sendo possível o diálogo ou ser insuficiente, cabe a *teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos*, ou seja, de um lado o STF, guardião da Constituição, exerce o controle de constitucionalidade, de outro lado, a Corte de San José da Costa Rica, guardiã da Convenção Americana de Direito Humanos e dos tratados de direitos humanos, exerce o controle de convencionalidade.

O controle de convencionalidade tem se mostrado uma ferramenta formidável e eficaz para fazer efetivos os direitos humanos. Através de uma excelente articulação de normas e regras provenientes de tribunais internacionais, *obriga-se* os juízes nacionais a ter em vista a Convenção Americana. Ressalta-se a importância do *dever* dos magistrados de realizar o controle de convencionalidade requerida pela Corte Interamericana.

Sendo que o valor das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos é sobretudo um *valor argumentativo*, que vincula as partes envolvidas em cada caso concreto.

Chama-se a atenção à vinculação à todos os Estados partes da Convenção Americana apenas no que diz respeito a interpretação realizada pela Corte sobre esta Convenção, e, sobretudo, a observação desse *valor argumentativo*, sustentado por Virgílio Afonso da Silva, na medida em que leva ao verdadeiro diálogo de jurisdições, a um real câmbio de ideias.

Importa transformar a cultura jurídica tradicional, por vezes refratária e resistente ao Direito Internacional, a fim de que realize o controle de convencionalidade, conforme Flávia Piovesan. O Direito Constitucional Internacional ainda é pouco explorado no Brasil. Inexiste uma consciência sólida baseada na necessidade de interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional.

Necessário se faz um controle fruto de um ativismo bem compreendido que não dispersa nem atomiza, mas reúne e sistematiza.

Em sua própria vertente, o controle se encontra a serviço da justiça e da segurança jurídica. Não deve culminar em sementeira de injustiça nem de insegurança geral ou particular. Existe o risco de que assim ocorra quando se carece de encaminhamento razoável, preciso, sistemático, levando a ensaios de controle que não

obedecem a um conhecimento profundo e uma condução harmoniosa da interpretação jurisdicional.

É imperioso que o controle de convencionalidade seja esclarecido com seriedade, competência e acerto, assim favorece e fertiliza o diálogo jurisdicional interno e internacional. Contribui a exigir, detalhar, enriquecer e impulsionar a cultura jurídica comum.

Não é conveniente nem realista pretender que toda a ordem jurídica seja produto de uma só fonte internacional, conta-se, cada vez mais com a racionalidade e os benefícios do diálogo jurisprudencial, no mesmo sistema interamericano.

Então, propugna-se por um diálogo jurisdicional que considera a coexistência coordenada do controle de constitucionalidade e do controle de convencionalidade, que pode e deve contribuir a paliar ou, quando menos, diminuir as disfunções ocorrentes no ordenamento jurídico que debilitam os princípios essenciais do Estado Social e democrático do Direito.

Entendo que a abertura da ordem local ao diálogo vertical com jurisdições supranacionais é condição, requisito e pressuposto para a formação de um *ius commune* em matéria de direitos sociais.

Deveras, a transcendência da doutrina do controle de convencionalidade é de tal magnitude, que provavelmente nela se descansa o futuro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e, por sua vez, contribuirá ao avanço constitucional e democrático dos Estados nacionais latino-americanos. A construção de um autêntico "diálogo jurisprudencial" seguramente se converterá em um novo esqueleto jurisprudencial para efetividade dos direitos humanos onde repousará um autêntico *ius commune*.

Entretanto, pude constatar que o Supremo Tribunal Federal não caminha nesse mesmo ritmo no que diz respeito ao tema aqui estudado. O Supremo não absorveu o fato de que o 'Brasil' está submetido ao direito internacional dos direitos humanos em razão dos tratados internacionais devidamente ratificados pelo país e internalizados no ordenamento jurídico brasileiro.

O STF não pareceu assimilar a responsabilização perante a ordem internacional devida por ele próprio, representante do Poder Judiciário brasileiro. Muito menos, reconhecer a obrigatoriedade de observância a jurisprudência da Corte Interamericana de

Direitos Humanos, e da mesma maneira, da vinculação da interpretação realizada por ela sobre as normas dos tratados internacionais de direitos humanos.

O comportamento do Supremo demonstra a falta de uma perspectiva dialógica dos seus membros. No entanto, urge que o Brasil, por meio do seu tribunal maior – o Supremo Tribunal Federal, exercite um "controle de convencionalidade aplicado".

Não há como garantir a plenitude da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e dar a devida interpretação das normas de direitos humanos se não estiver condicionada à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Não há argumentos suficientemente aptos a afastar a aplicação da jurisprudência da Corte, salvo, àquele que atribui maior proteção aos direitos humanos.

Vi também que são poucas as decisões em que os ministros do STF mencionam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, pouquíssimas as que mencionam as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos e, menos ainda, aquelas que exercem o controle de convencionalidade.

Mas é verdade que o Supremo Tribunal Federal, de forma bastante tímida, vem admitindo em seus julgados pequenas reflexões sobre o sistema regional americano de proteção dos direitos humanos e até ensaiando o controle de convencionalidade.

No entanto, outros Tribunais Superiores, como o Superior Tribunal de Justiça manifesta-se dentro de uma perspectiva dialógica muito mais aberta do que o Supremo Tribunal Federal, pois não rejeitam o diálogo com a jurisprudência da Corte internacional.

Da mesma forma, o Tribunal Superior do Trabalho mostra-se bem à frente do Supremo Tribunal Federal com relação à aplicação do controle de convencionalidade e o desenvolvimento do diálogo com sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. O que permite dizer que o Supremo poderia avançar muito mais do que tem avançado, e chegar muito longe de onde está.

Finalizo dizendo que, o Supremo Tribunal Federal não desenvolve efetivamente a jurisprudência da Corte Interamericana de direitos humanos, e de que para o STF não existe doutrina de mecanismo de controle de convencionalidade. O Supremo está muito aquém nesta matéria do que se pode esperar de uma alta corte, guardiã da Constituição Federal de 1988, cujo fundamento se assenta na dignidade da pessoa humana, cuja inclinação é internacionalista humanizada e protetiva, e cuja inspiração repousa na

prevalência dos direitos humanos, e estes, essenciais ao fortalecimento da democracia e do Estado de Direito.

SÍNTESE CONCLUSIVA

Feito tais ponderações, e sem poder me desviar da tarefa de responder todas as questões, ainda que, já respondidas no corpo do trabalho, mas para que não haja dúvidas, sintetizo concluindo que:

1. A Constituição Federal prioriza os direitos humanos; se alicerça na dignidade da pessoa humana; adota os tratados internacionais de direitos humanos num patamar hierárquico privilegiado: constitucional.

2. Os tratados internacionais de direitos humanos deveriam ser incorporados de modo direto, imediato e automático, entretanto, segundo o STF, somente, através do Decreto de Promulgação é que se incorpora internamente um tratado internacional no Brasil, inclusive os de direitos humanos.

3. Os textos internacionais devem ser interpretados de acordo com o princípio vetor da norma mais favorável ao indivíduo e do princípio *pro homine*. O princípio *pro homine* está sempre a favor do ser humano.

4. O controle de convencionalidade é a recepção nacional do ordenamento jurídico internacional, é a compatibilização das normas internas com as normas internacionais. O controle é ponte para o diálogo jurisprudencial interno e internacional; harmonização do ordenamento regional interamericano com vistas a formação de um *ius commune*.

5. O controle transforma um sistema jurídico num construído a partir de vontades soberanas, com sustento em valores e princípios compartilhados, normas comuns, e uma instância supranacional com poder de interpretação vinculante. É contribuição ao enriquecimento de uma cultura jurídica comum. Esta por sua vez, empoderamento, fortalecimento do sistema protetivo dos direitos humanos e maior garantia de sua efetividade.

6. A visão que a Corte desenvolveu a respeito do controle de convencionalidade evidencia o dever dos Estados de realiza-lo, nos termos da Convenção Americana.

7. O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos dialoga com o direito interno do Estados, com a afirmação dos direitos humanos, com empoderamento, fortalecimento do sistema protetivo dos direitos humanos e com a sua efetividade.

8. O Supremo Tribunal Federal atribui uma visão generalista sobre o Pacto de San José e sobre os demais tratados internacionais de direitos humanos colocando-os abaixo da Constituição Federal numa hierarquia supralegal.

9. O STF poderia se utilizar dos dispositivos previstos nos diplomas internacionais do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos com habitualidade para construir sua linha de raciocínio se assim desejasse, mas não o faz. Não se trata, pois, de um problema de texto, mas de concepção de direitos humanos, de *olhar* projetado.

10. Dessa forma, encerro convencida de que o Supremo Tribunal não dialoga com a Corte Interamericana, mesmo sendo ela intérprete última do Pacto de San José, e não desenvolve o mecanismo de controle de convencionalidade.

REFERÊNCIAS

BAZÁN, Víctor. **¿De qué hablamos cuando hablamos de control de convencionalidad y diálogo jurisdiccional?** Revista Peruana de Derecho Público. Ano 15, n. 29. Jul./dez. 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BARROSO, Luís Roberto. **"Aqui, lá e em todo lugar": a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional.** in: Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e integração jurídica: Emergência de um novo Direito Público. BODDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Marieta Morales. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da ADPF 347 MC Distrito Federal.** 09/09/2015. Ministro Relator Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 30 março 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da ADI 5.240 São Paulo.** 20/08/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 30 março 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da Ag. Reg. no Recurso Ord. em Mandado de Segurança n. 32.732/DF.** 03/06/2014. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6400316>. Acesso em: 01 abr 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 108.929 Pernambuco.** 17/12/2013. Ministro Relator Teori Zavascki. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5270929>. Acesso em: 30 março 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 110.185 São Paulo.** 14/05/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7046328>. Acesso em: 04 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 110.237 Pará.** 19/02/2013. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3456276>. Acesso em: 04 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 112.936 Rio de Janeiro.** 05/02/2013. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3805159>. Acesso em: 04 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da ADPF153 Distrito Federal**. 29/04/2010. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 06 out. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da HC 100.574. Minas Gerais**. 10/11/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=609910>. Acesso em: 05 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 511.961 São Paulo**. 17/06/2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 87.585-8 Tocantins**. 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=597891>. Acesso em: 06 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da RE 466.343 São Paulo**. 03/12/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 04 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 90.450-5 Minas Gerais**. 23/09/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=573711>. Acesso em: 05 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 92.257-1 São Paulo**. 26/02/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=520107>. Acesso em: 04 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 92.541-3 Paraná**. 19/02/2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=523359>. Acesso em: 04 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 91.657-1 São Paulo**. 13/09/2007. Ministro Relator Gilmar Mendes. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=515145>. Acesso em: 04 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão da ADI 1.480-3 Distrito Federal.** 04/09/1997. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347083> Acesso em: 04 fev. 2016. p. 214.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do HC 72.131-1 Rio de Janeiro.** 29/11/1995. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=73573> Acesso em: 03 fev. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do RE 80.004 Sergipe.** 01/06/1977. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365> Acesso em: 03 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Jurisprudência. **Acórdão do RE 71.154 Paraná.** 04/08/1971. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=175365> Acesso em: 04 fev. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do HC 229.650 São Paulo.** 08/03/2016. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1494907&num_registro=201103118712&data=20160315&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do HC 302.227 Rio Grande do Sul.** 01/12/2015. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1472090&num_registro=201402124837&data=20151211&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do HC 338.486 Pernambuco.** 24/11/2015. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1469235&num_registro=201502569671&data=20151207&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do HC 332.827 Pará.** 19/11/2015. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1467801&num_registro=201501973102&data=20160201&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do HC 309.623 Pernambuco.** 18/06/2015. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em:

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1419650&num_registro=201403044082&data=20150701&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência. **Acórdão do Incidente de Deslocamento de Competência nº 5 Pernambuco**. 13/08/2014. Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1338428&num_registro=201401014017&data=20140901&formato=PDF. Acesso em: 30 março 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Jurisprudência. **Acórdão do Recurso de Revista** PROCESSO Nº TST-RR-1871-87.2013.5.12.0022. Ministro Relator Cláudio Brandão. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 1000F8D8D4FD412D79. Acesso em: 30 março 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (TST). Jurisprudência. **Acórdão do Recurso de Revista** PROCESSO Nº TST-RR-28300-61.2009.5.15.0018. Ministro Relator Cláudio Brandão. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/validador> sob código 10011B7D68D2AB1474. Acesso em: 30 março 2016.

CASTILLA, Karlos. **El principio pro persona en la administración de justicia**. Cuestiones Constitucionales; Revista Mexicana de Derechos Constitucionales. N. 20. Janeiro, 2009.

CARBONELL, Miguel. **Introducción general al control de convencionalidad**. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.

CONCI, Luiz Guilherme Arcaro. **Controle de Convencionalidade e Constitucionalismo Latino-Americano**. Tese de doutorado. Orientador Professor Marcelo Figueiredo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. São Paulo, 2012a.

_____, **Por que temos tanta dificuldade em cumprir com decisões internacionais?** Revista Justificando. São Paulo, 10 de março de 2016a. Disponível em: <http://justificando.com/2016/03/10/por-que-temos-tanta-dificuldade-em-cumprir-com-decisoes-internacionais/>. Acesso em: 31 março 2016.

_____, **A melhor proteção aos direitos da pessoa humana exige a aplicação do princípio pro homine**. Revista Justificando. São Paulo, 20 de fevereiro de 2016b. Disponível em: <http://justificando.com/2016/02/20/a-melhor-protecao-aos-direitos-da-pessoa-humana-exige-a-aplicacao-do-principio-pro-homine/>. Acesso em: 31 março 2016.

_____, **Autoridades públicas têm o dever de realizar controle de convencionalidade**. Revista Justificando. São Paulo, 03 de fevereiro de 2016c. Disponível em:

<http://justificando.com/2016/02/03/autoridades-publicas-tem-o-dever-de-realizar-controle-de-convencionalidade/>. Acesso em: 31 março 2016.

_____, **Por que os juízes devem dialogar com outros juízes estrangeiros ou internacionais?** Revista Justificando. São Paulo, 27 de janeiro de 2016d. Disponível em: <http://justificando.com/2016/01/27/por-que-os-juizes-devem-dialogar-com-outros-juizes-estrangeiros-ou-internacionais/>. Acesso em: 31 março 2016.

_____, **O STF pode lançar mão de normas internacionais para julgar os crimes da ditadura.** Revista Justificando. São Paulo, 18 de abril de 2016e. Disponível em: <http://justificando.com/2016/04/18/o-stf-pode-lancar-mao-de-normas-internacionais-para-julgar-os-crimes-da-ditadura/>. Acesso em: 31 março 2016.

_____, **Decisões conflitantes do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos: vinculação ou desprezo**. In: Marcelo Rebelo de Sousa e outros. (Org.). Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. 1ed.Coimbra: Coimbra, 2012b, v. 5, p. 301-326.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México**. Sentença de 26 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_220_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e outros (“Guerrilha Do Araguaia”) Vs. Brasil**. Sentença de 24 de novembro de 2010. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf. Acesso em: 06 out. 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso La Cantuta Vs. Perú**. Sentença de 29 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_162_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Peru**. Sentença de 24 de novembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Vargas Areco Vs. Paraguay**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_155_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Damião Ximenes Lopes versus Brasil**. Sentença de 04 de julho de 2006. Disponível em: <http://www.globalhealthrights.org/wp-content/uploads/2013/02/IACtHR-2006-Ximenes-Lopes-v.-Brazil-Portuguese.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Tibi Vs. Equador**. Sentença de 07 de setembro de 2004. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentença de 25 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua**. Sentença de 31 de agosto de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf. Acesso em: 20 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos Vs. Perú**. Sentença de 14 de março de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú**. Sentença de 06 de fevereiro de 2001. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_74_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú**. Sentença de 30 de maio de 1999. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf. Acesso em: 30 março 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Neira Alegría y otros Vs. Perú**. Sentença de 09 de janeiro de 1995. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_20_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras**. Sentença de 29 de julho de 1988. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf. Acesso em: 12 fev. 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n° 07.** <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.

RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Medidas Provisórias a Respeito da República Federativa do Brasil.** De 21 de setembro de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_05_portugues.pdf . Acesso em: 30 março 2016.

DIAS, Roberto. MOHALLEM, Michael Freitas. **O diálogo jurisdicional sobre direitos humanos e a ascensão da rede internacional de cortes constitucionais.** Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC, Belo Horizonte, ano 8, n. 29, p. 371-402, maio/ago. 2014.

_____, **Uma interpretação conforme a Constituição: A remissão como forma de exclusão do processo e os direitos dos adolescentes.** Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 1999.

_____, **Disponibilidade do direito à vida e eutanásia: uma interpretação conforme a Constituição.** In: IKAWA, Daniela; PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina [Coords.]. Direitos humanos na ordem contemporânea: proteção nacional, regional e global. Curitiba: Juruá, 2010, v.4.

FERREIRA, Marcelo Ramos Peregrino. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa: Direitos Políticos e inelegibilidades.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

_____, **O devido processo legal e o controle de convencionalidade da lei da "ficha limpa".** Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2014.

FIGUEIREDO, Marcelo. **La internacionalización del orden interno en clave del derecho constitucional transnacional.** in: Estudos Avançados de Direitos Humanos. Democracia e integração jurídica: Emergência de um novo Direito Público. BODDANDY, Armin Von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Marieta Morales. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

FRAGA, Mirtô. **O Conflito entre Tratado Internacional e Norma de Direito Interno – estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira.** Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GAMBOA, Jorge F. Calderón. **La reparación integral en la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano.** in: POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; OCHOA, José Luis Caballero; STEINER, Christian. (Coords.) Derechos Humanos em la Constitución –

comentários de jurisprudência Constitucional e Interamericana. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/29617.pdf>. Acesso em: 17 fez. 2016.p. 145.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo. MENDES, André Sposito. **Os direitos humanos como limitadores da mídia ou a Constituição da República brasileira como limitadora dos direitos humanos?** Revista Faculdade de direito PUC-SP; volume 2, 2º semestre de 2014. São Paulo: PUC, 2014.

GONZÁLEZ, Ismael Camargo. **Derechos Humanos y Control de Convencionalidad**. in: CARBONELL, Miguel. FIX-FIERRO, Héctor. PÉREZ, Luis Raúl González. VALADÉS, Diego. (Coords.) Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y vida universitaria – estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Tomo V. Vol. 1. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2015.

HABERLE, Peter. **El estado constitucional**. Trad, de Hedtor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

HENDERSON, Humberto. **Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine***. Revista IIDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), N. 39. San José Costa Rica, 2004.

HITTERS, Juan Carlos. **Control de convencionalidad (adelantos y retrocesos)**. Revista Peruana de Derecho Público. Año 15, n. 29. Jul./dez. 2014.

JUÁREZ. Karlos A. Castilla. ¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v13/v13a2.pdf>. Acesso em: 17 fez. 2016.

JUÁREZ. Karlos A. Castilla. **El Control de convencionalidad. Un nuevo debate en Mexico a partir de la sentencia del caso Radilla Pacheco** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27767.pdf>. Acesso em: 17 fez. 2016.

JUÁREZ. Karlos A. Castilla. **Control de convencionalidad interamericano: una mera aplicación del derecho internacional**. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/3376/337632740006.pdf>. Acesso em: 17 fez. 2016.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

MAGNANI, Nathércia Cristina Manzano. **Os direitos humanos e fundamentais dos povos indígenas e os juízes: olhares presentes na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal**. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009.

_____, **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. In: BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio; OLIVEIRA, William Terra de. (Coords.) *Direito e Ciências Afins*. Vol. 4. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____, **O Supremo Tribunal Federal e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas**. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 39 n. 154 abr./jun. 2002.

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional publico**. Rio de Janeiro : Renovar, 2004.

MENEZES, André Felipe Barbosa de. **Controle de Convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos**. Tese de doutorado. Universidade Federal de Pernambuco. Programa de Pós-Graduação em Direito, Recife, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; com a colaboração de André Rufino do Vale. **O pensamento de Peter Häberle na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 2, 2008/2009.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: Teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição Federal do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 9.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

OCHOA, José Luis Caballero; STEINER, Christian. (Coords.) **Derechos Humanos em la Constitución – comentários de jurisprudência Constitucional e Interamericana**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/29617.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.p. 145.

OCHOA, José Luis Caballero. **La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (Artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29010.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.p. 145.

PACHECO, Pablo Viana. **Normas Constitucionais Inconvencionais**. Tese de doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Paulo, 2015.

PINTO, Mónica. **El principio pro homine. Criterios de hermenêutica y pautas para la regulación de los derechos humanos**. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____, **Direito Humanos e Diálogo entre jurisdições**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC* n. 19 – jan./jun. 2012b.

POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor. **El control difuso de convencionalidad em el estado constitucional.** Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.

_____, **Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional.** São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____, **Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad – el nuevo paradigma para el juez mexicano.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29018.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.

RAMIREZ, Sergio Garcia. **El Control judicial interno de convencionalidad.** Revista Del Instituto de Ciências Jurídicas de Puebla, Puebla, ano 5, n. 28, p. 123-159, jul./dez. 2011.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____, **Teoria Geral dos Direitos Humanos na ordem internacional.** 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015b.

_____, **A relação entre o direito internacional e o direito interno no contexto da pluralidade das ordens jurídicas.** Anuário brasileiro de Direito Internacional. Vol. 1, N. 12, Jan.2012. Belo Horizonte: CEDIN, 2012a.

_____, **Processo Internacional de Direitos Humanos. Análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no Brasil.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012b.

_____, **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. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009a.

_____, **Supremo Tribunal Federal Brasileiro e o Controle de Convencionalidade: Levando a sério os Tratados de Direitos Humanos.** Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo v. 104 p. 241 - 286 jan./dez. 2009b.

_____, **Responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos.** Disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/22184-22185-1-PB.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2016.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional Público - curso elementar.** 15 ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

SAGUÉS, Nestor Pedro. **El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales. Concordâncias y diferencias com el sistema europeo.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r27778.pdf>. Acesso em 18 fev. 2016.

_____, **La interpretación judicial de la constitución: de la constitución nacional a la constitución convencionalizada.** México: Porrúa, 2013.

_____, **El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano.** Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf>. Acesso em: 02 abril 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Reforma do Judiciário e os tratados internacionais de direitos humanos: observações sobre o § 3º do art. 5º da Constituição.** In: âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 34, nov 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1338>. Acesso em: 23 fev. 2016.

_____, **Algumas notas sobre a incorporação e a hierarquia dos tratados em matéria de direitos humanos na ordem jurídica brasileira, especialmente em face do novo §3º do art. 5º da Constituição de 1988.** Disponível em: <file:///C:/Users/Sony/Downloads/42121-86524-1-PB.pdf>. Acesso em: 2e fev. 2016.

_____, **Controle de convencionalidade dos tratados internacionais.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais>. Acesso em: 22 março 2016.

_____, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

SERRANO, Sandra. **Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos.** in: POISOT, Eduardo Ferrer Mac-Gregor; OCHOA, José Luis Caballero; STEINER, Christian. (Coords.) **Derechos Humanos em la Constitución – comentários de jurisprudência Constitucional e Interamericana.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/29617.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016. p. 89.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Colisões de direitos fundamentais entre ordem nacional e ordem transnacional.** in: NEVES, Marcelo. **Transnacionalidade do direito: novas perspectivas dos conflitos entre ordens jurídicas.** São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 101-112.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro.** São Paulo: RT, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Direito Internacional e Direito Interno: sua interação na proteção dos direitos humanos.** Disponível em:

<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/introd.htm>.
Acesso em: 17 fev. 2016.

_____, **Desafios e conquistas do Direito Internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. Acesso em: 17 fev. 2016.

_____, **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Vol. 1. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

_____, **A pessoa humana como sujeito do Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos**. in: Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo. DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves. (Coords.) São Paulo: Renovar, 2008.

USERA, Raúl Canosa. **¿Es posible el control pleno de convencionalidad em España?** in: CARBONELL, Miguel. FIX-FIERRO, Héctor. PÉREZ, Luis Raúl González. VALADÉS, Diego. (Coords.) Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y vida universitaria – estudios em homenaje a Jorge Carpizo. Tomo V. Vol. 1. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2015.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/946/R162-06.pdf?sequence=4>. Acesso em: 17 fev. 2016.

VILLARREAL, Alvaro Francisco Amaya. **El principio pro homine: interpretación extensiva vs. el consentimiento del Estado**. Revista Colombiana de derecho Internacional. n. 5, 2005. p. 337-380.

SITES

Corte Interamericana de Derechos Humanos
<http://www.corteidh.or.cr/>

Superior Tribunal de Justiça
www.stj.jus.br/

Supremo Tribunal Federal
www.stf.gov.br/

Tribunal Superior do Trabalho
www.tst.gov.br/